



**Universidad de Navarra**

**FACULDADE DE DIREITO**

---

**O DIREITO A CASAR E FUNDAR FAMÍLIA  
CONSAGRADO NO ARTIGO 12º DA  
CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS HUMANOS**

---

ELISA MARIA RODRIGUES DE ARAÚJO

DIRECÇÃO DA TESE:

PROF. DR. PEDRO-JUAN VILADRICH

PROF. DR. JUAN IGNACIO BAÑARES

**PAMPLONA 2003**



## ÍNDICE ABREVIADO

<b>ÍNDICE</b> .....	<b>III</b>
<b>ABREVIATURAS</b> .....	<b>XI</b>
<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>1</b>
<b>PRIMEIRO CAPÍTULO: INTRODUÇÃO AO ARTIGO 12 DA CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS HUMANOS</b> .....	<b>9</b>
<b>I-Direitos naturais como direitos humanos fundamentais</b> .....	<b>9</b>
<b>II-A codificação dos direitos naturais como direitos humanos fundamentais e sua internacionalização</b> .....	<b>31</b>
<b>III-A Convenção Europeia dos Direitos Humanos</b> .....	<b>35</b>
<b>SEGUNDO CAPÍTULO: CONTEÚDO DO DIREITO CONSAGRADO NO ARTIGO 12º DA CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS HUMANOS</b> .....	<b>107</b>
<b>I-Antecedentes da elaboração do art.12 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos</b> .....	<b>107</b>
<b>II-A elaboração do artigo12º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos</b> .....	<b>119</b>
<b>III-O conteúdo do direito a casar e fundar família</b> .....	<b>141</b>
<b>TERCEIRO CAPÍTULO: OS TITULARES DO DIREITO A CASAR E FUNDAR FAMÍLIA</b> .....	<b>173</b>
<b>I-A heterossexualidade do direito a casar</b> .....	<b>173</b>
<b>II-O requisito da idade núbil</b> .....	<b>220</b>
<b>QUARTO CAPÍTULO: A SOBERANIA DO DIREITO A CASAR E FUNDAR FAMÍLIA</b> .....	<b>245</b>
<b>I-O conceito de soberania</b> .....	<b>245</b>
<b>II-A soberania do acto de consentimento</b> .....	<b>270</b>
<b>III-A família soberana</b> .....	<b>280</b>
<b>IV-A família soberana e Estado soberano</b> .....	<b>333</b>
<b>CONCLUSÕES</b> .....	<b>367</b>
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	<b>375</b>



## ÍNDICE

### ABREVIATURAS

---

---

### INTRODUÇÃO

---

---

### PRIMEIRO CAPÍTULO: INTRODUÇÃO AO ARTIGO 12 DA CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS HUMANOS

---

---

#### I – DIREITOS NATURAIS COMO DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

- I.1. A dignidade da pessoa humana: pilar básico dos direitos humanos
  - I.1.1. A dignidade da pessoa humana: tentativa de definição
- I.2. Direitos Naturais e Natureza Humana
  - I.2.1. Direito Natural
  - I.2.2. Direitos Naturais: direitos prévios a qualquer reconhecimento jurídico-positivo
- I.3. Pessoa e sociedade
  - I.3.1. Sociabilidade natural da pessoa
  - I.3.2. Ideologias acerca da relação entre a pessoa e a sociedade
  - I.3.3. A perspectiva individualista contemporânea
- I.4. Bem singular e bem comum
  - I.4.1. Bem comum e direitos humanos
- I.5. Pessoa, Direito e Estado
- I.6. Positivização e processo de formalização dos direitos naturais
  - I.6.1. Positivização dos direitos naturais
  - I.6.2. Processo de formalização dos direitos naturais

#### II- A CODIFICAÇÃO DOS DIREITOS NATURAIS COMO DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS E SUA INTERNACIONALIZAÇÃO

- II.1. As primeiras codificações civis europeias dos direitos humanos e a sua consagração Constitucional
  - II.1.1. As primeiras codificações em Europa
  - II.1.2. A consagração constitucional dos direitos humanos

#### III- A CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS HUMANOS

- III.1. Antecedentes da Convenção Europeia de Direitos Humanos
  - III.1.1. A internacionalização dos direitos humanos

- III.1.2. Protecção internacional parcial: primeiras declarações sobre determinados aspectos dos direitos humanos
- III.1.3. Sociedade das Nações: primeira tentativa de protecção internacional dos direitos humanos
- III.2. A Declaração Universal dos Direitos Humanos
  - III.2.1. A importância moral da declaração das Nações Unidas
  - III.2.2. A universalidade da Declaração Universal dos Direitos Humanos
- III.3. A Convenção Europeia dos Direitos Humanos
  - III.3.1. Contexto e conteúdo da Convenção Europeia de Direitos Humanos
    - III.3.1.1. Contexto histórico
    - III.3.1.2. Contexto institucional: O Conselho de Europa
      - III.3.1.2.1. Estrutura do Conselho de Europa
  - III.3.2. Características da Convenção Europeia de Direitos Humanos
    - III.3.2.1. Os direitos garantidos na Convenção Europeia de Direitos Humanos
    - III.3.2.2. Direitos adicionados pelos Protocolos
    - III.3.2.3. Aspectos inovadores da Convenção Europeia de Direitos Humanos em relação ao Direito Internacional
    - III.3.2.4. A originalidade do sistema de garantias da Convenção Europeia de Direitos Humanos
  - III.3.3. Mecanismo de protecção do sistema da Convenção Europeia de Direitos Humanos
    - III.3.3.1. Fase nacional
    - III.3.3.2. Fase supranacional
      - III.3.3.2.1. Primeira fase: exame acerca da admissibilidade da denúncia
      - III.3.3.2.2. Segunda fase: Instrução e tentativa de conciliação
      - III.3.3.2.3. Terceira fase: decisão sobre a violação, ou não, da Convenção Europeia de Direitos Humanos
    - III.3.3.3. Competência da Câmara
    - III.3.3.4. Competência da Grande Câmara
  - III.3.4. Processo de execução das Sentenças do Tribunal Europeu de Direitos Humanos
    - III.3.4.1. A supervisão do cumprimento das Sentenças do Tribunal
    - III.3.4.2. Resultado prático da execução das Sentenças: positiva cooperação dos Estados
- III.4. Convenção Europeia de Direitos Humanos e a União Europeia
  - III.4.1. Convenção Europeia de Direitos Humanos como elemento integrador de Europa
  - III.4.2. Posicionamento da questão dos direitos humanos no âmbito comunitário
  - III.4.3. Jurisprudência do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia sobre direitos humanos
    - III.4.3.1. Conclusão acerca das sentenças
  - III.4.4. Conclusão acerca da aplicação dos direitos humanos na comunidade: prévia à Carta Europeia sobre Direitos Humanos
  - III.4.5. Defesa dos Direitos Humanos na Comunidade: três propostas prévias à Carta Europeia de Direitos Humanos

- III.4.5.1. Adesão da Comunidade Europeia à Convenção Europeia de Direitos Humanos
- III.4.5.2. Continuação da solução jurisprudencial
- III.4.5.3. Elaboração de um catálogo comunitário sobre os Direitos Humanos
- III.4.6. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia
- III.4.7. Relações entre a protecção dos direitos humanos na Comunidade e no Sistema de garantias previsto na Convenção Europeia de Direitos Humanos
- III.4.8. Declarações institucionais da Comunidade Europeia acerca das relações entre o sistema comunitário e o sistema previsto na Convenção Europeia de Direitos Humanos, sobre a protecção dos direitos humanos
  - III.4.8.1. Tratado da União Europeia – Tratado de Maastricht
  - III.4.8.2. Tratado de Amsterdão

---

## **SEGUNDO CAPÍTULO: CONTEÚDO DO DIREITO CONSAGRADO NO ARTIGO 12º DA CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS HUMANOS**

---

### **I - ANTECEDENTES DA ELABORAÇÃO DO ART.12 DA CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS**

- I.1. O Artigo 16 da Declaração Universal dos Direitos Humanos
  - I.1.1. Primeira parte do art.16: acerca da capacidade para casar
    - I.1.1.1. Quanto ao direito a casar
    - I.1.1.2. Igualdade de direitos entre mulheres e homens
      - I.1.1.2.1. Quanto ao matrimónio
      - I.1.1.2.2. Quanto à dissolução do matrimónio
  - I.1.2. Segunda parte do art.16: o consentimento
    - I.1.2.1. Pleno consentimento
    - I.1.2.2. Livre consentimento
  - I.1.3. Terceira parte do art.16: o estatuto da família
    - I.1.3.1. A família como elemento natural e fundamental da sociedade
    - I.1.3.2. Protecção da família
  - I.1.4. Aprovação do texto final do art. 16º da Declaração Universal dos Direitos Humanos

### **II- A ELABORAÇÃO DO ARTIGO12º DA CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS**

- II.1. Origem do art.12º: O congresso de Haia
  - II.1.1. Apresentação da proposta de Convenção pelo Movimento Europeu ao Conselho de Europa
- II.2. Etapas da elaboração do art.12º da Convenção Europeia de Direitos Humanos
  - II.2.1. Primeira etapa: a aprovação, pela Assembleia Consultiva, do direito a casar e fundar família
    - II.2.1.1. Dia 19 de Agosto de 1949: debate geral
    - II.2.1.2. Dia 5 de Setembro de 1949: apresentação do relatório Teitgen
    - II.2.1.3. Dias 7 e 8 de Setembro de 1949: discussão do Relatório Teitgen

- II.2.1.3.1. Dia 7 de Setembro de 1949: proposta fracassada de exclusão do art.10.
- II.2.1.3.2. Dia 8 de Setembro de 1949: nova tentativa de exclusão do art.10.
- II.2.2. Segunda etapa: a discussão do problema metodológico (definição do direito a casar ou a sua remissão para a Declaração Universal dos Direitos Humanos?)
  - II.2.2.1. Dias 3-5 de Novembro de 1949: Comité de Ministros convoca o Comité de Expertos
  - II.2.2.2. Dias 2-8 de Fevereiro e 6-10 de Março de 1950: Comité de Expertos discute o método a adoptar
  - II.2.2.3. Dia 30 de Março a 1 de Abril de 1950: Comité de Ministros convoca a Conferência dos Altos Funcionários
  - II.2.2.4. Dia 3 de Junho de 1950: Comité de Ministros reúne-se com a Comissão
- II.3. Terceira etapa: conciliação dos dois métodos em causa para a elaboração da Convenção
  - II.3.1. Dias 8-17 de Junho de 1950: Conferência dos Altos Funcionários unifica as propostas anteriores
  - II.3.2. Dias 3-9 de Agosto de 1950: Comité de Ministros reenvia o texto à Assembleia Consultiva
  - II.3.3. Dias 7-28 de Agosto de 1950: Assembleia Consultiva discute a nova proposta
- II.4. Quarta etapa: O texto definitivo do art.12 da Convenção Europeia de Direitos Humanos
  - II.4.1. Troca de correspondência oficial: o problema da tradução inglesa de “idade núbil”.
    - II.4.1.1. Dia 21 de Outubro de 1950: carta dirigida por Robertson a Downing
    - II.4.1.2. Dia 28 de Outubro de 1950: resposta de Downing a Robertson
  - II.4.2. Dias 3 e 4 de Novembro de 1950: Comité de Ministros assina a Convenção Europeia de Direitos Humanos
    - II.4.2.1. Dia 3 de Novembro de 1950: revisão final do texto e elaboração do Preâmbulo da Convenção Europeia de Direitos Humanos
    - II.4.2.2. Dia 4 de Novembro de 1950: assinatura da Convenção Europeia de Direitos Humanos
- II.5. Conclusão acerca do processo de elaboração do art.12 da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

### III- O CONTEÚDO DO DIREITO A CASAR E FUNDAR FAMÍLIA

- III.1. Comparação entre o Art.16 da Declaração Universal dos Direitos Humanos e o art. 12 Convenção Europeia de Direitos Humanos
  - III.1.1. Quanto à exclusão do direito de não discriminação
  - III.1.2. Quanto à exclusão da referência à igualdade de direitos entre os esposos
  - III.1.3. Quanto à exclusão das palavras “livre e pleno consentimento dos esposos”
  - III.1.4. Quanto à exclusão da última parte do art.16 acerca do estatuto da família



- III.2. O significado do “direito a casar e fundar família”, consagrado no art.12 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, segundo os trabalhos preparatórios e a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos
  - III.2.1. O direito a casar
  - III.2.2. O direito a fundar família
- III.3. O conceito de Matrimónio
  - III.3.1. Conteúdo do conceito de matrimónio na sociedade ocidental
    - III.3.1.1. Concepções opostas ao matrimónio clássico
- III.4. Natureza humana: base do matrimónio (seu fundamento antropológico)

---

### **TERCEIRO CAPÍTULO: OS TITULARES DO DIREITO A CASAR E FUNDAR FAMÍLIA**

---

#### **I- A HETEROSSEXUALIDADE DO DIREITO A CASAR**

- I.1. A pessoa humana: mulher e homem
  - I.1.1. Complementaridade entre a mulher e o homem
  - I.1.2. A exigência da exclusividade do amor conjugal e sua relação intrínseca com a igualdade do direito a casar
- I.2. A dimensão sexual do direito a casar: a sexualidade humana
  - I.2.1. O matrimónio como mero legitimador da sexualidade: uma perspectiva equivocada do matrimónio
  - I.2.2. Sexualidade livre de compromisso: uma perspectiva equivocada da sexualidade
  - I.2.3. Dimensão de justiça da sexualidade: pressupostos antropológicos
  - I.2.4. A homossexualidade e o direito a casar
  - I.2.5. Transsexualidade e o direito a casar
- I.3. A jurisprudência dos órgãos da Convenção sobre esta matéria
  - I.3.1. Demandas
    - a) Caso X c. RFA: Opinião da Comissão de 11 de Outubro de 1979
    - b) Caso Van Oosterwijck c. Bélgica de 6 de Novembro de 1980
    - c) Caso 38 Transexuais c. Itália, de 5 de Outubro de 1982
    - d) Caso Rees c. Grã-Bretanha, de 17 de Outubro de 1986
    - e) Casos JC c. Reino Unido, de 15 de Junho de 1989; W c. Reino Unido, de 19 de Setembro de 1989
    - f) Caso Cossey c. GB, de 27 de Setembro de 1990
    - g) Caso B. c. França de 25 de Março de 1992
    - h) Caso I. c. Reino Unido, de 27 de Maio de 1997
    - i) Anita Erikson et Asta Goldchmidt c. Suécia, de 9 de Dezembro de 1989
    - j) Caso X,Y e Z c. GB, de 22 de Abril de 1997
    - l) Caso Sheffield e Horsham c. GB, de 30 de Julho de 1998
  - I.3.2. Crítica da doutrina acerca da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos em relação ao direito ao matrimónio dos transexuais
  - I.3.3. Jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos: balance entre a aplicação do princípio de autodeterminação individual e o princípio da dignidade humana
  - I.3.4. Conclusão crítica da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos acerca da transsexualidade

## II- O REQUISITO DA IDADE NÚBIL

- II.1. A exigência da idade mínima para contrair matrimónio
  - II.1.1. Convenção Europeia de Direitos Humanos
  - II.1.2. Declaração Universal dos Direitos Humanos
  - II.1.3. Convenção Suplementaria para a Abolição da Escravatura, tráfico de escravos e das instituições e práticas análogas à escravatura
  - II.1.4. Recomendação para o Consentimento, a Idade mínima e o Registo de Matrimónios
  - II.1.5. Declaração para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher
  - II.1.6. Convenção Suplementaria para a Abolição da Escravatura, Tráfico de Escravos e Instituições e Práticas Similares à Escravatura
  - II.1.7. Convenção para o Consentimento do Matrimónio, Idade Mínima e o Registo de Casamento
  - II.1.8. Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos
  - II.1.9. Convenção Contra Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher
- II.2. Diferença de idade legal para as mulheres e para os homens
- II.3. Limite internacional de idade mínima para exercer o direito a casar
- II.4. Proibição legal de discriminação entre as mulheres e os homens
- II.5. Dispensa de idade mínima legal
- II.6. Livre e pleno consentimento
  - II.6.1. Documentos internacionais de direitos humanos sobre o consentimento

---

## **QUARTO CAPÍTULO: A SOBERANIA DO DIREITO A CASAR E FUNDAR FAMÍLIA**

---

### I- O CONCEITO DE SOBERANIA

- I.1. O poder de soberania do Estado
  - I.1.1. A origem da ideia de soberania do Estado
    - I.1.1.1. Soberania limitada (pela lei natural e divina)
    - I.1.1.2. A teoria clássica sobre a natureza da soberania do Estado
    - I.1.1.3. Soberania ilimitada: Leviathan
  - I.1.2. Conceito de soberania em princípios do Séc. XXI
    - I.1.2.1. Feminismo e soberania
    - I.1.2.2. Soberania do Estado

### II- A SOBERANIA DO ACTO DE CONSENTIMENTO

- II.1. Soberania do direito a casar e fundar família
  - II.1.1. Direito soberano a casar
    - II.1.1.1. Autonomia originária da pessoa humana
    - II.1.1.2. A soberania conjugal da pessoa humana
    - II.1.1.3. Soberania do acto do consentimento

### III- A FAMÍLIA SOBERANA

- III.1. Constituição da família soberana
- III.2. Conexão entre matrimónio e família

- III.3. Especificidade da soberania da família: sua jurisdição intrínseca
- III.4. Personalidade jurídica da família matrimonial
- III.5. Funções da família na sociedade
  - III.5.1. A família matrimonial e a sua relação com o Bem Comum
  - III.5.2. A família como célula básica da sociedade
    - III.5.2.1. A elevada funcionalidade social da família matrimonial
  - III.5.3. Funções sociais que cumpre a família matrimonial
    - III.5.3.1. A função da procriação
    - III.5.3.2. Funções assistências e de protecção dos mais débeis
    - III.5.3.3. Função da coesão entre gerações
    - III.5.3.4. Papel da família na promoção da igualdade entre os sexos
    - III.5.3.5. O exclusivo valor social da família matrimonial
- III.6. Direitos da família
  - III.6.1. Conexão entre os direitos humanos e os direitos da família
  - III.6.2. A salvaguarda constitucional dos direitos da família
    - III.6.2.1. Família matrimonial: entre a natureza e a cultura
      - III.6.2.1.1. Sentido teleológico da natureza humana
      - III.6.2.1.2. Limites de tolerância da natureza
  - III.6.3. Direitos da família como comunidade
  - III.6.4. Direitos familiares da pessoa

#### IV- A FAMÍLIA SOBERANA E ESTADO SOBERANO

- IV.1. Família e Direito
  - IV.1.1. Função do Direito
  - IV.1.2. A impossível neutralidade do Direito
- IV.2. Proposta de modelo de família: respeito pela sua identidade ontológica e variedade de formas
- IV.3. Relações entre Estado e família
  - IV.3.1. Salvaguarda dos direitos da família através de uma Política Familiar
  - IV.3.2. Princípio de subsidiariedade
  - IV.3.3. Situações de intervenção do Estado na vida de família
    - IV.3.3.1. Enquadramento das questões
    - IV.3.3.2. Relações entre os cônjuges
    - IV.3.3.3. Relações paterno-filiais
- IV.4. A subversão da soberania conjugal e familiar

---

---

#### CONCLUSÕES

---

---

---

---

#### BIBLIOGRAFIA

---

---

LIVROS  
ARTIGOS  
FONTES  
SENTENÇAS DO TRIBUNAL EUROPEO DE DIREITOS HUMANOS

OPINIÕES, DECISÕES E RELATÓRIOS DA COMISSÃO EUROPEIA DOS  
DIREITOS HUMANOS  
RESOLUÇÕES DO COMITÉ DE MINISTROS DO CONSELHO DE EUROPA

## ABREVIATURAS

-/AC	Ad hoc Committee
AC	Actualidad Civil
Add.	Addendum
AG	Assembleia Geral das Nações Unidas
BVerGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
c.	Contra
CDC	Convenção dos Direitos da Criança (Nações Unidas)
CEDAW	Comité Para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (Nações Unidas)
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos Humanos
CM	Comité de Ministros (Conselho de Europa)
CONF.	Conferência
CPF	Conselho Pontifício para a Família (Santa Sé)
CSE	Carta Social Europeia (Conselho de Europa)
DH	Direitos Humanos
doc.	Documento
DR	Decisões e Relatórios, Comissão Europeia dos Direitos Humanos
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
E.H.R.R	European Human Rights Reports
E/-	Conselho Económico e Social (Nações Unidas)
E/CN.4	Comissão de Direitos Humanos (Nações Unidas)
ECOSOC	Comité Económico e Social (Nações Unidas)
GAOR	Documentos Oficiais da Assembleia Geral (Nações Unidas)
ICRC	Comité Internacional da Cruz Vermelha
OIT	Organização Internacional do Trabalho (Nações Unidas)
PIDCP	Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (Nações Unidas)
PIDES	Pacto Internacional dos Direitos Económicos e Sociais (Nações Unidas)

	Unidas)
Ser.	Série
STE	Série de Tratados Europeus
TEDH	Tribunal Europeu de Direitos Humanos
T.P.	Trabalhos Preparatórios
TJCE	Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias
TUE	Tratado da União Europeia
UN Doc.	Documento das Nações Unidas
UNICEF	Fundo Internacional das Nações Unidas para a Protecção da Infância
UNT	Tratados das Nações Unidas
Vol.	Volume

---

---

## INTRODUÇÃO

---

---

O tema de estudo desta tese trata do direito a casar e fundar família, previsto no art.12 da *Convenção Europeia dos Direitos Humanos*:

*“A partir da idade núbil, o homem e a mulher têm direito a casar-se e a fundar uma família, segundo as leis nacionais que regulam o exercício deste direito”.*

Actualmente, este art.12 parece ser ignorado ou esquecido por muitos dos ordenamentos jurídicos dos Estados membros do Conselho de Europa (que parecem manifestar uma certa confusão acerca do conceito do matrimónio e da família). Por esse motivo, julgámos de relevante interesse um estudo que ressalte a verdade contida no conteúdo do art.12 que consagra o direito humano a casar e fundar família de acordo com a identidade antropológica do matrimónio.

O objectivo deste estudo pode-se resumir na busca de resposta para quatro questões principais:

Em primeiro lugar: qual é o significado e implicações acerca do facto do *ius connubii* estar reconhecido e incluído numa Convenção de Direitos Humanos.

Em segundo lugar: qual é o conteúdo do direito a casar e fundar família (isto é, identificação dos seus elementos antropológico-jurídicos).

Em terceiro lugar: quem são os titulares do direito a casar e fundar família (quem o pode exercer) e sua fundamentação.

Em quarto lugar: que consequências e implicações tem para a sociedade o reconhecimento legal do direito a casar e fundar família e da instituição a que dá origem, o matrimónio. Qual é a responsabilidade do Estado nesta matéria.

Ao buscar respostas para estas questões, desejámos contribuir de um modo concreto para o conhecimento acerca dos motivos pelos quais não é indiferente qualquer opção legislativa da regulação do tema do matrimónio e da família.

Neste trabalho busca-se dar uma fundamentação antropológica e jurídica aos assuntos tratados e opta-se por uma aproximação às diferentes matérias, dentro da perspectiva do Direito Natural clássico. O método principal a ser aplicado, no que diz respeito ao tratamento dos textos de direito positivo, é o histórico-exegético.

Apesar do matrimónio e a família serem matérias das quais existe abundante literatura científica, o seu tratamento e enfoque como direito humano é francamente escasso. Consequentemente, em geral, não há uma clara consciência social e política acerca de que se trata de uma realidade que constitui um direito humano fundamental com todos os requisitos e implicações que o acompanham.

Referimos no início desta introdução os principais objectivos desta tese de doutoramento. Para cumpri-los, dividimos o trabalho em duas partes principais, que incluem os quatro capítulos incluídos nesta tese. A primeira parte corresponde ao primeiro capítulo e trata da primeira das quatro questões apontadas. A segunda parte inclui os restantes capítulos, cada um buscando resposta a cada uma das questões referidas, coincidindo a sequência da tese com a ordem dos objectivos supra indicados.

Assim, a primeira parte (primeiro capítulo) visa precisar o significado que damos a vários dos conceitos que utilizaremos ao longo deste estudo e situar num marco histórico-jurídico o tema deste trabalho. Deste modo, expomos a nossa concepção de *direitos humanos* e daquele que considerámos o seu pilar básico: a *dignidade da pessoa humana*. Para aprofundarmos esta última, estudámos o conceito de *pessoa humana* e salientámos a sua dimensão social e jurídica (como centro de imputação de direitos: entre estes, o direito a casar e fundar família) inatas. Estes aspectos, que se relacionam directamente com o tema do matrimónio e da família, vão ser utilizados ao longo da tese com o sentido concretizado neste capítulo.



Ao estudarmos a nossa concepção de direitos humanos, introduzimos o *Direito Natural* (seu carácter, formalização e positivação) optando sempre por uma perspectiva dentro do iusnaturalismo clássico. Entre as noções incluídas ao longo deste trabalho e que estão relacionadas com o tema do matrimónio e da família destacámos também as relações entre a pessoa e a *sociedade* (optando por uma perspectiva humanista que expressa uma relação intercomplementária entre pessoa e sociedade) e o *bem comum* (como aquelas condições pelas quais cada pessoa realiza o seu bem próprio ao mesmo tempo que contribui para a realização do bem colectivo). Considerámos também o papel do *Estado* (obrigado ao respeito da dignidade humana, com tudo o que isto implica) e referimo-nos à função e importância do *Direito* (positivo) como instrumento do bem comum da sociedade.

Depois, abordámos historicamente a positivação dos direitos humanos com a finalidade de explicar os antecedentes da *Convenção Europeia dos Direitos Humanos* (documento central do nosso estudo e a partir deste momento designada pelas siglas: CEDH) e, concretamente, as origens do art.12. Neste sentido, para conhecermos mais rigorosamente o espírito dos legisladores do art. 12 da Convenção Europeia, investigámos os trabalhos preparatórios e texto do art.16 da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, uma vez que aquele se inspira neste último, segundo os próprios redactores da Convenção.

Além disto, para um conhecimento mais rigoroso do significado da inclusão do direito a casar e fundar família na Convenção Europeia, analisamos o sistema de direitos humanos do *Conselho de Europa* e o mecanismo de defesa dos direitos que consagra.

A primeira parte deste trabalho, termina com uma sucinta relação entre o sistema de direitos humanos do *Conselho de Europa* e o da *União Europeia*, com a finalidade de darmos uma visão global acerca dos sistemas de Direito Internacional europeu, naquilo que se relaciona com o tema desta tese de doutoramento.

Deste modo, nesta primeira parte e dentro do objectivo principal referido, as dúvidas a que tentámos responder são as seguintes: que entendemos por dignidade da pessoa humana? Que entendemos por direitos humanos e por direitos naturais? Que relação existe entre os direitos humanos e os direitos naturais? Que entendemos por pessoa, sociedade, bem comum, Estado, Direito e quais as relações existentes entre estas

realidades? Que implicações tem o facto de o direito a casar e fundar família estar incluído num documento internacional com a eficácia jurídica e um mecanismo de defesa dos direitos humanos tais como está previsto na CEDH?

A segunda parte da tese (que inclui os restantes capítulos), recordemos que tem como objectivo aprofundar e identificar os elementos incluídos no conteúdo do direito a casar e fundar família, previsto no art.12 da Convenção e as consequências do seu reconhecimento legal para a sociedade e para o Estado.

Por conseguinte, no segundo capítulo, dando um enfoque antropológico ao tema, identificámos e procuramos os fundamentos de cada um dos elementos contidos no art.12. Para cumprir este fim, estudámos os trabalhos preparatórios desta norma e seus antecedentes histórico-jurídicos. Incluímos também a evolução histórica-jurídica do matrimónio em Ocidente, uma vez que sendo esse o contexto do art.12 da CEDH, a considerámos interessante para uma melhor compreensão do mesmo. Terminámos este capítulo com um estudo acerca do conceito de natureza humana como base antropológica do matrimónio, salientando o seu cariz teleológico.

Neste contexto, neste segundo capítulo procuramos responder às questões relacionadas com o segundo objectivo inicialmente apontado: o art.12º consagra um ou dois direitos independentes: o direito a casar e o direito a fundar família? Que consequências tem esta resposta? Qual foi o objectivo do legislador ao elaborar o art. 12 da CEDH?

No terceiro capítulo referimo-nos aos titulares do direito a casar e fundar família. Neste contexto, aprofundámos o significado da igualdade e complementaridade entre mulher e homem; o sentido da dimensão sexual humana e sua juridicidade. Abordámos algumas das perspectivas erróneas mais frequentes acerca da sexualidade e do matrimónio, tal como a que concebe este último como mero legitimador do uso da sexualidade e a oposta, que defende o uso da sexualidade sem compromisso, isto é, à margem do matrimónio. Neste capítulo também tratamos do problema da homossexualidade e da transsexualidade como incapacidades para o exercício do direito a casar e fundar família. Incluímos a jurisprudência pertinente do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

Neste capítulo, estudámos ainda o significado do requisito da idade núbil dos sujeitos titulares do direito consagrado no art.12 da CEDH. Incluímos os textos internacionais de direitos humanos sobre a matéria. Por fim, fazemos algumas considerações (sobre a relação matrimonial) não incluídas directamente na CEDH, mas presentes noutros documentos internacionais.

Portanto, neste terceiro capítulo, tentámos responder às seguintes questões derivadas do terceiro objectivo indicado: quem são os titulares do art.12 e quais os motivos que fundamentam a sua exclusividade? Em que tipo de poder assenta esta capacidade de gerar direito? Quais são os elementos que fazem parte do núcleo essencial do direito a casar e fundar família? Porque motivo é que esses elementos fazem parte da essência desse direito e que consequências é que isto implica? Qual a posição da Jurisprudência do Tribunal Europeu sobre as demandas ao abrigo do artigo 12 da CEDH?

No último capítulo enfocamos o matrimónio e a família numa perspectiva de poder soberano, frente à sociedade e ao Estado. Neste contexto, aprofundámos o sentido da soberania do Estado, incluindo uma perspectiva histórica desde a origem deste conceito até à actualidade. Depois, passámos a estudar o poder soberano dos titulares do direito a casar e fundar família: o seu poder de gerar o vínculo jurídico através do acordo das suas vontades (consentimento) dando origem ao matrimónio. Estudámos o estatuto jurídico da família matrimonial, investigámos sobre os direitos da família como comunidade e identificámos alguns deles.

Por fim, investigamos o significado e as consequências da soberania do consentimento e da família matrimonial, tanto para a sociedade como para o Estado, impondo-se-lhes como uma realidade anterior a elas e que exige que respeitem a sua integridade e a protejam legal e eficazmente.

Assim, dentro do quarto objectivo, procuramos responder às seguintes questões: que consequências implica para a sociedade e o Estado o facto de o matrimónio conter elementos essenciais? Que relação existe entre família matrimonial e bem comum: a família matrimonial cumpre algumas funções sociais? Que consequências é que isto traz? Que tipo de poder está subjacente à família matrimonial na sua relação com o poder público? Que relação deve existir entre o Estado e a família matrimonial? Qual o estatuto jurídico da família matrimonial? Existem direitos inerentes à família como comunidade?

Ao longo desta tese, expomos também a Jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo sobre o art.12, por considerarmos que contribui para conhecer a sua interpretação acerca do conteúdo dessa norma.

Antes de terminarmos esta introdução, advertimos que ao longo deste trabalho, usamos indistintamente os termos: direitos humanos, direitos fundamentais e direitos humanos fundamentais, à margem de todas as teorias acerca da sua distinção, uma vez que considerámos que a exposição dessas teorias ultrapassaria os objectivos deste trabalho.

Queremos acrescentar que as fontes bibliográficas desta tese, foram recolhidas em diferentes instituições onde se investigou pessoalmente bibliografia para a tese e tentámos aproveitar todas as oportunidades de aí frequentar cursos, seminários, conferências, etc., relacionadas com o tema: Universidade do Minho (Braga, Portugal); Instituto Internacional de Direitos Humanos (René Cassin: Estrasburgo, França); Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (Estrasburgo, França); Universidade de Oxford (Oxford, Inglaterra); Universidade de Colorado (Boulder, USA); Universidade de Idaho (Moscow, USA) e, obviamente, na Universidade de Navarra. O resultado foi interessante na medida em que nos permitiu conhecer as diferentes perspectivas sobre estes assuntos (sul europeia, anglosaxónica, norte americana, etc.) dos investigadores e docentes. Cremos que este facto contribui para uma maior variedade de pontos de vista acerca do tema estudado. Por outro lado, explica o motivo pelo qual a citação e referência da mesma obra vem, por vezes e em lugares distintos, em diferentes línguas, dependendo do lugar em que foram recolhidos esses elementos. Isto é algo inevitável dentro do contexto espacial em que foi elaborada.

Neste contexto, teve-se ainda a interessante oportunidade de participar, como observadora, em algumas das últimas conferências internacionais do Séc.XX, convocadas pelas Nações Unidas e que sempre estavam relacionadas com o nosso tema. Assim, participou-se na Quarta Conferência Mundial das Nações Unidas Sobre as Mulheres (Pequim, Setembro de 1995); na Conferência Mundial sobre Estabelecimentos Humanos: Habitat II (Istambul, Junho de 1996) e na Cimeira sobre Alimentação organizada pela FAO (Roma, Novembro de 1996). Nestas conferências, ao estar presente nas sessões de elaboração e debate do texto final (e ao assistir às discussões da assembleia, ao trocar impressões com os delegados governamentais e também com elementos das diversas

correntes de activistas de Organizações Não Governamentais) pôde-se constatar a importância e implicações políticas dadas ao tema do matrimónio e da família (com referências presentes em todos os documentos finais) e todos os outros relacionados (controlo da população; saúde reprodutiva; reivindicação dos direitos a casar e adoptar dos homossexuais e transexuais; direito de habitação; da equiparação ao matrimónio de outras formas afectivas de convivência, etc.). Esta participação, também permitiu verificar a aplicação mais prática das matérias incluídas neste trabalho e das teses nele defendidas. Cremos que todos estes factores influenciam a orientação dada ao estudo do tema desta tese de doutoramento.

Por último, mas não menos importante, queria expressar o meu agradecimento a Antonio, meu amado esposo, pelo seu acompanhamento, interesse e imprescindível ajuda; aos meus queridos pais, Elisa e Carlos, pela sua grande generosidade e incondicional apoio; a D. Eurico Dias Nogueira (Arcebispo Emérito da Arquidiocese de Braga) e Doutor José A. Marques (Vigário Judicial da mesma Arquidiocese) aos quais devo o incentivo para embarcar nesta aventura científica; ao Doutor Cândido de Oliveira pelo seu interesse, apoio e amizade; ao claustro de professores de Direito Canónico que foram os que verdadeiramente me ensinaram e incutiram o gosto pela investigação científica; e aos investigadores e administrativos do Instituto de Ciências para la Familia, especialmente os professores Pedro-Juan Viladrich e Javier Escrivá, a Marta Dalfó e Rosa Azparren. Porque os primeiros foram os que realmente me deram a oportunidade de vir para esta Universidade, me comunicaram generosamente o seu saber e souberam estar sempre presentes nos momentos de mais necessidade; as segundas, pelo afecto, acolhimento e ajuda sempre demonstradas com simpatia. Também quero expressar o meu especial agradecimento aos directores desta tese: ao professor Pedro-Juan Viladrich pela sua formação e direcção e ao professor Juan-Ignacio Bañares pela sua atitude animadora e de generosa disponibilidade em conseguir sempre tempo, entre a sua apertada agenda, para acompanhar-me neste trabalho. A todos estes quero expressar os meus mais sinceros agradecimentos.

Esta tese de doutoramento foi realizada com o apoio financeiro da FCT e do FSE no âmbito do III Quadro Comunitário de Apoio.



---

---

**PRIMEIRO CAPÍTULO:**

**INTRODUÇÃO AO ARTIGO 12º DA  
CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS  
HUMANOS**

---

---

**I. DIREITOS NATURAIS COMO DIREITOS  
HUMANOS FUNDAMENTAIS**

**I.1. A dignidade da pessoa humana: pilar básico dos direitos humanos**

O preâmbulo da *Convenção Europeia dos Direitos Humanos* (documento nuclear do nosso estudo) refere que tem como objectivo "aplicar as primeiras medidas adequadas para assegurar a garantia colectiva de certo número de direitos enunciados na Declaração Universal". Assim, parece poder afirmar-se que a Convenção Europeia se inspira e nos remete para os direitos fundamentais consagrados na *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de Dezembro de 1948. Este último documento, começa por afirmar que a base dos Direitos Humanos

assenta no "reconhecimento da dignidade intrínseca de todos os membros da família humana" e, ainda, na "dignidade e no valor da pessoa humana".<sup>1</sup>

Assim, para melhor compreendermos os direitos fundamentais da pessoa humana vamos estabelecer primariamente o que entendemos por *dignidade da pessoa humana*, já que é esta que serve de base sobre a qual se vão formular esses direitos humanos.<sup>2</sup>

### **I.1.1. A dignidade da pessoa humana: tentativa de definição**

Tal como acabámos de referir, os direitos humanos baseiam-se na dignidade do ser humano. De acordo com o artigo primeiro da *Declaração Universal dos Direitos Humanos* a fonte desta dignidade é a sua condição de "pessoa".<sup>3</sup> Em consequência, para entendermos o significado da *dignidade da pessoa humana*, devemos responder à pergunta sobre o que é ser "pessoa".<sup>4</sup> Assim, em primeiro lugar vamos expor algumas considerações acerca do sentido ontológico da pessoa humana e seguidamente mencionaremos algumas ideias acerca da juridicidade própria da pessoa (sua dimensão jurídica).

---

<sup>1</sup>Preâmbulo da DUDH, parág. nº1. O texto desta declaração foi consultado em: Conselho de Europa, *Droits de l'Homme en Droit Internationale. Textes de Base*, Estrasburgo 1992, p.11.

<sup>2</sup> É necessário analisar o que significa a dignidade da pessoa, porque a pesar de se a mencionar com profusão, não se costuma indicar em que consiste, como se fosse algo conhecido por todos quando, pelo contrário, trata-se de uma noção cuja significação precisa é pouco conhecida.

<sup>3</sup> Cujo texto refere: "Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos e, dotados como estão de razão e consciência, devem comportar-se fraternalmente uns com os outros". Esta obra foi consultada em: Conselho de Europa, *Droits de l'Homme en Droit Internationale. Textes de Base*, Estrasburgo 1992, p.12.

<sup>4</sup> "Persona" – salvo en lenguaje vulgar –no es otro modo de nombrar al hombre, sino un modo de designar al hombre encuanto tiene un estatuto ontológico o jurídico-social determinado. Llamar al hombre persona es evocar unas precisas connotaciones de su ser o estar en la sociedad... En nuestro lenguaje actual el término persona se utiliza primariamente en su sentido ontológico; cuando decimos persona nos referimos casi siempre a ese sentido. Incluso en documentos tan relevantes para el derecho como son las declaraciones y pactos internacionales de derechos humanos o las Constituciones de los Estados". HERVADA, J., *El Derecho Natural*, Pamplona 1992, pp. 424 e 430.



O significado de que o ser humano é "pessoa" reside no facto de ser racional,<sup>5</sup> dotado de inteligência e liberdade.<sup>6</sup> Por conseguinte, todas as pessoas tem um certo autodomínio, são donos de si mesmos e dos seus actos.<sup>7</sup> É esta a superioridade do ser humano em relação a todos os demais seres (e o que lhe permite ser considerado "pessoa"). Uma das características da pessoa humana é a sua interioridade. Cada pessoa tem a sua própria intimidade e nenhuma intimidade é igual a outra, cada uma é algo irrepetível, intransferível (não podemos trocar a nossa personalidade com ninguém) e, por isso, a pessoa é um absoluto: única, irrepetível, irredutível.<sup>8</sup> Ao mesmo tempo constatámos que todos os outros seres humanos também são racionais e livres. Em consequência, são igualmente pessoas e, portanto, por natureza são igualmente dignos.<sup>9</sup>

Quanto à dimensão jurídica como característica da pessoa humana, significa que tem capacidade para dar lugar à realidade jurídica. De facto, se esta existe é porque a pessoa humana está naturalmente constituída de tal modo que (devido à sua própria estrutura ontológica) se pode ordenar por normas. Relacionando-se juridicamente, é capaz

---

<sup>5</sup> “La racionalidad, y por lo tanto la autoconciencia, siempre formó parte de la definición de persona. Así, aparece nítidamente en la misma definición boeciana. (...) La antedicha definición boeciana de persona sigue siendo válida. (...) la palabra persona sólo se ha aplicado y sólo puede aplicarse a los seres que tienen la especial eminencia ontológica en que consiste ser racional. (...) El hombre es persona por ser sustancia de *naturaleza* racional. Por lo tanto, la persona es fundamento del derecho natural en función de su naturaleza.” HERVADA, J., *El Derecho Natural*, Pamplona 1992, pp.432,433, 436 e 516.

<sup>6</sup> “De modo particular, la mayor perfección del hombre se manifiesta en dos cosas, propia de la dimensión espiritual. Por un lado el conocimiento intelectual... por otro lado el amor total... (...) La libertad (o voluntad libre) es la potencia para actuar y decidir”. HERVADA, J., *El Derecho Natural*, Pamplona 1992, pp.452 e 455; Sobre o conceito de liberdade humana, veja-se, WÓJCIK, A., *Pareja de hecho y matrimonio*, Pamplona 2002, p.75-82; MARITAIN, J., *Los Derechos del hombre y la Ley Natural*, Buenos Aires 1961, p.107.

<sup>7</sup> “Por esa intensidad de ser persona es dueña de sí, domina su propio ser, en virtud de lo cual es capaz de dominar los seres en su entorno...fruto del dominio que la persona tiene sobre su propio ser”. HERVADA, J., *El Derecho Natural*, Pamplona 1992, pp.453-454.

<sup>8</sup> Cfr. YEPES, R.; ARANGUREN, J., *Fundamentos de Antropología. Un ideal de la excelencia humana*, Pamplona 1998 (3ªed.) pp.61-80.

<sup>9</sup> “El principio de igualdad no significa que todos los hombres *deben ser* iguales, sino que *son* iguales –en virtud de su nuda condición de hombre, despojada de cualquier condición o circunstancia. Por lo tanto, todos los hombres son *igualmente personas* (en sentido jurídico), o igualdad jurídico-social porque todos son igualmente personas en sentido ontológico (igualdad real radical)”. HERVADA, J., *El Derecho Natural*, Pamplona 1992, p.466; Veja-se também: WÓJCIK, A., *Pareja de hecho y matrimonio*, Pamplona 2002, p.95.

de ser titular de direitos e obrigações. Sem este núcleo natural, seria impossível o fenómeno jurídico.<sup>10</sup>

Assim a dignidade da pessoa humana –com a exigibilidade que lhe é inerente– implica que quando duas ou mais pessoas entram em relação, não pode haver somente normas morais ou éticas, porque a cada pessoa se lhe deve um tratamento adequado à sua dignidade de pessoa humana, isto é, proporcionado e devido, que configura uma relação de justiça. Assim, cada pessoa apresenta-se perante as demais pessoas com uma dimensão de exigibilidade que implica um mínimo de ordem jurídica e não só normas morais. Em consequência, “negar la juridicidad natural de la persona humana sólo tiene sentido si se niega la dignidad de la persona humana o se la vacía de contenido, que es lo mismo”.<sup>11</sup>

Assim, ao afirmarmos que a pessoa humana se distingue dos outros seres pela sua possibilidade de autodomínio, podemos acrescentar que todos os bens inerentes ao seu ser, são também objecto desse domínio. Estes bens são os que denominamos "direitos da pessoa". E são direitos porque lhe são devidos em função da sua natureza, logo são direitos adquiridos por "título natural".<sup>12</sup>

De tudo o que referimos acerca do significado da dignidade da pessoa humana podemos afirmar que a dignidade radica na sua natureza racional. A dignidade consiste na capacidade de domínio do ser humano que tem uma dimensão jurídica e ontológica.<sup>13</sup>

O ser humano é dinâmico (tende à sua plenitude e perfeição) e isto traduz-se na sua natureza intrinsecamente ordenada a uns fins. Estes fins, ao darem sentido ao ser humano e serem causa da sua plenitude existencial, também são factores de dignidade humana”.<sup>14</sup>

---

<sup>10</sup> “El dominio sobre su propio ser es un rasgo constitutivo de la persona humana”. WÓJCIK, A., *Pareja de hecho y matrimonio*, Pamplona 2002, p.59.

<sup>11</sup> WÓJCIK, A., *Pareja de hecho y matrimonio*, Pamplona 2002, p.59; HERVADA, J., *El Derecho Natural*, Pamplona 1992, p.475.

<sup>12</sup> “La persona es sujeto de derechos -es su titular- pero no es el título ni el fundamento. En otras palabras, el título y el fundamento de los derechos inherentes de la persona humana es la *condición de persona*, lo que en la persona hay de naturaleza racional”. HERVADA, J., *El Derecho Natural*, Pamplona 1992, p.434-435. WÓJCIK, A., *Pareja de hecho y matrimonio*, Pamplona 2002, p.59.

<sup>13</sup> WÓJCIK, A., *Pareja de hecho y matrimonio*, Pamplona 2002, p.59.

<sup>14</sup> “Los fines naturales están presentes en la constitución *intrínseca* del ser humano como *ordenación a los fines*, en forma de *inclinaciones naturales*, entendiéndose por tales la conformación... y la tendencia natural a ellos. (...) El ser humano –y correlativamente su desarrollo vital, su vida- no es un sin sentido o absurdo, con la nada como meta. En relación con esto, el

Assim, da relação dos fins com a dignidade humana deduz-se que dela dimanam tanto direitos como deveres. Há pois direitos e deveres inerentes à dignidade humana (que são expressão dessa mesma dignidade). Ao mesmo tempo, estes direitos, sendo inerentes ao seu ser, são necessariamente direitos limitados e condicionados pela natureza desse mesmo ser.

Neste contexto, reconhecer a dignidade da pessoa humana, significa aceitar que ela é portadora de uns determinados valores, cujos reflexos se plasam nos direitos humanos.<sup>15</sup>

Correlativamente, estes direitos originam em todas as outras pessoas um dever de respeito. Por conseguinte, os bens inerentes à natureza humana são necessários para o pleno desenvolvimento da sua personalidade, por isso, são designados direitos naturais.<sup>16</sup> Do que aqui fica dito podemos concluir que o cumprimento dos direitos fundamentais do homem, que são os direitos naturais, conduz a uma maior dignidade porque conduz à sua realização pessoal. Em consequência, o incumprimento dos direitos humanos, degradará sempre a pessoa humana.<sup>17</sup>

## I.2. Direitos naturais e natureza humana

A natureza humana, é a essência estrutural que define todos os seres humanos, aquilo que todos têm em comum. Todos os seres vivos, têm uma tendência a crescer e a desenvolver-se até alcançar a sua perfeição. Se o ser humano busca a perfeição (se sente uma inquietação por ser mais) é porque a sua natureza tende e permite esse crescimento.

---

hombre es un ser digno, está dotado de dignidad, también porque su ser y su vida... tienen un sentido, una plenitud a la que se dirige u ordena por constitución ontológica, en cuanto es un ser dinámico u operativo. Pero lo que llamamos *sentido* de un ser y de su vida no es otra cosa que los fines, la finalidad". HERVADA, J., *El Derecho Natural*, Pamplona 1992, p.450-451.

<sup>15</sup> Cfr. FERNANDEZ-GALIANO, A., *Derecho Natural*, Madrid 1986 (5ªed.), p.405.

<sup>16</sup> São direitos e deveres que dimanam do ser humano e que não têm por fundamento os atributos da pessoa mas sim a sua natureza humana, por isso recebem o nome de direitos naturais. Cfr. HERVADA, J., *El Derecho Natural*, Pamplona 1992, p.434.

<sup>17</sup> O ser humano sempre resulta afectado pelas suas próprias acções. Ao actuar cambia necessariamente. Esta repercussão da acção do homem sobre si mesmo é o chamado carácter cibernético. Cfr. POLO, L., *Ética. Hacia una versión Moderna de los Clásicos*, Madrid 1996, p.98.

Por isso, a natureza humana é possibilidade e ordem que aponta a finalidade do ser humano. Este carácter de fim, aponta a direcção para a qual a pessoa tem capacidade de seguir e que a levará ao seu pleno desenvolvimento. O ser humano nasceu para a perfeição, e esse fim, está marcado desde o princípio na sua natureza como uma certa inclinação natural.

Assim, ao ser humano cabe desenvolver as suas capacidades para alcançar o seu fim: a sua perfeição. Usando da sua liberdade, a pessoa actua dirigindo-se ao seu fim ou afasta-se dele, degradando-se. Quer dizer, a orientação geral da pessoa ao seu fim, está dada pela natureza. Contudo, a pessoa, exercendo a sua liberdade, elegirá os meios que a aperfeiçoarão ou que a afastarão desse objectivo. Essas referências orientativas para a liberdade, dadas pela própria natureza humana são normas que sendo cumpridas permitem dirigir-se livremente para esse objectivo.<sup>18</sup> Assim, estes direitos naturais assinalam e asseguram o caminho para essa plenitude (tal como analisaremos seguidamente). Estamos já no âmbito do denominado Direito natural.<sup>19</sup>

### **1.2.1. Direito natural**

O Direito natural pode-se definir, segundo J. Hervada como aquele núcleo de jurisdição inerente à dignidade da pessoa: “Es el núcleo de juridicidad natural que está en la base y en el fundamento de todo el sistema jurídico: la parte natural del sistema jurídico”.<sup>20</sup> Todos somos conscientes acerca da existência dessas pautas de perfeição fundamentadas na própria natureza do ser humano que, conhecidas pela actividade da razão, apontam os fins e objectivos a alcançar pela própria pessoa para atingir o máximo

---

<sup>18</sup> Daqui se pode afirmar *o carácter normativo da natureza humana*. Cfr. BEUCHOT, M., *Filosofía y Derechos Humanos*, México 1993, p.146.

<sup>19</sup> Para uma perspectiva histórica do Direito Natural, veja-se, p.ex., a sucinta exposição de VALLET, J., *Qué es el Derecho Natural*, Madrid 1997, pp.13-56; ou MONTEJANO, B., *Curso de Derecho Natural*, Buenos Aires 1986, PP.19-193.

<sup>20</sup> HERVADA, J., *El Derecho Natural*, Pamplona 1992, p.516 e 514 (veja-se também pp.515-518); e ainda: CASTÁN TOBEÑAS, J., *Los derechos del hombre*, Madrid 1985, pp.41-44. Para aprofundar sobre o iusnaturalismo clássico (teoria adoptada nesta tese), abordagem histórica e sua comparação com outras teorias, veja-se, p.ex., o desenvolvimento de FERNANDEZ-GALIANO, A., *Derecho Natural*, Madrid 1986 (5ªed.), pp.75-258.

da sua perfeição.<sup>21</sup> Neste sentido, não são indiferentes todos os actos que podemos fisicamente realizar e, independentemente das leis em vigor numa determinada sociedade, emitimos juízos de valor e de obrigação: deve fazer-se isto e evitar-se aquilo. Isto é o que constitui a máxima: "deve fazer-se o bem e evitar-se o mal". Estamos no âmbito da ética, quer dizer, refere-se à relação dos actos humanos com a essência do próprio ser do homem e os seus fins.<sup>22</sup> Esta norma de actuação independente da preferência do sujeito, é o que constitui a lei natural.<sup>23</sup>

É evidente que lei natural não se identifica com Direito Natural, uma vez que aquele dimana desta última.<sup>24</sup> De facto, o Direito Natural é apenas aquela parte da lei natural que regula, principalmente, as relações intersubjectivas: é o aspecto social da participação na lei eterna.<sup>25</sup>

O facto de haver uma lei natural significa que existe algo que, em relação com a nossa natureza, deve fazer-se e algo que deve evitar-se. O objecto de referência sobre que deve recair essa avaliação (sobre o que "deve fazer-se ou evitar-se") é a própria natureza humana. Daqui resulta que a lei natural é a expressão das exigências que comporta a

---

<sup>21</sup> Em relação a este ponto parece interessante advertir o seguinte, exposto por Hervada: "a facilidade com que a razão conhece os diferentes níveis da lei natural, está em proporção inversa ao que é mais específico da natureza humana. Isto é, quanto mais de especificamente humano contenha uma regra de lei natural, maior penetração intelectual exige e, por isso, é mais susceptível de erro. As inclinações humanas têm uma vertente somática e física que se apresenta tanto mais intensa quanto menos especificamente humana é essa inclinação. O que é especificamente humano reside na sua racionalidade e, por consequência, quanto mais de especificamente humano tem uma inclinação natural, menos reside no corpo. A consequência é clara: o mais primário da inclinação natural tem um reflexo na parte somática em forma de instintos, que quanto mais fortes são, também mais facilmente são conhecidos. Estes instintos são tendências corporais permanentes e imutáveis por se referirem a leis biológicas. Ao contrário, o mais especificamente humano dessas tendências reside na razão e na vontade, que são potências susceptíveis de erro, de manipulação e de vício. Por conseguinte, enquanto o mais primário das tendências humanas é facilmente cognoscível por todos, o mais especificamente humano é facilmente susceptível de erro e o seu perfeito conhecimento exige uma maior sabedoria". *Ibidem* p.154 (a tradução é nossa).

<sup>22</sup> A teoria do Direito Natural é uma elaboração racional de carácter prático, concretamente ético-jurídico. Cfr. MASSINI, C., *El Derecho Natural y sus dimensiones actuales*, Buenos Aires 1998, p.27.

<sup>23</sup> Cfr. MARITAIN, J., *Los Derechos del hombre y la Ley Natural*, Buenos Aires 1961, pp.105-111.

<sup>24</sup> A lei natural é aquela que está inscrita imperativamente por Deus na mente do ser humano. Cfr. VALLET, J., *Qué es el Derecho Natural*, Madrid 1997, pp.47-58.

<sup>25</sup> MONTEJANO, B., *Curso de Derecho Natural*, Buenos Aires 1986 (4ª ed.), p.269.

natureza humana para o seu pleno desenvolvimento. Pode-se, assim, afirmar que a lei natural marca a direção fundamental da conduta humana.

Segundo o que supra referimos, esta lei natural é uma lei de carácter universal pois é válida para todos aqueles que possuem a mesma natureza (já que é uma lei da espécie humana).<sup>26</sup> Consequentemente, a lei natural obriga a todos independentemente do espaço e do tempo: é uma lei universal. Além disto, por ser uma lei que corresponde à natureza humana (à própria essência do homem) é também, em consequência, uma lei imutável.<sup>27</sup>

Se entendemos que a lei natural contém as exigências da natureza humana, isto implica que, para captar essa lei natural através da razão, é necessário conhecer a natureza humana.<sup>28</sup> Todos os seres humanos têm um conhecimento mínimo da natureza humana e, em consequência, todos podem conhecer os enunciados mais elementares dessa mesma natureza.<sup>29</sup> Daí que, se a ordem natural básica inscrita na natureza humana é conhecida (nesses seus conteúdos elementares) por todos os seres humanos. Isto significa que todos

---

<sup>26</sup> (...) El derecho natural es un derecho universal y común en un doble sentido: primero por ser igual en todos los hombres; segundo por ser un núcleo de orden jurídico que se extiende a todos los hombres y todos los pueblos, esto es, a toda la humanidad. (...) Por lo tanto, el núcleo natural de juridicidad de la persona humana se manifiesta en todas las personas humanas en la igualdad de derechos y en la misma e idéntica normatividad supuestas las mismas situaciones y circunstancias. Resulta así, un derecho común y universal de la humanidad, capaz de ser reducido a enunciados racionales universales, que, si bien no son de suyo el derecho natural, constituyen su forma de expresión conforme a la capacidad abstractiva del intelecto humano. (...) Hay pues un conjunto de normas jurídicas universales y comunes a toda la sociedad humana, que se resume en la expresión clásica *ley natural*.” HERVADA, J., *El Derecho Natural*, Pamplona 1992, pp.535-537.

<sup>27</sup> MARITAIN, J., *Los Derechos del hombre y la Ley Natural*, Buenos Aires 1961, pp.99-104.

<sup>28</sup> “En cuanto el derecho natural es un objeto conocido por la razón a través del conocimiento de la naturaleza humana, no está exento de la ley de la progresividad del conocimiento racional”. HERVADA, J., *El Derecho Natural*, Pamplona 1992, p. 540; MARITAIN, J., *Los Derechos del hombre y la Ley Natural*, Buenos Aires 1961, p.101.

<sup>29</sup> (...) Por lo tanto como sea que la naturaleza humana y la dignidad del hombre son conocidos en sus rasgos más básicos por todos los hombres –producto de la autoconciencia y el conocimiento por connaturalidad- hay un núcleo básico de derecho natural conocido por todos. (...)Justamente porque el derecho natural no se conoce de modo innato, sino por el proceso de conocimiento racional práctico, está sujeto a los avatares del conocimiento racional. Caben, pues, errores, insuficiencias, degradaciones, etc., como en cualquier otro conocimiento. Sin embargo... sólo caben errores, insuficiencias o degradaciones parciales, que no afectan al núcleo básico y fundamental. Se debe ello a que el conocimiento de la naturaleza humana, en sus rasgos fundamentales, es un conocimiento por connaturalidad (conocimiento inmediato sin deducción), el cual es infalible. De ello resulta –como decíamos antes- que el núcleo más fundamental y básico del derecho natural es conocido infaliblemente por todos”. HERVADA, J., *El Derecho Natural*, Pamplona 1992, pp.540-541; Cfr. MARITAIN, J., *Los Derechos del hombre y la Ley Natural*, Buenos Aires 1961, p.102.

podem actuar de acordo com essa ordem. Contudo, sendo a natureza humana dotada de liberdade, cada ser humano tem que optar livremente, autodeterminar-se em actuar, ou não, de acordo com a natureza que possui. Por conseguinte, a actuação livre e a responsabilidade humana consequente, são estritamente pessoais e intransferíveis.

Acabámos de referirmo-nos à lei natural. Contudo, pelo facto do nosso estudo ser do âmbito jurídico, interessa-nos, sobretudo, aquela perspectiva da lei natural que se refere às relações de justiça (os direitos e obrigações do ser humano em relação aos demais seres humanos). Trata-se da mesma lei moral naqueles aspectos que implicam alteridade. A isto se refere o direito natural.

### **I.2.2. Direitos naturais: direitos prévios a qualquer reconhecimento jurídico-positivo**

O direito natural inclui os direitos primários e fundamentais do homem, porque (como já referimos) estes direitos correspondem a cada homem em função das características próprias da sua natureza.<sup>30</sup> Por conseguinte, está subtraído à arbitrariedade do legislador e é anterior a este.<sup>31</sup>

Sem esta pré-positividade do direito natural, não teria nenhum sentido falar de direitos humanos porque "um direito que pode ser anulado por aqueles para os quais é fonte de jurisdição não mereceria o nome de direito".<sup>32</sup> De facto, o direito natural é

---

<sup>30</sup> Veja-se, MARITAIN, J., *Los Derechos del hombre y la Ley Natural*, Buenos Aires 1961, pp.107 e ss.

<sup>31</sup> "La personalidad jurídica –ser persona- no es una concesión de la ley o de la sociedad. (...) Todo hombre es jurídicamente persona por ser hombre, independientemente de cualquier estado y condición; y en este sentido se interpreta correctamente el art.6 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*: ...Todos tienen en todas partes el derecho al reconocimiento como persona ante la ley". HERVADA, J., *El Derecho Natural*, Pamplona 1992, p.469.

<sup>32</sup> Em relação a este assunto, refere Hervada que o positivismo (que no seu sentido radical nega a ideia de direito natural anterior a toda a lei positiva) conduz ao absurdo pois "considera que a pessoa tem direito aos bens inerentes ao seu ser apenas por concessão da sociedade mediante a lei positiva. Isto significa que antes da lei ou em ausência da lei positiva, o homem não seria dono da sua vida. Além disto, não haveria regimes tirânicos, nem opressores, nem injustos, ainda que assassinassem os seus cidadãos, desde que isso fosse legal, desde que houvesse uma lei positiva que o permitisse. (...) Contudo, a verdade é que os direitos naturais são anteriores à sociedade, à lei positiva e, por isso, pode-se falar de leis e regimes injustos quando atentam contra esses direitos".

fundamento dos direitos mais básicos da pessoa humana consagrados nas declarações de direitos humanos. Tal como refere Gómez Perez: "o direito natural é germen dos direitos humanos."<sup>33</sup>

Em jeito de conclusão podemos afirmar que o ser humano é pessoa, e, como tal, está dotado de dignidade o que significa que é portador de um núcleo de direitos e deveres inalienáveis inerentes a sua condição de pessoa. A lei natural é expressão da dignidade do valor da pessoa humana: "falar de lei natural é falar das exigências da dignidade humana e do seu adequado desenvolvimento".<sup>34</sup> Todo o ser humano nasce com uma natureza determinada, que pela sua estrutura e finalidade há-de desenvolver-se conforme às possibilidades e à ordem que lhe são próprias.

Seguidamente faremos referência à dimensão social do ser humano, pois é na vida social que a pessoa se vai relacionar com os demais seres humanos, onde tem como tarefa desenvolver as suas capacidades para chegar à sua plenitude. Consequentemente, é na sociedade onde o direito natural tem uma importância fundamental na ordenação da estrutura social com vistas a permitir que o homem chegue à sua felicidade terrena que lhe vem da plenitude que corresponde ao máximo desenvolvimento possível da sua natureza humana.<sup>35</sup>

---

(a tradução é nossa). HERVADA, J., *Libertad, autenticidad y Derecho Natural*, em "Persona y Derecho", Vol.III, Pamplona 1976. Veja-se, também, DIJON, X., *Droit Naturel*, Tomo 1, Paris 1998, p.25.

<sup>33</sup> GÓMEZ-PÉREZ, R., *Introducción a la ética social*, Madrid 1987, p.61.

<sup>34</sup> Cfr. HERVADA, J., *Libertad, autenticidad y Derecho Natural*, em "Persona y Derecho", Vol.III, Pamplona 1976, pp.515-521.

<sup>35</sup> Cfr. MARITAIN, J., *Los Derechos del hombre y la Ley Natural*, Buenos Aires 1961, pp.105-119.



### I.3. Pessoa e sociedade

#### I.3.1. Sociabilidade natural da pessoa

A pessoa humana é naturalmente social.<sup>36</sup> Isto significa que pertence à sua essência a necessidade de viver em sociedade.<sup>37</sup> Sendo o ser humano susceptível de aperfeiçoamento, este não é concretizável sem intersubjectividade: encontrar-se com outros através de um processo de intercâmbio recíproco que forme a sua personalidade, carácter, idioma, costumes, valores, etc. O ser humano necessita de comunicar-se, de dar e receber, pois possui, por natureza, essa capacidade e sem a desenvolver não pode aperfeiçoar-se.<sup>38</sup> Uma pessoa sem comunicação frustrar-se-ia por completo. Faz parte desse núcleo fundamental de pessoa humana a sua relação com outras pessoas: compartilhar conhecimentos, projectos, valores, expressar-se de qualquer modo.<sup>39</sup>

Segundo expressão de Arellano "o homem é o ser existente mais necessitado de todos os seres vivos".<sup>40</sup> De facto, a pessoa humana é necessitada, tanto nos seus momentos iniciais (provem de outros seres humanos: do encontro entre o óvulo e o espermatozóide, de seus pais) como no seu posterior desenvolvimento, pois morreria se não tivesse os cuidados e a assistência de outros seres humanos. Por tudo isto, a realização do ser humano só é possível em sociedade. Assim, todos os seres humanos participam na perfeição uns dos outros: trata-se de um aperfeiçoamento mútuo e, parafraseando Arellano, poderíamos afirmar que "todos nos aperfeiçoamos a todos".<sup>41</sup>

---

<sup>36</sup> Cfr. MARITAIN, J., *Los Derechos del hombre y la Ley Natural*, Buenos Aires 1961, pp.19-20.

<sup>37</sup> "Junto a la experiencia de la dignidad y de la libertad humanas se da la experiencia de la sociabilidad". GÓMEZ-PÉREZ, R., *Introducción a la ética social*, Madrid 1987, p.58.

<sup>38</sup> "El hombre como ser personal, no es que sea sociable –no es que tenga *capacidad* de formar sociedad-es que por su constitutivo natural es socio de los demás, está-en-relación, forma sociedad - la comunidad humana- que es capaz de adoptar múltiples formas". HERVADA, J., *El Derecho Natural*, Pamplona 1992, p.457.

<sup>39</sup> LECLERCQ, J., *El Derecho y la sociedad. Sus fundamentos*, Barcelona 1965, p.183.

<sup>40</sup> ARELLANO, J., *Persona y sociedad*, Pamplona 1993, p.34.

<sup>41</sup> *Ibidem*.

Contudo, esta perspectiva nem sempre foi aceite ao longo da história humana. De facto, nos séculos XVII e XVIII, estendeu-se uma teoria que negava que o ser humano é social por natureza.<sup>42</sup> Em consequência, concebia a sociedade como fruto de uma convenção que o homem se viu obrigado a admitir para evitar a guerra constante. Segundo esta tese, a origem da sociedade estaria num contrato social mediante o qual os homens, renunciando ao seu estado natural original de isolamento, acordaram em conviver, cedendo parte dos seus direitos a troco de segurança e paz.<sup>43</sup> Trata-se, como podemos constatar, de uma visão da vida social de cariz marcadamente individualista.

Relacionando com o tema central deste nosso trabalho, podemos acrescentar que a sociedade natural por antinomia é a família matrimonial (fundamentada numa relação estável e comprometida entre um homem e uma mulher). De facto, a família é um grupo humano cujos membros estão vinculados pelas necessidades vitais naturais das pessoas neles integradas.<sup>44</sup> É a comunidade de origem da pessoa e constitui o verdadeiro centro da existência humana, por isto, é considerada a instituição humana mais básica da sociedade e anterior a esta (a sociedade deveria desenvolver-se, ao fim e ao cabo, à volta de um conjunto de famílias). O desenvolvimento pessoal que se realiza no seio da família culmina na sociedade, cujo objectivo é também o aperfeiçoamento humano das pessoas nela integradas. Contudo, nenhuma sociedade é anterior à pessoa, nem sequer uma sociedade tão natural como a família.<sup>45</sup>

### **I.3.2. Ideologias acerca da relação entre a pessoa e a sociedade**

Seguidamente, vamos expor sucintamente umas ideias acerca das ideologias que tratam das relações entre a pessoa humana e a sociedade. Na medida em que estas afectam determinadamente a forma de conceber e o reconhecimento dos direitos humanos

---

<sup>42</sup> Cfr. infra: teorias do contrato social de Hobbes, Rousseau, seguidas por outros autores, como Locke, etc.

<sup>43</sup> YEPES, R.; ARANGUREN, J., *Fundamentos de Antropología. Un ideal de la excelencia humana*, Pamplona 1998 (3ªed.), p.182.

<sup>44</sup> Cfr. ARELLANO, J., *Persona y sociedad*, Pamplona 1993, pp.41-46.

fundamentais (os direitos naturais, antes mencionados) e a família, com todas as graves consequências que daqui advêm.

Existem várias concepções acerca da relação entre a pessoa e a sociedade, das quais surgem várias ideologias.<sup>46</sup> Entre estas, existem duas que são dois modos antitéticos de conceber o problema: o "colectivismo" com a socialização e estratificação da vida humana e o "individualismo".<sup>47</sup>

Sinteticamente, podemos afirmar que a corrente individualista defende que o indivíduo singular é o fundamento radical da sociedade. Deste modo, entendem que a sociedade é uma mera superestrutura (irrelevante ou indesejável) da realidade radical individual da pessoa humana. O individualismo radical teve uma grande influência na história da humanidade, através da ideologia da revolução francesa (1789) e o seu ponto culminante está "no indivíduo materialista do anarquismo"<sup>48</sup>. O individualismo liberalista da revolução francesa foi-se adaptando às exigências evolutivas dos tempos, através da adopção de novas formas neo-liberalistas.<sup>49</sup> Contudo, fundamentando-se sempre na antinomia entre pessoa e sociedade.<sup>50</sup>

Para o colectivismo, a realidade social é a "colectividade". O indivíduo só é compreensível e realizável desde a sociedade colectiva. Esta corrente teve o seu grande

---

<sup>45</sup> Cfr. GÓMEZ-PÉREZ, R., *Cuestiones básicas de Doctrina Social de la Iglesia*, Madrid 1993, pp.63-72.

<sup>46</sup> Cfr. GÓMEZ-PÉREZ, R., *Cuestiones básicas de Doctrina Social de la Iglesia*, Madrid 1993, pp.161-182 e ARELLANO, J., *Persona y sociedad*, Pamplona 1993, pp.51-57.

<sup>47</sup> Cfr. LECLERCQ, J., *El Derecho y la sociedad. Sus fundamentos*, Barcelona 1965, pp.158-159.

<sup>48</sup> ARELLANO, J., *Persona y sociedad*, Pamplona 1993, p.14. Cfr. también GÓMEZ-PÉREZ, R., *Cuestiones básicas de Doctrina Social de la Iglesia*, Madrid 1993, p.166: "Estos principios, que alcanzaron importancia en Gran Bretaña durante el siglo XVII (el individualismo de Thomas Hobbes, el pensamiento de Locke) tuvieron una primera realización en el movimiento que culminó con la independencia de los Estados Unidos de América, en 1776. Trece años después, la Revolución francesa estuvo en gran parte animada por el mismo ideario, como se mostró en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano".

<sup>49</sup> Cfr. VEGA GUTIÉRREZ, A., *Políticas familiares en un mundo globalizado*, Pamplona, 2002, pp.64-70.

<sup>50</sup> "Casi lo único que puede decirse es que, en el final de sig.XX, no se ve ninguna ideología de sustitución, a no ser una confluencia de las dos formas (individualismo y colectivismo) hacia algo intermedio". Cfr. GÓMEZ-PÉREZ, R., *Cuestiones básicas de Doctrina Social de la Iglesia*, Madrid 1993, p.162.

impulso com a revolução comunista russa (1917)<sup>51</sup> e o Nacional Socialismo de Hitler. Tal como a anterior, também se foi adaptando às exigências da evolução dos acontecimentos históricos através de formas ideológicas socialistas, neo-socialistas e sociais democráticas. À sociedade corresponde definir e classificar as condições para se poder ser considerado indivíduo dessa sociedade.<sup>52</sup> O Estado transcende os cidadãos e exige destes uma total submissão. O Estado submete o matrimónio, a procriação, a família, a educação, a um controle muito estrito. Concretamente a família fica submetida a uma vigilância particular pois é nela que se forma a personalidade básica dos cidadãos. Este Estado tende a inibir a capacidade pessoal e o juízo de decisão dos membros da sociedade.<sup>53</sup>

Em contraposição a estas posturas radicais, surge uma outra concepção acerca da relação entre a pessoa e a sociedade que poderíamos designar por "personalismo".<sup>54</sup> Segundo esta teoria, o ser humano, como pessoa, transcende o próprio Estado. Neste contexto, e como possível solução, poder-se-ia falar num certo "Humanismo social" no qual o binómio: pessoa-sociedade, é intercomplementário: quanto mais perfeita for a sociedade mais pessoal será, e quanto mais perfeita é a pessoa singular, mais social será.<sup>55</sup>

### **I.3.3. A perspectiva individualista contemporânea**

Hoje em dia dá-se uma certa tendência a considerar a sociedade como um conjunto de indivíduos autónomos que não tem outro remédio do que conviver, ainda que, para isso, tenham que recortar algo da liberdade de cada um. Esta liberdade vai até onde

---

<sup>51</sup> “Revolución llevada a cabo por Lenin, inspirado en la obra de Marx y de Engels”. GÓMEZ-PÉREZ, R., *Cuestiones Básicas de Doctrina Social de la Iglesia*, Madrid 1993, p.171.

<sup>52</sup> Cfr. LECLERCQ, J., *El Derecho y la sociedad. Sus fundamentos*, Barcelona 1965, p.236.

<sup>53</sup> Cfr. LECLERCQ, J., *El Derecho y la sociedad. Sus fundamentos*, Barcelona 1965, pp.235-236.

<sup>54</sup> Sobre a sociedade personalista: MARITAIN, J., *Los Derechos del hombre y la Ley Natural*, Buenos Aires 1961, pp.41-43. Para uma crítica: ARELLANO, J., *Persona y sociedad*, Pamplona 1993, p.52.

<sup>55</sup> Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Los derechos del hombre*, Madrid 1985, p.50. Para uma concepção integral da relação ontológica entre pessoa e sociedade, veja-se: ARELLANO, J., *Persona y sociedad*, Pamplona 1993, pp. 55-56.

começa a liberdade do outro. O homem busca o seu próprio interesse. Aparece uma dualidade característica de muitas das sociedades democráticas da actualidade: a vida privada e a vida pública. A vida privada (família, grupo de amigos, etc.) está completamente separada da vida pública (trabalho, obrigações com o Estado, etc). A vida social é concebida como um conjunto de regras organizativas que regulam a indivíduos autónomos, mas não há tarefas comuns para além do que é obrigatório, das leis, dos deveres que impõe o Estado, que se cumpre para evitar problemas com a autoridade. Só na vida privada existe o bem comum. No âmbito público só domina o interesse e a utilidade.<sup>56</sup>

Esta realidade tem consequências actuais funestas no que diz respeito ao tema nuclear deste nosso trabalho. De facto, neste contexto, as relações reduzem-se a meros acordos. Pode-se estabelecer uma promessa por acordo e rompê-la sempre que também haja acordo. Todas as relações humanas (incluindo o matrimónio) o amor, o sexo, são realidades contratuais e só estão em vigor enquanto dure a eleição do indivíduo sobre ela, enquanto seja uma relação compensatória e útil. O indivíduo é totalmente dono da sua existência e transforma a sua conduta em norma moral sem outros limites que a liberdade dos outros. Como verificamos, trata-se de uma lógica de capitalismo de mercado, puramente económica (utilitarista) que aplicado a outras esferas da vida humana, as instrumentaliza e desvirtua. O individualismo tende a cooperar só até onde o próprio interesse lhe diz que compensa fazê-lo para não ser prejudicado. O individualismo nega a verdadeira realidade social e a existência de um bem comum.<sup>57</sup>

#### **I.4. Bem singular e bem comum:**

Não há que esquecer que quando tratamos da relação entre pessoa e sociedade, estamos também a falar do bem singular e do bem comum.<sup>58</sup> Quanto ao primeiro, ao bem singular, podemos considerar que é aquele que visa satisfazer as necessidades da pessoa

---

<sup>56</sup> ARELLANO, J., *Persona y sociedad*, Pamplona 1993, pp. 51-52.

<sup>57</sup> No último capítulo aprofundaremos as consequências desta perspectiva em relação ao tema deste nosso trabalho.

enquanto indivíduo da espécie humana, o desenvolvimento das suas potencialidades e a realização das suas possibilidades como sujeito, como pessoa singular.<sup>59</sup>

Quanto ao bem comum podemos defini-lo como aquelas condições de vinculação, participação e co-destinação (em todas as suas formas económicas, jurídicas, políticas) pelas quais cada pessoa pode realizar de modo pleno o seu bem próprio singular, ao mesmo tempo que contribui para a realização do bem colectivo ou social. A realidade humana é a pessoa, não como mero indivíduo, mas sim como pessoa humana, o que significa que está intrinsecamente constituída pela dimensão de sociabilidade. Em consequência, o bem radical humano é o bem pessoal singular que, por sua vez, constitui e integra o bem social. Na verdade, tudo aquilo que contribua para a perfeição da pessoa humana é um bem. Como a natureza humana tem uma dimensão social, o bem comum será a perfeição da vida social. Logo, o bem comum tem que ter em conta as exigências dimanadas dessa natureza humana.<sup>60</sup> Ao Estado, compete realizar historicamente o bem comum atendendo às circunstâncias concretas nas quais essas exigências da natureza humana se devem realizar.

Assim, concluímos que o bem singular e o bem comum, estão relacionados e se transcendem reciprocamente na medida em que, por um lado, o bem comum transcende a pessoa singular por ser o bem de todos, e por outro lado, o bem pessoal singular transcende o bem da sociedade por ser o fundamento desta última. Podemos, pois, afirmar que "a sociedade é para o ser humano e não vice-versa"<sup>61</sup> e que o bem comum é de todos e cada uma das pessoas: "o bem pessoal singular origina o bem comum social e o bem comum social origina o bem pessoal singular"<sup>62</sup>.

---

<sup>58</sup> Cfr. ARELLANO, J., *Persona y sociedad*, Pamplona 1993, pp.49-50.

<sup>59</sup> Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Los derechos del hombre*, Madrid 1985, pp.67-75.

<sup>60</sup> Cfr. MARITAIN, J., *Los Derechos del hombre y la Ley Natural*, Buenos Aires 1961, pp. 23-25.

<sup>61</sup> MILLÁN-PUELLES, A., *Bien Común*, em "Gran Enciclopedia Rialp", Tomo IV, Madrid 1971, p.63; Veja-se, também, MARITAIN, J., *Los Derechos del hombre y la Ley Natural*, Buenos Aires 1961, pp. 23-24.

<sup>62</sup> ARELLANO, J., *Persona y sociedad*, Pamplona 1993, p.45.

#### **I.4.1. Bem comum e direitos humanos:**

Na época actual, considera-se que o bem comum consiste, fundamentalmente, nos direitos e deveres naturais da pessoa humana.<sup>63</sup> Assim, o respeito pelos direitos fundamentais do ser humano fazem parte do bem comum de toda a humanidade.

Quando se menciona direitos humanos, normalmente se refere a direitos singulares de cada um dos seres humanos. Como consequência (e relacionando com tudo o referido supra neste capítulo), o bem comum inclui e pressupõe o devido respeito pela dignidade humana. A própria pessoa humana não é em si mesma um bem particular, mas mais precisamente um bem comum. A dignidade da pessoa humana não é um bem possuído exclusivamente por um ser humano determinado ou algum tipo determinado de seres humanos, mas antes pelo contrário, trata-se de um bem que todos os seres humanos possuem pelo simples facto de serem pessoas. Por conseguinte, o respeito pela dignidade da pessoa humana é, em si mesmo e sem necessidade de nenhuma outra coisa, respeito por um bem comum, concretamente por um bem que de um modo muito especial é possuído por todos e por cada um dos membros da sociedade civil.

O respeito genérico por tudo aquilo que é essencial à dignidade da pessoa humana exige excluir aqueles bens particulares que se opõem e lesam a justiça social, na qual todos os homens têm direitos iguais (exactamente pelo facto de serem todas pessoas, não é lícito a ninguém reduzir o outro à condição de simples instrumento para obter o seu bem particular).

Neste contexto, o direito de cada ser humano é determinado em função do que a que cada um corresponde em relação às demais pessoas que vivem em sociedade. Por isso, o bem comum serve-nos de instrumento para estabelecer uma pauta de prioridades entre os mais variados direitos permitindo, assim, resolver os conflitos entre estes. Logo, a referência ao bem comum é sempre necessária para superar os problemas que afectam os direitos humanos.<sup>64</sup>

---

<sup>63</sup> Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Los derechos del hombre*, Madrid 1985, pp.75-77.

<sup>64</sup> Cfr. MARITAIN, J., *Los Derechos del hombre y la Ley Natural*, Buenos Aires 1961, p. 25.

### I.5. Pessoa, Direito e Estado

Já referimos que o fim da sociedade é o mesmo que o da pessoa humana, pois nasce e constitui-se em função desta.<sup>65</sup> De facto, o ser humano, pela sua intrínseca natureza, não pode viver nem desenvolver as suas qualidades sem relacionar-se com as demais pessoas. Assim, o ser humano organiza a comunidade de modo a cumprir o seu fim (chegar ao seu máximo desenvolvimento pessoal). O seu fim geral é a felicidade, mas há muitos e diversos modos de alcançá-la. A organização da sociedade favorece ou dificulta o aperfeiçoamento dos que vivem nela. Por isso, a vida social e a sua organização não pode ser independente do fim que a ordena. Neste sentido, corresponde à comunidade social, acordar sobre o conjunto de bens e valores que a sociedade deve defender e é necessário que os compartilham para se organizarem de modo a poder obtê-los e garanti-los. Neste contexto, a comunidade organiza-se em função da língua (de modo a poderem-se comunicar) e da proximidade de origem (que os faz compartilhar a raiz histórica e a tradição) e que desenvolvem um espírito de união entre todos os membros da sociedade.<sup>66</sup>

Constitui-se assim um espaço social comum, organizado segundo uma série de bens compartilhados.<sup>67</sup> Este grupo, necessita de uma autoridade, um princípio de ordem e organização, que permita manter a igualdade, harmonia e, sobretudo, a paz entre todos os elementos integrantes da vida social.<sup>68</sup> Assim, a sociedade organiza-se por meio de instituições que funcionam como auxiliares dirigidos ao aperfeiçoamento de cada um dos membros que integram essa sociedade. Neste contexto, é necessário a presença da justiça

---

<sup>65</sup> “Aunque el hombre es social por naturaleza y tiene deberes por los distintos ámbitos sociales en los que participa, el hombre no es para la sociedad, sino la sociedad para el hombre”. GÓMEZ-PÉREZ, R., *Cuestiones básicas de Doctrina Social de la Iglesia*, Madrid 1993, p. 59 e MARITAIN, J., *Los Derechos del hombre y la Ley Natural*, Buenos Aires 1961, p.23.

<sup>66</sup> “Culturalmente el hombre nace siempre en una tradición, un sistema de organización en el que intenta dar respuesta a las necesidades primarias”. GÓMEZ-PÉREZ, R., *Cuestiones básicas de Doctrina Social de la Iglesia*, Madrid 1993, p.58.

<sup>67</sup> ARELLANO, J., *Persona y sociedad*, Pamplona 1993, pp.36-37

<sup>68</sup> “Toda sociedad requiere la existencia de una *autoridad*, es decir, de un poder que tenga, como mínimo, la capacidad de coordinar las acciones individuales y de resolver los conflictos. La autoridad tiene como fin dirigir a los asociados hacia el bien del conjunto, el bien común”. GÓMEZ-PÉREZ, R., *Cuestiones Básicas de Doctrina Social de la Iglesia*, Madrid 1993, p.60. Veja-se, também, FERNANDEZ-GALIANO, A., *Derecho Natural*, Madrid 1986 (5ª ed.), p.360.



e do direito, para regular as relações de todos os elementos da sociedade. É necessária uma autoridade política que tenha essa função organizadora da sociedade e que se responsabilize por zelar pela justiça. Para tal, se instaura um sistema de poderes e instituições.<sup>69</sup>

Seja qual for a forma escolhida pelos membros dessa sociedade para organizar o exercício dessa autoridade, esta tem que se reger pela racionalidade. Tem, pois, que se reger pelas leis que implantam a sua vigência com o auxílio da autoridade. Na verdade, corresponde à autoridade zelar para que as leis sejam respeitadas: promulgando-as e sancionando o seu incumprimento.

Ora se, como vimos, a sociedade tem a sua origem na tendência natural do ser humano a associar-se à comunidade política,<sup>70</sup> isto implica que a ordem fundamental da sociedade humana está determinada pelas exigências da dignidade da pessoa humana.<sup>71</sup> Daqui resulta que a normatividade básica da vida social seja constituída pelo direito natural.<sup>72</sup> De facto, quando o legislador se esforça por elaborar leis justas, de acordo com o direito natural, isto é, com as exigências da natureza humana, então a sociedade ajudará o ser humano a aperfeiçoar-se progressivamente. Em consequência, o legislador tenta (num contexto histórico determinado garantir os direitos inalienáveis do ser humano, que são anteriores a qualquer codificação e independentes da ratificação do próprio legislador. Assim, a lei positiva é lei humana, histórica e, por isso, susceptível de aperfeiçoamento: os direitos vão-se revelando com o esforço racional "proclamam-se e reconhecem-se; não se atribuem nem se outorgam, não se concedem, são inalienáveis e imprescritíveis".<sup>73</sup>

Neste contexto, a dignidade da pessoa humana impõe ao Estado o reconhecimento de personalidade jurídica a todas as pessoas (que é essa aptidão para ser titular de direitos

---

<sup>69</sup> “El Estado... no es una institución natural, sino cultural, consecuencia de una larga evolución histórica fundada en el sentido natural de la sociabilidad”. GÓMEZ-PÉREZ, R., *Cuestiones Básicas de Doctrina Social de la Iglesia*, Madrid 1993, p.59.

<sup>70</sup> Cfr. FERNÁNDEZ-GALIANO, A., *Derecho Natural*, Madrid 1986 (5ª ed.), p.321.

<sup>71</sup> Cfr. MARITAIN, J., *Los Derechos del hombre y la Ley Natural*, Buenos Aires 1961, p. 121.

<sup>72</sup> “Se llama derecho natural a la misma ley moral en aquellos aspectos que implican alteridad, es decir, la existencia de los otros hombres. Al derecho de uno corresponde, en los otros hombres, el deber de respetarlo”. GÓMEZ-PÉREZ, R., *Cuestiones básicas de Doctrina Social de la Iglesia*, Madrid 1993, pp. 65-66.

<sup>73</sup> SCHOONYANS, M., *El Aborto. Implicaciones políticas*, Madrid 1991, p.34.

e obrigações).<sup>74</sup> Competindo-lhe pois, ao Estado, não só respeitar a dignidade da pessoa humana como também promover as condições para que isso seja possível e obviar os obstáculos que impedem a sua plenitude.<sup>75</sup> A dignidade humana postula, assim, a personalidade jurídica, a capacidade para ser titular de direitos e obrigações, a atribuição de direitos e deveres que são inerentes e são invioláveis. Em consequência, não se pode negar a nenhuma pessoa humana, nenhum dos direitos primários e iniludíveis para o pleno desenvolvimento da sua personalidade.<sup>76</sup>

Neste mesmo contexto, a normativa legal deve permitir a existência de um âmbito que possibilite a livre iniciativa privada dos elementos dessa sociedade. Deve, assim, revalorizar os esforços pessoais de cada um dos seus membros e suprir a sua impotência, quando tal é necessário, com o esforço comum. Estamos a falar do importante princípio de subsidiariedade. Aplicação deste importante princípio social que permite que os grupos sociais intermédios (como por ex. A família), intervenham naqueles âmbitos onde podem actuar, aumentando assim a iniciativa e responsabilidade dos próprios cidadãos. Isto, não só implica a não ingerência do Estado, mas também que este favoreça as condições para o desenvolvimento das iniciativas privadas sociais, as apoie e actue nos âmbitos onde esta iniciativa não surge actuando, nestes casos, supletivamente.<sup>77</sup> Quando a sociedade civil, está activa surgem variadas instituições, associações, fundações, enfim, organizações não governamentais de tipo profissional, cultural, artístico, religioso, desportivo, assistencial, etc, que dão vitalidade à sociedade, constituindo e influenciando a opinião pública. Esta força social, acaba por ser um "contrapeso à possível extralimitação de quem, de facto,

---

<sup>74</sup> Cfr. MARITAIN, J., *Los Derechos del hombre y la Ley Natural*, Buenos Aires 1961, p. 123.

<sup>75</sup> Vide: MENDIZÁBAL, *Tratado de Derecho Natural*, Madrid 1929 (7ª ed.), p.87; e CASTÁN TOBEÑAS, J., *Los derechos del hombre*, Madrid 1985 (3ª ed.), p.72.

<sup>76</sup> "El derecho natural es el germen de los derechos humanos. Los derechos humanos se denominan así porque corresponden al hombre por el hecho de serlo; son nativos, personales, imprescriptibles... son inviolables". GÓMEZ-PÉREZ, R., *Cuestiones básicas de Doctrina Social de la Iglesia*, Madrid 1993, p.66. Veja-se também, HERVADA, J., *El Derecho Natural*, Pamplona 1992, pp. 518-520.

<sup>77</sup> "(...) Principio de subsidiaridad, según el cual un ámbito más amplio –la familia respecto al individuo, la sociedad civil respecto a la familia, el Estado respecto a la sociedad civil- cumple una función subsidiaria de la actuación de un ámbito más estricto. En otras palabras: hay que dejar que cada uno cumpla con la propia función, sin suplantaciones. En realidad, el principio de subsidiaridad no es más que la forma social de la libertad". GÓMEZ-PÉREZ, R., *Cuestiones básicas de Doctrina Social de la Iglesia*, Madrid 1993, p.61.

exerce o poder político".<sup>78</sup> Acabando por se tornar numa sociedade civil activa que promove, defende e tutela o respeito pelos direitos humanos fundamentais por parte de toda a sociedade.<sup>79</sup>

## **I.6. Positivização e processo de formalização dos direitos naturais**

### **I.6.1. Positivização dos direitos naturais**

Se, como já referimos, a pessoa é anterior ao direito positivo, o ordenamento jurídico não só não pode delimitar arbitrariamente a esfera dos direitos de que é titular (e exigidos pela sua própria natureza) como também todo o ser humano tem direito a que lhe sejam reconhecidos, por esse ordenamento jurídico, esses mesmos direitos.<sup>80</sup>

Do que acima fica referido, resulta que é necessário a positivização do direito natural.<sup>81</sup> Isto é, a sua integração num sistema jurídico aplicável a cada um dos momentos históricos.<sup>82</sup> Esta positivização é uma exigência de direito natural. Há, pois, que assegurar os direitos naturais humanos protegendo-os sob a forma de direitos fundamentais da pessoa humana.<sup>83</sup>

A positivização do direito natural é progressiva pois apesar de existir um núcleo básico de direito natural (que é conhecido por todos), há também âmbitos de direito

---

<sup>78</sup>GÓMEZ-PÉREZ, R., *Cuestiones básicas de Doctrina Social de la Iglesia*, Madrid 1993, p.68.

<sup>79</sup> No último capítulo voltaremos a este assunto.

<sup>80</sup> Veja-se, p.ex., acerca desta matéria: CASTÁN TOBEÑAS, J., *Los derechos del hombre*, Madrid 1985, pp.78-92; ou FERNANDEZ-GALIANO, A., *Derecho Natural*, Madrid 1986 (5ª ed.), pp.89-97.

<sup>81</sup> Cfr. FERNÁNDEZ-GALIANO, A., *Derecho Natural*, Madrid 1986 (5ª ed.), p.89.

<sup>82</sup> É evidente que a positivização não atribui ao direito o seu carácter jurídico pois já vimos que o possui por si mesmo.

<sup>83</sup> Cfr. FERNÁNDEZ-GALIANO, A., *Derecho Natural*, Madrid 1886 (5ª ed.), pp.287-289.

natural que se vão revelando progressivamente à medida que a natureza e a dignidade humana sejam cada vez melhor conhecidos.<sup>84</sup>

As leis que regem a sociedade são resultado da opção livre do legislador em relação ao fim da sociedade (são as leis positivas). Os enunciados da lei positiva extraem-se a partir da lei natural. Uma vez a lei positiva é extraída dos preceitos da lei natural mediante "determinação" das normas sobre os meios para obter os fins naturais. Esta lei, derivada da lei natural por determinação, é o resultado da opção do legislador entre diferentes possibilidades. Outras vezes a lei humana é a "conclusão" de um enunciado de lei natural.<sup>85</sup> Neste último caso não há opção entre diferentes hipóteses porque essa lei humana apresenta-se como a única derivação possível da lei natural. Contudo (tal como refere Hervada), o factor de eleição está sempre presente, na medida em que sempre há a possibilidade de que tal conclusão seja, ou não, adoptada pela lei positiva.<sup>86</sup> Quer dizer, em prol do bem comum, a lei positiva pode deixar sem castigo uma acção injusta, limitando-se a deixar ao lesado a via das acções civis.<sup>87</sup>

### **I.6.2. O processo de formalização dos direitos naturais:**

Qualquer sistema jurídico de uma sociedade organizada, implica um sistema de garantias para a efectiva vigência desse direito. Uma norma válida pode ser ineficaz por ser objecto de incumprimento geral. Por isso, depois de o direito natural se encontrar positivado, este, deve ser integrado mediante normas pelas quais se estabeleçam os

---

<sup>84</sup> Segundo Hervada, os preceitos de direito natural incluídos nesse núcleo básico, são os direitos naturais originários. Os direitos naturais que se vão revelando progressivamente conforme o progresso humano, são os denominados direitos naturais subseguintes.

<sup>85</sup> Acerca da "determinação" e concretização" da lei natural, veja-se também, VALLET, J., *Qué es el Derecho Natural*, Madrid 1997, p.54.

<sup>86</sup> , HERVADA, J., *El Derecho Natural*, Pamplona 1992, p.167.

<sup>87</sup> Veja-se acerca deste assunto: , HERVADA, J., *El Derecho Natural*, Pamplona 1992, pp-520 e 521.

mecanismos que garantem a sua aplicação. Assim, a formalização põe ao serviço do direito natural, todos os recursos necessários à sua devida aplicação.<sup>88</sup>

O direito natural, é tão susceptível de coacção como o direito meramente positivo.<sup>89</sup> A coacção é um elemento do ordenamento jurídico ao serviço da sociedade, da justiça e do direito. Se um direito natural não está assumido pelo sistema de garantias de vigência do direito, a norma continua a considerar-se válida e esse direito continua a ser uma obrigação, mas em caso de incumprimento não terá eficácia.<sup>90</sup> O sistema de garantias é uma consequência da obrigatoriedade do direito e a falta de sanção temporal suficiente poderia causar danos na comunidade social. Por isso, a autoridade pública está obrigada a impedir coactivamente a violação do bem comum. Deste modo, o direito natural e o direito meramente positivo, formarão assim um único sistema de direito.

## II. A CODIFICAÇÃO DOS DIREITOS NATURAIS COMO DIREITOS HUMANOS E SUA INTERNACIONALIZAÇÃO

A sistematização teórica da doutrina dos Direitos Humanos e a sua positivação dão-se progressivamente ao longo da história humana.<sup>91</sup> Entendemos que todos estes

---

<sup>88</sup> Cfr. FERNÁNDEZ-GALIANO, A., *Derecho Natural*, Madrid 1986 (5ª ed.), pp. 381 e 385-386; HERVADA, J., *El Derecho Natural*, Pamplona 1992, pp.520 e 521: “Pertenece al derecho natural también el núcleo básico y fundamental del sistema de garantías de satisfacción y cumplimiento del derecho que acompaña a todo orden jurídico... también pertenece al derecho natural el sistema de garantía de satisfacción y cumplimiento del derecho por medio de la ejecución forzosa y la coacción”.

<sup>89</sup> Entendemos por coacção a possibilidade que o direito tem em fazer-se cumprir pela força. Cfr. FERNANDEZ-GALIANO, A., *Derecho Natural*, Madrid 1986 (5ª ed.), p.386 (sobre este assunto veja-se as pp.381-387).

<sup>90</sup> A falta de aplicação do sistema de garantias obviamente que não destrói o direito, ainda que por vezes possa deixá-lo ineficaz, porque o sistema de garantias ajuda à efectivação do direito mas *não pertence à sua essência*.

<sup>91</sup> Sobre esta matéria, veja-se, p.ex., CASTÁN TOBEÑAS, J., *Los derechos del hombre*, Madrid 1985, pp.78-100.

momentos foram necessários para a sua progressiva positivação até chegarmos ao reconhecimento universal desses direitos. Passamos a expor sucintamente as primeiras sistematizações positivas desses direitos.<sup>92</sup>

## **II.1. As primeiras codificações civis europeias dos direitos humanos e a sua consagração Constitucional**

### **II.1.1. As primeiras codificações em Europa**

Até à Idade Média, o respeito pela dignidade da pessoa humana estava presente em múltiplos documentos de carácter religioso e filosófico.<sup>93</sup> Ainda que, como muitos autores indicam, na Antiguidade a teoria dos Direitos Humanos não podia ser conhecida (uma vez que ela exige o reconhecimento explícito da dignidade da pessoa humana, conceito este introduzido pelo Cristianismo e pela construção do sistema iusnaturalista medieval. Assim, pode-se buscar as raízes dos direitos humanos em textos e instituições anteriores à Idade Média.<sup>94</sup>

Contudo, é nessa época histórica que essas ideias se plasmaram em textos legais que limitavam, de certo modo, o poder público. De facto, os textos políticos medievais (da Alta e Baixa Idade Média) já incluíam uma certa limitação do poder através do reconhecimento de algumas liberdades. Contudo, referiam-se apenas a situações concretas e não tinham a pretensão de serem gerais ou abstractas. O destinatário destas prerrogativas era um homem geralmente identificado com um grupo, classe ou grémio. Tratavam-se de normas consuetudinárias escritas mas singulares, destinadas a certos

---

<sup>92</sup> Cfr. FERNANDEZ-GALIANO, A., *Derecho Natural*, Madrid 1986 (5ª ed.), pp.292-310.

<sup>93</sup> O *Édito de Milão* de o imperador Constantino (ano 316) pode considerar-se o primeiro documento sobre o direito de liberdade religiosa (este direito foi reconhecido por mérito -defesa até ao martírio- de milhares de cristãos sob o jugo do império romano). Sobre as formulações medievais dos direitos naturais, pode ver-se, p.ex., FERNANDEZ-GALIANO, A., *Derecho Natural*, Madrid 1986 (5ª ed.), pp.301-303; ou EZCURDIA, J., *Curso de Derecho Natural, Perspectivas Iusnaturalistas de los Derechos Humanos*, Madrid 1987, pp.97-138.

<sup>94</sup> Para conhecer estes textos e instituições, veja-se EZCURDIA, J., *Curso de Derecho Natural, Perspectivas Iusnaturalistas de los Derechos Humanos*, Madrid 1987, p.101 e ss.

sectores sociais. É nesta época que surgiram o que poderíamos considerar como as primeiras codificações civis dos direitos humanos em Ocidente. Entre estas destacamos, por exemplo, a *Magna Carta* de Inglaterra de 1215, que inclui as primitivas liberdades do povo inglês frente ao soberano: primeiras limitações do poder do mais favorecido socialmente, em relação aos mais desfavorecidos da sociedade.<sup>95</sup>

A evolução do medievo desembocou no Estado Absoluto do século XVI e XVII.<sup>96</sup> O indivíduo sentia a necessidade de contrabalançar a soberania esmagadora do soberano com a reivindicação do reconhecimento de uma esfera individual de liberdade que protegesse e garantisse os direitos mais fundamentais do cidadão perante o poder Soberano. A *Petição de Direitos* de 1628, a *Acta de Habeas Corpus* de 1679 e a *Bill of Rights* de 1689, são exemplos de textos que reconheciam certos aspectos dos direitos humanos fundamentais e que iriam influenciar as declarações de direitos posteriores.<sup>97</sup>

No século XVII deu-se o processo de secularização do poder preconizando a sobrevalorização do temporal, com a subordinação do fenómeno religioso ao poder civil temporal de cada território. Este facto deu origem às guerras por motivos religiosos. Esta violência que flagelou o continente europeu levou a uma reflexão sobre o modo de superar essa crise e estabelecer a convivência pacífica numa mesma comunidade com diversas confissões religiosas. A fórmula encontrada foi a da tolerância que, mais tarde, seria consagrada como um dos primeiros direitos fundamentais da história da humanidade: o direito de liberdade religiosa.

É também nesta época que, através da empresa dos Descobrimentos, se conheceram as civilizações dos povos indígenas e se discutiu acerca da sua condição de seres humanos. Este facto, obrigou a realizar-se uma profunda reflexão sobre a natureza e essência da pessoa humana.

Com a independência das colónias inglesas de América do Norte e a Revolução Francesa no século XVIII, impulsionaram-se definitivamente os direitos humanos fundamentais ao incorporarem-se estes direitos fundamentais ao direito positivo. Na

---

<sup>95</sup> Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Los derechos del hombre*, Madrid 1985, p.82;

<sup>96</sup> Cfr. EZCURDIA, J., *Curso de Derecho Natural, perspectivas Iusnaturalistas de los Derechos Humanos*, Madrid 1987, pp.101-111.

<sup>97</sup> Cfr. FERNÁNDEZ-GALIANO, A., *Derecho Natural*, Madrid 1986 (5ª ed.), p.304.

verdade, as declarações desta época serão as primeiras formulações de carácter Constitucional, da proclamação dos direitos humanos propriamente ditos.

### II.1.2. A consagração Constitucional dos direitos humanos

As primeiras declarações de direitos fundamentais surgem no Século XVIII e provêm dos Estados Unidos de América. Foram elaboradas pelos emigrantes que fugiram de Europa devido às perseguições religiosas. Os primeiros documentos a dar um forte impulso à consagração dos direitos humanos foram os seguintes: a *Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia* (1776); a *Declaração de Independência dos Estados Unidos* (1776) e as emendas (um a nove) da *Declaração de Direitos dos Estados Unidos* (1789).<sup>98</sup>

Enquanto estas declarações surgem no continente americano, na Europa estala a Revolução Francesa. Desta, resulta a consagração da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* (1789). Alguns autores afirmam que esta última declaração é pioneira da posterior universalização dos direitos do homem.<sup>99</sup>

Neste sentido, em Europa, a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* e a Constituição francesa, formularam as bases de um sistema europeu capaz de enunciar uns direitos humanos fundamentais e seguidamente estabelecer um marco político para o Estado, cujos poderes se controlariam reciprocamente para assegurar a liberdade dos cidadãos.<sup>100</sup> O sistema "Constitucional" foi seguidamente ampliado na Europa e América e, mais tarde, nos países de Ásia e África.

---

<sup>98</sup> Cfr. EZCURDIA, J., *Curso de Derecho Natural, perspectivas Iusnaturalistas de los Derechos Humanos*, Madrid 1987, pp.113-135; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Los derechos del hombre*, Madrid 1985, pp.94 e 95; FERNANDEZ-GALIANO, A., *Derecho Natural*, Madrid 1986 (5ª ed.), pp.305-306.

<sup>99</sup> Cfr. MARIE, J.B., *La Commission de Droits de L'Homme*, Paris 1975, p.8; e ainda, CASTÁN TOBEÑAS, J., *Los derechos del hombre*, Madrid 1985, pp.96-99.

<sup>100</sup> Já referimos que nesta época histórica foi dado aos direitos humanos fundamentais um carácter individualista (eram considerados sempre do ponto de vista do indivíduo) no sentido de não intervenção do Estado. Cfr. FERNANDEZ-GALIANO, A., *Derecho Natural*, Madrid 1986 (5ª ed.), p.307.



## III- A CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS HUMANOS

### III.1. Antecedentes da Convenção Europeia dos Direitos Humanos

#### III.1.1. A internacionalização dos direitos humanos

No século XIX, deu-se a internacionalização dos direitos fundamentais. Nesta época, constatou-se com evidência que a protecção nacional dos direitos humanos era insuficiente e ia-se reforçando, na consciência mundial, a necessidade urgente duma protecção internacional dos mesmos.<sup>101</sup>

Contudo, esta protecção internacional dos direitos humanos, necessitava duma autoridade capaz de impor aos Estados e aos grupos, que violassem um direito humano, a sanção correspondente. Até então, o Direito Internacional considerava apenas os Estados como sujeitos de Direito. Além disto, as relações entre os cidadãos e os respectivos Estados, eram consideradas assuntos exclusivos da jurisdição interna de cada Estado. Neste contexto, ao longo do Séc.XIX, estabeleceram-se alguns acordos entre os Estados para garantir a protecção dos seus cidadãos nacionais no estrangeiro.<sup>102</sup> Estas obrigações (estabelecidas entre os Estados) eram aceites livremente mediante um contrato interestadual.<sup>103</sup>

Estava-se perante uma nova dimensão do Direito Internacional que se abria, assim, ao reconhecimento da pessoa individual como sujeito jurídico de Direito Internacional e a uma certa limitação do poder de soberania de cada Estado, até então inimaginável.

---

<sup>101</sup> FERNANDEZ-GALIANO, A., *Derecho Natural*, Madrid 1986 (5ª ed.), p.307.

<sup>102</sup> Por exemplo, realizaram-se tratados para proibir a escravatura e para proteger minorias cristãs que viviam nos territórios do império Otomano.

<sup>103</sup> A pesar disso, há que admitir que se tratava de uma evolução na interpretação do conceito do princípio de soberania (já que se limitava parte da mesma).

### **III.1.2. Protecção internacional parcial: primeiras declarações sobre determinados aspectos dos direitos humanos**

Nas primeiras declarações de direitos humanos, tentou-se assegurar uma série de direitos em textos de carácter internacional. Assim, foram incluídos nessas declarações: leis que visavam a abolição da escravatura como, por exemplo, a *Convenção de Bruxelas* (1820); leis humanitárias, como a *Convenção de Genebra da Cruz Vermelha* (1864) e as *Convenções de Haya* (1899 e 1907) que asseguravam, em tempo de guerra, um mínimo de protecção internacional dos direitos humanos.<sup>104</sup> Também se formularam leis de protecção das minorias reconhecendo determinados direitos fundamentais aos grupos minoritários, como, por exemplo, o *Tratado de Viena* (1815) e o *Tratado de Berlim* (1878).<sup>105</sup>

Ao nível internacional, também podemos considerar a *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*, assinada no mês de Maio de 1948 (sete meses antes da *Declaração dos Direitos Humanos* das Nações Unidas).<sup>106</sup> Esta declaração, também designada como *Declaração de Direitos de Bogotá*, reflectiu o sentimento jurídico americano dos direitos e deveres do homem, incentivado pelos trabalhos da Comissão instituída pelas Nações Unidas. Alguns meses após o documento americano, que foi subscrito em Abril de 1948, as Nações Unidas, na sua sessão desse mesmo ano, estudaram, debateram e aprovaram o projecto da sua Comissão de Direitos Humanos que coincidia em muitos aspectos com a declaração de direitos, aprovada em Bogotá uns meses antes.

---

<sup>104</sup> Cfr. MARIE, J.B., *La Commission de Droits de L'Homme*, Paris 1975, pp.8-9.

<sup>105</sup> Cfr. VELU, J.; ERGEC, R., *La Convention Européene des Droits de l'Homme*, Bruxelas 1990, pp.25-26.

<sup>106</sup> A *Carta Internacional Americana de Garantias Sociais* e a *Convenção Intra-americana sobre Concessão dos Direitos Civis da Mulher*, compõe o sistema básico de direitos humanos no âmbito regional americano.

### **III.1.3. A Sociedade das Nações: primeira tentativa de protecção internacional dos Direitos Humanos**

O primeiro sistema de protecção internacional dos direitos humanos foi constituído pela *Sociedade das Nações*.<sup>107</sup> As potências que saíram vencedoras da I Guerra Mundial dividiram as colónias dos vencidos entre si e assumiram a administração dos referidos territórios. Em consequência, a *Sociedade das Nações* estabeleceu um sistema de mandatos, dentro do qual o Estado administrador dos referidos territórios deveria apresentar um relatório anual à SDN, sobre o cumprimento das obrigações que tinha assumido no que diz respeito ao bem estar e prosperidade dos povos que administrava.

A *Sociedade das Nações* funcionou durante o período de tempo entre as duas Guerras Mundiais e, durante esse tempo, desenvolveu em Europa um sistema de protecção de minorias, pois a I Guerra Mundial tinha alterado o mapa político de Europa.<sup>108</sup> De facto, os novos Estados que surgiram como consequência da I GM, incluíam dentro dos seus territórios minorias étnicas, linguísticas e religiosas. Assim, com a finalidade de proteger os direitos dessas minorias, estabeleceram-se tratados nos quais estes Estados se obrigavam a respeitar os direitos das minorias.<sup>109</sup> Em consequência, as referidas minorias podiam apresentar denúncias sobre violações dos seus direitos, ao Conselho da *Sociedade das Nações*. Este, informava as potências mandatárias das respectivas queixas afim de poderem responder às mesmas. Em suma, tratava-se de um mecanismo que permitia aceitar e examinar denúncias de indivíduos que viviam nos territórios administrados por uma potência mandatária. É evidente que não se tratava de uma regulamentação jurídica geral dos direitos do homem, pois as medidas especiais de

---

<sup>107</sup>Cfr. VERDOOT, A., *Naissance et Signification de la Declaration Universelle des Droits de l'Homme*, Louvain 1963, pp.36 e 37. A partir deste momento, esta instituição será também identificada pelas siglas: SDN. Sobre esta matéria, veja-se, p.ex., BELAUNDE, V.A., *20 años de Naciones Unidas*, Madrid 1966; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Los derechos del hombre* (3ª ed.), Madrid 1985; VERDOOT, A., *Declaración de los Derechos Humanos*, Bilbao 1969, *Naissance et Signification de la Declaration Universelle des Droits de l'Homme*, Louvain 1963.

<sup>108</sup> VELU, J.; ERGEC, R., *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Bruxelas 1990, p.26.

<sup>109</sup> Esses Estados eram: Polónia, Checoslováquia, Hungria, Jugoslávia, Bulgária, Albânia e Roménia.

protecção tinham como base um ser colectivo (a minoria nacional) e não o indivíduo enquanto tal.<sup>110</sup>

Não obstante, esse regime de protecção das minorias estabelecido depois da primeira guerra mundial, foi a primeira tentativa de garantir determinados direitos aos cidadãos de um Estado, inclusivamente contra violações deste. Para conseguir tal coisa, os Estados, aceitaram convencionalmente que essas disposições constituíam obrigações de interesse internacional e que, por isso, a sua vigilância competia à *Sociedade das Nações*.

Depois do desaparecimento da SDN, as potências que constituíam as forças Aliadas da II Guerra Mundial, reuniram-se em conferência na cidade de S.Francisco (Estados Unidos de América) e criaram a *Organização das Nações Unidas*.<sup>111</sup> Como resultado dessa conferência, elaboraram a *Carta das Nações Unidas*.<sup>112</sup> Este documento não incluía um sistema internacional de garantia dos Direitos Humanos.<sup>113</sup> Contudo, apesar desta omissão da Carta das Nações Unidas acerca dos direitos humanos, há algumas referências aos mesmos, no seu texto, que vamos salientar devido à sua importância para a época. Assim, afirma-se no seu Preâmbulo: "a fé nos direitos fundamentais do Homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e mulheres e das nações grandes e pequenas", e, ainda no seu nº3 do seu art.1, declara-se entre os objectivos da ONU: "realizar a cooperação internacional na solução de problemas internacionais de carácter económico, social, cultural ou humanitário, e no desenvolvimento e estímulo do respeito dos direitos humanos e das liberdades de todos,

---

<sup>110</sup> FERNANDEZ-GALIANO, A., *Derecho Natural*, Madrid 1986 (5ª ed.), p.309.

<sup>111</sup> Cfr. VERDOOT, A., *Naissance et Signification de la Declaration Universelle des Droits de l'Homme*, Louvain 1963, pp.45-57. Esta instituição a partir de agora também identificada pelas siglas: ONU.

<sup>112</sup> Cfr. ÕESTREICH, G.; SOMMERMANN, K.P., *Pasado y Presente de los Derechos Humanos*", Madrid 1990, p.74.

<sup>113</sup> Pode-se compreender esta relutância na medida em que os Estados Unidos se enfrentava com graves problemas de racismo ("apartheid"), o Reino Unido e França com os problemas das suas colónias e a União Soviética já iniciava a sua política de campos de concentração (os *Gulags*). Veja-se: VELU, J.; ERGEC, R., *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Bruxelas 1990, p.25 e 26; MORENILLA, J., *Los Sistemas para la Protección Internacional de los Derechos Humanos*, Madrid 1986, pp.13-17.

sem fazer distinção por motivos de raça, sexo, idioma ou religião(...)".<sup>114</sup> Também no art.13, al.b) do IV Capítulo, que trata dos assuntos que a Assembleia Geral pode promover e as recomendações que pode fazer, afirma-se como um dos objectivos dessas medidas: "ajudar a tornar efectivos os direitos humanos e as liberdades fundamentais de todos, sem fazer distinção por motivos de raça, sexo, idioma ou religião". Também o art.62 permite à Assembleia Geral e ao Conselho Económico e Social, promover análises, relatórios e fazer recomendações: (...) com o objectivo de promover o respeito dos direitos humanos e das liberdades fundamentais de todos e a efectividade de tais direitos e liberdades". O art.55 al.c), estabelece que as Nações Unidas promoverá (...) o respeito universal dos direitos humanos e às liberdades fundamentais de todos, sem fazer distinção de raça, sexo, idioma ou religião e à efectividade de tais direitos e liberdades". Este artigo 55 está reforçado pelo art.56 que estabelece: "todos os Membros se comprometem a tomar medidas conjunta ou separadamente, em cooperação com a Organização, para realização dos propósitos consignados no Artigo 55". Também se solicita ao Conselho Económico e Social que, conforme o art.68, se estabelece "Comissões de ordem económico e social para a promoção dos direitos humanos, assim como as demais comissões necessárias para o desempenho das suas funções". A este artigo 68 da *Carta das Nações Unidas*, deve-se a criação (em 1947) da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas<sup>115</sup>.

Além dos artigos mencionados (que se referem aos direitos humanos em geral) a al.a) do art.73 do mesmo documento estabelece o "Regime Internacional de Administração Fiduciária", em relação aos territórios não autónomos. Este regime aplicava-se àqueles membros das Nações Unidas que administravam territórios cujos povos ainda não tinham alcançado a sua autonomia política. Um dos objectivos principais deste regime, está definido na al.c) do art.76 que refere ser esse, o de "promover o respeito dos direitos humanos e das liberdades fundamentais de todos, sem fazer distinção por motivos de raça, sexo, idioma ou religião (...)". Para obter esses objectivos, a Carta prevê no seu art.87 que "a Assembleia Geral e, sob a sua autoridade, o Conselho de Administração Fiduciária, possa analisar os relatórios realizados pelas autoridades

---

<sup>114</sup> Os textos da Carta das Nações Unidas, aqui inseridos, foram consultados em: HERVADA, J.; ZUMAQUERO, J.M., *Textos Internacionales de Derechos Humanos*, T.I., Pamplona 1992 (2ª ed.).

<sup>115</sup> Organismo responsável pela elaboração da proposta da *Declaração Universal dos Direitos Humanos* (como veremos mais adiante).

administrativas, aceitar petições e examiná-las em consulta com a autoridade administrativa e realizar visitas periódicas aos territórios.

Do supra referido, se compreenderá que apesar de a Carta das Nações Unidas não assegurar um sistema internacional de garantias aos direitos humanos, as referências às normas aí incluídas, tiveram uma importância fundamental, na medida em que converteram estes direitos em direitos internacionais, abrindo gradualmente caminho à consagração dum sistema geral de garantias dos mesmos (os Estados ao tornarem-se membros das Nações Unidas reconheciam que os direitos humanos não eram um assunto que dizia apenas respeito à sua jurisdição interna).<sup>116</sup>

### **III.2. A Declaração Universal dos Direitos Humanos**

Depois da traumatizante experiência mundial das duas grandes guerras da primeira metade do século XX, o mundo estava perplexo perante as atrocidades então realizadas. Havia uma unânime consciência mundial sobre a necessidade urgente de evitar a repetição de tais actos violadores dos direitos humanos mais elementares. Neste contexto, as nações uniram-se para elaborar um texto onde se salvaguardasse os direitos humanos, assegurando-se assim, um melhor futuro para a humanidade. Deste modo, as Nações Unidas encarregaram uma Comissão<sup>117</sup> para a redacção de um pacto que se proporia aos Estados, afim de se dar um certo carácter jurídico aos termos da Declaração.<sup>118</sup> A Comissão de Direitos Humanos foi elaborando esse texto e foi dando conhecimento aos Estados membros das Nações Unidas, as diferentes partes desse projecto que o Comité (terceiro) da Assembleia foi discutindo em sucessivas sessões. Depois de aprovado pela Assembleia Geral, o referido texto foi submetido aos Estados membros para a sua subscrição.<sup>119</sup> A proclamação da DUDH na Assembleia de Paris, em Outubro de 1948,

---

<sup>116</sup> Cfr. FERNÁNDEZ-GALIANO, A., *Derecho Natural*, Madrid 1986 (5ª ed.), pp.309-310.

<sup>117</sup> A *Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas*.

<sup>118</sup> Cfr. VELU, J.; ERGEC, R., *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Bruxelas 1990, p.28 e 29.

<sup>119</sup> Para um estudo sobre as etapas preparatórias da DUDH, veja-se: VERDOOT, A., *Naissance et Signification de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme*, Louvain 1963, pp.45-78.

teve uma espectacular aprovação.<sup>120</sup> Tal aprovação, demonstrou claramente que as Nações Unidas estavam seriamente decididas a esforçar-se por criar uma ordem internacional baseada na ideia de justiça para todos os povos e para todos os seres humanos.<sup>121</sup>

### III.2.1. A importância da Declaração das Nações Unidas

A *Declaração Universal dos Direitos Humanos*<sup>122</sup> constitui, verdadeiramente, o primeiro documento geral de direitos humanos, com carácter internacional.<sup>123</sup> Aí se consagram, pela primeira vez na história, os direitos humanos, adoptados por uma organização internacional.<sup>124</sup> Contudo, esta Declaração das Nações Unidas, aprovada por uma imensa maioria, não tinha, naturalmente, o carácter nem o sentido de uma estrita obrigação jurídica como as contraídas contratualmente pelos Estados. Contudo, representava uma solene obrigação moral que contraíam as nações face ao mundo e que não poderiam violar sem suscitar graves repercussões na opinião de outros países e no seio da própria organização que, obviamente afectariam a imagem política internacional do Estado violador.

---

<sup>120</sup>A *Assembleia das Nações Unidas*, aprovou uma resolução por 48 votos a favor, nenhum voto contra e com 8 abstenções (vide infra, nota nº164).

<sup>121</sup> Cfr. BAYEFISKY, A., *The UN Human Rights System in the 21<sup>st</sup> Century*, Haia 2000, p.17.

<sup>122</sup> A partir deste momento designada também pelas siglas: DUDH.

<sup>123</sup> Cfr. SUDRE, F., *Droit International et Européen des Droits de l'Homme*, Paris 1999 (4 ed.), pp.92-93. Acerca da DUDH, veja-se especialmente as pp.36-43.

<sup>124</sup> “The twentieth century’s most important proclamation of human rights, the *Universal Declaration of Human Rights*, was adopted by the United Nations General Assembly on 10 December 1948. It provided not only the inspiration but also the basis for the drafting of the *European Convention on Human Rights*, which was adopted less than two years later”. ALSTON, P., *The EU and Human Rights*, Oxford 1999, p.3. Sobre a importância da DUDH, cfr. VERDOOT, A., *Naissance et Signification de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme*, Louvain 1963, pp.315-317.

De facto, apesar de a Declaração ser uma resolução da Assembleia Geral da ONU<sup>125</sup> e não um Tratado Internacional, a opinião mundial considera (pacificamente) a DUDH como um instrumento legal que vincula e gera obrigações a todos os Estados.<sup>126</sup> A passagem deste documento de mera Declaração a um instrumento vinculante deve-se ao facto de se ter produzido um vazio jurídico (em relação aos direitos humanos) desde que se adoptou a Declaração (em 1948) até que os Pactos Internacionais,<sup>127</sup> verdadeiros instrumentos vinculantes, entrassem em vigor, facto que só se deu em 1976.<sup>128</sup> Durante esse período de tempo (30 anos), sempre se invocou e utilizou a DUDH (tanto pelos Estados como pelas organizações internacionais, organizações não governamentais, etc.) como referência a normas respeitantes aos direitos humanos. A DUDH serviu também de texto base para as denúncias de violações dos direitos humanos. Por conseguinte, a utilização constante e regular da DUDH constituiu-se numa prática comum e permite concluir que a Declaração se tornou Costume Internacional que, como sabemos, é uma das quatro fontes de Direito Internacional, previstas no artigo 38 do *Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça*.<sup>129</sup> Em consequência pode-se afirmar, de um modo geral, que a DUDH é um instrumento internacional com força vinculante.<sup>130</sup>

Esta declaração teve uma influência inegável na formação paulatina e crescente de uma consciência moral universal em relação ao respeito dos valores inalienáveis da pessoa humana. Neste contexto, segundo os termos do Preâmbulo da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, aprovado em 10 de Dezembro de 1948, a Assembleia Geral das

---

<sup>125</sup>As resoluções da *Assembleia Geral* são recomendações dirigidas aos Estados membros sem valor legal vinculante (segundo a *Carta das Nações Unidas*, art.25, só as decisões do *Conselho de Seguridade* –órgão supremo das Nações Unidas-, têm um carácter vinculante)

<sup>126</sup> Sobre o valor jurídico da DUDH. Veja-se, p.ex., VERDOOT, A., *Naissance et Signification de la Declaration Universelle des Droits de l'Homme*, Louvain 1963, pp.317-319.

<sup>127</sup>Referimo-nos aqui ao *Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos* e ao *Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais*.

<sup>128</sup> Cfr. SUDRE, F., *Droit International et Européen des Droits de l'Homme*, Paris 1999 (4 ed.), pp.113-120.

<sup>129</sup> Conclusão unânime e pacificamente aceite. HERVADA, J.; ZUMAQUERO, J.M., *Textos Internacionales de Derechos Humanos*, T.I., Pamplona 1992 (2ª ed.). “A evolução da doutrina e jurisprudência reconhecem à Declaração valor de costume internacional” (a tradução é nossa): VELU, J.; ERGEC, R., *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Bruxelas 1990, p.29

<sup>130</sup> Cfr. SUDRE, F., *Droit International et Européen des Droits de l'Homme*, Paris 1999 (4 ed.), pp.43-47.



Nações Unidas adoptou-a como o "ideal comum pelo qual todos os povos e nações devem esforçar-se com o fim de que tanto os indivíduos como instituições, inspirando-se constantemente nela, promovam...o respeito por estes direitos e liberdades e que assegurem, por medidas progressivas de carácter nacional e internacional, o seu reconhecimento e aplicação universal e efectiva, tanto entre os povos dos Estados membros como entre os dos territórios colocados sob a sua jurisdição".<sup>131</sup> Assim, pode-se mesmo afirmar que a Declaração está na base de toda a codificação internacional em matéria de DH e continua a considerar-se como um importante marco balizador de referência universal. De facto, a DUDH constitui um excelente documento que teve um impacto extraordinário na história do século XX.

Neste sentido, Victor Andrés Belaunde, Presidente das Nações Unidas em 1959, declara no seu emotivo discurso comemorativo do aniversário da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*: "Não quero incorrer em exageros se afirmo que a Declaração dos Direitos Humanos significa não só a culminação do processo criador das Nações Unidas mas, principalmente, a encarnação do factor determinante e decisivo da evolução da Humanidade. (...) Do gigantesco holocausto e das duas guerras, ressurgiu impoluta e pujante a concepção dos direitos humanos, para além de todo o relativismo, superior a todo o efémero e claudicante existir, como uma força misteriosa com a qual deseja criar um mundo de justiça, de paz e de fraternidade. Os direitos humanos, encontraram na nossa organização o seu lugar condigno, o seu lar auspicioso, o seu inefável sentido ecuménico. Por isso, o Aniversário dos Direitos Humanos é a máxima festa das Nações Unidas. Todos os Estados, grandes e pequenos, parecem unir-se contra o inimigo invisível da dominação e do império para levar a todos os homens, em todos os âmbitos da terra, a consciência da sua dignidade e dos seus direitos inalienáveis. Por isso, imaginamos que neste dia se voltam para as Nações Unidas os olhares agradecidos de todos os homens, mulheres e crianças, pensando que a sua vida, a sua liberdade e a sua existência têm não apenas o amparo das suas pátrias, mas também a sombra auspiciosa e imperecedoura das Nações Unidas".<sup>132</sup> Também René Cassin,<sup>133</sup> comparou a Declaração Universal com "um amplo

---

<sup>131</sup> Texto consultado em: HERVADA, J.; ZUMAQUERO, J.M., *Textos Internacionales de Derechos Humanos*, T.I., Pamplona 1992 (2ª ed.).

<sup>132</sup> BELAUNDE, V.A., *20 años de Naciones Unidas*, Madrid 1966, p.94.

portão de um Templo, cuja esplanada está formada pelo preâmbulo que afirma a unidade da família humana. (...) Desta forma, a declaração assinala um impulso contínuo do individual para o social".<sup>134</sup>

Assim, sob a protecção da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, a sociedade universal proclama um conjunto de direitos e liberdades consagrados unicamente, até esse momento, nas Constituições ou declarações emanadas do poder constituinte ou legislativo internos de cada Estado. Contudo, advirta-se que ao ter um carácter supranacional, não constitui uma síntese das declarações nacionais, pois apresenta uma novidade ao formular no plano universal direitos que nenhuma declaração ou lei nacional pôde formular.<sup>135</sup> É neste contexto que a DUDH, é mesmo designada como a "Carta Magna do Séc.XX".<sup>136</sup>

### III.2.2. A universalidade da Declaração Universal dos Direitos Humanos

Esta Declaração designou-se "Universal" por considerar-se que emanava da comunidade juridicamente organizada, de todos os povos do mundo e expressava as aspirações comuns a todos.<sup>137</sup> Além disto, este documento afirma que não só o Estado está obrigado a proteger os direitos humanos, mas também todos os organismos sociais. Neste sentido, o preâmbulo da Declaração afirma que a Assembleia Geral proclama a

---

<sup>133</sup> Representante francês, na elaboração da DUDH.

<sup>134</sup> VERDOOT, A., *Declaración de los Derechos Humanos*, Bilbao 1969, p. 309 e ss.; e ainda, *Naissance et Signification de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme*, Louvain 1963, p.316.

<sup>135</sup> Por exemplo, o artigo quinze consagra que todos os seres humanos têm direitos a ser agregados a uma nação. Neste sentido, somente as Nações Unidas têm poder para formular *princípios gerais*, tais como o do artigo catorze (parágrafo primeiro) que afirma que, perante a perseguição, todas as pessoas têm direito a procurar asilo e a beneficiar-se do mesmo noutros países; o artigo sexto dispõe, também, que cada indivíduo tem o direito ao reconhecimento, em todas as partes, de personalidade jurídica.

<sup>136</sup> GÓMEZ DEL PRADO, J. "La protección de los Derechos Humanos en el sistema de las Naciones Unidas y de los órganos especializados", *Recueil des Cours de la 30<sup>a</sup> Session d'Enseignement, Instituto Internacional de Derechos Humanos*, Estrasburgo, Julho de 1999.

<sup>137</sup> Acerca da universalidade da DUDH, veja-se, p.ex., SUDRE, F., *Droit International et Européen des Droits de l'Homme*, Paris 1999 (4 ed.), pp.38-41; e ainda, VERDOOT, A., *Naissance et Signification de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme*, Louvain 1963, pp.316 e 317.

Declaração para que todos os órgãos da sociedade se esforcem por cumpri-la como um "ideal comum a conseguir por todos os povos e todas as nações". Deste modo, reconhecendo que a comunidade internacional não é constituída só por Estados, esta Declaração, afirma que também se aplica a todos os seres humanos. Partindo da ideia de que todos os seres humanos são "membros da família humana", o artigo primeiro acrescenta que todos "nascem livres e iguais em dignidade e direitos" e, no artigo doze, inclui que "cada um pode prevalecer-se de todos os direitos e de todas as liberdades proclamadas na presente declaração sem distinção alguma". Logo, todos os seres humanos participam nesses direitos fundamentais. A declaração aplica-se, também, a todos os territórios habitados "não se fará distinção alguma baseada no status político, jurídico ou internacional do país ou território...seja tal país independente, esteja sob tutela, não seja autónomo ou esteja submetido a uma limitação, seja qual for, de soberania". O âmbito de aplicação territorial parece limitado pelo fim do preâmbulo "às populações dos Estados membros e à dos territórios colocados sob a sua jurisdição". Porém, o parágrafo segundo não teria qualquer significado se não se alargasse a todas as populações dos Estados membros, assim como aos apátridas. Está pois patente o carácter universal das disposições de Direitos Humanos contidas na Declaração.

Contudo, os defensores do relativismo cultural, opõem-se à consideração desta universalidade. Afirmando mesmo, que este conceito é um meio pelo qual os Estados ocidentais tentam impor-se a todos os restantes Estados. Neste contexto, vão ao ponto de defenderem que a aplicação de normas universais levaria à destruição das culturas autóctones. Contudo, estas opiniões, sobretudo apoiadas pelos países asiáticos, têm a curiosa coincidência de que a quase totalidade dos governos que a representam serem de tipo totalitário ou de corte político não democrático. Isto parece significar que estas elites defendem o relativismo dos DH por mero interesse político: para justificar os seus regimes autoritários e as suas constantes violações aos DH garantidos nos instrumentos internacionais. Assim, estes países, tentando-se furtar à aplicação desses documentos internacionais de DH (e dos correspondentes sistemas de controlo) nos seus territórios invocam como argumento o relativismo justificado pela sua cultura. Confirmando este aparente oportunismo político dos relativistas, tem-se constatado que nas conferências internacionais organizadas pelas Nações Unidas, os Estados que defendem o relativismo cultural dos DH são precisamente aqueles que são objecto de mais denúncias de violações

dos DH, nos próprios organismos das Nações Unidas. Além disto, a falácia dos argumentos dos relativistas se demonstra no facto de serem as próprias populações indígenas do mundo inteiro que, actualmente, elaboram documentos de DH e lutam para lograr a sua aceitação numa declaração universal sobre os seus direitos, no seio das Nações Unidas, o que manifesta justamente a universalidade dos DH e o seu carácter transcultural.<sup>138</sup>

Esta postura dos relativistas, foi discutida na II Conferência Mundial de DH, na qual a comunidade internacional declarou o seguinte: "Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis e interdependentes e estão relacionados entre si. (...) Deve ter-se em conta a importância das particularidades nacionais e regionais, assim como o dos diversos patrimónios históricos, culturais e religiosos, contudo os Estados têm o dever, sejam quais forem os seus sistemas políticos, económicos e culturais, de promover e proteger todos os direitos humanos e as liberdades fundamentais".<sup>139</sup> De facto, a defesa do relativismo cultural dos DH, parece ser hoje insustentável num mundo em que se pretende cada vez mais a internacionalização do comércio, dos meios de comunicação, etc.<sup>140</sup>

Do que aqui fica dito, não há dúvida que a *Declaração Universal dos Direitos Humanos* propõe a todos os povos do mundo o respeito pelos bens inerentes à dignidade da pessoa humana e que, estes, devem ser reconhecidos como verdadeiros direitos.<sup>141</sup> Podemos, pois, concluir que esta Declaração constitui uma valiosa directriz orientadora,

---

<sup>138</sup> De facto, a DUDH não inclui o direito das minorias e dos povos indígenas.

<sup>139</sup> Nações Unidas, *Conferência Mundial dos Direitos Humanos*, A/CONF.157/23 e 24, 1993.

<sup>140</sup> Se atendêssemos à diferença cultural como argumento para defender o relativismo cultural, então parece que também nos poderíamos perguntar se o desenvolvimento económico numa cultura de economia primitiva não destruiria essa cultura. Contudo, os governos que defendem o relativismo cultural invocam com energia frente aos países mais desenvolvidos o direito ao desenvolvimento (sobretudo económico) das suas sociedades (o que nos parece essencial e obvio mas que parece traduzir uma certa contradição com os seus argumentos em contra a universalidade dos Direitos Humanos).

<sup>141</sup> Mais do que direitos propriamente ditos, poder-se-ia afirmar que se trata de um importante elenco de bens. Bens fundamentais por serem de facto inerentes à dignidade da pessoa humana ainda que, para serem convertidos em verdadeiros direitos, haveria que verificar as condições e possibilidades reais de cada sociedade e a relação do bem em causa com o bem comum, para ser possível determinar que bens podem realmente ser considerados verdadeiros direitos em determinado contexto social.

sobre o que deve constituir uma verdadeira sociedade humana. Por esta razão, e como já referimos, este documento influenciou, incentivou e determinou a elaboração de outras declarações de direitos humanos de âmbito espacial mais restrito. Entre estas últimas encontra-se a *Convenção Europeia dos Direitos Humanos* cujo preâmbulo remete à *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Esta, continua assim, a cumprir notavelmente a sua missão de chamar a atenção mundial para o respeito dos direitos humanos e a incentivar o aparecimento de declarações que garantissem o respeito desses direitos a um nível mais regional, logo mais eficaz.

### **III.3. A Convenção Europeia dos Direitos Humanos**

#### **III.3.1. Contexto e conteúdo da Convenção Europeia dos Direitos Humanos**

##### **III.3.1.1. Contexto histórico**

O texto da Declaração das Nações Unidas (no seu art.º 52,1) impulsiona à acção regional para atingir os fins e princípios incluídos na mesma: a promoção e respeito dos direitos humanos. Em consequência, na Europa, a protecção dos direitos humanos foi facilitada pela existência de uma certa homogeneidade na situação socio-política e económica dos Estados no âmbito territorial europeu (sobretudo ocidental). Esta ideia de construir uma Europa unida, fundada na reconciliação e no respeito mútuo entre os Estados, depois da traumatizante experiência da Segunda Guerra Mundial, permitiu superar os obstáculos e dirigir todos os esforços, tendo em vista uma unificação desde a realidade existente de uma comunidade de valores políticos, jurídicos e culturais e de economias interdependentes.<sup>142</sup> Este movimento unificador da região europeia foi concretizado com a criação e institucionalização do *Conselho de Europa* e a consequente elaboração da *Convenção Europeia dos Direitos Humanos*.<sup>143</sup>

---

<sup>142</sup> MORENILLA, J., *El Convenio Europeo de los Derechos Humanos*, Madrid 1988, pp.18-20.

<sup>143</sup> A partir deste momento também designada pelas siglas: CEDH. Ou simplesmente por: Convenção Europeia. Acerca desta matéria veja-se, p.ex.,: VELU, J.; ERGEC, R., *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Bruxelas 1990, principalmente as pp.37-39; SUDRE, F., *Droit International et Européen des Droits de l'Homme*, Paris 1999 (4 ed.), pp.96-100.

### III.3.1.2.Contexto institucional: O Conselho de Europa

Num congresso organizado pelo *Movimento Europeu*<sup>144</sup>, oitocentas personalidades de dezanove países de Europa reuniram-se em Haya, de 7 a 10 de Maio de 1948.<sup>145</sup> Aí se discutiu a necessidade da criação de uma assembleia parlamentária europeia, com vistas a unir esforços e evitar uma outra calamidade em Europa, tal como tinham sido as duas Guerras Mundiais. Um ano mais tarde, reunidos em Londres, a 5 de Maio de 1949, dez países criaram o *Conselho de Europa*.<sup>146</sup> Este, tinha como objectivos principais, consolidar a democracia, consagrar o Estado de Direito e promover o respeito dos direitos humanos.<sup>147</sup> Nestes, se baseavam os critérios de admissão e as obrigações essenciais das Partes Contratantes do *Conselho de Europa*.<sup>148</sup>

Assim, o *Conselho de Europa*, como organização regional de âmbito territorial europeu, por primeira vez na história da humanidade agrupou os países de regime democrático dessa região com o objectivo de assegurar a sua cooperação na obtenção de uns fins, tentando harmonizar as respectivas legislações de acordo com os mesmos.

---

<sup>144</sup>O objectivo deste movimento era o de fomentar a paz e desenvolver as relações entre os povos europeus com base num conjunto de valores democráticos compartilhados por todos. Alguns destacados membros deste movimento eram: W. Churchill, A. De Gasperi e R. Shuman (mais adiante do nosso trabalho, referir-nos-emos com mais pormenor a este movimento). Cfr. SOYER, J.C.; DE SALVIA, M., *Le Recours Individuel Supranational*, Paris 1992, pp.30, 31 e 37.

<sup>145</sup> Cfr. VELU, J.; ERGEC, R., *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Bruxelas 1990, p.37.

<sup>146</sup>Estes dez Estados fundadores foram: Bélgica, França, Luxemburgo, Países Baixos, Reino Unido, Dinamarca, Noruega, Irlanda, Itália e Suécia. A partir de 1950, uniram-se: Grécia, Turquia, Islândia e República Federal Alemã.

<sup>147</sup>No momento da sua constituição, o *Conselho de Europa* propunha-se, como um dos seus principais objectivos, a "salvaguarda e a maior eficácia dos direitos humanos e das liberdades fundamentais", Artigo n.º 1, al.b), do *Estatuto do Conselho de Europa*. Este texto pode consultar-se em HERVADA, J.; ZUMAQUERO, J.M., *Textos Internacionais de Derechos Humanos*, T.I., Pamplona 1992 (2ª ed.), pp.700-739.

<sup>148</sup> Cfr. SUDRE, F., *Droit International et Européen des Droits de l'Homme*, Paris 1999 (4 ed.), pp.341-351; e ainda: veja-se "Les origines de la Convention": DECAUX, E., "Les Etats Parties et leurs Engagements", em *La Convention Européenne des Droits de*

### III.3.1.2.1. Estrutura do Conselho de Europa

O Conselho de Europa é constituído pela Assembleia Parlamentária (inicialmente denominada: Assembleia Consultiva), pelo *Comité de Ministros* e por uma Secretaria Geral. A Assembleia Parlamentária é um órgão consultivo e integra representantes dos parlamentos dos Estados Membros. O *Comité de Ministros* é o órgão político decisório e é composto pelos Ministros dos Negócios Estrangeiros dos respectivos Estados membros e tem faculdades para fazer Recomendações aos membros dos Governos dos Estados membros, para a concretização dos fins do Conselho. É também um dos órgãos de controlo da CEDH (como se verá mais adiante). A Secretaria Geral, é um órgão de carácter administrativo.<sup>149</sup>

A realização mais notável do Conselho de Europa foi a *Convenção Europeia dos Direitos Humanos*.

### III.3.2. Características da Convenção Europeia dos Direitos Humanos

A *Convenção Europeia dos Direitos Humanos*, foi elaborada no seio do Conselho de Europa durante os anos 1949-50. Foi assinado pelos Estados membros no dia 4 de Novembro de 1950 e entrou em vigor no dia 3 de Setembro de 1953.<sup>150</sup> Esta Convenção foi, posteriormente, complementada com onze protocolos assinados entre 1952 e 1994. Quatro destes Protocolos Adicionais à Convenção têm carácter substantivo (nºs 1, 4, 6 e 7), pois adicionam novos direitos e liberdades aos já contidos na Convenção. Os restantes Protocolos introduzem modificações de carácter processual e de organização.<sup>151</sup>

---

*l'Homme: commentaire article par article*, Ed.s: L.-E. Pettiti; E. Decaux; P.-H. Imbert, Paris 1999 (2ª ed.), pp.4-9.

<sup>149</sup> MORENILLA, J., *El Convenio Europeo de los Derechos Humanos*, Madrid 1988, pp.28-39.

<sup>150</sup> Cfr. VELU, J.; ERGEC, R., *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Bruxelas 1990, p.39; e ainda, DE SALVIA, M., *Le Recours Individuel Supranational*, Paris 1992, p.39.

<sup>151</sup> cfr. TEITGEN, P.-H.,: "Introduction to the European Convention on Human Rights", em *The European System for the Protection of Human Rights*, Ed.s: R. J. Macdonald; F.

Já vimos como, a principal preocupação do *Conselho de Europa* era o de elaborar uma Convenção Europeia para a protecção internacional dos direitos humanos, na mesma linha de orientação da Declaração Universal.<sup>152</sup> Assim, o *Conselho de Europa* pretendia a protecção daqueles direitos humanos que reunissem maior consenso de modo a assegurar a eficácia da protecção supranacional dos mesmos.<sup>153</sup> Neste sentido, a CEDH, reuniu os direitos humanos mais fundamentais e que eram objecto do acordo de todos os Estados Membros do *Conselho de Europa*. Assim, a Convenção Europeia dedica aos direitos que garante, doze artigos: do artigo segundo ao artigo catorze.<sup>154</sup> São, pois, poucos os direitos garantidos pela Convenção. Todos os restantes artigos estão dedicados ao sistema de protecção desses direitos (mecanismos e órgãos de controlo de garantia desses direitos). Pode-se pois afirmar que são poucos os direitos protegidos mas que estão eficazmente protegidos por um estruturado mecanismo de defesa (que estudaremos mais adiante).

---

Matscher; H. Petzold, Nijhoff 1993.; DECAUX, E., "Les Etats Parties et leurs Engagements", em *La Convention Européenne des Droits de l'Homme: commentaire article par article*, Ed.s: L.-E. Pettiti; E. Decaux; P.-H. Imbert, Paris 1999 (2<sup>a</sup> ed.); QUESADA, S., "El Sistema europeo de protección de los Derechos Humanos", *Recueil des Cours da 30<sup>a</sup> Session d'Enseignement, Instituto Internacional de Derechos Humanos*, Estrasburgo, Julho de 1999; KAYACIK, L., "Le Système Européen de protection de Droits de l'Homme", *Recueil des Cours da 30<sup>a</sup> Session d'Enseignement, Instituto Internacional de Derechos Humanos*, Estrasburgo, Julho de 1999.

<sup>152</sup> Cfr. MORENILLA, J., *El Convenio Europeo de los Derechos Humanos*, Madrid 1988, pp.20-23.

<sup>153</sup> Cfr. VELU, J.; ERGEC, R., *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Bruxelas 1990, pp.40-43 (concretamente: quanto aos fins jurídicos da Convenção, cfr.p.40; Quanto aos objectivos jurídicos dos autores da CEDH, cfr. p.41-43 e objectivos políticos: cfr. p.43.

<sup>154</sup> Esta exiguidade no número de artigos reconhecidos pela CEDH, deve-se também, em parte, ao facto de a mesma ter sido elaborada num certo clima de urgência o que reduziu a lista de direitos ao mínimo, de modo a não prolongar a sua discussão e obter em pouco tempo o acordo de todos os Estados Membros do *Conselho de Europa*. Cfr. *Infra* os Trabalhos Preparatórios da Convenção e ainda a intervenção de: LEZERTUA, M.,: "La problemática de la admisibilidad en el Convenio Europeo de Derechos Humanos", *Jornadas sobre la Jurisprudencia Europea en Materia de Derechos Humanos*, Bilbao, Septiembre de 1990.



### III.3.2.1. Os direitos garantidos na Convenção Europeia dos Direitos Humanos<sup>155</sup>

Os direitos reconhecidos na Convenção são os identificados pela Doutrina, como direitos clássicos.<sup>156</sup> Entre os direitos consagrados há, também, um determinado número deles que são inderrogáveis (art.15, 2).<sup>157</sup> Isto significa que independentemente das vicissitudes pelas quais esteja um Estado passando, este, não pode suspender esses direitos. Este "núcleo duro"<sup>158</sup> é constituído pelo direito à vida (art.2);<sup>159</sup> proibição de tortura, penas ou tratamentos desumanos ou degradantes (art.3); proibição da escravidão ou servidão (art.4); respeito dos princípios da legalidade e da irretroactividade penal.<sup>160</sup>

Para além da Convenção Europeia consagrar a inderrogabilidade destes direitos, a faculdade de derrogação dos restantes direitos está ainda submetida ao controlo dos órgãos instituídos pela Convenção (art.15). Quanto a este segundo grupo de direitos que, segundo

---

<sup>155</sup> Acerca deste tema veja-se: “Les droits et libertés reconnus par la Convention et ses protocoles”. VELU, J.; ERGEC, R., *La Convention Européenne des Droits de l’Homme*, Bruxelas 1990, pp.63-687; e ainda: MORENILLA, J., *El Convenio Europeo de los Derechos Humanos*, Madrid 1988, pp.23-25.

<sup>156</sup> Cfr. DRZEMCZEWSKI, A, “Fact-Finding. European Convention on Human Rights”, em *The UN Human Rights Treaty System in the 21<sup>st</sup> Century*, Ed.: A. F. Bayefsky, Haia 2000, pp.117-118; e ainda SOYER, J.C.; DE SALVIA, M., *Le Recours Individuel Supranational*, Paris 1992, pp.35 e 36.

<sup>157</sup> “Droits Intangibles et/ou Droits Fundamentaux: y a-t-il des Droits Prééminents dans la Convention Européenne des Droits de l’Homme?”, em *Liber Amicorum Marc-André Eissen*, Ed.: M.-A. Eissen, Bruxelas 1995, pp.381-398.

<sup>158</sup> Escolhemos para seguir nesta nossa exposição a classificação apresentada por QUESADA POLO, S., “El Sistema europeo de protección de los Derechos Humanos”, *Recueil des Cours da 30<sup>a</sup> Session d’Enseignement, Instituto Internacional de Derechos Humanos*, Estrasburgo, Julho de 1999, p.4-7. Ainda que existam outras classificações (referidas também pelo mesmo autor).

<sup>159</sup>A proibição da pena de morte foi acrescentada à CEDH, no Protocolo Adicional nº6 (Cfr. *Council of Europe, European Treaty Series n°114*, assinado a 28 de Abril de 1983 e em vigor desde 1 de Março de 1985). Até finais de Junho de 1999, não tinham ainda ratificado este Protocolo, os seguintes Estados: Albânia, Bélgica, Bulgária, Chipre, Geórgia, Lituânia, Polónia, Reino Unido, Rússia, Ex.- República Jugoslávia da Macedónia, Turquia e Ucrânia. Cfr. MARIE, J.-B., “International Instruments Relating to Human Rights Classifications and Status of Ratifications as of 1 January 1998”, *H.R.L.J.* Vol.19, nº2-4, Strasbourg 1998 e *Convenção Europeia dos Direitos do Homem, com as Modificações Introduzidas pelo Protocolo nº11, Série de Tratados Europeus, Conselho de Europa*, Estrasburgo, Julho de 1999, pp.46-47 (versão oficial portuguesa).

a divisão adoptada por Quesada, são os designados direitos mínimos, inclui-se: a proibição de trabalho forçado ou obrigatório (art.4,2);<sup>161</sup> o direito à liberdade e segurança: a ser julgado num prazo razoável; a prisão preventiva de duração limitada; a defender-se; ao *habeas corpus* e à reparação em caso de detenção ilegal (art.5); o direito à tutela judicial, a um processo justo, público, em prazo razoável, com direito de defesa e a ser julgado por um Tribunal imparcial e independente (art.6); direito a casar e fundar família (art.12); o direito a um recurso efectivo perante uma instância nacional (art.13); por fim o art.14 proíbe qualquer tipo de discriminação em relação aos direitos e liberdades garantidos na Convenção.

O terceiro e último grupo é constituído pelos direitos restringidos, por se tratarem de normas que prevêm (permitem) nos seus parágrafos segundos, determinadas restrições por partes dos Estados. Contudo, estas restrições devem cumprir determinados requisitos (segundo essas mesmas disposições): estar previstas numa disposição legal acessível, serem necessárias com vistas à segurança nacional, à segurança pública, ao bem estar económico da sociedade, à defesa da ordem nacional e prevenção de infracções penais, à protecção da saúde ou da moral, à protecção dos direitos e liberdades dos demais. Este grupo de direitos inclui o direito ao respeito da vida familiar e privada, domicílio e correspondência (art.8); direito à liberdade de pensamento, consciência e religião (art.9) ; direito de liberdade de expressão de opinião, receber ou comunicar informações ou ideias - apesar dos Estados terem a possibilidade de submeterem as empresas de radiodifusão, cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia (art.10); direito de liberdade de reunião pacífica e à liberdade de associação, incluindo o direito de fundar e filiar-se em sindicatos (art.11).

---

<sup>160</sup> Cfr.: “Les droits intangibles”, SUDRE, F., *Droit International et Européen des Droits de l’Homme*, Paris 1999 (4 ed.) p. 199.

<sup>161</sup> Há que ter em conta o nº3 deste art.4 que refere que não são considerados trabalhos forçados ou obrigatórios o trabalho penitenciário, o serviço militar (ou o serviço substitutivo deste, nos casos de objecção de consciência), o serviço exigido em casos de crise ou calamidade que ameacem a comunidade e aqueles serviços que fizerem parte das obrigações cívicas normais.

### III.3.2.2. Direitos adicionados pelos Protocolos

Como já referimos, são quatro os Protocolos que ampliam a lista dos direitos garantidos pela sistema da Convenção.<sup>162</sup> Estes direitos são: direito ao respeito dos bens; ao direito à instrução e à organização de eleições livres (Protocolo nº1<sup>163</sup>); Proibição da prisão por dívidas; da expulsão de nacionais e da expulsão massiva de estrangeiros; direito de liberdade de circulação e de residência dos estrangeiros que se encontram legalmente no Estado Parte e o direito de entrada dos nacionais no seu país (Protocolo nº4<sup>164</sup>); proibição da pena de morte em tempo de paz (Protocolo nº6); garantias processuais em caso de expulsão de estrangeiros, direito a apelação em matéria penal, direito a não ser julgado nem punido mais do que uma vez pela mesma infracção e, por último, garante-se a igualdade entre os cônjuges. Completámos assim os direitos garantidos pelo sistema da CEDH.

Esta Convenção foi inicialmente ratificada por oito países e em Junho de 1999 já a tinham ratificado 41 Estados e outros esperam vir a ratificá-la.<sup>165</sup>

---

<sup>162</sup>É evidente que estes Protocolos apenas vinculam os Estados que os ratificaram. Por exemplo, Portugal não ratificou o Protocolo nº7 e Espanha não ratificou os Protocolos nºs 4 e 7. Cfr. GARBERÍ, J.; MORENILLA, P., *Convenio Europeo de Derechos Humanos y Jurisprudencia del Tribunal Europeo relativo a España*, Barcelona 1999, pp.53-58.

<sup>163</sup>Cfr. *Council of Europe, European Treaty Series nº9*, assinado a 20 de Março de 1952 e em vigor desde 18 de Maio de 1954.

<sup>164</sup>Cfr. *Council of Europe, European Treaty Series nº46*, assinado a 16 de Setembro de 1963 e em vigor desde 2 de Maio de 1968.

<sup>165</sup> Cfr. *Convenção Europeia dos Direitos do Homem, com as Modificações Introduzidas pelo Protocolo nº11, Série de Tratados Europeus, Conselho de Europa*, Estrasburgo, Julho de 1999, pp.46-47 (versão portuguesa); MARIE, J.-B., "International Instruments Relating to Human Rights Classifications and Status of Ratifications as of 1 January 1998", *H.R.L.J.* Vol.19, nº2-4, Strasbourg 1998, p.123.

### III.3.2.3. Aspectos inovadores da Convenção Europeia dos Direitos Humanos em relação ao Direito Internacional

A Convenção Europeia é um Tratado Internacional e, como tal, se lhe aplica o Direito dos Tratados, nomeadamente as normas estabelecidas pela Convenção de Viena, assinado a 23 de Maio de 1965. Contudo a Convenção Europeia é um Tratado absolutamente inovador em relação a determinados aspectos do Direito Internacional até então vigente.<sup>166</sup> Trata-se, de facto, do Tratado Internacional mais progressivo que existe actualmente e rompe com vários princípios de Direito Internacional até então estabelecidos.<sup>167</sup>

De facto, a Convenção Europeia constitui o primeiro Tratado Internacional que inclui uma garantia colectiva dos direitos humanos, assegurada pelo conjunto dos Estados que a ratificaram. Segundo o mesmo preâmbulo da CEDH, os Estados membros do *Conselho de Europa* "animados pelo mesmo espírito e possuindo um património comum de ideais e de tradições políticas, de respeito pela liberdade e pela primazia do Direito", declaram-se decididos a "assegurar a garantia colectiva de alguns dos direitos enunciados na Declaração Universal".<sup>168</sup> Neste contexto, deixa de vigorar, entre os Estados que a ratificaram, o princípio de protecção diplomática, dentro do qual cada Estado protege os seus cidadãos no seu território e no estrangeiro. Com a Convenção Europeia, o sistema de protecção dos direitos humanos é de carácter comunitário, quer dizer, é a própria comunidade que protege todos os cidadãos de todos os países da mesma comunidade. Fica assim assegurada uma garantia colectiva aos direitos reconhecidos na CEDH.

Com a aplicação da Convenção Europeia, rompe-se também com o princípio de não ingerência na medida em que os Estados se submetem ao controlo dos órgãos

---

<sup>166</sup> Cfr. SOYER, J.C.; DE SALVIA, M., *Le Recours Individuel Supranational*, Paris 1992, p.36.

<sup>167</sup> DE SALVIA, M., *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo: Procedure e Contenuti*, Nápoles 1997; *Lineamenti di Diritto Europeo dei Diritti dell'Uomo*, Nápoles 1991; SUDRE, F., *Que sais Je?*, Paris 1990; CABRAL BARRETO, I.C., *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa 1995; LEUPRECHT, P., "La Europa de los Derechos Humanos: Valor universal de una experiencia regional", in *Le Monde Diplomatique*, Febrero-Marzo 1987.

jurisdicionais previstos na Convenção.<sup>169</sup> Há também ruptura com o princípio de reciprocidade porque os Estados assumem obrigações jurídicas em relação aos cidadãos independentemente das cláusulas clássicas de reciprocidade, isto é, esses direitos garantidos aplicam-se, independentemente de contrapartidas ou do consentimento dos outros Estados Partes no Convénio.

O efeito directo da CEDH nos ordenamentos jurídicos dos Estados partes, é também uma excepção ao Direito Internacional. Na verdade, ao ser a Convenção um autentico Tratado Internacional, garante a protecção de determinados direitos vinculando todos os Estados Partes a umas determinadas obrigações que podem ser exigidas, não só pelos próprios Estados mas também por particulares. Estas obrigações são *conditio sine qua non* para que um Estado possa ser membro do *Conselho de Europa*. Assim, ao revestir a forma jurídica de um Tratado Internacional, a CEDH, forma parte da ordem jurídica interna de cada um dos Estados membros e tem aplicação imediata pelas autoridades e órgãos jurisdicionais de cada um dos Estados membros.

O seu carácter vinculante, vem estabelecido explicitamente no artigo primeiro da Convenção "As Altas Partes Contratantes reconhecem a toda a pessoa dependente da sua jurisdição, os direitos e liberdades definidas no Título I desta Convenção".<sup>170</sup>

Há que salientar que os direitos da Convenção não só se reconhecem aos nacionais de um Estado, mas também a "toda a pessoa dependente da sua jurisdição", logo, também se aplica a qualquer estrangeiro que se encontre nos territórios de qualquer um dos Estados membros.<sup>171</sup>

Podemos ainda acrescentar que o sistema da CEDH exclui todos os outros sistemas de defesa dos direitos humanos (por ex., exclui a competência –nas mesmas matérias- do

---

<sup>168</sup>Preâmbulo da CEDH, parágrafo n.º 5. Este documento pode ser consultado em HERVADA, J.; ZUMAQUERO, J.M., *Textos Internacionales de Derechos Humanos*, T.I., Pamplona 1992 (2ª ed.), pp.182-221.

<sup>169</sup> O princípio de não ingerência, defende a não intervenção nos assuntos internos dos Estados e que os problemas surgidos entre estes e os seus cidadãos são assuntos internos.

<sup>170</sup> HERVADA, J.; ZUMAQUERO, J.M., *Textos Internacionais de Derechos Humanos*, T.I., Pamplona 1992 (2ª ed.), p.90.

<sup>171</sup>É evidente que a questão da recepção da Convenção no direito interno resulta da livre opção de cada Estado em relação à *modalidade de recepção* do mesmo, que dependerá do regime constitucional respectivo.

Tribunal Internacional de Justiça, ou os próprios mecanismos de defesa das Nações Unidas, etc., já que a Convenção cria um novo Tribunal: *Tribunal Europeu dos Direitos Humanos*<sup>172</sup>).

Outro aspecto absolutamente inovador, é o facto da Convenção Europeia atribuir personalidade jurídica internacional às pessoas físicas vítimas de uma violação. Estas, passam a ter protagonismo no Direito Internacional como verdadeiros sujeitos de direito, através do recurso individual previsto na Convenção.<sup>173</sup>

#### **III.3.2.4. Originalidade do sistema de garantias da *Convenção Europeia dos Direitos Humanos***

Tal como acabámos de referir, a originalidade desta Convenção não se baseia tanto na lista de direitos humanos que enumera mas sim no mecanismo institucional de protecção que estabelece para esses direitos.<sup>174</sup> Por isso, a característica mais definidora desta CEDH é o seu sistema de garantias. Assim, a grande novidade do sistema da Convenção Europeia é que a sua garantia não se limita aos Estados já que se outorga às pessoas físicas, a Organizações Não Governamentais, ou grupos de particulares (que se considerem vítimas de violações dos seus direitos fundamentais) a faculdade de apresentar uma demanda "individual" contra qualquer dos Estados membros. Como referimos supra, este facto rompe com o princípio clássico de não ingerência do Direito Internacional (tal como já referimos supra): segundo o art.33 da Convenção, pode apresentar-se ao TEDH demandas, contudo são as demandas individuais que representam a verdadeira originalidade do mecanismo de defesa dos direitos humanos previstos na Convenção, sendo esta demanda individual, considerada o *ex libris* do sistema convencional. Esta característica faz com que o sistema de garantias da *Convenção Europeia dos Direitos Humanos* seja o exemplo mais elaborado, mais coercitivo e o mais avançado de todos os

---

<sup>172</sup> A partir deste momento também identificado pelas siglas: TEDH.

<sup>173</sup> Cfr. SUDRE, F., *Droit International et Européen des Droits de l'Homme*, Paris 1999 (4 ed.), pp.66-74 ("L'homme sujet de Droit International?")

<sup>174</sup> "La Convention instaure d'abord un ordre juridique *sui generis*". VELU, J.; ERGEC, R., *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Bruxelas 1990, p.35 (veja-se também p. 36).

sistemas "regionais" de protecção dos direitos humanos, pelo menos quanto à sua eficácia e processo legal.<sup>175</sup> Deste modo, só dentro do *Conselho de Europa*, pela homogeneidade ideológica e constitucional dos Estados membros, se pode falar de uma efectiva protecção dos direitos reconhecidos na Convenção Europeia e nos seus Protocolos Adicionais. Enfim, elaborou-se um sistema no qual se permite não só aos Estados a possibilidade de denunciar qualquer violação imputável a outro Estado Parte do *Conselho de Europa*, como também a todos os particulares que se considerassem vítimas de uma violação dos seus direitos reconhecidos na CEDH. Isto, constitui efectivamente uma novidade sem precedentes ao nível do Direito Internacional (para o qual o único sujeito de direito sempre tinha sido o Estado) e um grande passo na defesa efectiva dos direitos humanos.

---

<sup>175</sup> Os outros sistemas regionais existentes são: Sistema Americano (dentro da *Organização dos Estados Americanos*: OEA, cfr. *Treaty Series*, nº36), constituído pelo *Pacto de San José de Costa Rica* (com os seus Protocolos Adicionais: *Protocolo de San José*: direitos económicos, sociais e culturais e o *Pacto de Assunción*: acerca da pena de morte). O *Tribunal Interamericano* criado pelo *Pacto de San José*, quanto a matéria contenciosa só admite denúncias interestaduais. Além disto, esta competência do Tribunal é facultativa, já que depende da ratificação do *Pacto de San José* e ainda de uma declaração expressa na qual o Estado reconhece essa competência jurisdiccional do Tribunal. Cfr. OMAR SALVIOLI, F., "El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, *Recueil des Cours da 30ª Session d'Enseignement, Instituto Internacional de Derechos Humanos*, Estrasburgo, Julho de 1999; CANÇADO TRINDADE, A., "The Inter-american Human Rights protection System", *Recueil des Cours da 30ª Session d'Enseignement, Instituto Internacional de Derechos Humanos*, Estrasburgo, Julho de 1999; SANTOSCOY, B., "Le Système Interaméricain de protection des Droits de l'Homme: Droits Intangibles et/ou Droits Fundamentaux: y a-t-il des Droits Prééminents dans la Convention Européenne des Droits de l'Homme?", em *Liber Amicorum Marc-André Eissen*, Ed.: M.-A. Eissen, Bruxelas 1995. Homme", *Recueil des Cours da 30ª Session d'Enseignement, Instituto Internacional de Direitos Humanos*, Estrasburgo, Julho de 1999; Sistema Africano: a *Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos*, realizada no marco da *Organização da Unidade Africana* (OUA: cfr. Doc.CAB/LEG/67/3/Rev.5), foi assinada em Quênia em 1981 e entrou em vigor em 21 de Outubro de 1986. Nos seus 68 artigos não se prevê nenhum Tribunal. Cfr. OUGUERGOUZ, F., "La Charte Africaine", *Recueil des Cours da 30ª Session d'Enseignement, Instituto Internacional de Direitos Humanos*, Estrasburgo, Julho de 1999; IGE, T., "The African Charter on Human and Peoples' Rights", *Recueil des Cours da 30ª Session d'Enseignement, Instituto Internacional de Direitos Humanos*, Estrasburgo, Julho de 1999. Quanto à Ásia, existe uma *Carta Asiática dos Direitos Humanos*, mas elaborada por Organizações Não Governamentais (logo, este documento não tem carácter governamental); Há um projecto de *Carta Árabe* (dentro do âmbito da *Liga dos Estados Árabes*, estabelecida em 1944). Esta Carta foi elaborada em 1994 (*Conselho da Liga Árabe*, Resolução 5437), mas não há ratificações, nem se prevê qualquer Tribunal. Cfr. MUNTARBHORN, V., "La Asie et les Droits de l'Homme", *Recueil des Cours da 30ª Session d'Enseignement, Instituto Internacional de Direitos Humanos*, Estrasburgo, Julho de 1999.

Como prova disto, refira-se que o número de demandas individuais é muito superior ao das interestaduais.<sup>176</sup>

### **III.3.3. Mecanismo de protecção do sistema da *Convenção Europeia dos Direitos Humanos***

Tal como referimos anteriormente, a originalidade da Convenção não reside propriamente na lista dos direitos humanos que protege, mas sim na parte institucional da Convenção e mais concretamente no mecanismo de controlo internacional para assegurar o respeito das suas disposições.<sup>177</sup> O mecanismo de protecção anterior ao previsto no Protocolo n.º 11 estruturava-se à volta de três órgãos que tramitavam as denúncias de Estados ou particulares, por incumprimento por parte das Altas Partes Contratantes da CEDH, dos compromissos internacionais aí assumidos: a Comissão Europeia dos Direitos Humanos (que examinava a admissibilidade e tramitava a denúncia: em caso de admissão emitia um juízo -afirmativo ou negativo- sobre a violação da Convenção); o *Tribunal Europeu dos Direitos Humanos* (que se pronunciava sobre os casos que lhe eram enviados

---

<sup>176</sup> Assim, desde 1950 até finais de 1998 a Comissão registou 45 000 demandas individuais e 20 demandas interestaduais. Cfr. QUESADA, S., "El Sistema europeo de protección de los Derechos Humanos", *Recueil des Cours da 30ª Session d'Enseignement, Instituto Internacional de Direitos Humanos*, Estrasburgo 1999, p.16. Para ser mais precisos, podemos acrescentar que até ao ano 2000, registaram-se 21 demandas inter-Estados. Para termos uma ideia do número de demandas individuais, podemos referir que no ano de 1985 foram recebidas pela Comissão 2 831 casos, dos quais 70 foram declarados admissíveis e 12 foram enviadas ao Tribunal. Em contrapartida, em 1998 foram recebidas 5 981 demandas das quais 762 foram declaradas admissíveis e 97 casos foram enviados ao Tribunal. Depois da entrada em vigor do Protocolo nº11, o Tribunal recebeu 20 399 (no ano de 1999), registou 8 396 demandas das quais 731 foram declarados admissíveis e pronunciou 177 julgamentos (refira-se que o Tribunal em 1985 tinha pronunciado 11 julgamentos e em 1998 105). Cfr. veja-se Council of Europe, *European Commission on Human Rights, Survey of Activities and statistics 1998*; e ainda, DRZEMCZEWSKI, A, "Fact-Finding. European Convention on Human Rights", em *The UN Human Rights Treaty System in the 21st Century*, Ed.: A. F. Bayefsky, Haia 2000, p.117.

<sup>177</sup> Veja-se um interessante e esclarecedor esquema acerca do mecanismo de controlo da CEDH, em DRZEMCZEWSKI, A, "Fact-Finding. European Convention on Human Rights", em *The UN Human Rights Treaty System in the 21st Century*, Ed.: A. F. Bayefsky, Haia 2000, pp.119 e 120.



decretando sentença afirmativa ou negativa, conforme o caso) e o *Comité de Ministros* (que tinha o poder de decisão quando o caso não era remetido ao Tribunal<sup>178</sup>).

O Protocolo n.º 11 (assinado em Estrasburgo a 11 de Maio de 1994 e que entrou em vigor no dia 1 de Novembro de 1998)<sup>179</sup> refere, no seu art.º 1 : "O texto dos Títulos II a IV da Convenção (artigos 19 a 56) e o Protocolo n.º 2 que confere ao *Tribunal Europeu dos Direitos Humanos* a competência para emitir opiniões consultivas, substituem-se pelo seguinte Título II da Convenção". Assim, neste novo mecanismo de protecção dos direitos humanos substitui-se a Comissão e o antigo Tribunal, por um novo *Tribunal Europeu dos Direitos Humanos*. O novo TEDH iniciou a sua competência a 3 de Novembro de 1998, a Comissão apesar de deixar de existir a 31 de Outubro desse mesmo ano, continuou as suas funções até 31 de Outubro de 1999 (segundo o disposto no mesmo Protocolo) mas limitando-se a continuar o exame das demandas declaradas admissíveis até à entrada em vigor do Protocolo n.º 11.<sup>180</sup>

A Competência do *Tribunal Europeu dos Direitos Humanos*, estende-se a todos os assuntos relacionados com a interpretação e aplicação da Convenção e seus Protocolos (assuntos entre Estados, art.º 33; e Demandas individuais, art.º 34) e emite opiniões consultivas (motivadas), solicitadas pelo *Comité de Ministros* acerca de questões jurídicas relacionadas com a interpretação da Convenção e os seus protocolos (art.ºs 47 e 49).<sup>181</sup>

---

<sup>178</sup>Por exemplo, o caso não podia ser remetido ao Tribunal, quando o Estado demandado não tivesse reconhecido, através de uma declaração expressa, a competência do Tribunal. Com a entrada em vigor do Protocolo n.º 11, o reconhecimento da competência do Tribunal é obrigatória e automática (com a ratificação da Convenção por um Estado).

<sup>179</sup> O *11º Protocolo Adicional* da CEDH, de 11 de maio de 1994, entrou em vigor a 1 Novembro de 1998 e a 1 de Janeiro de 1998 já tinha sido ratificado por 39 Estados (cfr. MARIE, J.-B., "International Instruments Relating to Human Rights Classifications and Status of Ratifications as of 1 January 1998", *H.R.L.J.* Vol.19, nº2-4, Strasbourg 1998, p.124).

<sup>180</sup> Cfr. DRZEMCZEWSKI, A, "Fact-Finding. European Convention on Human Rights", em *The UN Human Rights Treaty System in the 21st Century*, Ed.: A. F. Bayefsky, Haia 2000, p.117.

<sup>181</sup> Sobre a competência do TEDH cfr.: SUDRE, F., *Droit International et Européen des Droits de l'Homme*, Paris 1999 (4 ed.), pp.351-355.

### **III.3.3.1. Mecanismo de protecção do sistema da *Convenção Europeia dos Direitos Humanos***

Podemos considerar duas fases distintas neste processo: a primeira podemos designá-la por fase nacional e outra por fase internacional, que é a que diz propriamente respeito à protecção jurídica do sistema da CEDH.<sup>182</sup>

#### **III.3.3.1.1.Fase nacional<sup>183</sup>**

Segundo o novo art. 35, todas as pessoas (físicas ou jurídicas) que se considerem vítimas de violação dos seus direitos fundamentais previstos na CEDH, devem primeiro esgotar os recursos internos que o seu Estado põe à disposição. Trata-se de uma condição para poder recorrer ao sistema internacional do *Conselho de Europa*.<sup>184</sup> Este requisito é uma aplicação do princípio de subsidiariedade do sistema previsto na CEDH e tem como objectivo permitir que os Estados acusados de violação, possam remediar, com os seus próprios recursos internos, essas situações irregulares.<sup>185</sup> Depois do sujeito esgotar todas as vias internas para resolver a situação, então a vítima poderá recorrer aos órgãos supranacionais previstos na CEDH, no prazo de seis meses após a resolução interna definitiva (n.º 1 do art.º 35).<sup>186</sup>

---

<sup>182</sup>Cfr. CASSIN, R., "La Cour européenne des droits de l'homme", *Annuaire de la CEDH*, vol.7, p.75-89; PELLOUX, R., "La Cour Européenne des Droits de l'Homme", *R.U.D.H.*, vol.1, p.79-90; MARGUÉNAUD, J.P., *La Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Paris 1997; Como já referimos, veja-se um interessante esquema em DRZEMCZEWSKI, A., "Fact-Finding. European Convention on Human Rights", em *The UN Human Rights Treaty System in the 21<sup>st</sup> Century*, Ed.: A. F. Bayefsky, Haia 2000, pp.119 e 120.

<sup>183</sup> Cfr. MARGUÉNAUD, J.P., *La Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Paris 1997, p.6.

<sup>184</sup>VERDUSSEN, M., "La Cour Européenne des Droits de l'Homme et l'Épuisement Préalable du Recours Interne au Juge Constitutionnel", in *Liber Amicorum Marc-André Eissen*, Ed.: M.-A. Eissen, Bruxelas 1995, pp.435-451.

<sup>185</sup> Cfr. BRUYN, D., *La Procédure devant la Nouvelle Cour Européenne de Droits de l'Homme après le Protocole n°11*, Bruxelas 1999, pp.39-60 ("L'Épuisement des Recours Internes").

<sup>186</sup> Veja-se as excepções a esta regra em: BRUYN, D., *La Procédure devant la Nouvelle Cour Européenne de Droits de l'Homme après le Protocole n°11*, Bruxelas 1999, p.57.

### III.3.3.1.2. Fase supranacional

Examinaremos em seguida as fases processuais, por ordem cronológica, das denúncias realizadas por qualquer dos Estados membros contra a violação cometida por outro Estado membro (mesmo que não estejam em causa interesses directos do Estados denunciante) ou as formuladas por particulares (pela pessoa física ou jurídica que se considera vítima de uma violação dos seus direitos fundamentais, tendo em conta a CEDH).<sup>187</sup> Contudo, daremos maior atenção ao percurso processual das denúncias realizados pelos particulares, pessoas físicas, que são muito mais numerosas do que as interestaduais.<sup>188</sup>

#### III.3.3.1.2.1. Primeira fase: exame acerca da admissibilidade da denúncia

A CEDH atribuiu a um Comité a missão de ser "filtrador" do acesso das Demandas ao TEDH (art.28).<sup>189</sup> Assim, para que uma denúncia seja admitida por esse Comité, tem que respeitar determinados requisitos.<sup>190</sup> Requisitos formais: o esgotamento das vias jurisdicionais nacionais (art.35, já nos referimos supra) e a realização da denúncia dentro do prazo dos seis meses após a decisão do órgão interno de jurisdição (este requisito é fruto da aplicação do princípio de segurança jurídica, já que uma decisão interna definitiva, não poderia ficar indefinidamente susceptível de ser examinada numa instancia

---

<sup>187</sup> LAMBERT, P., "Les Beneficiaires du Doit de Recours", *La Procédure devant la Nouvelle Cour Européenne de Droits de l'Homme après le Protocole n°11*, Bruxelas 1999, pp.7-28.

<sup>188</sup> Cfr. SOYER, J.C.; DE SALVIA, M., *Le Recours Individuel Supranational*, Paris 1992, p.55-78.

<sup>189</sup> Cfr. SUDRE, F., *Droit International et Européen des Droits de l'Homme*, Paris 1999 (4 ed.), pp.361 e 362; 376 e 377.

<sup>190</sup> Veja-se, p.ex., PETTITI, C., "La Forme et Contenu de la Requête", em *La Convention Européenne des Droits de l'Homme. Commentaire Article par Article*, Ed.s: L.-E. Pettiti; E. Decaux; P.-H. Imbert, Paris 1995, pp.29 e ss.

supranacional);<sup>191</sup> Quando no ordenamento interno não há possibilidade de "recurso, o prazo de seis meses conta-se a partir do acto que viola a Convenção e a denúncia não pode ser realizada após seis meses da violação" (art.35)<sup>192</sup>. Como requisitos materiais se exige a compatibilidade da denúncia em relação com a Convenção em razão do lugar (violação ocorrida em território que esteja sob a jurisdição de um Estado Parte), de pessoas (legitimação activa: o denunciante tem que ser um Estado "Alta Parte Contratante"-art.º 33; ou "qualquer pessoa física,<sup>193</sup> organização não governamental ou grupo de particulares"-art.º 34).<sup>194</sup> O denunciante tem que se encontrar numa situação de vítima da violação invocada-art.º 34 e 35.<sup>195</sup> Legitimação passiva: as demandas tem que ser dirigidas contra um Estado que tenha ratificado a Convenção), por razão de tempo (a Convenção só vincula os Estados que a ratificaram,<sup>196</sup> logo a responsabilidade destes só se inicia após a entrada em vigor e em relações a factos posteriores e em relação aos casos de "violação continuada"<sup>197</sup>. E, por último, compatibilidade em razão da matéria (a

---

<sup>191</sup> Cfr. SOYER, J.C.; DE SALVIA, M., *Le Recours Individuel Supranational*, Paris 1992, p.167-194.

<sup>192</sup>Salvo as *violações continuadas* (veja-se a sua definição nota nº52) que, neste caso, o prazo conta-se desde que cessa a situação denunciada. Cfr. SUDRE, F., *Droit International et Européen des Droits de l'Homme*, Paris 1999 (4 ed.), p.380.

<sup>193</sup>Independentemente de que a sua lei nacional lhe permita aceder directamente a um Tribunal (por ex., é o caso dos incapazes, menores ou militares).

<sup>194</sup> Cfr. "Competence *ratione loci* et *ratione materiae*": SUDRE, F., *Droit International et Européen des Droits de l'Homme*, Paris 1999 (4 ed.), p.77.

<sup>195</sup>A noção de *vítima* inclui não só as vítimas directas mas também as indirectas, isto é, aquelas pessoas prejudicadas pela violação ou que tenham um interesse pessoal em que cesse essa violação- Decisão 287/57, (cfr. *Annuaire I*, p.164.). Cfr. SUDRE, F., *Droit International et Européen des Droits de l'Homme*, Paris 1999 (4 ed.), p.373.

<sup>196</sup>A denúncia, só se poderá realizar após cinco anos da entrada em vigor da Convenção para a Parte denunciante, sem que a denúncia desvincule o Estado denunciado das obrigações derivadas da Convenção por factos anteriores à data em que a denúncia produza efeito. Sob esta mesma reserva, deixa de fazer parte da Convenção todo o Estado que deixe de ser membro do *Conselho de Europa* (art.º 65 da CEDH, cfr. HERVADA, J.; ZUMAQUERO, J.M., *Textos Internacionales de Derechos Humanos*, T.I., Pamplona 1992, 2ª ed., p.218); SUDRE, F., *Droit International et Européen des Droits de l'Homme*, Paris 1999 (4 ed.), p.379.

<sup>197</sup> A definição destas encontra-se na jurisprudência dos órgãos do sistema da Convenção. Segundo esta, a situação de violação continuada é aquela cujo demandante alega que se encontra numa situação em que um dos seus direitos, garantidos pela Convenção, foi violado e continua a ser violado sem poder recorrer a uma via interna eficaz para remediar ou impedir essa violação. Cfr. Assunto: *De Becker c/ Bélgica*, Demanda n.º 214-56, Decisão de 9 de Junho de 1958, *Annuaire II*, p.215 e ss., comentado por QUESADA, S., "El Sistema europeo de protección de los

denúncia só pode alegar violação dos direitos garantidos na Convenção e nos seus Protocolos adicionais. É evidente que é importante a interpretação dada pela Jurisprudência a estes direitos para sabermos qual o alcance de cada um dos direitos consagrados na Convenção).<sup>198</sup> Para além deste requisito da compatibilidade da denúncia com a CEDH, outro dos requisitos materiais de admissibilidade exigidos são: que na denúncia exista nexó causal entre a situação invocada e a Convenção (isto é, que a denúncia se manifeste suficientemente bem fundada acerca da violação de um dos direitos garantidos na CEDH, art.35, § 3).<sup>199</sup> Outras causas de inadmissibilidade da demanda pelo Tribunal constitui o facto de não ser apresentada por escrito e assinada pelo denunciante ou pessoa que o representa, art.º 35,2 (as demandas anónimas são, pois, excluídas), as abusivas<sup>200</sup> e o facto da denúncia ser essencialmente a mesma que uma denúncia anteriormente examinada ou já submetida a outra instancia internacional (art.º 35, 2).<sup>201</sup>

Faltando algum destes requisitos, as decisões do TEDH em matéria de inadmissão da Demanda tem carácter definitivo (reafirmando-se assim a função de "guardião" do Comité em relação ao acesso ao TEDH).<sup>202</sup> A decisão do Tribunal, acerca da admissibilidade, poderá ser realizada em qualquer fase do Processo (art.º 35).<sup>203</sup>

---

Derechos Humanos", *Recueil des Cours da 30ª Session d'Enseignement, Instituto Internacional de Direitos Humanos*, Estrasburgo, Julho de 1999; p.23.

<sup>198</sup>Por exemplo, a invocação de uma violação de um direito reconhecido num dos Protocolos Adicionais à CEDH que não tenha sido ratificado pelo Estado denunciado, a respectiva denúncia cai fora da competência da Comissão em razão de matéria (vide, p.e., Decisão 1270/71, *Ilse Kochc. RFA, Annuaire V*, p.135).

<sup>199</sup>Este motivo constitui uma das causas mais frequentes de inadmissibilidade de demandas. Cfr. COHEN-JONATHAN, G., *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Paris 1989, p.153-159.

<sup>200</sup>Cfr. Por ex., Demanda n.º 13284/87, de 15 de Outubro de 1987, D.R. 54, p.214. Cfr. SUDRE, F., *Droit International et Européen des Droits de l'Homme*, Paris 1999 (4 ed.), p.389.

<sup>201</sup>Cfr. Por ex., Demanda n.º 16358/90, de 12 de Outubro de 1992, D.R. 73, p.120.

<sup>202</sup> Cfr. SUDRE, F., *Droit International et Européen des Droits de l'Homme*, Paris 1999 (4 ed.), p.390.

<sup>203</sup> Cfr. PETTITI, C., "La Forme et Contenu de la Requête", em *La Convention Européenne des Droits de l'Homme. Commentaire Article par Article*, Ed.s: L.-E. Pettiti; E. Decaux; P.-H. Imbert, Paris 1995, pp.29-39.

#### **III.3.3.1.2.2. Segundo fase: Instrução e tentativa de conciliação**

Depois da Demanda ser admitida pelo Tribunal, este, investiga acerca da veracidade dos factos alegados na denúncia.<sup>204</sup> Esta fase do processo inclui um exame "contraditório" (art.º 38).<sup>205</sup>

Tentativa de conciliação: após o exame contraditório, o Tribunal tenta conseguir uma solução amistosa sobre o assunto (art.º 38). Se se consegue esta solução amistosa, o Tribunal cancelará o assunto do registo de entrada mediante uma resolução (que fará uma mera exposição dos factos e da solução adoptada).

#### **III.3.3.1.2.3. Terceira fase: Decisão sobre a violação, ou não, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos**

A decisão do Tribunal, acerca da existência de uma efectiva violação da CEDH, será comunicada às partes interessadas e ao *Comité de Ministros* (para executar a Sentença). Esta Sentença, em princípio, é definitiva.

Para o exame dos Assuntos que se submetem ao Tribunal, a CEDH prevê a existência de: Comitês (constituídos por três Juizes), Câmaras (constituídas por sete Juizes) e Grandes Câmaras (constituídas por dezassete Juizes, art.º 27). Veremos agora a competência dos órgãos do TEDH em relação a uma demanda.

---

<sup>204</sup> O Estado (denunciante ou denunciado) estará representado pelo seu *Agente*, enquanto que o particular denunciante estará assistido por um "advogado, Procurador, Professor de Direito ou pessoa legalmente qualificada com estatuto similar" (anexo ao reg.int.art.º4,1). Também se pode nomear um *Advogado de Ofício*. Esta assistência é gratuita e pode ser solicitada juntando-se uma declaração com a situação financeira do solicitante, certificada pelas autoridades competentes do seu país. Esta assistência inclui os honorários e despesas de deslocação e alojamento. Todos os gastos são suportados pelo *Conselho de Europa* (art.58 da CEDH). Cfr. DEPRÉ, S., "Assistance Judiciaire", em *La Convention Européenne des Droits de l'Homme. Commentaire Article par Article*, Ed.s: L.-E. Pettiti; E. Decaux; P.-H. Imbert, Paris 1995, pp.73-82.

<sup>205</sup> Cfr. CLÉMENT, J.N., "La audience de palidorie, l'arrêt de la chambre et la saisine de la Grande Chambre", em *La Convention Européenne des Droits de l'Homme. Commentaire Article par Article*, Ed.s: L.-E. Pettiti; E. Decaux; P.-H. Imbert, Paris 1995, pp.83-86.

### III.3.3.1.3. Competência da Câmara

Já vimos que a Demanda é enviada a um Comité (composto por três Juizes) que, com voto unânime, poderá declarar a Demanda admissível ao TEDH (art.º 28). No caso de não ter havido unanimidade no Comité, sobre a admissibilidade, a Demanda será enviada à Câmara. Este órgão pronunciar-se-á, primeiramente sobre a admissibilidade e depois sobre a questão de fundo.<sup>206</sup> Depois de examinar o assunto, a Câmara pronunciará uma Sentença.<sup>207</sup>

Esta Sentença é definitiva: quando as partes declarem que não solicitarão a remissão do assunto à Grande Câmara; tal solicitação não foi realizada nos três meses seguintes a data da Sentença (art.º 44) ou, quando (depois de uma remissão à Grande Câmara), o Colégio de Juizes (vide infra) rejeita a Demanda (art.º 44, al.c).<sup>208</sup>

Reenvio à Grande Câmara: quando o assunto levado à Câmara levanta uma questão grave em relação à interpretação da CEDH (ou dos seus Protocolos adicionais) ou quando a solução dada possa conduzir a uma contradição com outra Sentença anterior, a Câmara antes de pronunciar a Sentença, reenvia o assunto para a Grande Câmara (art.º 30).<sup>209</sup>

---

<sup>206</sup> CLÉMENT, J.N., “La audience de palidorie, l’arrêt de la chambre et la saisine de la Grande Chambre”, em *La Convention Européenne des Droits de l’Homme. Commentaire Article par Article*, Ed.s: L.-E. Pettiti; E. Decaux; P.-H. Imbert, Paris 1995, pp.83-92.

<sup>207</sup> Cfr. SUDRE, F., *Droit International et Européen des Droits de l’Homme*, Paris 1999 (4 ed.), pp.400-401; e ainda, CLÉMENT, J.N., “La audience de plaidorie, l’arrêt de la chambre et la saisine de la Grande Chambre”, em *La Convention Européenne des Droits de l’Homme. Commentaire Article par Article*, Ed.s: L.-E. Pettiti; E. Decaux; P.-H. Imbert, Paris 1995, pp.86-87.

<sup>208</sup> Cfr. SUDRE, F., *Droit International et Européen des Droits de l’Homme*, Paris 1999 (4 ed.), p.404.

<sup>209</sup> Cfr. CLÉMENT, J.N., “La audience de plaidorie, l’arrêt de la chambre et la saisine de la Grande Chambre”, em *La Convention Européenne des Droits de l’Homme. Commentaire Article par Article*, Ed.s: L.-E. Pettiti; E. Decaux; P.-H. Imbert, Paris 1995, pp.88-92.

#### III.3.3.1.4. Competência da Grande Câmara

Já vimos que este órgão será acessível após uma declaração de incompatibilidade por parte da Câmara para examinar a Demanda e também por requerimento de revisão da Sentença da Câmara (art.º 31).

Revisão da Sentença da Câmara: no prazo de três meses após a data da Sentença dada pela Câmara, o Protocolo prevê alguns casos excepcionais, em que se pode requerer o reenvio da Sentença da Câmara à Grande Câmara, de modo a que esta possa ser reexaminada. Neste caso, este requerimento (de reenvio) será submetido a um Colégio de cinco Juizes, que o deverá aceitar sempre que a respectiva Sentença levante uma questão grave relativa à interpretação ou à aplicação da CEDH ou dos seus Protocolos (art.º 43). Em caso de aceitação da Demanda pelo Colégio, a Grande Câmara pronunciar-se-á sobre o assunto através de uma Sentença definitiva.<sup>210</sup>

#### III.3.4. Processo de execução das Sentenças do *Tribunal Europeu dos Direitos Humanos*

As Sentenças do TEDH que constatarem a violação da CEDH são "essencialmente declarativas", segundo a jurisprudência do próprio Tribunal.<sup>211</sup> Assim, corresponde à parte denunciada adoptar as medidas para que cesse a violação produzida.<sup>212</sup> A Convenção (no seu art.º 41) permite que o TEDH estabeleça uma satisfação equitativa à parte vítima da violação da CEDH (ou seus Protocolos Adicionais), nos casos em que o direito interno não permita reparar as consequências da violação. Geralmente, esta

---

210 Acerca desta matéria pode ler-se ainda: DRZEMCZEWSKI, A.; MEYER-LADEWIG, J. , "Principales Caractéristiques Du Nouveau Mécanisme De Controle Établi par la CEDH Suite au Protocole N° 11, Signé Le 11 Mai 1994", *Révue Universalle des Droits de l'Homme*, 1994, p.81; FLAUSS, J. F., "Les modifications récentes du règlement de la Cour européenne des droits de l'homme", *R.T.D.H.*, 1995, p.5; MARGUÉNAUD, J.P., *La Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Paris 1997, pp.22-28.

211 Tal foi confirmado pela famosa Sentença do caso *Marckx* de 13 de Junho de 1979, p.58 (e ainda do caso *Pakelli* de 25 de Abril de 1983, p.45).



satisfação equitativa se traduz na imposição de uma indemnização a cargo do Estado infractor. Apesar de tudo, o TEDH carece de poder de execução ainda que as suas Sentenças tenham um carácter obrigatório e vinculativo (art.º 53).<sup>213</sup> O Estado condenado, deve tomar as medidas convenientes para executar a Sentença do Tribunal e cumprir, assim, o seu compromisso internacional. Deste modo, a execução das Sentenças do TEDH dependem, em parte, da boa vontade dos Estados.<sup>214</sup>

### III.3.4.1. A supervisão do cumprimento das Sentenças do Tribunal

A Convenção Europeia confia ao *Comité de Ministros* a função supervisora do cumprimento da Sentença do Tribunal pelos Estados (art.º 46).<sup>215</sup> Deste modo, a Sentença do TEDH é enviada ao *Comité de Ministros* para que convide o Estado a informá-lo acerca das medidas adoptadas para cumprir a Sentença.<sup>216</sup> Para isso, esse assunto é sucessivamente inscrito na ordem do dia da agenda de trabalhos do *Comité de Ministros*. E isto, até que o Estado em causa informe esse órgão sobre o cumprimento da Sentença e o *Comité de Ministros* possa, então, comprovar que se realizou uma justa satisfação. Nesse momento o Comité pronuncia uma decisão, em forma de Resolução, acerca do cumprimento da respectiva Sentença pelo Estado.<sup>217</sup>

---

<sup>212</sup> Veja-se: SUDRE, F., *Droit International et Européen des Droits de l'Homme*, Paris 1999 (4 ed.), p.407 (“Les effets juridiques”).

<sup>213</sup> Cfr. SUDRE, F., *Droit International et Européen des Droits de l'Homme*, Paris 1999 (4 ed.), p. 415; e ainda, LAMBERT, E., *Les Effets des Arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Bruxelas 1999, pp.249-264.

<sup>214</sup> Cfr. SUDRE, F., *Droit International et Européen des Droits de l'Homme*, Paris 1999 (4 ed.), p.407-409.

<sup>215</sup> Veja-se: SUDRE, F., *Droit International et Européen des Droits de l'Homme*, Paris 1999 (4 ed.), p.411 (“Surveillance de l'exécution de l'arrêt”).

<sup>216</sup> Cfr. SOYER, J.C.; DE SALVIA, M., *Le Recours Individuel Supranational*, Paris 1992, p.222.

<sup>217</sup> Vide as regras elaboradas, em 1972, pelo *Comité de Ministros* em relação à aplicação do art.º 54 da Convenção (alterado pelo 11º Protocolo: actual art.º 46).

### **III.3.4.2. Resultado prático da execução das Sentenças: positiva cooperação dos Estados**

Na prática, os Estados cooperam com os órgãos de Estrasburgo no cumprimento das decisões e dos acordos estabelecidos.<sup>218</sup> No texto da CEDH afirma-se que "As Altas Partes Contratantes comprometem-se a aceitar as Sentenças definitivas do Tribunal nos litígios em que sejam partes" (art.º 46). Esta atitude de cooperação é a que permite a eficácia e o resultado conseguido até hoje com o mecanismo de controlo previsto na Convenção, sem necessidade de recorrer às medidas extremas previstas no Estatuto do *Conselho de Europa*.<sup>219</sup> Além disto, apesar de ser a vontade do Estado que predomina, em última instância, quanto ao cumprimento da Sentença, devemos reconhecer que em matéria de direitos humanos, se impôs a ideia de existência de uma ordem pública europeia que inclui o respeito dos direitos humanos.<sup>220</sup> O próprio reconhecimento de novos Estados (pelo *Conselho de Europa*), está actualmente subordinada ao reconhecimento e garantia dos direitos humanos por esses novos candidatos.<sup>221</sup> Neste contexto, um Estado europeu tem todo o interesse político em executar o cumprimento das Sentenças do TEDH, sob pena de se ver marginalizado pela comunidade internacional e, sem o apoio desta, esse Estado tem o seu futuro político seriamente comprometido.<sup>222</sup>

Podemos, assim, afirmar que os Estados membros do *Conselho de Europa* e a opinião pública europeia tem consciência da transcendência da CEDH como elemento de integração e, tal como afirmou Eissen (que foi, durante vários anos, Secretário do TEDH)

---

<sup>218</sup> Acerca desta matéria, veja-se, p.ex., MARGUÉNAUD, J.P., *La Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Paris 1997, pp.128-135.

<sup>219</sup> Cfr. SOYER, J.C.; DE SALVIA, M., *Le Recours Individuel Supranational*, Paris 1992, pp.222-227

<sup>220</sup> Por exemplo, presente na Organização para a Segurança e Cooperação em Europa (OSCE: organização a que pertencem actualmente todos os Estados do *Conselho de Europa* -mais adiante veremos melhor esta organização). Cfr. SUDRE, F., *Droit International et Européen des Droits de l'Homme*, Paris 1999 (4 ed.), pp.101 e 102.

<sup>221</sup> Hoje em dia, nenhum novo Estado que deseje ser reconhecido como tal pela comunidade internacional, se atreve a invocar o *princípio de soberania* e o de *não ingerência* nos seus assuntos internos, para se furtar ao controlo dos direitos humanos no seu território.

<sup>222</sup> Veja-se acerca desta matéria, p.ex., LAMBERT, E., *Les Effets des Arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Bruxelas 1999, pp.160-186.

"graças a seu peso jurídico e moral, a execução das Sentenças não tem causado problemas".<sup>223</sup> De facto, o respeito pelos compromissos contraídos incluem-se nas obrigações básicas que assumem os Estados membros do *Conselho de Europa* e que inclui a salvaguarda dos direitos humanos como um dos seus fins fundamentais. O incumprimento da Convenção por algum dos Estados membros, pode chegar a provocar a expulsão desse Estado do *Conselho de Europa* e esta possibilidade constitui a "última ratio" da eficácia do correspondente mecanismo de protecção.<sup>224</sup>

Acabámos de estudar como a CEDH estabeleceu um mecanismo de protecção internacional dos direitos humanos que complementa o sistema de protecção de cada Estado membro do *Conselho de Europa*. Em jeito de conclusão, podemos afirmar que esta Convenção contribuiu significativamente para o desenvolvimento do Direito Internacional existente, ao permitir ao indivíduo, organizações não governamentais ou grupo de indivíduos (que se considerem vítimas de uma violação dos seus direitos fundamentais, previstos na CEDH) de denunciar directamente o Estado, sob cuja jurisdição se encontrem, perante os órgãos do sistema de protecção previsto na CEDH. A criação deste sistema regional europeu de protecção dos direitos humanos, no marco geral da Organização das Nações Unidas, conseguiu grande eficácia jurídica graças também ao facto de se aplicar a Estados democráticos que compartilhem uns princípios políticos e uns valores socioculturais similares. De facto, o respeito dos direitos humanos corresponde a um ideal europeu que tem uma longa tradição na cultura europeia (sobretudo nos Estados de Europa ocidental). Por esta razão, o respeito internacional que a Convenção garante é considerado como uma das bases mais sólidas da identidade europeia e constitui-se no seu verdadeiro elemento integrador. O aumento progressivo das Demandas dirigidas ao sistema estabelecido pela Convenção, demonstra a importância da mesma para a eficaz protecção dos direitos humanos em Europa.

---

<sup>223</sup>EISSEN, M-A., *La Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Council of Europe, European Court of Human Rights, Strasbourg 1984, p.25. Veja-se também: MORENILLA, J., *El Convenio Europeo de los Derechos Humanos*, Madrid 1988, pp.75-76.

<sup>224</sup> Cfr. MARGUÉNAUD, J.P., *La Cour européenne des droits de l'homme*, Paris 1997, p.128; e ainda: SOYER, J.C.; DE SALVIA, M., *Le Recours Individuel Supranational*, Paris 1992, 222-227

### **III.4. A Convenção Europeia dos Direitos Humanos e a União Europeia**

#### **III.4.1. A Convenção Europeia dos Direitos Humanos como elemento integrador de Europa**

Pode-se afirmar que o ordenamento europeu sobre direitos humanos está formado por três círculos sobrepostos, segundo o seu âmbito territorial.<sup>225</sup> Por um lado temos o ordenamento criado pela *Conferência sobre a Segurança e Cooperação em Europa*,<sup>226</sup> que compreende a maior parte dos Estados europeus (inclui 53 Estados). Os documentos básicos desta Organização estão incluídos nas Actas finais destas reuniões. Esta, poderia constituir a primeira das circunferências. O segundo ordenamento jurídico europeu (segunda circunferência) poderia consistir no *Conselho de Europa* (que inclui, actualmente, 39 dos Estados europeus). Os seus documentos básicos são constituídos pelo Estatuto do *Conselho de Europa* e pela *Convenção Europeia dos Direitos Humanos* (e a

---

<sup>225</sup> CORRAL, C.; GONZÁLEZ, J., *Código Internacional de Derechos Humanos*, Madrid 1997, p.31; Cfr. acerca desta matéria: CHUECA SANCHO, A., *Los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*, Barcelona 1999 (2ª ed.), pp.241-243

<sup>226</sup>A primeira destas Conferências foi realizada em Helsínquia do qual resultou um documento: "Acta Final de Helsínquia", de 1 de Agosto de 1975. Foram partes deste documento, trinta e cinco Estados que tinham como objectivo buscar elementos comuns de convergência entre os Estados Europeus. Esta Acta é uma declaração de princípios composta por vários documentos. O tema dos direitos humanos, está incluída no ponto n.º 7 do grupo de textos designados "questões relacionadas com a Segurança em Europa". (este texto pode ver-se em C.Corrall..., *o.c.*, p.127). Todos os documentos de clausura das sucessivas conferências realizadas dentro desta organização (*Organização da Segurança e Cooperação em Europa-OSCE*) são importantes e incluem o tema dos direitos humanos. Algumas destas conferências realizaram-se: em Madrid (Novembro de 1980, Setembro de 1983 e Abril de 1991), Viena (Novembro de 1986 e Janeiro de 1989. Nesta última conferência o documento de clausura refere, no seu apartado denominado "Dimensão Humana da CSCE", que é objectivo da CSCE "continuar a progredir no que diz respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais". Este texto pode ser consultado em C.Corrall..., *o.c.*, p.139-140), Paris (Junho de 1989 e Novembro de 1990. No final desta última conferência, foi publicada a chamada "Carta de Paris para uma nova Europa", na qual um dos apartados tem o seguinte epígrafe: "Direitos Humanos, Democracia e Estado de Direito"), Copenhague (Junho de 1990), Bona (Abril de 1991), Berlim (Junho de 1991), Cracóvia (Junho de 1991), Moscovo (Outubro de 1991), Praga (Janeiro de 1992), Helsínquia (Julho de 1992. O documento desta Conferência inclui duas partes: uma Declaração e Decisões, e estabelece a orientação futura desta organização. Fizeram parte desta conferência cinquenta e dois Estados). Todos os textos de clausura, no que se referem aos direitos humanos, podem ser consultados em CORRAL, C.; GONZÁLEZ, J., *Código Internacional de Derechos Humanos*, Madrid 1997, pp.120-160.

*Carta Social Europeia* de 18 de Outubro de 1961)<sup>227</sup>. O terceiro círculo, que é mais reduzido do que os anteriores) poderia ser constituído pela Comunidade Europeia (que inclui, actualmente, 15 Estados europeus). Os seus documentos básicos sobre direitos humanos são constituídos pelas Declarações dos seus órgãos (por ex. as Declarações do Parlamento Europeu de 1977 e 1989) e a Constituição Europeia (Tratado de Maastricht, com as modificações introduzidas pelo Tratado de Amsterdão).

Pouco tempo após a constituição do *Conselho de Europa* (em 1949) e depois de fracassar a tentativa de criação de uma união política e militar e em cujo texto se obrigava a nova *Comunidade Europeia da Defesa* a respeitar as "liberdades públicas e os direitos fundamentais individuais",<sup>228</sup> seis dos Estados fundadores do *Conselho de Europa*,<sup>229</sup> decidiram integrar as suas economias, assinando um Tratado em Paris a 18 de Abril de 1951.<sup>230</sup> Este Tratado constituía a *Comunidade Europeia do Carvão e do Aço* (CECA) e não incluía nenhuma referência ao tema da protecção dos direitos humanos.<sup>231</sup>

Seis anos após a assinatura do Tratado de Paris, foram assinados os Tratados constitutivos da *Comunidade Económica Europeia* (CEE) e da *Comunidade Europeia da Energia Atómica* (CEEA ou também denominada Euratom), que foram assinados em Roma, a 25 de Março de 1957. Estes Tratados pretendiam estabelecer as bases de uma união cada vez mais estreita entre os Estados europeus e, tal como o de Paris, não incluíam nenhuma referência explícita aos direitos humanos.<sup>232</sup>

---

<sup>227</sup>E, ainda, do seu Protocolo de 1988 e a Emenda da Carta de 1991.

<sup>228</sup>A 27 de Maio de 1952 foi assinado o Tratado constitutivo da Comunidade Europeia da Defesa (CED) mas que nunca chegou a entrar em vigor devido a que no dia 30 de Agosto de 1954 esse Tratado não foi aprovado pela Assembleia nacional Francesa. O texto da CED pode consultar-se em Colliard; MANIN, A., *Droit International et Histoire Diplomatique*, T.II, Paris 1970, pp.425-458, citado por CHUECA SANCHO, A., *Los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*, Barcelona 1999 (2ª ed.), pp.7-8.

<sup>229</sup>República Federal de Alemanha, Bélgica, Itália, França, Luxemburgo e Países Baixos

<sup>230</sup>Sobre a Constituição da *União Europeia* (exposta de um modo sintético mas completo) veja-se PINDER, J. *The European Union. A Very Short Introduction*, Oxford 2000, pp.1-15.

<sup>231</sup>PI LLORENS, M., *Los Derechos Fundamentales en el Ordenamiento Comunitario*, Barcelona 1999, pp.17-22 (acerca das origens da protecção dos direitos humanos na UE).

<sup>232</sup>Acerca da escassa transcendência dos direitos humanos na redacção dos Tratados constitutivos (dos anos 50), veja-se: CHUECA SANCHO, A., *Los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*, Barcelona 1999 (2ª ed.), pp.21-23; JACQUÉ, J.P., "Communauté Européenne et le Convention Européenne de Droits de l'Homme", em *La Convention Européenne des Droits de*

Com a entrada em vigor da CEDH, os direitos humanos converteram-se em "pedra angular"<sup>233</sup> da nova Europa. A *Convenção Europeia dos Direitos Humanos*, foi um elemento de integração europeia e foi incorporado ao direito das Comunidades Europeias, hoje, *União Europeia*.<sup>234</sup> De facto, paulatinamente, através dos efeitos das sentenças do Tribunal e das decisões da Comissão e das recomendações da Assembleia Parlamentária e do *Comité de Ministros*, foram-se criando uns denominadores comuns entre os países signatários da Convenção, em questões relacionadas com a protecção dos direitos humanos que foram influenciando e alterando as legislações ou as práticas nacionais em vista a uma maior harmonização entre as mesmas.

Assim, em Europa, a protecção dos direitos humanos era garantida ao nível nacional, pelas disposições constitucionais dos Estados e ao nível supranacional, pelos órgãos instituídos pela CEDH que, dentro dos limites das suas competências, actuavam sobre os ordenamentos jurídicos internos dos Estados membros do *Conselho de Europa*.

Contudo, o problema que se começou a discutir com a actividade da Comunidade Europeia e o "silêncio" dos seus Tratados constitutivos acerca dos direitos humanos, foi o de as instituições comunitárias não estarem sujeitas ao controlo directo do *Tribunal Europeu dos Direitos Humanos* (Tribunal de Estrasburgo).<sup>235</sup> Na verdade, o sistema de protecção previsto na CEDH, refere-se às decisões adoptadas pelas autoridades nacionais não abrangendo as comunitárias. Deste modo, se surgisse alguma violação dos direitos humanos asseguradas pela CEDH (e pelas Constituições dos Estados membros da Comunidade) por parte de uma norma ou acto comunitário, os direitos humanos ficariam sem protecção. De facto, se um acto emanado por um órgão da comunidade (com base no próprio Direito Comunitário) violasse um direito humano previsto na CEDH, só poderia ser impugnado perante o *Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*.<sup>236</sup> Contudo,

---

*l'Homme: commentaire article par article*, Ed.s: L.-E. Pettiti; E. Decaux; P.-H. Imbert, Paris 1999 (2<sup>a</sup> ed.), pp.83-100.

<sup>233</sup> Cfr. LEUPRECHT, P., "La Europa de los Derechos Humanos: Valor universal de una experiencia regional", in *Le Monde Diplomatique*, Febrero-Marzo 1997.

<sup>234</sup> Cfr. MORENILLA, J., *El Convenio Europeo de los Derechos Humanos*, Madrid 1988, p.22.

<sup>235</sup> Cfr. SOYER, J.C.; DE SALVIA, M., *Le Recours Individuel Supranational*, Paris 1992, p.46. Neste apartado designaremos este Tribunal como TEDH ou Tribunal de Estrasburgo.

<sup>236</sup> Também o identificaremos como: TJCE, Tribunal de Luxemburgo ou, simplesmente, Tribunal das Comunidades.

este Tribunal considerava-se incompetente para aplicar um direito que não estava previsto no seu ordenamento jurídico (devido à aplicação dos princípios estruturais do Direito Comunitário que veremos sinteticamente mais adiante), logo esse acto comunitário era impugnável em matéria de direitos humanos não contemplados nos Tratados constitucionais da comunidade.<sup>237</sup>

Este problema começou a ser discutido na Jurisprudência dos Estados membros, sobretudo ao nível dos Tribunais Constitucionais que começaram a pretender ser competentes em matéria comunitária acerca dos direitos humanos.<sup>238</sup> Esta Jurisprudência nacional, que tentavam colmar esta lacuna do ordenamento jurídico comunitário, começou a exercer pressão sobre o Tribunal de Luxemburgo para que definisse uns valores de referência para além do conteúdo essencialmente económico do Direito Comunitário. Com esse objectivo, o Tribunal das Comunidades (TJCE) elaborou uma progressiva jurisprudência acerca do valor dos direitos humanos no ordenamento jurídico comunitário.

#### **III.4.2. Posicionamento da questão dos direitos humanos no âmbito comunitário**

O pilar base do Direito Comunitário é constituído por três princípios: o princípio de autonomia, o princípio do efeito directo e o princípio de supremacia. É evidente que o tema da protecção dos direitos humanos na Comunidade, conecta-se com estes três princípios. Por isso, vamos sinteticamente comentar cada um destes princípios para compreendermos a questão dos direitos humanos no âmbito comunitário.<sup>239</sup>

Segundo o princípio de autonomia, o Direito Comunitário constitui-se num ordenamento jurídico independente de outros ordenamentos. Logo, estamos perante um

---

<sup>237</sup> Cfr. CHUECA SANCHO, A., *Los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*, Barcelona 1999 (2ª ed.), pp.35-43.

<sup>238</sup> Cfr. PI LLORENS, M., *Los Derechos Fundamentales en el Ordenamiento Comunitario*, Barcelona 1999, pp.25-49 (“La influencia de la rebelión de las jurisdicciones Constitucionales estatales”); SALINAS, A., *La protección de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*, Granada 2000, pp.9-58.

<sup>239</sup> PI LLORENS, M., *Los Derechos Fundamentales en el Ordenamiento Comunitario*, Barcelona 1999, pp.74-76.

Direito autónomo, de origem internacional e submetido, por isso mesmo, ao Direito Internacional como os demais ordenamentos jurídicos dos Estados que fazem parte dessa Comunidade. Por este motivo, o Tribunal de Luxemburgo só poderia apreciar os actos dos órgãos da Comunidade, desde uma perspectiva do próprio Direito Comunitário, exigindo uma interpretação e aplicação unitária do mesmo Direito. Este constituía o motivo pelo qual o TJCE não aceitava a invocação de direitos humanos incluídos noutros ordenamentos jurídicos (o Tratado de Roma não incluía os direitos humanos). O princípio do efeito directo aplica-se aquelas normas que possuem a qualidade de impor directamente obrigações e outorgam directamente direitos aos cidadãos dos Estados membros. Em consequência, tais direitos são invocáveis ante os órgãos de Direito interno e ante os órgãos de Direito Comunitário. A primazia do Direito Comunitário implica a prioridade da ordem jurídica Comunitária sobre os ordenamentos jurídicos internos dos Estados membros. O princípio de primazia ficou estabelecido por via jurisprudencial, desde as primeiras sentenças do TJCE: "o direito que emana do Tratado não pode, em razão da sua natureza específica original, ser confrontado judicialmente a um texto interno, qualquer que seja a hierarquia, sem perder o seu carácter de comunitário e sem que se ponha em causa a própria base jurídica da comunidade".<sup>240</sup> Esta sentença é confirmada reiteradamente, referindo-se sempre a estes princípios estruturais do Direito Comunitário.<sup>241</sup> Assim, o ordenamento jurídico comunitário, impedia os juizes nacionais de aplicar uma disposição interna (mesmo de carácter constitucional) que fosse contrária a outra disposição do Direito Comunitário (ou que este não a incluisse no seu ordenamento). As implicações destes princípios em matéria de direitos humanos tinha como consequência que uma protecção insuficiente dos direitos humanos nos Tratados da Comunidade, deixava em aberto a possibilidade de violação desses mesmos direitos (que todos os Estados membros da Comunidade reconheciam constitucionalmente aos seus cidadãos) por um acto comunitário.

Como resultado desta situação de desamparo dos direitos humanos ao nível comunitário, estava também em risco o próprio ordenamento jurídico comunitário ao

---

<sup>240</sup>Sentença de 15 de Julho de 1964, caso 6/64, *Costa/Enel*, rec.1964, p.1160.

<sup>241</sup>Exemplo: sentença de 9 de Março de 1978, caso 106/77, *Simenthal*, Rec.1978, p.629.



começar a ser contestado pelas jurisdições nacionais.<sup>242</sup> De facto, a jurisprudência nacional (sobretudo a da República Federal de Alemanha e Itália) opunham-se à interpretação absoluta do princípio de supremacia e de autonomia do Direito Comunitário, afirmando que o Direito Comunitário deveria estar limitado pelas Constituições nacionais, no âmbito dos direitos humanos.

É evidente que a generalização destas posições afectaria o futuro da integração europeia e levaria ao desmembramento do ordenamento jurídico comunitário. Tornava-se assim necessário e imprescindível que o Tribunal de Luxemburgo resolvesse esta questão.<sup>243</sup>

### **III.4.3. Jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias sobre direitos humanos**

Os autores comunitaristas, distinguem duas fases distintas na jurisprudência do Tribunal em relação a este assunto.<sup>244</sup>

Numa primeira fase, também denominada fase inibicionista,<sup>245</sup> ou etapa passiva,<sup>246</sup> o Tribunal apresenta claramente a sua posição em relação a alguns casos que lhe são apresentados.<sup>247</sup> A Doutrina apresenta classicamente três sentenças do TJCE relativas a esta primeira fase da Jurisprudência do Tribunal. A primeira sentença é

---

<sup>242</sup> Como “una unión aquejada de déficit democrático”: Cfr. CHUECA SANCHO, A., *Los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*, Barcelona 1999 (2ª ed.), pp.43-45.

<sup>243</sup> Cfr. CHUECA SANCHO, A., *Los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*, Barcelona 1999 (2ª ed.), p.76 (acerca “de la superación de la amenaza por la jurisprudencia comunitaria”).

<sup>244</sup> Sobre a evolução jurisprudencial do TJCE em relação aos direitos humanos, cfr., p.ex., PI LLORENS, M., *Los Derechos Fundamentales en el Ordenamiento Comunitario*, Barcelona 1999, pp. 22-25; e ainda, JACQUÉ, J.P., “Communauté Européenne et le Convention Européenne de Droits de l’Homme”, em *La Convention Européenne des Droits de l’Homme: commentaire article par article*, Ed.s: L.-E. Pettiti; E. Decaux; P.-H. Imbert, Paris 1999 (2ª ed.), pp.85-86.

<sup>245</sup> ROBLES MORCHON, G., *Los Derechos Fundamentales en la Comunidad Europea*, Madrid 1988, p.46.

<sup>246</sup> LÓPEZ GARRIDO, D., *Libertades económicas y derechos fundamentales en el sistema comunitario europeo* Madrid 1986, p.12.

originada por uma demanda de um cidadão alemão que pede a anulação de um acto de um órgão comunitário, afirmando que o mesmo viola um direito consagrado na Lei Fundamental alemã (Grundgesetz). Na Sentença deste caso denominado: Caso Stork,<sup>248</sup> o Juiz comunitário afasta radicalmente a pretensão do demandante. O motivo alegado foi o de reconhecer-se incompetente: "segundo o artigo 31 do Tratado, o Tribunal de Justiça garante unicamente o direito em relação à interpretação e aplicação do Tratado". Esta posição está na linha da aplicação do princípio de autonomia e de primazia do Direito Comunitário. Um ano mais tarde, perante um caso similar ao que tinha motivado a Sentença do Caso Stork, outro recorrente invoca o direito constitucional alemão (concretamente o artigo 14 da Grundgesetz, relativo ao direito de propriedade) e o Tribunal volta a confirmar de novo a posição que tinha assumido no caso anterior. Neste caso, denominado: Caso Comptoirs de Vente,<sup>249</sup> o Tribunal volta a afirmar que não lhe corresponde "assegurar o respeito das normas do direito interno em vigor em qualquer dos Estados membros, independentemente de serem de nível constitucional". A terceira sentença desta primeira fase é motivada pelo denominado Caso Sgarlata<sup>250</sup> e no qual, vários cidadãos italianos solicitam ao Tribunal de Luxemburgo a anulação de três Regulamentos da Comissão e da declaração de inaplicabilidade de um Regulamento da Comissão e outro do Conselho. Os recorrentes alegam que segundo o disposto no art.º 189 do Tratado da CEE e do art.º 161 do Tratado da CECA, estas disposições não tinham carácter jurídico de regulamento mas sim de decisão, logo susceptíveis do recurso previsto no art.º 173, 2 do Tratado da CEE. Alegam igualmente que uma interpretação restritiva deste último artigo levaria à privação jurisdiccional dos particulares tanto ao nível do ordenamento comunitário como do ordenamento interno. Isto seria contrário aos

---

<sup>247</sup> veja-se: CHUECA SANCHO, A., *Los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*, Barcelona 1999 (2ª ed.), pp.94-101 ("El Tribunal de justicia protege los derechos fundamentales").

<sup>248</sup> Sentença de 4 Fevereiro de 1959, Caso 1/58, *Friederich Stork et Cie/ Alta Autoridade CECA*, Rec.1959, pp.43-73.

<sup>249</sup> Sentença de 15 de Julho de 1960, Caso 36,37,39/599 e 40/59, *Comptoirs de Vente du Charbon de la Ruhr et Enterprise I. Nold K.G./Haute Autorité de la CECA*, Rec.1960, pp.857-902. A situação deste caso era similar ao da Sentença *Stork*: cidadão alemão invoca Direito Constitucional alemão (concretamente o artigo 14 da "Grundgesetz, relativo ao direito de propriedade) como fundamento de impugnação de um acto de um órgão comunitário.

<sup>250</sup> Sentença de 1 de Abril de 1965, Caso 40/64, *Marcelo Sgarlata e outros/Comissão CEE*, Rec.1965, pp.279-306.

princípios fundamentais comuns a todos os países membros. Na sua sentença, o juiz comunitário, nega a pretensão sem entrar propriamente na questão de fundo, já que se limita a recordar que o Tratado da CEE não permite às pessoas (físicas ou jurídicas) recorrer contra Regulamentos.

Nestas três sentenças mencionadas, estabelece-se claramente a independência do ordenamento jurídico comunitário em relação a outros sistemas. Consequentemente, os Juizes comunitários consideram-se somente competente para aplicar e interpretar as normas deste ordenamento. A posição do Tribunal é clara ao negar validade comunitária, ao direito interno dos Estados membros da Comunidade ficando, assim, os direitos humanos, sem protecção.<sup>251</sup> Para contornar este problema, os Advogados-Gerais dos recorrentes das sentenças referidas, começaram a dirigir a sua defesa com o objectivo de obter uma solução técnico-jurídica com vistas à protecção dos direitos fundamentais: os princípios gerais do Direito. Começa pois a surgir a ideia dos princípios gerais do Direito como instrumento técnico jurídico de protecção dos direitos humanos dentro da ordem jurídica comunitária. Em consequência, o tribunal de Justiça demonstrou progressiva abertura à protecção dos direitos humanos. Assim, a partir de 1969, entra-se numa nova fase jurisprudencial em relação aos direitos humanos. Uma etapa denominada por Robles Morchon de fase proteccionista, na medida em que o Tribunal de Luxemburgo começa a elaborar uma teoria de protecção dos direitos fundamentais baseada nos princípios gerais do Direito Comunitário e nas suas fontes de inspiração.<sup>252</sup> Nesta segunda fase jurisprudencial, vamos apresentar três sentenças, nas quais o tribunal reafirma a primazia do Direito Comunitário mas, acrescenta, que neste também estão incluídos e protegidos os direitos fundamentais. Como se trata de uma etapa importante, dedicaremos mais atenção à sua evolução jurisprudencial.

O Caso Stauder: em Novembro de 1969, o Tribunal de Justiça deu uma sentença que iniciou uma nova etapa, na protecção dos direitos humanos na Comunidade. A

---

<sup>251</sup> Veja-se: CHUECA SANCHO, A., *Los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*, Barcelona 1999 (2ª ed.), pp.88-94 ( “El Tribunal de Justicia no protege los derechos fundamentales hasta 1969”).

<sup>252</sup>Vide ROBLES MORCHÓN, G., *Los Derechos Fundamentales en la Comunidad Europea*, Madrid 1988, p.54.

situação que deu origem à referida sentença foi o denominado Caso Stauder.<sup>253</sup> uma sociedade da República Federal da Alemanha entendeu que uma decisão da Alta Autoridade da CECA, que o prejudicava, deveria ser anulada por violar os preceitos constitucionais da Lei Fundamental de Bonn (concretamente o artigo 1 e 3, relativos à dignidade humana e a discriminação injustificada, respectivamente). Em consequência, interpôs dois recursos (um perante o Tribunal Administrativo de Estugarda, em 22 de Maio de 1969, e, outro, perante o Tribunal Constitucional Alemão<sup>254</sup>). O Tribunal Administrativo, por via do artigo 177 do Tratado da CEE (recurso prejudicial) apela ao Tribunal de Justiça da Comunidade, colocando-lhe a questão da compatibilidade da Decisão da Comissão com os Princípios Gerais do Direito Comunitário. Enquanto o Tribunal decidia, a Comissão deu-se conta de um erro linguístico existente na tradução alemã (e que era a causa da discriminação denunciada) e publicou uma nova decisão com a tradução alemã revisada (desaparecendo, assim, a alegada violação). Contudo, esta decisão do Tribunal foi interessante no que diz respeito aos direitos humanos, na medida em que considerou que "os direitos fundamentais da pessoa" estão compreendidos nos princípios gerais do direito que cabe ao Juiz comunitário garantir e proteger. Assim, a doutrina que inicia esta Sentença estabelece basicamente: que os direitos fundamentais não devem buscar-se em fontes não comunitárias (já que contraria o princípio de autonomia do Direito Comunitário); mas que o Direito Comunitário inclui os direitos fundamentais, já que estes estão incluídos nos princípios gerais do Direito Comunitário; e, por último, que os direitos humanos, ao formarem parte do Direito Comunitário, devem ser protegidos pelo *Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*.

Em conclusão, reconhece-se que os direitos humanos fazem parte do Direito Comunitário e, como tal, são protegidos pelo Tribunal das Comunidades. Deste modo, por

---

<sup>253</sup>Sentença de 12 de Novembro de 1969, caso 29/69, *Erich Stauder/Cidade de Ulm-Sozialamt*, demanda de decisão prejudicial formulada pelo Verwaltungsgericht Stuttgart, Rec.1969, p.425.

<sup>254</sup> Cfr. BOULAIS, J.; CHEVALIER, R.M., *Grands Arrêts de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, T.I, Paris 1983 (3ª ed.).

primeira vez, o TJCE compromete-se formalmente a garantir, na comunidade, os direitos humanos através do recurso aos princípios gerais do direito.<sup>255</sup>

Um ano após a Sentença Stauder, dá-se a uma outra sentença também importante sobre este tema. Trata-se da Sentença Internationale Handelsgesellschaft.<sup>256</sup> Este caso tinha sido motivado por um regulamento comunitário que previa a entrega de uma fiança no momento de solicitação de um certificado de exportação durante a validade do mesmo certificado. Os Demandantes alegaram que esse regime de garantia violava os direitos humanos garantidos pela Lei Fundamental de Bonn.<sup>257</sup> A questão foi apresentada ao Tribunal Administrativo de Frankfurt, que colocou a questão ao TJCE pela via prejudicial prevista no artigo 177 do Tratado da CEE, sobre a validade do referido preceito do Regulamento do Conselho Europeu<sup>258</sup> e o Regulamento da Comissão.<sup>259</sup> O Tribunal Administrativo interrogou o TJCE sobre se ambos preceitos eram conformes ao Direito Comunitário. O Tribunal de Frankfurt recusava-se a admitir a validade das disposições comunitárias alegando que estas deveriam respeitar os direitos fundamentais primários consagrados na Grundgesetz. A Sentença do TJCE foi categórica ao considerar válidas as disposições comunitárias impugnadas. Contudo, a relevância desta Sentença, está no facto do Tribunal aproveitar para abordar as relações entre o Direito Comunitário e o Direito dos Estados membros. Neste ponto, o Tribunal voltou a insistir na linha da sua jurisprudência anterior no sentido em que, contra os actos dos órgãos comunitários, não podem ser invocadas normas ou princípios de Direito nacional. Neste sentido, e uma vez mais, o TJCE deixa bem claro que não é possível invocar os direitos humanos com base na argumentação de que os mesmos estão consagrados constitucionalmente em algum dos

---

<sup>255</sup> Veja-se: CHUECA SANCHO, A., *Los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*, Barcelona 1999 (2ª ed.), pp. 94 ss (“El Tribunal de Justicia sí protege los derechos fundamentales a partir de la Sentencia Stauder”)

<sup>256</sup>TJCE de 17 de Dezembro de 1970, *Sentença Internationale Handelsgesellschaft c/ Einfuhrund/Vorratsstelle für Getreide und fultermittel*, Ass./70, Vol.XVI-2, Rec.1970, pag.1125-1158.

<sup>257</sup> Nomeadamente o artigo 2 e 14 da "Grundgesetz", que se referem ao direito próprio e ao princípio de proporcionalidade e segundo os quais os cidadãos não deviam suportar obrigações maiores do que o necessário para o fim em causa.

<sup>258</sup>Art.12,3 do Regulamento do Conselho 120/67 de 13 de Junho de 1967, Bol. das CE 1967, p.2269.

<sup>259</sup>Regulamento n.º 473/67 de 21 de Agosto de 1967.

Estados membros: "Considerando que o recurso das regras ou noções jurídicas do direito nacional para apreciar a validade dos actos que emanam das instituições comunitárias atentaria contra a unidade e eficácia do direito comunitário; que a validade dos referidos actos não pode apreciar-se mais do que em função do próprio direito comunitário; que, portanto, a invocação de violação seja dos direitos fundamentais formulados pela constituição de um Estado membro, seja dos princípios de uma estrutura constitucional nacional, não pode afectar a validade de um acto da comunidade ou o seu efeito sobre o território deste Estado".<sup>260</sup> Esta posição parece derivar do próprio conceito jurídico de validade: um acto ou norma é válido em determinado sistema se pertence a esse mesmo sistema, se foi emanada por um sujeito competente, dentro da sua competência e de acordo com um procedimento estabelecido. Logicamente um órgão competente para declarar a validade ou invalidez de uma norma só pode atender às normas e princípios do ordenamento jurídico a que pertencem essas normas, logo, neste caso, ao Direito Comunitário. Isto deve-se ao facto de o ordenamento jurídico comunitário estar dotado de um sistema próprio de Fontes de Direito.

Na Sentença Stauder, o Tribunal já tinha afirmado que os direitos humanos estavam incluídos nos princípios gerais do ordenamento jurídico da comunidade. Esta Sentença confirma essa posição de defesa dos direitos humanos na comunidade: "Considerando (...) que efectivamente o respeito dos direitos fundamentais como parte integrante dos princípios gerais do direito que o Tribunal de Justiça garante; que a salvaguarda destes direitos, ao mesmo tempo que se inspira nas tradições constitucionais comuns dos Estados membros deve ser assegurada no marco da estrutura e dos objectivos da comunidade".<sup>261</sup> Segundo alguns autores, parece provável que o Tribunal tivesse utilizado esta expressão "princípios gerais do direito" para ter uma interpretação mais geral e vinculada à consciência jurídica da Europa ocidental, mas que parece ser mais plausível interpretar esta expressão segundo o Caso Stauder, na medida em que os princípios gerais do direito invocáveis ante o Tribunal de Justiça das Comunidades só podem ser os princípios gerais do ordenamento jurídico comunitário, pois como ficou claro na Sentença, o Tribunal não

---

<sup>260</sup>Sentença cit. Caso 11/70, Considerando 3, Rec.1970, p.1135.

<sup>261</sup>Ibidem, Considerando 4, p.1135.

pode aplicar outro princípio que não seja o Direito Comunitário.<sup>262</sup> Esta Sentença afirma que a protecção dos direitos humanos na comunidade devem adaptar-se à estrutura e objectivos da mesma e há-de inspirar-se nas tradições constitucionais comuns dos Estados membros.

Contudo, na Sentença Stauer não se dizia nada a este respeito e por isso dá-se aqui mais um passo: os princípios gerais que exigem o respeito dos direitos fundamentais no Direito Comunitário há-se inspirar-se nas tradições constitucionais dos Estados membros. Assim, uma vez que o TJCE declarou a existência de princípios gerais de Direito Comunitário que impõem o dever de respeitar os direitos fundamentais, o mesmo ver-se-á obrigado a garanti-los.<sup>263</sup> Assim, constatámos como o Tribunal remete ao Direito Comparado para encontrar nela uma "inspiração". Deste modo, nem as Constituições dos Estados membros, nem as suas tradições constitucionais constituem fonte de Direito Comunitário, mas sim "fonte de inspiração".<sup>264</sup>

Desta sentença, parece pois poder concluir-se: <sup>265</sup> que se ratifica a validade da primazia do Direito Comunitário sobre as Constituições nacionais; que se afirma a autonomia do incipiente sistema comunitário de direitos humanos (o Juiz de Luxemburgo declara-se totalmente independente, em relação ao direito constitucional dos Estados membros); que se refere explicitamente às tradições constitucionais comuns aos Estados membros como "fonte de inspiração".<sup>266</sup> Esta referência parece salvaguardar a primazia do Direito Comunitário ao mesmo tempo que torna viável o processo de recepção das garantias reconhecidas pelas Constituições dos Estados membros, aos direitos humanos.

---

<sup>262</sup>Vide, por ex., ROBLES MORCHÓN, G., *Los Derechos Fundamentales en la Comunidad Europea*, Madrid 1988, p.64

<sup>263</sup> Cfr. PI LLORENS, M., *Los Derechos Fundamentales en el Ordenamiento Comunitario*, Barcelona 1999, p.69; Em relação à argumentação do TJCE em matéria dos direitos humanos, veja-se especialmente as pp.62-86.

<sup>264</sup>Veja-se ROBLES MORCHÓN, G., *Los Derechos Fundamentales en la Comunidad Europea*, Madrid 1988, p.66, ao contrário da interpretação de outros autores, como por exemplo, LÓPEZ GARRIDO, D., *Libertades económicas y derechos fundamentales en el sistema comunitario europeo*, Madrid 1986, p.128.

<sup>265</sup> Cfr. BOCCIO VÁZQUEZ, J.M., *Comunidades Europeas y Derechos Humanos*, Madrid 1986, p.28-29

<sup>266</sup> Cfr. CHUECA SANCHO, A., *Los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*, Barcelona 1999 (2ª ed.), pp.96-100 ("La consolidación de la línea en la Sentencia *Handelsgesellschaft*").

A terceira sentença do TJCE desta segunda fase, e também considerada importante pela doutrina, é a designada Sentença Nold.<sup>267</sup> Neste caso, um cidadão alemão alega a violação de um direito fundamental protegido no artigo 14 da Lei Fundamental do seu país. Na respectiva sentença, o TJCE insiste na doutrina de *Internationale Handelsgesellschaft*: "Considerando que, tal como o Tribunal afirmou anteriormente, os direitos fundamentais integram os princípios gerais do direito que ele garante; que salvaguardando estes direitos o Tribunal deve inspirar-se nas tradições constitucionais comuns aos Estados membros"<sup>268</sup> e, seguidamente, estabelece critérios mais concretos para delimitar o âmbito dos direitos fundamentais protegidos pelo Direito comunitário. Assim, acrescenta ao parágrafo anterior: "Portanto, não podem ser admitidas medidas incompatíveis com os direitos fundamentais reconhecidos e garantidos pelas Constituições dos Estados". Além disto, o Tribunal acrescenta ainda (nesta mesma sentença) um novo elemento à sua jurisprudência: "Aqueles Tratados internacionais, em matéria de protecção dos direitos humanos, aos quais tenham cooperado ou aderido, podem também proporcionar indicações que convém ter em conta no marco do Direito Comunitário".<sup>269</sup>

A novidade desta sentença em relação às anteriores, é o facto de se mencionar por primeira vez os Tratados internacionais em matéria de protecção dos direitos humanos, referindo-se em concreto à *Convenção Europeia dos Direitos Humanos*. Por outro lado estabelece-se como critério inspirador da protecção dos direitos fundamentais, as Constituições dos Estados membros. Assim, essas Constituições passam a ser também "fonte de inspiração" para a protecção dos direitos fundamentais na Comunidade. Dando uma interpretação maximalista, parece poder afirmar-se que todo o acto comunitário que viole um direito fundamental reconhecido por qualquer das Constituições dos Estados membros, pode ser anulado.<sup>270</sup> Neste texto encontram-se, pois, os dois critérios enunciados pelo Tribunal para elaborar uma teoria comunitária de protecção dos direitos humanos: reconhecem-se os direitos humanos garantidos nas Constituições dos Estados membros; reconhecem-se os direitos humanos incluídos nos Tratados internacionais

---

<sup>267</sup>Sentença de 14 de Maio de 1974, *J. Nold, Kholen-und Baustoff-grosshandlung c. Comissão das Comunidades Europeias*, Assunto 4/73, Rec. Band XX, 1974, p.491.

<sup>268</sup>Sent. cit., Considerando 13, Rec.1974, p.508.

<sup>269</sup>Ibidem, Considerando 134, p.508.

<sup>270</sup>HILF, M., *The Protection of Fundamental Rights*, Oxford 1976, p.149.



referentes a esta matéria e em cuja elaboração intervieram os Estados membros ou foram objecto da sua adesão.

Esta sentença estabelece, também, claramente os limites dos direitos fundamentais (já não implicitamente "estrutura e fins da comunidade", tal como se referia na Sentença *International Handelgesellschaft*). Assim, explicitamente afirma que aos direitos fundamentais se impõem "limitações provenientes do interesse público" ou "bem comum", a cujo serviço estão os fins da Comunidade".<sup>271</sup> Deste modo, o TJCE, proclama a protecção dos direitos humanos, com os limites próprios da sua adaptação aos fins da comunidade.

A partir desta sentença (Nold) o TJCE introduz, na sua teoria sobre direitos humanos, além das Constituições dos Estados membros, também os Tratados internacionais aos quais esses Estados tenham aderido ou tenham colaborado na sua elaboração. Em conclusão, os Tratados internacionais (assim como as Constituições dos Estados membros) também são consideradas "fonte de inspiração" para o direito comunitário.<sup>272</sup>

Por último, o Caso Rutili: trata de um cidadão italiano (Rutili), residente em França e activista sindical. Devido a incidentes de carácter político foi proibido de residir naquele país pela autoridade competente e com base no art.º 48,3 do Tratado da CEE. Considerando ilegal esta medida, Rutili recorre ao Tribunal Administrativo de Paris que solicita, prejudicialmente, ao Juiz comunitário uma interpretação ao mencionado artigo do Tratado. O Tribunal de Justiça das Comunidades responde: "(...) No seu conjunto, as limitações impostas aos poderes dos Estados membros...apresentam-se como a manifestação específica de um princípio mais geral consagrado nos art.sº 8,9,10 e 11 da *Convenção Europeia dos Direitos Humanos* e das Liberdades Fundamentais, assinado em Roma a 4 de Novembro de 1950, ratificado por todos os Estados membros".<sup>273</sup> Ainda que alguns autores interpretassem este texto do Tribunal como uma consagração da *Convenção Europeia dos Direitos Humanos*, como fonte imediata de legalidade

---

<sup>271</sup> Sent. cit., Rec.1974, p.507.

<sup>272</sup> Cfr. CHUECA SANCHO, A., *Los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*, Barcelona 1999 (2ª ed.), pp.101-104.

<sup>273</sup> Sentença de 28 de Outubro de 1975, caso 35/75, Roland Rutili c. Ministro do Interior, Rec.1975, Considerando 32, p.1232.

comunitária, pensámos, no mesmo sentido que outros autores, que se trata de uma aplicação prática da Sentença Nold, recorrendo o Tribunal aos princípios gerais do direito, buscando uma solução oferecida por acordos internacionais em situações similares.<sup>274</sup> Não obstante, é surpreendente que o Tribunal de Luxemburgo busque, na solução mencionada, uma fórmula tão explícita aos artigos da Convenção, pois o próprio direito positivo comunitário protege o direito invocado por Rutili (direito à liberdade de circulação), logo o Tribunal poderia ter buscado a solução no seu próprio Tratado. Se não o fez, parece poder concluir-se que pretendeu buscar uma "justificação mais global e profunda para o nascente sistema de protecção" da Comunidade.<sup>275</sup>

#### **III.4.3.1. Conclusão acerca das Sentenças**

Com a referência a estas Sentenças limitamo-nos a destacar os aspectos mais essenciais das sentenças do Tribunal de Justiça da Comunidade que abordavam directamente o problema geral da protecção dos direitos fundamentais. Como vimos nas sentenças mencionadas, o TJCE utilizava a fórmula dos princípios gerais do direito para a protecção dos direitos humanos dentro da Comunidade. Isto significava que os direitos humanos não esgotavam toda a extensão dos princípios, sendo estes um conceito mais amplo e englobando os primeiros (os direitos fundamentais). Segundo alguns autores, o Tribunal ao afirmar que os direitos humanos faziam parte do conteúdo dos princípios gerais do Direito Comunitário, não estava a afirmar que esses direitos eram princípios, mas sim que esses princípios existiam no ordenamento comunitário e que exigiam o respeito dos direitos fundamentais.<sup>276</sup> Sabemos que os princípios gerais do direito são regras deonticas (contêm valores) logo, são imperativas, impondo o dever de respeitar determinados direitos, aos quais se atribui a qualidade de direitos humanos. Assim, os direitos humanos comunitários tinham categoria de autênticos direitos subjectivos aos

---

<sup>274</sup>Veja-se, por ex., BOCCIO VAZQUEZ, J.M., *Comunidades Europeas y Derechos Humanos*, Madrid 1986, p.38.

<sup>275</sup>SIMON, D. "L'ordre public et les libertés publiques dans les Communautés européennes: à propos de l'arrêt Rutili", *Rev. du Marché Commun*, nº195, 1976.

<sup>276</sup>Entre outros, por ex., ROBLES MORCHÓN, G., *Los Derechos Fundamentales en la Comunidad Europea*, Madrid 1988, p. 136-137.

quais o TJCE outorgou uma hierarquia especial, fazendo-os derivar do Direito primário não escrito. Os princípios gerais do Direito Comunitário constituem assim, uma das fontes dos direitos fundamentais.<sup>277</sup>

#### **III.4.4. Conclusão acerca da aplicação dos direitos fundamentais na Comunidade (prévia à Carta de Direitos Humanos)**

Em matéria de direitos humanos, o Tribunal da comunidade, tinha-se deparado com uma lacuna nos Tratados constitutivos da mesma, por isso, acudiu aos princípios gerais do Direito comunitário para preencher essa ausência e apelou como "fonte de inspiração" (para a formular os princípios gerais do direito comunitário) às Constituições dos Estados membros e aos Tratados internacionais relativos à protecção dos Direitos Humanos (em cuja elaboração tivessem cooperado os Estados ou tivessem sido signatários dos mesmos). Assim, concluiu-se que as Fontes do Direito Comunitário, em matéria dos direitos humanos, eram os princípios gerais do Direito que o Tribunal obtinha inspirando-se nas Constituições dos Estados membros e nos referidos Tratados internacionais (a jurisprudência do Tribunal de Luxemburgo inspirava-se nessas normas mas era ela própria que elaborava o núcleo gerador desses Princípios Gerais do Direito Comunitário nessa matéria). Segundo a jurisprudência mencionada, parece ser que o Tribunal de Justiça pretendia ser guardião dos Direitos Humanos de acordo com um critério maximalista, assumindo a protecção dos direitos recolhidos nas Constituições e nos instrumentos internacionais. Contudo, tendo sempre em conta a adaptação à Comunidade, isto é, ajustando os direitos humanos às estruturas comunitárias. Assim, o Tribunal não podia perder de vista a contemplação global dos valores que inspiravam a comunidade europeia e que derivavam da sua própria estrutura e objectivos. Estes Direitos Humanos eram, obviamente, limitados pelo interesse geral da Comunidade.

Enfim, poderíamos concluir que em matéria dos Direitos Humanos, o Tribunal de Luxemburgo foi inicialmente "reservado" devido ao facto de a matéria dos direitos humanos não se encontrar incluída nos Tratados. A sua primeira preocupação foi assentar

---

<sup>277</sup> Cfr. CHUECA SANCHO, A., *Los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*, Barcelona

e confirmar o princípio de supremacia do Direito Comunitário sobre o Direito dos Estados membros.<sup>278</sup> Tratou-se de uma atitude preventiva por parte do TJCE que dominou a primeira fase de protecção dos direitos humanos no seio da Comunidade. O conflito entre o TJCE e alguns Tribunais Constitucionais dos países membros (chamando a atenção para o problema da garantia dos direitos humanos na Comunidade) levaram a uma progressiva abertura do Tribunal comunitário à protecção dos direitos humanos. De facto, com uma notória lógica interna, o Tribunal passou a afirmar os direitos humanos como Princípios Gerais do Direito Comunitário, logo, objecto da sua protecção jurisdicional. Assim, no princípio do processo de integração europeia, pensou-se apenas na protecção da liberdade económica. Contudo, a dinâmica da realidade da comunidade demonstrou que não é possível dissociar a integração económica da integração jurídica. Se os fundadores da Comunidade não incluíram na protecção comunitária os direitos humanos, estes penetraram no ordenamento jurídico comunitário através da via jurisprudencial. Deste modo, o TJCE actuou como um verdadeiro motor de integração comunitária.<sup>279</sup> Pode-se mesmo afirmar que a progressiva integração política da Comunidade só era possível sobre a base da protecção dos direitos fundamentais.

---

1999 (2ª ed.), pp.85-87.

<sup>278</sup>O fundamento deste princípio, encontra-se na renúncia de direitos soberanos, por parte dos Estados membros, a favor da Comunidade. Os Estados, ao renunciar exercer o seu poder soberano em determinadas matérias, transferiram para a Comunidade a competência legislativa sobre elas. Por isso, o Direito Comunitário, não é superior ao Direito Interno, mas possui capacidade legislativa autónoma em relação a determinadas matérias. A consequência lógica é que as normas internas não podem opôr-se à aplicação do Direito Comunitário pois tal afectaria a própria base da Comunidade e comprometeria o carácter de ordenamento jurídico, ao Direito Comunitário. Contudo, esse pacto que constitui cada Tratado da comunidade (que implica a renúncia expressa a determinadas competências por parte dos Estados membros) tem que respeitar os valores constitucionais essenciais desses Estados, entre os quais se encontram os direitos humanos. Assim, o Tribunal de Luxemburgo, encarregou-se de explicitar esse património político-jurídico (que nos Tratados vem incluído insuficientemente) através dos Princípios Gerais do Direito.

<sup>279</sup> VANDERSANSEN, G.; ENGLER, B., “Considerations Juridiques relatives à L’elaboration d’une Théorie de L’integration Européenne”, em *Les Communautés en fonctionnement*. Bruxelles

### III.4.5. Defesa dos direitos humanos na Comunidade: três propostas (prévias à Carta Europeia de Direitos Humanos)

Existia um problema de política jurídica que foi objecto de um debate constante na doutrina comunitária: a Comunidade deveria elaborar um catálogo próprio de direitos humanos? A Comunidade deveria subscrever a *Convenção Europeia dos Direitos Humanos*, dentro do marco do Conselho Europeu? Ou dever-se-ia continuar com a mesma solução jurisprudencial?<sup>280</sup>

Apresentaram-se pois, três propostas doutrinárias sobre esta questão: a adesão da Comunidade à CEDH; a elaboração de um catálogo comunitário sobre os direitos humanos e, por último, a continuação da solução jurisprudencial do TJCE.

#### III.4.5.1. Adesão da Comunidade à Convenção Europeia dos Direitos Humanos

A possibilidade de adesão da Comunidade à CEDH, teve uma acolhida muito favorável na década de setenta e oitenta.<sup>281</sup> Contudo, esta é a solução que reuniu mais críticas dentro da doutrina comunitarista.<sup>282</sup> Vários autores, comentaram as dificuldades políticas, jurídicas e técnicas que implicaria esta solução.<sup>283</sup> Na verdade, apesar do

---

1981, p.521 e 530-531, e ainda: ROBLES MORCHON, G., *Los Derechos Fundamentales en la Comunidad Europea*, Madrid 1988, p.148.

<sup>280</sup> Cfr. PI LLORENS, M., *Los Derechos Fundamentales en el Ordenamiento Comunitario*, Barcelona 1999, pp.125-135.

<sup>281</sup> Esta afirmação está contida na denominada "Declaração Comum do Parlamento Europeu e do Conselho e da Comissão sobre os direitos fundamentais", assinada a 5 de Abril de 1977. Este foi um dos documentos mais importantes que iniciou a discussão em estudo. Este texto pode ser consultado em GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; GONZÁLEZ, J.D.; MUÑOZ, S., *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, T.II, Madrid 1986, p.725.

<sup>282</sup> Sobre adesão da União Europeia à CEDH, veja-se, p.ex.: PI LLORENS, M., *Los Derechos Fundamentales en el Ordenamiento Comunitario*, Barcelona 1999, p.141-162; e ainda, SALINAS, A., *La Protección de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*, Granada 2000, pp.106-134.

<sup>283</sup> Por ex., CARRILLO SALCEDO, J.A., "La protección de los Derechos Humanos en las Comunidades Europeas", Cap.XVIII em *Tratado de Derecho Comunitario Europeo* dirigido por García de Enterría, E.; González, J.D.; Muñoz, S., T.II, Madrid 1986, p.24; SPERDUTI, G. "Le Rattachement des Communautés Européennes à la Convention de Rome sur le sauvegarde de droits

Direito Internacional permitir a participação de uma Organização Internacional noutra Organização Internacional, este facto suscitaria algumas dificuldades, sobretudo pela configuração interestadual da Comunidade Internacional. Contudo, a verdadeira dificuldade para a participação da Comunidade para ser membro do *Conselho de Europa* consistiria no facto de o art.º 4 do Estatuto do *Conselho de Europa* prever textualmente que o *Comité de Ministros* possa convidar a formar parte da organização qualquer "Estado Europeu". Ora, como a Comunidade não goza do estatuto de Estado, esta norma teria que ser modificada. Além disto, o facto da própria Comunidade não desejar ser membro do *Conselho de Europa* também seria um obstáculo. Outra dificuldade consistiria na impossibilidade de a Comunidade aceitar um recurso individual, conseqüentemente a CEDH, perderia praticamente o seu sentido, já que a originalidade mais importante do sistema de garantias da CEDH é precisamente o recurso individual.<sup>284</sup> Ora, se a Comunidade não admite o recurso individual a Convenção Europeia perde grande parte do seu valor. Se admite este recurso, então seria necessário que o Direito Comunitário desse aos seus cidadãos, maior acesso ao Tribunal de Justiça da Comunidade.<sup>285</sup> Outro inconveniente seria, também, a probabilidade dos textos da CEDH receberem interpretações distintas do TJCE e do TEDH, o que tornaria confusa a sua aplicação. Em relação a este aspecto, Carrillo Salcedo propunha uma solução matizada: a Comunidade poderia aderir à parte normativa da CEDH (e dos seus Protocolos Adicionais) mas não aderir ao mecanismo de garantia e controlo instituído pela CEDH. Segundo este autor, com esta fórmula as disposições da CEDH passariam a formar parte integrante do

---

de l'homme et des libertés fondamentales," *Revue du Marché Commun*, nº236 (Abril 1980), pp.171-173, entre outros.

<sup>284</sup>Este mecanismo, como já referimos, foi profundamente alterado pelo Protocolo nº 11, que reforça a originalidade do recurso individual que previa a CEDH.

<sup>285</sup>Veja-se art.º 173 do Tratado da Comunidade: "Qualquer pessoa física ou jurídica poderá interpor recurso, nas mesmas condições, contra as decisões das que seja destinatário e contra decisões que, ainda que revistam a forma de um regulamento ou de uma decisão dirigida a outra pessoa, a afectem directa ou individualmente". Com a revisão estabelecida pelo Art.º G 53 do *Tratado da União Europeia* (não alterado pelo *Tratado de Amsterdão* que pode ser consultado em ZUMAQUERO, J.M.; BAZTÁN, J.L., *Textos internacionales de Derechos Humanos*, T.II, Pamplona 1998, pp. 1456-1470); Em: GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; GONZÁLEZ, J.D; MUÑOZ, S., *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, T.II, Madrid 1986, pode consultar-se o *Tratado da Comunidade*, pp.21-62; o artigo citado do *Tratado de Maastricht (Tratado da União Europeia)* está nas pp.23 e ss; O *Tratado Constitutivo da Comunidade* está nas pp.63-141 e o art.º citado encontra-se na p.123.

ordenamento jurídico comunitário, deixando de ser mera "fonte de inspiração" para o Tribunal Comunitário.<sup>286</sup> Contudo, produzir-se-ia um desequilíbrio entre a protecção dos Direitos Humanos reconhecidos pela CEDH, no seio da comunidade e a protecção de direitos que derivam de outra fonte. Porque, em relação a uns direitos humanos, seria possível recorrer ao Tribunal de Luxemburgo e a outros não, por não se incluírem na competência deste último. Outro dos inconvenientes alegados (por este autor) seria a excessiva morosidade dos processos judiciais. O art.26º da Convenção Europeia, exige que o reclamante tenha esgotado os recursos internos oferecidos pelos Estados contra o qual se reclama. Se não forem esgotados os recursos internos a Demanda será inadmitida (art.35 da CEDH). No caso da Comunidade aderir à CEDH, os particulares que reclamem contra comunidade terão que esgotar os recursos internos prévios. Neste caso, o recurso dos particulares ao TJCE seria considerado como recurso interno. Ora, no ordenamento jurídico comunitário as pessoas físicas e jurídicas não gozam de possibilidade geral de impugnar a validade de qualquer acto comunitário.<sup>287</sup> A adesão introduziria uma contradição na natureza jurídica do TJCE na medida em que este seria simultaneamente instância supranacional e jurisdição interna. Sperduti, por sua vez, defende que apenas se deveria admitir uma consulta do Tribunal de Luxemburgo ao Tribunal de Estrasburgo nos casos em que, para resolver um problema Direito Comunitário, o Tribunal de Luxemburgo necessitasse de resolver um problema de interpretação da CEDH.<sup>288</sup>

Outros autores, consideravam que a adesão da Comunidade à CEDH não trairia nenhuma vantagem, do ponto de vista dos direitos protegido, em relação ao que já se alcançou através da jurisprudência do TJCE.<sup>289</sup> De facto, para os que defendiam esta posição, a protecção jurídica dos direitos humanos não se comparava com a amplitude de protecção dos direitos humanos que asseguravam as Constituições dos Estados membros

---

<sup>286</sup> CARRILLO SALCEDO, J.A., "La protección de los Derechos Humanos en las Comunidades Europeas", em *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, dirigido por GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; GONZÁLEZ, J.D.; MUÑOZ, S., T.II, Madrid 1986, p.24.

<sup>287</sup>Veja-se nota anterior.

<sup>288</sup>Vide SPERDUTI, G. "Le Rattachement des Communautés européennes a la Convention de Roma sur le sauvegarde de droits de l'homme et des liberté fondamentales," *Revue du Marché Commun*, nº236 (Abril 1980), pp.171-173 e ainda por LÓPEZ GARRIDO, D., *Libertades Económicas y Derechos Fundamentales en el Sistema Comunitario Europeo*, Madrid 1986, p.171.

da Comunidade. Para estes autores, a jurisprudência elaborada pelo Tribunal de Luxemburgo, permitia afirmar que os direitos reconhecidos na CEDH constituíam apenas parte dos direitos humanos reconhecidos na comunidade. Além disto, referem, o Tribunal citava expressamente a CEDH como uma das fontes de inspiração. Logo, a única vantagem que se poderia alegar acerca da adesão da Comunidade à CEDH seria a ampliação dos mecanismos processuais de protecção dos direitos humanos previstos na Convenção. Contudo, uma vez que era necessário esgotar os mecanismos internos de protecção (segundo o artigo 26 da CEDH) a protecção processual se transformaria numa "complicação processual", tal como já se referiu.<sup>290</sup> Por outro lado, afirmam, a adopção de uma espécie de recurso prejudicial entre o Tribunal de Luxemburgo e o Tribunal de Estrasburgo, pareceria colocar este último em situação de superioridade em relação ao primeiro (o que não agradaria, evidentemente, ao Tribunal de Luxemburgo).<sup>291</sup>

Poder-se-ia ainda afirmar que, por exemplo, no caso de uma possível adesão, as reclamações dirigidas pelos Estados comunitários contra a comunidade, dentro do sistema previsto na CEDH, seriam dificilmente admissíveis (tratar-se-ia do recurso interestadual, previsto no art.24º da Convenção) na medida em que, segundo os Tratados constitutivos da comunidade os Estados membros renunciariam a procedimentos distintos daqueles que estão previsto nos Tratados, de resolver as questões surgidas pela aplicação e interpretação do Direito Comunitário.<sup>292</sup> No entanto, o texto da Convenção prevê exactamente o

---

<sup>289</sup> ROBLES MORCHÓN, G., *Los Derechos Fundamentales en la Comunidad Europea*, Madrid 1988, p. 188.

<sup>290</sup> ROBLES MORCHÓN, G., *Los Derechos Fundamentales en la Comunidad Europea*, Madrid 1988, p.159.

<sup>291</sup> CHUECA SANCHO, A., *Los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*, Barcelona 1999 (2ª ed.), pp.235 ss ("Las relaciones entre los Sistemas del Consejo de Europa y de la Unión Europea: una problemática coexistencia").

<sup>292</sup>Vejam-se os art.ºs 87 da CECA, 219 da CEE (o texto deste artigo pode consultar-se em Eduardo, o.c., p.136) e art.193 da CEEA (*ibidem*, p.204). Por exemplo, o art.º 87 da CECA prevê: "As Altas partes contratantes comprometem-se a não prevalecer-se de Tratados, Convenios ou declarações existentes entre elas com o objectivo de submeter as controversias relativas à interpretação ou aplicação do presente Tratado a um procedimento de solução distinto dos previstos nestes Tratado". Este texto pode consultar-se em GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; GONZÁLEZ, J.D.; MUÑOZ, S., T.II, Madrid 1986, p.169.



mesmo no seu art.º 62. Logo, ambos textos teriam que ser também revisados no que diz respeito a este aspecto.<sup>293</sup>

### III.4.5.2. Continuação da solução jurisprudencial do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias

Esta solução era bem vista por quase toda a doutrina.<sup>294</sup> De facto, para esta maioria, a elaboração de uma teoria dos direitos humanos no âmbito comunitário pelo Tribunal, resultou eficaz para solucionar as situações mais críticas.

Os autores que criticavam a continuidade desta solução, afirmavam que a mesma era deficiente e implicava insegurança jurídica e imprevisibilidade dos direitos humanos que gozavam da protecção da comunidade. Quanto a esta última objecção, respondiam outros,<sup>295</sup> que também em alguns países (por ex., França e Inglaterra) não existia, um catálogo de direitos humanos, apesar de haver tradição democrática da sua defesa e que os princípios gerais do direito também fazem parte do ordenamento jurídico comunitário ao mesmo nível que os Tratados constitucionais, e que "negar isto é não entender que o Direito não se indentifica com a letra impressa".<sup>296</sup> Na verdade, a segurança jurídica baseia-se na aplicação das fontes de Direito claramente estabelecidas e não somente no texto positivo. Quanto à alegação de alguns autores acerca da falta de legitimidade da Comunidade para proteger os direitos humanos, respondiam outros, que essa legitimidade se fundamentava no pacto entre Estados de Direito que de modo nenhum renunciaram à protecção dos direitos humanos. Em consequência, a Comunidade protegeria esses valores que constituíam "a própria razão da sua existência".<sup>297</sup>

---

<sup>293</sup> CHUECA SANCHO, A., *Los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*, Barcelona 1999 (2ª ed.), 243 e 244.

<sup>294</sup> Vide, por ex., Por ex., LÓPEZ GARRIDO, D., *Libertades Económicas y Derechos Fundamentales en el Sisistema Cunitario Europeo*, Madrid 1986.

<sup>295</sup> ROBLES MORCHÓN, G., *Los Derechos Fundamentales en la Comunidad Europea*, Madrid 1988, p.155.

<sup>296</sup> Ibidem.

<sup>297</sup> Ibidem.

Afastada a adesão, alguns dos autores que defendiam esta solução, acrescentavam uma proposta intermédia no sentido de valorar e potenciar os instrumentos já existentes na jurisprudência do Tribunal de Luxemburgo, para a tutela dos direitos humanos. Por exemplo, Capotorti, propõe determinadas adaptações, tais como a previsão de um recurso directo ao Tribunal de Luxemburgo, por parte dos indivíduos, contra um acto comunitário que violasse um direito fundamental. Este autor defendia mesmo, a existência de uma certa coordenação entre o TJCE e o TEDH, quando surgia uma questão que se insertava claramente na matéria regulada pela CEDH, de tipo prejudicial ou consultiva. Outros autores (por exemplo, Morchon) propunham que se ampliassem os mecanismos de defesa processual dentro do Direito Comunitário (mediante a revisão dos Tratados) mantendo, contudo, a solução jurisprudencial em relação à protecção dos direitos humanos. Segundo a proposta de Cohen-Jonathan (afastada a adesão da comunidade à *Convenção Europeia dos Direitos Humanos* pelas dificuldades já apontadas) seria conveniente uma solução intermédia alternativa à adesão: por ex., o recurso prejudicial do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia ao *Tribunal Europeu dos Direitos Humanos* e a possibilidade de que a Comunidade se pudesse defender nos casos em que se impugnasse a validade de uma norma perante os órgãos do sistema do *Conselho de Europa*. Segundo este autor, esta coordenação devia estabelecer-se mediante um acordo entre a Comunidade e o *Conselho de Europa*.<sup>298</sup> Esta solução do recurso prejudicial era também defendido por outros autores, tais como Capotorti, Rottola, Sperduti, entre outros, com peculiares matizes. A tese do recurso prejudicial consistia basicamente em que sempre que se apresentasse (perante o TJCE) uma questão acerca da compatibilidade de um acto comunitário com a CEDH e fosse necessário interpretar o texto da referida Convenção (ou dos seus protocolos) o TJCE deveria dirigir-se ao TEDH com o objectivo de que este interpretasse as correspondentes normas. A interpretação realizada pelo Tribunal de Estrasburgo deveria ser vinculativo para o Tribunal de Luxemburgo, de modo que este tivesse obrigação de anular o acto comunitário contrário à Convenção. Segundo estes autores, esta solução seria vantajosa para os dois sistemas na medida em que o TJCE manteria intacta a sua competência de pronunciar-se de forma definitiva sobre a validade dos actos comunitários. E, por outro lado, ao TEDH corresponderia sempre a interpretação da

---

298 Pode ver-se estas ideias em COHEN-JONATHAN, G., *La Convention Européenne des*

Convenção europeia. Neste contexto, a CEDH sairia também reforçada no âmbito do Direito Comunitário. Esta tese era defendida como a solução mais vantajosa de coordenação entre os dois sistemas de protecção dos direitos humanos no âmbito da Europa, segundo muitos dos autores comunitaristas.

### **III.4.5.3. Elaboração de um catálogo comunitário sobre os direitos humanos<sup>299</sup>**

A Possibilidade de adoptar um catálogo de direitos ao nível comunitário começou a debater-se na segunda metade da década dos anos setenta.<sup>300</sup> Segundo alguns autores, esta seria a melhor solução, pois seria importante para o progresso da integração europeia, contudo, de concretização prática difícil devido às controvérsias relativas à concepção de alguns dos direitos humanos, no interior de cada Estado membro.<sup>301</sup> Esta discrepância, segundo alguns autores levaria este catálogo "a um mínimo denominador comum", além de que o insuficiente grau de integração política existente na Comunidade, também dificultaria a elaboração desse catálogo.<sup>302</sup> Assim, apesar da codificação comunitária dos direitos humanos parecer possibilitar maior segurança jurídica aos cidadãos comunitários em relação aos seus direitos humanos (na medida em que os mesmos ficariam claramente explicitados) parece que tal projecto resultaria muito aquém daquilo que se pretendia. Como já referimos, haveria dificuldade em alcançar um acordo sobre a lista de direitos a incorporar a tal catálogo.<sup>303</sup> Além disto, os autores que criticam esta solução,

---

*Droits de l'Homme*, Paris 1989, pp.140-142.

<sup>299</sup> Acerca desta matéria, veja-se, p.ex., SALINAS, A., *La Protección de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*, Granada 2000, pp.150-171 ("Elaboración de un catálogo propio de derechos fundamentales: opción y realidad).

<sup>300</sup> Cfr. PI LLORENS, M., *Los Derechos Fundamentales en el Ordenamiento Comunitario*, Barcelona 1999, pp.127-128.

<sup>301</sup> Cfr. ROBLES MORCHÓN, G., *Los Derechos Fundamentales en la Comunidad Europea*, Madrid 1988, p.154.

<sup>302</sup> Vide LÓPEZ GARRIDO, D., *Libertades Económicas y Derechos Fundamentales en el Sistema Comunitario Europeo*, Madrid 1986, pp.172-174.

<sup>303</sup> Sobre as suas desvantagens, cfr. PI LLORENS, M., *Los Derechos Fundamentales en el Ordenamiento Comunitario*, Barcelona 1999, pp.130-131.

acrescentam que a Comunidade já possui o seu próprio catálogo de direitos humanos que é justamente aquele que o TJCE reconhece como próprio e que tem como sua fonte de inspiração: as Constituições dos Estados membros e os Tratados internacionais que estes tenham aderido ou em cuja elaboração cooperaram. Dessas fontes de inspiração, o Tribunal de Luxemburgo, extrai os princípios gerais do direito que incluem os direitos humanos cuja protecção garante. Por esta razão, segundo estes autores, não parecia haver necessidade de elaborar um catálogo de direitos humanos, quando o TJCE já elaborava um modelo máximo de direitos humanos, que seria difícil de alcançar com a elaboração de um catálogo.<sup>304</sup>

#### **III.4.6. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia:<sup>305</sup>**

Depois de todos estes debates acerca da aplicação dos direitos humanos fundamentais nos territórios dos países partes da *União Europeia*, foi finalmente decidido elaborar um documento sobre direitos humanos ao nível comunitário: a *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*.<sup>306</sup>

Na cimeira de Colónia, em Junho de 1999, foi lançada a ideia de se iniciarem os trabalhos da compilação de uma Carta sobre os Direitos Fundamentais para dar mais visibilidade à protecção dos direitos humanos na *União Europeia*.<sup>307</sup> Em consequência, na Cimeira europeia extraordinária de Tampere, realizada em 15 e 16 de Outubro foi concretizada uma instância *ad hoc* encarregada de elaborar um projecto da referida

---

<sup>304</sup> Para avaliar as vantagens e motivos (políticos e jurídicos) para a adopção de um catálogo comunitário de direitos humanos, veja-se: PI LLORENS, M., *Los Derechos Fundamentales en el Ordenamiento Comunitario*, Barcelona 1999, pp.128-129.

<sup>305</sup> Acerca desta matéria, pode consultar-se, p.ex., SALINAS, A., *La protección de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*, Granada 2000, pp.169-175.

<sup>306</sup> A partir de agora também designada simplesmente por “Carta”.

<sup>307</sup> “Foi com base num enquadramento jurídico já consagrado e vinculativo que os Chefes de Estado e de Governo chegaram a acordo, no Conselho Europeu de Colónia de 3 e 4 de Junho de 1999, sobre a ideia de que, na fase actual de desenvolvimento da União, era necessário estabelecer uma Carta dos Direitos Fundamentais a fim de afirmar a importância excepcional e o alcance destes direitos de forma visível para todos os cidadãos da União.” *Projecto da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, I*. Consultado: <http://ue.eu.int/DF>

Carta.<sup>308</sup> As conclusões dos Conselhos Europeus de Colónia e Tampere reafirmaram a necessidade de elaborar a Carta dos direitos fundamentais.<sup>309</sup> As reuniões deste organismo foram abertas ao público e os documentos elaborados foram postos à disposição de todos os interessados, em internet, dentro de uma postura de máxima transparência.<sup>310</sup> A 28 de Julho de 2000, surgiu a primeira proposta (texto provisório) da Carta e os trabalhos de redacção terminaram a 26 de Setembro de 2000.<sup>311</sup> Este projecto, era composto por 52 artigos, subdivididos em 7 capítulos e precedidos de um preâmbulo.

Por fim a *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia* foi solenemente proclamada em Niza, a 7 de Dezembro de 2000. O documento final inclui 54 artigos, subdivididos em sete capítulos.<sup>312</sup>

---

308 “Para permitir a elaboração do projecto da carta, o Conselho Europeu decidiu criar uma instância ad hoc composta por representantes provenientes dos diferentes corpos constituídos. A composição desta instância, já esboçada em Colónia, foi precisada no Conselho Europeu de Tampere de 15 e 16 de Outubro de 1999.” *Projecto da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, I*. Consultado: <http://ue.eu.int/DF>.

309 “A defesa dos direitos fundamentais constitui um princípio fundador da *União Europeia* e uma condição imprescindível para a sua legitimidade. O empenho da União no respeito pelos direitos fundamentais foi confirmado e formalizado na jurisprudência do Tribunal de Justiça Europeu. Na presente fase de evolução da União, impõe-se elaborar uma carta dos direitos fundamentais na qual fiquem consignados, com toda a evidência, a importância primordial de tais direitos e o seu alcance para os cidadãos da União. O Conselho Europeu considera que a Carta deverá abranger os direitos em matéria de liberdade e igualdade e os direitos processuais fundamentais, tal como estão garantidos na Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e da Liberdades Fundamentais e como resultam das tradições constitucionais comuns dos Estados-Membros enquanto princípios gerais do direito comunitário.” Veja-se em: “Decisão do Conselho Europeu sobre a elaboração de uma Carta dos Direitos Fundamentais da *União Europeia*”, *Conclusões dos Conselhos Europeus de Colónia –3 e 4 de Junho de 1999- e de Tampere-15 e 16 de Outubro de 1999*, Anexo IV. Consultado em <http://ue.eu.int/DF>.

310 “As linhas gerais dos métodos de trabalho foram fixadas pelas conclusões do Conselho Europeu de Tampere. (...) Um elemento a assinalar nesses métodos diz respeito à transparência dos trabalhos. Com efeito, o Conselho Europeu de tampere estabeleceu o princípio da publicidade dos debates da instância e dos documentos apresentados durante esses debates”. *Projecto da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, I, Métodos de trabalho*. Consultado em: <http://ue.eu.int/DF>. Neste sentido, a partir de 17 de Dezembro de 1999 foi criado um endereço electrónico para ser utilizado pelos cidadãos da *União Europeia* e todos os utilizadores externos: [fundamental.rights@consilium.eu.int](mailto:fundamental.rights@consilium.eu.int); e no dia 26 de Abril de 2000 realizou-se uma das mais importantes audiências com *Organizações Não Governamentais*; As propostas dos cidadãos da União eram pedidas através do Parlamento Europeu (<http://www.europarl.eu.int/charter>) e deveriam ser enviadas à direcção electrónica do Parlamento: [charter@europarl.eu.int](mailto:charter@europarl.eu.int)

311 Cfr. <http://ue.eu.int/DF>

312 Cfr. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias* de 18 de Dezembro de 2000 (2000/C 364/01).

Quanto ao tema que diz respeito mais directamente ao nosso tema (ao direito a casar e fundar família) ressalta-se positivamente no texto da Carta a importância dada ao princípio de subsidiariedade.<sup>313</sup> Contudo, em relação ao tema do matrimónio e família parece dar-se uma certa ambiguidade pelo facto de o texto se referir a um “direito ao matrimónio” e a um “direito à família”.<sup>314</sup>

Vamos agora, salientar apenas alguns dos direitos consagrados na carta e que estão mais directamente relacionados com o tema central deste nosso trabalho. No capítulo primeiro: “Dignidade”, no seu art.1º consagra-se a dignidade de todos os seres humanos.<sup>315</sup> No capítulo segundo: “Liberdades”, no seu art.7º estabelece-se o respeito pela vida privada e familiar. No art.9º ao direito de contrair casamento e de constituir família.<sup>316</sup> Refere ainda este artigo que são as legislações nacionais que regem o respectivo exercício destes direitos. O art.14 diz respeito ao direito dos pais a eleger a educação dos filhos. No capítulo terceiro, art.20º consagra a igualdade de todas as pessoas perante a lei e o art.23 consagra especificamente a igualdade entre as mulheres e os homens.<sup>317</sup> No art.24 (ainda dentro do mesmo capítulo referente à igualdade) garante-se o direito das crianças a relacionar-se com ambos progenitores (salvo se isso for contrário aos seus interesses).<sup>318</sup> O capítulo IV, trata do tema da “Solidariedade” e no art.33 assegura-se a protecção à família ao nível jurídico, económico e social.<sup>319</sup> Por fim, o

---

<sup>313</sup> “A presente Carta reafirma, no respeito pelas atribuições e competências da Comunidade e da União e na observância do princípio da subsidiariedade...”. Preâmbulo da Carta, parágrafo nº5; e ainda “

<sup>314</sup> Veja-se o comentário, em relação a este artigo, de Mons.Atilio Nicora, representante da Conferência Episcopal italiana na *Comissão dos Episcopados da União Europeia* (COMECE): “(...) A redaccion (da Carta) não é completamente satisfatória e seria necessário uma pontualização”. Veja-se: <http://www.zenit.org/>, nº ZS00063001.

<sup>315</sup> “A dignidade do ser humano é inviolável. Deve ser respeitada e protegida”.

<sup>316</sup> “O direito de contrair casamento e o direito de constituir família são garantidos pelas legislações nacionais que regem o respectivo exercício”.

<sup>317</sup> “Deve ser garantida a igualdade entre homens e mulheres em todos os domínios, incluindo em matéria de emprego, trabalho e remuneração. O princípio da igualdade não obsta a que se mantenham ou adoptem medidas que prevejam regalias específicas a favor do sexo sub-representado”.

<sup>318</sup> Art.24 nº 3.

<sup>319</sup> “É assegurada a protecção da família nos planos jurídico, económico e social. (nº1) A fim de poderem conciliar a vida familiar e a vida profissional, todas as pessoas têm direito a protecção

capítulo V dedica-se à “Cidadania” e o VI, designado “Justiça”, trata da administração da justiça na *União Europeia*. O capítulo VII: “Disposições Gerais” reforça de novo o princípio de subsidiariedade<sup>320</sup> (já referido no seu preâmbulo) e confirma a vigência dos direitos consagrados na CEDH no âmbito da *União Europeia*.<sup>321</sup>

Quanto ao tema das relações entre a *Convenção Europeia dos Direitos Humanos* e esta Carta, o texto do preâmbulo da mesma “reafirma...os direitos que decorrem, nomeadamente, das tradições constitucionais e das obrigações internacionais comuns aos Estados-Membros, do Tratado da *União Europeia* e dos Tratados comunitários, da *Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*, das *Cartas Sociais* aprovadas pela Comunidade e pelo *Conselho de Europa*, bem como da jurisprudência do *Tribunal das Comunidades Europeias* e do *Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*”.<sup>322</sup> Além disso, no seu capítulo sete, art.52,3, refere: “Na medida em que a presente Carta contenha direitos correspondentes aos direitos garantidos pela Convenção europeia para a protecção dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais, o sentido e âmbito desses direitos são iguais aos conferidos por essa convenção, a não ser que a presente Carta garanta uma protecção mais extensa ou mais ampla. Esta disposição não obsta a que o direito da União confira uma protecção mais ampla”. Acrescenta ainda no ser art.53: Nenhuma disposição da presente Carta deve ser interpretada no sentido de restringir ou lesar os direitos do Homem e as liberdades fundamentais reconhecidas, nos respectivos âmbitos de aplicação, pelo direito da União, o direito internacional e as convenções internacionais em que são partes a União, a Comunidade ou todos os Estados-Membros, nomeadamente a Convenção europeia para a protecção dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais, bem como pelas Constituições dos Estados-Membros.”

---

contra o despedimento por motivos ligados à maternidade, bem como a uma licença por maternidade paga e uma licença parental pelo nascimento ou adopção de um filho” (nº2).

<sup>320</sup> Veja-se art.51,1 (cujo texto já foi referido).

<sup>321</sup> Veja-se art.s 52,3 e 53 (já anteriormente referidos).

<sup>322</sup> Preâmbulo da Carta, parágrafo nº5.

### III.4.7. Relações entre a protecção dos direitos humanos na Comunidade e no Sistema de Garantias previsto na Convenção Europeia dos Direitos Humanos

Ambos sistemas de protecção, são regionais e coincidem parcialmente no seu âmbito territorial (todos os Estados membros da comunidade, também são partes da CEDH),<sup>323</sup> pessoal (pois os nacionais dos Estados da Comunidade também se beneficiam do sistema do Conselho Europeu) e material (porque ambos sistemas protegem os direitos humanos, com a diferença de que a Comunidade protege de um modo particular os direitos económicos e sociais)<sup>324</sup>. Ao coincidirem no âmbito material, ambos sistemas podem interferir-se mutuamente. O risco destas interferências não é somente teórico, pois já se deram numerosos casos cujas denúncias perante a Comissão Europeia de Direitos Humanos, invocavam o direito comunitário.<sup>325</sup> A Comissão Europeia declarou inadmissíveis essas denúncias. Esta posição da Comissão parece ser o melhor modo de evitar interferências e manter as boas relações entre os dois sistemas (da CEDH e o Comunitário). Contudo, estas relações também podem complicar-se tal como ocorreu com o denominado Caso Caprino,<sup>326</sup> na solução do qual, a Comissão Europeia de Direitos Humanos, aplicou (na sua decisão) o Direito Comunitário sem que tivesse legitimidade

---

<sup>323</sup> Vide por exemplo: "International Instruments Relating to Human Rights. Classification status of ratifications as of 1 January" 1998, *HRLJ*, Vol.19, n.2-4, 31 Agosto 1998, p.123.

<sup>324</sup> Há que chamar a atenção para o facto de haver diferenciação entre os dois sistemas, no sentido em que a protecção dos direitos humanos no sistema do *Conselho de Europa* cabe ao órgão criado unicamente para a protecção dos direitos humanos, o *Tribunal Europeu dos Direitos Humanos* (ainda que também inclua órgãos que exercem competências na área dos direitos humanos mas sem dedicarem-se exclusivamente à mesma, tal como o *Comité de Ministros*, o Secretário Geral do *Conselho de Europa*, Assembleia Parlamentária). Ao contrário, no sistema Comunitário a protecção dos direitos humanos é resultado da Jurisprudência do Tribunal de Justiça, que não tinha competências explícitas para proteger os direitos humanos, tal como já analisámos.

<sup>325</sup> Acerca deste assunto, pode-se consultar: DE SALVIA, M., "La Protezione dei Diritti dell'Uomo nel Quadro della Convenzione Europea e Secondo Il Diritto Comunitario: Interferenze e Problemi di Coordinamento", *Diritto Comunitario e Degli Scambi Internazionali*, 1980, pp.492-494; GHANDI, S., "Interaction Between the Protection of Fundamental Rights in the European Economic Community and Under the European Convention on Human Rights", *Legal Issues of European Integration*, 1981, p.17; CHUECA SANCHO, A., *Los Derechos Fundamentales en la Comunidad Europea*, Barcelona, 1989, pp.355-373.

<sup>326</sup> Uma análise deste caso é elaborado por CHUECA SANCHO, A., *Los Derechos Fundamentales en la Comunidad Europea*, Barcelona, 1989, pp.361-365. Trata-se de uma demanda apresentada por Franco Caprino contra o Reino Unido, cuja decisão da Comissão foi adoptada a 3 de Março de 1978 e cujo texto pode-se ler em *Year Book of the European Convention on Human Rights-Annuaire Européen de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, 1976, pp.285-301.



para tal. A continuidade desse tipo de decisões interfeririam, obviamente, no ordenamento jurídico comunitário, já que os órgãos da CEDH carecem de competência para debruçar-se sobre o direito da Comunidade.<sup>327</sup>

Algumas das decisões do *Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia*, também parecem pôr, por vezes, em causa o delicado equilíbrio entre os dois sistemas europeus de protecção dos direitos humanos. Uma destas sentenças foi a do Caso Kremzow, de 29 de maio de 1997.<sup>328</sup> Tratava-se de uma questão prejudicial colocada pelo Tribunal Supremo Austríaco que solicitava ao TJCE que interpretasse umas determinadas disposições da CEDH e que se pronunciasse sobre o tipo de estatuto que as normas da Convenção Europeia tem no ordenamento jurídico comunitário. O Tribunal austríaco perguntava também se a CEDH fazia parte integrante do Direito Comunitário. Na sua sentença, o Tribunal das Comunidades respondeu que os "direitos fundamentais fazem parte integrante dos princípios gerais do direito cujo cumprimento o Tribunal garante. Para este efeito, o Tribunal inspira-se nas tradições constitucionais comuns aos Estados membros, assim como nas indicações contidas nos instrumentos internacionais que dizem respeito à protecção dos direitos humanos em relação aos quais os Estados membros cooperaram ou aderiram. A Convenção reveste-se, neste sentido, de um significado particular. (...) Daqui se deduz que não serão admitidas na Comunidade, medidas incompatíveis com o respeito dos direitos humanos aí reconhecidos e garantidos".<sup>329</sup> Neste texto, verificámos que a sentença confirma toda a jurisprudência anterior do TJCE sobre a protecção dos direitos humanos na Comunidade, e que já expusemos.<sup>330</sup> Contudo, nesta mesma sentença, o TJCE declara-se incompetente para apreciar a validade de uma norma interna de Áustria, em relação à sua conformidade com a CEDH, devido ao facto de que a norma em causa ser de carácter interno e referir-se a uma situação sem relevância no âmbito comunitário.

---

<sup>327</sup> Cfr. CHUECA SANCHO, A., *Los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*, Barcelona 1999 (2ª ed.), pp.251-260.

<sup>328</sup> *F. Kremzow c. Republik Österreich*, TJCE de 29.5.1997, Caso C-299/95, Rec. I-2629.

<sup>329</sup> Sentença cit. (§ 14)

<sup>330</sup> Cfr. CHUECA SANCHO, A., *Los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*, Barcelona 1999 (2ª ed.), p.272 ("La Convención de Roma reviste un significado particular para el Tribunal de Justicia"); p.273 ("El sistema de la UE no puede admitir medidas incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos y garantizados por la Convención"). Veja-se também o tema das relações inter Sistemas da CEDH e UE, na mesma obra deste autor: pp.239-269.

Ora, a interpretação a contrario desta decisão parece afirmar que o TJCE se considera com legitimidade para interpretar a CEDH, caso a norma em litígio se encontre dentro do âmbito do direito comunitário.<sup>331</sup> É evidente que se o TJCE insistisse nesta posição, o Tribunal de Estrasburgo passaria a desempenhar um papel cada vez mais marginal para os Estados da Comunidade. Assim, poderíamos afirmar que a Sentença Kremzow, foi para além da atitude tradicional do TJCE (que entende que a CEDH consiste numa fonte de inspiração e não num "auxiliar de legitimação"<sup>332</sup>). Expusemos esta Sentença Kremzow para demonstrar que a Jurisprudência do TJCE por vezes, pode complicar as relações entre as duas jurisprudências europeias e provocar conflitos. Actualmente pode-se afirmar que os conflitos de jurisprudência entre o TJCE e os órgãos da Convenção foram apenas "incidentes de percurso".<sup>333</sup> Até à entrada em vigor da *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, a tendência geral era a da progressiva aplicação material da CEDH pelo Juiz comunitário, tal como o demonstra as posições tomadas em sentenças do Tribunal de Luxemburgo.<sup>334</sup> Por outro lado, os próprios órgãos do sistema previsto na CEDH, parecem terem assimilado perfeitamente as características peculiares da ordem jurídica comunitária.<sup>335</sup>

A modo de conclusão podemos sintetizar que até à entrada em vigor da Carta do Direitos Fundamentais da *União Europeia* (solenemente proclamada em Nice a 7 de Dezembro de 2000) os direitos humanos eram protegidos na *União Europeia* através: dos princípios gerais do direito que constituíam o veículo mediante o qual o órgão judicial

---

<sup>331</sup>O Tribunal já tinha tomado atitudes similares em Sentenças como: *ERT*, TJCE, 18.6.1991, Caso 260/89, Rec. I-2925, ponto 42; *Grogan*, TJCE, 4.10.1991, C-159/90, Rec.4685, ponto 31, entre outras.

<sup>332</sup>Esta expressão é de I. Pernice, citado por DAUSES, M.A., "La Protection des Droits Fundamentaux dans l'Ordre Juridique Communauté", *Rev.Trimest. de Droit Européen*, 1984, p.405.

<sup>333</sup>AKANDJI-KOMBÉ, J.F., "Jurisprudence Communautaire Récente En Matière De Droits Fondamentaux", 1ere décembre 1996-30 novembre 1997", *Cahiers de Droit Européen*, 1998, nºs.3-4, p.368.

<sup>334</sup>Exemplo: *familiapress* de 26.6.1997, Caso C-368/95, Rec. I-3689 e Caso C-74/95 e C-129/95, Rec. I-6609.

<sup>335</sup>Ver as Decisões do TEDH de 18.2.1991, *Moustaquim c. Bélgica*, Série A, Vol.193; Comissão Europeia de Direitos Humanos; Relatório de 21.2.1995; TEDH, 27.4.1995 *Piermont c. França*.

introduzia os direitos humanos no ordenamento comunitário.<sup>336</sup> A protecção dos direitos humanos no âmbito comunitário, continuou a desenvolver-se progressivamente sob o impulso da jurisprudência do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia. Esta situação manteve-se, mesmo depois de ter entrado em vigor o Tratado de Amsterdão<sup>337</sup> e até à aprovação da *Carta do Direitos Fundamentais da União Europeia*. Como referimos anteriormente, a Carta relaciona expressamente as suas disposições com os direitos garantidos pela CEDH.<sup>338</sup>

#### **III.4.8. Declarações institucionais da Comunidade acerca das relações entre o sistema comunitário e o sistema previsto na Convenção Europeia dos Direitos Humanos, sobre a protecção dos direitos humanos**

As instituições políticas da Comunidade apoiaram, em várias declarações e compromissos, a ideia da protecção dos direitos humanos no ordenamento jurídico comunitário.<sup>339</sup> Sem pretender ser exaustivos, apresentaremos esquematicamente algumas dessas declarações e textos institucionais, mais relevantes, sobre a protecção dos direitos humanos.<sup>340</sup>

---

<sup>336</sup> O TJCE "inspira-se" em duas fontes: os sistemas constitucionais dos Estados membros e os instrumentos internacionais cujos Estados participaram na elaboração ou aderiram.

<sup>337</sup> Assinado em 2 de Outubro de 1997 (Doc. CONF 4007/97), que entrou em vigor em Maio de 1999, após a ratificação por todos os quinze Estados membros da *União Europeia* (Internet:<<http://europa.eu.int/abc/obj/amst/es>>). Este Tratado inclui uma expressa referência aos direitos humanos (art.7 do novo Tratado da UE). Cfr. CHUECA SANCHO, A., *Los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*, Barcelona 1999 (2ª ed.), pp.37 e 38; e ainda, PI LLORENS, M., *Los Derechos Fundamentales en el Ordenamiento Comunitario*, Barcelona 1999, pp.134-141.

<sup>338</sup> Cfr. Preâmbulo e artigos 52 e 53 da Carta (já anteriormente transcritos). Para um estudo sobre o problema da aplicação dos Direitos Humanos na Europa, veja-se: ALSTON, P., *The EU and Human Rights*, Oxford 1999 (em especial, o artigo de Alston, P. Weiler, J.H., "An Ever Closer Union in Need of a Human Rights Policy: The European Union an Human Rights", pp.3-69).

<sup>339</sup> Cfr. PI LLORENS, M., *Los Derechos Fundamentales en el Ordenamiento Comunitario*, Barcelona 1999, p.141.

<sup>340</sup> ROBLES MORCHÓN, G., *Los Derechos Fundamentales en la Comunidad Europea*, Madrid 1988, p.147-159; LÓPEZ GARRIDO, D., *Libertades Económicas y Derechos Fundamentales en el Sistema Comunitario Europeo*, Madrid 1986, pp.148-174; LOPEZ-MEDEL, M., *Derechos y Libertades en la Europa Comunitaria*, Madrid 1992, pp.61-110; VERDE, J., *Derechos Humanos y las Comunidades Europeas*, Madrid 1989, pp.41-67.

A resolução do Parlamento Europeu de 4 de Abril de 1973, inicia uma série de documentos deste órgão que demonstram a sua preocupação pela protecção dos direitos humanos no âmbito comunitário.<sup>341</sup> Após esta resolução, seguem-se numerosas intervenções das instituições comunitárias, entre as quais chamámos particularmente a atenção para o Memorandum adoptado pela Comissão a 4 de Abril de 1979, sobre a Adesão das Comunidades Europeias à *Convenção sobre a Protecção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais*. Neste documento a Comissão, defendendo a adesão, expõe, com desenvolvimento, os argumentos a favor e contra esta solução.<sup>342</sup> O Parlamento Europeu, também tentou elaborar um texto próprio da Comunidade sobre esse tema e adoptou em 12 de Abril de 1989 uma declaração sobre os direitos e liberdades fundamentais que inclui vinte e oito artigos nos quais se recolhem os princípios básicos de "uma comunidade de direito baseada no respeito da dignidade humana e dos direitos fundamentais".<sup>343</sup>

Da última década do Séc.XX, destacamos os seguintes documentos:

A ideia de uma adesão da Comunidade à CEDH, foi colocada formalmente através de uma Comunicação da Comissão de 19 de Novembro de 1990, intitulada "A Adesão da Comunidade à Convenção Europeia para a protecção dos Direitos Humanos e da Liberdades Fundamentais, assim como a alguns dos seus Protocolos Adicionais".<sup>344</sup> Destacámos ainda a resolução do Conselho e dos Estados membros, elaborada no seio do Conselho, sobre Direitos Humanos, Democracia e Desenvolvimento, de 28 de Novembro de 1991;<sup>345</sup> a resolução do Parlamento Europeu de 18 de Janeiro de 1994, sobre a adesão

---

<sup>341</sup>Diário Oficial das Comunidades Europeias (DOCE) C 26, 1973, p.7 e ss.

<sup>342</sup>Pode consultar-se este texto em GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; GONZÁLEZ, J.D; MUÑOZ, S., *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, T.II, Madrid 1986, pp.725-740.

<sup>343</sup>Preâmbulo 1. Este texto pode ser consultado em GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; GONZÁLEZ, J.D; MUÑOZ, S., *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, T.II, Madrid 1986, p.740: "Declaración del Parlamento Europeo de los derechos y libertades fundamentales", DOCE C 120, de 16 de Maio de 1989, pp.52-57.

<sup>344</sup>Este texto pode ser consultado em GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; GONZÁLEZ, J.D; MUÑOZ, S., *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, T.II, Madrid 1986, pp.745-749.

<sup>345</sup>Este texto pode ser consultado em GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; GONZÁLEZ, J.D; MUÑOZ, S., *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, T.II, Madrid 1986, pp.750-751.

da Comunidade à CEDH.<sup>346</sup> Projecto de Constituição Europeia de 14 de Fevereiro de 1994, Título VIII, elaborado pelo Parlamento Europeu e que refere os direitos humanos garantidos pela União. Por último chamámos a atenção para o Parecer 2/94 do TJCE de 28 de Março de 1996, acerca da "Adesão da Comunidade à Convenção para a protecção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais", por solicitação do Conselho Europeu ao TJCE.<sup>347</sup>

#### **III.4.8.1. Tratado da União Europeia - Tratado de Maastricht<sup>348</sup>**

Este documento foi assinado em Maastricht a 7 de Fevereiro de 1992. No seu art.º F §2 previa-se: "A União respeitará os direitos fundamentais tal como se garantem na *Convenção Europeia dos Direitos Humanos* e das Liberdades Fundamentais, assinado em Roma a 4 de Novembro de 1950, e tal como resulta das tradições constitucionais comuns aos Estados membros como princípios gerais do direito comunitário".<sup>349</sup> Este texto reforça a linha jurisprudencial tradicional do TJCE, reafirmando que a CEDH também se aplicava na ordem jurídica comunitária através do recurso aos Princípios Gerais do Direito.<sup>350</sup>

#### **III.4.8.2. Tratado de Amsterdão**

---

<sup>346</sup>Este texto pode ser consultado DO n.C 44 de 14.2.94, p.32.

<sup>347</sup>Este texto pode ser consultado em GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; GONZÁLEZ, J.D; MUÑOZ, S., *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, T.II, Madrid 1986, pp.760-773.

<sup>348</sup> Sobre esta matéria, consulte-se, por ex., LÓPEZ GARRIDO, D., *El Tratado de Maastricht*, Madrid 1992 (4ª ed.); e ainda, MASCLET, J.C., *Les Grands Arrêts des Droits Communauté*, Paris 1995, pp.119 e ss.

<sup>349</sup> Alterado pelo art.6 do Tratado de Amsterdão: "El TUE: un nuevo paso en la protección de los derechos fundamentales, el pilar comunitario": SALINAS, A., *La Protección de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*, Granada 2000, pp. 176-230.

<sup>350</sup>B.O.E. nº138, Suplemento de 10 de Junho de 1994; GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; GONZÁLEZ, J.D; MUÑOZ, S., *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, T.II, Madrid 1986, pp.21-62.

O *Tratado de Amsterdão* foi assinado a 2 de Outubro de 1997 e introduziu algumas alterações ao *Tratado da União Europeia (Tratado de Maastricht)*.<sup>351</sup> Também este Tratado confirma, sem qualquer ambiguidade, a existência de princípios já reconhecidos pela jurisprudência tradicional do Tribunal de Luxemburgo, cujo valor jurídico está já consagrado.<sup>352</sup> No seu preâmbulo, consagra "Confirmando a sua adesão aos princípios de liberdade, democracia e respeito dos direitos humanos e das liberdades fundamentais e do Estado de Direito." E no seu art.º 6 (ex-artigo F): A União assenta nos princípios da liberdade, democracia, respeito dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, bem como do Estado de Direito, princípios que são comuns aos Estados membros (n.1.). A União respeitará os direitos fundamentais tal como se garantem na *Convenção Europeia dos Direitos e das Liberdades Fundamentais*, assinado em Roma a 4 de Novembro de 1950, e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados membros enquanto princípios gerais do direito" (n.2).<sup>353</sup> O *Tratado de Amsterdão* introduziu também no artigo 7º (ex artigo F1) uma disposição que prevê que "O Conselho, reunido a nível de Chefes de Estado ou de Governo e deliberando por unanimidade, sob proposta de um terço dos Estados-Membros, ou da Comissão, e após parecer favorável do Parlamento Europeu, pode verificar a existência de uma violação grave e persistente, por parte de um Estado-Membro, de algum dos princípios enunciados".

Desta série de documentos podemos concluir que, paralelamente à elaboração jurisprudencial do Tribunal de Luxemburgo acerca da protecção dos direitos humanos no âmbito do ordenamento jurídico comunitário, as instituições comunitárias também

---

<sup>351</sup> Doc. CONF 4007/97. As alterações correspondentes ao tema dos direitos humanos, pode ver-se em: GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; GONZÁLEZ, J.D; MUÑOZ, S., *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, T.II, Madrid 1986. Inclui as últimas alterações introduzidas ao Tratado Constitutivo da Comunidade Europeia assinado em Roma a 25 de Março de 1957. A propósito deste assunto, adiantámos que a 12 de Dezembro de 2003, o Conselho Europeu (UE) reunir-se-á em Roma. Estarão presentes 25 Estados Europeus (os 15 membros da UE, actuais e os 10 novos sócios) que assinarão o Tratado Constitucional da UE que substitui o de Nice e que inclui, por primeira vez na história da UE, uma "Carta Magna" (46 anos após a fundação do Mercado Comum Europeu). Os 10 novos sócios são: Estónia, Letónia, Lituânia, Polónia, Eslováquia, Eslovénia, Rep.Checa, Hungria (todos estes se prevê que entrarão no ano 2004), România e Bulgária (com adesão prevista para 2008).

<sup>352</sup> Acerca deste assunto, pode ler-se o artigo elaborado por FAVRET, J.-M., "Le Traité D'Amsterdam", *Cahiers de Droit Européen*, 1997, n.5-6, p.555 e ss.

<sup>353</sup> Estes textos podem ser consultados ZUMAQUERO, J.M.; BAZTÁN, J.L., *Textos internacionales de Derechos Humanos*, T.II, Pamplona 1998, T.II, p.1359

tomaram posição acerca do assunto, transmitindo-as através de numerosos documentos, alguns dos quais, aqui mencionados. Estes, pressionaram, apoiaram e impulsionaram o Tribunal de Luxemburgo a elaborar uma teoria comunitária acerca da protecção dos direitos humanos e a Carta Europeia dos DH.<sup>354</sup>

Com a breve referência a estes documentos, pretendemos apenas demonstrar o significado político que na Comunidade alcança o tema da protecção dos direitos humanos e a sua relação com a progressiva integração europeia: “Hoje já ninguém discute a necessidade de protecção dos direitos fundamentais na Comunidade, e o seu inegável efeito integrador”.<sup>355</sup>

Depois de tudo o anteriormente referido, parece podermos afirmar que os direitos humanos previstos na Convenção estão reconhecidos ao nível europeu por vários instrumentos de protecção. Ao serem violados, a protecção que lhe permite o mecanismo de defesa previsto na Convenção, pode ser activado por um simples cidadão de um Estado europeu parte destes organismos internacionais, através do correspondente procedimento.

O estudo das relações entre a Convenção e a Comunidade, levam a concluir que a *União Europeia* só é possível com base nos direitos humanos que é, sem dúvida, o seu principal factor de coesão e de integração progressiva.<sup>356</sup>

---

<sup>354</sup> Cfr. PI LLORENS, M., *Los Derechos Fundamentales en el Ordenamiento Comunitario*, Barcelona 1999, pp.134-141; e ainda, SALINAS, A., *La Protección de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*, Granada 2000, p.149-150.

<sup>355</sup> ZUMAQUERO, J.M.; BAZTÁN, J.L., *Textos Internacionales de Derechos Humanos*, T.II, Pamplona 1998, p.153 (a tradução é nossa).

<sup>356</sup> “O respeito dos direitos fundamentais é um dos princípios fundadores da *União Europeia* e uma condição indispensável para a sua legitimidade. Esta realidade está já expressa no Tratado da *União Europeia* (TUE)...nº1 do art.6...nº2...art.7. (...) Acrescente-se ainda que o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias confirmou e definiu na sua jurisprudência a obrigação da União respeitar os direitos fundamentais”. *Projecto da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, I, Os Tratados*. Consultado: <http://ue.eu.int/DF>.





---

---

**SEGUNDO CAPÍTULO:**

**CONTEÚDO DO DIREITO CONSAGRADO  
NO ART.12º DA CONVENÇÃO EUROPEIA DOS  
DIREITOS HUMANOS**

---

---

**I. ANTECEDENTES DA ELABORAÇÃO DO ART.12º  
DA CEDH**

**I.1. O art.16º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (10 de Dezembro  
de 1948)**

No primeiro Projecto da Convenção, estava bem explícito que o seu conteúdo se inspiraria directamente na *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, aprovada pela Assembleia das Nações Unidas em Dezembro de 1948. Assim, o refere expressamente o relator do Projecto, Teitgen, quando o apresenta à Assembleia Consultiva do *Conselho de Europa* (na sua primeira Reunião Plenária, em Agosto de 1949): A Comissão, "considera conveniente (desejando coordenar a acção do *Conselho de Europa* e das Nações Unidas,

assim como pela autoridade moral e o valor técnico do documento em questão)<sup>357</sup> utilizar, tanto quanto for possível, as definições incluídas na *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, aprovada em 10 de Dezembro de 1948, pela Assembleia Geral das Nações Unidas remetendo o máximo possível a esse documento".<sup>358</sup> Neste contexto, o §10 do art.º2 do mencionado Projecto referia: O direito a casar e fundar uma família, conforme o art.º 16 da Declaração Universal das Nações Unidas. Deste modo, uma vez que a DUDH é o texto inspirador da *Convenção Europeia dos Direitos Humanos*, vamos dar um especial relevo ao seu artigo sobre o matrimónio e a família e ao seu processo de elaboração no seio das Nações Unidas.

Texto do artigo 16:

1. Todos os homens e mulheres, a partir da idade núbil, tem direito, sem restrição alguma por motivos de raça, nacionalidade ou religião, a casar-se e fundar uma família e desfrutarão de iguais direitos tanto quanto ao matrimónio, durante o matrimónio e em caso de dissolução do matrimónio.

2. Só mediante o livre e pleno consentimento dos futuros esposos poderá contrair-se o matrimónio.

3. A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e tem direito à protecção da sociedade e do Estado.

Este artigo é composto por três parágrafos. O primeiro, apresenta vários elementos: a capacidade física (e psíquica) para contrair matrimónio, o direito a casar-se sem qualquer tipo de discriminação, a igualdade de direitos entre as mulheres e os homens no que diz respeito ao matrimónio e à sua dissolução. O segundo parágrafo assegura a liberdade e pleno consentimento dos cônjuges (condicionando, assim, a validade do matrimónio) e, por último, a terceira parte deste artigo dedica-se à família, consequência do nº1, isto é, ao direito a casar e fundar uma família. No seu texto se afirma o carácter natural da família e o seu estatuto fundamental na sociedade e, em consequência, reconhece-se o direito da família à protecção da sociedade e do Estado. Passámos a expor

---

<sup>357</sup>Refere-se à Declaração Universal da ONU.

<sup>358</sup>Preâmbulo do Relatório Teitgen, §6 (vide: *Conselho de Europa, Recueil des Travaux Préparatoires de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, La Haye 1975, Vol.1, p.267).

muito sucintamente as propostas mais significativas em relação à elaboração dos elementos do artigo 16.<sup>359</sup>

As propostas e objecções são realizados com base no texto do anteprojecto apresentado pelo Secretariado. O anteprojecto elaborado por este Secretariado teve por base uma observação formulada pela delegação Belga à Comissão dos Direitos Humanos (na sua primeira sessão) e que exprimia o desejo de que se incluísse na Declaração o "direito a casar, de fundar um lar e de ter filhos"<sup>360</sup> No mesmo sentido, foi apresentado um projecto de Declaração por parte do Comité Jurídico Interamericano que mencionava também os direitos familiares.<sup>361</sup> Além disto, a Comissão dos Direitos Humanos, constatou, também, que existiam quatro Constituições de Estados Membros da ONU que previam este direito.<sup>362</sup> Neste contexto, o Secretariado redigiu o seguinte no seu anteprojecto o artigo 17, cujo texto proposto era o seguinte:

1. Todo o indivíduo tem direito a contrair matrimónio conforme as leis.<sup>363</sup>

a) acerca da capacidade para casar: tendo por base o texto referido do anteprojecto, a delegação do Reino Unido pede que se acrescente o seguinte: "não se contrairá nenhum matrimónio...antes da idade da puberdade". Por sua vez, França propõe: "o homem e a mulher em idade núbil tem direito a casar-se". Nenhuma delegação governamental se opõe a esta última proposta, que é aceite.

---

<sup>359</sup> Cfr. *Annuaire des Droits de l'Homme pour 1947. Nations Unies*, New York 1949, pp.435-543; *Preparatory Study Concerning a Draft Declaration on The Rights and Duties of States. Memorandum by the Secretary General of the UN*, London 1949; GREEN, *The UN and Human Rights*, Washington 1956; HENDRICK, J.P. *An International Bill of Human Rights*, Washington 1948; ROBINSON, N., *Universal Declaration on Human Rights. It's Origins, Significance and Interpretation*, New York 1958 (2 ed.); UNESCO, *La Declaration Universelle des Droits de l'Homme. Documentation et Conseils Pédagogique* (1953); "Searching Study of Human Rights Declaration; Clause by Clause Debate on Commission's Draft", *UN Bulletin*, Nov.1, 1948, pp.858-861; VELU, J.; ERGEC, R., *La Convención Européen des Droits de l'Homme*, Bruxelas 1990 (obra bastante completa acerca desta matéria).

<sup>360</sup> E/CN.4/SR.13, p.E.82. Cfr. VERDOOT, A., *Declaración de los Derechos Humanos*, Bilbao 1969, p.162.

<sup>361</sup> Cfr. Art.10 §1 e 2.

<sup>362</sup> Constituição Belga (art.16); Cubana (art.43); Nicaraguense (art.78) e Panamea (art.56). Cfr. VERDOOT, A., *Declaración de los Derechos Humanos*, Bilbao 1969, p.162.

<sup>363</sup> Documento da primeira sessão do *Comité de Redacção da Comissão dos Direitos Humanos* (E/C.4/AC.1/3/ad.1, pp.105-106). *Annuaire des Droits de l'Homme pour 1947. Nations Unies*, New York 1949, pp.506-537.

Constata-se nestas propostas, uma preocupação em estabelecer um limite ao "direito a casar" em razão da natureza da instituição matrimonial. A "medida" da maturidade proporcional ao matrimónio, estabelecendo-se como critério a maturidade física mínima para tal "a idade da puberdade", que em princípio corresponderá a uma maturidade psicológica capaz de entender o significado do matrimónio e eleger livremente o cônjuge. Todas as delegações presentes estavam de acordo com a estipulação de um limite à capacidade para casar. Logo, não houve mais discussão acerca deste assunto.

### **I.1.1. Primeira parte do art.16º: acerca da capacidade para casar**

#### **I.1.1.1. Quanto ao direito a casar**

Quanto ao direito a casar: a União Soviética declara que a questão do direito a contrair matrimónio é uma medida discriminatória em relação às mulheres, pois afirma que estas, na realidade, não tem ainda (de direito e de facto) igualdade em relação aos homens (o que parece significar que se teme que este direito seja exercido pelos homens em detrimento das mulheres, já que ao nível social este direito viria a reforçar a desigualdade entre mulheres e homens, pelo facto de àquelas não lhes serem permitido, efectivamente, invocar o mesmo direito). E quanto à expressão "conforme as leis", refere que pode levar à interpretação errónea de que o texto aprova a poligamia, já que alguns sistemas legais a prevêm. Líbano refere também que nos países do Oriente não existe lei civil sobre o matrimónio porque este é somente religioso e que, por isso, essa expressão "conforme às leis" daria lugar a ambiguidades. Defendem, pois, que esta expressão deve ser revisada. Na terceira sessão da Comissão dos Direitos Humanos, Bélgica propõe o seguinte texto "toda a pessoa tem direito a contrair matrimónio e formar uma família". França propõe, especificando: "o homem e a mulher tem direito a casar". Nenhum país se opõe. México propõe a inclusão de "sem alguma restrição quanto à raça, nacionalidade ou religião". Paquistão contrapõe-se a esta proposta do México porque considera que há que respeitar as normas religiosas que proíbem as uniões entre crentes de diferentes religiões.

Nestas sessões constatou-se uma multiplicidade de interpretações dadas ao "direito a casar", consequência da variedade de legislações acerca deste assunto, por razões culturais, onde não estão ausentes os motivos religiosos, entre os países presentes no debate. Apesar de tudo, o texto configura-se nestes termos: O homem e a mulher, em idade núbil, tem o direito a casar sem alguma restrição quanto à raça, nacionalidade ou religião. O texto é sujeito a aprovação. Arábia Saudita, apoiando-se nos motivos da objecção do Paquistão, abstém-se no momento da aprovação deste artigo, por considerar que, este, entra em conflito com a lei islâmica.<sup>364</sup> Mais tarde, a delegação do Egipto votará em sentido positivo ao conjunto da Declaração, mas também fará uma reserva em relação a esta cláusula.<sup>365</sup>

Desta primeira parte da elaboração do art.16, vimos como a definição inicial que incluía o "indivíduo" como titular do direito consagrado neste artigo, se altera (por proposta dos presentes), concretizando-se que os titulares do direito a casar e fundar família são: mulher e homem. Esta determinação parece indicar claramente a concepção de matrimónio heterossexual que se deseja consagrar neste artigo. Também se constata a preocupação das delegações presentes, em garantir o acesso ao direito a casar a todas as pessoas, assegurando a sua aplicação como direito humano universal.

### **I.1.1.2. Igualdade de direitos entre mulheres e homens**

#### **I.1.1.2.1. Quanto ao matrimónio**

Na segunda sessão do Grupo de Trabalho para a Declaração criado pela Comissão dos Direitos Humanos, a discussão parte de duas propostas: a de Bielorrússia e de Estados Unidos. Assim, Bielorrússia propõe a seguinte redacção: "o matrimónio e a família estão regulamentadas por lei com base na igualdade de direitos entre homens e mulheres sem

---

<sup>364</sup>Este seria também um dos motivos pelos quais este país se absteria no momento da votação final do conjunto da Declaração.

<sup>365</sup>Sobre a noção de *reserva*, veja-se: art.s 19-23 da *Convenção de Viena* (de 23 de maio de 1969), sobre o Direito dos Tratados. Cfr. BERMEJO, R., *Textos de Derecho Internacional Público y Tratado de la Unión Europea*, Pamplona 1999 (2 ed.), p.15.

distinção de raça, religião e origem". Estados Unidos sugere o seguinte: "os homens e as mulheres terão a mesma liberdade em matéria de matrimónio e de eleição do cônjuge".<sup>366</sup> Filipinas, tendo em conta as propostas anteriores (das delegações de Bielorrússia e Estados Unidos) apresenta o seguinte texto: "as mulheres e os homens tem a mesma liberdade de contrair matrimónio conforme à lei e o direito e aos mesmos recursos no caso de dissolução do matrimónio". Panamá faz uma objecção dizendo que alguns Estados tem obrigações derivadas de Concordatos com a Santa Sé que não lhes permitirá aceitar esse texto (no que diz respeito à dissolução do matrimónio). Filipinas aceita a supressão da expressão "dissolução". França propõe, então, o seguinte texto: "O homem e a mulher devem gozar de iguais direitos para casar-se ou separar-se conforme a lei".<sup>367</sup> Estados Unidos, por sua vez, também, propõe: "o homem e a mulher tem iguais direitos no que diz respeito ao matrimónio, conforme a lei", a seguir corrige, afirmando: "o homem e a mulher gozam de direitos iguais em matéria de matrimónio".<sup>368</sup> Há, pois, acordo de todos os presentes acerca da igualdade entre mulheres e homens no que diz respeito ao matrimónio: ao direito a casar. Apesar deste acordo, unânime, sobre a igualdade de direitos entre a mulher e o homem, existem claras discrepâncias com base nos mesmos motivos culturais e religiosos referidos anteriormente (o que é algo natural, dada a diversidade de povos e culturas presentes).

#### **I.1.1.2.2. Quanto à dissolução do matrimónio**

A delegação dos Estados Unidos propõe que se acrescente ao texto anterior o seguinte: "as mulheres e os homens...terão os mesmos recursos em matéria de dissolução do matrimónio". Filipinas rectifica o anterior propondo: "homens e mulheres tem...direito aos mesmos recursos em caso de dissolução do matrimónio". Uma delegada de Austrália

---

<sup>366</sup>Processo verbal da primeira sessão dos direitos do homem e das sessões do *Comité de Redacção da Comissão dos Direitos Humanos* (E/CN.4/AC.1, SR.6, pp.1-9).

<sup>367</sup>Processo verbal da segunda sessão da *Comissão da Condição da Mulher* (E/CN.6/SR.28, pp.9-10).

<sup>368</sup>Processo verbal da terceira sessão da *Comissão dos Direitos Humanos* (E/CN.4/SR.58, pp.9-19).

chega mesmo a sugerir que este artigo incluía cláusulas sobre o divórcio.<sup>369</sup> Esta última posição foi apoiada pela Índia. Neste contexto, a União Soviética propõe a adição das seguintes expressões: "durante o matrimónio e o divórcio". Esta proposta foi sujeita a votação e ganhou com a maioria de apenas um voto. Contudo, este texto foi depois corrigido pela Subcomissão encarregada do estilo, que, por proposta de França, trocou a expressão "divórcio", por "dissolução". E, assim, esta cláusula nem sequer foi incluída no Projecto da Convenção Europeia.

O texto era o seguinte: O homem e a mulher, em idade núbil, tem o direito a casar sem alguma restrição quanto à raça, nacionalidade ou religião e gozam de iguais direitos quanto ao matrimónio e sua dissolução. Completa-se, assim, a primeira parte do art.16. Que também demonstra a preocupação dos presentes em assegurar a igualdade entre mulheres e homens que começava a reforçar-se nas esferas das organizações internacionais.

### **I.1.2. Segunda parte do art.16: o consentimento**

Uma proposta de texto, dos Estados Unidos, dá início à discussão acerca do consentimento: "as mulheres e os homens terão a mesma liberdade em matéria de matrimónio e eleição do cônjuge".

#### **I.1.2.1. Pleno consentimento**

Com base no texto anterior, França apoiada por Reino Unido, tenta introduzir a liberdade total do consentimento e ambos pedem a seguinte adição à mencionada proposta de Estados Unidos: "não se contrairá nenhum matrimónio sem pleno consentimento dos futuros esposos"<sup>370</sup>. A União Soviética apoia a proposta de França sobre o pleno

---

<sup>369</sup>Durante a segunda sessão da *Comissão da Condição da Mulher*, *cit.*

<sup>370</sup>Processo verbal da 38ª reunião da segunda sessão do *Comité de Redacção da Comissão dos Direitos Humanos* (E/CN.4/AC.1/SR.38, pp.6-14).

consentimento. Nenhum dos presentes se opôs ao texto, logo, este, fica assim: "o matrimónio não pode ser contraído sem pleno consentimento de ambos esposos".<sup>371</sup>

### **I.1.2.2. Livre consentimento**

A delegação do Líbano propõe ao texto anterior a inclusão da seguinte expressão "e livre". Para que o "pleno consentimento" ficasse salvaguardado de coacção. Todas as delegações aprovaram.

Assim, em relação à questão do consentimento matrimonial ficou assim o texto: só poderá contrair o matrimónio mediante o livre e pleno consentimento dos futuros esposos.<sup>372</sup>

### **I.1.3. Terceira parte do art.16: o estatuto da família**

A proposta da delegação do Líbano, no que se refere a esta parte, era: "a família está dotada pelo Criador de direitos inalienáveis anteriores a todo o direito estabelecido"<sup>373</sup>. Líbano justifica a sua proposta afirmando que menciona "criador" porque crê que a família não se originou sozinha e que o Criador a dotou de direitos inalienáveis. Por esta razão, explica, estes direitos, não foram concedidos à família por uma decisão arbitrária dos homens mas sim dados pela própria natureza (tal como o declara o projecto do texto do artigo primeiro da Declaração Universal e que constitui um precedente ao texto que Líbano propõe). A União Soviética opõe-se a este texto, afirmando que existem no mundo diversas formas de matrimónio e de vida familiar, correspondendo cada uma dessas formas às condições económicas particulares de cada povo em concreto e que, além disso, algumas religiões aprovam a poligamia. Por último,

---

<sup>371</sup>Processo verbal da 58ª e 62ª reunião da terceira sessão da *Comissão dos Direitos Humanos* (E/CN.4/SR.58, pp.9-19; SR.62, pp.9-13).

<sup>372</sup>É interessante verificar que quanto ao consentimento "pleno" e "livre", não houve objecções por parte dos delegados governamentais presentes.

<sup>373</sup>Documento da terceira sessão da *Comissão dos Direitos Humanos* (E/CN.4/105).



recorda que muitos homens não crêem em Deus e que a Declaração se deve dirigir ao conjunto da humanidade. Líbano, responde dizendo que na sua proposta não existe nenhum compromisso teológico, pois "criador" não tem que ser interpretado necessariamente como sinónimo de "Deus" e pode ser traduzido pela expressão "natureza". A União Soviética continua a opor-se ao referido texto e pede que não se introduzam termos *filosóficos* na Declaração. A continuação da discussão sobre esta questão realiza-se na segunda sessão da Comissão dos Direitos Humanos e o Líbano propõe que o seu texto seja submetido a votação nominal. Estão presentes dezoito países. O resultado foi: seis países aprovaram o texto, nove opuseram-se e três países abstiveram-se.<sup>374</sup> Líbano consegue que se volte a discutir a mesma questão, assim, esta, volta ao debate (na segunda sessão do Comité de Redacção). Neste último, o Reino Unido expressa o seu apoio à proposta do Líbano mas considera que, pelo carácter filosófico do texto sugerido, se deveria introduzir essa proposta nos artigos iniciais da Declaração. A proposta do Líbano foi definitivamente retirada.<sup>375</sup>

Neste debate sobre a família constatámos a influência das diversas ideologias políticas sobre o tratamento jurídico da família entre os membros das NU.

### **I.1.3.1. A família como elemento natural e fundamental da sociedade**

Na reunião da Comissão plenária, Líbano, considerando que a família deveria ter um especial relevo na Declaração, propõe: "a família, fundada no matrimónio, é o elemento natural e fundamental da sociedade"<sup>376</sup>. A União Soviética coloca objecções, afirmando que esta expressão é inútil porque a família não poderia fundar-se noutra coisa que não fosse o matrimónio. As delegações de Egipto e Chile solicitam a supressão das

---

<sup>374</sup>Países a favor: Chile, Índia, Líbano, Panamá, Filipinas e China. Países contra o texto: Bélgica, Bielorrússia, França, Estados Unidos, Reino Unido, Ucrânia, União Soviética, Uruguai, Jugoslávia. Países que se abstiveram: Austrália, Egipto, Irão. Cfr. Processo verbal da 37ª reunião da segunda sessão da *Comissão dos Direitos Humanos* (E/CN.4/SR.37, pp.13-15).

<sup>375</sup>CN.4/AC.1/SR.38, pp.7-9. Vide VERDOOT, A., *Declaración de los Derechos Humanos*, Bilbao 1969, p.277.

<sup>376</sup>Processo verbal da 37ª reunião da segunda sessão da *Comissão dos Direitos Humanos* (E/CN.4/SR.37, pp.13-14).

palavras "fundadas no matrimónio" afirmando que é necessário proteger as famílias não fundadas no matrimónio. França insiste na expressão "fundar uma família", porque considera que o texto deve conceder valor à instituição e não somente à aliança. Por sua vez, Bélgica propõe: "a família fundada no matrimónio é o elemento fundamental da sociedade" suprimindo, assim (na sua proposta) a expressão "elemento natural" (que tinha sido introduzida pela proposta do Líbano). Estados Unidos apoia esta proposta de Bélgica.<sup>377</sup> Por fim, é aprovado o seguinte texto: "a família é o elemento natural e fundamental da sociedade".<sup>378</sup>

Apesar das discrepâncias, todos os presentes estão de acordo em considerar a "família" como uma instituição que constitui o pilar base da sociedade e do seu carácter "natural", conseqüentemente, anterior ao Estado. Verifica-se uma tentativa de clarificar que a família que se reconhece como "natural" é a fundada no matrimónio, reconhecendo-se assim, a sua especial contribuição social, ao consagrá-la numa Declaração de carácter universal acerca dos Direitos Humanos.

### **I.1.3.2. Protecção da família**

A delegação de Bielorrússia sugere que se consagre neste artigo que "a mãe e a criança tem direito à protecção do Estado".<sup>379</sup> Estados Unidos opõe-se declarando que o direito à protecção da mãe e da criança é de âmbito da Segurança Social. Propõe que se substitua "a mãe e a criança" pela expressão "o matrimónio e a família". França propõe que à "protecção do Estado" se acrescente a frase "e da sociedade". Em consequência, é proposto o seguinte texto: "o matrimónio e a família gozam da protecção do Estado e da sociedade". Filipinas apoia o texto mas com certa alteração: "o matrimónio e a família devem ser protegidos pelo Estado e a sociedade. Por isso, possuindo direitos inalienáveis e

---

<sup>377</sup>Processo verbal da 58ª reunião da terceira sessão da *Comissão dos Direitos Humanos* (E/CN.4/SR.58, pp.9-19).

<sup>378</sup> VEGA GUTIÉRREZ, A., *Políticas Familiares en un Mundo Globalizado*, Pamplona, 2002, pp.20-24.

<sup>379</sup>Proposta realizada durante a segunda sessão do *Grupo de Trabalho* para a Declaração, criada pela *Comissão dos Direitos Humanos*.

imprescritíveis, gozam da protecção da sociedade e do Estado".<sup>380</sup> É neste contexto, que a delegação do Líbano faz a proposta (que origina o debate supra referido): "a família fundada no matrimónio, é o elemento natural e fundamental da sociedade. Está dotada pelo Criador de direitos inalienáveis anteriores a todo o direito estabelecido, enquanto tal, está protegida pelo Estado e a Sociedade".<sup>381</sup> A delegação da União Soviética, por sua vez, propõe a adição das palavras "direito de protecção da sociedade e do Estado". França, acrescenta que a protecção da família deveria ser assegurada a todos os níveis, desde o grupo local até à comunidade mundial, passando pelos organismos públicos e pelas instituições privadas e religiosas. A União Soviética sublinha que é exactamente esse o sentido da sua proposta: o desejo geral de que todas as instituições apoiem a família. Por fim, o texto definitivo desta última parte, passa a ser o seguinte: "A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e tem direito à protecção da sociedade e do Estado".

#### **I.1.4. Aprovação do texto final do artigo dezasseis da Declaração Universal dos Direitos Humanos**

A 10 de Dezembro de 1948, no Palácio *Chaillot* de Paris, a Assembleia Geral das Nações Unidas adoptou, sem votos negativos, a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Os representantes de 48 Estados presentes votaram a favor da Convenção e 8 abstiveram-se (dois Estados faltaram).<sup>382</sup>

O texto final do artigo sobre a família (art.º16) da Declaração, definitivamente aprovado foi o seguinte:

1. Todos os homens e mulheres, a partir da idade núbil, tem direito, sem restrição alguma por motivos de raça, nacionalidade ou religião, a casar-se e fundar uma família e

---

<sup>380</sup>Documento da terceira sessão da *Comissão dos Direitos Humanos* (E/CN.4/103).

<sup>381</sup>Documento da terceira sessão da *Comissão dos Direitos Humanos* (E/CN.4/105).

<sup>382</sup>Os Estados ausentes foram Yemen e Honduras. O governo deste último, numa declaração oficial (Doc.A/1311) posterior, afirma que se o seu representante estivesse presente votaria afirmativamente. Cfr. *Annuaire des Droits de l'Homme, pour 1949, Nations Unies*, New York 1951. Os países que se abstiveram foram: Bielorrússia, Checoslováquia, Polónia, Arábia Saudita, Ucrânia, África do Sul, União Soviética e Jugoslávia. Todos os restantes países votaram a favor (vide VERDOOT, A., *Declaración de los Derechos Humanos*, Bilbao 1969, p.76).

desfrutarão de iguais direitos tanto quanto ao matrimónio, durante o matrimónio e em caso de dissolução do matrimónio.

2. Só mediante o livre e pleno consentimento dos futuros esposos poderá contrair o matrimónio.

3. A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e tem direito à protecção da sociedade e do Estado

Parece poder concluir-se que a Declaração final das Nações Unidas conseguiu reunir elementos de grande importância acerca do matrimónio e da família (apenas enunciamos algumas considerações acerca deste artigo):

- assegura a capacidade para o casamento estabelecendo uma limitação: idade núbil;<sup>383</sup>
- salvaguarda o direito a casar-se de qualquer tipo de discriminação racial, nação ou religião;
- garante a igualdade de direitos entre as mulheres e os homens;<sup>384</sup>
- salvaguarda a liberdade e plenitude do consentimento matrimonial, dando-lhe assim uma importância fundamental em matéria de matrimónio;
- considera o casamento como fundacional da família;
- consagra explicitamente a família como elemento natural da sociedade;
- reconhece a família como elemento fundamental da sociedade e consagra o dever do Estado em matéria de protecção da família.

---

<sup>383</sup> Resumindo, podíamos afirmar que a Declaração reconhece que a partir da idade em que uma mulher e um homem sejam física e psiquicamente capazes de procriar e educar os futuros filhos, têm o direito a casar e fundar uma família. Cabe a cada Estado determinar a idade concreta em função das características peculiares culturais, sociais, etc., mas nunca antes dessa capacidade estabelecida por este texto da Convenção.

<sup>384</sup> Esta norma a pesar de proibir a limitação do direito a casar com base em diferenças nacionais, raciais ou de religião, não exclui certas restrições razoáveis tais como as que estão previstas no art.28§2 da CEDH (*moralidade, ordem pública e bem estar geral da sociedade*).

## II. A ELABORAÇÃO DO ART.12º DA CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS HUMANOS

### II.1.Origem do artigo 12º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos: O Congresso de Haia

Após as guerras que assolaram a mundo inteiro e, sobretudo, Europa, surgiram reforçados dois grandes movimentos de opinião em Europa que conjugavam as ideias de defesa dos DH com a de uma Europa mais unida e fundada sobre um património comum de ideais e tradições políticas pelo respeito da liberdade e primazia do Direito.<sup>385</sup> O *Movimento Europeu*, era um dos movimentos mais importantes da época acima referida e teve um grande impulso com os discursos de Winston Churchill, pronunciados durante 1946 e 1947.<sup>386</sup> Organizado pelo *Movimento Europeu*, celebrou-se em Haia o "Congresso de Europa", de 8 a 10 de Maio.<sup>387</sup> Este Congresso reuniu os intelectuais e políticos europeus e pode considerar-se que aí germinaram as futuras organizações de continente: o *Conselho de Europa* e a *União Europeia*.<sup>388</sup> Durante esta Conferência, os trabalhos foram distribuídos por três Comissões: política, económica e cultural. Curiosamente, no final destas reuniões de trabalho, tanto a Comissão Política como a Comissão Cultural, fizeram a mesma proposta ao Congresso, no seu Relatório Final: a elaboração de um documento que garantisse os Direitos Humanos. De facto, a Comissão Política (no final dos seus trabalhos) adoptou uma resolução onde constava que a futura Assembleia Europeia "elaborará uma Carta dos Direitos Humanos e fará uma proposta de

---

<sup>385</sup> Cfr. Esta ideia está também presente no Preâmbulo da CEDH.

<sup>386</sup> Discursos proferidos a 19 de Setembro de 1946 em Zurique e 14 de Maio de 1947 em Albert Hall (Londres). Cfr. *The Speeches of Winston Churchill*, Londres 1989, p.309; *Europe Unite (Speeches 1947 and 1948)*, Cassell 1950; Veja-se também, VELU, J.; ERGEC, R., *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Bruxelas 1990, pp.17-23.

<sup>387</sup> Este Congresso reuniu 663 delegados de 60 países e observadores de outros 10 países. Vide: ROBERTSON, A.H., *Human Rights in Europe*, Manchester 1977 (2ª ed.), p.5.

<sup>388</sup> DECAUX, E., "Les Etats Parties et leurs Engagements", em *La Convention Européenne des Droits de l'Homme: commentaire article par article*, Ed.s: L.-E. Pettiti; E. Decaux; P.-H. Imbert, Paris 1999 (2ª ed.), p.6.

criação de um Tribunal de Justiça que aplique as sanções necessárias de modo a que cada cidadão europeu possa fazer respeitar os seus direitos fundamentais".<sup>389</sup>

Como resultado deste Congresso de Haia, o *Movimento Europeu* elaborou um Projecto de "*Tribunal Europeu dos Direitos Humanos*", no Congresso de Bruxelas realizado em 1949. Partindo da DUDH (que acabava de ser adoptada) retiraram desta Declaração aqueles direitos que julgaram susceptíveis de serem garantidos juridicamente pelo referido Tribunal (excluindo assim, todo o tipo de declarações de princípios). Como este Projecto levantou algumas questões de ordem técnico, constituiu-se uma Comissão Jurídica dentro do *Movimento Europeu*, responsável por apresentar um Projecto definitivo de tal Convenção. Este grupo preparou um documento provisório da Convenção, no qual as Partes contratantes se comprometiam a respeitar as liberdades fundamentais dos seus cidadãos. O Relator desta Comissão Jurídica era P.-H. Teitgen e conta o mesmo que na elaboração do projecto definitivo da Convenção no seio do Congresso Europeu "opunham-se profundas divergências sobre questões tais como as liberdades familiares, o direito de propriedade, a liberdade de ensino".<sup>390</sup> Por fim, na sua "Mensagem aos Europeus", os congressistas proclamavam o desejo de "uma Carta dos Direitos Humanos que garantisse a liberdade de pensamento, assembleia, expressão...desejámos um Tribunal de Justiça com sanções adequadas para implementar esta Carta".<sup>391</sup>

Assim, a primeira iniciativa europeia (não oficial) de um texto europeu que garantisse os direitos e liberdades fundamentais pertenceu à Comissão Jurídica Internacional do *Movimento Europeu*.<sup>392</sup> O texto deste projecto, no seu artigo nº1, e em relação ao tema objecto do nosso estudo, referia:

Todo o Estado parte desta Convenção garantirá a todos as pessoas dentro do seu território, os direitos seguintes:

---

<sup>389</sup> Cfr. ROUGEMONT, *L'Europe en Jeu*, Paris 1948.

<sup>390</sup> TEITGEN, P.-H., *Faites Rentrer le Témoin Suivant*, Ouest-France, 1988, p.480.

<sup>391</sup> Adoptada na sua última sessão plenária. *European Convention on Human Rights: Collected Editions of the "Travaux Préparatoires"*, The Hague, Vol.2, 1975, pp.296 e 302.

<sup>392</sup> Este organismo era presidido por Pierre-Henri Teitgen (Ministro da Justiça francês). Teitgen foi também, mais tarde, o Relator da "Comissão para as Questões Jurídicas e Administrativas", organização esta, posteriormente criada dentro do *Conselho de Europa* para estudar a proposta de uma Convenção de direitos humanos. Foi também Teitgen que apresentou o Projecto da Convenção, na Primeira Reunião Plenária da *Assembleia Consultiva do Conselho de Europa*.

al.g) Os direitos naturais que derivam do matrimónio e da paternidade e todos aqueles que pertencem à família.

Esta pode ser considerada, efectivamente, a primeira proposta de redacção do art.º12.

Assim, a *Comissão Jurídica Internacional do Movimento Europeu* elaborou uma lista de doze artigos extraídos da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, que considerou que deveriam ser objecto da garantia que implicaria a Convenção. Esta lista de direitos incluía o "direito a casar-se e fundar uma família", directamente extraído do artigo 16 da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*.

### **II.1.1. Apresentação da proposta de Convenção pelo Movimento Europeu ao Conselho de Europa**

Paralelamente a estas iniciativas, os próprios Estados europeus, tentavam reforçar entre si a cooperação em todos os domínios. Neste contexto, cinco Estados (França, Reino Unido, e os três membros do Benelux: Bélgica, Países Baixos e Luxemburgo) assinaram o Pacto de Bruxelas em 17 de Março de 1948, em cujo preâmbulo refere a decisão desses Estados a "afirmar a sua fé nos direitos fundamentais do Homem, na dignidade e no valor da pessoa, assim como nos outros princípios proclamados na Carta das Nações Unidas, a confirmar e defender os princípios democráticos, as liberdades civis e individuais, a todas as Constituições e o respeito à lei, que formam parte do seu património comum".<sup>393</sup> Foi numa reunião dos Ministros dos Negócios Estrangeiros dos cinco Membros do Pacto de Bruxelas que surgiu a iniciativa de criação de um *Conselho de Europa*. Em consequência, estes cinco Estados, convidaram outros para uma Conferência diplomática a realizar em Londres. Nessa conferência, além dos Estados Membros do Pacto de Bruxelas, apresentaram-se também: Irlanda, Itália, Dinamarca, Noruega e Suécia (Suíça recusou o convite em nome da sua neutralidade). Desta conferência resultou a assinatura do Estatuto do *Conselho de Europa* a 5 de maio de 1949 e admitiram-se três novos Estados: Islândia, Grécia e Turquia. O preâmbulo deste Estatuto declara: "Reafirmando a sua adesão aos

---

<sup>393</sup> REUTER, P.; GROS, A. *Traité et Documents Diplomatiques* Paris (5ª ed.) 1982, p.189.

valores espirituais e morais que são património comum dos seus povos..."; e o seu art.1 apresenta como uma das suas finalidades "a salvaguarda e a maior efectividade dos direitos e das liberdades fundamentais".<sup>394</sup>

Instituídos, assim, os órgãos do *Conselho de Europa*, o projecto da *Convenção Europeia dos Direitos Humanos*, elaborada pelo *Movimento Europeu*, foi apresentada ao *Comité de Ministros* do *Conselho de Europa* a 12 de Junho de 1949. Este órgão, depois de lhe ter sido submetido esse projecto, discutiu acerca da inclusão na ordem do dia da Assembleia Consultiva do *Conselho de Europa*, a definição e salvaguarda dos DH. Por fim, o *Comité de Ministros* decidiu elaborar uma recomendação donde referia que, efectivamente, esse tema deveria ser incluído na agenda da ordem do dia da primeira sessão da Assembleia (então designada, Consultiva) e que teria lugar no mês seguinte: de 10 em Agosto a 8 de Setembro de 1949. Pierre-Henri Teitgen, foi incumbido de expor à Assembleia esse Projecto elaborado pelo *Movimento Europeu*.<sup>395</sup>

## **II.2. Etapas de elaboração do artigo 12 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos**

Nesta nossa exposição seguiremos uma sequência cronológica das sessões dos variados organismos implicados no processo de elaboração do art.12 da CEDH. Com a opção pelo método cronológico, pretendemos salientar o pouco tempo que medeia entre o início dos trabalhos preparatórios à assinatura final da Convenção. Neste sentido, numeraremos cada uma das sessões realizadas mesmo de conteúdo meramente formal, pois pensamos que, deste modo, será visível esse carácter de urgência em concluir a Convenção, e que esteve presente ao longo de todo o processo de elaboração, pelos representantes dos países que colaboraram na mesma. De facto, ao analisarmos esse processo, podemos constatar que o texto da Convenção se elaborou e adoptou num espaço de tempo admiravelmente curto: desde Agosto de 1949 até Novembro de 1950 (em apenas

---

<sup>394</sup> HERVADA, J., *Libertad, autenticidad y Derecho Natural*, em "Persona y Derecho", Vol.III, Pamplona 1976, pp.701-702.

<sup>395</sup> *Recueil des Travaux Préparatoires de la Convention Européenne de Droits de l'Homme*, (a partir de aqui: TP), vol.I, 1975, pp.12-31.



quinze meses!).<sup>396</sup> Daqui se deduz que esta facilidade de acordos constatada na elaboração da Convenção se devia fundamentalmente a uma consciência comum entre os Estados europeus e a sua boa vontade em cooperar e ultrapassar todas os obstáculos que dificultavam um acordo básico acerca dos direitos humanos. O maior logro do Conselho Europeu foi, sem dúvida, a *Convenção Europeia dos Direitos Humanos* e o mecanismo de defesa instituída pela mesma.

### **II.2.1. Primeira etapa: a provação pela Assembleia Consultiva, do direito a casar e a fundar uma família**

#### **II.2.1.1. Dia 19 de Agosto de 1949: debate geral**

O debate geral sobre o tema dos direitos humanos teve lugar na Assembleia Consultiva do *Conselho de Europa*, a 19 de Agosto de 1949.<sup>397</sup> Na mesma, propôs a criação de uma organização dentro do *Conselho de Europa*, que assegurasse o respeito pelos direitos humanos.<sup>398</sup> Para estudar esse assunto, remeteu-se o mesmo a uma "Comissão de Questões Jurídicas e Administrativas" (composta por 23 membros) da Assembleia Consultiva cujo Relator era novamente P.-H. Teitgen.<sup>399</sup> A primeira tarefa da "Comissão de Questões Jurídicas e Administrativas" consistiu na selecção dos direitos humanos que deveriam ser protegidos e, por isso, incluídos no texto da Convenção. O relatório final deste estudo foi apresentado à Assembleia Consultiva nos dias 5 e 6 de Setembro.

---

<sup>396</sup> Sobretudo se compararmos este período de tempo com o que levou a elaborar e adoptar os Pactos Internacionais das Nações Unidas: cerca de vinte anos.

<sup>397</sup> Podemos considerar (com ROBERTSON, A.H., *Human Rights in Europe*, Manchester 1977, 2ª ed., p.15) que a esta data se pode atribuir o início, propriamente dito, da elaboração da CEDH.

<sup>398</sup> *Documents of Assembly*, 1949, Documento 3.

<sup>399</sup> TP, vol.1, p.157.

### II.2.1.2. Dia 5 de Setembro de 1949: apresentação do Relatório Teitgen

Nesta sessão, Teitgen, em nome da “Comissão para as Questões Jurídicas e Administrativas”, expõe à Assembleia Consultiva o denominado *Relatório Teitgen*.<sup>400</sup>

No preâmbulo do referido relatório, a Comissão responde afirmativamente à questão que lhe foi colocada acerca da necessidade de uma garantia colectiva dos direitos fundamentais e, justifica: "esta garantia manifestará claramente o desejo comum dos Estados membros em construir uma *União Europeia* de acordo com os princípios do direito natural, do humanismo e da democracia".<sup>401</sup> Como podemos verificar, o direito natural não é apenas uma referência necessária e privilegiada na elaboração da Convenção Europeia de salvaguarda dos direitos humanos, como vem mesmo mencionada em primeiro lugar.

Depois de responder à questão preliminar referida, o Relatório prossegue com o exame das duas questões fundamentais: eleição das liberdades e direitos que se deverão incluir na Convenção e o modo de garanti-los eficazmente. Neste contexto, a Comissão afirma (no § 4 do preâmbulo) que só deveriam ser garantidas "os direitos essenciais e as liberdades fundamentais que estão, hoje, definidas e consagradas, depois de uma longa experiência, por todos os países democráticos". O Relatório prosseguia referindo que a Comissão "considera conveniente (desejando coordenar a acção do *Conselho de Europa* e das Nações Unidas e atendendo à autoridade moral e valor técnico do documento em questão) utilizar, tanto quanto for possível, as definições incluídas na *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, aprovada em 10 de Dezembro de 1948, pela Assembleia Geral das Nações Unidas remetendo o máximo possível a esse documento".<sup>402</sup>

A Comissão acrescenta que optou por elaborar uma lista que incluía apenas os direitos humanos "clássicos" devido a que: "é preferível limitar a garantia colectiva para

---

<sup>400</sup>Teitgen era Ministro da Justiça francês e Relator deste Comité. *Documents of the Assembly*, 1949, Documento 77.

<sup>401</sup>TP, Vol.1, p.217.

<sup>402</sup>Preâmbulo § 6, *Conselho de Europa, Recueil des Travaux Préparatoires de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, La Haye 1975, Vol.1, p.267.

aqueles direitos e liberdades fundamentais que estão postos em prática desde bastante tempo, em todos os países democráticos".<sup>403</sup>

Aqui constatámos que o método utilizado pela Comissão foi o do reenvio para a Declaração Universal das Nações Unidas, confirmando assim o papel desta última, como fonte directa e imediata desta proposta da Convenção.

Contudo, a Comissão adverte (§7 do Preâmbulo) que apenas remete à DUDH com o objectivo de se definir mais exactamente o conteúdo de determinados direitos e que essa remissão não inclui todas as disposições do artigo da DUDH a que se refere. O próprio Teitgen, num dos debates, explica que essa remissão não pretende incluir todas as disposições incluídas no artigo a que se refere, mas apenas aquelas que fixam o conteúdo do direito referido no Relatório.<sup>404</sup> Para dar a entender melhor isto que afirma, dá um exemplo: "a Declaração Universal garante o direito ao matrimónio e o direito a casar-se e a fundar uma família; depois acrescenta, na disposição seguinte do mesmo artigo, que os Estados garantem a igualdade de direitos durante o matrimónio e em caso da sua dissolução. Assim, reenviado o texto a este artigo, remetemos ao parágrafo que consagra o direito a casar e fundar uma família, mas não às ulteriores disposições", pois a proposta incluída no Relatório apenas pretende garantir o direito ao matrimónio.<sup>405</sup> Esta explicação do Relator da Comissão é importante na medida em que, em relação ao artigo objecto do nosso estudo, delimita claramente os direitos que se incluem no projecto da Convenção.

É neste contexto que a Comissão estabelece uma lista de direitos e liberdades que devem ser garantidos colectivamente. No preâmbulo do Relatório em análise, a "Comissão de Questões Jurídicas e Administrativas" refere que apesar dos debates motivados pela inclusão na referida lista dos "direitos familiares que incluem: imunidade em relação a todas as interferências arbitrárias na família; o direito dos pais a escolher o tipo de educação a dar aos seus filhos", e de ter sido solicitada a sua exclusão, a mesma Comissão desaprova essa exclusão em memória do passado recente em que determinados países

---

<sup>403</sup> "Consultive Assembly, Official Report of 7 September 194", p.127; *Documents of the Assembly*, Documento 77 §§ 4-5.

<sup>404</sup> 17º sessão: 7 de Setembro. Vide: *Conselho de Europa, Recueil des Travaux Préparatoires de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, La Haye 1975, Vol.1, p.267.

negavam a alguns o direito a casar-se por motivo de raça ou convicções religiosas e, ainda, por "certas legislações requisitarem crianças em proveito do Estado".<sup>406</sup>

O artigo 2º do Relatório (Título I), expõe a lista dos direitos e liberdades que a Comissão propõe que sejam objecto de garantia. No parágrafo 10 deste artigo segundo assegura-se:

Art.º2, §10: O direito a casar e fundar uma família, conforme o art.º 16 da Declaração Universal das Nações Unidas.<sup>407</sup>

Em anexo ao Relatório Teitgen vêm expostos os artigos (ou partes) da DUDH a que o Relatório remete ou faz referência. Entre os artigos incluídos neste apêndice, menciona-se o seguinte texto (parcial) do art.º16: "A partir da idade núbil, o homem e a mulher, sem qualquer restrição quanto à raça, nacionalidade ou religião, tem o direito da casar e a fundar uma família".<sup>408</sup>

Após a apresentação deste Relatório, a Assembleia começou a discutir o mesmo. E, a partir da 16ª sessão (realizada a 6 de Setembro de 1948), começaram a apresentar-se propostas de emendas a este texto provisório da Convenção.

### **II.2.1.3. Dias 7 e 8 de Setembro de 1949: Discussão do Relatório Teitgen**

#### **II.2.1.3.1. Dia 7 de Setembro de 1949**

Depois de Teitgen ter concluído a apresentação do Relatório da "Comissão de Questões Jurídicas e Administrativas" (da Assembleia Consultiva), nos dias seguintes os

---

<sup>405</sup>Este mesmo exemplo está incluído no *Relatório Teitgen*, §7. T.P., Vol.2, p.197.

<sup>406</sup>Preâmbulo do *Relatório Teitgen*, §9, T.P., Vol.2, p.199; e Intervenção de Teitgen na 17ª sessão de 7 de Setembro de 1949, T.P., Vol.1, p.267.

<sup>407</sup>A partir deste momento, limitamo-nos a comentar as propostas de emenda e as correcções realizadas ao §10, deste art.º 2, por ser o objecto propriamente dito, deste nosso estudo.

<sup>408</sup>T.P., Vol.2, p.237.

presentes apresentaram as suas propostas. Na sessão do dia 7 de Setembro, foi proposta a exclusão do § 10 (que, como vimos, é a que diz respeito ao nosso tema).<sup>409</sup>

No entanto, quando se abriu o debate acerca das propostas apresentadas, Teitgen volta a reforçar a inclusão do § 10, por considerar que os eventos da história recente e as restrições de alguns regimes totalitários assim o exigiam.<sup>410</sup> Deste modo, encerrou-se a sessão desse dia.

#### II.2.1.3.2. Dia 8 de Setembro de 1949

O debate realizado nesta sessão<sup>411</sup>, foi motivado por uma nova proposta de exclusão dos três últimos parágrafos do art.º2 do Relatório em causa.<sup>412</sup> O debate acerca deste assunto, foi realizado em bloco (discutindo-se conjuntamente a exclusão desses três direitos). Tal como já referimos, apenas incluiremos as referências relacionadas com o objecto do nosso estudo, isto é, ao §10 (este parágrafo, de todas as intervenções, foi o menos referido nas discussões e o menos polémico).

Assim, nesta longa sessão, os membros da Assembleia discutiram a proposta de exclusão do §10, do art.2º do Relatório, da autoria de Lord Layton (representante do governo socialista inglês). Este, propõe que se suprima do texto o "direito a casar-se e a fundar uma família" e fundamenta a sua posição nestes termos: "duvido seriamente que seja possível interpretar e aplicar internacionalmente o direito a casar-se e a fundar uma família".<sup>413</sup> Layton acrescenta que não põe em causa este direito, mas duvida que seja oportuno incluí-lo na lista dos direitos a garantir colectivamente pela Convenção.

---

<sup>409</sup> Esta proposta de exclusão foi apresentada por: M. Ungoed Thomas, Elmgren e Mackay. T.P., Vol.1, p.255. Doc.77, Relat.ns. 80-86 e 88-93; Emendas ao Relatório Oficial:nº18.

<sup>410</sup>T.P., Vol.1, p.267.

<sup>411</sup>Realizado a 8 de Setembro de 1949 e com a participação de 26 intervenções orais. Cfr. ROBERTSON, A.H., *Human Rights in Europe*, Manchester 1977, 2ª ed., p.9.

<sup>412</sup>O *direito a casar e a fundar família*, o direito dos pais a escolher a educação dos filhos e o direito de propriedade.

<sup>413</sup> T.P., vol.2, p.155 (a tradução é nossa).

Ungöed-Thomas (também representante do governo britânico) apoia a emenda de Layton,<sup>414</sup> justificando que esses direitos excluídos não são essenciais a um regime democrático e que são susceptíveis de diferentes interpretações, o que dificultaria o acordo, prolongaria a discussão e atrasaria a aprovação da Convenção: "Nada pode ser mais desastroso para o sucesso do *Conselho de Europa* do que incluir num documento deste tipo expressões ambíguas, susceptíveis de suscitar diferentes pontos de vista políticos".<sup>415</sup> Este político, acrescenta ainda que o objectivo da Convenção é assegurar nos países do *Conselho de Europa* um regime democrático e que, sendo assim, nenhum dos três direitos em causa "são necessários para cumprir este objectivo".<sup>416</sup>

Por sua vez, Serrarens (delegado dos Países Baixos) no uso do seu direito de palavra opõe-se à proposta de Layton referindo: "É necessário manter não só os direitos políticos do indivíduo, o direito de associar-se e o de liberdade sindical - que a mim me parece particularmente importante - como também os direitos familiares, que foram cruelmente violados pelos nazis e que é necessário garantir porque, sem eles, a nossa Convenção nunca atingirá o seu objectivo. A pessoa humana não pode ser entendida fora da família e nós não podemos proteger os direitos humanos se não protegemos também os direitos familiares".<sup>417</sup>

Contestando e opondo-se à proposta de Layton, MacEntee (representante do governo irlandês), refere que o motivo invocado por Layton para rejeitar esses parágrafos, (baseando-se nas divergências legislativas entre os diferentes membros do *Conselho de Europa*) não tem razão de ser na medida em que, exactamente por esse motivo, a Comissão (que elaborou a proposta de Convenção) incluiu uma reserva no seu Relatório (art.º4) que prevê que os direitos enunciados no art.2, estão submetidos à regulação de cada Estado signatário da Convenção que se manterá competente para fixar as regras segundo as quais as liberdades e os direitos garantidos serão organizados e protegidos dentro do seu território. E, acrescenta: "Se aceitarmos a emenda de Lord Layton,

---

<sup>414</sup>Recordemos que tinha sido este quem tinha feito uma proposta similar exactamente no dia anterior.

<sup>415</sup> T.P., Vol.2, p.61 (a tradução é nossa).

<sup>416</sup> T.P., Vol.2, p.63 (a tradução é nossa).

<sup>417</sup> T.P., Vol.2, p.97 (a tradução é nossa).

estaremos a acelerar, do meu ponto de vista, o triunfo das ideologias totalitaristas. As características essenciais dos regimes totalitários estão no facto de se terem esforçado, selvagem e implacavelmente em fazer desaparecer completamente a concepção da família, célula social natural. Se nós suprimirmos os parágrafos 10 e 11<sup>418</sup>, parece-me que estamos a admitir a validade desta filosofia".<sup>419</sup> Refere ainda este representante de Irlanda: "Não posso aceitar uma proposta (refere-se à supressão do §10) que declara, explícita ou implicitamente que a liberdade de reunião, a liberdade de associação e a liberdade de filiação nos sindicatos, constituem um direito mais fundamental que o direito a casar-se e a fundar uma família...espero que todos os que, como eu, acreditam neste direito natural do ser humano, votarão no mesmo sentido. (...) Devemos deixar bem claro, hoje, nesta Assembleia que a Europa jamais admitirá a iniquidade de negar a um homem livre, o direito de escolher a sua esposa, a casar, a fundar uma família e a educar os seus filhos de acordo com as suas convicções".<sup>420</sup>

Sweetman, (também delegado de Irlanda) opõe-se também à exclusão do §10 alegando: "Estamos todos de acordo que a diferença fundamental entre um regime democrático e um regime totalitário é que, numa democracia, o Estado existe para o indivíduo, enquanto que, num regime totalitário, o indivíduo existe para o Estado. Se aceitarmos o princípio democrático então também temos que aceitar que, quando uma nova geração vai crescendo, compete à célula social, que está muito mais próxima do indivíduo do que o Estado, alimentar as crianças, dar-lhe os primeiros cuidados, satisfazer as suas primeiras necessidades...é por estes motivos, e é por crer que é absolutamente necessário assegurar a existência da família humana, definir e garantir os direitos, privilégios e necessidades da família, que eu me levantei para tomar a palavra".<sup>421</sup>

Boggiano-Pico (representante de Itália) justificando a sua oposição a propósito da exclusão do direito a casar-se e a fundar uma família do texto da Convenção, refere: "Não se trata de discutir sobre teorias filosóficas...não se trata apenas de sermos justos, trata-se da própria honra do *Conselho de Europa*, por isso, devemos lembrar que estes direitos

---

<sup>418</sup>O parágrafo 11 referia-se ao direito dos pais a escolher o tipo de educação dos seus filhos.

<sup>419</sup> T.P., Vol.2, p.91 (a tradução é nossa).

<sup>420</sup> T.P., Vol.2, p.119-121 (a tradução é nossa).

<sup>421</sup> T.P., Vol.2, p.90-91 (a tradução é nossa).

existem e estão impressos nas próprias consciências humanas. Estes direitos derivam de uma lei natural e eterna à qual estamos todos submetidos. Por esse motivo, é necessário proclamá-la de modo que nenhuma lei positiva de um Estado civilizado e democrático possa violar estes direitos e nós devemos confirmar a fé dos povos de Europa neste princípio. Fundando a sua família, o homem estende a sua personalidade no espaço e prolonga-a no tempo".<sup>422</sup>

Depois de várias intervenções, De Valera (também irlandês) interroga toda a Assembleia: "Haverá alguém nesta Assembleia que não creia que um homem e uma mulher tenham o direito natural de poder casar e fundar uma família? Se isto é assim, porque hesitámos em proclamá-lo?"<sup>423</sup> No seio desta controvérsia, o próprio Presidente da Comissão<sup>424</sup> propõe que se reenvie de novo o §10 à "Comissão de Questões Jurídicas e Administrativas", para nova redacção. Esta proposta foi votada e rejeitada, pois os que apoiavam o §10 não admitiam que este voltasse a ser alterado por nova redacção. Em consequência, o autor da proposta da supressão do §10 do texto do anteprojecto, Lord Layton, retirou a mesma. Teitgen, então, interveio: "Sobre o §10 parece-me que não há dificuldades, logo penso que a Assembleia pode votá-lo imediatamente".<sup>425</sup> Por fim, o texto do parágrafo 10 (do art.º2 do Relatório) foi aprovado. O Relatório elaborado pela Comissão de Questões Jurídicas e Administrativas", foi, finalmente, adoptado pela Assembleia.

Assim, a Assembleia Consultiva, tendo cumprido a sua tarefa (de tomar medidas para salvaguardar e desenvolver os direitos humanos) que lhe tinha sido incumbido pelo *Comité de Ministros*,<sup>426</sup> conclui a sua 1ª Reunião Plenária, adoptando (em 8 de Setembro de 1949) uma Resolução<sup>427</sup> na qual recomendava ao *Comité de Ministros* que estabelecesse, quanto antes, um projecto de Convenção de salvaguarda dos direitos humanos. Com este objectivo, a Assembleia enviou a esse organismo, o texto provisório

---

<sup>422</sup> T.P., Vol.2, p.101 (a tradução é nossa).

<sup>423</sup> T.P., Vol.2, p.103 (a tradução é nossa).

<sup>424</sup> David Maxwell-Fyfe (do Reino Unido).

<sup>425</sup> T.P., Vol.2, p.125 (a tradução é nossa).

<sup>426</sup> Durante a sessão de 13 de Agosto de 1949.

<sup>427</sup> Resolução nº38 (doc.108 da Assembleia).



onde se estabelecia as linhas gerais da Convenção desejada.<sup>428</sup> Neste texto, o §10 do art.º2, se consagrava:

O direito a casar e fundar uma família, conforme o art.º 16 da Declaração Universal das Nações Unidas.

A discussão da Assembleia acerca do parag.10 do art.2º, parece ter-nos esclarecido que a proposta de emenda e exclusão do texto tinha motivações políticas subjacentes. De facto, a Proposta de supressão do parágrafo que se referia ao "direito a casar e fundar uma família", vinha de delegados de governos cuja ideologia política defendia uma determinada concepção de família que (como veremos mais adiante do nosso trabalho) se oponha a que os direitos fundamentais derivados desta, fossem reconhecidos como direitos naturais, logo, como direitos humanos dignos de serem incluídos no texto da Convenção. Por outro lado, verificámos que a grande oposição a esta proposta de exclusão confirma a consciência comum da relação existente entre o direito natural e os direitos da família como direitos humanos.

## **II.2.2. Segunda etapa: Problema metodológico (a definição do direito a casar ou a sua remissão para a Declaração Universal dos Direitos Humanos)?**

### **II.2.2.1. Dia 3-5 de Novembro de 1949: Comité de Ministros convoca Comité de Expertos**

Na sua sessão de 5 de Novembro, o *Comité de Ministros*, depois de ter examinado a Recomendação da Assembleia, incumbiu o Secretário Geral de convidar cada Estado membro (do *Conselho de Europa*) a designar uma personalidade qualificada para fazer parte de um Comité de Expertos responsável pelo estudo do projecto da Convenção "tendo em conta os progressos realizados sobre essa matéria pelos órgãos competentes das Nações Unidas".<sup>429</sup> Por carta datada de 18 Novembro de 1949, o Secretário Geral convocou o "Comité de Expertos". Por sua vez, a Comissão da Assembleia Consultiva,

---

<sup>428</sup> O texto final adoptado pela Assembleia foi designado: Documento 108

<sup>429</sup> T.P., vol.4, p.3 (a tradução é nossa).

lamentava que o *Comité de Ministros* não tenha aprovado a Resolução da Assembleia e reenvie o assunto a um Comité de Expertos.<sup>430</sup>

#### **II.2.2.2. Dias 2-8 de Fevereiro e 6-10 de março de 1950: Comité de Expertos discute o método a adoptar**

Os expertos, designados pelos governos dos Estados membros, conforme decisão tomado pelo "*Comité de Ministros*" (a 5 de Novembro de 1949) e com vistas à elaboração de um projecto de Convenção sobre a salvaguarda dos Direitos Humanos, reuniram-se em Estrasburgo de 2 a 8 de Fevereiro de 1950.

No final das sessões, este Comité elaborou um relatório onde se manifestaram as principais tendências que dominaram os seus debates. Desde a abertura da discussão do texto da Convenção, que se confrontaram duas correntes de opinião acerca do método de trabalho a utilizar na elaboração do projecto da Convenção: uns expertos inspiravam-se no método adoptado pela Assembleia Consultiva na elaboração do seu projecto, isto é, na mera enumeração dos direitos e liberdades, remetendo a sua definição para as legislações nacionais dos Estados e para os princípios gerais do Direito, com o objectivo de, assim, ser mais rápida a adopção de uma Convenção.<sup>431</sup> E, outros expertos, defendiam a aplicação do método utilizado pela Comissão dos Direitos Humanos das Nações Unidas, quer dizer, defendiam a definição detalhada tanto dos direitos e liberdades como das suas limitações.<sup>432</sup>

Esta diferença de método tinha relevância jurídica, na medida em que o valor jurídico das Declarações e das Convenções Internacionais, é distinto.<sup>433</sup> Não esqueçamos

---

<sup>430</sup> Cfr. T.P., vol.3, p.249.

<sup>431</sup> A Assembleia Consultiva apenas enumerava os direitos e remetia a sua definição para a *Declaração Universal dos Direitos Humanos* e para os Estados signatários, a faculdade de estabelecer o modo e as condições de exercício das liberdades e direitos protegidos (art.º4). Para limitar estes direitos estabelecia algumas regras e princípios gerais (art.º5,6, e 7 da Resolução). Este método era apoiado, sobretudo, por Bélgica, França e Itália. Cfr. T.P., vol.4, p.3.

<sup>432</sup> Esta posição foi protagonizada pelo representante do Reino Unido que, na segunda reunião deste Comité, apresentou uma nova proposta, e apoiada pelos Países Baixos. Cfr. T.P., vol.4, p.3.

<sup>433</sup> Veja-se nosso trabalho: *infra*.

que o *Conselho de Europa* desejava de elaborar uma Convenção. Logo, os partidários do método de definição dos direitos (a incluir na Convenção) questionavam a jurisdição da opção do método de remissão (de um texto de uma Convenção) para uma mera Declaração. De facto, a Declaração Universal é considerada juridicamente como "pauta superior de inspiração e critério superior de interpretação" para todos aqueles órgãos que devem desenvolver e aplicar o direito internacional positivo.<sup>434</sup> A DUDH constitui, verdadeiramente, a consciência jurídica da humanidade (e, como tal, é considerada fonte de "direito superior" indiscutível). Contudo, a Convenção converte os princípios internacionais proclamados na Declaração em verdadeiras normas internacionais.<sup>435</sup> A Convenção Europeia implica assim, um importante instrumento dentro do sistema europeu de protecção dos direitos humanos aplicável tanto aos Estados como aos sujeitos particulares, que são os titulares dos direitos que inclui a Convenção. Assim, visto que a Convenção estabelece obrigações e direitos (reconhecidos pelos Estados Partes na mesma) parecia ser mais conveniente que os direitos (e limites a estes) incluídos na Convenção estivessem aí detalhadamente definidos em vez de serem apenas enumerados e remitem directamente a sua interpretação para a DUDH. Apesar de esta ser, indubitavelmente, a sua inspiradora e servir, obviamente, de instrumento de interpretação a esses direitos.<sup>436</sup>

Neste contexto, na segunda reunião do Comité de Expertos, apareceu uma nova proposta de emenda ao texto (anteriormente elaborado pela Assembleia) que definia com mais precisão o conteúdo dos direitos e as correspondentes limitações aos mesmos. Como ambos textos (o que tinha por base o texto da Assembleia e o texto da proposta de emenda) eram substancialmente distintos (já que o método que lhes serviu de base era também essencialmente diferente) o Comité de Expertos decidiu trabalhar ambos documentos separadamente e, considerando que a escolha entre as duas opções se tratava

---

<sup>434</sup> CORRAL, C.; GONZÁLEZ, J., *Código Internacional de Direitos Humanos*, Madrid 1997, p.29.

<sup>435</sup> Cfr. infra: "Sabemos que o valor jurídico de uma Convenção internacional é distinto de uma Declaração, também internacional. Aquela contém regras expressamente reconhecidas pelos Estados (e outros sujeitos internacionais) e estabelecem direitos e obrigações entre as Partes (vide *Tratado de Viena: Direito dos Tratados*, art.º 26 e art.º 38 do *Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça*). As Declarações, em concreto a DUDH, é fonte inspiradora de direito com valor jurídico mas os seus órgãos apenas estão facultados para fazer "recomendações".

<sup>436</sup> Quanto ao valor jurídico da Convenção Europeia, remetemos aqui para o apartado que trata especificamente desse assunto (vide infra).

de uma questão mais política do que jurídica, remeteu as várias alternativas ao *Comité de Ministros* sem se pronunciar a favor de nenhuma delas.

Em consequência, o Texto do anteprojecto reelaborado pelo Comité de Expertos e enviado ao *Comité de Ministros* incluía quatro alternativas.<sup>437</sup> Contudo, acerca do direito a casar e fundar uma família, havia apenas duas e eram as seguintes:

Variante A - Art.º 2

§10: " partir da idade núbil, o homem e a mulher tem direito a casar e fundar família"<sup>438</sup>

Variante B - Art.º13

nº1: A partir da idade núbil, o homem e a mulher tem direito a casar e fundar família"

nº2: "Cada um dos Estados signatários, estão habilitados para estabelecer as regras que governam o exercício destes direitos"<sup>439</sup>

### **II.2.2.3. Dia 30 Março a 1 de Abril de 1950: Comité de Ministros convoca Conferência de Altos Funcionários**

Perante o Relatório apresentado pelo Comité de Expertos (que apresentava diferentes opiniões sobre um projecto de Convenção) o *Comité de Ministros*, considerou que a escolha entre uma das propostas do Relatório do Comité de Expertos implicava uma importante decisão política em relação ao tipo de Convenção que se pretendia. Logo, seria mais oportuno convocar uma conferência de Altos Funcionários. Estes, deveriam estar especialmente acreditados pelos respectivos governos, para optar por um dos textos

---

<sup>437</sup>Apresentaram-se duas séries de variantes: *enumeração* dos direitos com Tribunal (variante A) e sem Tribunal (variante A/2); e *definição* dos direitos com Tribunal (variante B) ou sem Tribunal (variante B/2). Também se discutia se deveriam se deveriam criar, ou não, um *Tribunal Europeu dos Direitos Humanos*. Cfr. T.P., vol.4, p.19.

<sup>438</sup>Documento A820. T.P., vol.3, p.235. Este texto segue a proposta da Assembleia Consultiva, defendendo a mera enumeração dos direitos e seus limites na Convenção.

<sup>439</sup>Documento A915. T.P., vol.3, p.281. Este texto tem por base a proposta de emenda do art.2º e defende a definição dos direitos e das suas limitações (Reino Unido).

alternativos, de modo que o *Comité de Ministros* tivesse apenas que discutir, posteriormente, um desses textos. Neste sentido, o Secretário Geral, convocou (a 22 Abril de 1950) uma Conferência de Altos Funcionários.

#### **II.2.2.4. Dia 3 de Junho de 1950: Comité de Ministros reúne-se com a Comissão**

O *Comité de Ministros* reuniu-se apenas para tratar das relações a estabelecer entre o Comité de Expertos e a Comissão de Questões Jurídicas e Administrativas.<sup>440</sup> Neste sentido, no final da sessão, o *Comité de Ministros* adoptou a seguinte resolução "Ao longo desta sua última sessão, o *Comité de Ministros* resolveu não tomar nenhuma decisão em relação à questão da Convenção de salvaguarda dos direitos humanos, antes de consultar o Sr. David Maxwell-Fyfe, Presidente da Comissão de Questões Jurídicas e Administrativas.<sup>441</sup>

### **II.3. Terceira etapa: Conciliação dos dois métodos em causa para a elaboração da Convenção**

#### **II.3.1. Dias 8-17 de Junho de 1950: Conferência dos Altos Funcionários unifica as propostas anteriores**

Em conformidade com a decisão do *Comité de Ministros* (de 1 de Abril), realizou-se a reunião do Comité de Altos Funcionários dos governos dos Estados membros que teve lugar em Estrasburgo de 8 a 17 de Junho (1950). Como resultado desta conferência, os Altos Funcionários elaboraram um projecto de Convenção com base nas propostas de

---

<sup>440</sup>Esta reunião foi causada por um certo mal estar da Comissão Consultiva em relação à atitude do *Comité de Ministros*, de a ter marginalizado (segundo a própria Comissão) durante este ultimo processo de elaboração da CEDH.

<sup>441</sup>T.P., Vol.7., p.181. (A tradução é nossa).

Convenção que o Comité de Expertos tinha estabelecido e apresentado.<sup>442</sup> Os presentes nesta Conferência tentaram unir (dentro do que era possível) as propostas anteriores, adicionando a posição respectiva de cada delegação governamental aí presente. Em relação ao tema objecto do nosso estudo, o texto resultante da Conferência dos Altos Funcionários foi o seguinte:

Art.º12: A partir da idade núbil, o homem e a mulher tem o direito a casar-se e a fundar uma família, segundo as leis nacionais que regulem o exercício deste direito.<sup>443</sup>

### **II.3.2. Dias 3-9 Agosto de 1950: Comité de Ministros reenvia o texto à Assembleia Consultiva**

Nesta reunião, este organismo, analisou o Relatório resultante da Conferência dos Altos Funcionários e, concluindo esta sua quinta sessão, o seu Presidente (MacBride) enviou uma carta (datada de 7 de Agosto de 1950) ao Presidente da Assembleia Consultiva, anexando-lhe o texto do projecto da Convenção que tinha sido elaborado na Conferência dos Altos Funcionários, para que fosse submetido à aprovação dessa Assembleia.<sup>444</sup>

### **II.3.3. Dias 7-28 de Agosto de 1950: Assembleia Consultiva discute a nova proposta**

Nesta segunda reunião, a Assembleia debate o texto do Projecto da Convenção enviado pelo *Comité de Ministros* e remete-o de novo à Comissão de Questões Jurídicas e Administrativas. Esta, elabora um novo relatório com base nesta última proposta da Assembleia e o mesmo é submetido pela Assembleia Consultiva a 25 de Agosto de 1950. Como conclusão desta reunião, a Assembleia Consultiva adopta e envia uma

---

<sup>442</sup>A proposta de definição dos direitos era apoiada pelos delegados de Reino Unido, Países Baixos, Noruega, Grécia e Dinamarca, contra Irlanda, França, Itália, Turquia e Bélgica, que defendiam a enumeração desses direitos. Cfr. T.P., vol.4, p.101.

<sup>443</sup>T.P., vol.4, p.281. Documento: A1462.

<sup>444</sup>T.P., Vol.5, p.145.

Recomendação ao *Comité de Ministros* com um novo Projecto de Convenção.<sup>445</sup> Neste novo documento o direito objecto do nosso estudo, passa para o art.º14 exactamente com o mesmo conteúdo anterior.<sup>446</sup> O Secretário Geral envia o texto do Projecto de Emenda da Assembleia Consultiva, ao *Comité de Ministros* para que este aprove.<sup>447</sup>

Art.º14: A partir da idade núbil, o homem e a mulher tem o direito a casar-se e a fundar uma família, segundo as leis nacionais que regulem o exercício deste direito.

#### **II.4. Quarta etapa: O texto definitivo do art.12 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos**

##### **II.4.1. Troca de correspondência oficial: problema da tradução inglesa de "idade núbil"**

###### **II.4.1.1. Dia 21 de Outubro de 1950: carta dirigida por Robertson a Downing**

A.H. Robertson (membro do Secretariado) envia uma carta a H.J. Downing (Alto Funcionário do Departamento de Organizações Ocidentais, do Ministério dos Negócios Estrangeiros em Londres) na qual solicita a este último que confirme algumas correcções de tradução do texto inglês com base na redacção francesa. Parece ser interessante, para o nosso estudo, as questões colocadas por Robertson, em relação ao art.º14 (referido anteriormente) na medida em que nos dão uma aproximação mais determinada acerca das intenções dos fundadores da Convenção, em relação a esta matéria: "No artigo 14º, a expressão francesa à *partir de l'age nubile* foi traduzido por *of full age*. Ora, do meu ponto de vista, esta última expressão significa aqueles que atingiram a maior idade, o que é diferente de idade núbil. Por este motivo, eu proponho *who have reached the age of*

---

<sup>445</sup>Recomendação nº 24, *Texts adopted by the Assembly*, 1950, p.33.

<sup>446</sup>Esta alteração deve-se ao facto de terem sido incluídos novamente o direito de propriedade (art.11) e o direito a escolher a educação dos filhos (art.12) e que tinham sido excluídos no projecto do *Comité de Ministros*. No art.16 deste novo projecto, também se incluía o direito a eleições livres retirado pelo *Comité de Ministros*.

*consent*. Por favor, examine se esta tradução é a mais adequada. Também se poderia dizer, *of marriageable age* mas talvez seja mais ambígua, o que não seria acertado".<sup>448</sup>

Nesta carta, põe-se de manifesto que o sentido da interpretação dada à expressão "idade núbil" não coincide com a maior idade o que parece significar que, de facto, a intenção desta expressão é a de fixar a idade da puberdade como capacidade física para o matrimónio, já que, em regra geral, implica também maturidade psíquica mínima proporcional ao matrimónio, logo para dar o consentimento matrimonial.

#### **II.4.1.2. Dia 28 de Outubro de 1950: resposta de Downing a Robertson**

Em relação à questão anteriormente referida e formulada por Robertson acerca da tradução do art.º14, Downing responde: "A expressão *age of consent* é ambígua em inglês. A palavra *nubility* existe, mas não é de uso frequente. Não sou capaz de sugerir uma tradução inteiramente satisfatória. Contudo, penso que a solução seria suprimir qualquer referência à idade, em ambas traduções, francesa e inglesa. Esta referência é desnecessária uma vez que este artigo está submetido à expressão segundo as leis nacionais, etc., e a idade na qual uma pessoa pode casar-se, com ou sem consentimento dos seus pais ou tutores está, evidentemente, especificada nas leis nacionais".<sup>449</sup>

Parece poder afirmar-se que este último não captou a importância do significado da expressão "idade núbil". De facto, se se aceitasse a proposta de Downing (de retirar essa expressão) se estaria a permitir que as legislações nacionais pudessem determinar qualquer idade, inclusivamente uma idade inferior à puberdade. Ora isto, obviamente, iria contra o direito natural na medida em que uma lei nacional poderia permitir o casamento de uma pessoa que ainda não tivesse atingido a capacidade (física e psíquica) para o mesmo. Neste caso, trata-se não só de proteger a instituição matrimonial, mas sobretudo assegurar a liberdade do consentimento. Daí que o objectivo dos que elaboraram este texto, e segundo os trabalhos preparatórios da Convenção, seja precisamente o de

---

<sup>447</sup>Documento A 2838. T.P., Vol.6, p.239.

<sup>448</sup>A tradução é nossa.

<sup>449</sup>T.P., Vol.6, p.291.



estabelecer um critério para determinar o limite mínimo abaixo do qual não existe "direito a casar". Obrigando assim as legislações nacionais a cumprir este requisito, já que as mesmas não podem alterar substancialmente o conteúdo da Convenção. Deste modo, podemos verificar que, felizmente, a expressão "idade núbil" não foi retirada do texto da Convenção, apesar das dificuldades da sua tradução, o que demonstra e confirma a sua importância.

#### **II.4.2. Dias 3 e 4 Novembro de 1950: Comité de Ministros assina a Convenção Europeia dos Direitos Humanos**

##### **II.4.2.1. Dia 3 de Novembro de 1950: revisão final e elaboração do Preâmbulo da Convenção Europeia dos Direitos Humanos**

Nesta sessão, o *Comité de Ministros* revisou as emendas propostas pela Assembleia e elaborou o respectivo preâmbulo (com base nas propostas da Assembleia) e adoptou o texto da Convenção incluindo uma dessas emendas propostas pela Assembleia.<sup>450</sup> As outras emendas não adoptadas, foram remetidas a um Comité de Expertos a fim de serem incluídos, posteriormente, num Protocolo Adicional à Convenção.

Devido à exclusão dos direitos incluídos na proposta de emenda da Assembleia Consultiva, voltou a alterar-se a numeração correspondente ao artigo que consagrava o direito a casar e a fundar uma família. Este, passa de art.º14, novamente para art.º12, mantendo-se o mesmo texto.

Art.º12: A partir da idade núbil, o homem e a mulher tem o direito a casar e fundar família, segundo as leis nacionais que regulem o exercício deste direito.

---

<sup>450</sup> Contudo, o Comité excluiu os três direitos objecto de discrepância justificando esta sua supressão por se tratarem de direitos que requeriam mais tempo de estudo. De facto, estes três direitos (direito de propriedade, direito à educação, direito a eleições livres ) foram incluídos, dois anos mais tarde, no 1º Protocolo Adicional à Convenção ( assinado em 22 de Março de 1952).

#### **II.4.2.2. Dia 4 de Novembro de 1950: assinatura da *Convenção Europeia dos Direitos Humanos***

Às 16 horas do dia 4 de Novembro, na Grande Sala do Palácio de *Barberini*, a *Convenção Europeia dos Direitos Humanos* foi assinada no decurso de uma cerimónia pública. Os Ministros assinaram segundo a ordem alfabética inglesa dos Estados membros do *Conselho de Europa*. Estavam presentes a Comissão Permanente da Assembleia Consultiva e os representantes dos meios de comunicação. Cada Ministro pronunciou um breve discurso sobre o significado social e moral da Convenção. A cerimónia foi gravada e transmitida radiofonicamente por diversas emissoras de rádio europeias.

A primeira ratificação foi realizada pelo Reino Unido (que a depositou a 8 de Março de 1951). Naqueles países onde um dos requisitos prévios de ratificação era a sua aprovação pelo Parlamento, o procedimento foi mais lento. Ao longo do ano de 1952, foram recebidas mais três ratificações (Noruega, Suécia e República Federal Alemã). A Convenção entrou em vigor a 3 de Setembro de 1953 (no momento em que foi depositado o 10º instrumento de ratificação). No final do ano de 1974, a Convenção já tinha sido ratificada por todos os Estados membros do *Conselho de Europa* (isto é, por 80 Estados), nessa altura.

#### **II.5. Conclusão acerca do processo de elaboração do art.12**

Ao contrário do que verificámos durante a análise da elaboração do art.16 da DUDH, nestes trabalhos preparatórios da Convenção não se discutiu o conteúdo do texto do artigo que garante o direito a casar e fundar família, mas sim a sua inclusão ou não, no texto da Convenção.

Assim, para interpretarmos o sentido e significado desta norma, devemos remeter-nos à elaboração do art.16 da DUDH, já que é esta a sua fonte directa.

O texto definitivo do artigo n.º 12 da *Convenção Europeia dos Direitos Humanos* ficou o seguinte:

"A partir da idade núbil, o homem e a mulher tem direito a casar-se e a fundar uma família, segundo as leis nacionais que regulam o exercício deste direito".

### III. CONTEÚDO DO DIREITO A CASAR E FUNDAR FAMÍLIA

O direito fundamental a casar (*ius connubii*<sup>451</sup>), fundamenta-se na estrutura ontológica do ser humano. Por isso, pode-se afirmar que se trata de uma situação jurídica inerente à pessoa, um direito natural, com uma dimensão de justiça que nasce do facto de o matrimónio ser uma manifestação, básica, da natureza humana sexuada, radicalmente sociável na sua feminidade e masculinidade.<sup>452</sup>

Esta situação jurídica constitui um verdadeiro direito, uma exigência *erga omnes*. De facto, ser titular do direito a contrair matrimónio implica, por parte de todos os outros, um dever correlativo de o não impedir. Por outro lado, a este direito não corresponde em si mesmo, nenhum dever correlativo a casar. Por isso, trata-se de uma esfera de autonomia (de liberdade) do sujeito que sendo um direito não implica o dever de exercê-lo.

---

<sup>451</sup>Foi o Direito Romano que designou por *ius connubii* essa situação jurídica que correspondia à estrutura antropológica (óptica) do ser humano orientada pela natureza humana à união com pessoas do outro sexo, trata-se do direito a contrair matrimónio.

<sup>452</sup> Neste sentido afirma Bañares: "Existe a pessoa humana. E esta existe modelizada segundo a sua feminidade ou masculinidade...por outro lado, a sociabilidade peculiar da pessoa humana encontra nessa modelização uma possibilidade singular de realização que se baseia na complementaridade de ambas concretizações da pessoa humana. E esta complementaridade, que aparece assinalada por uma *inclinatio naturalis* -que parte da atracção do sexo contrário- está ordenada a uma relação interpessoal tipificada pelos bens e fins naturais". BAÑARES, J.I., "El Ius Connubii, ¿Derecho fundamental del fiel?", *Fidelium Iura* (Suplemento de *Persona y Derecho*), 3, 1993, p.235 (a tradução é nossa). Cfr. também HERVADA, J.; LOMBARDÍA, P., *El Derecho del Pueblo de Dios. Hacia un Sistema de Derecho Canónico*. III, "Derecho Matrimonial" (1), Pamplona 1973, p.316. E ainda: HERVADA, J., *Una Caro. Escritos Sobre el Matrimonio*, Pamplona 2000.

Assim, sendo o direito a casar um direito humano fundamental apresenta as características próprias deste tipo de direito: é universal, irrenunciável e perpétuo.<sup>453</sup> Não se trata de um direito absoluto ou ilimitado, pois o seu exercício é regulável pela autoridade social de diversos modos e tem uns limites determinados pelas exigências da própria instituição matrimonial.<sup>454</sup> Deste modo, cabe, em relação ao próprio sujeito, o dever de respeitar a essência da instituição matrimonial.

O direito a casar, como direito fundamental, tem como objecto proteger a eleição do estado de casado; a eleição do cônjuge e proteger também o carácter intransferível do livre compromisso de ambos. Só através da interacção da vontade matrimonial dos dois contraentes é possível que surja como tal, o exercício do direito ao matrimónio em concreto e também o reconhecimento dos seus efeitos jurídicos.<sup>455</sup>

Depois desta pequena introdução ao *ius connubii*, vamos analisar o seu conteúdo e implicações como direito fundamental, previsto no art.12 da *Convenção Europeia dos Direitos Humanos*.

### **III.1. Comparação entre o Art.16º da Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Art.12º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos**

Segundo o que referimos, supra, acerca dos trabalhos preparatórios da Convenção, parece ter ficado evidente nos mesmos, que o texto legal do art.12 se inspira directamente

---

<sup>453</sup>Quanto à questão da irrenunciabilidade deste direito, podemos acrescentar que sendo o direito a casar uma exigência de justiça fundada na natureza humana, enquanto esta existir, não há possibilidade de renúncia. O que podem existir são situações de suspensão ou incompatibilidade com o seu exercício: há direitos fundamentais que são incompatíveis entre si. Mas a incompatibilidade ou suspensão do direito a casar não significa a sua renúncia ou perda.

<sup>454</sup>Contudo, todas as restrições ou limitações ao *ius connubii* devem ter um carácter excepcional e devem constar expressamente e interpretar-se em sentido estrito (trata-se de uma característica herdada pela tradição canónica). Cfr. HERVADA, J.; LOMBARDÍA, P., *El Derecho del Pueblo de Dios. Hacia un Sistema de Derecho Canónico*. III, "Derecho Matrimonial" (1), Pamplona 1973, p.317.

<sup>455</sup>BAÑARES, J.I., "El Ius Connubii, ¿Derecho fundamental del fiel?", *Fidelium Iura* (Suplemento de *Persona y Derecho*), 3, 1993, p.237.

no art.16 da DUDH.<sup>456</sup> Assim, o objectivo inicial daqueles que participaram na elaboração da Convenção foi o de transladar o maior número de elementos possíveis do texto da Declaração Universal para o da Convenção Europeia. No entanto, constatámos que os dois artigos são ligeiramente distintos. Será, pois, interessante analisarmos quais os elementos contidos no artigo 16 da DUDH que não foram incluídos no art.12 da Convenção e quais foram os motivos que fundamentaram essa exclusão.

Deste modo, se fizermos uma comparação entre os dois textos legais, verificámos que o texto do artigo 12 exclui as seguintes expressões a que se refere ao direito de não discriminação entre os cônjuges "por motivos de raça, nacionalidade e religião"; à igualdade de direitos entre os esposos em relação "ao matrimónio, durante o matrimónio e em caso de dissolução do matrimónio". A Convenção exclui também qualquer referência ao "livre e pleno consentimento dos esposos" e também suprimiu o parágrafo terceiro do artigo 16 onde consta: "A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e tem direito à protecção da Sociedade e do Estado". Passámos agora a expor os motivos que terão levado a que estas expressões fossem suprimidas do texto da CEDH.

### **III.1.1.Quanto à exclusão do direito de não discriminação**

Quanto à exclusão do direito de não discriminação, entre os cônjuges, "por motivos de raça, nacionalidade e religião", parece dever-se ao facto de a própria Convenção incluir um artigo expressamente consagrado à proibição da discriminação: "O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria social, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação" (artigo 14).<sup>457</sup> Logo, parecia ser desnecessária a sua reiteração no que diz respeito ao tema do matrimónio.

---

<sup>456</sup>Já vimos como a primeira proposta de texto elaborada no seio da Assembleia Consultiva, estabelecia textualmente "o direito a casar com livre e pleno consentimento e o direito a fundar uma família, conforme o artigo 16 da Declaração das Nações Unidas" (sessão de 29 de Agosto de 1949, T.P., Vol.1, p.169 e ver, também, doc. A/116).

<sup>457</sup>CONSELHO DE EUROPA: "Convenção Europeia dos Direitos do Homem", *Série de Tratados Europeus* (a partir daqui: STE), nº5, Estrasburgo 1999 (Julho).

### III.1.2. Quanto à exclusão da referência à igualdade de direitos entre os esposos

A exclusão da referência à igualdade de direitos entre os esposos em relação "ao matrimónio, durante o matrimónio e em caso de dissolução do matrimónio" parece ter sido por motivos de falta de consenso entre os Estados membros do *Conselho de Europa*, nessa época, acerca deste assunto.<sup>458</sup>

De facto, só trinta e quatro anos depois de assinada a Convenção, foi assinado o Protocolo nº7 da Convenção.<sup>459</sup> Curioso constatarmos que no discurso de Teitgen (7 de Setembro de 1949) na apresentação do projecto do futuro art.12 à Assembleia Consultiva, este, teve o cuidado de afirmar expressamente que se excluía do texto do parágrafo 10 do art.12 (que se referia ao direito a casar e fundar família) toda a referência à igualdade dos cônjuges incluída no art.16 da Declaração Universal das Nações Unidas.<sup>460</sup>

O tema da igualdade entre os cônjuges surgiu de novo no seio do *Conselho de Europa* à raiz da adopção, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, do Pacto Internacional relativo aos Direitos Civis e Políticos.<sup>461</sup> Em consequência desta aprovação, o *Comité de Ministros* do *Conselho de Europa* decidiu encomendar a uma Comissão de expertos de DH, a tarefa de identificar os direitos que estavam incluídos nesse Pacto das NU e que não se encontravam garantidos na *Convenção Europeia dos Direitos Humanos*. Em 1970 este trabalho foi concluído. Contudo, os trabalhos preparatórios do Protocolo só se iniciaram depois de algumas insistências da Assembleia Consultiva do *Conselho de Europa* acerca desta matéria. Assim, em 1974, a Assembleia adoptou uma recomendação dirigida ao *Comité de Ministros* que em matéria de igualdade

---

<sup>458</sup>ROBERTSON, A.H., *Human Rights in Europe*, Manchester 1977 (2ª ed.), p.104.

<sup>459</sup>Este documento foi assinado a 22 de Novembro de 1984 e entrou em vigor a 1 de Novembro de 1988 (cfr. STE nº117). No artigo nº5 deste documento, garante-se aos cônjuges a igualdade de direitos e responsabilidades no que diz respeito ao matrimónio.

<sup>460</sup> A fim de evitar demorados debates acerca deste assunto e para evitar mais demoras na aprovação da CEDH. Cfr. T.P. Vol.1, p.269.

<sup>461</sup>Este Pacto foi assinado em 1966 e entrou em vigor a 23 de Março de 1976. Cfr. United Nations, *Treaty Series*, Vol.999, p.171.

dos esposos em relação à vida familiar referia: "(...) Ambos pais devem ter os mesmos direitos e deveres em relação aos filhos menores, e devem exercer os seus direitos e deveres em comum e exclusivamente no interesse dos filhos".<sup>462</sup>

Em 1976, a mesma Assembleia recomenda ao *Comité de Ministros* que acelere os trabalhos do Comité de Expertos e que lhe comunique os resultados até 1978.<sup>463</sup> Neste contexto, em Dezembro de 1977 o Comité responsável pelos trabalhos, seleccionou treze direitos onde se incluía a igualdade de direitos entre os esposos. Contudo, só em Novembro de 1982 é que este Comité (de Expertos) conclui, finalmente, o projecto do Protocolo nº7 em cujo art.5 se previa: "Ambos esposos gozam de igualdade de direitos e responsabilidades de carácter civil entre eles e nas suas relações com os filhos em relação ao matrimónio, durante o matrimónio e a sua dissolução. O presente artigo não impede que os Estados tomem as medidas necessárias para proteger os interesses dos filhos."<sup>464</sup> Depois de o *Comité de Ministros* enviar o texto à Assembleia (em 1983), esta aprova-o e reenvia-o ao mesmo. O *Comité de Ministros* debate a interpretação do art.5, em relação à questão do divórcio (se o incluía, ou não). A decisão tomada foi a da exclusão do divórcio.<sup>465</sup> Por fim, em Setembro de 1984, o *Comité de Ministros* adopta o Protocolo nº7.<sup>466</sup>

### **III.1.3. Quanto à exclusão das palavras “livre e pleno consentimento dos esposos”**

A exclusão do "livre e pleno consentimento dos esposos" do texto da Convenção foi proposto no seio da Assembleia Consultiva, numa das sessões dos trabalhos preparatórios

---

<sup>462</sup>Recomendação 741 (1974) da Assembleia Consultiva. *Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme* 1974, p.111.

<sup>463</sup>Recomendação 791 (1976) da Assembleia Consultiva, *Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme* 1976, p.63.

<sup>464</sup>*Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme* 1982, pp24-25 (para analisar os trabalhos preparatórios, cfr. *Annales* 1979, p.101; 1980, pp.72-73; 1981, pp.90-92).

<sup>465</sup>Relatório explicativo §5. Ver também, Doc. CM (83) 664 (Novembro de 1983).

<sup>466</sup>"A Convenção e os seus Protocolos ... formam um todo". Sentença *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. GB*, de 28 de maio de 1985, Serie A, 94, § 60.

da mesma.<sup>467</sup> A sua supressão foi aceite sem discussão. Segundo alguns autores, esta exclusão parece não ter tido relevantes consequências jurídicas, na medida em que se encontrava incluída em todas as legislações nacionais dos Estados membros do *Conselho de Europa*.<sup>468</sup>

#### **III.1.4. Quanto à exclusão da última parte do Art.16º acerca do estatuto da família**

A Convenção também não incluiu a seguinte expressão da DUDH: "A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e tem direito à protecção da Sociedade e do Estado". Este parágrafo foi suprimido por considerar-se que tinha um carácter mais social do que jurídico e parecer tratar-se mais próprio de uma declaração de princípios do que de um direito propriamente dito, logo, estaria mais vocacionado a fazer parte de uma Declaração do que de uma Convenção.<sup>469</sup>

Assim, tratando-se de um direito de natureza social, esta protecção à família, foi reconhecida mais tarde na *Carta Social Europeia*,<sup>470</sup> no seu artigo 16, que refere textualmente "Com o objectivo de realizar as condições de vida indispensáveis ao pleno

---

<sup>467</sup>Cfr. Sessão de 30 de Agosto de 1949, T.P., Vol.1, p.177.

<sup>468</sup>Cfr. VELU, J; ERGEC, R., *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Bruylant, Bruxelas 1990, p.572; ENRICH MAS, M., "Article 12", em *La Convention Européenne des Droits de l'Homme: commentaire article par article*, Ed.s: L.-E. Pettiti; E. Decaux; P.-H. Imbert, Paris 1999 (2ª ed.), p.438.

<sup>469</sup>Sabemos que o valor jurídico de uma Convenção internacional é distinto de uma Declaração, também internacional. Aquela contém regras expressamente reconhecidas pelos Estados (e outros sujeitos internacionais) e estabelecem direitos e obrigações entre as Partes (vide *Tratado de Viena: Direito dos Tratados*, art.º 26 e art.º 38 do *Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça*). As Declarações, em concreto a DUDH, é fonte inspiradora de direito com valor jurídico mas os seus órgãos apenas estão facultados para fazer "recomendações".

<sup>470</sup>Assinada em Turim em 1961, entrou em vigor em 1965. Foi posteriormente completada por três Protocolos Adicionais. Estes, foram assinados, respectivamente, em: 5 de maio de 1988 (em vigor desde 1992); em 21 de Outubro de 1991 (ainda não entrou em vigor) e em 9 de Novembro de 1995 (em vigor desde Julho de 1998). O Protocolo de Turim, protocolo de emenda à *Carta Social Europeia*, torna mais eficaz o mecanismo de controlo estabelecido pela Carta. Este mecanismo introduzido por este Protocolo, inclui um controlo com base na elaboração de Relatórios por partes dos países que o ratificaram e por Reclamações Colectivas (previsto no Terceiro Protocolo Adicional, já referido, que foi assinado em 1995 e em vigor desde 1998).



desenvolvimento da família, célula fundamental da sociedade, as Partes Contratantes se comprometem a promover a protecção económica, jurídica e social da vida familiar, sobretudo através de prestações sociais e familiares, de normas fiscais, de incentivo à construção de alojamentos adaptados às necessidades familiares, ajuda aos lares jovens ou de muitas outras medidas apropriadas".<sup>471</sup>

### **III.2. O significado do "direito a casar e fundar uma família" consagrado no artigo 12 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, segundo os trabalhos preparatórios e a Jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos**

Uma das interrogantes que nos pode surgir ao lermos o texto do artigo 12, parece ser a de sabermos se o "direito a casar e fundar uma família", que se pretende garantir neste artigo, se trata de dois direitos intrinsecamente unidos ou de dois direitos independentes: o direito a casar e o direito a fundar uma família. Como podemos intuir, a resposta tem inequívoca relevância jurídica.<sup>472</sup>

Parece não haver dúvida que este artigo menciona dois direitos mas consagra a união intrínseca entre eles: o direito a fundar família resulta do direito a casar, quer dizer, o direito a casar pressupõe a possibilidade de ter família e o direito a fundar família repousa no matrimónio. Veremos se esta é, realmente, a interpretação correcta segundo o espírito do legislador e a interpretação da Jurisprudência correspondente.

O próprio texto da Convenção parece ir neste sentido, já que se afirma o direito a casar seguido da conjunção "e" fundar família. Isto parece significar uma interdependência entre os dois direitos. Além disto, a última parte desta disposição legal refere-se simplesmente a um direito: "Segundo as leis nacionais que regulam o exercício

---

<sup>471</sup>A tradução é nossa. Este texto foi recolhido em "Droits de l'Homme en Droit International", *Collection Documents Européens, Conselho de Europa*, Estrasburgo 1992, pp.219-245. O artigo 16, está incluído pela doutrina, naquilo que se denomina por "núcleo duro" dos direitos previstos na carta, o que significa que está incluído nos principais direitos aí previstos. Como consequência, são objecto de principal atenção por parte dos mecanismos de controlo da *Carta Social Europeia*.

<sup>472</sup>Por exemplo: pode o direito a casar ser invocado independentemente da capacidade procreativa inerente à fundação de uma família? Ou, o direito a fundar uma família pode ser invocado independentemente do matrimónio?

desse direito".<sup>473</sup> Referindo-se, obviamente, às leis nacionais sobre o direito a casar e fundar uma família. Deste modo, reforça a estreita união destes direitos no texto da Convenção.

A Jurisprudência parece apontar também neste sentido "(...) a finalidade do artigo 12 é a de proteger o matrimónio como fundamento da família". Vejam-se as Sentenças: *Rees*, §49,<sup>474</sup> 1986; *Cossey*,<sup>475</sup> §46 e §46 al.a, 1990; *XY e Z*, 1997<sup>476</sup> e ainda *Sheffield e Horsham*, §66<sup>477</sup> em 1998. Esta última, isto é, doze anos após a sentença *Rees*, confirma-a.<sup>478</sup>

Seguidamente, trataremos separadamente estes dois direitos para facilitar a nossa exposição. Contudo, respeitando sempre a interpretação inseparável destes direitos contidos no artigo 12.

---

<sup>473</sup> Cfr. ENRICH MAS, M., *Article 12*, em *La Convention Européenne des Droits de l'Homme: commentaire article par article*, Ed.s: L.-E. Pettiti; E. Decaux; P.-H. Imbert, Paris 1999 (2ª ed.), pp.437-454.

<sup>474</sup> Sentença *Rees c. Grã-Bretanha*, de 17 de Outubro de 1986, Série A, 106. Neste caso, um transexual alega violação do seu direito a casar (art.12 da CEDH) pelo facto de a lei inglesa não o permitir casar com uma pessoa do mesmo sexo biológico mas de sexo físico ( submeteu-se a várias intervenções cirúrgicas para aparentar o outro sexo) e psicológico oposto à sua identificação sexual. O TEDH declara: "A opinião do Tribunal é a de que o direito a casar garantido pelo art.12 se refere ao matrimónio tradicional...o art.12 expressa claramente uma protecção do matrimónio como fundamento da família".

<sup>475</sup> Sentença *Cossey c. GB*, de 27 de Setembro de 1990, Serie A, 184. Neste caso um transexual volta a colocar a mesma Demanda que o *Caso Rees*, invocando a violação do seu direito a casar. O Tribunal lembra, na sua sentença, a solução dada no *Caso Rees*, confirmando-a: "o direito a casar garantido pelo art.12, refere-se ao matrimónio tradicional entre duas pessoas de sexo biologicamente oposto. Isto transparece das próprias palavras do artigo, não havendo dúvida de que o seu sentido se orienta a proteger o matrimónio como fundamento da família" (§43, al.a).

<sup>476</sup> Sentença *X, Y e Z c. GB*, de 22 de Abril de 1997, Serie A, 91. Nesta sentença, o Tribunal exclui do seu conceito de vida familiar, a relação entre um transexual, o seu companheiro e ainda o filho, de um deles, nascido por inseminação artificial. Esta sentença afirma que este tipo de relações não só nada tem que ver com o art.12 como nem sequer com o art.8 (que tem uma evolução jurisprudencial mais aberta e flexível que o art.12).

<sup>477</sup> Sentença *Sheffield e Horsham c. GB*, de 30 de Julho de 1998, Serie A, 31-32.

<sup>478</sup> Também na sentença *Johnston et al. c. Irlanda* (de 18 de Dezembro de 1986, A, 112) o Tribunal refere: "O sentido comum da expressão *direito a casar* é claro: visa a formação de relações conjugais" (§52).

### III.2.1. O direito a casar

Para analisarmos o sentido do matrimónio segundo a CEDH, recorreremos de novo aos trabalhos preparatórios e à Jurisprudência do TEDH a fim de que nos possam elucidar acerca deste assunto. Consideramos que estas fontes são as mais adequadas para chegarmos ao verdadeiro sentido acerca da vontade do legislador na elaboração desta norma.

Os órgãos de Estrasburgo tiveram ocasião de afirmar expressamente qual era a sua concepção de matrimónio: "o matrimónio está estreitamente relacionado com as tradições culturais e históricas de cada sociedade e às concepções profundas desta sobre a célula familiar" (F. c. Suíça, §33)<sup>479</sup>. Noutra sentença, o Tribunal afirma "o direito a casar previsto no art.12 refere-se ao matrimónio tradicional entre pessoa de sexo biologicamente oposto" (Rees §1). Mais adiante na mesma sentença confirma: "Na opinião do Tribunal, o direito a casar garantido pelo art.12, refere-se ao matrimónio tradicional entre pessoas de sexo biologicamente oposto. Isto deduz-se do próprio texto do art.12 e do qual resulta claro que a finalidade deste artigo é a de proteger o matrimónio como fundamento da família" (Rees §49). Estas mesmas palavras do Tribunal foram reiteradas noutras sentenças (Cossey §6 e §43; e ainda na Sentença Sheffield e Horsham §66).<sup>480</sup> Além disto, na Sentença Johnston, o Tribunal nega que este artigo implique o direito ao divórcio afirmando que: "As palavras direito a casar são claras: visam a formação de relações conjugais e não a sua dissolução" (§52)<sup>481</sup>. Assim, segundo a jurisprudência pertinente, a finalidade da norma que garante o direito a casar, consiste em proteger o matrimónio enquanto fundamento da família.<sup>482</sup>

Em conclusão poderíamos afirmar que o direito ao matrimónio está consagrado na CEDH, no seu sentido "mais clássico" e está profundamente enraizado nas "tradições

---

<sup>479</sup>Sentença *F. c. Suíça* de 18 de Dezembro de 1987, Serie A, 128. Nesta sentença o TEDH afirma: "O âmbito do matrimónio está estreitamente relacionado com as tradições culturais e históricas de cada sociedade e às suas profundas concepções acerca do matrimónio como célula familiar" (§33).

<sup>480</sup>Sentença *Sheffield e Horsham c. GB*, de 30 de Julho de 1998, Serie A, 31-32.

<sup>481</sup>Sentença *Johnston et al. c. Irlanda*, de 18 de Dezembro de 1986, A, 112.

<sup>482</sup>Cfr. DE SALVIA, M., *Compendium de la CEDH-Les principes directeurs de la Jurisprudence relative à la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Strasbourg 1998, p.274.

culturais e históricas da sociedade europeia".<sup>483</sup> Deste conceito de matrimónio segundo a jurisprudência do TEDH, podemos afirmar o seguinte:

a) O direito ao matrimónio que garante a Convenção é aquele que se refere a pessoas de sexo biologicamente oposto. O artigo 12, garante o direito de uma pessoa a casar, mas condicionando o seu exercício a pessoas de sexo distinto. Isso é o que se deve entender pela expressão "homem e mulher" contida no texto. Este parece ser o motivo pelo qual, esta norma da Convenção, se refere aos titulares do direito no sentido da sua distinção sexual (homem e mulher) e não como: "todos", "pessoa" ou, em abstracto: "garante-se", "reconhece-se", "têm direito", tal como se indica nos restantes artigos contidos na Convenção, cujos titulares são a pessoa humana independentemente do seu carácter sexual (ser mulher ou homem).

De facto, os sujeitos da norma são claramente identificados segundo a sua modalidade sexual: feminina e masculina.<sup>484</sup> Tal como já referimos supra, o Tribunal deixa claro que, segundo o art.12, só se garante o direito ao matrimónio entre pessoas de sexo diferente (Sent.s: Rees, §49 e Cossey, §43, etc.). O Tribunal considera "incluído no referido conceito tradicional, um motivo suficiente para continuar a aplicar os critérios biológicos para determinar o sexo das pessoas para fins de matrimónio" (Cossey §46).<sup>485</sup>

b) Outro elemento do conceito de matrimónio contido no art.12, é que este não inclui o direito ao divórcio. Tal como já referimos durante a exposição dos trabalhos preparatórios (tanto da Convenção como do Protocolo nº7), constatou-se claramente que não havia a mínima intenção de incluir qualquer garantia em relação ao direito à dissolução do matrimónio: "Ao remeter ao respectivo artigo da Declaração Universal, nos remetemos ao parágrafo deste artigo que consagra o direito a casar e fundar família, mas não às disposições posteriores deste artigo, que visam os direitos após o matrimónio, já que nós não garantimos outro direito para além do direito ao matrimónio".<sup>486</sup>

---

<sup>483</sup> Ibidem.

<sup>484</sup> ESCRIVÁ-IVARS, J., "Transsexualidad y Matrimonio", *Humana Iura* 1992, Vol.2, pp.325-350.

<sup>485</sup> Sobre esta matéria veja-se também CAMPS, M., *La trascendencia jurídica de la identidad sexual: estudio interdisciplinar del transexualismo*, Tesis doctoral, Universidad de Navarra 2001, parte IV, Cap.1.

<sup>486</sup> TP, Vol.1, p.268.

Neste sentido, confirma a Jurisprudência do TEDH: "Para o Tribunal, os Trabalhos Preparatórios não revelam nenhuma intenção de englobar no art.12 uma garantia ao direito à dissolução do matrimónio por divórcio" (Sentença Johnston et. al. §52). E ainda: "Os requerentes insistem muito sobre a evolução social posterior à redacção da Convenção e sobretudo, no aumento, sensível, segundo dizem, do número das rupturas das relações conjugais. A Convenção e os seus Protocolos devem ser interpretados à luz das condições actuais...mas o Tribunal não pode extrair, através duma interpretação evolutiva, um direito que não está aí incluído desde o seu início. E isto é assim, sobretudo nestes caso em que existe uma omissão deliberativa" (§53). Também refere a mesma sentença: "O sentido comum das palavras direito a casar é claro: elas visam a formação das relações entre cônjuges e não a sua dissolução" (Sentença Johnston et. al. §52). Contudo, se a "legislação nacional permite o divórcio - coisa que a Convenção não inclui- o art.12 permite ao divorciado o direito a voltar a casar (re-casar) sem sofrer restrições irrazoáveis" (Sent.s F. c. Suíça, §§ 32, 33 e 38; Johnston §124).<sup>487</sup>

c) Segundo o previsto no art.12, o direito a casar está submetido às leis nacionais dos Estados partes, mas, afirma o texto legal, só no que diz respeito ao seu exercício: "As limitações a este direito, daí resultantes, não o devem restringir, ou reduzir de um modo ou num grau que afecte a sua própria substancia" (sent. Rees §50, Cossey §43, F c. Suíça §32). Estas limitações dizem respeito à forma (publicidade e celebração do matrimónio) e de fundo (no que diz respeito à capacidade, ao consentimento, e a alguns impedimentos).<sup>488</sup>

Mais adiante, abordaremos com mais profundidade o significado de matrimónio segundo essas tradições culturais e históricas de Europa, que determinam a interpretação do texto legal em análise e a respectiva Jurisprudência do TEDH.

---

<sup>487</sup>O direito a casar previsto no art.12, não cobre as relações extraconjugais. Por isso, não garante o direito de procriar fora do matrimónio nem estende os efeitos jurídicos deste às pessoas não unidas pelo matrimónio (Cfr. Sent.s. *Johnston*, §55-56; *Marcx*,§31; *Rees* §49, *Cossey* §43 e 46).

<sup>488</sup>Cfr. Sent. citada: *F. c. Suíça*, §32.

### III.2.2 O direito a fundar família

O direito a fundar família é geralmente entendido, em Direito Internacional Público, como consequência do direito a casar.<sup>489</sup> Por este motivo, a maior parte das legislações nacionais partem da família fundada no matrimónio, como modelo básico para reconhecerem uma união e lhe concederem os benefícios inerentes ao estatuto de família. O prévio matrimónio, é, pois, considerado como regra geral e condição básica para se fundar uma família.

Já vimos como nos debates de elaboração do art.16 da DUDH, havia consenso quanto à interpretação deste artigo. Este, era interpretado no seu sentido mais natural, quer dizer, o direito a casar resulta na fundação de uma família. E, de facto, esta interpretação não levantou quaisquer objecções.<sup>490</sup>

Assim, podemos afirmar que o art.12 foi elaborado com a intenção de que só as pessoas casadas pudessem vir a reclamar o direito a fundar uma família com base nesta norma.<sup>491</sup> De facto, parece também ser essa a intenção do legislador quando condiciona o acesso ao casamento dos sujeitos com "idade núbil" (ainda que esta expressão tem, também, outras implicações que abordaremos mais adiante). Parece pois poder afirmar-se que, realmente, o direito a fundar família garantido pela Convenção Europeia é consequência do matrimónio.

A Jurisprudência do TEDH evidência a posição supra referida, em várias das suas decisões. Por exemplo, uma cidadã alemã denunciou o governo Belga (país onde estava a viver) por não poder adoptar aí uma criança. Com base no art.12, a demandante alegava que o seu direito a fundar família tinha sido violado. Os órgãos de Estrasburgo (neste caso

---

<sup>489</sup> ERIKSSON, M.K., *The Right to Marry and to Found a Family-a World-Wide Human Right*, Uppsala 1990, p.130.

<sup>490</sup>Cfr. Discurso de R. Cassin (representante de França), General Assembly Official Records (a seguir GAOR), 3º Comité, 1948, p.163). Vimos também, que esta foi a interpretação dada pelos elaboradores da CEDH e também a da Jurisprudência do TEDH, que confirmam a mesma interpretação.

<sup>491</sup> ERIKSSON, M.K., *The Right to Marry and to Found a Family-a World-Wide Human Right*, Uppsala 1990, p.153; JACOBS, G., *The European Convention on Human Rights*, Oxford 1975, p.162; FAWCETT, J., *The Application of the European Convention on Human Rights*, Oxford 1987, p.288.

a Comissão) rejeitaram esta demanda por considerarem que não só o direito a adoptar não estava previsto na Convenção, como "além disto, o direito a casar e fundar família implica ter filhos, quer dizer, é necessário que, previamente, e como condição, exista um casal" (X c. Bélgica e Países Baixos, §77).<sup>492</sup> Daqui podemos deduzir que a Demanda de um solteiro que visa adoptar uma criança não pode ser realizada com base no art.12. Noutro caso, a Comissão considerou que a adopção, em determinadas circunstâncias, de uma criança por um casal (mulher e homem unidos pelo matrimónio) podia ser considerado como um direito a fundar família (mas que as normas nacionais eram decisivas nestes casos).<sup>493</sup>

Assim, do estudo da jurisprudência e dos Trabalhos Preparatórios, parece poder concluir-se que só as pessoas (mulher e homem) unidos por matrimónio podem reivindicar o direito a fundar família com base no art.12 da Convenção.

### **III.3. O conceito de matrimónio**

#### **III.3.1. Conteúdo do conceito de Matrimónio na sociedade ocidental**

Abordaremos agora, com mais profundidade o significado de matrimónio segundo a realidade antropológica que lhe subjaz e que segundo essas "tradições culturais e históricas de Europa", que determinaram a interpretação do texto legal em análise e é mencionada pela respectiva Jurisprudência do TEDH anteriormente referida. Podemos, pois, perguntarmo-nos: quais são essas tradições histórico-jurídicas de Europa?

As raízes jurídicas de Europa sobre o matrimónio e a ritualização dos ritos amorosos mediante as núpcias, remontam à doutrina desenvolvida pelo império romano-cristão.<sup>494</sup> De facto, este nosso estudo estaria muito incompleto se não abordássemos o

---

<sup>492</sup>X c. *Bélgica e Países Baixos*, Demanda nº6482, D7.

<sup>493</sup>Cfr. X c. *Países Baixos*, Demanda nº8896/80, Decisions and Reports, European Commission of Human Rights (a seguir: DR), 24, 176.

<sup>494</sup>BENEYTO, J., *Una Historia del matrimonio*, Madrid 1993, p.16. Cfr. HERVADA, J.; LOMBARDÍA, P., *El Derecho del Pueblo de Dios. Hacia un Sistema de Derecho Canónico*. III, "Derecho Matrimonial" (1), Pamplona 1973, p. 279.

tema da influência do cristianismo, no Direito que formou os juristas e informou a sociedade desde o início do estudo do Direito nas universidades até aos nossos dias. Vamos pois dar uma síntese histórica desta influência conjugando com a respectiva evolução do conceito de matrimónio.

Até aos princípios do sec.IV, a Igreja viveu à margem do Direito Romano, pois este não reconhecia a sua existência e incluso considerou ilícita a condição de cristão.

No conceito romano pagão (pré cristão) havia matrimónio legítimo (*iustae nuptiae*) quando *um* homem e *uma* mulher que tinham alcançado a puberdade e reunissem as demais condições legais, conviviam com aparência conjugal (*affectio maritalis*).<sup>495</sup> O direito a contrair um matrimónio legítimo se designava *connubium*. Só o tinham os cidadãos romanos e alguns estrangeiros privilegiados.<sup>496</sup> A união conjugal dos que não tinham *connubium* não produzia efeitos jurídicos (*matrimonium iniustum*). O matrimónio romano não era um acto jurídico mas sim uma situação de facto com efeitos jurídicos, por isso não se pode falar de bigamia, pois uma nova união conjugal punha termo à união anterior. O matrimónio de escravos era apenas um *conturbenium*, ao qual se reconheciam alguns efeitos jurídicos. No Direito Romano desta época, já havia proibições que impediam o matrimónio (como o da idade, já referido). A convivência existente tinha certo reconhecimento como *concubinatus*.<sup>497</sup> O consentimento necessário para contrair matrimónio (o chamado *alieni iuris*) era, em princípio, o dos pais sob cujo poder se encontravam os noivos mas já na época pagã do Direito romano, tende-se a dar cada vez mais importância ao consentimento dos noivos.<sup>498</sup> Sendo somente uma situação de facto

---

<sup>495</sup>O matrimónio romano foi sempre monogâmico. Normalmente as mulheres casavam-se depois dos 14 anos e os homens depois dos 18. Contudo, era lícito o casamento desde a puberdade, isto é, desde os 12 para as mulheres e 14 anos para os homens. Cfr. D'ORS, A., *Derecho Privado Romano*, Pamplona 1977, p.281.

<sup>496</sup>Esta situação foi desde o início reprovada pelo cristianismo. Cfr. HERVADA, J.; LOMBARDÍA, P., *El Derecho del Pueblo de Dios. Hacia un Sistema de Derecho Canónico*. III, "Derecho Matrimonial" (1), Pamplona 1973, p.280.

<sup>497</sup>Cfr. D'ORS, A., *Derecho Privado Romano*, Pamplona 1977, p.283.

<sup>498</sup>Os descendentes legítimos encontravam-se sob a *patria potestas* do *pater familias*. Nem a maioria de idade nem o matrimónio punham termo a esse poder paterno e à consequente incapacidade jurídica dos filhos. A intensidade deste poder e o seu alcance foram diminuindo progressivamente, sobretudo pelo impacto do cristianismo de modo que a tradição jurídica europeia não recolheu mais do que um débil resíduo da antiga *patria potestas* romana. Esta, se adquiria pelo nascimento legítimo (ou por um acto de adopção). No direito romano clássico não se conhecia



(*res facti*), o matrimónio romano, podia cessar em qualquer momento através da vontade devidamente notificada (*repudium*) do cônjuge que abandona ao outro (*divortium*).<sup>499</sup>

No início da segunda década do Séc.IV (quando a Igreja já tinha alcançado um notável desenvolvimento) a situação do cristianismo no império romano, alterou-se substancialmente, graças a uma série de éditos de Galério, Constantino e Licínio.<sup>500</sup> No ano 380, Teodosio I, com Graciano e Valentiniano II, declarou o cristianismo como religião do império. Com a caída do império romano de ocidente (ano 476), o império romano-cristão circunscribia-se fundamentalmente a oriente. Nesta região, verificou-se uma contínua interferência entre governo temporal e organização eclesiástica. Com a recopilação justiniana (*Corpus Iuris Civilis*) e o Decreto de Graciano (*Corpus Iuris Canonici*) deu-se a expressão mais completa e permanente daquilo que veio historicamente a designar-se por Direito Romano-Cristão.<sup>501</sup> De facto, a doutrina cristã influenciou a evolução do Direito Romano, a partir do sec.IV e concretamente se constata essa influência na obra recopilada do imperador Justiniano.<sup>502</sup>

De facto, podemos afirmar que a ciência do Direito Civil nasceu com os glosadores que estudavam e interpretavam os *libri legales*, que dizer, os códigos da recopilação

---

nenhum acto para legitimar os filhos fora do matrimónio, contudo, por influência do cristianismo, o Direito Romano passou a considerar legítimos os filhos de pais solteiros quando os pais contraíam posterior matrimónio. O cristianismo deu uma importância decisiva a este consentimento como fundamento de um vínculo indissolúvel. Cfr. HERVADA, J.; LOMBARDÍA, P., *El Derecho del Pueblo de Dios. Hacia un Sistema de Derecho Canónico*. III, "Derecho Matrimonial" (1), Pamplona 1973, p.299-300; e ainda, CARRERAS, J., *Las Bodas, Sexo, Fiesta y Derecho*, Madrid 1998 (2ª ed.), pp.52-56.

<sup>499</sup>Regra geral, enviava-se um aviso ao outro cônjuge que, normalmente, já estava distanciado. *Divortium* era o próprio facto da separação e *repudium* era o acto unilateral de um dos cônjuges.

<sup>500</sup>HERVADA, J.; LOMBARDÍA, P., *El Derecho del Pueblo de Dios. Hacia un Sistema de Derecho Canónico*. I, "Introducción a la Constitución de la Iglesia", Pamplona 1973, p.73.

<sup>501</sup>Quando os imperadores se converteram ao cristianismo e a religião católica se tornou a religião do império, os imperadores não conseguiram independentizar-se totalmente da tradição que lhes atribuía a função de garantir a unidade religiosa do império com base na religião cristã. Disto resultava a sua tendência a considerar a organização eclesiástica como uma questão política. Contudo, o cristianismo defendia e incluía uma radical distinção entre o poder político e religioso e levava a estabelecer uma organização própria e independente da imperial. Esta organização foi-se desenvolvendo com total independência do poder político até que os imperadores começaram a interferir continuamente na vida da Igreja, inclusivamente em problemas relacionados com disputas dogmáticas e a convocatória de concílios (o designado *Cesaropapismo*). Consequentemente, chegou-se a uma certa confusão entre o aspecto político e religioso.

justiniana que foram acolhidos no clima nascente da universidade medieval. Nos sec.12, Irnerio (da Universidade de Bolonha) e os seus discípulos elaboravam a glosa dos textos civis que já existiam. Por sua vez, Graciano (da Ordem dos Camaldulences, de finais do sec.11 e meados do sec.12), contemporâneo de Irnerio, desenvolve a sua actividade docente no ambiente glosador do *ius civile*. Ora, como a Graciano lhe interessavam sobretudo as normas canónicas, iniciou o grandioso projecto de elaborar um corpo doutrinal que coordenava todo o sistema de normas do Direito Canónico existente. Rapidamente a sua obra se difundiu por todas as universidades europeias (a sua obra denominou-se *Decreto de Graciano*). Assim, ao lado do Direito Romano, passa também a ser glosado, nas universidades medievais, o Decreto de Graciano que era considerado o outro Direito (os glosadores e estudiosos deste último, serão os canonistas). Mais tarde, as normas dos Papas (*Decretales*) seriam acrescentadas e também incluídas no objecto de estudo das universidades. Nesta época, estabeleceu-se no sistema de Direito, o matrimónio Canónico que influenciaria definitivamente a história do Direito matrimonial de ocidente.

Neste contexto, desde o ponto de vista da cultura jurídica, a Europa medieval conheceu dois Direitos: o civil (contido na recopilação justiniana: *Corpus Iuris Civilis*) e o canónico (que se plasmava no *Corpus Iuris Canonici*). Ambos eram estudados nas universidades e influenciaram a prática jurídica de Europa, na medida em que contribuíam a formar o critério dos homens que aplicavam o Direito. Neste plano da cultura jurídica, há que ter em conta que ambos os Direitos estavam numa contínua e reciproca influência.<sup>503</sup> O Direito Civil contribuía para articular as soluções técnicas do Direito da Igreja e o Direito Canónico tomava posições perante questões não exclusivamente eclesiásticas, rectificando, assim, aquelas soluções jurídicas do Direito Romano menos conformes com os critérios do cristianismo. De facto, o Direito medieval era uma cultura jurídica: um Direito Comum Romano e Canónico que se estudavam nas universidades e aprendiam todos os juristas.<sup>504</sup> Neste sentido, o Direito Comum influenciou toda essa

---

<sup>502</sup>Contudo, esta influência não modificou as instituições jurídicas ao ponto de ser possível afirmar que reflectiam perfeitamente o espírito do cristianismo.

<sup>503</sup>Na realidade, quando os Papas legislavam, na Idade Média, não pretendiam só resolver os assuntos submetidos ao seu poder pois também aportavam soluções cristãs ao Direito do momento.

<sup>504</sup> HERVADA, J.; LOMBARDÍA, P., *El Derecho del Pueblo de Dios. Hacia un Sistema de Derecho Canónico*. III, "Derecho Matrimonial "(1), Pamplona 1973, pp.279-306; e ainda, CARRERAS, J., *Las Bodas, Sexo, Fiesta y Derecho*, Madrid 1998 (2ª ed.), pp.56-66.

época, porque constituía o saber jurídico dos homens cultos (e não porque o impunha um imperador, rei ou o Papa). Neste sentido, na ordem jurídica medieval não existia qualquer tensão entre o Direito Canónico e o Direito Civil. Na realidade existia apenas esse Direito Comum (Romano e Canónico).

A definição medieval de matrimónio mais influente foi a de Justiniano com as adaptações canónicas referidas:<sup>505</sup> tanto o Decreto de Graciano<sup>506</sup> como as decretais de Gregorio IX,<sup>507</sup> recolhem a definição justinianiana sem outras alterações que a da substituição de *continens* por *retinens*.<sup>508</sup> É esta definição de matrimónio que prevalece até ao Séc.XVII e incluso posteriormente. As reformas introduzidas pelos autores medievais tenderam a por de relevo três pontos que as definições romanas deixavam menos nítidas: a indissolubilidade (donde procede a substituição de *continens* por *retinens*<sup>509</sup>); e, por fim, o fim da procriação que levou à introdução do termo *maritalis*.; a distinção clara entre matrimónio e concubinato (ao que obedece o início *inter legitimas personas*).

Esta evolução do conceito de matrimónio, arranca do Direito Romano, sistema jurídico em cujo âmbito territorial a Igreja viveu os seus primeiros séculos. A clara distinção entre matrimónio e simples convivência (concubinato) foi a primeira base facilmente acolhida pela Igreja<sup>510</sup> Isto implicava que o matrimónio tivesse a sua origem na vontade especificamente matrimonial (*animus maritalis*) e não no simples facto das relações carnis (ainda que fossem estáveis e os sujeitos já convivessem entre si). Apesar do Direito da Igreja aceitar o princípio referido do Direito Romano, não a aceitou tal como

---

<sup>505</sup> Por Pedro Lombardo e Rolando Bandinelli.

<sup>506</sup> Cfr. C.XXVII, q.II. (cit. por HERVADA, J.; LOMBARDÍA, P., *El Derecho del Pueblo de Dios. Hacia un Sistema de Derecho Canónico*. III, "Derecho Matrimonial" (1), Pamplona 1973, p.21-22).

<sup>507</sup>X,II, 23,II. (cit. por HERVADA, J.; LOMBARDÍA, P., *El Derecho del Pueblo de Dios. Hacia un Sistema de Derecho Canónico*. III, "Derecho Matrimonial" (1), Pamplona 1973, p.21-22).

<sup>508</sup>Realizada por Rolando Bandinelli. Esta substituição foi para expressar melhor a indissolubilidade do matrimónio (ver infra).

<sup>509</sup> A legislação crista afirmava a indissolubilidade do matrimónio que pode considerar-se na história do direito uma recuperação de uma exigência primaria do Direito natural e já contido no evangelho.<sup>509</sup>

<sup>510</sup>Cfr. HERVADA, J.; LOMBARDÍA, P., *El Derecho del Pueblo de Dios. Hacia un Sistema de Derecho Canónico*. III, "Derecho Matrimonial" (1), Pamplona 1973, p.279.

era. De facto, a Igreja estava consciente desde o seu início da indissolubilidade do matrimónio. Por isso, o acto do consentimento (*consensus*) adquiriu com o cristianismo um valor que não teve para o Direito Romano.

O consentimento para o cristão era a causa inicial e não uma situação de facto continuada. Não se tratava de uma desvalorização do princípio romano mas sim da sua revalorização. Na sociedade dos primeiros séculos havia uma clara distinção entre a concepção romana do matrimónio, divorcista, e a concepção cristã que defendia a indissolúvel fidelidade.

Deste modo, podemos afirmar que a definição de matrimónio considerada como a mais rigorosa e que reuniu o maior consenso e estabilidade ao longo da história do Direito, foi a de Pedro Lombardo.<sup>511</sup> Este autor, em meados do Séc.XII (na época do nascimento das universidades de Bolonha e Paris) aperfeiçoou a fórmula romana de matrimónio que aparecia nas Instituições de Justiniano (que constituíam a recopilação dos textos jurídico-romanos mais antigos que esse imperador mandou reunir pelo ano de 530). O texto de Justiniano afirmava o seguinte: "núpcias ou matrimónio é a união do homem e da mulher, que contém a comunidade indivisível de vida". A partir de Pedro Lombardo (com ligeiros retoques posteriores)<sup>512</sup> a definição ficou a seguinte: "o matrimónio é a união marital de homem e mulher entre pessoas legítimas que retêm uma comunidade indivisível de vida".<sup>513</sup>

Esta definição considerava o matrimónio como uma *união*. Distinguia-se, assim, definitivamente entre pacto (boda, núpcias) e o matrimónio propriamente dito

---

<sup>511</sup> Cfr. HERVADA, J., *Reflexiones en torno al matrimonio a la luz del Derecho Natural*, Pamplona 1976, p.65. E, também, cfr. VILADRICH, P.-J., *Agonía del matrimonio legal*, Pamplona 1981, p.158. E ainda cfr. HERVADA, J.; LOMBARDÍA, P., *El Derecho del Pueblo de Dios. Hacia un Sistema de Derecho Canónico*. III, "Derecho Matrimonial" (1), Pamplona 1973, p.22. Contudo, também a definição clássica de Modestino foi muito conhecida: "As núpcias são a união do homem e da mulher, consorcio de toda a vida, comunhão no Direito Divino e Humano". D.23, 3,1, traduzido por HERVADA, J.; LOMBARDÍA, P., *El Derecho del Pueblo de Dios. Hacia un Sistema de Derecho Canónico*. III, "Derecho Matrimonial" (1), Pamplona 1973, p.21.

<sup>512</sup> Recordemos que Rolando Bandinelli (como já referimos supra) usando a fórmula de Justiniano, substituiu a palavra *continens* por *retinens*, por expressar melhor a indissolubilidade do matrimónio. Cfr.HERVADA, J.; LOMBARDÍA, P., *El Derecho del Pueblo de Dios. Hacia un Sistema de Derecho Canónico*. III, "Derecho Matrimonial" (1), Pamplona 1973, p.22.

<sup>513</sup> JUSTINIANO I, *Institutiones*, 1,9,1. (*Las Instituciones de Justiniano*, Ed. e Trad. de Francisco Hernández-Tejero, Granada 1998).

(vínculo).<sup>514</sup> Uma *união marital* tinha o mesmo significado que conjugal. Com este adjectivo qualifica-se o carácter matrimonial da referida união. *Entre mulher e homem* implicava a necessária heterossexualidade do matrimónio (exclui a união entre pessoas do mesmo sexo). Entre *pessoas legítimas*, indicava que só eram validas as uniões contraídas por quem não estava incapacitado por impedimentos (de idade, estar já casados, etc.) e por quem prestava o seu consentimento da forma devida. Com isto, distinguia-se o matrimónio das situações de facto, concubinato, etc. Por último, com a referência de que o matrimónio *retém uma comunidade indivisível de vida*, Pedro Lombardía referia-se à exclusividade da união e da sua indissolubilidade.

A importante influência que a Igreja desempenhou na formação do Direito Comum (conjunto de ambos os Direitos) explica-se pelo predominante papel que desempenharam os Romanos Pontífices na vida política de Europa. De facto, a hierarquia eclesiástica, detentora de uma grande autoridade moral, não perdeu em toda a Idade Média, o seu importante papel. Quando se consolidou o Sacro Romano Império, mais de metade dos príncipes eram prelados. Os mosteiros tiveram uma importante função e os seus Abades desempenharam o papel de autênticos senhores feudais. Estes factos justificam o grande conflito que se sentiu ao longo de toda a Idade Média: o Papa e a hierarquia eclesiástica reivindicavam a liberdade para exercer com plenitude e sem interferências o seu poder espiritual com uma consequência temporal evidente, já que os dignatários eclesiásticos ao serem frequentemente senhores feudais estavam ligados ao imperador e aos reis, por vínculos de fidelidade, própria da sua função temporal.<sup>515</sup>

Nos séculos V e VI, em oriente, a Igreja gozou de uma protecção oficial poderosa (o Império Bizantino) o qual lhe exigiu, como contrapartida, o submetimento a um sistema

---

<sup>514</sup>O termo união refere-se à vinculação social e de justiça entre duas pessoas e a unidade dos aspectos conjugales das suas naturezas. Cfr. VILADRICH, P.-J., *Agonia del Matrimonio Legal*, Pamplona 1981, p.158.

<sup>515</sup>Um dos importantes conflitos desta época foi a famosa "querela das Investiduras" que tornou extremamente difícil as relações entre o imperador do Sacro Império Romano (supremo poder temporal da cristandade) e o Papa (supremo poder espiritual da Igreja). O Papa considerava que as investiduras dos Bispos era um assunto eclesiástico onde não devia interferir o poder temporal. Mas, os príncipes temporais, pretendiam exercer sobre os eclesiásticos os mesmos poderes que sobre os senhores feudais não eclesiásticos. Este conflito foi solucionado com a "Concordata de Worms" (1122) acordada entre o Papa Calixto II e o imperador Henrique V, que estabeleceram as bases de uma convivência pacífica entre ambos os poderes.

de forte controlo por parte do poder imperial (dá-se o fenómeno designado: Cesaropapismo). Ao contrário, no sector ocidental do império a situação foi bastante diferente. Desde o Séc.IV que novos povos (os germânicos) invadiam o território ocidental do império, produzindo uma ausência de poder. Para cobrir este vazio, a hierarquia eclesiástica teve um relevante papel no ocidente medieval. De facto, com as invasões dos povos germânicos, as cidades imperiais viram-se frequentemente ameaçadas e a única autoridade indiscutida era o Bispo, frequentemente designado: *defensor civitas*. O seu poder e influência derivava do prestígio da função religiosa e da sua indiscutível superioridade cultural. Estruturaram-se as monarquias germânicas mas na nova organização política, os Bispos mantiveram um papel importante.

Dos séculos VI-VIII, a geografia muda radicalmente: o império romano de oriente, que tinha conservado um cristianismo separado de Roma, foi absorvido pelo Império Otomano (os turcos ocuparam Constantinopla no ano de 1454). A partir do Séc.XV o poder papal debilitou-se e consolidou-se o Estado moderno.<sup>516</sup> Este, ao assentar-se como forma política (finais do Séc.XV e princípios do Séc.XVI) põe nas mãos dos monarcas novos recursos de poder, fortalecendo-o.<sup>517</sup> Contudo, o Estado não consegue o monopólio do Direito, já que os juristas continuavam a formar-se nas universidades, nas quais se continuou a ensinar, até ao Séc.XVIII, o Direito Romano-Canónico. Com a queda do poder feudal, caíram também as fórmulas que tinham contribuído para salvaguardar a autonomia de muitos Bispos. A tendência da justiça comum administrada em nome do rei pôs em causa os Tribunais independentes para as causas espirituais. A Igreja começou, então, a perder a sua independência perante o poder real. O processo de evolução da filosofia moderna provoca um certo antagonismo entre as ciências sagradas e as profanas determinando uma cultura e ciência moderna inclusivamente hostil com respeito às

---

<sup>516</sup> Trata-se de uma fórmula jurídica (o Estado moderno) que é fruto da expansão do poder real, alentada pelos escritos dos teóricos do Renascimento, especialmente Maquiavél (que introduziu o princípio de separação entre a Política e a Ética) e Jean Bodin (que desenvolveu o conceito de soberania do Estado) em cujas bases começaram a assentar as ideias de um Estado laico.

<sup>517</sup> O exército, a administração da justiça, um aumento da possibilidade de estabelecer um sistema de normas jurídicas, etc.

ciências sagradas.<sup>518</sup> A reforma protestante (Séc.XVI) levaria à divisão do cristianismo rompendo, assim, definitivamente a unidade religiosa da cristandade.<sup>519</sup>

Desde finais do Séc.XVIII (com o início da Revolução Francesa: 1789) o Estado moderno sofreu profundas transformações, alentado por sucessivos movimentos ideológicos, sobretudo a do individualismo liberal;<sup>520</sup> o espírito democrático;<sup>521</sup> e a influência dos diversos movimentos socialistas.<sup>522</sup> Estes movimentos ideológicos deram origem a um Estado de cariz democrático ocidental com certas características: estabelecimento do princípio do Estado de Direito;<sup>523</sup> na declaração, promoção e tutela dos direitos fundamentais da pessoa humana como limite ao poder político<sup>524</sup>. Neste contexto, a hierarquia eclesiástica dedicou-se a uma função meramente espiritual: ao governo dos fiéis naquilo que diz respeito à ordem interna da Igreja. Consolidou-se a ideia de que o Estado é fonte de Direito. O Direito Canónico limitou-se a regular a ordem interna da Igreja Contudo, a liberdade da Igreja para desenvolver a sua função espiritual, ficou dependente da vontade do legislador estatal o que provocará conflitos. As relações entre o ordenamento jurídico estatal e o Canónico, deu lugar a diversas soluções técnicas.<sup>525</sup>

---

<sup>518</sup>A cultura inicia um processo de independentização com respeito à Teologia, desenvolvendo-se as novas ideias da filosofia cartesiana, da idealista, da racionalista, etc.

<sup>519</sup>A Reforma Protestante foi levada, sobretudo, pelo impulso de Martin Lutero, Calvino, Zwinglio e Melachton. Também há que acrescentar aqui a atitude de Henrique VIII de Inglaterra que rompe a unidade com Roma devido a uma questão acerca da indissolubilidade do seu matrimónio que provoca a divisão entre os fiéis ao rei (anglicanos) e os fiéis à Igreja (católicos). Para um desenvolvimento da concepção do matrimónio na Reforma, veja-se: TEJERO, E., *El Matrimonio. Misterio y Signo. Siglos XIV al XVI*, Pamplona 1971, pp.223-248.

<sup>520</sup>Que acentua a personalidade individual do cidadão frente ao poder real, pondo em crise as bases das monarquias absolutas e que, buscando uma igualdade política (ainda que meramente teórica já que potenciava a superioridade da burguesia) levou à ruptura da sociedade estamental.

<sup>521</sup>Que se reflecte fundamentalmente no fomento da participação de todos os cidadão nas responsabilidades de governo.

<sup>522</sup>Através da luta de classes, tentavam promover as classes sociais mais desfavorecidas que levaria, segundo essas teorias, a maior igualdade entre as classes.

<sup>523</sup>Que se fundamentava na submissão da actividade do governo às normas jurídicas e na separação dos poderes legislativo, administrativo e judicial.

<sup>524</sup>Estabelecido pelas Constituições e referendado por documentos de ordem internacional.

<sup>525</sup>Desde a época medieval se estabelecem acordos entre as autoridades eclesiásticas e civis, nos quais se regulam matérias relativas às relações entre ambos poderes. Estes acordos, quando são estipulados entre a Santa Sé e os órgãos competentes dos Estados (onde se assumem compromissos

No Séc. XIX, a escola racionalista do Direito natural reduziu a concepção clássica do matrimónio (supra referida) à ideia de sociedade, empobrecendo-a notavelmente. Assim, acentuou-se a definição de matrimónio como sociedade referindo-se ao matrimónio propriamente dito e não ao pacto conjugal. Estes, identificaram o matrimónio com o matrimónio *in facto esse*. Assim, o matrimónio foi concebido como um mero estatuto social para procriar filhos segundo uma ordem decente. Fez-se, assim, uma distinção entre matrimónio *in fieri* (causa) e matrimónio *in facto esse* (efeito) com dois âmbitos diferenciados ainda que, obviamente, intimamente relacionados entre si (como causa e efeito). Deu-se uma definição diversa para cada uma delas. O matrimónio *in fieri* foi definido como *contractus legitimus et individuus quo vir et muher sibi mutuo ius in corpus tradunt in ordine ad actos per se aptos ad generationem*. Por sua vez o matrimónio *in facto esse* se define *societas coniugalis variis obligationibus et iuribus mutuis constans in ordine ad prolis generationem et educationem*.<sup>526</sup> Reduziu-se, assim, o matrimónio a uma simples sociedade composta por pessoas de sexo diferente, formada com o objectivo de procriar e educar a prole.<sup>527</sup> Mais tarde, a substituição do termo sociedade por comunidade para designar o matrimónio, teve como objectivo ressaltar a importância do amor no matrimónio.<sup>528</sup>

---

de ordem internacional) recebem o nomes de *Concordatas*. Actualmente há uma grande actividade diplomática entre a Santa Sé e os outros Estados (por exemplo, de 1950 a 1999 estipularam-se 128 acordos entre o Estado do Vaticano e outros Estados. Só nos últimos 9 anos assinaram-se 43 Concordatas (uma média de 19 por ano). A Santa Sé tem, actualmente, relações diplomáticas com 172 países, ao nível de embaixada e Nunciatura. E Representações da Federação Russa e da Organização para a Libertação da Palestina). Cfr. MARTIN DE AGAR, J., *Raccolta Di Concordati*, Roma 2000.

<sup>526</sup> Cfr. HERVADA, J., *Reflexiones en torno al matrimonio a la luz del Derecho Natural*, Pamplona 1976, p.34.

<sup>527</sup> Cfr. J.G. Heineccio (Escola Racionalista do Direito Natural), "Elementos de Direito Natural e de Gentes", citado por HERVADA, J., em *Reflexiones en torno al matrimonio a la luz del Derecho Natural*, Pamplona 1976, p.39.

<sup>528</sup> O amor conjugal reduzir-se-á até ao Séc.XX, a uma condição necessária para o bom êxito da vida matrimonial, mas fora da sua essência juridicamente considerada. Assim, durante muitos séculos a sociedade viveu com uma mentalidade que estabeleceu uma certa ruptura entre o matrimónio e o amor conjugal. O amor entre os cônjuges entendia-se como um requisito de felicidade, mas não como suporte do matrimónio. O matrimónio seria um dever. Por isso, os matrimónios contraíam-se frequentemente por razões de Estado, patrimoniais, familiares, etc., sem que o amor prévio fosse um motivo verdadeiramente relevante (o que se pedia ao cônjuge era o cumprimento dos seus deveres, não o amor, que só era estimado como desejável por ser factor de felicidade). Esta mentalidade ainda não foi erradicada totalmente, e o demonstra o próprio facto de



Assim, no campo do Direito, os juristas também discutiram acerca da natureza jurídica da união conjugal e com que figura jurídica se deveria compará-lo. Alguns autores preferiram o conceito de sociedade,<sup>529</sup> outros de instituição,<sup>530</sup> outros ainda a de contrato.<sup>531</sup> Contudo, actualmente entende-se que o matrimónio do ponto de vista jurídico é uma realidade única, *sui generis*, logo "incomparável e singular".<sup>532</sup> Neste contexto, qualquer equiparação ou assimilação do matrimónio acaba por obscurecer gravemente a sua essência.

Em síntese, no Direito Clássico, era clara a distinção entre matrimónio e concubinato. Assim, para que uma união fosse considerada matrimónio, era necessário que houvesse *consensus maritalis*: isto é, consenso ou vontade de contrair matrimónio. Deste modo, o matrimónio distinguia-se de uma mera situação de facto. Em consequência, mesmo que uma união de facto apresentasse as características de estabilidade, procriação, educação dos filhos, comunidade de vida, etc., era considerada concubinato e não matrimónio, precisamente por faltar-lhe o pacto conjugal legítima e validamente constituído. Além disto, considerava-se também que nenhum facto ou situação podia constituir alguém em matrimónio.<sup>533</sup> O consentimento matrimonial não era uma mera vontade psicológica, mas sim um acto inicial de compromisso conjugal, por isso, era

---

as Nações Unidas terem tido necessidade de proclamar expressamente, entre os direitos da mulher, o de eleger livremente o seu esposo. Cfr. Art.6, 2 al.a) da *Convenção Para a Eliminação da Discriminação Contra a Mulher*, adoptada pela A.G. das NU (Res.34/80) a 18 de Dezembro de 1979 e que entrou em vigor a 3 de Setembro de 1981. Cfr. BAYEFISKY, A., *The UN Human Rights System in the 21<sup>st</sup> Century*, Haia, Londres, Boston 2000, pp.387-397.

<sup>529</sup>Tem o inconveniente de levar à concepção do matrimónio como união de partes só com vista a uns fins (duraria enquanto durassem estes fins). Além disto, leva a estudar o matrimónio dentro da noção jurídica de sociedade que foi elaborada tendo em conta as relações comerciais e patrimoniais. Ora, no matrimónio, as partes são fins em si mesmas e nunca são meios (meros instrumentos) para obtenção efectiva dos fins.

<sup>530</sup>Esta definição tem o inconveniente de levar à concepção do matrimónio como uma estrutura inventada pelo legislador de cada época. Acaba por não atender ao aspecto de que tanto o pacto como os elementos essenciais do matrimónio derivam da mesma natureza humana: da sua distinção sexual e complementaridade. Perde-se, pois, o sentido natural do matrimónio.

<sup>531</sup>Esta assimilação do matrimónio ao contrato tem como inconveniente de apenas se referir ao pacto conjugal (causa que origina o vínculo) mas não atende à comunidade de vida que estabelece o consentimento. Quer dizer, apenas atende ao momento fundacional do matrimónio mas não dá importância à estrutura que se constituiu, sendo pois incompleta.

<sup>532</sup>VILADRICH, P.-J., *Agonía del Matrimonio Legal*, Pamplona 1981, p.161. No último capítulo aprofundaremos este assunto.

considerado um acto de vontade com valor jurídico. Logo, este acto poderia ser formalizado pelo Direito com todos os requisitos legalmente estabelecidos (eram consideradas núpcias celebradas *secundum ius*). Além disto, o pacto conjugal ia acompanhado de uma série de cerimónias. Nenhuma destas tinha relevância para a validade do pacto conjugal. Só o compromisso (*consensus*) era considerado a causa do matrimónio (desde que houvesse capacidade, ausência de impedimentos legais justos e a observância de requisitos legais sobre a forma, para a sua emissão e reconhecimento jurídico). Assim, a força constitutiva do matrimónio não provinha dos requisitos legais estabelecidos, mas sim do acto de compromisso dos contraentes. E, existia matrimónio, desde que houvesse esse acto de vontade de entrega e aceitação suficientemente manifestado (por palavras, signos ou condutas). Salvo que o ordenamento jurídico, por lei ou por costume com força vinculante, tivesse estabelecido requisitos especiais.<sup>534</sup>

Este esquema romano-cristão<sup>535</sup> (do Direito Clássico) sobreviveu ao longo dos séculos até aos nossos dias, com fórmulas variáveis, segundo as épocas e os lugares. Contudo, os elementos essenciais do matrimónio desenvolvidos por esta doutrina mantiveram-se no fundamental. Apesar das diferenças actuais, esta definição tem sido "o nervo central de toda a tradição jurídica da cultura ocidental".<sup>536</sup> Os usos e ritos da celebração matrimonial foram alterando-se e alguns ainda se mantêm.

Foi este o Direito (romano-cristão) que serviu de modelo e inspiração básica ao Direito dos países europeus. Resumidamente, poderíamos pois, responder à questão supra colocada acerca do significado jurisprudencial do TEDH acerca do matrimónio segundo as "tradições culturais e históricas de Europa", destacámos os seguintes elementos do matrimónio como subjacentes a essa concepção:

- Vontade de contrair matrimónio entre uma mulher e um homem, através de um acto jurídico: consentimento (que é a causa do matrimónio);

---

<sup>533</sup>Cfr. BENEYTO, J., *Una Historia del matrimonio*, Madrid 1993, p.17.

<sup>534</sup> HERVADA, J.; LOMBARDÍA, P., *El Derecho del Pueblo de Dios. Hacia un Sistema de Derecho Canónico*. III, "Derecho Matrimonial" (1), Pamplona 1973, p.299.

<sup>535</sup> A partir de Justiniano, o Direito Romano era já Direito Romano-Cristão e teve o seu apogeu na época de Carlomagno. Cfr. BENEYTO, J., *Una Historia del matrimonio*, Madrid 1993, p.17.

<sup>536</sup> VILADRICH, P.-J., *Agonía del matrimonio legal*, Pamplona 1981, p.158.

- Manifestação desse acto de vontade de contrair matrimónio (por palavras, signos ou condutas);

- Estabelecimento de um vínculo (situação jurídica de cônjuges, com estabilidade vocacionada à perpetuidade, procriação e educação dos filhos);

- União conjugal entre uma mulher e um homem (isto é, por motivo das suas naturezas complementarias feminina e masculina, se entregam total -exclusivamente- e mutuamente);

Pelo facto de o matrimónio ser um elemento importante para o bem comum da sociedade<sup>537</sup>, o ordenamento jurídico (civil ou eclesiástico) deve estabelecer requisitos legais para a habilidade (capacidade) dos contraentes e o seu consentimento, a forma, emissão e reconhecimento jurídico do matrimónio, respeitando sempre a primazia e o conteúdo essencial deste direito fundamental.

Podemos perguntarmo-nos a razão pela qual esses elementos essenciais recolhidos e desenvolvidos pela doutrina do Direito Romano-Cristão sobre o matrimónio, se mantém até aos nossos dias. A resposta parece estar no facto de as raízes do matrimónio se encontrarem na própria natureza humana. Logo, os seus elementos essenciais são tão imutáveis quanto essa natureza do ser humano que os determina.

### **III.3.1.1. Concepções opostas ao matrimónio clássico**

Convém agora advertirmos que esta concepção clássica que acabámos de referir e a que se referem as “tradições culturais e históricas de Europa”, sofreram uma reacção adversa pela ideologia que defende a liberdade da sexualidade considerando essas “tradições culturais e históricas de Europa”, como um submetimento da liberdade sexual a esse “matrimónio tradicional” judeu-cristão que não passa, para estes, de uma construção canónica meramente histórica.

Digamos que esta concepção da separação do matrimónio da natureza humana que lhe serve de base para torná-lo essencialmente uma realidade histórica foi incentivada e

incentivou a própria secularização do matrimónio atrás referida, que se dá quando a Igreja perde a competência jurisdicional exclusiva da regulamentação do matrimónio.<sup>538</sup> Consequentemente, dá-se uma certa confrontação entre o âmbito político e o religioso. Por conseguinte surge um laicismo ideológico antieclesiástico (fruto de conceberem o poder do Estado como uma soberania ilimitada frente ao poder eclesiástico. Consequentemente, o Estado arroga-se do poder de definir o matrimónio. Outra corrente de opinião acerca do matrimónio é aquela que o concebe como um mero contrato que, como tal, se funda no mútuo consentimento e, através do mesmo acordo das vontades dos contraentes também se pode dissolver.<sup>539</sup> Viladrich, esclarece que o fundamento do matrimónio é duplo: baseia-se na *liberdade* dos cônjuges para dar o seu consentimento, dando causa ao matrimónio. Por outro lado, a *natureza humana* possui a potência da união da complementaridade conjugal que cria a comunidade conjugal. Assim, *liberdade* e *natureza* são os dois fundamentos do matrimónio. Neste sentido, se apenas se der valor ao consentimento (à vontade dos cônjuges), então translada-se todo o fundamento do matrimónio à liberdade. Como consequência, aparece a concepção do matrimónio como mero contrato, fruto *apenas* da vontade livre dos contraentes, sem qualquer referência à sua fundamentação na natureza humana, igual em todos.<sup>540</sup> Para esta ideologia, é a vontade das partes que determina as condições do matrimónio. Assim, em vez de fundamentarem o matrimónio na essência da natureza humana, consideram que as exigências derivadas da mesma só são aplicáveis aos contraentes religiosos por mera razão da religião que professam. Esta dramática confusão acaba por identificar o matrimónio com o conjunto de normas que o regulam, levando a uma concepção meramente positiva

---

<sup>537</sup>Cfr. Veja-se o número 3 do texto legal da DUDH que regula o matrimónio (art.16), inclui: "A família é um elemento natural e fundamental da sociedade e do Estado".

<sup>538</sup> Recordemos aqui a influência da reforma protestante, na medida em que M. Lutero, ao negar a sacramentalidade do matrimónio, considerava que este era só competência da jurisdição civil do Estado.

<sup>539</sup> Viladrich adverte que a forma legal pública exigida para a manifestação e recepção do consentimento dos esposos introduzido no âmbito do Direito Canónico a partir do Concílio de Trento viria a ser um "inesperado cómplice" da desnaturalização do matrimónio. É evidente que o bom objectivo desta exigência era acabar com os matrimónios clandestinos (que violavam frequentemente os direitos da mulher e da criança, votando-as à pobreza e ilegitimidade). Contudo, com o tempo, esta forma para a validade do matrimónio acabou por confundir o matrimónio com o consentimento, desvalorizando a comunidade conjugal.

<sup>540</sup> VILADRICH, P.-J., *El Modelo antropológico del matrimonio*, Madrid 2001, 11.

e, conseqüentemente, histórica do matrimónio.<sup>541</sup> Adverte Viladrich que, quando uma “cultura tiene el hábito de creer que existen varios matrimonios –el religioso y el civil, etc.- es que la institución matrimonial se ha *desnaturalizado* y convertido en diversas estructuras artificiales de índole jurídico-formal, bajo las que subyacen concepciones ideológicas diversas sobre la sexualidad y la procreación humanas”.<sup>542</sup> Creemos que esta advertência é suficiente clara para levar-nos a reflectir acerca da sociedade que nos rodeia.

Seguidamente, estudaremos a natureza humana como realidade antropológicas que fundamenta o matrimónio.

#### **III.4. Natureza humana: base do matrimónio (seu fundamento antropológico)<sup>543</sup>**

Sendo o matrimónio uma instituição natural, isto significa que os seus princípios estão inscritos na própria natureza da pessoa humana feminina e masculina. Logo, a base natural do matrimónio é, pois, a natureza humana.<sup>544</sup> Na verdade, só conhecendo esta

---

<sup>541</sup> Afirma Viladrich com acerto que quanto “más desnaturalización del matrimonio en cuanto institución derecho natural, tanta más ideologización en la explicación del matrimonio y en su transformación en mera institución histórica de derecho positivo”. VILADRICH, P.-J., *El Modelo antropológico del matrimonio*, Madrid 2001, p.12.

<sup>542</sup> VILADRICH, P.-J., *El Modelo antropológico del matrimonio*, Madrid 2001, p.15.

<sup>543</sup> Sobre este tema abunda a bibliografía. Destacamos apenas a seguirte (entre as consultadas): HERVADA, J.; LOMBARDÍA, P., *El Derecho del Pueblo de Dios. Hacia un Sistema de Derecho Canónico*. III, "Derecho Matrimonial" (1), Pamplona 1973; HERVADA, J., *Escritos de Derecho Natural*, Pamplona 1986; *Diálogos sobre el Amor y el Matrimonio*, Pamplona 1986; *Cuatro Lecciones de Derecho Natural*, Pamplona 1989; *Libertad, naturaleza y compromiso en el matrimonio*, Madrid 1991; VILADRICH, P.-J., *Agonía del matrimonio legal*, Pamplona 1981; Idem, *El Pacto Conyugal*, Pamplona, 1981; BAÑARES, J.I., "Estructura Jurídica de la Comunidad Conyugal", *El Matrimonio en España en el Año Internacional de la Familia (Problemática Sociológica e Jurídica)*, Salamanca 1994; "El Ius Connubii, ¿Derecho fundamental del fiel?", *Fidelium Iura* (Suplemento de *Persona y Derecho*), 3, 1993; "Persona y Sexualidad Humanas: de la Antropología al Derecho", *El Matrimonio y Su Expresión Jurídica Ante el III Milenio, X Congreso Internacional de Derecho Canónico*, Pamplona, 2000, "Persona y Sexualidad Humanas: Verdad Antropológica y Dimensión de Justicia", *Ius Canonicum - Escritos en honor de Javier Hervada*, 1999; MOLANO, E., *Contribución al estudio sobre la esencia del matrimonio*, Pamplona 1977; HOYOS, I.M., "Derecho Natural y Matrimonio", *I Congreso Panamericano sobre Familia y Educación*, Monterrey, 1994.

<sup>544</sup> "Respondendo o matrimónio a uma estrutura ôntica do ser humano (a *inclinatio* natural) , a estrutura jurídica do matrimónio está determinada pelas exigências inerentes à referida estrutura

natureza podemos entender o matrimónio. Assim, se definirmos convenientemente os conteúdos antropológicos e a dimensão de justiça que contém cada um dos elementos da estrutura do matrimónio entenderemos melhor o objecto do nosso estudo: o direito a casar e fundar uma família como direito humano previsto na CEDH, no seu art.12.

Deste modo, começámos por afirmar que a inclinação natural entre uma mulher e um homem deve-se, em grande parte, á sua distinção sexual.<sup>545</sup> Não há dúvida que existe uma atracção natural entre pessoas de sexos distintos que os leva a unirem-se (tanto a pessoa feminina como a pessoa masculina o sentem).<sup>546</sup> E, apesar de que esta união entre uma mulher e um homem se basear neste pressuposto de carácter natural (a atracção sexual), isto não pode confundir-se com esta mera atracção, já que a natureza humana inclui também a racionalidade.<sup>547</sup> Isto significa que esta inclinação natural entre os sexos é regulada pela razão. Esta racionalidade, da pessoa humana, exige que se assuma livre, consciente e responsabilmente a total estrutura anímica e corpórea da sexualidade que se possui. Por isso, só um acto de vontade livre de comprometer-se totalmente dá origem ao matrimónio. Se assim não fosse, a mera atracção sexual entre duas pessoas de sexo

---

ôntica (*lex naturae*). Isto é, a *inclinatio* natural, uma vez que a estrutura do ser humano e da sua tendência e fins, apresenta-se como exigente, manifesta-se como exigência da pessoa e do seu desenvolvimento no marco da sexualidade", HERVADA, J.; LOMBARDÍA, P., *El Derecho del Pueblo de Dios. Hacia un Sistema de Derecho Canónico. III, "Derecho Matrimonial"* (1), Pamplona 1973, p.125. (A tradução é nossa)

<sup>545</sup> YEPES, R.; ARANGUREN, J., *Fundamentos de Antropología. Un ideal de la excelencia humana*, Pamplona 1998 (3ª ed.), pp.200-206; ; HERVADA, J.; LOMBARDÍA, P., *El Derecho del Pueblo de Dios. Hacia un Sistema de Derecho Canónico. III, "Derecho Matrimonial"* (1), Pamplona 1973, pp.115-117; VILADRICH, P.-J., *Agonía del matrimonio legal*, Pamplona 1981, pp.37-41 e *El Pacto Conyugal*, Madrid 1980, p.23-26; BAÑARES, J.I., "El Ius Connubii, ¿Derecho fundamental del fiel?", *Fidelium Iura (Suplemento de Persona y Derecho)*, 3, 1993, p.235 e "Persona y Sexualidad Humanas: Verdad Antropológica y Dimensión de Justicia", *Ius Canonicum - Escritos en honor de Javier Hervada*, 1999, pp.510-512.

<sup>546</sup> "E uma vez que as exigências inatas da natureza humana apresentam-se perante os outros como exigências de justiça pelo facto do ser humano ser pessoal, a conformidade com a *inclinatio* natural, que é base do matrimónio, revela-se perante o outro cônjuge como exigência de justiça, como dever-ser de natureza jurídica. Existe, pois, uma estrutura jurídica no matrimónio (una *lex matrimonii* com dimensão jurídica), mas essa estrutura é a dimensão jurídica da estrutura da pessoa humana enquanto possuidora de uma *inclinatio* natural (estrutura ôntica)". HERVADA, J.; LOMBARDÍA, P., *El Derecho del Pueblo de Dios. Hacia un Sistema de Derecho Canónico. III, "Derecho Matrimonial"* (1), Pamplona 1973, p.120. (A tradução é nossa).

<sup>547</sup> POLAINO LORENTE, A., *Madurez personal y amor conyugal*, Madrid 1992 (3ª ed.), pp.16-17; e ainda, VILADRICH, P.-J., *Agonía del Matrimonio Legal*, Pamplona 1981, pp.45-46 e *El Pacto Conyugal*, Pamplona, 1981, pp.23-25.

distinto constituiria-as reciprocamente em marido e mulher (estariam automaticamente casados!). Assim, o matrimónio é também expressão da racionalidade do ser humano, por isso, a racionalidade do matrimónio está em assumir livremente a tendência natural da mulher a unir-se a um homem e a unirem-se conjugalmente (isto é, a constituírem uma união que tem por base a dualidade sexual que modeliza as suas respectivas pessoas).<sup>548</sup>

Logo, podemos afirmar que o vínculo natural originado pelo acto de vontade recíproco, entre uma mulher e um homem, surge como resultado de uma eleição que se expressa pelo consentimento e institui uma íntima comunidade conjugal. De facto, a pessoa é um sujeito livre, logo, a sua vontade tem capacidade para originar os seus próprios actos, de autodeterminar-se.<sup>549</sup> O acto próprio da liberdade consiste no amor: a adesão da vontade a um bem (que é aquilo que é entendido como o que lhe convém porque a realiza).<sup>550</sup> Assim, desde o ponto de vista antropológico, no matrimónio, o amor recebe uma especificação: a de conjugal pelo facto de querer o outro como esposo. Isto significa a plena aceitação daquilo que a própria natureza oferece como complemento entre os sexos (incluindo a sua possibilidade de maternidade e paternidade).<sup>551</sup>

Assim, verificámos como través da sua estrutura sexuada, as pessoas se atraem e também se relacionam. E, pelo facto de que cada uma das pessoa ter domínio sobre si mesma, pode dar-se (precisamente porque se possui) a outra pessoa expressando assim um

---

<sup>548</sup> "Em que consiste, fundamentalmente, o compromisso? Consiste substancialmente no acto pelo qual cada contraente assume o outro segundo a sua estrutura natural sexuada e, por isso, segundo a ordem natural (isto é, segundo a natureza) e se dá e entrega ao outro, projectando ao futuro, à história, o desenvolvimento da vida matrimonial conforme a estrutura natural assumida". HERVADA, J., *Libertad, Naturaleza y Compromiso en el Matrimonio*, DIF, Madrid 1991, p.16. (A tradução é nossa).

<sup>549</sup> Cfr. YEPES, R.; ARANGUREN, J., *Fundamentos de Antropología un ideal de la excelencia humana*, Eunsa (3ª ed.), Pamplona 1998, pp.68-69.

<sup>550</sup> Sobre esta matéria veja-se, p.ex., HERVADA, J., *Diálogos Sobre o Amor e o Matrimónio*, Braga 1974, pp.17-56.

<sup>551</sup> Assim, se alguém de raiz excluísse toda a possibilidade de procriar, esta exclusão significaria a rejeição do outro como esposa-mãe potencial (e vice versa). Isto, deveria entender-se como rejeição do matrimónio propriamente dito, pois o sujeito estaria a negar-se de dar-se ao outro e receber o outro de um modo esponsal intrínseco à essência (conteúdo que é identificador) do próprio matrimónio. Assim também, quem rejeitasse de modo absoluto e total a possibilidade de relação conjugal estaria a querer uma união diferente do próprio matrimónio, logo excluindo-o. Cfr. BAÑARES, J.I., "Persona y Sexualidad Humanas: de la Antropología al Derecho", *El Matrimonio y su expresión jurídica ante el III Milenio*, X Congreso Internacional de Derecho Canónico, Pamplona, 1998, p.4.

amor de preferência pelo qual deseja unir-se ao outro, livre e voluntariamente, num matrimónio.<sup>552</sup> Mas esta entrega ao outro tem que ser sempre recíproca. Por isso, o momento fundacional do matrimónio centra-se precisamente na liberdade. E a forma de exercer esta liberdade é expressando o consentimento (“sim, quero-te como esposo/a”). É, pois, através do consentimento que a pessoa expressa o seu domínio ontológico e moral. Isto comporta, necessariamente, uma dimensão jurídica. De facto, este acto de vontade consensual, dá origem a um vínculo jurídico que contém direitos e deveres, cujos titulares são (de modo igual) ambos os cônjuges.<sup>553</sup> Neste acto de vontade que dá origem ao matrimónio, os contraentes não só comprometem aquilo que no momento presente lhes pertence, como também tudo aquilo que lhes possa vir a pertencer, isto é, tudo aquilo que neles ainda está em potência.<sup>554</sup> Por este motivo trata-se de um acto de vontade radical e profundamente pessoal (logo só é possível num ser que é inteiramente livre: porque é a máxima expressão de liberdade humana). Este conteúdo do consentimento caracteriza todo o desenvolvimento da vida matrimonial.

Do que aqui referimos, constatámos que esta peculiar união entre uma mulher e um homem (entrega plena e total nos termos supra referidos) só é possível porque se apoia num verdadeiro fundamento natural. Quer dizer, a própria natureza humana permite este tipo de união porque contém esta possibilidade em potência (está presente na estrutura ôntica da própria pessoa humana: mulher e homem). E visto que a pessoa humana é em si mesmo intransmissível e incomunicável, a parcial comunicabilidade que existe entre a natureza humana feminina e masculina só é possível graças à sua dimensão corpórea. Isto

---

<sup>552</sup> (...) Plenitud e autopossessão são em si particularmente ricos, pois possibilitam a realização do dom de si em que consiste o amor - que, por sua vez, constitui a realização plena da pessoa", BAÑARES, J.I., "Persona y Sexualidad Humanas: de la Antropología al Derecho", *El Matrimonio y Su Expresión Jurídica Ante el III Milenio, X Congreso Internacional de Derecho Canónico*, Pamplona, 1998, p.6. (A tradução é nossa).

<sup>553</sup>É importante entendermos esta dimensão jurídica: os namorados amam-se a título gratuito, mas os esposos além de amar-se, decidiram e comprometeram-se, por um acto livre da sua vontade, a amar-se, logo, amam-se a título de dívida.

<sup>554</sup>O único modo que o ser humano tem de entregar-se de uma vez para sempre, actualizando toda a sua capacidade (potência) de amor, é através dum acto pelo qual compromete (faz doação de) essa capacidade perante o outro para toda a vida. Isto é o que acontece no matrimónio, de modo que a vida conjugal enquanto resultado do amor, não é outra coisa que o cumprimento e realização da entrega já realizada", HERVADA, J.; LOMBARDÍA, P., *El Derecho del Pueblo de Dios. Hacia un Sistema de Derecho Canónico*. III, "Derecho Matrimonial" (1), Pamplona 1973, p.124. (A tradução é nossa).



tem uma importância fundamental: a comunicação entre as pessoas humanas está contida em potência na própria natureza e nos termos que esta dispõe (permite). Neste sentido, a função do consentimento matrimonial é a de unir pela liberdade pessoal, o que por natureza está orientado a unir-se.

Chamámos aqui a atenção para o facto de o consentimento não ter sido incluído expressamente no texto do art.12, por considerar-se que tal menção era supérflua por se encontrar consagrada em todas as legislações dos países membros do *Conselho de Europa*.<sup>555</sup> Contudo, salientámos que inicialmente estava previsto na proposta Teitgen e está também incluído no art.16 da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*.<sup>556</sup>

Do que referimos pode-se afirmar que o matrimónio tem uma estrutura jurídica resultante da realidade natural que se expressa num consentimento que desencadeia umas consequências jurídicas que se fundamentam na própria natureza humana. E, neste sentido, a estrutura jurídica do matrimónio, a sua dimensão de justiça, é de direito natural. Neste contexto, compreende-se perfeitamente o motivo pelo qual nem o Estado nem qualquer outra entidade ou poder, possa constituir um matrimónio, porque é algo que escapa totalmente à sua competência. Por este motivo o poder público, o Estado, deve regular alguns aspectos do matrimónio mas não pode alterar a sua essência por tratar-se de uma matéria que está fora da sua competência. De facto, as formalidades legais do matrimónio (cuja regulação cabe ao poder público) nada acrescentam ao verdadeiro matrimónio a não ser o seu reconhecimento legal e a protecção que lhe concede a publicidade e o mecanismo de protecção do Estado. Neste sentido, se compreende o motivo pelo qual o próprio artigo 12 da Convenção impõe expressamente um limite substancial à intervenção do Estado nesta matéria: "(...) Segundo as leis nacionais que regulam o exercício do direito", limitando o seu poder ao mero exercício" do direito a casar.<sup>557</sup>

Do que aqui foi dito, podemos concluir que a essência do matrimónio está intrinsecamente relacionado com realidades antropológicas. Isto é, com aquilo que é

---

<sup>555</sup> Este é, pelo menos, a interpretação dada pela doutrina pertinente.

<sup>556</sup> Veja-se, supra, nosso trabalho.

<sup>557</sup> Neste sentido, veja-se, por exemplo, a seguinte Jurisprudência do TEDH: Sentenças *Rees* §50; *Cossey* §43; *F. c. Suíça* §32, etc. (vide supra nosso trabalho).

apontado pela própria natureza da pessoa humana. Esta realidade antropológica contém uma dimensão de justiça, logo, tem consequências jurídicas.<sup>558</sup> No contexto da realidade antropológica atrás referida (isto é, se a natureza humana inclina a pessoa a dar-se e receber-se conjugalmente) então podemos afirmar que todo o ser humano tem o direito a exercer o seu amor conjugal, logo, existe um correspondente dever de respeito. Assim, é exactamente por ser pessoa (feminina ou masculina) que esta possibilidade de amor conjugal lhe é devida.

E este é o fundamento do direito a casar que, por sua vez, fundamenta e legitima todo o sistema de Direito Matrimonial. Neste sentido, pode-se afirmar com Bañares, que o "Direito Matrimonial não é mais do que o desenvolvimento lógico do conteúdo do direito da pessoa" e, segundo este mesmo autor, esta seria o primeiro nível de relação entre a verdade antropológica acerca da pessoa sexuada e o Direito.

Em conclusão, do texto do art.12 e da jurisprudência correspondente podemos afirmar, resumindo, que o matrimónio se define pelo mútuo compromisso entre uma mulher e um homem, entre os quais surge um vínculo jurídico e que dá origem a uma específica comunidade de vida. Quer dizer, a essência do matrimónio reside na mulher e no homem unidos numa comunidade que assenta sobre a complementaridade dos sexos.<sup>559</sup>

Por tudo isto, seguidamente vamos aprofundar sobre o significado da complementaridade sexual da natureza humana. E, para isso, se exige analisar minimamente sobre o sentido da dimensão sexual dos seres humanos, da peculiaridade da pessoa feminina e da pessoa masculina, para chegarmos a entender essa sua complementaridade e a especificidade da relação matrimonial.

---

<sup>558</sup>Ao mencionarmos *dimensão de justiça* pretendemos referir aquilo que é devido a alguém por algum título.

<sup>559</sup>Daí que não tenha fundamento a pretensão de reivindicação do *direito a casar e fundar família*, rejeitando elementos específicos do mesmo matrimónio: não se pode querer e não querer uma mesma coisa. Excluindo algo que faz parte da essência do matrimónio, excluem-no todo, porque é algo que é dado por natureza (é uma realidade antropológica) e não está à sujeito à livre disposição nem dos sujeitos nem da lei.

---

---

## **TERCEIRO CAPÍTULO:**

### **OS TITULARES DO DIREITO A CASAR E FUNDAR FAMÍLIA**

---

---

#### **I. A HETEROSSEXUALIDADE DO DIREITO A CASAR**

Segundo o art.12 da CEDH, os sujeitos titulares da relação matrimonial são a mulher e o homem. Tal como referimos supra, isto é assim porque o matrimónio é a união entre eles através da integração das diferenças naturais próprias da distinção entre os sexos. Deste modo, a pessoa sujeito do matrimónio, é contemplada num plano de distinção sexual, isto é, enquanto modelizada pela feminidade e masculinidade.<sup>560</sup> O

---

<sup>560</sup> YEPES, R.; ARANGUREN, J., *Fundamentos de Antropología. Un ideal de la excelencia humana*, Eunsa (3ª ed.), Pamplona 1998, pp.199-202.

fundamento desta realidade reside no carácter complementario dos sexos: a heterossexualidade.<sup>561</sup>

Sendo o sexo uma estrutura da pessoa humana todo o indivíduo humano é sexuado. Neste sentido, todos os seres humanos têm capacidade jurídica para contrair matrimónio. De facto, todas as pessoas nascem com um sexo biológico.<sup>562</sup> Já referimos, abundantemente, que o fundamento desta capacidade é a própria natureza humana e que lhe é inerente uma dimensão de justiça que torna o sujeito radicalmente titular do direito a casar. Contudo, apesar de todos os seres humanos possuírem a capacidade jurídica para contrair matrimónio, alguns carecem da capacidade para exercer esse direito. Quando um sujeito carece da capacidade para o exercício do direito a casar, não pode celebrar validamente o matrimónio, pois não pode fazer surgir o vínculo conjugal.<sup>563</sup>

Neste contexto, um dos requisitos básicos para que um sujeito possa exercer o seu direito a casar é que tenha atingido a idade núbil; outro destes requisitos fundamentais para o exercício desse direito é que tenha suficiente discricção de juízo para poder comprometer-se numa união matrimonial e para que o seu acto de vontade seja eficaz para fazer surgir o vínculo que lhe dá causa; ainda outro dos requisitos básicos para o exercício do direito a contrair matrimónio é que os contraentes sejam de sexo biológico distinto.<sup>564</sup>

A CEDH, refere-se expressamente a dois destes requisitos de capacidade básica para exercer o direito a casar: a heterossexualidade e a idade núbil: "A partir da *idade núbil*, o *homem e a mulher* têm direito a casar e fundar família". Neste capítulo vamos dedicar-nos a estes requisitos.

---

<sup>561</sup> Sobre esta matéria, veja-se, p.ex., POLAINO LORENTE, A., *Sexo y cultura. Análisis del comportamiento sexual*, Madrid 1998 (2ª ed.), sobretudo as pp. 19-98 e 189-192.

<sup>562</sup> Cfr. POLAINO LORENTE, A., *Sexo y cultura. Análisis del comportamiento sexual*, Madrid 1998 (2ª ed.), pp. 19-98.

<sup>563</sup> BAÑARES, J.I., "Persona y sexualidad humanas: Verdad antropológica y dimensión de justicia", *Ius Canonicum - Escritos en Honor de Javier Hervada*, 1999, pp.506 e 509.

<sup>564</sup> É evidente que estes requisitos se baseiam na natureza da própria instituição matrimonial e na dimensão de justiça que é intrínseca à natureza humana no sentido de estar ordenada a uma relação de tipo matrimonial (complementaria). Cfr. BAÑARES, J.I., "El Ius Connubii, ¿Derecho fundamental del fiel?", *Fidelium Iura* (Suplemento de *Persona y Derecho*), 3, 1993, pp. 234-236 e 242-254.

## **I.1 Pessoa humana: mulher e homem**

Para entendermos o motivo pelo qual os sujeitos da relação matrimonial são a mulher e o homem, isto é a pessoa humana identificada pela sua dualidade sexual, devemos primeiro estabelecer alguns princípios básicos de antropologia. Assim, aprofundaremos sobre o sentido de pessoa humana, sobre o significado da diferença dos sexos e da sua complementaridade, afim de compreendermos a razão pela qual se exige que os respectivos sujeitos da relação jurídica matrimonial sejam somente a mulher e o homem enquanto tais (por serem, efectivamente, de sexo biologicamente distinto).<sup>565</sup>

### **I.1.1. Complementaridade entre a mulher e o homem**

A distinção de sexos é uma realidade natural. Isto significa que esta distinção não é produto da vontade humana nem resultado do meio socio-cultural. Referimo-nos aqui à distinção sexual num plano radical, básico, da natureza humana. É evidente que isto não significa que existe dois tipos substanciais de pessoas humanas, porque só existe uma única (e idêntica) condição essencial de pessoa humana. Na ordem lógica, em primeiro lugar vem a pessoa e em segundo lugar vem a sua dimensão sexual.<sup>566</sup> Por isso pode-se afirmar que mulher e homem são igualmente pessoas, logo igualmente titulares dos mesmos direitos e deveres. Assim, é evidente que tanto a mulher como o homem são iguais porque ambos são pessoas (possuem a mesma natureza). Contudo (como frequentemente se diz) igualdade não significa uniformidade e procurar esta igualdade suprimindo toda a diversidade é confundir uma coisa com a outra.<sup>567</sup>

---

<sup>565</sup> Cfr. POLAINO LORENTE, A., *Sexo y cultura. Análisis del comportamiento sexual*, Madrid 1998 (2ª ed.), pp. 27-99.

<sup>566</sup> Cfr. VILADRICH, P.-J., *El ser conyugal*, Madrid 2001, pp.27-30.

<sup>567</sup> Cfr. CASTILLA, B., *Persona femenina y persona masculina*, Madrid 1996, pp.11-13 e 123-124.

A dimensão sexual da pessoa humana adopta duas modalidades distintas e complementarias: a feminidade e a masculinidade. A distinção sexual diz respeito a todos os aspectos da pessoa humana e, por isso, a pessoa ao actuar desencadeia todas as suas potências dentro da sua peculiar modelização sexual. Assim, pode afirmar-se que a feminidade ou masculinidade do sujeito modelizam o exercício de toda a sua actividade, dando-lhe uma *tonalidade* própria.

Também é evidente que ao referimo-nos à feminidade e à masculinidade não aludimos apenas à distinção biológica do sexo. Se assim fosse, estaríamos a falar de machos e fêmeas e a empregar uma linguagem que se aplica exclusivamente aos animais. Na verdade, designámos mulher e homem para distinguir o sexo das pessoas humanas. Ao denominar mulher ou homem estamos a incluir duas realidades distinguíveis, o seu ser como pessoa e a modelização sexual feminina ou masculina dessa mesma pessoa.<sup>568</sup>

Esta igualdade e diferença entre a mulher e o homem está organizado naturalmente de modo a que ambos sejam complementarios. Na verdade, a mulher e o homem são duas versões da mesma natureza pois são e fazem o mesmo de um modo diverso e de tal modo que, juntos, resultam complementarios. Assim, esta complementaridade se constitui num modo de ser que, reciprocamente, se traduz em ajuda.

Isto torna-se visível, por analogia, na própria reprodução humana, tal como bem explica Blanca Castilla:<sup>569</sup> a partir de dois organismos diferentes, constata-se que cada um deles proporciona um conjunto de cromossomas em vista a um novo ser. Nenhum destes dois conjuntos se activa sem ser em conexão com o outro. O novo indivíduo constitui-se sendo expressão de genes de um programa e outro, recolhendo características de ambos organismos.<sup>570</sup> Na reprodução, a carga genética de cada ser humano é de 46 cromossomas. Cada organismo completo proporciona um programa completo, mas de 23 cromossomas. Logo, tanto a mulher como o homem contribuem com um quadro completo, mas que é exactamente metade daquilo que necessita o novo ser. Pode pois afirmar-se que cada um dos progenitores contém um programa completo e que a

---

<sup>568</sup> Cfr. VILADRICH, P.-J., *El ser conyugal*, Madrid 2001, pp.31-32.

<sup>569</sup> Cfr. CASTILLA, B., *La Complementariedad varón-mujer. Nuevas Hipótesis*, Madrid 1996, p.84.

<sup>570</sup> CHOZA, J., *Analítica de la sexualidad*, Pamplona 1978, p.26-27.

complementaridade entre ambos está fundamentalmente dirigida à fecundidade. Esta fecundidade, no caso do ser humano, dá-se não só num plano biológico, mas também, analogicamente, em todos os outros âmbitos culturais e sociais, aos quais, *mutatis mutandis*, se dá um processo similar.

Assim, na complementaridade entre os sexos (feminino e masculino), dá-se uma influência específica de cada um deles na formação da personalidade do outro. De facto, cada pessoa ao longo da sua vida, deve desenvolver (expandir) toda a sua personalidade. Para que tal seja possível todo e cada ser humano necessita da ajuda das demais pessoas. De um modo específico, a pessoa feminina proporciona um modo de viver e umas qualidades que são necessárias a todos os seres humanos afim de atingirem essa plenitude (estas qualidades fazem-se particularmente presentes com a sua ajuda). O mesmo se pode dizer em relação à pessoa masculina. Há, de facto, qualidades que se aprendem mais facilmente com a influência da pessoa feminina e outras da masculina. Isto implica aceitar que a mulher e o homem apesar das suas diferenças, são igualmente pessoas.

Portanto, a distinção entre ambos está no modo peculiar que cada um tem de encarnar essas mesmas qualidades humanas. No entanto, é preciso não confundir o facto de uma pessoa ter uma maior inclinação para determinado tipo de actividades, com a impossibilidade de cultivar determinadas qualidades.<sup>571</sup> Na verdade, a natureza humana inclui características que a mulher e o homem desenvolvem cada um à sua maneira. Assim, podemos afirmar que, o modo de ser feminino e masculino são complementarios, não só entre os sexos, mas também no interior de cada sexo.<sup>572</sup>

---

<sup>571</sup> "Certamente que a modelização sexual de cada pessoa humana implica uma característica originária que se constitui como própria do seu ser (mulher ou homem, filha ou filho, irmã ou irmão, etc.). Contudo, a modelização sexual constitui...uma inclinação natural e um marco de referência do seu ser e do seu actuar humano. Quer dizer, toda a pessoa o é como mulher ou como homem: na sua origem, como característica do seu ser, seu desenvolvimento, como modo e dever do seu actuar". BAÑARES, J.I., "Persona y Sexualidad Humanas: de la Antropología al Derecho", *El matrimonio y su expresión jurídica ante el III Milenio, X Congreso Internacional de Derecho Canónico*, Pamplona, 1998. (A tradução é nossa).

<sup>572</sup> Cfr. CASTILLA, B., *La Complementariedad varón-mujer. Nuevas Hipótesis*, Madrid 1996, pp.111-116.

### **I.1.2. A exigência da exclusividade do amor conjugal dimensão e a sua intrínseca relação com a igualdade do direito a casar:**

A monogamia ou a exclusividade do amor conjugal é uma exigência antropológica (da própria natureza da pessoa humana).<sup>573</sup> De facto, a unidade substancial, unicidade (identidade individual e indivisível) de cada pessoa humana exige que, quando se entrega (como pessoa indivisível que é) entrega-se total e exclusivamente e exige da outra pessoa a justa contrapartida da exclusividade da sua doação: a unicidade indivisível do outro.<sup>574</sup> Isto significa que a profunda exigência pessoa de "uma com um" contém a referência ontológica da unidade do ser humano.

A exclusividade é também uma exigência elementar da natureza biológica: a concepção é biologicamente monogâmica pois produz-se exclusiva e exclutivamente entre um óvulo e um espermatozoide. Contudo, a exclusividade do amor conjugal é mais do que uma mera constatação biológica. De facto, este tipo de amor é o amor da pessoa feminina e da pessoa masculina por serem precisamente mulher e homem.

Amarem-se conjugalmente de um modo total, é amarem-se tudo o que é a pessoa do outro.<sup>575</sup> Aliás, parece não poder haver autenticidade no amor conjugal quando nessa relação os esposos não comprometem totalmente a sua existência (masculinidade ou feminidade) como duas dimensões sexualmente distintas e complementarias.<sup>576</sup>

Assim, ao amor dos esposos é essencial a totalidade e, a esta, é essencial a exclusividade (a união de uma com um), pois abarca a vida inteira e a totalidade de cada um dos sujeitos.<sup>577</sup> Esta totalidade é essencial (tudo o que ela contém) mas também

---

<sup>573</sup> Pode ver-se acerca deste assunto, p.ex., VILADRICH, P.-J., *El ser conyugal*, Madrid 2001, pp.84-89.

<sup>574</sup> Veja-se sobre esta matéria: LLANO CIFUENTES, R., *Novo Direito Matrimonial Canónico*, Rio de Janeiro 1988, pp.93-98.

<sup>575</sup> Claro que a totalidade deste amor não abrange nem esgota todas as facetas da pessoa do cônjuge. VILADRICH, P.-J., *Agonía del matrimonio legal*, Pamplona 1981, p.70 (e pp.67-76); Ver também: MELENDOS GRANADOS, T., *Ocho lecciones sobre el amor humano*, Madrid 1995 (3ª ed.), pp.134-137.

<sup>576</sup> Cfr. VILADRICH, P.-J., *El ser conyugal*, Madrid 2001, pp.89-92.

<sup>577</sup> Diz Viladrich eloquentemente: "A silenciosa e paciente voz da natureza *natural* da pessoa humana faz-se sempre ouvir - ainda que com essa suavidade devida à reverencia à liberdade- cada



existencial (tudo quanto dure).<sup>578</sup> Assim, um amor é conjugal quando é total em todos os aspectos da conjugabilidade.<sup>579</sup>

Esta conexão ontológica entre unicidade e exclusividade permite-nos captar a profunda discriminação e injustiça realizada em relação às mulheres, no sistema de poligamia. Na verdade, a exclusividade é também uma exigência da igualdade da condição de pessoas entre a mulher e o homem.<sup>580</sup> A posse por ambos de uma igual unicidade pessoal, exige uma consideração de ambos de modo igual, como afirma Viladrich "a sua radical complementaridade dá-se em regime de estrita igualdade".<sup>581</sup> De facto, só neste sentido se entende a radical igualdade pessoal entre a mulher e o homem. Ambos, são diferentes mas enquanto pessoas são radical e essencialmente iguais, logo, as suas relações mutuas devem desenrolar-se em termos de igualdade. Tal não sucederia se o vínculo que os unisse não fosse exclusivo (ou não o fosse as relações a que esse vínculo desse lugar).

Em todos os países do Conselho de Europa predomina, no matrimónio, o princípio monogâmico. Também a Convenção Europeia, no seu art.12, protege claramente o matrimónio monogâmico.

Excepcionalmente, e apesar de este documento se referir ao casamento monogâmico, na jurisprudência de Estrasburgo encontramos algumas decisões que

---

vez que um homem e uma mulher se enamoram...a chamada típica do amor é uma profunda reclamação: só a ti, com todas as forças do meu ser e para sempre". VILADRICH, P.-J., *Agonía del matrimonio legal*, Pamplona 1981, p.86. (A tradução é nossa).

<sup>578</sup> De facto, outro aspecto da totalidade do amor é a sua totalidade existencial. Isto significa que o amor conjugal é total quando implica a entrega recíproca de tudo o que está contido na feminidade e na masculinidade, toda a sua realização vital possível (ao longo de todo o desenvolvimento existencial de cada masculinidade e feminidade).

<sup>579</sup> Se, por exemplo, essa união excluir a maternidade ou paternidade, já não é *total*, pois esses são aspectos *naturais* da feminidade e masculinidade.

<sup>580</sup> Cfr. LLANO CIFUENTES, R., *Novo Direito Matrimonial Canónico*, Rio de Janeiro 1988, p.97.

<sup>581</sup> VILADRICH, P.-J., *Agonía del matrimonio legal*, Pamplona 1981, p.93. Quando uma pessoa entrega a vários amantes toda a sua feminidade ou masculinidade, pelo facto de a entrega total ser indivisa, única e exclusiva, só entrega *partes* da sua feminidade ou masculinidade, precisamente as mais divisíveis da sua modelização sexual que são os aspectos mais exteriores e físicos e não os mais pessoais (que são os menos susceptíveis de divisão). Não há entrega *exclusiva* porque não se podem entregar totalmente a todos e a cada um (porque o seu próprio ser pessoal não o permite, existe uma impossibilidade ontológica: a unicidade pessoal).

toleram, nalguns casos muito restritos, a poligamia.<sup>582</sup> Mas o motivo destas decisões foi o aumento da imigração nos países europeus, sobretudo de pessoas oriundas de países de outros continentes e onde a poligamia é ainda permitida e praticada. Consequentemente, começaram a surgir conflitos com as autoridades nacionais de países europeus para reconhecer algumas das situações poligâmicas.<sup>583</sup>

Por isso, algumas autoridades, começaram a abrir excepções ao firme princípio monogâmico permitindo alguns casos de poligamia de imigrantes..<sup>584</sup> Soluções similares são adoptadas por Alemanha, França e outros países.<sup>585</sup> Nalgumas partes do mundo, a lei ainda permite casamentos poligâmicos ainda que estes estejam francamente em descenso (sobretudo devido a motivos económicos). Os principais sistemas legais que permitem a poligamia são Islâmicos.<sup>586</sup> O Comité das Nações Unidas para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (CEDAW) tem vindo a pressionar a todos os Estados onde a poligamia (na sua forma de poligenia) ainda é permitida, para que adoptem medidas progressivas afim de diminuir e dificultar a sua prática, pois actualmente é inaceitável tal desigualdade entre mulheres e homens.<sup>587</sup>

---

<sup>582</sup>*Caso Hammer c. Reino Unido*, Demanda nº389/68; *Caso X c. Reino Unido*, Demanda nº3898/68, DR Vol.35, pp.97 e 102.

<sup>583</sup> Por ex., permitir a residência a várias esposas do mesmo homem.

<sup>584</sup> Por exemplo, o Serviço de Imigração de Suécia tem por norma recusar a licença de residência a imigrantes que estejam casados com mais de uma pessoa. Contudo, excepcionalmente, quando os que requerem licença de residência são refugiados ou quando apresentam circunstâncias penosas, tal é-lhes permitido. Cfr. ERIKSSON, M.K., *The Right to Marry and to Found a Family - a World-Wide Human Right*, Uppsala 1990, p.101.

<sup>585</sup> Como por exemplo a sentença do Tribunal alemão: BVerwGE de 30 de Abril de 1985, 40 J.Z. (1985), 740, referida por ERIKSSON, M.K., *The Right to Marry and to Found a Family - a World-Wide Human Right*, Uppsala 1990, p.102.

<sup>586</sup> Aplica-se a poligamia nos países muçulmanos tais como: Paquistão, Índia, Bangladesh, Sri Lanka, etc. Em países africanos como: Nigéria, Quénia, Ghana, Mali, etc.; Acerca desta matéria, veja-se: ERIKSSON, M.K., *The Right to Marry and to Found a Family - a World-Wide Human Right*, Uppsala 1990, p.100-106 e para aprofundar sobre esta matéria, veja-se a bibliografia aí mencionada na nota nº271.

<sup>587</sup> CEDAW/C/13/Add.2, p.33. (CEDAW: Órgão criado pelas Nações Unidas com a finalidade de supervisionar a aplicação das normas da *Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher* e a aplicação dos direitos humanos em relação às mulheres). Veja-se, também, o Protocolo Opcional desta Convenção, adoptado (e ainda aberta para assinaturas) a 6 de Outubro de 1999 (AG, Resolução 54/4). Cfr. BAYEFISKY, A., *The UN Human Rights System in the 21<sup>st</sup> Century*, Haia, 2000, pp. pp.387-397 e 398-402, respectivamente. Para estes temas pode consultar-se: «<http://www.un.org/unifem>».

Também já referimos que um dos principais motivos para a proibição da poligamia, baseia-se no facto de esta ser incompatível com a igualdade entre os sexos.<sup>588</sup> A igualdade entre os cônjuges está consagrado no art.23,4 do *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos*.<sup>589</sup> Neste sentido, na maioria dos países ocidentais o princípio da monogamia é reforçado e é a única forma de se contrair matrimónio. Aliás, existe uma proibição geral de bigamia em todos os sistemas legais dos países europeus, proibindo que alguém possa contrair matrimónio antes da dissolução do casamento anterior. Mais ainda, em muitos países a bigamia é mesmo considerado um crime.<sup>590</sup> Neste contexto, em todos os países europeus, a lei prevê mesmo como impedimento para exercer o direito a contrair o matrimónio, a existência de casamento anterior (não dissolvido).

Em conclusão, podemos afirmar que a poligamia viola a igualdade entre a mulher e o homem dentro do matrimónio. Atenta também contra a própria natureza do amor humano que, como tal, reclama exclusividade no amor total (conjugal). Por outro lado, a poligamia dificulta o bem dos filhos e a sua educação. De facto, na Poliandria uma mulher dificilmente saberá de quem são os seus filhos, tornando-se injusto para estes não poderem saber com segurança a identificação do pai (e, conseqüentemente, quem é o responsável pela ajuda para manter o filho). Trata-se, pois de uma exigência de carácter natural (por força da própria instuição matrimonial), logo, de uma questão que afecta o próprio direito natural.

Assim, e segundo o que referimos atrás, podemos sintetizar que o vínculo jurídico que caracteriza o matrimónio só pode dar-se entre uma mulher e um homem. A feminidade e a masculinidade são dimensões que não podem separar-se da própria pessoa (são indivisíveis). Tanto a mulher como o homem são igualmente pessoas (pessoa feminina e pessoa masculina, respectivamente), logo têm a mesma dignidade ontológica.

Precisamente pelo facto de ambos serem igualmente pessoas, a entrega mútua entre os dois é indivisível, única e exclusiva. De facto, esta relação de co-posse, exclui uma

---

<sup>588</sup>A poligamia inclui duas formas: Poligenia e Poliandria. A Poligenia dá-se quando ao marido lhe é permitido ter várias esposas. Na Poliandria é a esposa que tem vários maridos. A Poligamia pressupõe vários casamentos e a Bigamia um segundo casamento sem a dissolução do primeiro.

<sup>589</sup> Cfr. BAYEFKY, A., *The UN Human Rights System in the 21<sup>st</sup> Century*, Haia, 2000, pp.356-372.

<sup>590</sup> Como é o caso da legislação portuguesa, sueca, etc.

entrega do mesmo tipo a outra pessoa diferente do seu cônjuge.<sup>591</sup> Se se permite a um terceiro participar naquilo que a título de dívida se entregou (livremente) ao cônjuge, está-se a praticar uma verdadeira injustiça com o cônjuge na medida em que se está a dar a outro ou compartilhar com outro, algo que já está devido, unicamente, ao cônjuge.

Com o matrimónio surge um vínculo jurídico que une os cônjuges como pessoa-feminina e pessoa-masculina, mas permanecendo ambos individualmente distintas. Através desta especial relação jurídica (com evidente fundamento ontológico) ambos os cônjuges se co-pertencem, quer dizer, tornam-se co-possuidores mútuos e solidários em relação aos fins do seu matrimónio. A diferença sexual entre a mulher e o homem não pode dar origem a desigualdades porque é precisamente essa distinção sexual que os complementa. E, voltamos a repetir: a igualdade entre os cônjuges só é possível quando ambos excluem qualquer tipo de terceiros na totalidade da sua relação.

## **I.2. Dimensão sexual do direito a casar: a sexualidade humana<sup>592</sup>**

Na sociedade actual os temas de âmbito sexual são objecto de muitos estudos e avanços científicos. Contudo, há algo que não está suficientemente divulgado acerca da mesma, trata-se da sua dimensão de justiça.<sup>593</sup> Quer dizer, o facto do aspecto sexual da pessoa humana incluir uma justiça intrínseca.<sup>594</sup> Na verdade, o exercício da sexualidade exige justiça, isto é, exige o respeito de determinadas normas que dimanam dessa dimensão sexual inserida na própria natureza humana. Isto implica que todo o exercício da sexualidade esteja pautada por umas normas (incluídas na própria natureza humana) de

---

<sup>591</sup> E se tal vem a ocorrer, é porque não se entregou totalmente ao cônjuge, não houve verdadeira união conjugal.

<sup>592</sup> BAÑARES, J.I., "Persona y sexualidad humanas: de la Antropología al Derecho", *El matrimonio y su expresión jurídica ante el III Milenio, X Congreso Internacional de Derecho Canónico*, Pamplona, 1998; CAFARRA, C. *La sexualidad Humana*, Madrid 1987; GOTZON, M. *Saber Amar con el Cuerpo: Ecología Sexual*, Bilbao 1993; CHOZA, J., *Analítica de la sexualidad*, Pamplona 1978; *Antropología de la Sexualidad*, Madrid 1991; ARREGUI, J.V., RODRÍGUEZ, C., *Inventar la Sexualidad*, Madrid 1995.

<sup>593</sup> Cfr. CARRERAS, J., *Las bodas: Sexo, fiesta y Derecho*, Madrid 1998, pp.105-106

<sup>594</sup> Cfr. VILADRICH, P.-J., *El ser conyugal*, Madrid 2001, pp.30-31.

doação e aceitação que ordenam este tipo de relações.<sup>595</sup> Esta dimensão de justiça é "originária, inalienável, prévia a todo o ordenamento social e está enraizada no ser e na dignidade da própria pessoa."<sup>596</sup>

Neste contexto, actualmente, constata-se uma especial sensibilidade para a defesa dos direitos humanos directamente relacionados com a dimensão sexual da pessoa.

Por conseguinte, os delitos sexuais são gravemente punidos, existe cada vez mais legislação sobre esse tema. Contudo, este reconhecimento cada vez maior dos direitos de âmbito sexual, frequentemente não incluem o reconhecimento dessa dimensão de justiça que está incluída na doação e aceitação do carácter sexual, anteriormente referido. E o motivo desta disfunção entre os direitos sexuais que se reivindicam e a intrínseca dimensão de justiça que estes comportam, deve-se ao facto de se exaltar o valor da liberdade sem referência ao valor da justiça que contêm.

Em consequência, tende-se a considerar que todo o comportamento livre e de mútuo acordo deve ser considerado aceitável. Isto levar à conclusão de que a sexualidade não possui nenhuma dimensão intrínseca de justiça (seria em si mesma neutra) e bastaria o mútuo acordo para que duas pessoas pudessem fazer tudo o que desejassem com a sua respectiva sexualidade. Ora, todo o ser humano tem consciência de que nem tudo o que efectivamente se pode fazer é lícito, pois determinadas condutas sexuais (como a pedestria, sado-masiquismo, etc.) não só são considerados ilegítimas (e, inclusivamente,

---

<sup>595</sup> Algumas frases expressam essa doação/aceitação: "Si amar es querer el bien para el otro, ese querer se refuerza cuando el otro desea el bien para mí y el amor se hace mutuo: entonces querer el bien para el otro es querer también mi propio bien, porque es lo que el otro quiere". YEPES, R.; ARANGUREN, J., *Fundamentos de Antropología. Un ideal de la excelencia humana*, Eunsa (3ª ed.), Pamplona 1998, p.150 (veja-se também a p.151); "Parece, pues, que el hombre no slo esta ontológicamente llamado al amor que culmina en la entrega, sino que también existe en él un impulso radical, constitutivo a ser amado"; "El amante entrega a la persona amada su corazón, se decide por ella como un todo". MELENDOS GRANADOS, T., *Ocho lecciones sobre el amor humano*, Madrid 1995 (3ª ed.), pp.40 e 113, respectivamente; "En todo amor vive un gesto de regalo de uno mismo, el cual, en el caso del amor esponsalicio está de tal manera ahormado que podemos hablar de una entrega literal de uno mismo". VON HILDEBRAND, D., *La esencia del amor*, Pamplona 1998, p.88.

<sup>596</sup> BAÑARES, J.I., "Persona y sexualidad humanas: de la Antropología al Derecho", *El matrimonio y su expresión jurídica ante el III Milenio, X Congreso Internacional de Derecho Canónico*, Pamplona, 1998, p.1.

punidas por lei) como também são, quase sempre, sintomas de transtornos psíquicos.<sup>597</sup> E isto é assim, precisamente pelo facto de a sexualidade não ser uma mera qualidade externa da pessoa mas sim uma parte constitutiva (intrínseca) do seu próprio ser. Por conseguinte, é pelo facto de a sexualidade ter uma precisa dimensão de justiça, que o direito a casar (como direito natural) só admite a possibilidade de uma relação heterossexual. Seguidamente tentaremos expor sucintamente essa relação entre a sexualidade e o matrimónio previsto no art.12 da CEDH.

Repassemos algumas das perspectivas erróneas acerca da relação entre sexualidade e matrimónio:

### **I.2.1. O matrimónio como mero legitimador da sexualidade: uma perspectiva equivocada do matrimónio**

Segundo uma certa concepção presente em alguns sectores da sociedade, o uso da sexualidade só é legítimo nos casos em que as partes tenham realizado previamente um contrato matrimonial público.<sup>598</sup> Assim, o matrimónio torna-se em lei que regula a sexualidade.<sup>599</sup> Neste contexto, a sexualidade só é digna desde que as pessoas a incluam livremente dentro do objecto formal do contrato matrimonial. A partir desse momento, o acto conjugal seria justo na medida em que passaria a ser devido em justiça. Em consequência, a distinção entre o uso e o abuso do direito sobre o corpo do cônjuge seria obscura. Logo, só se puniria a violência sexual que não estivesse legitimada pelo matrimónio.

---

<sup>597</sup> Cfr. POLAINO-LORENTE, A., *Sexo y cultura. Análisis del comportamiento sexual*, Madrid 1998 (2ª ed.), pp.120-122 e 161-196.

<sup>598</sup> CARRERAS, J., *Las bodas: Sexo, fiesta y Derecho*, Madrid 1998, p.108.

<sup>599</sup> BAÑARES, J.I., "Persona y sexualidad humanas: de la Antropología al Derecho", *El matrimonio y su expresión jurídica ante el III Milenio, X Congreso Internacional de Derecho Canónico*, Pamplona, 1998, p.2.

É evidente que isto não parece ser correcto e actualmente existem já numerosos casos de condenação por violação do próprio cônjuge.<sup>600</sup> Quer dizer, por abuso sexual dentro do matrimónio.<sup>601</sup> Infelizmente, esta concepção que atribui ao contrato matrimonial a uma mera função legitimadora do uso da sexualidade ainda está vigente em muitos ordenamentos jurídicos e instancias judiciais responsáveis pela sua aplicação.<sup>602</sup>

### **I.2.2. Sexualidade livre de compromisso: uma perspectiva equivocada acerca do uso da sexualidade**

Oposta à concepção que acabámos de referir está aquela que considera que o matrimónio nada tem a ver com o uso da sexualidade pois não lhe proporciona nenhum elemento inovador. Trata-se daqueles que defendem o uso da sua sexualidade à margem do matrimónio: por ex., em uniões de facto, etc. No caso das relações entre pessoas que estão comprometidos por uma relação de namoro, a única condição para que o acto fosse considerado lícito seria a de haver uma verdadeira relação de amor entre essas duas pessoas. Estas relações sexuais não se comparam nem à mera fornicação (que só busca o mero prazer) nem à prostituição (que busca compensação económica), nem ao contrato matrimonial (pois não existe um compromisso de carácter matrimonial). Contudo, é evidente que não existe entrega plena das suas próprias pessoas, já que o amor intercambiado entre eles é manifestado provisoriamente e apenas ancorado no espaço temporal do momento actual. Pelo facto de o amor ser entendido como mero legitimador

---

<sup>600</sup> Em Itália (Nápoles), em 1993, foi comentado o caso de uma mulher que, acusando o marido de violência sexual por obrigá-la a manter relações sexuais com ele, conseguiu que este fosse condenado a cumprir 9 meses de prisão. Contudo, em Segunda Instância o Tribunal de Apelação considerou que não havia delito pelo facto de a mulher ter o dever de cumprir o débito conjugal, na medida em que havia um contrato matrimonial prévio. Trata-se de um caso onde se constata duas perspectivas distintas de entender a sexualidade no matrimónio. Cfr. CARRERAS, J., *Las bodas: Sexo, fiesta y Derecho*, Madrid 1998, p. 109.

<sup>601</sup> Contudo parece ser que a preocupação que está subjacente a estas condenações não é tanto o uso ilegítimo da sexualidade mas antes o atentado contra a liberdade ao forçar-se fisicamente o cônjuge para que cumpra a obrigação prevista no contrato matrimonial.

<sup>602</sup> Cfr. VILADRICH, P.-J., “La familia soberana”, *Ius Canonicum*, Vol.XXXIV, nº68, 1994, p.431 e ainda, cfr., pp.144-146; CARRERAS, J., *Las Bodas: Sexo, fiesta y Derecho*, Madrid 1998 (2ª ed.), pp.13-20.

do uso da sexualidade, perde-se o sentido do matrimónio, entendido este como mero requisito legal supérfluo.<sup>603</sup>

Quanto ao fenómeno das uniões de facto é hoje frequente em todas as sociedades e, por isso, não pode fazer-se uma interpretação unívoca acerca do mesmo. Na verdade, podem ser diversos os motivos que levam a uma mulher e um homem (que se amam) a coabitar numa união à margem do matrimónio.<sup>604</sup> Apenas desejámos salientar que numa união de facto não existe matrimónio porque não há consentimento matrimonial das partes (com o que isso implica e já expusemos supra) e, portanto, não pode haver um acto de reconhecimento pelo qual a sociedade atribua valor matrimonial à união. Assim, a união de facto caracteriza-se pela ausência do acto celebrativo do matrimónio, faltando o consentimento que implica o compromisso conjugal (pessoal, íntimo e de mútua entrega). O matrimónio é uma realidade jurídica e onde não há compromisso não há união matrimonial, logo, na união de facto falta a dimensão jurídica pois é o consentimento (compromisso matrimonial) que origina o matrimónio.

Como podemos constatar, ambas as concepções, têm uma visão puramente biológica da sexualidade e despersonalizam-na, pois consideram que no exercício da sexualidade a pessoa não está intrinsecamente comprometida nesses actos. De facto, na medida em que se centra exclusivamente no ser humano como espécie biológica, perde-se referência à pessoa como centro de liberdade.<sup>605</sup> A origem desta concepção está numa visão dualista do ser humano. Pois a pessoa é apenas concebida como uma subjectividade consciente e livre que deverá ser reconhecida e protegida pelo Direito. Segundo esta concepção, o corpo e a sexualidade não definem a pessoa (não são a pessoa). Por isso, para estes, a pessoa *tem* um corpo e o corpo *tem* um sexo. Em consequência, a

---

<sup>603</sup> Cfr. VILADRICH, P.-J., *Agonía del Matrimonio Legal*, Pamplona 1981; *El Pacto Conyugal*, Pamplona, 1981, pp.155-157; CARRERAS, J., *Las Bodas: Sexo, fiesta y Derecho*, Madrid 1998 (2ª ed.), pp.112-117 e 209-215; MARTÍNEZ AGUIRRE, C., *Diagnóstico sobre el Derecho de Familia*, Pamplona 1996, 115-161.

<sup>604</sup> Por exemplo, por motivos económicos (perda de vantagens económicas), culturais, religiosos (discriminações). Negação da instituição familiar, da sociedade, da organização socio-política, mera busca de prazer sem compromisso, ignorância, pobreza, imaturidade psicológica que leva ao temor de comprometer-se com um vínculo jurídico estável. Cfr. MARTÍNEZ AGUIRRE, C., *Diagnóstico sobre el Derecho de Familia*, Pamplona 1996, 120-123.

<sup>605</sup> Para uma maior aprofundização, veja-se, por ex., BAÑARES, J.I., "Persona y sexualidad humanas: de la Antropología al Derecho", *El matrimonio y su expresión jurídica ante el III Milenio, X Congreso Internacional de Derecho Canónico*, Pamplona, 1998, p.2.



corporeidade e a sexualidade são entendidos como meras qualidades acidentais da pessoa e não constitutivas (intrínsecas) desta.<sup>606</sup> Podemos pois afirmar que em ambas perspectivas apontadas a sexualidade é concebida e tratada como mero objecto: uma pessoa pode apropriar-se do corpo de outra desde que este outro esteja de acordo e aceite o outro corpo como contraprestação.<sup>607</sup> Para uns, o único negócio jurídico lícito que se pode estabelecer com o corpo é o de intercambiá-lo no contrato matrimonial (primeira concepção errónea). Para outros, todas as combinações sexuais são possíveis, na medida em que o corpo é "coisa" que pertence ao ser humano e seria violar os direitos inalienáveis da sua pessoa, se se limitasse o uso e as faculdades sobre essa "coisa" (segunda corrente de opinião, supra apontada).

### I.2.3. Dimensão de justiça da sexualidade: pressupostos antropológicos

A concepção dualista da pessoa humana que, como vimos, se baseia na ideia da sexualidade como algo acidental e não constitutivo da personalidade humana, contrapõe-se a uma visão integradora e personalista da sexualidade que lhe devolve toda a dimensão de justiça. Neste último sentido, a dimensão sexual não é concebida como uma realidade puramente física, pois manifesta-se em todos os âmbitos do ser humano desde o mais biológico ao mais espiritual.<sup>608</sup> Já vimos como a pessoa humana se distingue em pessoa-feminina e pessoa-masculina. Que ambos possuem idêntica dignidade pessoal mas que se expressam de modos distintos. Uma dessas diferenças é o modo de comunicação existente

---

<sup>606</sup> Qualidades acidentais são aquelas que «sin constituir un elemento esencial o derivar de su naturaleza esencial es... algo accidental. (...) El accidente es lo que pertenece a un ser y puede ser afirmado de él en verdad, pero no siendo por ello ni necesario ni constante.» FERRATER MORA, J., *Diccionario de Filosofía*, voz "accidente", Madrid 1990 (7ª reimpressão).

<sup>607</sup> Cfr. CARRERAS, J., *Las Bodas: Sexo, fiesta y Derecho*, Madrid 1998 (2ª ed.), p.118; MELENDOS GRANADOS, T., *Ocho lecciones sobre el amor humano*, Madrid 1995 (3ª ed.), p.160 (veja-se também pp.151-162).

<sup>608</sup> "Desde o ponto de vista antropológico, a integração da sexualidade implica que a pessoa assuma adequadamente, os quatro pressupostos básicos da sexualidade humana: a diferença dos sexos, a inclinação natural entre eles, a complementaridade, e a possibilidade de compartilhar a capacidade geradora (também designada procriatividade)". BAÑARES, J.I., "Persona y sexualidad humanas: de la Antropología al Derecho", *El matrimonio y su expresión jurídica ante el III Milenio, X Congreso Internacional de Derecho Canónico*, Pamplona, 1998, p.8 (a tradução é nossa).

entre eles. A comunhão interpessoal manifesta-se através do corpo e isto é patente no âmbito da sexualidade.<sup>609</sup> De facto, a linguagem corporal é veículo de comunicação entre as pessoas. Neste contexto, nenhum acto é tão signo de entrega total da pessoa como o acto conjugal. E esta entrega não é uma mera entrega física, mas sim um comprometer-se a levar o outro à sua máxima realização pessoal, à sua felicidade.<sup>610</sup> Por conseguinte, cada acto conjugal é um signo de essa entrega efectuada no passado: no dia em que os cônjuges deram o seu consentimento matrimonial, actualizando-o.<sup>611</sup> Trata-se, pois, de uma união (conjugal) que confirma e demonstra a sua entrega total.<sup>612</sup> Com tudo isto, queremos salientar que a sexualidade vivida na entrega pessoal (que se realiza através do consentimento matrimonial) cumpre e expressa a dimensão de justiça que lhe é intrínseca.<sup>613</sup>

---

<sup>609</sup>"Para a pessoa humana, a diferença entre o masculino e o feminino, não termina no orgânico; a sua inclinação natural ao sexo diverso não é comparável ao cio dos animais; a sua complementaridade não é um conjunto de intercâmbios funcionais; e a sua capacidade de gerar não se reduz a uma potência reprodutora". BAÑARES, J.I., "Persona y sexualidad humanas: de la Antropología al Derecho", *El matrimonio y su expresión jurídica ante el III Milenio, X Congreso Internacional de Derecho Canónico*, Pamplona, 1998, p.8

<sup>610</sup>"A função do compromisso compreende-se melhor se tivermos presente a dimensão *tempo* do ser humano. O tempo é uma dimensão dos seres porque não são capazes de actualizar num acto único e perpétuo toda a sua capacidade de ser; por isso esta capacidade vai-se actualizando sucessivamente. Nesta dimensão, adquire perspectiva o compromisso, próprio dos seres pessoais. (...) Consiste numa decisão da pessoa que por um acto de vontade e liberdade, orienta a sua capacidade de desenvolvimento num sentido determinado". HERVADA, J.; LOMBARDÍA, P., *El Derecho del Pueblo de Dios. Hacia un Sistema de Derecho Canónico*. III, "Derecho Matrimonial" (1), Pamplona 1973, p.125.

<sup>611</sup>"Não pode existir uma união verdadeiramente conjugal sem que exista uma doação e aceitação recíproca de toda a conjugabilidade do homem e da mulher". BAÑARES, J.I., "Persona y sexualidad humanas: de la Antropología al Derecho", *El matrimonio y su expresión jurídica ante el III Milenio, X Congreso Internacional de Derecho Canónico*, Pamplona, 1998, p.4.

<sup>612</sup>"O único modo que o ser humano tem de entregar-se de uma vez para sempre, actualizando toda a sua capacidade (potência) de amor, é através dum acto pelo qual compromete (faz doação de) essa capacidade perante o outro para toda a vida. Isto é o que acontece no matrimónio, de modo que a vida conjugal enquanto resultado do amor, não é outra coisa que o cumprimento e realização da entrega já realizada"HERVADA, J.; LOMBARDÍA, P., *El Derecho del Pueblo de Dios. Hacia un Sistema de Derecho Canónico*. III, "Derecho Matrimonial" (1), Pamplona 1973, p.124.

<sup>613</sup>"O acto de consentimento relaciona-se com a justiça: a) porque a inclinação natural que o amor conjugal concreta numa pessoa de sexo diferente tende a ser um dom - no masculino ou feminino- que só pode realizar o próprio sujeito; b) porque o carácter conjugal que se estabelece a partir desse acto - e que tem por objecto o mútuo dom e recepção do outro como esposo e esposa- só pode resultar de um pacto entre as partes; e c) porque o próprio objecto do pacto é o de estabelecer uma relação de justiça." BAÑARES, J.I., "Persona y sexualidad humanas: de la Antropología al

A antropologia de tipo dualista, já referida, nega que o corpo e a sexualidade possam constituir um símbolo de realidades espirituais. Negam o significado profundamente humano à sexualidade. Uns fazem depender a licitude do acto sexual a valores externos ao mesmo: a procriação da espécie, o cumprimento do débito conjugal assumido no contrato matrimonial, etc. Outros, entenderam que todo o acto sexual é trivial e significa aquilo que cada um queira atribuir-lhe. Em consequência desta perspectiva, o significado humano da sexualidade perde nitidez e quando é interpretada desde uma concepção meramente fisiológica ou como mero instrumento da reprodução da espécie. Tanto uns como outros, negam ao exercício da sexualidade o seu valor como expressão de realidades mais profundas e que vão mais além do aspecto meramente fisiológico: a de uma entrega pessoal total.

Assim, podemos afirmar que o exercício da sexualidade será pleno quando seja autentico e verdadeiro, quer dizer, quando expresse a entrega total, pessoal e mútua.<sup>614</sup> Por conseguinte, é indubitável que é dentro do matrimónio que se dão as condições mais favoráveis para o exercício duma verdadeira sexualidade, já que os esposos previamente se entregaram mutuamente e de um modo total, através do consentimento matrimonial, onde está presente a dimensão de justiça do carácter pessoal do ser humano.<sup>615</sup> Assim,

---

Derecho", *El matrimonio y su expresión jurídica ante el III Milenio, X Congreso Internacional de Derecho Canónico*, Pamplona, 1998, p.10.

<sup>614</sup> De facto, há que ter em conta que os gestos dos enamorados tendem a demonstrar o seu amor (os enamorados desejam comprometer a sua vida para vivê-la com a pessoa amada). Apesar disto, ainda não existe nem expressaram solene e definitivamente essa plena doação recíproca. Entre estes, a declaração de amor significa promessa de entrega e não a própria entrega pessoal. Em consequência, nestes casos, a doação física não é signo nem consequência duma doação na qual está presente toda a pessoa, incluindo a sua dimensão temporal. Cfr. CARRERAS, J., *Las bodas: Sexo, fiesta y Derecho*, Madrid 1998, p. 123.

<sup>615</sup> "Se nos preguntamos qual é a dimensão de justiça própria do carácter total da pessoa, talvez possamos descobri-la no acto de consentimento, como expressão - e ao mesmo tempo- de auto-possessão e doação, precisamente baseados na estrutura da pessoa enquanto sexuada: como mulher e como homem. (...) Por sua vez, no consentimento, a dimensão de justiça é necessidade de amor conjugal, pois o amor conduz ao dom de si, que não pode ter lugar a não ser através de uma relação de justiça. Com efeito, a doação de uma como mulher ou homem não pode ser proporcionada à dignidade e riqueza da pessoa - à sua singularidade incomunicável- sem que abarque todo o futuro da pessoa na sua actuação: e a única forma humana de realizá-lo é através do compromisso. É o próprio amor conjugal que reclama *hacer-se devido* e o título da dívida é o *modo de ser* instaurado pelo amor: ser cônjuge é ser devido ao outro. Assim, o amor conjugal exige justiça, e a justiça exige como *devidos* os actos do amor conjugal. É pelo facto de a liberdade se transformar em doação, que o amor se transforma em justiça: pois aquilo que dá ao outro lhe é devido não gratuitamente, mas sim como *aquilo que é seu*", BAÑARES, J., "Persona y Sexualidad Humanas:

parece ser que no matrimónio a expressão da sexualidade é mais plena por força da própria instituição.<sup>616</sup> Com o que aqui expusemos, queremos chamar atenção para o facto de que, no matrimónio o exercício da sexualidade toma todo o seu sentido, significado e plenitude.

#### **I.2.4. A homossexualidade e o direito a casar**

Já tivemos oportunidade de referir que a relação jurídica conjugal baseia-se na pessoa humana contemplada no plano da distinção sexual (pessoa feminina e pessoa masculina) e o seu fundamento consiste na complementaridade dos sexos. Neste sentido, refere o art.12 que os sujeitos titulares do direito a casar e fundar uma família são: "homem e mulher". Quer dizer, duas pessoas de sexo distinto, logo, trata-se de uma relação jurídica com base no carácter heterossexual dos seus titulares. Assim, como já vimos, o texto do artigo 12 reconhece o direito a casar ao "homem e mulher", e este direito só pode ser invocado em relação a um casamento heterossexual. De facto, já aqui foi também referido que, segundo a jurisprudência do TEDH, o direito reconhecido neste texto visa "o matrimónio tradicional entre duas pessoas de sexo biologicamente oposto" (Sentenças: Rees, §49; Cossey, §43; Sheffield e Horsham, §66).<sup>617</sup>

Na jurisprudência do TEDH não aparece nenhuma demanda de um homossexual invocando o direito a casar segundo o disposto no art.12. E isto parece ser óbvio pelos motivos já mencionados ao falarmos do conceito de matrimónio. O assunto da homossexualidade é tratado indirectamente através de Demandas de transexuais com o objectivo de que lhes seja reconhecido o direito a casar com pessoas do seu mesmo sexo biológico. Mas aqui a questão que se coloca é bem distinta da questão da

---

de la Antropología al Derecho", *El matrimonio y su expresión jurídica ante el III Milenio*, X Congreso Internacional de Derecho Canónico, Pamplona 1998, p.8-9. (A tradução é nossa).

<sup>616</sup> Isto não, obviamente, que dentro do matrimónio todas as relações sexuais sejam justas, pois pode acontecer (e realmente acontece frequentemente) que não expressem essa doação nem actualizem uma entrega que provavelmente nem sequer foi verdadeira no momento da celebração do matrimónio ainda que, aparente e legalmente, este exista.

<sup>617</sup> Veja-se: Sentença *Rees c. Grã-Bretanha*, de 17 de Outubro de 1986, Série A, 106; Sentença *Cossey c. GB*, de 27 de Setembro de 1990, Serie A, 184; Sentença *Sheffield e Horsham c. GB*, de 30 de Julho de 1998, Serie A, 31-32.

homossexualidade. De facto, os transexuais sentem-se identificados com o sexo biológico oposto, de modo que quando invocam o seu direito a casar fazem-nos desde a perspectiva de uma identificação com o outro sexo da pessoa com quem pretendem desposar. Aliás, nas suas Demandas os próprios transexuais afirmam que não estão a por em causa a heterossexualidade do matrimónio, i.é, o facto de que o matrimónio seja entre pessoas de sexo distinto.<sup>618</sup>

Os órgãos da Convenção Europeia tomaram posições claras em relação a este assunto: "Um matrimónio requer a existência de uma relação existente entre duas pessoas de sexo oposto" (caso D. Van Oosterwiick).<sup>619</sup> E no já citado Caso Rees, a extinta Comissão Europeia estabeleceu que os Estados podiam excluir o acesso ao matrimónio, àquelas pessoas cuja própria categoria sexual implicava uma incapacidade física para procriar entre eles, tal é o caso dos indivíduos do mesmo sexo.<sup>620</sup>

O fundamento da questão acerca da exclusão dos homossexuais como titulares do direito a casar baseia-se, como já referimos, no facto de a relação conjugal se basear na pessoa humana contemplada no plano da sua distinção sexual (pessoa modelizada pela feminidade ou masculinidade) e a sua especificidade consistir na complementaridade dos sexos.<sup>621</sup> Na verdade, o consentimento matrimonial não é um consentimento qualquer (como o que se exige para os outros contratos em geral) mas sim um consentimento recíproco de cada contraente tendo em conta o sexo distinto do outro e o tipo de comunidade que visam estabelecer entre eles.<sup>622</sup> Os sujeitos da relação, estão, pois,

---

<sup>618</sup> Cfr. Sent. *Cossey*, §44.

<sup>619</sup> Cfr. Caso *D. Van Oosterwijck c. Bélgica*, Demanda nº7654/76, DR de 1 de Março de 1979. Este caso foi decidido pelo TEDH: Sentença de 6 Novembro de 1980, Ser. A Vol.40.

<sup>620</sup> Cfr. Demanda nº9532/81.

<sup>621</sup> É evidente que esta impossibilidade dos homossexuais acederem ao matrimónio não é uma reprovação da sua conduta. De facto, o Tribunal Europeu reconhece nas suas sentenças que uma legislação que pune comportamentos homossexuais desrespeita a vida privada do indivíduo considerando, assim, a homossexualidade como uma "manifestação essencial privada da personalidade humana" (Sent. *Dudgeon*, § 60 e vide também § 41). Apesar disto, considera também (na mesma Sentença) que "uma determinada regulamentação penal do comportamento homossexual masculino, como de outras formas de comportamento sexual, pode justificar-se como necessária numa sociedade democrática" (§49). Para um melhor estudo acerca destes casos veja-se: BAZÁN, J., *La Protección de la Vida Privada y Familiar en la Jurisprudência de Estrasburgo*. Tese de Doutoramento. Pamplona, Universidad de Navarra 1995, pp. 133-197.

<sup>622</sup> ESCRIVÁ-IVARS, J., "Transexualidad y matrimonio", *Humana Iura* 1992, Vol.2, p.336.

destinados a complementar-se no matrimónio. Por este motivo, o Art.12 não permite ser invocado pelos homossexuais para reivindicar o seu “direito ao matrimónio” com pessoa do mesmo sexo. E isto, devido a que o próprio matrimónio exclui esse tipo de relação ou, melhor dito, os próprios sujeitos homossexuais excluem uma relação de tipo matrimonial entre eles. Logo, não teria qualquer sentido excluírem o seu conteúdo e quererem, ao mesmo tempo, a sua fórmula legal. Dar-se-ia um esvaziamento do direito a casar. Além disto, se o direito a casar está intrinsecamente relacionado com a possibilidade de fundar família, mais uma vez constatámos que essa impossibilidade fisiológica (por serem pessoas do mesmo sexo) reforça o abuso do direito que se daria, com o reconhecimento do direito a casar e fundar família, aos homossexuais. Neste sentido afirma Bañares: "Para mim, quem afastar de modo total e absoluto toda a possibilidade de relação conjugal, não estaria simplesmente a excluir a prole mas também a querer um tipo de união distinto da comunidade conjugal, e, portanto, excluindo o próprio matrimónio".<sup>623</sup>

Outras normas de Direitos Humanos acerca desta questão:

O art.16 da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*; o art.23 do *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos* *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos* e o art.27 *Convenção Interamericana dos Direitos Humanos*, incluem nos seus textos a referência expressa ao matrimónio entre "mulher" e "homem", excluindo, assim, o casamento entre pessoas do mesmo sexo biológico. Somente o art.10 do *Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais* usa a expressão "intending spouses" não se referindo concretamente a nenhum sexo. De qualquer modo, o objectivo da protecção incluída neste art.10 é inequivocamente o da família designada por tradicional, na medida em que a designa como "natural e fundamental célula da sociedade".<sup>624</sup> Assim, parece não haver dúvidas de que os que elaboraram todos estes instrumentos internacionais de Direitos Humanos visavam aplicar o conceito de matrimónio apenas às relações de carácter heterossexual.

---

<sup>623</sup> BAÑARES, J.I., "Estructura jurídica de la comunidad conyugal", *El matrimonio en España en el Año Internacional de la Familia (problemática sociológica y jurídica)*, XIV Jornadas de la Asociación Española de Canonistas, Salamanca 1994, p.74 (a tradução é nossa). Há que esclarecer que neste texto o autor está a referir-se a pessoas hábeis para o matrimónio, algo que não acontece no caso dos homossexuais, já que carecem dessa habilidade jurídica para aceder ao matrimónio.

<sup>624</sup> Remetendo para o texto básico da DUDH (art.16), já estudado anteriormente.

Todas as legislações domésticas europeias pressupõem que a relação matrimonial se estabelece entre pessoas de sexo distinto. Isto não significa que dois homossexuais que convivem estavelmente não possam ser reconhecidos legalmente e obterem um estatuto legal. Contudo, e em termos de Direito, existe uma substancial diferença entre tolerar ou permitir (isto é, não proibir) e regular normativamente essas situações. São, pois, cada vez mais os países que estabelecem efeitos legais às relações entre homossexuais, mas sempre tendo como modelo de referência o matrimónio tradicional (entre mulher e homem).<sup>625</sup> Os que defendem o seu reconhecimento argumentam que ao regular essas relações promove-se a saúde pública, na medida em que se incentivam as relações de longa duração entre os homossexuais diminuindo, assim, o perigo de contágio das doenças de transmissão sexual.<sup>626</sup> Apesar de haver países europeus que já regulam estas situações há já mais de uma década, a sua legislação sobre a heterossexualidade do matrimónio mantém-se, contudo equiparam ao matrimónio uniões homossexuais. Apesar disto, o matrimónio é geralmente compreendido como uma instituição social que "reforça os modelos sociais, educando os indivíduos nos comportamentos morais da sua sociedade".<sup>627</sup> Assim, mesmo que a tendência actual da legislação doméstica europeia seja a de outorgar efeitos jurídicos às relações estáveis entre homossexuais, não as deve equiparar aos matrimónios pois trata-se de duas situações desiguais e, conseqüentemente, tal favoreceria a discriminação da família matrimonial e a desigualdade.<sup>628</sup> O próprio Tribunal Europeu encoraja também as legislações, a favorecer a família matrimonial por "motivos razoáveis no que diz respeito à moral e ordem públicas" e reconhece "que é em si mesmo legítimo e meritório defender e encorajar a família tradicional" (Sentença Marckx, §40).<sup>629</sup>

---

<sup>625</sup> Por exemplo, a 7 de Julho de 1989, o parlamento dinamarquês aprovou uma lei ("Lov om registreret partnerskab, N°372) que concedia aos homossexuais o direito a registar a sua relação. Esta lei proibia aos homossexuais o direito a adoptar crianças. Um dos impedimentos que se estabelecia para registar o seu parceiro era que tivesse o mínimo de idade para casar e mantinha a proibição da bigamia.

<sup>626</sup> Cfr. LEWIS, C.A., "From This Day Forward: A Feminine Moral Discourse on Homosexual Marriage", *The Yale Law Journal*, Vol.97, 1988, p.1799.

<sup>627</sup> Cfr. BRADNEY, A., "Transsexuals and the Law", *Family Law*, Vol.17, 1987, p.353.

<sup>628</sup> Cfr. ROCA, E., *Familia y cambio social*, Madrid 1999, p.126.

<sup>629</sup> Sentença *Marckx' c. Bélgica*, de 13 de Junho de 1979, Sér. A, 31, §40.

Em conclusão, o direito a casar e fundar uma família, tal como se prevê no artigo 12 da Convenção Europeia, não pode ser invocado pelos homossexuais para se casarem entre si por motivos que se depreendem do mesmo conceito de matrimónio atrás analisado.<sup>630</sup>

Pode o poder público, o Estado, outorgar a um homossexual o direito a casar?

Se contrair matrimónio é um direito humano fundamental que pressupõe um acto de disposição pessoalíssimo da pessoa em relação a si mesma, então podemos perguntarmos sobre qual é a responsabilidade e legitimidade do Estado em relação a este direito fundamental. O próprio texto que consagra o artigo 12, refere que o direito a casar não admite maior intervenção do Estado do que aquela que corresponde a regular o seu exercício. Logo está excluída qualquer intervenção ao nível substancial (Cfr. Sentenças: Rees, §50; Cossey, §43 e F. c Suíça, §32). Sendo assim, o direito a casar é um direito fundamental indisponível no seu conteúdo essencial em relação às autoridades públicas.<sup>631</sup> Mais tarde, na última parte deste nosso trabalho, abordaremos com mais profundidade este assunto.

### **I.2.5. Transsexualidade e o direito a casar<sup>632</sup>**

Outro assunto distinto da homossexualidade é o da transsexualidade. Este tema diz respeito à identidade sexual dos indivíduos. No que diz respeito ao art.12, a questão que surge é a de sabermos se um transexual pode ser sujeito da relação jurídica matrimonial.

---

<sup>630</sup> A análise sobre a questão da homossexualidade e o seu tratamento ao nível dos órgãos da Convenção Europeia surge, sobretudo, à raiz do art.8, sobre o respeito à vida privada e ao designado direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Cfr. sobre este tema, ver também: LEZERTUA, M., "El Derecho a la Vida Privada y Familiar en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1996, pp.51-98; e ainda, VINCINEAU, M., "Les Homosexuels devant la Commission Européenne des Droits de l'Homme", *RDIC*, 1979, n°2, pp.83-106.

<sup>631</sup> Apesar disto, a 30 de Janeiro de 2003, Bélgica tornou-se o segundo país de Europa, depois de Holanda, a legalizar o matrimónio entre homossexuais. Contudo, esta legalização não permite equiparar completamente as relações homossexuais com as matrimoniais em alguns aspectos como, p.ex., a adopção. Cfr. *Diário ABC*, 31 de Janeiro de 2003.

<sup>632</sup> "Jurídicamente, el problema de los transexuales, una vez que la despenalización de la mutilación ha hecho posible la puesta en práctica de las técnicas quirúrgicas de ablación y modelación de órganos sexuales, sin las cuales el problema no podría ni siquiera plantearse." DIÉZ-PICAZO, L., prólogo da obra de ROCA, E., *Familia y cambio social*, Madrid 1999, p.15.



Isto é, se tem o direito fundamental a casar-se com uma pessoa de sexo aparentemente distinto, mas do mesmo sexo biológico.<sup>633</sup>

Em princípio pareceria não haver problema em relação a este aspecto, já que todos os indivíduos são sexuados (isto é, são mulheres ou homens) e o texto do art.12 é claro quanto ao matrimónio entre mulher e homem. O problema está na dificuldade de identificação de um indivíduo com o seu sexo biológico. Segundo a definição geral, os transexuais são aqueles indivíduos que se caracterizam por um desejo obsessivo por mudar de sexo.<sup>634</sup> Segundo alguns, o critério de definição do sexo deveria ser aquele que é predominante entre todas as características sexuais do indivíduo: gonadal, hormonal, fenotípico, psicossocial, etc.<sup>635</sup> Parece não haver muitas dúvidas acerca de que a determinação do sexo se dá através dos cromossomas. É o chamado sexo genético. O sexo cromossómico é o sexo nuclear e está presente em todas e cada uma das células do indivíduo, determinando-lhe geneticamente a sua pertença ao sexo feminino ou ao sexo masculino.<sup>636</sup> É evidente que este sexo nuclear se desenvolve e passa por diversas etapas. Tanto o sistema hormonal como o meio ambiente em que o sujeito vive têm influência e podem mesmo modificar o seu sexo psico-sexual. Isto é, o indivíduo pode não se identificar com o seu sexo genético e ter um comportamento sexual que não corresponde a este. Assim, com independência da sua aparência física e do seu profundo sentimento de pertença e identificação com o outro sexo, o sujeito transexual continua a pertencer biologicamente ao sexo com que nasceu (ao sexo da sua gónada, que diz respeito aqueles órgãos que, pela sua própria natureza, estão ordenados à produção de gametos: óvulos ou espermatozóides). Neste contexto, as intervenções cirúrgicas e os tratamentos médicos a que se sujeita apenas permitem a mutação da anatomia e fisionomia externa do seu sexo biológico (que passará parecer aquele sexo com o qual se identifica o transexual) mas não alteram o verdadeiro sexo biológico (somente a sua aparência). Em relação ao critério de

---

<sup>633</sup> Cfr. ROCA, E., *Familia y cambio social*, Madrid 1999, pp.104-134.

<sup>634</sup> Veja-se, p.ex., POLAINO LORENTE, A., *Sexo y cultura. Análisis del comportamiento sexual*, Madrid 1998 (2ª ed.), pp.189-193.

<sup>635</sup> Cfr. POLAINO LORENTE, A., *Sexo y cultura. Análisis del comportamiento sexual*, Madrid 1998 (2ª ed.), pp.19-98.

<sup>636</sup> Para um estudo aprofundado sobre os aspectos científicos da determinação e diferenciação sexual, veja-se tese de CAMPS, M., *La trascendencia jurídica de la identidad sexual: estudio interdisciplinar del transexualismo*, 2ª parte, Tese doutoral, Universidad de Navarra 2001.

determinação do sexo, já referimos como o Tribunal Europeu considera que o critério determinante para efeitos de exercer o direito a casar é o sexo biológico. Esta solução foi apresentada e confirmada em várias sentenças do TEDH: em 1986, Rees, §49; em 1992, Cossey, §43; e 12 anos após a sentença Rees, em 1998, a Sentença Sheffield e Horsham, §66, volta a confirmar a adopção do critério biológico para determinação do sexo.

É evidente que o problema dos indivíduos transexuais existe e reclama uma solução jurídica. Mas a questão concreta que se coloca aos órgãos da Convenção Europeia ao nível do artigo 12, é a de responder se um transexual tem o direito a casar-se com uma pessoa do mesmo sexo biológico que ele considera ser de sexo distinto do seu. É evidente que a esta questão subjaz valores de justiça e bem comum. Quer dizer, o sexo que uma pessoa tem é um elemento importante da sua identidade pessoal, logo, tem transcendência jurídica e o Direito, que está vinculado aos factos e acções sociais, deve resolver os conflitos e situações que constantemente se colocam na realidade social mas não pode alterar aquilo que é considerado um elemento de carácter natural: a heterossexualidade do matrimónio como instituição de carácter natural.

### **I.3. Jurisprudência dos Órgãos da Convenção sobre esta matéria:**

Passaremos agora a expor a Jurisprudência do TEDH no que diz respeito a esta matéria. Em relação à actividade do Tribunal, referiremos que a pretensão dos transexuais, tendo em vista obterem o reconhecimento ao nível europeu do seu direito à livre identidade sexual com todos os efeitos jurídicos daí resultantes, tinha como primeiro objectivo que se reconhecesse o seu cambio de sexo nos registos civis nacionais. Depois o reconhecimento do seu direito a casar com uma pessoa do mesmo sexo biológico (mas sexo aparente e social distinto do deles) e, por fim, tentaram o reconhecimento da sua paternidade/maternidade, em relação ao filho do companheiro/a com quem conviviam, ambos sujeitos pertencentes ao mesmo sexo biológico.<sup>637</sup>

---

<sup>637</sup> Cfr. ROCA, E., *Familia y cambio social*, Madrid 1999, pp.105-114.

### I.3.1. Demandas

A exposição das decisões dos mecanismos de defesa da Convenção Europeia far-se-á segundo a sequência temporal com que foram resolvidas as questões.<sup>638</sup> Abordaremos também os casos que não chegaram a ser discutidos pelo Tribunal propriamente dito, mas sim pela Comissão que, como referimos oportunamente (em relação ao anterior mecanismo de protecção da Convenção Europeia, já estudado), exigia que todos os casos fossem primeiramente analisados por este organismo.

#### a) Caso X c. República Federal de Alemanha de 11 de Outubro de 1979<sup>639</sup>

X, Demandante, nasceu na Alemanha como pessoa do sexo masculino e, posteriormente, realizou uma operação cirúrgica em Casablanca para mudar a aparência do seu sexo para o sexo feminino. Posteriormente, já na Alemanha, pede que se lhe altere o seu nome de nascimento e rectifique o seu sexo no respectivo certificado. O seu pedido de alteração do nome foi-lhe denegado pelas autoridades alemãs e a questão foi colocada no Tribunal Administrativo que decidiu a favor da alteração do nome. Contudo, o Ministério Público recorreu desta sentença para o Tribunal da Apelação.<sup>640</sup> Em 1974, estando ainda o caso pendente neste último Tribunal, a Comissão aceitou a Demanda. Em 1978 o Tribunal de Apelação confirmou a sentença de Primeira Instância. Quanto à alteração do sexo no certificado de nascimento, o Tribunal alemão decidiu negar o reconhecimento do mesmo, alegando que o Demandante tinha estado casado anteriormente e tinha um filho. Além disto, a alteração do sexo não estava prevista na lei alemã. Contudo, a resolução deste caso foi proporcionado pelo próprio Estado alemão. De facto, o Tribunal Constitucional Federal decidiu que, em caso de transexualismo irreversível, se deveria rectificar o sexo da pessoa no seu registo de nascimento.<sup>641</sup>

---

<sup>638</sup>Em relação à identificação das Partes Autoras, por vezes usar-se-á iniciais e outras nomes fictícios para proteger a privacidade das mesmas e de possíveis terceiros menores envolvidos.

<sup>639</sup>Opinião da Comissão de 11 de Outubro de 1979. Demanda n.º 6699/74, DR 17, p.21.

<sup>640</sup>Nessa altura na Alemanha, o nome dos seus cidadãos também deveria coincidir com o sexo constante no registo do nascimento.

<sup>641</sup>Relatório da Comissão de 11 de Outubro de 1979, DR 17, p.24. "A dignidade humana e o direito fundamental de toda a pessoa ao livre desenvolvimento da personalidade exigem que se

Seguindo esta decisão, o Estado alemão declarou que se alterasse o registo de nascimento de X tal como este o solicitara. Assim, finaliza o procedimento ao nível da Convenção, realizando-se um Acordo Amistoso entre as partes que foi ratificado pela Comissão conforme o disposto no art.28 da Convenção.<sup>642</sup> A ratificação deste acordo pela Comissão implicava que esta tinha considerado que o mesmo, respeitava os Direitos Humanos tal como se previa na Convenção, conforme exige o mencionado art.28. Deste modo, a Comissão não aprofundou o problema da transsexualidade nem os seus efeitos jurídicos. Daqui, parece poder concluir-se que a Comissão considera os problemas colocados pelos transexuais como algo que diz apenas respeito com a política interna de cada Estado. Pode pois considerar-se que a solução deste caso da transsexualidade dentro do Conselho de Europa, foi meramente formalista.<sup>643</sup> Quisemos apresentar aqui este caso, por julgarmos que elucida sobre os passos dados pelo reconhecimento dos direitos reivindicados pelos transexuais nos mecanismos de defesa do Conselho de Europa, desde o seu início.

b) Caso Van Oosterwijck c. Bélgica de 6 de Novembro de 1980<sup>644</sup>

O primeiro caso de transsexualidade que apareceu nos órgãos de Estrasburgo foi o Caso Van Oosterwijck.<sup>645</sup> Este, constava inscrito no registo de nascimento como mulher, contudo, depois de se ter submetido a várias intervenções cirúrgicas pretendia que a legislação belga lhe permitisse alterar o sexo que constava no seu registo de nascimento, pedindo que se lhe reconhecesse o direito a poder eleger a sua identidade sexual.<sup>646</sup> Ao

---

adapte a condição pessoal do indivíduo ao sexo a que pertence conforme a sua constituição psicológica e física" (BVerGE 49, 289).

<sup>642</sup> A 5 de Janeiro de 1979, foi apresentado pelo Governo alemão ao Congresso, um Projecto-Lei onde se previa a alteração do nome e sexo dos seus cidadãos em determinados casos. Esta lei entrou em vigor a 10 de Setembro de 1980 e teve repercussões em toda a jurisprudência europeia, sobretudo no que diz respeito ao reconhecimento do livre desenvolvimento da personalidade como direito e causa de reconhecimento de alteração de sexo dos transexuais. Cfr. *Bundergesetzblatt* (Boletim Oficial da República Federal Alemã) 1980, I, p. 1654.

<sup>643</sup> Cfr. CAMPS, M., *La trascendencia jurídica de la identidad sexual: estudio interdisciplinar del transexualismo*, Parte IV, Cap.I, Tese doutoral, Universidad de Navarra 2001.

<sup>644</sup> Serie A, 40.

<sup>645</sup> Caso *D. Van Oosterwijck c. Bélgica*, Demanda n.º 7654/76, DR de 1 de Março de 1979. Este caso foi decidido pelo TEDH em Sentença de 6 Novembro de 1980, Ser. A Vol.40.

<sup>646</sup> Cabe destacar que na Bélgica o certificado de nascimento é o único documento que identifica o sexo da pessoa.

lhe ser proibido pelo governo belga, rectificar o seu registo de nascimento<sup>647</sup>, Van Oosterwijck, queixou-se argumentando que essa legislação a impedia de casar com uma pessoa que considerasse do sexo diferente ao seu, já que, segundo o registo de nascimento teriam ambas o mesmo sexo. O governo belga (Parte Demandada), apoiando-se em razões de bem comum alega que do ponto de vista de ordem público, a aceitação desta Demanda provocaria numerosas outras petições no mesmo sentido e isto seria prejudicial, já que encorajaria a proliferação dos tratamento médico-cirúrgicos para alteração física do sexo que, tendo efeitos irreversíveis, poderiam ser mais tarde lamentados pelos próprios sujeitos. Em relação ao pedido de Van Oosterwijck de alteração do seu estatuto pessoal refere que entra em conflito com a organização racional da comunidade: levaria a um aumento dos problemas pessoais e criariam um clima de insegurança e instabilidade nas relações familiares e sociais (§13). Além disto, acrescenta que o estatuto pessoal é inalienável, não é negociável ou uma matéria susceptível de uma determinação pessoal: "É pessoal para o indivíduo e este não pode dispor ou modificar por acordo" (§19).

A opinião da Comissão acerca deste caso foi, por unanimidade, de que houve violação do art.8 da CEDH.<sup>648</sup> Assim, este organismo, considerou o direito à vida privada como aquele direito que tem cada indivíduo ao livre desenvolvimento da sua personalidade e que inclui a livre eleição da identidade sexual. Constatámos pois, que segundo esta decisão é o próprio sujeito que configura subjectivamente a realidade e que o Direito assume passivamente essa realidade subjectiva.<sup>649</sup>

---

<sup>647</sup> O Ministério Público belga rejeitou a pretensão do Demandado por considerar que só se podia alterar o registo de nascimento se tivesse demonstrado que tinha havido erro de inscrição no momento do nascimento. Segundo o art. 55 do Código Civil belga, o certificado de nascimento é elaborado no momento de nascimento com a presença de duas testemunhas e fica registado o sexo da criança. A rectificação do registo de nascimento está legislada nos art.s 1383-1385 do Código Judicial (de Procedimento) e só é permitida nos casos de erro ou confusão no momento da inscrição.

<sup>648</sup> Contudo, houve votos que, em relação à alteração do sexo, consideraram que os pareceres médicos eram insuficientes e incompletos para se poder tomar uma posição definitiva contra o decidido pelo Estado belga.

<sup>649</sup> Refira-se que a 28 de Dezembro de 1992, entrou em vigor na Bélgica, uma lei que admite a rectificação do sexo nos certificados de nascimento. Cfr. Conseil de l'Europe, "Transsexualisme, Médecine et Droit", *Actes du XXIIIe Colloque de Droit Européen*, Vrije Universiteit Amsterdam (Pays Bas), 14-15 Avril 1993, p.285-289.

Quanto à questão do direito a casar dos transexuais, a Comissão ao estudar aqui o direito ao matrimónio, faz uma distinção entre os requisitos formais que cada Estado pode estabelecer ao direito a contrair matrimónio e fundar uma família e os requisitos que devem ser respeitados por todos os Estados membros do Conselho de Europa, no que diz respeito ao matrimónio. Assim, considera que apesar de a legislação interna dos Estados não poderem privar uma pessoa do seu direito a casar, defende que uma das condições substantivas do direito ao matrimónio é a da existência de sexo oposto entre os dois sujeitos (consideram-no, alguns, como um impedimento natural para contrair matrimónio, Cfr. § 6). Isto parece significar que os critérios sobre a identidade e o procedimento para determinar o sexo de uma pessoa caberia a cada Estado. Logo, o sexo de uma pessoa poderia variar segundo as leis domésticas. Este raciocínio da Comissão, leva-a a concluir que se violou o direito ao matrimónio de Van Oosterwijck.<sup>650</sup> Contudo, neste caso acaba por confirmar-se a excepção de falta de esgotamento dos recursos internos, em Bélgica, e, por isso, este caso não chega a ser decidido pelo Tribunal.<sup>651</sup> Contudo, a posição da Comissão que expusemos, teve certa influência nos posteriores casos do TEDH, em relação ao tema da transsexualidade.

c) Caso 38 Transexuais c. Itália de 5 de Outubro de 1982<sup>652</sup>

Tratavam-se de sujeitos transexuais que pediam que se reconhecesse em Itália o seu direito a alteração do sexo no registo civil. Esta Demanda foi declarada admissível pela Comissão mas extinguiu-se por Acordo Amistoso entre as partes, antes da Comissão omitir formalmente a sua opinião. Contudo, daqui parece poder concluir-se que a Comissão aceita de um modo geral, o reconhecimento do direito dos transexuais à alteração do Registo do nascimento, mas defende que a solução concreta depende dos Direitos internos de cada Estado membro do Conselho de Europa.<sup>653</sup>

---

<sup>650</sup> Relatório da Comissão de 1 de Janeiro de 1973, B n°36, pp.-26-28, §§53-60. Ver também Sentença de 6 Novembro de 1980, Ser. A, Vol.40, pp.17-19, 34 e 36-41.

<sup>651</sup> Já referimos oportunamente que este requisito é imprescindível para que uma Demanda seja aceite pelo TEDH.

<sup>652</sup> Decisão de 5 de Outubro de 1982. Demanda n.º 9420/81 (não publicada). Decisão da Comissão de 5 de Outubro de 1982.

<sup>653</sup> Cfr. CAMPS, M, *La transcendencia jurídica de la identidad sexual: estudio interdisciplinar del transexualismo*, Parte IV, Cap.I, Tese doutoral, Universidad de Navarra 2001.

d) Caso Rees c. Grã-Bretanha de 17 de Outubro de 1986<sup>654</sup>

Em 1986, apareceu o primeiro caso de transsexualidade que o Tribunal Europeu resolveu directamente analisando o problema dos transexuais. Tratava-se do caso da cidadã britânica Brenda Margaret Rees que, tendo nascido mulher e sentindo-se psicologicamente uma pessoa do sexo masculino, se submeteu a um tratamento hormonal e a uma intervenção cirúrgica que lhe deu aparência de homem. Recorreu ao Tribunal Europeu, porque considerava que o Governo britânico tinha violado o seu direito à intimidade privada tal como estava previsto no art.8, ao proibi-la de alterar o seu certificado de nascimento para a sua nova identidade sexual.<sup>655</sup> A Comissão reitera a sua posição de defesa do direito à alteração do sexo como incluído no direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

M.Rees, invocava também o art.12 por considerar que o seu direito a casar era violado ao não lhe ser possível casar com uma mulher, já que no seu registo de nascimento constava que era do sexo feminino. A Comissão Europeia decidiu unanimemente que o artigo 12 não era violado já que o matrimónio que é protegido pela Convenção é aquele que é contraído por pessoas de sexo biologicamente distinto (§50). Só esse matrimónio se fundamenta na própria natureza humana, logo pode ser invocado como direito humano fundamental. Como afirma o próprio órgão da Convenção, o Estado britânico não tem competência para alterar a essência deste direito: "Segundo a opinião do Tribunal, o direito a casar garantido no art.12, refere-se ao matrimónio tradicional entre duas pessoas de sexo biológico oposto" (§49). Concluindo pela não violação do art.12 (§50).

Apesar da unanimidade da Comissão em relação à sua conclusão de não violação do art.12, havia duas posturas distintas entre os seus membros. Um dos grupos de opinião

---

<sup>654</sup> Sentença de 17 de Outubro de 1986, Série A, 106.

<sup>655</sup> O governo britânico só admitia a alteração de sexo no registo de nascimento quando se demonstrava que tinha havido erro de identificação do sexo (segundo o critério biológico: cromossómico, gonadal e genital) no momento do nascimento ou nos casos de intersexualidade. Cfr. Série A, n.º 106, § 23. O critério biológico era adoptado em Inglaterra desde o famoso caso *Corbett c. Corbett* (Cfr. Probate Reports, 1971, p. 83). Para uma exposição acerca da discussão do caso *Rees*, no que diz respeito ao art.8, veja-se, p.e., BAZÁN, J., *La Protección de la Vida Privada y Familiar en la Jurisprudencia de Estrasburgo*. Tesis Doctoral. Pamplona, Universidad de Navarra 1995, pp. 132-197.

considerava que a decisão de que existia violação do art.8 da Convenção, implicava o reconhecimento da nova identidade sexual da pessoa no seu registo de nascimento. Em consequência, os impedimentos para o matrimónio deixariam de existir. Logo, este grupo defendia que não havia que entrar na análise da possível violação do art.12 uma vez que a decisão de violação do art.8 levava também implícita a violação do art.12.

O outro grupo de opiniões considerava que apesar de se poder reconhecer a alteração do sexo do transexual, o Estado poderia limitar o direito a contrair matrimónio pelo facto deste sujeito não ter capacidade para esse acto jurídico. Assim, estes membros da Comissão fundamentavam a sua decisão (de não haver violação do direito a casar e fundar família) no facto de considerar que a própria referência do texto à idade núbil e à diferença de sexo entre os dois esposos, pressupõe uma capacidade física para procriar. Segundo esta opinião, os Estados teriam o direito de excluir do matrimónio aquelas pessoas que não teriam qualquer capacidade para consumá-lo.<sup>656</sup> Neste caso, o facto de ser um sujeito reconhecido homem ou mulher não incluiria todos os direitos correspondentes, como por exemplo, o direito a casar.<sup>657</sup>

Sem abordar directamente esta questão e ignorando a Opinião da Comissão (em relação à violação do art.8), o Tribunal, decide por 12 votos contra 3 que não houve violação do art.8 e, por unanimidade, que não houve violação do art.12.

Na sua Sentença (de 17 de Outubro de 1986), em relação ao direito ao matrimónio sublinhou que o fim perseguido pelo art.12 consistia "essencialmente em proteger o matrimónio enquanto fundamento da família" (§49). Como conclusão deste primeiro caso de transsexualidade decidido pelo Tribunal, adoptou-se o critério biológico de identificação de sexo e negou-se o reconhecimento à alteração de sexo e ao direito ao matrimónio. Reconheceu-se também que, uma vez que não existe acordo entre todos os Estados membros, havia que respeitar o Direito interno (neste caso, o do Reino Unido) e reconhecer-lhe uma ampla margem de apreciação em relação a estas matérias.

---

<sup>656</sup> Relatório da Comissão de 12 de Dezembro de 1984, A, nº106, pp.28-29.

<sup>657</sup> Não podemos deixar de referir a insegurança e confusão que provocaria esta solução, uma vez que a rectificação do certificado de nascimento permitiria indistinção entre o sexo que consta aparentemente e as capacidades intrínsecas que corresponderiam à natureza desse sexo.



e) Casos *JC c. Reino Unido* de 15 de Junho de 1989;<sup>658</sup> *W c. Reino Unido* de 19 de Setembro de 1989<sup>659</sup>

Estes dois casos de transsexualidade do ano de 1989, não chegaram a ser resolvidos pelo Tribunal mas sim pelo Comité de Ministros segundo o anterior art.32 da Convenção. Ambos Demandantes eram transexuais e pediam o reconhecimento de cambio de sexo e invocavam (*W*) a violação do seu direito a casar segundo e seu novo estatuto sexual, com outra pessoa que considerava de sexo distinto.<sup>660</sup> Como todos os casos (do anterior mecanismo de protecção) foram primeiramente estudados pela Comissão. A Comissão decide desfavoravelmente apoiando-se na Sentença do caso *Rees* já analisado.<sup>661</sup> A Comissão fundamenta as suas Opiniões relativas a estes casos, na realidade jurídica do Reino Unido, seguindo, assim, a doutrina da livre margem de apreciação dos Estados em relação à matéria da transsexualidade, adoptada pelo Tribunal na Sentença do caso *Rees*. Posteriormente, o Comité de Ministros ratificou a Opinião da Comissão em relação a estes dois casos.<sup>662</sup>

f) Caso *Cossey c. GB* de 27 de Setembro de 1990<sup>663</sup>

No Caso *Cossey*, dava-se a mesma situação anterior de *Rees*, mas agora tratava-se de uma pessoa que nasceu com sexo masculino e que através de uma intervenção cirúrgica adquiriu uma aparência do sexo feminino, por reconhecer-se psicologicamente como pertencente a este último sexo. *Cossey*, recorreu ao Tribunal Europeu, por considerar que a legislação do Reino Unido violava o art.8 e 12 da CEDH, já que impedia o pleno reconhecimento da sua nova identidade sexual e o proibia de contrair matrimónio.

---

<sup>658</sup> Resolução do Comité de Ministros de 15 de Junho de 1989.

<sup>659</sup> Resolução do Comité de Ministros de 19 de Setembro de 1989.

<sup>660</sup> Ambos Demandantes antes do cambio de sexo tinham sido casados e tinham filhos desse casamento, aliás o Demandante do segundo caso (*W*) tinha sido casado já duas vezes (Cfr. DR 63, p.34).

<sup>661</sup> Como podemos constatar, desta vez a Comissão decide de modo oposto às suas anteriores decisões de casos de transsexualidade, como já vimos anteriormente.

<sup>662</sup> Em relação ao caso *JC c. RU*, cfr.: Resolução do Comité de Ministros do Conselho de Europa de 15 de Junho de 1989 e Relatório da Comissão de 15 de Dezembro de 1988, Demanda n°10622/83, publicada DR 61, pp.37 e ss. Em relação ao caso *W c. RU*, cfr. Resolução do Comité de Ministros do Conselho de Europa de 19 de Setembro de 1989 e Relatório da Comissão de 7 de Março de 1988, Demanda n°11095/84, publicada DR 63, pp.34 e ss.

<sup>663</sup> Sentença de 27 de Setembro de 1990, Serie A, 184.

Este caso é resolvido pelo Tribunal na Sentença de 27 de Setembro de 1990. Nesta, o Tribunal recorda a solução dada no Caso Rees, e reafirma o seu critério biológico para a determinação do sexo (sexo cromossomal, gonadal e genital). A sentença aceita a argumentação do governo britânico ao considerar que o certificado do registo de nascimento pode ser alterado quando se prova que o sexo genital da criança foi erroneamente identificado. Contudo, não se aceita como erro (para feitos de alteração do registo de nascimento) a circunstância de um tratamento médico-cirúrgico para alterar o sexo genital com que se nasceu, como é o caso dos transexuais (§20). Esta sentença refere ainda que o matrimónio não pode ser consumado entre duas pessoas do mesmo sexo (quando um é transexual) porque são incapazes de consumá-lo, logo são sujeitos incapazes para a relação matrimonial segundo o previsto no art.12 (§23).

Aliás, é interessante constatar como Cossey (Demandante transexual) na sua argumentação, aceita que o art.12 se refira ao matrimónio entre uma mulher e um homem, mas o problema coloca-se porque Cossey se identifica com o sexo oposto à pessoa com quem deseja casar (ainda que esta última seja, efectivamente, do mesmo sexo biológico). O Tribunal, conclui a sua sentença afirmando que não existe violação do art.12, já que Cossey poderá casar com qualquer pessoa do sexo biologicamente diferente do seu e a lei britânica não pode permitir o seu casamento com outra pessoa do mesmo sexo biológico que ele devido ao facto de os Estados Partes poderem regular o exercício do direito a casar mas não poderem alterar a sua essência, que inclui a prescrição do matrimónio entre pessoas de sexo -biológico- oposto (§43 al.b).

Assim, o Tribunal, considerando que o problema que levantava este caso era o mesmo de caso Rees, julgou-o da mesma forma: considerando que não existia violação do direito a casar e fundar família prevista no art.12.<sup>664</sup> Assim, nesta sentença, o TEDH confirma a sentença Rees ao referir que "o direito a casar garantido pelo art.12, refere-se ao matrimónio tradicional<sup>665</sup> entre duas pessoas de sexo biologicamente oposto. Isto transparece das próprias palavras do artigo, não havendo dúvida de que o seu sentido se orienta a proteger o matrimónio como fundamento da família" (§43, al.a). Portanto, o

---

<sup>664</sup> Ibidem, §40 e 46.

<sup>665</sup> Como já vimos supra, o Tribunal dá este nome ao matrimónio constituído entre um homem e uma mulher como fundamento de uma família.

Tribunal reitera o critério biológico como determinante do sexo de uma pessoa para efeitos de matrimónio (sua potencialidade para procriar).<sup>666</sup>

g) B. c. França de 25 de Março de 1992<sup>667</sup>

Trata-se do terceiro caso em que o Tribunal se debruça sobre a transsexualidade e, por primeira vez, decide a favor do reconhecimento legal do cambio de sexo de um transexual. O Autor, transexual, depois de ter sido sujeito a uma cirurgia de cambio de sexo tenta a inscrição do seu "novo sexo feminino adquirido" no seu certificado de nascimento. Constatamos que os pressupostos são, em geral, os mesmos que apresentados em casos anteriores. Na análise da sentença deste caso verificámos que os argumentos dos anteriores casos Rees e Cossey não são considerados. Assim, o Tribunal refere que os inconvenientes para o Demandante se derivam da discordância existente entre o seu sexo legal (mencionado em diversos documentos oficiais) e o seu sexo aparente (sexo externo e social) o que provoca uma situação existencial que pela sua gravidade, segundo o Tribunal, é suficiente para serem incluídos dentro da protecção do art.8. O Autor expõe na sua Demanda, a transcendência que tem na sua vida o reconhecimento da sua identidade psicossocial como transexual. Nesta perspectiva, o sexo é entendido como a própria identidade psíquica que cada sujeito possui de si mesmo e se exterioriza no papel social adquirido. A falta de reconhecimento desta identidade implica, segundo o Autor da Demanda, a violação do seu direito à vida privada (art.8). O Tribunal decide pela violação do art.8 considerando que se deve respeitar a vontade do Demandante,. Contudo, a Sentença refere: "O Tribunal considera inegável que em matéria de transsexualidade as mentalidades tenham evolucionado. (...) Contudo, observa que à luz dos estudos e trabalhos realizados pelos peritos, ainda não desapareceram todas as incertezas sobre a profunda natureza da transsexualidade e por vezes surgem dúvidas acerca da licitude de uma intervenção cirúrgica em casos semelhantes. Além disso, as situações jurídicas resultantes da mesma, revelam-se muito complexas e não existe, entre os Estados membros do Conselho de Europa, um consenso bastante amplo para que o Tribunal possa chegar a conclusões opostas às de 17 de Outubro de 1986 e de 27 de Setembro de 1990

---

<sup>666</sup> É interessante a opinião dissidente do Juiz Marteens que, defensor de uma outra perspectiva, será estudada mais adiante. Cfr. "Voto disidente del Juez Marteens", *Humana Iura*, 1992, Vol. 2, p.409.

<sup>667</sup> Sentença de 25 de Março de 1992, Serie A, Vol. 232-C.

nos casos Rees e Cossey, que afectavam o Reino Unido" (p.59). O Tribunal decidiu assim, pela violação do art.8 por 15 votos contra 6. Apesar de não se tratar aqui do art.12, parece-nos interessante esta evolução jurisprudencial do tema de transsexualidade que, obviamente está relacionado com o nosso tema de estudo na medida em que estas pretensões se encontram unidas ao objectivo dos transexuais de poderem vir a poder exercer o seu direito ao matrimónio.<sup>668</sup>

h) Caso I c. Reino Unido de 27 de Maio de 1997<sup>669</sup>

Quatro meses após ter emitido a sua Opinião no caso Sheffield, a Comissão volta a reafirmá-la noutra Demanda de um transexual. O interessante deste caso é a exposição realizada pelo Demandante para argumentar a violação do seu direito ao matrimónio e a respectiva defesa do Demandado. Expõe a Parte Autora que ao ter realizado uma operação de cambio de sexo masculino para o feminino, segundo o critério biológico aplicado pela lei inglesa, continua a ser considerado homem para efeitos de matrimónio apesar de ter adquirido uma morfologia e um papel social feminino. Portanto, (segundo o próprio I) não pode contrair matrimónio nem com um homem nem com uma mulher. Pois no primeiro caso, e do ponto de vista biológico, tratar-se-ia de um matrimónio homossexual entre dois homens,<sup>670</sup> e do ponto de vista sociológico e de sexo aparente, tratar-se-ia também de um casamento homossexual entre duas mulheres (segundo a argumentação do próprio I). O governo britânico respondeu a esta argumentação referindo que um transexual não poderia casar com alguém que tivesse o seu mesmo sexo legal (que é o que consta no registo de nascimento) mas sim com um sujeito do sexo legal oposto, desde que este tivesse conhecimento e estivesse de acordo de que existe incapacidade do transexual para consumir o matrimónio. Deste modo, o governo inglês parece continuar aplicar a heterossexualidade do matrimónio, mas de modo reducionista na medida em que a fecundidade, considerada inicialmente como fundamento da heterossexualidade do matrimónio seria marginalizada e estar-se-ia a admitir um sexo legal em oposição e

---

<sup>668</sup> Esta Sentença do Tribunal influenciou determinadamente o Direito francês e actualmente o cambio de sexo é reconhecido em França (com base no respeito à vida privada e do sexo aparente que possui a pessoa depois de ter-se submetido aos tratamentos que implicam essas alterações). Com Alemanha e Itália, França é, nesse momento, o terceiro país a quem o TEDH incita a alterar a legislação em relação ao fenómeno da transsexualidade.

<sup>669</sup> Sentença de 27 de maio de 1997. Demanda n.º 25680/94, E.H.R.R. 23, C.D. 66.

<sup>670</sup> Na altura, tal não era admitido no Reino Unido.

contradição com o sexo aparente e social do mesmo, provocando confusão e insegurança social. A Comissão decidiu também pela violação do art.12 (além do art.8 e 14). Com estas posições, a Comissão reconhece que o sexo psicológico de uma pessoa é o determinante.

i) Caso Anita Eriksson et Asta Golchmidt c. Suécia de 9 de Dezembro de 1989<sup>671</sup>

Neste caso um transexual e uma mulher pretendem que se lhes reconheça o direito ao matrimónio. O sujeito transexual nasce homem e posteriormente (sem ter realizado qualquer operação de cambio de sexo) solicita que lhe alterem o seu registo de nascimento para o sexo feminino. A Administração sueca admite o seu pedido e altera o seu registo de nascimento para o sexo feminino. Posteriormente, o transexual pretende contrair matrimónio com uma mulher. O governo sueco impede tal matrimónio por tratarem-se juridicamente de duas mulheres, ainda que biologicamente se tratasse de uma mulher e um homem. Surpreendentemente, aqui a Comissão defende que atendendo ao sexo legal trata-se de duas mulheres e, por isso, não têm direito a contrair matrimónio segundo a lei sueca. Neste caso estamos perante uma relação de heterossexualidade biológica mas que legalmente têm o mesmo estatuto legal: o feminino. A Comissão salienta que a situação de impedimento é provocada pela vontade do próprio sujeito transexual. Assim, aceita-se uma determinação pessoal do sexo baseada na vontade individual. Neste caso, apesar de ter sido considerado inadmissível por motivos formais,<sup>672</sup> a Comissão opinou que não havia violação do art.12 pois perante a lei sueca tratavam-se de indivíduos do mesmo sexo feminino. Concluimos assim, que neste caso o critério adoptado para determinar legalmente o sexo das pessoas e baseia-se no sexo psicológico ao qual o indivíduo refere ser o seu, logo, baseia-se na vontade individual de cada um. Se é verdade que somente se deve aceitar uma única identidade sexual perante o Direito, parece ser inaceitável que se marginalizem radicalmente o sexo biológico no momento de determinar a sexualidade de uma pessoa.

---

<sup>671</sup>Demanda n.º 14573/8, DR 63 (Dezembro de 1989), pp.213 e ss.

<sup>672</sup> A Comissão declara inadmissível esta Demanda por considerar que não cumpre os requisitos do art.27,2 (anterior) da Convenção.

j) Caso X, Y e Z c.Reino Unido, de 22 de Abril de 1997<sup>673</sup>

Neste caso os Demandantes não invocam directamente o direito a casar (é invocado o art.8 e 14). Contudo, por tratar-se de uma nova pretensão de um transexual, está de certo modo conectada com a matéria do direito ao matrimónio já que no TEDH os transexuais perseguem esse objectivo com uma sequência indirecta.<sup>674</sup> Neste caso, os Demandantes X e Y convivem "maritalmente". Ambos pertencem ao sexo (biológico) feminino, mas X é transexual. Durante a convivência, Y dá à luz uma menina (Z) resultado de um tratamento de fecundação assistida com esperma de donante. X deseja que lhe seja reconhecido legalmente a paternidade de Z. Ora, o direito inglês não lhe permite tal uma vez que o considera legal e biologicamente como sujeito do sexo feminino (e tal consta no seu registo de nascimento). A capacidade de paternidade encontra-se, em princípio, unida à capacidade para o matrimónio. Assim, quem pode contrair matrimónio pode também ser reconhecido como pai e mãe. X, como transexual não pode gozar do direito ao matrimónio com Y pois ambos são considerados mulheres perante o direito inglês. Logo, X também não pode ser reconhecido como pai de Z.<sup>675</sup>

Pelo facto de a transsexualidade ser considerado um problema complexo grave (que abarca diversos aspectos científicos, legais, sociais, morais, etc.) o Tribunal considera que a solução deve proceder de cada Estado. Assim, conclui este caso decidindo que uma vez que no Reino Unido se aplica o critério biológico para efeitos de identificação do sexo o mesmo determina o possível reconhecimento da paternidade/maternidade (biológica), logo não considera que haja violação da vida privada e familiar, segundo o disposto no art.8 da

---

<sup>673</sup> Sentença de 22 de Abril de 1997, Serie A, 1997, 619.

<sup>674</sup> Primeiramente tentam que se reconheça um determinado direito ao sujeito transexual. Conseguido esse objectivo obtém-se, indirectamente, o reconhecimento da nova identidade sexual e novos direitos. E assim sucessivamente.

<sup>675</sup> Não podemos deixar de referir a ambiguidade do Direito inglês no sentido de que se possam aplicar diferentes critérios para a determinação da paternidade. De facto, *The Human Fertility and Embriology Act 1990*, considera que deve ser reconhecido como pai de uma criança concebida por fecundação numa mulher solteira o seu *male partner* e não o donante dos gametos. Esta lei não estabelece nenhum critério para determinar o sexo a que deve pertencer o pai. Assim, pode surgir uma situação que permita que uma pessoa possa constar como pai da criança ao fazer a petição da técnica de fecundação assistida perante as autoridades clínicas e não possa ser reconhecido como tal ao querer que a criança conste no Registo Civil como seu filho, tal como ocorre no presente caso.

Convenção.<sup>676</sup> Parece começar a sentir-se, sob as ideias desta Sentença, que a sexualidade é meramente um produto cultural e que a determinação do próprio sexo não vem dado pela natureza sendo antes uma questão pessoal que estaria incluída no direito ao livre desenvolvimento da personalidade. A Doutrina da margem de apreciação estabelecida pelo Tribunal acerca da matéria de transsexualidade, parece começar a ser posta em causa em vista a procurar um consenso que unifique as soluções dos problemas colocados, independentemente dos Estados onde surjam.

1) Caso Sheffield e Horsham c. GB de 30 de Julho de 1998<sup>677</sup>

Casos mais recentes são os de Sheffield e Horsham. Ambos são transexuais e fundamentam as suas Demandas (ao TEDH) nos art.s 8, 12, 13 e 14. São duas Demandas independentes e a Comissão emite a sua Opinião em relação a cada uma das Demandas de forma separada mas com a mesma solução partidária do reconhecimento legal do cambio de sexo.<sup>678</sup> E, conclui, considerando que houve violação ao art.8 da Convenção. Não entra a analisar os art.s 12 e 14, também invocados pelos Demandantes, por considerar que essa violação se encontra incluída na violação à vida privada protegida pelo art.8.

Contudo, o Tribunal decidiu unir as duas Demandas e analisar conjuntamente as mesmas. No que diz respeito ao nosso tema (e ignorando a Opinião contrária da Comissão) a Jurisprudência do Tribunal Europeu é inalterável: nos termos do art.12, os transexuais não têm o direito a casar e fundar uma família (com pessoas do mesmo sexo biológico, entenda-se). Reiterando, a sua posição estabelecida nas Sentenças anteriores em relação a esta matéria, o Tribunal reafirma que o direito a casar garantido no art.12 se refere ao matrimónio tradicional entre duas pessoas de sexo biológico oposto.<sup>679</sup> E considera que as palavras do referido artigo 12, não deixam dúvidas de que o mesmo visa proteger o matrimónio como fundamento da família. Isto significa que o TEDH confirma

---

<sup>676</sup> Cabe referir que ao tratar-se de um tema que involucre direitos de terceiros (os filhos), lamenta-se que nesta sentença não haja uma alusão aos direitos dos menores, salvo nas opiniões dissidentes (Cfr. Opinião conjunta de Liddy e G.B. Reffî e também de Loucaides, que centram a solução deste caso numa análise com base no interesse do menor. Cfr. *E.H.R.R.* 24, 1997, pp.150 e ss.).

<sup>677</sup> Sentença de 30 de Julho de 1998, Serie A, 31-32.

<sup>678</sup> *Sheffield e Horsham c. GB*, Demanda n.º 22985/93. Cfr. *E.H.R.R.* 23, C.D.66.

<sup>679</sup> Continuando, assim, a aceitar o critério biológico do Estado inglês para examinar a capacidade matrimonial.

e continua com a mesma posição assumida nos Casos Rees e Cossey, considerando que não existem motivos para mudar de opinião (§66). Apesar disto, o Tribunal reconhece que existe maior aceitação social do fenómeno da transsexualidade e que, portanto, é necessário continuar a estudá-lo.

### **I.3.2. Crítica da Doutrina acerca da jurisprudência do Convenção Europeia dos Direitos Humanos em relação ao direito ao matrimónio dos transexuais**

É evidente que estas posições tomadas pelos órgãos de Estrasburgo, em relação a estes casos, foi criticado pela parte da doutrina que defende que a evolução dos costumes morais deveria permitir uma interpretação evolutiva do art.12, tendo em conta a evolução das circunstâncias morais e sociais.<sup>680</sup> Acerca da interpretação evolutiva da CEDH e a conseqüente questão da interpretação extensiva do art.12, o TEDH deixa clara a sua posição quando refere que "o artigo 8...da Convenção pode prestar-se mais a uma interpretação evolutiva do que o art.12" (Johnston et al. §57). Neste contexto, a Sentença Cossey também refere: "Os progressos realizados pelos Estados Contratantes não evidenciam nenhum abandono do tradicional conceito do matrimónio (§7). Apesar de tudo, o TEDH mantém a sua interpretação tradicional do art.12: não vê motivo suficiente para deixar de continuar a aplicar os critérios biológicos para determinação do sexo duma pessoa, para fins de matrimónio."<sup>681</sup> Neste sentido, a opinião dissidente do Juiz Martens postula uma solução baseada na vontade individual do indivíduo e na relatividade cultural. De facto, este defende que o matrimónio é uma união meramente fruto da vontade das partes e esta definição é substancialmente distinta daquela que implica uma relação entre mulher e homem de sexo biológico oposto. Portanto, considera que "o impedimento legal no Reino Unido para o matrimónio de pessoas que não são de sexo biologicamente oposto

---

<sup>680</sup> Cfr. VAN DIJK, P; VAN HOOFF, G.J.H., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Boston 1990, pp.443-444. Também nos votos dissidentes relativos a estes casos, pode-se constatar a opinião daqueles que consideram que o critério psicológico é o determinante da identidade sexual da pessoa, como tal não encontram impedimentos para que o matrimónio se celebre entre pessoas que tenham o sexo psicológico oposto.

<sup>681</sup> Cfr. Sentença *Rees c. Grã-Bretanha*, de 17 de Outubro de 1986, §37 (e ainda: Sentença *Cossey c. GB*, de 27 de Setembro de 1990, Serie A, 184, §§40 e 46).



constitui uma redução do direito ao matrimónio...em tal grau que constitui uma vulneração ao seu conteúdo essencial".<sup>682</sup>

Em relação ao reconhecimento dos transexuais, a Jurisprudência do Tribunal tem vindo a inclinar-se no sentido de reconhecer legalmente o registo de nascimento de alteração do sexo.<sup>683</sup> De qualquer modo, o Tribunal prefere esperar o consenso de todos nesta matéria. Em relação ao direito ao matrimónio (ao art.12), por agora parece não haver qualquer alteração substancial da política jurisprudencial do TEDH.<sup>684</sup>

Um dos problemas que levanta o tema da transsexualidade, é o de sabermos se é realmente justo reconhecer aos transexuais o direito fundamental a casar e fundar família, previsto no artigo 12 da Convenção. Isto é, se os transexuais têm o direito humano fundamental a casarem-se com uma pessoa do mesmo sexo biológico que eles, ainda que se identifiquem como pessoa de sexo diferente àquela com quem pretendem casar.<sup>685</sup> Segundo o que supra referimos no capítulo acerca do conteúdo do matrimónio e dos seus titulares, parece ser que, efectivamente, os transexuais não podem invocar o direito a casar com uma pessoa do mesmo sexo biológico.<sup>686</sup>

Neste sentido, alguns autores como J.Escrivá-Ivars, afirmam que o indivíduo transexual operado, não tem capacidade para o matrimónio por não poder prestar um

---

<sup>682</sup> Cfr. *Humana Iura*, 1992, Vol.2, p.409.

<sup>683</sup> Como mero exemplo: no caso *B. c. França*, apesar de o Tribunal mencionar a evolução das mentalidades e o progresso da Ciência e concluir pela violação do Art.8 (existência de violação da sua vida privada, na medida em que o governo francês tinha impedido de alterar o seu registo de nascimento, o que lhe causava inconvenientes graves na sua vida quotidiana), refere o Tribunal que os princípios aplicáveis ao art.8 não se aplicam ao art.12: ao direito a casar-se (Sentença *B. c. França* de 25 de Março de 1992, A, 232-C, §§46-48, 55,58 e 62-63). Contudo, podemos interrogarmo-nos, como Enrich Mas: "A possibilidade de modificar os extractos da Acta de Nascimento, no que diz respeito ao sexo, de facto, não resolve já o problema (do direito ao casamento do transexual) tudo num mesmo golpe?". (A tradução é nossa). ENRICH MAS, M., "Article 12", em em *La Convention Européenne des Droits de l'Homme: commentaire article par article*, Ed.s: L.-E. Pettiti; E. Decaux; P.-H. Imbert, Paris 1999 (2ª ed.), p.444.

<sup>684</sup> Cfr. WIJT, S., *Post-Operative transsexuals and the European Court of Human Rights*, Estrasburgo 1998, pp.-501-520.

<sup>685</sup> Para aprofundar nesta matéria, veja-se o estudo de CAMPS, M., *La trascendencia jurídica de la identidad sexual: estudio interdisciplinar del transexualismo*, Tesis doctoral, Universidad de Navarra 2001.

<sup>686</sup> Cfr. TOLDRÁ ROCA, M.D., *Capacidad Natural y Capacidad Matrimonial. La Transsexualidad*, Barcelona, 2000, p.163.

verdadeiro consentimento matrimonial. Logo, segundo este autor, o transexual "priva-se a si mesmo, por sua própria vontade, ao ius *connubii*".<sup>687</sup> Para este autor, aos transexuais não se lhes pode reconhecer este direito fundamental a casar (com pessoa do mesmo sexo biológico) porque se trataria de reconhecer um direito que "não tem por base a própria natureza humana, mas sim uma anomalia psíquica e um processo cirúrgico subsequente e sempre artificial".<sup>688</sup> Acrescenta ainda, este autor, que os direitos humanos se impõem por si mesmos e "devem ter um fundamento mais firme que um inseguro parecer psicológico que, provavelmente em muitas ocasiões, são posteriormente desautorizados por opiniões contrários de outros especialistas".<sup>689</sup> De facto, se a especificidade do direito a casar reside nessa diferenciação e mútua complementaridade entre uma mulher e um homem não parece haver possibilidade de permitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo (em termos biológicos).

### **I.3.3. Jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos: balance entre a aplicação do princípios de autodeterminação individual e o princípio da dignidade humana**

Subjacente a este tema e às variadas posições adoptadas no TEDH, em relação a este assunto, está uma questão mais profunda: o da opção do Juiz pelo princípio de autodeterminação, liberdade e direito de intimidade, numa perspectiva individualista. Ou, em contraposição, pelo o princípio da dignidade humana, personalista. Ambas perspectivas utilizadas como critérios de interpretação dos diversos direitos humanos.

De facto, parecem ser estes, as tendências que justificam as diferenças de soluções dadas pelo TEDH em relação às Demandas que lhes são submetidas. Nelas, está também presente o conflito entre o indivíduo e o Estado. Isto é, os interesses exclusivamente individuais com os interesses sociais.

---

<sup>687</sup>ESCRIVÁ-IVARS, J., "Transexualidad y matrimonio", *Humana Iura* 1992, Vol.2, p. 346.

<sup>688</sup> *Ibidem*.

<sup>689</sup> *Ibidem*.

Assim, apesar da ideia dos direitos humanos ser universal e estar codificada em inúmeros textos constitucionais, Tratados e Declarações universais, não há unanimidade de opinião acerca do conteúdo dos direitos humanos.<sup>690</sup> E isto parece dever-se ao facto de haver dois modos distintos de conceber o mundo e os seres humanos. Estas duas grandes visões podem ser interpretadas com base nos grandes princípios já mencionados e que podem explicar a orientação e formulação concreta dos direitos humanos e a sua expressão nos diversos textos internacionais e nacionais de direitos humanos.

Por um lado temos o que poderíamos designar como o princípio da livre autodeterminação individual ou do livre desenvolvimento da personalidade, que fundamenta os direitos humanos na própria vontade da pessoa humana, sem qualquer referência ao ser humano enquanto tal (não valora que a natureza possui umas pautas estabelecidas por si mesma).<sup>691</sup>

Em contraposição, está o princípio da dignidade humana ou personalista. Este, parte da dimensão de justiça que imana da riqueza da pessoa e daquilo que lhe é devido por ser precisamente pessoa. O personalismo afirma o primado da pessoa como valor ético em si mesma, da pessoa como fim e não como meio. Consequentemente, aplicação deste princípio exclui toda a possível instrumentalização da pessoa humana. Esta percepção personalista, ao contrário da individualista, concebe a pessoa não como mero indivíduo frente ao Estado, mas integrado nas relações nas quais vive. Obviamente que isto afecta a concepção de família, na medida em que é através desta que o ser humano adquire a sua própria identidade: torna-se pessoa e sociabiliza-se (relaciona-se com os demais).

Em contraposição, o princípio da livre autodeterminação individual baseia-se no reconhecimento da liberdade humana como critério daquilo que é direito (ou não) do ser humano. Trata-se do princípio de autonomia levado até às últimas consequências. Logo, o Estado só pode interferir nesta liberdade individual quando o seu uso interfere com a

---

<sup>690</sup> Cfr. BAEHR, P.R., "How Universal are Human Rights?", *Civis Mundi*, Vol.32, Abril 1993, pp.47-52.

<sup>691</sup> Este princípio nada tem a ver com o princípio da livre determinação dos Povos, que, evidentemente, tem uma importância fundamental no Direito Internacional.(Cfr. Por ex., o artigo n.º 1 dos Pactos Internacionais dos Direitos Cívicos e Políticos e dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais).

liberdade dos outros seres humanos. Assim, o princípio da livre autodeterminação individual só está limitado pela liberdade dos outros.

Os direitos humanos, inspirados nesta filosofia que sustenta o princípio mencionado, reflectem a ideia do ser humano como indivíduo que deve ser protegida de qualquer tipo de interferência em relação à sua livre autodeterminação e à sua integridade física ou mental. Para o seu total desenvolvimento, o indivíduo, deve poder usufruir de todos os recursos da sociedade. Este princípio da livre autodeterminação individual, reflecte o conceito de que a existência humana tem sentido (é útil e justificada) enquanto for digna de ser protegida e corresponder ao desejo do sujeito em relação a si mesmo.

Enfim, esta mundividência individualista centra-se no facto da pessoa se constituir na sua própria lei e o direito à intimidade diz respeito exclusivamente ao indivíduo, seu titular. Consequentemente, o Direito sob esta perspectiva é de carácter individualista e, consequentemente, de um Direito antifamiliar, já que a família é uma comunidade de pessoas e relações. A antropologia subjacente a esta concepção é a de que o indivíduo é pura liberdade onde frequentemente os vínculos familiares constituem limitações para a auto-afirmação e autodeterminação dos indivíduos. Em consequência, o Direito de Família tende a deixar ao critério da liberdade individual a organização da sua vida privada para criar famílias monoparentais, uniões homossexuais, etc., baseadas simplesmente na manifestação da sua vontade.<sup>692</sup> Trata-se de uma esfera de condutas subtraídas à regulação pelo Direito, por constituírem o “círculo último de la radical libertad de la persona”.<sup>693</sup>

Estes dois princípios coexistem na Jurisprudência e a sua aplicação conjunta é incompatível. Nos órgãos de Estrasburgo, obviamente, também se notam estas duas tendências. Por exemplo, apesar dos juizes não entrarem em questões filosóficas, as suas posições reflectem todas estas concepções. Veja-se, por exemplo, os casos de homossexualidade: *Dudgeon, Norris e Modinos*.<sup>694</sup> Do estudo destes últimos casos,

---

<sup>692</sup> Cfr. VEGA GUTIÉRREZ, A., *Políticas familiares en un mundo globalizado*, Pamplona, 2002, pp.33-38.

<sup>693</sup> LLAMAZARES, D., *Derecho de la Libertad de Conciencia. Libertad Personal y Derecho de Asociación*, Vol.2, Madrid 1999, p.313.

<sup>694</sup> Sentença *Dudgeon c. Reino Unido*, de 22 Outubro de 1981, A, 45; Sentença *Norris c. Irlanda*, de 26 de Outubro de 1988, A, 142; Sent. *Modinos c. Chipre*, de 22 de Abril de 1993, A, 259.

podemos concluir que se entende que os próprios indivíduos adultos têm o direito de decidir sem interferências a sua orientação sexual e o seu estilo de vida sexual, desde que tal não prejudiquem a terceiros. A teoria que está subjacente a estas questões pode-se constatar nas opiniões dissidentes dos juizes. Por exemplo, o Juiz Irlandês Walsh no Caso Dudgeon considerou, na sua exposição, que o Estado deveria ter autoridade no âmbito da moral sexual. Também na opinião dissidente dos Juizes Van Dijk e Wildhaber, na Sentença Sheffield e Horsham, consideram que existe violação do art.12 já que a escolha da nova identidade sexual dos Demandantes transexuais é socialmente respeitada e o Tribunal também a deve respeitar como livre autonomia dos sujeitos. Estes juizes consideram que a lei não deve aderir apenas ao critério biológico de definição do sexo e impô-lo aos sujeitos que se identificam física e psicologicamente como pertencentes ao sexo (biologicamente) oposto ao deles, já que isto viola, efectivamente, os seus direitos (nomeadamente o seu direito a casar com uma pessoa do mesmo sexo biológico mas oposto ao qual se identificam).<sup>695</sup> E como estes, há inúmeros exemplos na jurisprudência de Estrasburgo.

É evidente que o princípio da livre autodeterminação individual nem sempre é coerente consigo mesmo, já que os seus defensores acabam por defender posições mais moderadas. Até porque o conceito de "prejuízo" que se possa causar aos outros não é pacífico: por exemplo, a crítica de alguns grupos feministas acerca da protecção à pornografia e que se baseia no pretexto de defesa da liberdade de expressão, é revelador desta situação. De facto, os que defendem esta última posição, consideram que o consumo da pornografia em privado não "prejudica" os demais. Contudo, obviamente, não é pacificamente entendido por todos.<sup>696</sup>

Quanto ao princípio que se distingue do anterior e designámos aqui como princípio da dignidade humana, defende que qualquer ser humano tem um valor inestimável pelo próprio facto de ser uma pessoa independentemente do sentido e valor que o sujeito se possa dar a si mesmo. Desde modo, a pessoa humana deve ser protegida como tal, independentemente de que seja essa a sua vontade, e à margem das suas capacidades.

---

<sup>695</sup> Sentença *Sheffield e Horsham c. GB*, de 30 de Julho de 1998, Serie A, 31-32, p.957.

<sup>696</sup> Cfr. ITZIN, C., "Pornography and Civil Liberties: Freedom, Harm and Human Rights", *Pornography, Women, Violence and Civil Liberties*, Oxford 1992, pp.553-581.

Neste sentido, não só é legítimo restringir a liberdade individual em relação aqueles actos que causam dano a terceiros, como a lei pode impor medidas que visem o próprio benefício das pessoas e da sociedade em geral. Não só a vida mas também a dignidade de todos os seres humanos, devem ser respeitadas pelo próprio facto de serem pessoas, de serem indivíduos que possuem uma natureza humana. É por isto, que se defende que a dignidade de todos e cada indivíduo de natureza humana deve ser protegido e reconhecido como tal pelo Estado. De facto, todos os seres humanos têm direito ao respeito, independentemente a qualquer qualidade adicional (como a nacionalidade, raça, religião, idade, sexo, inteligência, etc.). Como um dos exemplos de aplicação do princípio da dignidade humana no seio dos órgãos de Estrasburgo, poderíamos referir o caso *Laskey*.<sup>697</sup> Tratava-se de três cidadãos britânicos que se dedicavam a práticas sado-masoquistas e consideravam que as leis que puniam essas práticas violavam o respeito que se lhes devia à sua vida privada (art.8). A defesa dos Demandantes baseava-se em argumentos com base nas ideias do princípio da livre autodeterminação individual. Por sua vez, o governo britânico considerava que o infligimento de graves danos físicos devem ser proibidos na medida em que degradam o respeito que cada ser humano deve ter em relação não só a outro ser humano como também a si mesmo. O Tribunal considerou que, apesar de que as suas "vítimas" consentiam nessas práticas, a restrição à vida privada é necessária numa sociedade democrática com vista à protecção da saúde de acordo com o art.8 n.º2 da CEDH. Neste sentido, também na Sentença *Van Oosterwijk*<sup>698</sup>, em relação ao pedido de um transexual acerca da alteração do seu registo de nascimento, esta sentença declara que o estatuto pessoal é inalienável, não é negociável ou uma matéria susceptível de uma determinação pessoal: "É pessoal para o indivíduo e este não pode dispor ou modificar por acordo".<sup>699</sup>

Mencionámos estes casos para ilustrar como na solução a dar a cada caso de interpretação dos DH, está subjacente um conjunto de ideias básicas, por vezes contrapostas. Isto faz com que a jurisprudência transmita a falta de acordo que existe entre todos, sobre a interpretação dos Direitos Humanos.

---

<sup>697</sup> Sentença *Laskey, Jaggard and Brown c. Reino Unido*, de 19 de Fevereiro de 1997, A, 24.

<sup>698</sup> *Van Oosterwijk c. Bélgica* de 6 de Novembro de 1980, Serie A, 40.

<sup>699</sup> Vide supra, Parágrafo n.º19 da Sentença *Van Oosterwijk c. Bélgica* de 6 de Novembro de 1980, Serie A, 40.

### **I.3.4. Conclusão crítica da Jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos acerca da transsexualidade**

Dos casos aqui apresentados, o problema que se coloca às instituições da CEDH é acerca da identidade sexual das pessoas involucradas. Esta questão era formulada ao Direito unicamente no momento do nascimento mas actualmente tratam-se de pessoas adultas nas quais se dá uma alteração radical aparente na sua identidade sexual. De facto, os desenvolvimentos científicos, sobretudo da medicina, permitem um cambio da morfologia sexual que proliferou estas situações. A fim de resolver estes problemas adoptaram-se vários critérios segundo as legislações, onde esses problemas foram surgindo. Esta variedade de critérios provocou situações de ambiguidade e perplexidade jurídico-social. Assim, pode suceder que um mesmo sujeito de direito possua várias identidades sexuais dentro de um ordenamento jurídico devido à aplicação de diferentes critérios para identificar a sua sexualidade de acordo com o acto jurídico que vai realizar. Outra situação provocada pela adopção de variados critérios é a de uma pessoa possuir diferentes identidades sexuais segundo o ordenamento jurídico em que se encontra.<sup>700</sup>

Todos estes critérios destacam algum dos elementos que compõem a sexualidade humana. Contudo, como tal são reducionistas na medida em que ignoram todos os elementos que compõe a sexualidade humana, assim como a sua finalidade intrínseca. Esta situação actual, provoca graves consequências, sobretudo no tema do Direito da Família. Na verdade, a sexualidade de uma pessoa tem intrínseca relação com a essência da realidade matrimonial e da família. Os elementos: heterossexualidade, matrimónio e fecundidade, são considerados como pilar no qual assenta todo o sistema de Direito de Família. Um Direito que desconhece a transcendência da identidade sexual da pessoa como elemento intrínseco à sua natureza humana, é um Direito que vai em sentido contrário ao do pleno desenvolvimento da dignidade humana (logo, um Direito desumanizante).

---

<sup>700</sup> Num país uma pessoa é considerada pertencente ao sexo masculino, noutra de sexo feminino. Logo, a identidade sexual de uma pessoa passa a ser um elemento da sua personalidade que poderia variar conforme o lugar e o tempo.

Todos os critérios adoptados pelos diversos sistemas legais que desconhecem a totalidade da sexualidade, destacando apenas um elemento desta, não podem deixar de ser considerados como reducionistas por carecerem dessa visão global e finalista acerca da dimensão sexual humana. Tais concepções minimalistas da sexualidade humana por vezes apoiam-se exclusivamente na biologia. Outras concepções ressaltam mais o elemento psicológico do sexo: a identidade sexual depende da vontade e desejo do sujeito. Para estas, a sexualidade acaba por ser considerada como um elemento cultural que o Direito deve assumir passivamente, sem interferir na vontade dos seus destinatários acerca da realidade sexual. Este Direito, obviamente, teria uma forte componente subjectivista e voluntarista. Este esvaziamento acerca do sentido e significado da sexualidade reflecte-se na confusão que actualmente se constata entre o sexo de uma pessoa, a sua identificação sexual e orientação sexual.

Já referimos que o sexo que uma pessoa possui não é indiferente para alguns aspectos da vida humana que o Direito regula, em concreto em relação ao Direito de Família e particularmente em relação ao direito a contrair matrimónio. A partir da aplicação dos diversos critérios de identificação sexual, parece ter surgido uma terceira categoria de sujeitos dentro do Direito: aqueles que são homens e mulheres mas que não podem exercer todos os direitos que o ordenamento jurídico reconhece às mulheres e homens como tais. Entre estes encontra-se o direito a contrair matrimónio em relação aquelas pessoas que alteraram o seu sexo aparente.

As posturas aqui apresentadas são incompletas e latem sob as sentenças aqui estudadas. Contudo, a transsexualidade constitui um problema para o qual deve ser buscada uma solução dentro de um estudo aprofundado acerca de todos os componentes da sexualidade humana. Será tão importante conhecer os elementos estudados e desenvolvidos no campo da medicina (incluindo as patologias e problemas de identidade em relação com a sexualidade) como os elementos aportados pelos estudos antropológicos acerca da pessoa humana e em concreto da sexualidade ( sua finalidade e essência).

A natureza humana é universal, logo deve também ser encontrado um critério uniforme para estes casos. Contudo, isto não implica uma solução uniforme já que nunca se poderá ignorar as características próprias de cada caso, pois só assim se chegará a aplicar uma solução verdadeiramente justa.



## II. O REQUISITO DA “IDADE NÚBIL”

### II.1. A exigência de idade mínima para contrair matrimónio

O impedimento de idade tem a sua origem no Direito romano. Nessa época, os impúberes eram declarados incapazes para contrair matrimónio, ainda que não se estabelecesse nenhuma idade em concreto. Por isso, discutia-se acerca da determinação da puberdade até que o imperador Justiniano estabeleceu uma presunção *iuris et de iure* de que a mulher atingia a puberdade aos 12 anos e o homem aos 14 anos. Quanto ao Direito canónico acolheu esta última solução, mas substituiu a presunção *iuris et de iure* por uma presunção *iuris tantum*, de modo que se podia provar outra idade distinta da estabelecida.<sup>701</sup>

Já foi referido neste estudo que todos os seres humanos têm capacidade jurídica em matéria matrimonial. O fundamento desta capacidade é a natureza humana orientada à distinção sexual que faz com que todas as pessoas sejam sujeitos do direito a casar. Contudo, ter capacidade jurídica não significa ter capacidade para o exercício desse direito, pois algumas pessoas não são aptas para constituir o vínculo conjugal. Neste contexto, a idade núbil é um dos requisitos para que alguém tenha capacidade para exercer o seu direito a casar e esta capacidade tem um início. Quando uma pessoa alcança uma certa maturidade corpórea e anímica, então pode-se afirmar que o matrimónio é um estado de vida próprio e conveniente. Esta maturidade começa a alcançar-se com a puberdade.”<sup>702</sup>

---

<sup>701</sup> Neste sentido os decretalistas designaram o impedimento de idade como incapacidade para unir-se pela vontade e pelo corpo (*impossibilitas conveniendi animo et corpore*). Cfr. HERVADA, J.; LOMBARDÍA, P., *El Derecho del Pueblo de Dios. Hacia un Sistema de Derecho Canónico*. III, "Derecho Matrimonial "(1), Pamplona 1973, p.339.

<sup>702</sup> "Es evidente que la capacidad para contraer matrimonio solo se adquiere con el desarrollo de la capacidad intelectual, y que depende también de la edad –pubertad- la facultad de usar el matrimonio. Como lo que es que solamente a partir de un cierto desarrollo el matrimonio es un estado adecuado al hombre". "Se entiende por edad núbil aquella edad a partir de la cual el estado

Não há dúvida de que esta exigência de idade mínima se desprende do próprio conteúdo do conceito de matrimónio e da própria estrutura da pessoa humana. Neste contexto a natureza estabelece um princípio de proporcionalidade entre a pessoa e o matrimónio. Trata-se de um mínimo psíquico-biológico (quando a pessoa atingiu essa discricção de juízo e a potência sexual). Só quando este mínimo é atingido é que se pode afirmar que o matrimónio é um estado minimamente proporcionado a essa pessoa.<sup>703</sup>

A idade núbil também está relacionado com a exigência de pleno consentimento mútuo dos esposos para o mesmo, e da sua capacidade para fundar família. Assim, exige-se que o titular deste direito tenha capacidade para eleger o matrimónio (capacidade para compreender o seu significado); capacidade para eleger o cônjuge (ter o mínimo de capacidade para poder conhecê-lo) e capacidade para dar o seu consentimento (com vontade livre e plena). Contudo, há que distinguir a idade núbil como requisito de capacidade para exercer o direito a casar e a capacidade para consentir (que exige discricção de juízo) ou para manter relações sexuais (e procriar) e o desenvolvimento pessoal suficiente para que possa afirmar-se que uma pessoa possui a idade núbil, isto é, que o matrimónio seja uma condição de vida proporcionada ao seu desenvolvimento pessoal. Neste contexto estabeleceu-se o requisito da idade núbil que, evidentemente, está também relacionado com os outros dois aspectos apontados: a discricção de juízo suficiente para dar o seu consentimento e a capacidade física para estabelecer relações sexuais e procriar.

De facto, já dissemos que o impedimento de idade não é uma síntese entre a maturidade física para a união carnal e a maturidade mental ou discricção de juízo. Na verdade, o sentido fundamental do impedimento de idade deriva do facto de o ser humano que nasce sexuado não nascer casado, porque a condição de cônjuge e o estado de vida matrimonial exigem uma época fundacional idónea, adequada e própria: a idade núbil. Antes desta, o matrimónio não é conveniente. Por conseguinte, a época da infância e a

---

matrimonial es adecuado a la persona". HERVADA, J.; ZUMAQUERO, J.M., *Textos Internacionales de Derechos Humanos*, T.I., Pamplona 1992 (2ª ed.), pp.146-147.

<sup>703</sup>Consequentemente, um desenvolvimento precoce da suficiente discricção de juízo e da potência sexual não justifica o matrimónio se não for unida a um desenvolvimento equilibrado de outros aspectos da personalidade. A este respeito afirmam Hervada e Lombardía que "em matéria de matrimónio, os meninos prodígios não existem". HERVADA, J.; LOMBARDÍA, P., *El Derecho del Pueblo de Dios. Hacia un Sistema de Derecho Canónico*. III, "Derecho Matrimonial "(1), Pamplona 1973, p.337.

pré-puberdade, não são "épocas matrimoniais nem matrimoniáveis".<sup>704</sup> Assim, convém distinguir entre o requisito da idade núbil, da capacidade consensual (ainda que, obviamente estejam relacionadas), isto é, da voluntariedade de um sujeito para o acto do consentimento. Este facto, ainda que a capacidade consensual esteja logicamente relacionada com o crescimento natural e a puberdade, não se adquire necessariamente pela mera passagem do tempo, como acontece com a idade núbil. De facto, o impedimento de idade cessa com a simples passagem do tempo, no entanto a capacidade consensual não se adquire (nem o seu defeito desaparece) necessariamente com o mero transcurso dos anos. A posse da idade núbil, em si mesma, não garante o suficiente uso da razão nem a discrição de juízo, nem a possibilidade de assumir os deveres conjugais. Por isso, é conveniente distinguir a idade núbil da capacidade para o acto do consentimento.

### II.1.1. Convenção Europeia de Direitos Humanos

Já vimos como o art.12 da CEDH, se inspira na Declaração Universal, e se exige a idade núbil como requisito para que uma pessoa possa exercer o direito a casar e fundar família. Durante a sua elaboração e discussão, foi usada também a expressão "full age".<sup>705</sup> Contudo, durante a sua elaboração, os intervenientes nesse processo, deram-se conta de que essa expressão tinha um significado um pouco distinto daquilo que se pretendia (apontava mais para a idade legal considerada em cada país) e considerou-se a expressão "marriageable age" mais apropriada.<sup>706</sup>

O sentido da expressão *idade núbil* no art.12 da CEDH, representa uma formalização do Direito positivo do impedimento de idade para exercer o direito a casar. A concretização deste impedimento cabe às legislações nacionais. Assim, apesar de a Convenção também não definir em concreto a idade mínima para o matrimónio, remete essa questão directamente para as leis nacionais: "...de acordo com as leis nacionais que regulam o exercício desse direito". Como consequência, nenhum Estado Parte da

---

<sup>704</sup> VILADRICH, P.-J., *O Consentimento Matrimonial*, Braga 1997, p.37.

<sup>705</sup> TP, IV, p.280.

<sup>706</sup> Conferência dos Oficiais, realizada em Junho de 1950 (esta questão foi já tratada neste estudo, vide supra).

Convenção se pode negar a reconhecer um matrimónio quando os esposos tenham atingido a idade mínima requerida por lei (ou tenham obtido a sua dispensa segundo o disposto na lei).

É evidente que também nenhum dos Estados europeus (membros do Conselho de Europa), pode alterar substancialmente o art.12.<sup>707</sup> Isto significa que o Estado deve determinar a idade mínima para o casamento, dentro daquilo que prescreve a Convenção, isto é, tendo sempre como limite a "idade núbil". É evidente que esta, dependerá também da região (clima), cultura, etc., de cada país.<sup>708</sup>

A idade núbil legal é, assim, a formalização do desenvolvimento natural da pessoa. Por isso, o adequado é que a lei se ajuste o máximo possível a esta realidade. A idade estipulada por lei é a tipificação do mais comum e geral da comunidade objecto da regulamentação. Claro que esta tipificação não coincide em todas as partes porque, tal como já foi referido, o desenvolvimento natural apresenta-se diferente conforme as regiões, clima, meio social, etc. Por isso, o mais adequado é que seja o direito de cada Estado a estabelecer concretamente a idade núbil para a sua comunidade. Contudo, há que ter em conta que o *ius connubii* é um direito, uma liberdade que não deve ser limitada para além do estritamente indispensável. Assim, a idade núbil (e o conseqüente impedimento de idade formulado pelos ordenamentos jurídicos dos Estados membros do Conselho de Europa) fundamentam-se na própria natureza que exige a formalização da idade núbil (ainda que não a estabeleça em concreto). De facto, já o referimos, a natureza humana oferece elementos suficientes para compreendermos que de acordo com a sua dimensão evolutiva, existe uma idade núbil e que antes da puberdade não existe idade núbil (haja ou não discrição de juízo ou potência sexual).<sup>709</sup>

---

<sup>707</sup> Cfr. Sentença *Cossey c. GB*, de 27 de Setembro de 1990, Serie A, 184, parag.nº 43, al.b) (vide nosso trabalho, supra).

<sup>708</sup> Numa Demanda onde um muçulmano se queixava de que a lei inglesa violava o seu direito a manter relações sexuais com uma rapariga de 14 anos com quem se dizia casado, a extinta Comissão Europeia de Direitos Humanos, considerou que Inglaterra não violava o art.12, já que se considerava que a sua companheira de 14 anos ainda não tinha atingido a idade necessária para casar: a "marriageable age" (idade núbil), de acordo com a lei inglesa. Cfr. Demanda nº11579/85 de 7 de Dezembro.

<sup>709</sup> Acerca deste material, consulte-se: VAN DIJK, P; VAN HOOFF, G.J.H., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Boston 1990; JÁCOBS, F., *The European*

Na maioria dos países europeus a idade mínima para exercer o direito a casar e fundar família é o de 18 anos. Coincide, pois, com a maioridade civil.<sup>710</sup> E segundo os estudos e estatísticas sobre população realizados pelas Nações Unidas, os matrimónios em Europa realizam-se em idades mais tardias do que nos países em vias de desenvolvimento. Talvez uma das principais razões seja a aumento e necessidade dos níveis de escolaridade, dado o grau de industrialização da sociedade europeia. Também se constata em Europa, tal como em todo o mundo, uma diferença de idades entre os homens e as mulheres, no que diz respeito ao casamento. De facto, constata-se que os homens são, em geral, de mais idade do que as suas esposas, casando em idades mais tardias. Talvez este aspecto seja influenciado pelo facto de ainda se considerar que o responsável do sustento material da família é o homem, logo, este só depois de conseguir uma certa estabilidade material decide casar. De um modo geral, as pessoas casam-se em idades superiores ao mínimo de idade legal estipulado pelas Nações Unidas.<sup>711</sup>

Já mencionamos que esta exigência (da idade núbil) está também contida em Documentos Universais de Direitos Humanos:<sup>712</sup>

### II.1.2. Declaração Universal dos Direitos Humanos

Ao estudarmos a elaboração do art.16 da DUDH e a sua discussão, tivemos oportunidade de constatar que essa Declaração restringe os sujeitos titulares do direito a casar, à mulher e ao homem com idade núbil: "full age". Esta expressão provocou

---

*Convention on Human Rights*, Oxford 1975; e ainda, ERIKSSON, M.K., *The Right to Marry and to Found a Family - a World-Wide Human Right*, Iustus Förlag, Uppsala 1990.

<sup>710</sup> Veja-se ERIKSSON, M.K., *The Right to Marry and to Found a Family - a World-Wide Human Right*, Iustus Förlag, Uppsala 1990, pp.53 e 66.

<sup>711</sup> Cfr. UN, *First Marriage: Patterns and Determinations*, p.30; *Population Studies*, N°99, "Review and Appraisal of the World", *Population Plan of Action*, UN, New York 1986, p.55; *Population Reports*, Ser.M, 1985, p.196.; WHO/EMRO *Technical Publication*, N°2, p.137.; *Social Support Measures: Responsibility and Equity at the End of the Twentieth Century*, UNOV/CSHDA,EGM/SSMAW7 1988/WP.1/ Rev.1, 14 de Novembro de 1988, p.20.

<sup>712</sup> Parece evidente que o reconhecimento ao nível internacional destas exigências tem por objectivo impedir os matrimónios estabelecidos pelos pais e cujos cônjuges são ambos, ou um deles, ainda crianças. Nestes casos, o consentimento não tem qualquer valor e o matrimónio seria, consequentemente, inválido.

dificuldades de interpretação durante os trabalhos preparatórios. De facto, durante os debates, vimos como o delegado representante de Arábia Saudita (Baroody) criticou esta expressão, qualificando-a de ambígua e propôs a expressão "of legal matrimonial age".<sup>713</sup> É interessante analisarmos que esta proposta de emenda é substancialmente distinta do sentido que visa a expressão anterior, incluída no texto provisório da Declaração. De facto, não se tratava de regular na Declaração Universal que acedessem ao matrimónio todos aqueles que cada legislação doméstica permitisse ("idade legal") mas sim, limitar e suprimir essas legislações que permitiam que crianças fossem usadas e dadas em matrimónio. Isto era exactamente o que se pretendia evitar. Assegurando-se, assim, que o direito humano a casar e fundar família fosse devidamente exercido pelos seus titulares sem pressões de nenhum tipo, de contrário ficaria o texto vazio de conteúdo. Deste modo, esta emenda (de Arábia Saudita) foi rejeitada (24 votos contra, 4 a favor e 7 abstenções). Posteriormente, o mesmo representante, fez outra proposta de substituição das palavras "mature age" por "full age", argumentando que especificava um requisito físico para aceder ao matrimónio e que, por isso, já não era necessário referir-se a "legal" ou a "marriageable age". Esta proposta foi também rejeitada (22 votos contra 6). O representante de França (René Cassin), apoiou a expressão "full age", advertindo que os matrimónios entre crianças (reconhecidos como legais em determinados países) seriam justificáveis se a proposta de Arábia Saudita fosse aplicada.<sup>714</sup>

Assim, um dos objectivos dos elaboradores da Declaração, ao incluir expressamente essa exigência de idade mínima para ser sujeito titular do direito ao matrimónio, tinha também como preocupação, proibir os matrimónios entre crianças (permitidos por alguns sistemas legais). Aliás, esta exigência está também reforçada no mesmo texto pelas palavras expressas de "homem e mulher" como sujeitos deste direito. Como a própria declaração não concretiza a idade ou o significado concreto de "full age" o que se pretendia claramente era impor uma capacidade (idoneidade) física aos esposos de modo a estarem capacitados para procriar.<sup>715</sup> De facto, a expressão "full age" tem sido sempre interpretada como sinónimo de puberdade e não em termos de maioridade no sentido que

---

<sup>713</sup> UN Doc.A /C.3/240.

<sup>714</sup> UN Doc.A/C.3/373.

<sup>715</sup> ROBINSON, N., *The Universal Declaration of Human Rights*, Nova York 1958, p.125.

lhe dá a lei civil. A puberdade é identificada com aquele período da vida em que se adquire e se manifesta a capacidade procreativa.<sup>716</sup> É evidente que a idade com que se atinge a puberdade difere entre as várias regiões do mundo e, por esse motivo, cabe às legislações nacionais determinarem em concreto a idade mínima necessário para casar. Também é óbvio que o simples critério da puberdade seja insuficiente já que há outros importantes factores para além da mera capacidade reprodutiva. De facto, ainda que um sujeito tenha atingido a maturidade física (isto é, possa reproduzir-se) não significa que tenha atingido a maturidade psicológica e intelectual necessária para entender e poder assumir todas as responsabilidades que implica um matrimónio e a consequente família., tal como já referimos anteriormente.<sup>717</sup> Por este motivo, a maior parte das legislações domésticas estabelecem uma idade um pouco superior à da mera puberdade, como idade mínima permitida para exercer o direito ao matrimónio.

### **II.1.3. Convenção Suplementaria para a Abolição da Escravatura, comércio de escravos e das Instituições e práticas análogas à escravatura (1956)**

O artigo 2º desta Convenção, estabelece: “Con objecto de poner fin a las instituciones y prácticas a que se refiere el inciso c) del artículo 1 de la presente Convención, los Estados Partes se comprometen a prescribir, allí donde proceda, edades mínimas apropiadas para el matrimonio, a fomentar la adopción de un procedimiento que permita a cualquiera de los contrayentes expresar libremente su consentimiento al matrimonio ante una autoridad civil o religiosa competente, y a fomentar la inscripción de los matrimonios en un registro”.

Como podemos constatar, esta norma tenta que se estabeleça uma idade mínima para o matrimónio como fim de evitar abusos em relação a menores (famílias que dão

---

<sup>716</sup> UN Doc.E/CN.6/510/Add.2, p.18.

<sup>717</sup> É óbvio que a maturidade pessoal implica aspectos físicos e psíquicos. Geralmente a maturidade física antecede uns anos à maturidade psicológica. Como a pessoa é um todo (físico e psíquico) a maturidade pessoal só se atinge quando ambos aspectos se desenvolveram.

filhas em casamento, sistemas de herências que inclui as esposas como património dos falecidos, etc.) e a práticas equiparadas à escravatura.<sup>718</sup>

#### **II.1.4. Recomendação para o Consentimento Matrimonial, a Idade Mínima para o Matrimónio e o Registo de Matrimónios**

Esta Recomendação foi adoptada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (a 1 de Novembro de 1965).<sup>719</sup> Inclui também vários princípios que visam assegurar a idade mínima exigida para o casamento.<sup>720</sup> No Princípio II desta Recomendação especifica-se que a idade mínima para o matrimónio não deve ser de menos de 15 anos de idade, excepto em casos em que a autoridade competente conceda uma dispensa por motivos graves, no interesse e desejo dos esposos.<sup>721</sup> A idade de 15 anos é considerado o limite mínimo desejável para orientar os governos, no momento de legislarem sobre a idade concreta exigida para o matrimónio.<sup>722</sup>

---

<sup>718</sup> Cfr. HERVADA, J.; ZUMAQUERO, J.M, *Textos Internacionales de Derechos Humanos*, T.I., Pamplona 1992 (2ª ed.), pp.316-323.

<sup>719</sup> A referida Recomendação foi aprovada quase unanimemente por 95 votos a favor, nenhum contra e duas abstenções: AG, Resolução 2018 (XX) de 1 de Novembro de 1965. Cfr. HERVADA, J.; ZUMAQUERO, J.M, *Textos Internacionales de Derechos Humanos*, T.I., Pamplona 1992 (2ª ed.), pp.506-509.

<sup>720</sup> Esta Recomendação, no seu Preâmbulo recorda o art.2º da *Convenção Suplementaria de 1956 sobre a Abolição da Escravatura, Negócio de Escravos e das Instituições e Práticas Análogas à Escravatura*, onde, como vimos, estipulam-se certas disposições relativas à idade para contrair matrimónio, ao consentimento dos contraentes e ao registo dos matrimónios.

<sup>721</sup> "Los Estados Miembros adoptarán las medidas legislativas necesarias para determinar la edad mínima para contraer matrimonio, la cual en ningún caso podrá ser inferior a los quince años; no podrán contraer legalmente matrimonio las personas que no hayan cumplido esa edad, salvo que la autoridad competente por causas justificadas y en interés de los contrayentes, dispense del requisito de la edad", Princípio II. Cfr. HERVADA, J.; ZUMAQUERO, J.M., *Textos Internacionales de Derechos Humanos*, T.I., Pamplona 1992 (2ª ed.), pp.508.

<sup>722</sup> UN Doc.A/4844, p.5.



### II.1.5. Declaração para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher

Em 1963, a Assembleia Geral das Nações Unidas, convidou a Comissão para o Estatuto da Mulher a preparar o texto provisório de uma *Declaração para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher*.<sup>723</sup> Considerou-se necessária esta declaração que em matéria de igualdade de direitos ainda continuava haver (e ainda continua) tanto nas legislações nacionais como na prática, graves discriminações em desfavor da mulher em relação ao homem. Durante a elaboração do projecto da declaração, a delegação de Ucrânia, propôs que se incluísse nos princípios fundamentais da mesma, uma clara proibição de matrimónios entre pessoas com idades inferiores à puberdade. Esta proposta foi aceite e foi incluída no art.6,3 da referida Declaração.<sup>724</sup> Aos Estados foi solicitada acção através de legislação que especificasse essa proibição. Uma vez elaborado este texto (art.6,3), o mesmo não gerou qualquer discussão.<sup>725</sup> Esta unanimidade demonstra o consenso que havia em relação a esta matéria.

---

<sup>723</sup>AG, Resol. 1921 (XVIII) de 5 de Dezembro de 1963. A Comissão para o Estatuto da Mulher (CEDAW) é um órgão intergovernamental estabelecido pelo Conselho Económico e Social das Nações Unidas (ECOSOC) e que começou por ser uma subcomissão da Comissão de Direitos Humanos em 1946. O seu estatuto como Comissão subsidiária de ECOSOC foi aprovado pelo próprio ECOSOC na Resolução 11 (9 em 12 de Junho de 1946). Uma das funções de CEDAW é a de preparar recomendações e fazer relatórios para ECOSOC com vista à promoção dos direitos das mulheres nos seus vários aspectos (político, social, civil, económico e educacional). Pode consultar-se: GALEY, M, "Promoting Non-Discrimination Against Women", *International Studies Quarterly*, 1979, p. 273ss; e ainda, HANNUM, H., *New Directions in Human Rights*, Filadélfia 1989, p.27.

<sup>724</sup> Preámbulo: *La Asamblea General, Considerando* que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres (...); Artículo 6, 3: Deberán prohibirse el matrimonio de niños y los esponsales de las jóvenes antes de haber alcanzado la pubertad y deberán adoptarse medidas eficaces, inclusive medidas legislativas, a fin de fijar una edad mínima para contraer matrimonio y hacer obligatoria la inscripción del matrimonio en un registro oficial". Cfr. HERVADA, J.; ZUMAQUERO, J.M., *Textos Internacionales de Derechos Humanos*, T.I., Pamplona 1992 (2ª ed.), pp.582-586.

<sup>725</sup> Apenas a delegação da Índia propôs que se retirasse do texto a proibição de esponsórios de raparigas de idades anteriores à puberdade. Contudo, esta emenda foi rejeitada. A proposta do art.6,3 foi adoptada ( na sessão 1479 e 1480, em 1967) por 99 votos a favor, nenhum contra e uma abstenção.

### **II.1.6. Convenção Suplementaria para a Abolição da Escravatura, Tráfico de Escravos e Instituições e Práticas Similares à Escravatura:**

A 4 de Setembro de 1956, a Conferência de Plenipotenciários das Nações Unidas adoptou uma *Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravatura, Tráfico de Escravos e Instituições e Práticas Similares à Escravatura*.<sup>726</sup> Este Tratado tinha como objectivo promover o estatuto da mulher. Neste contexto, visava prevenir situações similares à escravatura tais como eram consideradas algumas das práticas permitidas em alguns países, no âmbito matrimonial. Assim, este texto da Convenção equiparava à escravatura, a prática seguinte: "Uma mulher que, sem direito a negar-se, é prometida ou dada em casamento em troca de pagamento de uma soma de dinheiro ou em género pelos seus pais, tutores, familiares ou por qualquer outra pessoa ou grupo" (art.1c, al.i). Esta equiparação à escravatura baseia-se no facto das mulheres eram reduzidas a objectos de propriedade de outros seres humanos. Esta Convenção também incentivava os governos a estabelecerem uma idade mínima para o matrimónio afim de se proibir esse tipo de situações. Assim, referem: "Preámbulo: Los Estados Partes en la presente Convención, Considerando que la libertad es un derecho innato de todo ser humano; Conscientes de que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en la dignidad y el valor de la persona humana (...), han convenido en lo siguiente: (Art.2º) Con objecto de poner fin a las instituciones y prácticas a que se refiere el inciso c) del artículo 1 de la presente Convención, los Estados Partes se comprometen a prescribir, allí donde proceda, edades mínimas apropiadas para el matrimonio, a fomentar la adopción de un procedimiento que permita a cualquiera de los contrayentes expresar libremente su consentimiento al matrimonio ante una autoridad civil o religiosa competente, y a fomentar la inscripción de los matrimonios en un registro".<sup>727</sup>

---

<sup>726</sup> Tal como já referimos, esta Convenção foi adoptado por 40 votos a favor, nenhum contra e três abstenções. Cfr. UN Treaties, Vol.266, p.3. Foi convocada pelo ECOSOC (Res.608 (XXI) a 30 de Abril de 1956. Entrou em vigor a 30 de Abril de 1957. *Multilateral Treaties Deposited with de Secretary-General*, ST/LEG/Ser.E/6, p.6007-608. Este Tratado veio completar a Convenção sobre Escravatura de 1926. Também se pode consultar em: HERVADA, J.; ZUMAQUERO, J.M., *Textos Internacionales de Derechos Humanos*, T.I., Pamplona 1992 (2ª ed.), pp.316-323.

<sup>727</sup> Cfr. HERVADA, J.; ZUMAQUERO, J.M., *Textos Internacionales de Derechos Humanos*, T.I., Pamplona 1992 (2ª ed.), pp. 316-323.

### **II.1.7. Convenção para o Consentimento do Matrimónio, para a Idade Mínima para o Casamento e para o Registo de Casamento**

Na mesma Conferência de Plenipotenciários supra referida, adoptou também uma Resolução que recomendava ao ECOSOC que iniciasse um estudo sobre a questão do matrimónio, com o objectivo de estabelecer uma idade mínima para o mesmo, preferentemente superior aos 14 anos.<sup>728</sup> Por sua vez, a Comissão para o Estatuto da Mulher (na sua 20ª sessão, em 1958) solicitou ao ECOSOC que convidasse a Secretaria Geral a preparar um texto provisório de uma Convenção que tratasse dessas questões e que providenciasse que a idade mínima a estabelecer para o matrimónio não fosse inferior aos 16 anos de idade.<sup>729</sup> Mais tarde, a Comissão para o Estatuto da Mulher, deu-se conta de que a especificação de uma idade concreta mínima para o matrimónio não conseguiria aceitação que lhe permitisse ser incluída num Tratado (cujo texto deveria ter força vinculante para os Estados partes). Assim, optou-se por inserir na Convenção apenas um princípio geral.

Em 1962 (7 de Novembro) a Assembleia Geral das Nações Unidas, adoptou a *Convenção para o Consentimento do Matrimónio, para a Idade Mínima para o Casamento e para o Registo de Casamento*.<sup>730</sup> No art.2 desta Convenção estabelecia-se a obrigação para os Estados partes, de especificarem no seu ordenamento jurídico uma idade mínima para o casamento.<sup>731</sup>

---

<sup>728</sup> E/CONF.24/33.

<sup>729</sup> UN Doc.A/4844, p.3.

<sup>730</sup> A Convenção entrou em vigor em 4 de Dezembro de 1964. Cfr. HERVADA, J.; ZUMAQUERO, J.M, *Textos Internacionales de Derechos Humanos*, T.I., Pamplona 1992 (2ª ed.), pp.468-471.

<sup>731</sup> "Artículo 2º: Los Estados partes en la presente Convención adoptarán las medidas legislativas necesarias para determinar la edad mínima para contraer matrimonio. No podrán contraer legalmente matrimonio las personas que no hayan cumplido esa edad, salvo que la autoridad competente, por causas justificadas y en interés de los contrayentes, dispense el requisito de la edad". Cfr. HERVADA, J.; ZUMAQUERO, J.M., *Textos Internacionales de Derechos Humanos*, T.I., Pamplona 1992 (2ª ed.), p.469.

### II.1.8. Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos

Posteriormente, a Assembleia Geral das Nações Unidas adoptou unanimemente duas Convenções a 16 de Dezembro de 1966. Tratam-se do *Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos* e do *Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais*.<sup>732</sup> O PIDCP baseava o seu art.23 §2 no art.16, 1 da Declaração Universal e estabelecia que devia ser reconhecido o direito de um homem e uma mulher de idade núbil ("marriageable age") a casarem e fundar uma família.<sup>733</sup> Este texto inclui duas diferenças em relação ao art.16 da DUDH, no qual se inspira. A primeira refere-se a "marriageable age" em vez de "full age". A segunda diferença é a supressão das palavras "sem distinções de raça, nacionalidade ou religião". Tal como refere M.Eriksson, semanticamente estas expressões: "marriageable age" e "full age", tem significados com matizes distintos, no mundo anglo-saxão.<sup>734</sup> Assim, a primeira delas refere-se mais propriamente a maturidade física. A segunda refere-se mais propriamente a uma maturidade mais relacionada com a capacidade para tomar decisões, tem pois um carácter mais psíquico do que a expressão "marriageable age". Contudo, o significado desta alteração pode também descobrir-se na discussão dos Trabalhos Preparatórios no seio do Comité onde o texto deste artigo foi apresentado e discutido. Durante os debates do texto deste artigo, não houve propostas de emenda. O texto pareceu aceitável a todas as delegações e a proposta original deste texto foi aprovado sem emendas.<sup>735</sup> De facto, o texto estava elaborado em termos suficientemente amplos de modo a respeitar todo o tipo de legislações domésticas em relação à idade mínima para o casamento.<sup>736</sup> O art.23 do PIDCP foi, pois, interpretado

---

<sup>732</sup> O primeiro, posteriormente aqui designaremos pelas siglas: PIDCP. Cfr. Tratados das Nações Unidas (a partir daqui: UNT), Vol.999, p.171 e Vol.1056, p.407; (posteriormente: PIDESC) Ambos Tratados entraram em vigor a 23 de Março de 1976. Estes documentos podem ser consultados em: HERVADA, J.; ZUMAQUERO, J.M., *Textos Internacionales de Derechos Humanos*, T.I., Pamplona 1992 (2ª ed.), pp.559-581 e 546-558, respectivamente.

<sup>734</sup> ERIKSSON, M.K., *The Right to Marry and to Found a Family - a World-Wide Human Right*, Uppsala 1990, p.40.

<sup>735</sup> Cfr. UN Doc.A/C.3/SR.1090-1095.

<sup>736</sup> Pense-se, por exemplo, que a maturidade física para o casamento é considerada em alguns países e no que diz respeito ao sexo feminino, entre os 9 e os 12 anos. Cfr. ERIKSSON, M.K., *The Right to Marry and to Found a Family - a World-Wide Human Right*, Uppsala 1990, p.36 .

em sentido lato em relação à idade mínima para contrair matrimónio, deixando aos Estados a possibilidade de a concretizarem tanto identificando-a com a maioridade legal, como estabelecendo outra mais relacionada com a maturidade física (puberdade).<sup>737</sup>

### II.1.9. Convenção Contra Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher

Outro texto relacionado com este tema é o art.16 da *Convenção Contra Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher*.<sup>738</sup> Este texto incluía expressamente que "os esponsórios e o casamento de uma criança devem ser considerados inválidos". Os Estados partes da Convenção foram instados a tomar as medidas necessárias (incluindo legislação) sobre a idade específica sobre a idade mínima para contrair matrimónio. O problema que surge neste texto é o da definição do termo "criança". Não parece haver consenso universal sobre o seu significado. Na verdade, quando se pode afirmar que um ser humano deixa de ser considerado criança para ser considerado adulto? Neste contexto, existem várias definições ao nível internacional mas não se estabelece nenhuma como modelo único (que deva ser aceite por todos). Por exemplo, para o Direito Internacional Humanitário, crianças são todos aqueles que ainda não atingiram o 15 anos.<sup>739</sup> Também para a Organização Internacional do Trabalho, a idade mínima para o primeiro emprego é também de 15 anos, considerando crianças todos os de idade inferior.<sup>740</sup> A UNICEF considera crianças todas as pessoas até aos 16 anos de idade.<sup>741</sup> De qualquer modo, mesmo a própria maioridade civil não se atinge em todos os países com a mesma idade. Quanto a esta questão existe uma oscilação geral entre os 12 e os 21 anos. Apesar de toda esta discussão em torno ao conceito de criança e ao estatuto de maioridade, cremos que o importante é o de sabermos a partir de que idade pode alguém considerar-se

---

<sup>737</sup> Cfr. UN Doc.A/2929, cap.VI §168.

<sup>738</sup> Esta Convenção foi adoptada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (Res.34/80) a 18 de Dezembro de 1979 e entrou em vigor a 3 de Setembro de 1981.

<sup>739</sup> *ICRC and Children in Situation of Armed Conflicts*, Genebra 1987, p.2.

<sup>740</sup> Organização Internacional do Trabalho (OIT), Convenção nº138.

<sup>741</sup> Para mais informação sobre o conceito de criança cfr. KOSONEN,A, *The Special Protection and Child Soldiers, a Principle and its Application*, Helsínquia 1987, p.105 e ss.

suficientemente maduro e apto para casar e fundar família. Porque o que mede a exigência da idade é o conteúdo do direito que se vai exercer, isto é, o direito ao matrimónio e, conseqüentemente, a fundar uma família.

## **II.2. Diferença de idade legal para as mulheres e para os homens**

Esta questão da diferença de idade entre mulheres e homens, coloca-se, porque a puberdade feminina e masculina não coincidem. De facto, normalmente as mulheres atingem a maturidade antes que os homens. Neste contexto, parece lógico que, atingindo a mulher a idade núbil mais cedo, o limite legal de idade concreta possa ser estipulado em idade mais reduzida para a mulher em relação ao homem. Já vimos que esta diferença das idades legais vêm estipuladas desde o Direito romano.<sup>742</sup> Neste caso, o homem teria uma limitação à sua capacidade de exercer o direito a casar, durante mais tempo do que a mulher.

É evidente que não se pode interpretar esta diferença como uma discriminação a qualquer dos sexos, já que a própria natureza da pessoa humana e da instituição matrimonial (que fundamentam o requisito da idade núbil como limite ao exercício do direito a casar) assinalam esta diferença geral psico-biológica em relação aos dois sexos.<sup>743</sup> Assim, poderá constatar-se uma situação de discriminação quando uma lei estabeleça uma idade superior à puberdade feminina e masculina e, mesmo assim, concretizando idades diferentes para a mulher e o homem. Neste caso, parece-nos que já não teria sentido esta distinção e poderia mesmo resultar discriminatório para algum dos sexos.

É esta última situação a que nos vamos referir, isto é, aquela distinção legal que estabelece idades posteriores à puberdade de ambos sexos, mas que, mesmo assim, faz distinção em relação à idade legal a que cada um dos sexos pode aceder ao matrimónio.

---

<sup>742</sup> Justiniano estabeleceu a idade núbil para a mulher aos 12 anos e 14 anos para os homens. (Vide nosso trabalho supra).

<sup>743</sup> Assim, neste contexto, parece poder afirmar-se que só existiria discriminação quando uma lei determinasse a puberdade e concretizasse idades distintas para a mulher e o homem. Estaríamos perante uma discriminação se a lei tratasse duas realidades distintas de modo igual ou duas realidades iguais de modo distinto.

Em princípio, parece ser que a parte discriminada seriam os homens, já que só poderiam exercer o seu direito ao matrimónio mais tarde do que as mulheres. Contudo, na prática a distinção legal parece orientar-se em desfavor das mulheres, pelo menos em alguns aspectos. Outros autores<sup>744</sup> afirmam que, se os que defendem a distinção legal entre mulheres e homens, se fundamentam nas tradicionais funções da mulher dentro do matrimónio, então é inaceitável essas situações já que essa distinção parece referir-se apenas a conceitos físicos (maturidade física) o que é, obviamente, insuficiente para considerar que alguém tenha, só por isso, capacidade para o matrimónio. Assim, defendem que é inoportuno que existam ainda legislações que incluam uma distinção entre a idade mínima legal inferior para a mulher em relação ao homem e o justifiquem com base, sobretudo, em motivos de ordem físico e reprodutivo.

De facto, concluem, estas situações obstaculizam a igualdade de oportunidades entre a mulher em relação ao homem, tanto no que diz respeito a escolher uma profissão como de completar um nível intelectual que a satisfaça e estimule a sua autoconfiança e se evitem situações de submissão entre os cônjuges. Afirmam também que se deve romper com a mentalidade que imputava à mulher um equivocado papel tradicional de mera função de parceira sexual e reprodutora. De facto, o matrimónio é muito mais do que isso e implica, obviamente, outras importantes dimensões para além do sexual. Neste contexto, há autores que defendem que esta distinção legal entre as mulheres e homens em relação à idade mínima legal para casar, não constitui uma discriminação (em relação à mulher).<sup>745</sup> Contudo, também defendem que, na verdade, propiciam que se continue com a mentalidade discriminatória.<sup>746</sup> Daí que afirmem que, actualmente, não sejam oportunas este tipo de distinções legais.

---

<sup>744</sup> Por exemplo, cfr. ERIKSSON, M.K., *The Right to Marry and to Found a Family - a World-Wide Human Right*, Uppsala 1990, p.60.

<sup>745</sup> Por exemplo, cfr. JACOBS, F, *The European Convention on Human Rights*, Oxford 1975, p.162.

<sup>746</sup> (Preâmbulo) "*La Asamblea General, Considerando* que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, la dignidad y el valor de la persona humana y en la Igualdad de derechos de hombres y mujeres; *Considerando* que la Declaración Universal de Derechos Humanos establece el principio de la no-discriminación y proclama que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y que toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamadas en esta Declaración, sin distinción alguna, incluida la distinción por razón de sexo; *Teniendo en cuenta* las resoluciones,

### II.3. Limite internacional de idade mínima para exercer o direito a casar

Depois do que aqui referimos, lembramos que na Convenção Europeia há apenas uma referência ao limite de idade necessário para exercer o direito ao matrimônio: "a idade núbil". Vimos também que a Convenção concede à legislação doméstica a liberdade de concretizar a idade mínima para o casamento, sempre dentro do limite conceptual de "idade núbil" reconhecido no art.12 desse documento. O único texto de Direitos Humanos que concretiza um limite de idade mínima para casar é a *Recomendação das Nações Unidas sobre o Consentimento Matrimonial*, de 1965. Nesta, estabelece-se que a idade mínima para casar nunca deve ser inferior aos 15 anos, salvo que haja motivos graves para conceder dispensa. Pode pois afirmar-se que existe um critério internacional de limite mínimo para casar. Contudo, alguns autores consideram que este limite mínimo deve ser aumentado considerando que se deve dar mais importância ao aspecto da maturidade psicológica e que a idade de 15 anos parece cingir-se demasiado ao aspecto físico e reprodutivo.<sup>747</sup> Reconhecem que é importante que o candidato ao matrimônio tenha atingido a maturidade mínima em todos os aspectos: intelectual, psicológico, moral, económico, além da sua mera capacidade reprodutiva. Normalmente, o aumento da idade dos esposos diminui o risco de divórcios e separações e aumenta a estabilidade familiar e,

---

declaraciones, convenciones y recomendaciones de las Naciones Unidas y los organismos especializados cuyo objeto es eliminar todas las formas de discriminación y fomentar la igualdad de derechos de hombres y mujeres; *Preocupada* de que, a pesar de la Carta de las Naciones Unidas, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos y de otros instrumentos de las Naciones Unidas y los organismos especializados y a pesar de los progresos realizados en materia de igualdad de derechos, continúa existiendo considerable discriminación en contra de la mujer; *Considerando* que la discriminación contra la mujer es incompatible con la dignidad humana y con el bienestar de la familia y de la sociedad... y constituye un obstáculo para el pleno desarrollo de las posibilidades que tiene la mujer de servir sus países y a la humanidad; *Teniendo presente* la importancia de la contribución de la mujer a la vida social, política, económica y cultural, así como su función en la familia y especialmente en la educación de los hijos; *Convencida* de que la máxima participación tanto de las mujeres como de los hombres en todos los campos es indispensable para el desarrollo total de un país, el bienestar del mundo y la causa de la paz; *Considerando* que es necesario garantizar el reconocimiento universal, de hecho y en derecho, del principio de igualdad del hombre y de la mujer; *Proclama solemnemente* la presente Declaración."

<sup>747</sup> Neste sentido veja-se, ERIKSSON, M.K., *The Right to Marry and to Found a Family - a World-Wide Human Right*, Uppsala 1990, p.73.



consequentemente social. Por este motivo deveria ser do interesse de toda a comunidade internacional, estabelecer um limite mínimo que estivesse próximo (ou coincidissem mesmo) com o da maioridade legal.<sup>748</sup> Deste modo, se defenderia uma maior igualdade entre os sexos, pois, na maioria dos casos de casamentos em que um dos elementos é menor (ainda não atingiu a maioridade legal), este, coincide com o da parte feminina. Isto é, são as mulheres que em geral se casam com idades inferiores ao seu marido. Em consequência, sendo menores, dependerão do seu marido já que não poderão ter um estatuto jurídico de maioridade civil, estando dependentes de outra pessoa (marido) para actuar legalmente. Isto pode incentivar situações de desigualdade dentro do matrimónio. Para obviar esta situação de desigualdade propõe-se que no caso de ser estipulada um limite de idade inferior (que normalmente, como vimos, é o da mulher) que esta, ao casar-se obtenha ipso iure a maioridade legal com o reconhecimento de todos os seus efeitos legais.<sup>749</sup>

Em conclusão, como princípio geral a seguir e para evitar abusos, considerámos que seria conveniente estipular a mesma idade mínima legal para casar, tanto para as mulheres como para os homens (sempre que seja superior à da puberdade feminina e da masculina, evidentemente). Contudo, há que moderar o que acabámos de referir com o facto de estarmos perante um direito fundamental (*ius connubii*) e que, como tal, só pode ser restringido em termos mínimos (só o imprescindível) e que as grandes diferenças de costumes e tradições culturais entre os diversos países não podem ser ignoradas.<sup>750</sup>

---

<sup>748</sup> Para aprofundar este assunto, veja-se: ARAÚJO, E.R.; GERALDES, M. (Coord.s), *A situação das Mães Adolescentes no Sul da União Europeia*, Lisboa 2000.

<sup>749</sup> Obviamente que não podemos esquecer que o direito a casar é um direito humano fundamental, com todas as consequências daí resultantes: "Es princípio de justicia que la edad núbil no se retrase demasiado respecto al momento en que se alcanza la capacidad natural para contraer matrimonio, es decir, una vez alcanzado el desarrollo puberal. En efecto, teniendo la persona el derecho a contraer matrimonio, la potestad de las leyes para fijar la edad núbil no va más allá de determinar y concretar lo que tiene ciertos factores psíquico-corpóreos indeterminados, esto es, la edad cronológica que, en un determinado ambiente, señala el alcance del desarrollo natural que capacita al varón y a la mujer para vivir de modo mínimamente adecuado al estado matrimonial". HERVADA, J.; ZUMAQUERO, J.M., *Textos Internacionles de Derechos Humanos*, T.I., Pamplona 1992 (2ª ed.), p.147.

<sup>750</sup> "Se entiende por edad núbil aquella edad a partir de la cual el estado matrimonial es adecuado a la persona. Corresponde a las leyes señalar esa edad, teniendo en cuenta las circunstancias que influyen en el desarrollo psíquico-corporal, desarrollo que no es uniforme en todas las latitudes,

Também se deveria dar a possibilidade de se recorrer ao mecanismo da dispensa legal dessa idade mínima. Trata-se sempre de um recurso importante a considerar pois poderá evitar injustiças praticadas a casos particulares (com o argumento de evitar abusos gerais). Como recomendação propomos que fosse estipulada a maioria de idade como idade mínima legal independentemente do sexo do sujeito. Sempre com a possibilidade da dispensa legal nos termos já referido anteriormente.

No núcleo desta discussão está a necessidade da igualdade de tratamento entre os cônjuges e a não discriminação por razão do sexo de cada um (independentemente da idade concreta que tenha cada um deles).

#### **II.4. Proibição legal de discriminação entre as mulheres e os homens**

O Art.12 da Convenção Europeia, omite no seu texto qualquer referência à não discriminação (com base na raça, nacionalidade e religião) que incluía a Declaração Universal que a inspirou. O motivo desta supressão baseia-se no facto de que no art.14 do mesmo documento, inclui a proibição a discriminação com base no sexo, raça e religião e, por isso, se considerou desnecessário a sua repetição.<sup>751</sup>

No art.16 da Declaração Universal, não se inclui uma proibição explícita acerca da discriminação com base no sexo, isto no que diz respeito ao direito a casar. Contudo, no seu art.2 proíbe-se a discriminação, em geral, com fundamento no sexo. No art.23 do PIDCP, que se também se baseia no art.16 da Declaração Universal, igualmente se omite qualquer referência ao princípio de não discriminação com base no sexo em relação ao matrimónio. No art.6 da *Declaração para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher*, declara-se que a mulher deve ter os mesmos direitos que o homem no que diz respeito ao matrimónio. Na *Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher*, estipula-se que os Estados Partes devem tomar todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra as mulheres em todas as

---

climas, culturas, etc.”. HERVADA, J.; ZUMAQUERO, J.M., *Textos Internacionales de Derechos Humanos*, T.I., Pamplona 1992 (2ª ed.), p.147.

<sup>751</sup> TP, Vol.4 (1975) p.280.

matérias relacionadas com o matrimónio (art.16,1). Apesar disto, a CEDAW<sup>752</sup>, constatou que em muitos países do mundo, inclusivamente Europa, o limite legal mínimo para casar, estipulado pelos Estados, era distinto para as mulheres e para os homens. As justificações dos respectivos governos baseavam-se no facto de que "as mulheres maduram mais cedo".<sup>753</sup> Aqui lembrámos o que referimos supra acerca desta evidência natural.

Quanto à idade máxima para casar, não existe nenhuma normativa que imponha qualquer limite. Na verdade, estabelecer um limite de idade máxima seria gravemente injusto já que se lesionaria o *ius connubii* da pessoa, uma vez que não estão em causa os fundamentos que levam a estabelecer um limite para a idade núbil. Também não existe nenhum limite em relação à diferença de idades entre os esposos porque se trata de um assunto que diz respeito à liberdade dos contraentes para eleger o seu cônjuge. Nestes casos, o legislador deve orientar-se pela eliminação de todos os condicionamentos.

## II.5. Dispensa de idade mínima legal

A Convenção Europeia não faz nenhuma referência nem à idade concreta mínima nem, obviamente, à sua dispensa. Contudo, vimos como estabelece a "idade núbil" como um limite, deixando aos Estados Partes a função de concretizar as idades. Todos os Estados europeus Contratantes, são também Partes, tanto da *Declaração Universal dos Direitos Humanos* como do *Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos* e da *Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher*. Assim, vamos averiguar o que incluem estes últimos documentos, em relação à dispensa da idade mínima legal.

O art. 16 da Declaração Universal e o art. 23 do PIDCP, não incluem qualquer referência expressa à possibilidade de dispensa, sob algumas exigências (entre as quais a do consentimento dos pais), concedida pelas autoridades às pessoas que ainda não

---

<sup>752</sup> Órgão criado pelas Nações Unidas com a finalidade de supervisionar a aplicação das normas desta Convenção (*Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher*) e os direitos humanos em relação às mulheres.

<sup>753</sup> CEDAW/C/5/Add.3; Add.25; Add.31, etc.

atingiram a idade mínima legal e pretendam casar-se. Contudo, dos trabalhos preparatórios do art.23 do PIDCP, pode concluir-se que essa possibilidade estava presente na mente dos seus elaboradores. De facto, representantes de algumas delegações, durante a discussão deste artigo, advertiram contra a possibilidade de os pais (ou tutores) imporem a sua vontade (em matéria de casamento) aos seus filhos menores.<sup>754</sup> Também, como já referimos, a *Convenção sobre o Consentimento para o Matrimónio, Idade Mínima e Registro dos Matrimónios*, estipula no seu art.2 que, por motivos graves, a autoridade competente pode conceder a dispensa da idade no interesse e com o acordo dos esposos.

É evidente que esta dispensa nunca pode ser concedida a pessoas que não tenham ainda atingido a capacidade mínima para contrair matrimónio: a puberdade. Já vimos como esta implica maturidade física e psicológica mínima, que capacite o sujeito para uma verdadeira comunhão de vida (em todos os aspectos), para compreender, e eleger livremente tanto o matrimónio como o cônjuge. E, ainda, assumir todas as responsabilidades inerentes ao matrimónio e à família, que implica o acto de casar-se. Além disto, há que ter em atenção que a idade dos candidatos ao matrimónio é importante, porque serve de orientação mínima sobre a sua capacidade, mas não é determinativa pois o que se pretende salvaguardar é exactamente a sua idoneidade global para exercer esse direito. E isto é o que, verdadeiramente, está em causa quando nos referimos a idade núbil.

Outra questão relacionada com o requisito da "idade núbil" para casar (e a sua consequente concretização num impedimento legal de idade) é o da capacidade para o pleno e livre consentimento. Este, é um requisito que afecta directamente a dignidade da pessoa humana, logo trata-se de uma exigência de direito natural.

---

<sup>754</sup> Uma representante da delegação governamental de Bélgica (Sra. Ciselet) interveio na discussão do texto, referindo que o mesmo não deveria impedir que os pais ou tutores dos menores concedessem ou negassem o consentimento aos seus filhos (intervieram no mesmo sentido, as delegações de Grécia e Nova Zelândia). Nenhum dos presentes opôs objecções a esta interpretação. Cfr.UN Doc.A/2929, Cap.VI, §169; UN Doc.A/C.3/SR.11093, p.161 e 166; UN Doc.A/C.3/SR.1095, p.174.

## **II.6. Livre e pleno consentimento (que implica o direito a escolher o estado matrimonial e a pessoa do outro cônjuge)**

Na Convenção Europeia, não se inclui o livre e pleno consentimento no texto do art.12 (apesar, como já vimos, de se inspirar na Declaração Universal e esta o reconhecer expressamente no seu texto). De facto, os elaboradores da Convenção omitiram intencionalmente este aspecto. Parece ser que os motivos que fundamentaram esta omissão consistiram, sobretudo, no facto de a Convenção ter como principal objectivo as relações entre os indivíduos e os Estados e também pelo facto de tal ter sido considerado supérfluo devido a que a exigência de pleno e livre consentimento, estar incluído em todas as legislações dos Estados Partes na Convenção. Contudo, esta omissão do art.12, não deixa de ser criticado por parte de vários autores.<sup>755</sup> Assim, apesar da ausência, na Convenção, da exigência de livre e pleno consentimento para o matrimónio, trata-se de uma questão de fundamental importância.

Referimos, no capítulo correspondente, que é o consentimento dos esposos que dá origem ao vínculo matrimonial. Este, é causado por um único e exclusivo poder: a vontade de cada contraente que se manifesta como consentimento unânime, no acto de contrair matrimónio. Este consentimento contém as duas vontades e é um autentico acto autónomo (soberano) com que a pessoa dispõe de si mesma. No consentimento matrimonial há um acto de mútua doação e aceitação recíprocos de si mesmos.<sup>756</sup> Por esta razão a soberania de tal acto (de mútua entrega e aceitação) compete exclusivamente aos contraentes e estende-se desde o início do processo de formação da vontade matrimonial em cada contraente, em particular, até ao momento da manifestação conjunta e unânime do consentimento. Consequentemente, nenhum outro poder humano tem poder para conjugá-los. Logo, nenhum poder ou vontade pode suprimir ou substituir a vontade dos contraentes, nem ao longo do processo da sua formação, nem no momento da sua

---

<sup>755</sup> LICH, R.B., "Civil Rights", *Human Rihts in International Law, Legal and Policy Issues*, Ed.: T. Meron, Oxford 1988, p.155; ERIKSSON, M.K., *The Right to Marry and to Found a Family - a World-Wide Human Right*, Uppsala 1990, p.83.

<sup>756</sup> Cfr. HERVADA, J.; ZUMAQUERO, J.M., *Textos Internacionales de Derechos Humanos*, T.I., Pamplona 1992 (2ª ed.), p.147 (comentário ao art.16 da DUDH).

manifestação. A coacção de terceiros sobre o consentimento é um verdadeiro atentado à liberdade e dignidade das pessoas dos contraentes.

Assim, com o requisito do livre e pleno consentimento o legislador pretende proteger um aspecto essencial e específico do consentimento matrimonial (como acto livre e autónomo, dos contraentes): a liberdade de escolha e a sua imunidade perante qualquer coacção física ou psicológica.<sup>757</sup> Esta dupla liberdade de escolha funda-se no carácter próprio e independente, do consentimento dos contraentes e implica a dupla imunidade de coacção já referida: na escolha do cônjuge e do estado matrimonial de vida.<sup>758</sup>

Declarando inválido esse consentimento coagido, visa-se proteger o acto próprio dos contraentes no que diz respeito à sua liberdade de escolha tanto da pessoa com quem querem casar-se como da eleição do próprio matrimónio como estado de vida. Deste modo, podemos afirmar que o fundamento específico da nulidade (natural) do consentimento coagido está no próprio direito natural a casar. De facto, o conteúdo essencial do *ius connubii*, como direito humano fundamental, está na dupla liberdade de escolha e a correlativa dupla imunidade de coacção supra referida.<sup>759</sup>

Reforçando o que acabámos de referir, podemos constatar que a maioria dos documentos internacionais sobre Direitos Humanos, incluem o livre e pleno consentimento no que diz respeito ao matrimónio.<sup>760</sup>

---

<sup>757</sup> "Consentimiento libre es aquel que carece de coacción; pleno es aquél que no está viciado, bien por defecto de conocimiento, bien por vicio de la voluntad". HERVADA, J.; ZUMAQUERO, J.M., *Textos Internacionales de Derechos Humanos*, T.I., Pamplona 1992 (2ª ed.), p.147.

<sup>758</sup> "El sentido dado a los términos *consentimiento libre y pleno* abarca dos aspectos: la libertad de elección de esposo y que la causa del vínculo matrimonial es el consentimiento". HERVADA, J.; ZUMAQUERO, J.M., *Textos Internacionales de Derechos Humanos*, T.I., Pamplona 1992 (2ª ed.), p.147.

<sup>759</sup> Cfr. VILADRICH, P.-J., *O Consentimento Matrimonial*, Braga 1997, p.278.

<sup>760</sup> Em relação à protecção regional dos Direitos Humanos, já vimos como a *Convenção Europeia de Direitos Humanos* não inclui nenhuma referência, assim como a *Carta Africana do Homem e dos Direitos dos Povos* (adoptada no seio da Organização da Unidade Africana -OUA- na 18ª Conferência dos Chefes de Estado e Governo, em Nairobi a 27 de Junho de 1981. Entrou em vigor a 21 de Outubro de 1986. Cfr. CONSEIL DE L' EUROPE, *Droits de L'Homme en Droit International*, Strasbourg 1992, p.353). No entanto, ainda no âmbito regional, a Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de S. José de Costa Rica, adoptado a 22 de Novembro de 1969) no seu artigo dedicado à protecção da família inclui expressamente: "O Matrimónio não pode ser celebrado sem o livre e pleno consentimento das partes" (art.17,3). Cfr. CONSEIL DE L' EUROPE, *Droits de L'Homme en Droit International*, Strasbourg 1992, p.312).

### II.6.1. Documentos internacionais de Direitos Humanos sobre o consentimento

O art.16 da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, exige o livre e pleno consentimento dos cônjuges.<sup>761</sup> O objectivo deste texto parece ser o de assegurar a vontade dos cônjuges no que diz respeito ao matrimónio e evitar todo o tipo de casamentos forçados.<sup>762</sup> O texto original deste parágrafo do art.16 incluía apenas o pleno consentimento dos esposos. Contudo, recordemos que a delegação do Líbano, propôs que se incluíssem as palavras "livre" antes de "pleno consentimento". Esta emenda foi aceite por todos e adoptada.<sup>763</sup> De facto, um pleno consentimento pode ser forçado mas as palavras "livre" consentimento asseguram a voluntariedade do pacto matrimonial. Estas palavras visam pois, evitar qualquer tipo de pressão exercida sobre qualquer dos esposos por parte de qualquer pessoa (inclusivamente um deles).<sup>764</sup>

Também a *Convenção e Recomendação das Nações Unidas para o Consentimento Matrimonial*, no seu art.1 da Convenção e Princípio I, al.a) da Recomendação, asseguram ambos a liberdade na escolha do cônjuge e o livre e pleno consentimento dos esposos.<sup>765</sup>

---

<sup>761</sup> "Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio". HERVADA, J.; ZUMAQUERO, J.M., *Textos Internacionales de Derechos Humanos*, T.I., Pamplona 1992 (2ª ED.), p.146.

<sup>762</sup> A través do texto do art.16, "la DUDH asume un principio fundamental sobre el matrimonio, implantado en Europa por la acción de la Iglesia Católica, a través del Derecho Canónico: *solus consensus matrimonium facit*". HERVADA, J.; ZUMAQUERO, J.M., *Textos Internacionales de Derechos Humanos*, T.I., Pamplona 1992 (2ª ed.), p.147.

<sup>763</sup> Cfr. AG, Doc.A/C.3/287, p.6; AG, Doc.A/C.3/260, p.1. (Vide supra, nosso trabalho).

<sup>764</sup> Cfr. Para um maior desenvolvimento desta material, veja-se: ERIKSSON, M.K., *The Right to Marry and to Found a Family - a World-Wide Human Right*, Uppsala 1990, p.79; e ainda, ROBINSON, N, *The Universal Declaration of Human Rights*, Nova York 1958, p.126.

<sup>765</sup> Art.1 da Convenção: "No podrá contraerse legalmente matrimonio sin el pleno y libre consentimiento de ambos contrayentes, expresado por estos en persona, después de la debida publicidad, ante la autoridad competente para formalizar el matrimonio y testigos, de acuerdo con la ley (nº1); Sin perjuicio del dispuesto en el párrafo 1 supra, no será necesario que una de las partes esté presente cuando la autoridad competente esté convencida de que las circunstancias son excepcionales y de que tal parte, ante una autoridad competente y del modo prescrito por ley, ha expresado su consentimiento, sin haberlo retirado posteriormente" (nº2). HERVADA, J.; ZUMAQUERO, J.M., *Textos Internacionales de Derechos Humanos*, T.I., Pamplona 1992 (2ª ed.),

Por sua vez, o art.6, 2 al. a) da *Declaração para a Eliminação da Discriminação Contra a Mulher*,<sup>766</sup> e o art.16, 1 al.b) da *Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de discriminação Contra a Mulher*,<sup>767</sup> estipulam que a mulher deve ter os mesmos direitos que os homens na liberdade de escolha do cônjuge e o livre e pleno consentimento para casar.<sup>768</sup>

Neste sentido, segundo o Direito Internacional, os matrimónios forçados são equiparados à escravatura (já o vimos no apartado relacionado com a idade). Assim, segundo o art.1 (al.c) da *Convenção Suplementar para a Proibição da Escravatura, Tráfico de Escravos e Instituições e Práticas Similares*, os Estados Partes são instados a tomar medidas para impedir que "uma mulher, negando-se-lhe o direito a recusar, seja prometida ou dada em matrimónio em troca de pagamento em dinheiro ou géneros, pelos seus pais ou outros familiares".<sup>769</sup>

Também o *Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos*, no seu art.23 (nº3) exige o pleno e livre consentimento dos esposos.<sup>770</sup> Na elaboração deste texto, apenas

---

p.469; Principio I, al.a) da Recomendação: "No podrá contraerse legalmente matrimonio sin el pleno y libre consentimiento de ambos contrayentes, expresado por estos en persona, después de la debida publicidad, ante la autoridad competente para formalizar el matrimonio y testigos, de acuerdo con la ley". HERVADA, J.; ZUMAQUERO, J.M., *Textos Internacionales de Derechos Humanos*, T.I., Pamplona 1992 (2ª ED.), p.507.

<sup>766</sup> Texto do art.6, 2 al.a): "Deberán adoptarse todas las medidas apropiadas para asegurar el principio de la igualdad de condición del marido y de la esposa, y en particular: a) La mujer tendrá el mismo derecho que el hombre a escoger libremente cónyuge y a contraer matrimonio sólo mediante su pleno y libre consentimiento". HERVADA, J.; ZUMAQUERO, J.M., *Textos Internacionales de Derechos Humanos*, T.I., Pamplona 1992 (2ª ed.), pp. 584-585.

<sup>767</sup> Texto: "Les Etats parties prennent toutes les mesures appropriées pour éliminer la discrimination à l'égard des femmes dans toutes les questions découlant du mariage et dans les rapports familiaux et, en particulier, assurent, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme: al.b) Le même droit de choisir librement son conjoint et de ne contracter mariage que de son libre et plein consentement". Resolução da AG ONU, n.º 34/180 de 18 de Dezembro de 1979 (entrou em vigor a 3 de Setembro de 1981). Cfr. CONSELHO DE EUROPA, "Droits de l'Homme en Droit International". *Documents Européens*, Estrasburgo 1992.

<sup>768</sup> Interessante mencionar aqui que, na elaboração deste texto, várias delegações (Ex. Índia, Ceilão e Síria) se opuseram ao mesmo, considerando que se tratava de uma imposição ocidental às suas tradições ancestrais. Cfr. AG, Doc.A/C.3/SR.1471, p.33 e 37.

<sup>769</sup> HERVADA, J.; ZUMAQUERO, J.M., *Textos Internacionales de Derechos Humanos*, T.I., Pamplona 1992 (2ª ed.), p.318.

<sup>770</sup> Texto do art.23,3 do PIDCP: "El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes". HERVADA, J.; ZUMAQUERO, J.M., *Textos Internacionales de Derechos Humanos*, T.I., Pamplona 1992 (2ª ed.), p.569.



interveio o representante de Austrália considerando o "pleno" consentimento supérfluo no texto. Contudo, a sua proposta de emenda não foi aceite e o texto foi aprovado sem qualquer outro comentário.

Existem diferentes medidas para assegurar que o matrimónio seja contraído com o livre e pleno consentimento de ambos esposos. Uma destas medidas é o da exigência da idade mínima para celebrar matrimónio. Na verdade, uma pessoa com mais maturidade tem mais possibilidades de compreender as exigências do matrimónio e defender-se a si mesma contra qualquer tipo de coacção.

A jurisprudência do TEDH debruça-se várias vezes sobre a questão do pleno e livre consentimento. Assim, o Tribunal Europeu, no caso da Sra. Marckx, considerou que a legislação belga não violava o art.12 da Convenção, ao subordinar o reconhecimento dos direitos de uma criança ao posterior matrimónio dos seus pais naturais.<sup>771</sup> Efectivamente, o Tribunal considerou que essa legislação não constituía uma coacção para que Marckx se casasse e renunciasse ao seu estado de solteira.<sup>772</sup> Assim, por via jurisprudencial, o Tribunal Europeu, reconheceu (*a contrario sensu*) que o direito a casar implica a liberdade de eleição e também exige o livre e pleno consentimento dos esposos. Neste contexto, uma legislação que impusesse o casamento entre uma mãe solteira e o pai da criança, violaria o art.12.

Em relação aos casos em que esta violação possa ter origem na própria comunidade (por pressionar a casar) a Comissão considerou, em duas Demandas, que nestes casos não está em causa a violação do direito a casar.<sup>773</sup> Uma outra Demanda colocava à Comissão a questão de decidir se o facto de uma lei retirar a pensão de invalidez de uma pessoa, devido ao seu matrimónio posterior, violava o art.12. A decisão da Comissão foi a de que

---

<sup>771</sup> Sentença *Marckx' c. Bélgica*, de 13 de Junho de 1979, Série A, 31.

<sup>772</sup> O Tribunal debruçou-se sobre o problema desde o ângulo do art.8 (o respeito da vida privada) e concluiu pela sua violação. Sentença *Marckx' c. Bélgica*, de 13 de Junho de 1979, Série A, 31, §§ 45-47 e §67.

<sup>773</sup> Relatório da Comissão de 12 de Julho de 1977, Caso *Bruggemenn et Sheuten c. RFA*, Demanda nº6959/75, DR 10, pp.123-143, e Resolução DH (78) 1, de 17 Março de 1978. Ver também: Demandas nºs. 7823/77 e 7824/77, Caso *Tziganes Kalderas c.RFA e Holanda*, de 16 de Maio de 1985, DR 11, pp.234-247, e Digest, pp.574-576.

tal lei não o violava pois, de facto, essa lei não impedia a pessoa de casar-se.<sup>774</sup> Outro caso levado à Comissão perguntava se uma lei que não permitia o divórcio (impedindo pois um segundo casamento) violava o art.12. A Comissão, respondeu afirmando que o art.12 tinha por objectivo "a formação de relações matrimoniais e não a sua dissolução".<sup>775</sup>

Como podemos constatar, estas questões formuladas ao TEDH não incidem na coacção directa sobre a liberdade do consentimento e o motivo desta ausência parece que está no facto de as próprias legislações domésticas incluírem a sua protecção.

---

<sup>774</sup> Demanda nº10503/83, Caso *Kleine Staarman c. Países Baixos*, de 16 de Maio de 1985, DR 42, pp.167-170.

<sup>775</sup> Sentença *Johnston et al. c. Irlanda*, A, 112, p.24, §52 e Parecer da Comissão de 5 de Março de 1985, A, 112, p.43. Aliás, quando descrevemos os trabalhos preparatórios da Convenção, tivemos oportunidade de ver que, efectivamente, Teitgen, na sessão de apresentação do seu Relatório à Assembleia, e ao remeter a interpretação do texto do art.12 da Convenção para o art.16 da Declaração, advertiu que o objectivo do art.12 era unicamente o de garantir o direito ao matrimónio e que não tinha nenhuma intenção de englobar nenhum tipo de direito em relação à dissolução do matrimónio por divórcio. Apesar dos Demandantes defenderem que a evolução social após a adopção da Convenção justificaria o direito ao divórcio através do art.12, a Comissão considerou que não poderia desenvolver um direito que à partida não estava incluído no texto. É evidente que se uma legislação nacional prevê o divórcio, o art.12 assegura a todos os divorciados o direito a casarem-se (cfr. Sentença *F. c. Suíça* de 18 de Dezembro de 1987, Serie A, 128, §38).

---

---

## QUARTO CAPÍTULO:

# A SOBERANIA DO DIREITO A CASAR E FUNDAR FAMÍLIA

---

---

### I.O CONCEITO DE SOBERANIA

#### I.1. O poder de Soberania do Estado

Neste capítulo aprofundaremos as relações entre a família e o Estado. Já vimos e iremos analisar mais concretamente, a consideração da família como articulação das relações sociais mais essenciais da pessoa humana. Como tal, o poder soberano dos cônjuges não pode ser transferido para a soberania do Estado. Esta soberania da pessoa feminina e masculina, que é o fundamento do *ius connubii*, é irredutível e inviolável por parte da soberania política. Por este motivo pode-se afirmar que a soberania da família fundada no matrimónio revoluciona e põe em causa a tradicional concepção absoluta de soberania do Estado. Porque o reconhecimento da verdadeira identidade do matrimónio e da família equivale a aceitar o poder soberano dos cônjuges, a condição de sujeito social

primordial da família fundada no matrimónio. Nesse caso, perante o *Leviathan* se levantaria outro soberano, prévio e imponente: a família matrimonial.

Passamos, pois, a fazer uma sucinta retrospectiva acerca da origem do conceito de soberania e do Estado soberano. Em consequência, dar-nos-emos conta de que o tradicional conceito de soberania do Estado se baseia no facto de ser um poder absoluto e indivisível. Sendo esta a concepção clássica, podemos compreender a reacção do Estado frente a outro ente soberano, como o é a família, que ainda por cima possui um poder soberano prévio: o da mulher e do homem que se apresentam perante o Estado exercendo o seu poder de gerar soberanamente o primeiro dos vínculos jurídicos e a considerada a primeira das instituições sociais: a família de fundação matrimonial.

Assim, compreenderemos também melhor, aqueles sistemas jurídicos nos quais o Estado, arrogando-se da sua soberania entendida no seu sentido tradicional e pretendendo definir como matrimónio e a família todo o tipo de uniões que deixaria a família matrimonial sem qualquer tipo de relevância social e jurídica.

Neste sentido, aprofundaremos agora as noções de soberania e relacionaremos este conceito tanto com a família como com o Estado.

### **I.1.1.A origem da ideia de soberania do Estado**

#### **I.1.1.1. A Soberania limitada (pela lei natural e divina)**

Muitos autores consideram que a teoria da soberania se funda em Aristóteles.<sup>776</sup> De facto, na sua obra podemos encontrar o reconhecimento de que a autoridade, ou poder supremo, deveria estar concentrado numa, nalgumas, ou muitas pessoas.<sup>777</sup> Aparece

---

<sup>776</sup> Veja-se sobre o tema da soberania, entre outros clássicos: MERRIAM, C.E., *History of The theory of Sovereignty Since Rousseau*, New York, 1900, p.11; WARD, P.W., *Sovereignty*, London 1928, p.4.

<sup>777</sup> Aristóteles: ano 384-322 A.C.. Cfr. ARISTÓTELES, *Política*, Madrid 1989 (Trad. Julián Marías y María Araujo), Livro III, Cap.7. Aparece também uma referência a regra da maioria (a opinião da maioria deve prevalecer sobre a da minoria): *Ibidem*, Livro III, Cap.2.

assim a ideia de um tipo de soberania popular.<sup>778</sup> No período medieval, impõe-se o sistema feudal onde o poder estava bastante limitado. O senhor feudal era o suserano, ou soberano, no seu próprio domínio. Assim, soberania, identificava-se com autoridade que incluía uma tácita independência de qualquer outro superior.<sup>779</sup> Além disso, o monarca medieval não era propriamente um legislador,<sup>780</sup> e tinha obrigação de respeitar o costume e os pactos.<sup>781</sup> Assim, os direitos subjectivos e privilégios limitavam a acção do monarca. Contudo, a “vontade do Príncipe tinha força de lei, uma vez que o povo tinha transferido para ele os seus direitos e poder”, em troca de algum benefício (tal como o de maior segurança).<sup>782</sup> Assim, uma particularidade da concepção de poder de governo desta época (e até ao Sec.XIII), era que a sua justificação para governar residia na “voluntária submissão da comunidade legislada”.<sup>783</sup>

Este poder, segundo a concepção medieval, vinha de Deus. Mas esta doutrina da origem divina do poder, não o aumentava pois era interpretada no sentido de maior responsabilidade para o detentor desse poder, na medida em que se lhe impunha como um limite à sua autoridade.<sup>784</sup> Por isso, predominava a concepção de que a lei divina e

---

<sup>778</sup> Com o Direito Romano verifica-se um novo interesse pelas ideias de Aristóteles acerca de soberania e autoridade. Cfr. GILMORE, M.P., *Argument from Roman law in Political Thought: 1200-1600*, Cambridge 1941.

<sup>779</sup> O senhores feudais estavam submetidos a um poder e este a outro, e assim sucessivamente.

<sup>780</sup> Cumpria mais a função de juiz, na medida em que a sua autoridade baseava-se em resolver, em apelação, alguns litígios que lhe eram apresentados. Cfr. JOUVENEL, B. *La Soberanía*, Madrid 1957, pp.305-308.

<sup>781</sup> Algum autor considera esta obrigação como as origens da liberdade política. Cfr. AGESTA, L., *Principios de Teoría Política*, Madrid 1970, p.469.

<sup>782</sup> JUSTINIANO I, *Institutiones*, L.I, Parte II, Sec.6

<sup>783</sup> Cfr. GIERKE, O.F.V., *Johannes Althusius*, Berlim 1880, p.78.

<sup>784</sup> Na época medieval, ao afirmar-se que todo o poder vinha de Deus (com base num texto da Sagrada Escritura: Rom. 13,1), tal não era interpretado como um privilegio pessoal que eximia de responsabilidade no seu exercício. Neste sentido, S.Yves de Chartres, escrevia ao rei Henrique I (de Inglaterra): “Príncipe, não esqueçais: sois o servidor de Deus e não o seu dono. Sois o protector e não o proprietário do vosso povo”. Citado por: Fernando Conesa em *Gran Enciclopedia Rialp* 21, p.473. É evidente que a Igreja Católica considera a autoridade totalmente alheia a ideia de um mandato directo confiado por Deus aos homens (Cfr. S.Tomás de Aquino, *De Regimine principum*, Madrid 1956, t. I).

natural eram superiores à lei positiva e constituíam um limite ao poder do rei.<sup>785</sup> Na verdade, o monarca medieval era obrigado pelas Cortes a respeitar o costume, outras normas, a lei natural e a lei de Deus.<sup>786</sup> Neste sentido, poderíamos afirmar que a regra da teoria de poder da Idade Média consistiu num poder baseado no consentimento dos governados e limitado pelas leis: natural e divina.<sup>787</sup>

Para que surgisse uma centralização do poder, seria necessário que os poderes diversificados (pelos senhores feudais) nesta época medieval se unificassem no monarca: monopolizador das funções do poder político (legislativo, justiça e direito de guerra). Neste período, deu-se uma assimilação entre: direitos, propriedade e domínio. Logo, o Príncipe, passou a ter uma posição de autoridade cada vez mais consolidada.<sup>788</sup> O poder deixou de estar concentrado nos senhores feudais, e passou exclusivamente a pertencer ao Monarca. Assim, este, passou a ser o detentor de vários direitos sobre o povo (direito de julgar, imprimir uma moeda, organizar serviços, recrutar homens para a guerra, etc.).

O movimento da Reforma teve também fundamental importância na passagem da Idade Média para a Idade Moderna e favoreceu a concepção absoluta da soberania, na medida em que o protestantismo preconizava a sobrevalorização do temporal e a subordinação da religião (Igreja) ao detentor do poder (civil) de cada território.<sup>789</sup>

---

<sup>785</sup> Cfr. GIERKE, O.F.V., *Política Theories of The Midle Ages*, Cambridge 1900, p.33. (Otto Von Gierke, 1841-1921, incluí na sua teoria jurídica uma visão social do Direito e lutou contra duas tendências do seu tempo: a onipotência do Estado moderno, fruto do Estado absoluto e levado a cabo pela revolução francesa; e contra o individualismo social, surgido da ilustração e realizado pela revolução industrial). Cfr. WIEACKER, *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*, Madrid 1957, p.399 e ss.

<sup>786</sup> Devido as circunstâncias próprias da época, a Igreja velava pelo cumprimento da lei divina e sancionava com penas canônicas a violação da mesma.

<sup>787</sup> Cfr. MERRIAM, C.E., *History of The theory of Sovereignty Since Rousseau*, New York, 1900, p.13 e WARD, P.W., *Sovereignty*, London 1928, p.19.

<sup>788</sup> Cfr. MERRIAM, C.E., *History of The theory of Sovereignty Since Rousseau*, New York, 1900, p.13.

<sup>789</sup> O movimento da Reforma, do ponto de vista político, defendia a desaparecimento das estruturas sobre as quais se apoiava a época medieval (o império e o papado universal) e favoreceu o fortalecimento das monarquias nacionais. Cfr. JOUVENEL, B., *El Poder*, Madrid 1956, p.48; MESSNER, J., *Etica Social, política y económica a la luz del Derecho Natural*, Madrid 1967, p.864; Veja-se, também, a obra de VILLOSLADA, R., *Causas e factores históricos da ruptura protestante*, Berriz 1961.

A influência das ideias do italiano Machiávellí também foram importantes nesta época, na medida em que a imoralidade dos métodos por ele aprovados para a aquisição e extensão do poder de domínio, fortaleceu o poder dos Príncipes e contribuiu para a absolutização do conceito de soberania.<sup>790</sup>

### I.1.1.2. A teoria clássica sobre a natureza da soberania do Estado

O francês Jean Bodin (de inspiração protestante)<sup>791</sup> foi o primeiro sistematizador da discussão acerca da natureza da soberania, dando origem a denominada teoria clássica da soberania.<sup>792</sup> Na sua obra (*De Republica*) definia *souveraineté* ou *suprema potestas* como “poder absoluto e perpétuo duma república”.<sup>793</sup> Este supremo poder é de natureza absoluta,<sup>794</sup> ilimitada no tempo (perpétua), indivisível,<sup>795</sup> imprescritível<sup>796</sup> e

---

<sup>790</sup> Nicolau Maquiável (1469-1527) viveu num contexto sócio-político de grande desunião do seu país (nasceu em Florência) que era objecto de disputa de vários reinos. Daí que ansiasse por uma força capaz de conseguir a unificação italiana conforme ao sistema estatal. Por isso, na sua obra “O Príncipe”, este é um ser superior e independente da moral na medida em que o seu objectivo é o de servir por todos os meios, os fins do Estado, daí a origem do conceito “Razão de Estado”. Deste modo, Maquiavel defendeu o pragmatismo amoral como condição indispensável para o êxito político. A moral do governante é a moral do êxito (logo o fracasso é prova da falta de “virtude” do governante). A moral do Estado depende dos seus fins, por isso, justificam-se todos os meios desde que sejam adequados para conseguir esses fins. Assim, Maquiavel pode ser considerado o fundador teórico de muitas concepções do Estado moderno e inaugura o tratamento científico dos assuntos políticos. Este autor exalta o Estado porque tem uma visão pessimista da natureza humana. No sentido de que o ser humano é por natureza egoísta, daí que necessite de um poder forte que o limite e organize. Cfr. MACHIÁVELLI, N., *The Discourses*, Harmondsworth 1970; *The Prince*, Chicago 1985. Veja-se também, as obras sobre este autor e sua teoria em: MEINECKE, F., *Machiavelism: The Doctrine of Raison d'Etat and its Place in Modern History*, Londres 1957; STRAUSS, L., *Meditación sobre Maquiávelo*, Madrid 1964.

<sup>791</sup> Como vimos anteriormente, este aspecto não era trivial na concepção da soberania.

<sup>792</sup> Na época de Jean Bodin (1530-1596), França encontrava-se nas últimas fases do feudalismo, entre a guerra civil e a tentativa de centralização do Estado. Bodin, era aderente do Partido Nacionalista (*Les Politiques*) que defendia os interesses do Estado sobre os interesses religiosos (ou outros). A sua teoria política, obviamente, reflectia o espírito do seu partido e as circunstâncias políticas desse tempo. Veja-se a obra de GOYARD-FABRE, S., *Jean Bodin et le Droit de la République*, Paris 1989.

<sup>793</sup> “Suprema potestas in cives ac subditos, legibus soluta”. Cfr. BODIN, J., *De República*, Paris 1586 (1ª ed.). Para uma edição mais actual desta obra, veja-se: *On Sovereignty*, Cambridge 1992.

<sup>794</sup> No sentido de ser um poder considerado completamente livre de qualquer imposição legal e o soberano ser considerado superior a qualquer outro sujeito. Cfr. BODIN, J., *On Sovereignty*,

alienável.<sup>797</sup> Assim, Bodin definia a soberania como o poder de legislar sobre todos os sujeitos em geral, mesmo sem o seu consentimento. Para Bodin, o poder original popular podia ser alienado pelo Estado. A lei é por ele definida como uma ordem do soberano usando o seu soberano poder.<sup>798</sup>

Neste contexto, esta doutrina fornece as bases teóricas para o carácter absoluto da moderna teoria da soberania que se vai desenvolver ao longo do século XVII e XVIII. Apesar disto, na doutrina de Jean Bodin, tal como já o referimos, o poder do soberano estava sujeito “às leis de Deus, da natureza e das nações”.<sup>799</sup>

Johannes Althusius opunha-se à teoria de Bodin.<sup>800</sup> Defendia que o vínculo da associação política mais primária era o contrato, tácito ou expresso. O Estado seria a forma final de uma serie de contratos (família, corporação, comuna, província) e a autoridade de governo resultava de um acordo, tácito ou expresso, entre o legislador e os

---

Cambridge 1992, Liv.I, Cap. 8, Sec.89. Alguns autores consideram a teoria de Bodin um pouco confusa em relação a este aspecto da alienabilidade, devido a sujeição do soberano a lei divina e a lei natural. Cfr. MERRIAM, C.E., *History of The theory of Sovereignty Since Rousseau*, New York, 1900, p.15.

<sup>795</sup> Não podem existir dois poderes supremos: “due vero infinita ut sint, fieri nullo modo possit”. BODIN, J., *On Sovereignty*, Cambridge 1992, Liv.1, Cap.10.

<sup>796</sup> Logo, não desaparece com o mero decorrer do tempo. Cfr. BODIN, J., *On Sovereignty*, Cambridge 1992, Liv.1, Cap.10.

<sup>797</sup> Na sua obra sobre a teoria da soberania, Bodin, define direitos que incluem nove características acerca da soberania. E refere que nenhum destes direitos pode ser alienado: “ea jura nec cedi nec distrahi, nec ulla ratione alienari a summo Príncipe posse” (BODIN, J., *On Sovereignty*, Cambridge 1992, Liv. I, Cap.10).

<sup>798</sup> “Sed plurimum distat lex a jure; jus enim sine jussu ad id quod aequum, bonum est, lex autem ad imperantis majestatem pertinet”. BODIN, J., *On Sovereignty*, Cambridge 1992, I, 8.

<sup>799</sup> BODIN, J., *On Sovereignty*, Cambridge 1992, I, 8.

<sup>800</sup> Johannes Althusius (em alemão, Johanne Althaus, 1557-1638), era um defensor da soberania popular. Pertencia ao grupo dos *Monarchomachs* (denominados assim pelos seus opositores) e opunha-se a doutrina de soberania absoluta de Bodin. Os *Monarchomachs* não pretendiam definir a soberania considerada em si mesma, mas antes defender o poder de soberania original e inalienável do povo. Tratava-se de um tipo de soberania mais “democrática” (no sentido de residir no povo) do que a teoria absoluta de Bodin. Sobre esta matéria veja-se a obra de SALMON, J.H., *Bodin and the Monarchomachs*, Munique 1973. Na sua teoria política, Althusius distinguiu cinco associações principais: famílias, corporações voluntárias, comunidades locais, comunidades provinciais e Estado. Uma série de contratos sociais fundamentavam a existência destes grupos e cada um deles tinha uma existência autónoma. O desenvolvimento das relações entre estes grupos leva a uma teoria de tipo federalista, como meio de atingir a unidade nacional, onde a soberania reside no povo através dos seus grupos e não pode ser transferida devido a ser essencial para a continuidade da comunidade política. Este autor foi redescoberto por Otto Von Gierke, no passado Séc.XX.



legislados.<sup>801</sup> Segundo este autor, o poder soberano era definido como o poder superior de administração das funções geralmente relacionadas com segurança e o bem estar, a alma e o corpo dos membros pertencentes ao Estado.<sup>802</sup> Althusius considerava o poder soberano absoluto e supremo (o poder soberano era superior a lei civil) desde que subordinado as leis de Deus e da natureza. Para este autor, o poder soberano não só residia originalmente no povo, como também permanecia nele permanentemente. Desse modo, o legislador era apenas considerado um administrador ou possuidor temporário do poder, enquanto o povo continuava a manter a posse originária da soberania.<sup>803</sup> Consequência da concepção da soberania como original e alienável do povo, é a origem contratual do poder de governo (logo, do carácter fiduciário da autoridade) e o povo tem o direito de resistência e destruição do próprio poder de governo, quando este se afaste da verdade e da justiça.<sup>804</sup> Trata-se, pois, de uma concepção menos absolutista que Bodin.

Posteriormente, Hugo Grotius, elaborou uma doutrina acerca da soberania que harmonizava as ideias tanto absolutistas como populares dos seus antecessores.<sup>805</sup> Neste contexto, este autor definiu a soberania como aquele poder cujos actos não estão sujeitos ao controlo de nenhum outro poder.<sup>806</sup> Contudo, distanciando-se da teoria de Bodin, defendia também que a duração do poder não afectava a sua natureza essencial e, neste

---

<sup>801</sup> Cfr. ALTHUSIUS, J, *Política Methodice Digesta*, 1609, Cap.XIX, p.234 e Cap.IX, p.114, (*La política metódicamente concebida e ilustrada con ejemplos sagrados y profanos*, trad. do latim por Primitivo Mariño, Madrid 1990).

<sup>802</sup> Cfr. ALTHUSIUS, J, *Política Methodice Digesta*, 1609, Cap.IX, p.125 (em espanhol consultámos: *La política metódicamente concebida e ilustrada con ejemplos sagrados y profanos*, trad. do latim por Primitivo Mariño, Madrid 1990).

<sup>803</sup> ALTHUSIUS, J, *Política Methodice Digesta*, 1609, Cap.IX, p.122 e ss (*La política metódicamente concebida e ilustrada con ejemplos sagrados y profanos*, trad. do latim por Primitivo Mariño, Madrid 1990).

<sup>804</sup> Cfr. MERRIAM, C.E., *History of The theory of Sovereignty Since Rousseau*, New York, 1900, p.17.

<sup>805</sup> Hugo Grotius (1583-1645), ressalta nas suas obras a expressão: *Direito Natural*. Dentro da ciência *Iusnaturalista* abre caminho ao *Direito Natural Racionalista*. Também contribuiu para o desenvolvimento do Direito Internacional como disciplina jurídica e autónoma (sobretudo no âmbito marítimo e bélico. Cfr. WOLF, E., *Grotius, Pufendorf, Thomasius*, Tubinga 1927) GROTIUS, H, *De Jure Belle ac Pacis*, 1613 (*The law of War and Peace*, ed. de 1625). A sua teoria, exerceu grande influência sobre Pufendorf e, através deste, a toda teoria a alemã do Séc.XVII e XVIII.

<sup>806</sup> Cfr. GROTIUS, H, *De Jure Belle ac Pacis*, 1613 (*The law of War and Peace*, Amsterdam 1642), Liv.I, Cap.III, Sec.7.

sentido, distinguia o poder em si mesmo da detenção do poder. Deste modo, Grotius concebe a soberania como um direito de propriedade (no que diz respeito aos diferentes graus de posse) afirmando que a soberania pode ser possuída tanto como propriedade plena como por usufruto. Não insistindo na soberania como poder absoluto, este autor, continua na linha dos seus antecessores, defendendo que o poder supremo estava limitado pela lei divina, pela lei natural e pela lei das nações. Mas acrescenta outra limitação ao poder soberano: os acordos estabelecidos entre o legislador e os legislados.<sup>807</sup>

### **I.1.1.3. Soberania ilimitada: Leviathan**

Thomas Hobbes foi o autor da teoria de soberania mais absolutista até esse momento.<sup>808</sup> Ele partia da premissa de que num estado natural prevalecia a guerra de “todos contra todos”.<sup>809</sup> Neste contexto, não havia um poder comum e nesta anarquia inicial cresceu o impulso natural das pessoas a realizarem acordos. Como ponto final de uma serie de contratos, nasce um contrato no qual cada indivíduo renuncia e entrega os seus direitos a uma pessoa (física ou moral) que, deste modo, se torna titular de todos os direitos dos indivíduos contratantes.<sup>810</sup> Esta pessoa torna-se soberano e todos os outros sujeitos da lei. O peculiar da teoria de Hobbes é que este acordo final (que dava origem ao

---

<sup>807</sup> Cfr. GROTIUS, H., *De Jure Belle ac Pacis (The law of War and Peace*, Amsterdam 1625), Liv.I, Cap.III, Séc.16.

<sup>808</sup> Tomas Hobbes (1588-1679). Contexto histórico: a sua doutrina foi influenciada pelo conflito entre o trono e o povo, que flagelava Inglaterra nessa época. Ele pretendia construir uma doutrina que fortalecesse a monarquia britânica com base nos seus princípios. Esta teoria influenciou também Alemanha até à Revolução Francesa. A teoria alemã foi formulada por Samuel Pufendorf e a Inglesa por John Locke. Cfr. MERRIAM, C.E., *History of The theory of Sovereignty Since Rousseau*, New York, 1900, p.28. Para aprofundar a teoria de Hobbes, veja-se: BOBBIO, N., *Thomas Hobbes*, Barcelona 1991.

<sup>809</sup> HOBBS, T., *De Leviathan*, Oxford 1946. “Bellum omnium contra omnes”, (o direito do mais forte impunha-se antes do contrato social. E apenas o desejo de assegurar a paz que leva a constituição da sociedade e o temor recíproco que origina esse contrato social que transfere os direitos ao soberano. O soberano absoluto representa o papel da razão, ao impedir que as paixões a suplantem). Cfr. Cap.XIII-XV. Esta sua obra foi escrita em França (1651) e a sua teoria da sociedade e do Estado não parece ter sido bem recebida tanto pelo futuro rei Carlos II (de Inglaterra), como pelo clero francês e a igreja anglicana. Sobre este assunto, veja-se a obra de POLIN, R., *Politique et Philosophie chez T. Hobbes*, Paris 1953.

<sup>810</sup> Cfr. HOBBS, T., *De Leviathan*, Oxford 1946, Cfr. Cap.XVII.

soberano) era realizado entre os futuros sujeitos e o futuro soberano (quer dizer, nesse preciso momento não existe nenhum deles). Logo, o futuro soberano ficava fora do contrato. Neste contexto, a soberania e os sujeitos a esta, eram originados simultaneamente. Em consequência, a soberania não era delegada pelo povo nem alienada ao mesmo, uma vez que não existia povo até ao momento em que a soberania era originada. Noutras palavras, isto significa que o povo nunca possuiu o poder supremo. Logo, também não tinha o direito a dispor dele. Como podemos constatar, esta concepção doutrinal da origem da soberania é fundamental para entendermos as consequências da sua teoria acerca do poder de soberania. Assim, todos os direitos do povo eram transferidos, pelos termos do contrato, ao soberano e, como resultado, não havia lugar para nenhum outro poder independente e autoritário.<sup>811</sup> Como resultado desse contrato social inicial, os sujeitos já não tinham o direito a estabelecer nenhum outro acordo, nem mesmo com Deus.<sup>812</sup> Hobbes defende que o poder soberano não tem limites: não está limitado nem pela lei divina nem lei natural. Neste sentido, o absolutismo da soberania, concebido segundo Hobbes, foi muito mais longe do que a teoria de Bodin. Com esta teoria, um novo deus se levantou: *Leviathan*, ou o deus mortal, possuidor de todo o poder e direitos dos seus subordinados.<sup>813</sup>

Uma aplicação dos princípios de Hobbes foi realizada por Spinoza mas com algumas alterações que influenciaram a Ciência Política coetânea.<sup>814</sup> Este autor também

---

<sup>811</sup> “Os súbditos não podem ser prejudicados pelo soberano, e este jamais pode ser acusado de injustiça, uma vez que actua por mandato, como podem os que confiaram nele queixar-se dele? Através desta instituição do Estado, cada cidadão é autor de tudo o que faz o soberano, em consequência, quem acuse o soberano de prejudicá-lo, ataca actos cujo autor é ele próprio e não pode acusar outro fora dele” (a tradução é nossa). *De Leviathan*, Oxford 1946, Cap. XVIII.

<sup>812</sup> Cfr. HOBBS, T., *De Leviathan*, (1ªed., 1651). Hobbes defendia que mesmo a Igreja deveria estar subordinada ao soberano uma vez que este era o representante de Deus e, consequentemente, deveria determinar a validade da doutrina (e mesmo a sua autenticidade). Cfr. Cap.XXIX.

<sup>813</sup> “Cedo o meu direito de governo...com a condição de que tu cedas igualmente o teu. Assim, a multidão se converteu numa pessoa chamada Estado ou República. Tal é a origem desse *Leviathan*, ou deus terrestre, ao qual devemos toda a paz e segurança”. *De Leviathan*, Oxford 1946, cap.XVII, “De Causa Generatione et Definitione Civitatis”.

<sup>814</sup> B. Spinoza (1632-1677) tinha uma visão determinista e panteísta da realidade (o ser humano não possui vontade livre e determinado a querer algo por uma causa que também é determinada por outra e assim sucessivamente). SPINOZA, B., *Tractatus Theologico-Politicus*, publicado em 1670 sem nome de autor, obra póstuma (*Tratado Teológico-Político*, trad. Atilano Dominguez, Madrid 1986); veja-se, também, *Ethica ordine geometrico demonstrata*, redactada entre: 1661-1675

partia do contrato social como justificação do poder soberano.<sup>815</sup> Contudo, defendia que a própria natureza do poder soberano estava limitada pela ideia de racionalidade. Isto e, exigia-se que a natureza do poder político tivesse um fim racional.<sup>816</sup> Assim, o poder soberano estava limitado pelo facto da necessidade de negociar com os sujeitos e também limitada por outros tipo de leis (divina e natural).<sup>817</sup> Samuel Pufendorf<sup>818</sup> desenvolveu a sua teoria sob a influência de Hobbes e Grotius.<sup>819</sup> A sua interessante posição era, pois, um resultado da combinação entre a teoria absolutista de Hobbes é a teoria mais moderada de Grotius. Assim, Pufendorf também aceitava o princípio contratual como base do Estado mas distinguia duas fases nesse processo. Primeiro realizava-se um acordo que formava e estabelecia a sociedade civil.<sup>820</sup> Seguia-se um outro contrato entre o povo (já socialmente formado) e o governo.<sup>821</sup> A soberania daqui resultante constituía o “supremo poder do Estado”.<sup>822</sup> Segundo este autor, o poder soberano era independente de qualquer outra lei

---

(publicada postumamente), Parte IV. Spinoza analisa as diferenças entre a sua doutrina e a de Hobbes, no seu trabalho *Epistolae Opera*, II, 184. Sobre este autor, veja-se a obra de DELBOS, V., *Le Spinozisme*, Paris 1972.

<sup>815</sup> Refere que através de um acto expresso ou tácito, todos os súbditos concederam ao soberano o poder que eles tinham de auto regular-se: o direito natural. Sem reservar algo para si, acerca deste direito, não tem possibilidade de defende-lo. Cfr. SPINOZA, B., *Tractatus Theologico-Politicus*, 1676. Cfr. Cap.XVI (*Tratado Teologico-Político* , trad. Atilano Dominguez, Madrid 1986).

<sup>816</sup> Cfr. SPINOZA, B., *Tractatus Theologico-Politicus*, 1676. III,7 (*Tratado Teologico-Político* , trad. Atilano Dominguez, Madrid 1986).

<sup>817</sup> Cfr. SPINOZA, B., *Tractatus Theologico-Politicus*, 1676. IV,4 (*Tratado Teologico-Político* , trad. Atilano Dominguez, Madrid 1986).

<sup>818</sup> Samuel Pufendorf: 1633-1694. Foi o titular da primeira cátedra de Direito natural e de gentes e defendeu a separação entre o Direito e a moral assignando o foro externo para o primeiro e o interno para a segunda. Para aprofundar esta matéria, veja-se WOLF, E., *Grotius, Pufendorf, Thomasius*, Tubinga 1927.

<sup>819</sup> PUFENDORF, S., *De Jure Naturae et Gentium*, Lund 1672. A sua doutrina teve influência na Ciência Política do Séc. XVIII até à teoria de Kant. Nomeadamente (com obvias diferenças) influenciou as obras de: WOLFF, C., *Fundamenta Juris Naturae et Gentium* (1705), em espanhol: *Fundamentos do Direito y de Gentes*, trad. de Salvador Rios y Asunción Sanchez, Madrid 1994; BÖEHMER, J.A., *Introductio in Jus Publicum Universale* (1726); Cfr. MERRIAM, C.E., *History of The theory of Sovereignty Since Rousseau*, New York, 1900, p.30.

<sup>820</sup> O denominado “Pactum unionis”. Cfr. PUFENDORF, S., *De Jure Naturae et Gentium*, Lund 1672, Liv. VI, Cap.6, Sec.1

<sup>821</sup> O denominado “Pactum subjectionis”. Cfr. PUFENDORF,S., *De Jure Naturae et Gentium*, Liv. VII, Cap.6, Sec.1

<sup>822</sup> PUFENDORF, S., *De Jure Naturae et Gentium*, Lund 1672, Liv. VII, Cap.6, Sec.1.

humana.<sup>823</sup> E o seu poder era essencialmente uno e indivisível.<sup>824</sup> Não considerava essencial que o poder soberano possuísse todo o poder mas sim o poder supremo (que, conseqüentemente, não necessitava de ser um poder absoluto). Por isso, a conciliadora doutrina de Pufendorf, distinguia entre poder soberano e poder absoluto. Neste sentido, soberania implicava apenas supremacia, não poder absoluto.<sup>825</sup>

Por sua vez, em Inglaterra, John Locke,<sup>826</sup> elaborou a sua teoria, partindo também da consideração da existência de um estado de natureza humana pré-social. Contudo, ao contrario de Hobbes, não se tratava de um estado de guerra mas de uma situação de segurança imperfeita para os direitos individuais. Neste contexto, com a finalidade de garantir mais segurança para os seus direitos, os indivíduos decidiram estabelecer uma sociedade civil (ou política) e um governo.<sup>827</sup> Com esse fim, entregaram irrevogavelmente a comunidade os seus direitos naturais, mas apenas na medida necessária para o bem comum.<sup>828</sup> Assim, a sociedade política estabelecia-se através de uma lei fundamental. O poder legislativo (que detinha o poder supremo de governo) era a fonte de lei.<sup>829</sup> O poder supremo era, assim, o representante da vontade comum da sociedade. Conseqüentemente, o poder supremo tinha um carácter fiduciário, detentor de

---

<sup>823</sup> Cfr. PUFENDORF, S., *De De Jure Naturae et Gentium*, Lund 1672, Liv. VII, Cap.6, Sec.2.

<sup>824</sup> Cfr. PUFENDORF, S., *De Jure Naturae et Gentium*, Lund 1672, Liv. VII, Cap.4, Sec.4.

<sup>825</sup> Cfr. PUFENDORF, S., *De Jure Naturae et Gentium*, Lund 1672, Liv. VII, Cap.6, Sec.10.

<sup>826</sup> J. Locke, filósofo empirista cuja ideologia se une ao nascimento do liberalismo anglo-saxão, surge na cena política de Inglaterra com a Revolução Inglesa de 1688. A sua teoria foi considerada como uma justificação para a caída do trono dos “Stuarts”. De facto, o pensamento político de Locke situa-se dentro do designado parlamentarismo liberal no sentido de que o poder era concebido como simples delegação realizada pelos cidadãos livres, na pessoa que os representa. Locke fundamentava a sociabilidade humana na natureza racional da pessoa (ao contrário de Hobbes que defendia a beligerância inicial de todos contra todos, vide supra). Deste modo, Locke, defendia que havia uma lei natural que obrigava a todos e que a razão ensinava que todas as pessoas são iguais. Para defender os seus direitos, os cidadãos transferiam os seus poderes para uma comunidade encarregada de estabelecer as leis que regulava essa convivência. Dai derivava o princípio democrático da obrigação do rei respeitar as leis e a necessidade da divisão do poder. LOCKE, J., *Two Treatises of Government* (1689), London 1884. Para uma edição mais actualizada, veja-se, p.ex., *Two Treaties of Government*, Cambridge 1988 (ou em tradução espanhola de Carlos Mellizo: *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, Madrid 1990). Veja-se também, FRANKLIN, J.H., *John Locke and the Theory of Sovereignty*, Cambridge 1978 (trata-se da tradução mais completa -segundo os respectivos críticos- desde 1606).

<sup>827</sup> Cfr. LOCKE, J., *Two Treatises of Government*, London 1884. Sec.95-99.

<sup>828</sup> Cfr. LOCKE, J., *Two Treatises of Government*, London 1884. Sec.129-130.

<sup>829</sup> Cfr. LOCKE, J., *Two Treatises of Government*, London 1884. Sec.134-151.

certos poderes e de certo modo subordinado.<sup>830</sup> Neste sentido, por detrás do legislador estava aquele que era, em última instância, o detentor do verdadeiro poder soberano: a sociedade civil ou política que tinha instituído o poder legislador (e podia ser designada como o verdadeiro “soberano político”).<sup>831</sup> Neste contexto, podemos concluir que o poder de soberania, segundo Locke, não era um poder absoluto. Só na medida em que o poder fosse usado para o bem comum é que poderia ser considerado ilimitado. Neste sentido, declara Locke que um bom Príncipe não pode ter mais prerrogativas do que “o poder para fazer o bem”.<sup>832</sup> Assim, com Locke a soberania absoluta do Estado entra em crise que é acelerada por Montesquieu ao defender a divisão dos poderes em: legislativo, executivo e judicial. Este equilíbrio de poderes permite limitar a arbitrariedade do poder político.<sup>833</sup>

A fase seguinte, acerca do desenvolvimento da teoria da soberania, foi a formulação da doutrina da soberania popular que serviria de base para a Revolução Francesa. Com Jean-Jacques Rousseau,<sup>834</sup> a teoria da soberania do povo desenvolveu-se com base nos direitos naturais (que foram levados até ao seu extremo).<sup>835</sup> Rousseau também partia do princípio de que o poder soberano nascia do acordo voluntário entre as vontades

---

<sup>830</sup> Segundo Locke, enquanto o poder de governo dura, a sociedade política está latente. Quando o governo é dissolvido, então a sociedade política torna-se activamente governante. Cfr. LOCKE, J., *Two Treatises of Government*, London 1884. Sec.149.

<sup>831</sup> LOCKE, J., *Two Treatises of Government*, London 1884. Sec.212.

<sup>832</sup> LOCKE, J., *Two Treatises of Government*, London 1884. Sec.189.

<sup>833</sup> Montesquieu (Charles-Louis de Secondat), 1689-1755. MONTESQUIEU, *El Espíritu de las Leyes* (1743), Madrid 1820. Nesta sua obra, defende que o respeito às leis se baseia em que nenhum poder seja ilimitado. Nesse sentido, postula a doutrina da separação dos poderes (legislativo, executivo e judicial) para evitar absorção de poderes numa só entidade e a arbitrariedade. A sua teoria tornou-se num dogma político.

<sup>834</sup> Jean-Jacques Rousseau, 1712-1778, critica a civilização (sobretudo o estilo europeu) influenciada pelo racionalismo e concebe o progresso como o regresso às origens, à natureza. Na sua obra: *Contrato Social*, descreve um modelo de comunidade no qual cada indivíduo obedece não a uma vontade particular mas sim a geral que reconhece como se fosse a própria vontade. A ordem social não é natural porque nasce da necessidade de os indivíduos não conseguirem opor-se à força que vai contra a sua conservação. Mediante esse contrato que constitui a sociedade, cada cidadão aliena os seus direitos a favor da comunidade e, por isso, nasce um corpo colectivo com vida própria. Cfr. ROUSSEAU, J.-J., *Du Contrat Social*, Paris 1858 (*Del Contrato Social*, notas de Mauro Armiño, Alianza Editorial, Madrid 1986, 3ª reimp.); *Lettres de la Montagne* 1764; *Gouvernement de Pologne*, Paris 1772.

<sup>835</sup> Cfr. MERRIAM, C.E., *History of The theory of Sovereignty Since Rousseau*, New York, 1900, p.33.

independentes dos indivíduos (o seu ponto de partida era, pois, o indivíduo). No contrato original, cada indivíduo entregava “tudo a todos” o que dava origem ao corpo político. Assim, o poder supremo era produto do resultado de um contrato entre indivíduos. O elemento passivo deste processo era o Estado e o activo era a soberania.<sup>836</sup> O espírito do Estado era a vontade geral e a sua principal característica era a inalienabilidade.<sup>837</sup> Em consequência, o poder soberano não podia ser delegado.<sup>838</sup> Outra das características da soberania, era a sua indivisibilidade: existia uma única vontade e as emanações de soberania (o poder legislativo e executivo) podiam ser divididas mas não a soberania considerada em si mesma, pois era indivisível.<sup>839</sup> Além das características, já mencionadas, de inalienabilidade e indivisibilidade, a vontade soberana era também considerada infalível.<sup>840</sup> Em conclusão, a soberania era concebida por Rousseau como absoluta, infalível, indivisível e inalienável. Este autor, concentrou na vontade popular o que Hobbes tinha concentrado no legislador.<sup>841</sup> A teoria de Rousseau teve grande impacto na Revolução Francesa e encontram-se nas Constituições dessa época bastantes expressões desta doutrina.<sup>842</sup>

---

<sup>836</sup> ROUSSEAU, J.-J., *Social Contract*, London 1895 (para uma versão espanhola: *Del Contrato Social*, notas de Mauro Armíño, Alianza Editorial, Madrid 1986, 3ª reimp.), Liv. I, Cap. 6.

<sup>837</sup> A vontade geral (la “Volunté Generale”) e formada pelo resultado da abstracção do elemento comum a vontade de cada indivíduo. Cfr. ROUSSEAU, J.-J., *Social Contract*, London 1895, Liv. II.

<sup>838</sup> Cfr. ROUSSEAU, J.-J., *Social Contract*, London 1895, Liv. III, Cap. 5 (*Del Contrato Social*, notas de Mauro Armíño, Alianza Editorial, Madrid 1986, 3ª reimp.)

<sup>839</sup> Cfr. ROUSSEAU, J.-J., *Social Contract*, London 1895, Liv. II, Cap. 2.

<sup>840</sup> Segundo Rousseau, a vontade geral, que se expressava através da maioria, representava uma razão (que, como tende sempre ao bem geral, não pode equivocar-se) que podia obrigar o indivíduo e as minorias discrepantes a aceitar essa vontade, “obrigando-as” a ser livres (como podemos deduzir, esta concepção pode levar ao absolutismo político democrático, no fundo a uma submissão a um poder totalitário em nome da “liberdade” e legitimada pela maioria). Cfr. ROUSSEAU, J.-J., *Social Contract*, London 1895, Liv. II, Cap. 3.

<sup>841</sup> “Il n’y a ni peut avoir nulle espece de loi fondamentale obligatoire pour le corps du peuple; pas meme le contrat social”. ROUSSEAU, J.-J., *Social Contract*, London 1895, Liv. I, 7.

<sup>842</sup> Por exemplo, a “Declaração dos Direitos do Homem e dos Cidadãos” (1789) inclui no seu art. 3 o princípio de que “toda a soberania reside essencialmente na nação”; A Constituição Francesa de 1791, refere: “A soberania e una, indivisível, inalienável e imprescritível” (Título III, Art. 1); A Constituição de 1793 estabelece: “Qualquer indivíduo que usurpe a soberania pode ser condenado a morte” (Act. 27, B of. R.). Também no seu artigo 35 afirma “Quando o governo viola os direitos do povo, a insurreição e, para o povo, e para toda a porção do povo, o mais sagrado de todos os

Como tivemos oportunidade de constatar, as teorias de soberania desta época tinham a característica comum de se basearem num contrato social e de que este acordo original era o que fundava o poder soberano. As divergências de opinião referiam-se mais propriamente aos termos exactos desse contrato original e aos seus efeitos. Estas doutrinas, manifestavam também uma acentuada tendência individualista. Logo, as ideias que marcaram a construção do Estado e da soberania foram as dos direitos naturais do cidadão marcado pelo ponto de vista do indivíduo.

Esta breve abordagem sobre a origem das teorias acerca do poder soberano, pretendiam apenas demonstrar as suas características principais, que ainda hoje influenciam a concepção do termo “soberania”.

Apenas acrescentaremos uma breve referência a Kant, Hegel, Ficht, Shelling e Savigny antes de passarmos a um comentário acerca da situação actual do conceito de soberania.

Kant, reformulou a teoria do contrato em termos de fundação do Estado.<sup>843</sup> Partindo de Rousseau, defendia que o objectivo desse contrato original era estabelecer uma associação regulada por lei. A teoria da resistência estava absolutamente excluída por Kant.<sup>844</sup> Apesar de considerar o poder supremo teoricamente ilimitado, Kant estabeleceu certos âmbitos que a soberania não podia transgredir.<sup>845</sup> Deste modo, a teoria do Estado segundo Kant era também absoluta, contudo afirmava que se um Estado governasse ao ponto de perverter todos os direitos e destruir todas as faculdades inalienáveis da humanidade, então o vínculo civil era dissolvido pelo próprio legislador e

---

direitos e o dever mais indispensável” (Constituição de 1793). Cfr. MERRIAM, C.E., *History of The theory of Sovereignty Since Rousseau*, New York, 1900, p.35.

<sup>843</sup> Emanuel Kant (1724-1804) filósofo moderno, postula o humanismo racional com base na autonomia da pessoa. Kant postulava uma moral absolutamente autónoma (que justificava o carácter categórico e imperativo das suas leis—no sentido de que se deve obrar de tal modo, que se pretenda que essa máxima tenha força universal). Logo, a própria razão é originariamente legisladora. Cfr.: KANT, I., *The Relation of Theory to Practice in Public Law*, 1793 (cfr. *Immanuel Kant’s Moral and Political Writing*, trad. Carl J. Friedrich, Nova York 1993); *On Eternal Peace*, 1795 (*La Paz Perpetua*, trad. Joaquín Abellán, Madrid 1985); *The Theory of Right*, 1797 (Introducción a la Teoría del Derecho, trad. Felipe González, Madrid 1997).

<sup>844</sup> Kant estava alarmado com os excessos da Revolução Francesa. Cfr. MERRIAM, C.E., *History of The theory of Sovereignty Since Rousseau*, New York, 1900, p.50.

<sup>845</sup> Cfr. KANT, E., *The Relation of Theory to Practice in Public Law*, 1793, Cap. VI, 175 e ss.



as respectivas obrigações deixavam de existir.<sup>846</sup> A sua teoria do Estado defendia também que não era a vontade humana mas sim a necessidade moral e racional que constituíam a verdadeira base para a existência do Estado.

Na sua teoria, Schelling enfatizava a vontade universal (não a individual) considerando-a como o elemento fundamental para a construção de um sistema político.<sup>847</sup>

Hegel, por sua vez, defendia que o Estado não era fruto da necessidade racional mas sim da necessidade natural.<sup>848</sup> Com isto pretendia afirmar que não era a razão individual a origem do Estado mas antes a denominada “razão universal” como parte do “processo universal”. Assim, a fonte de autoridade estava na propriedade e não no ser humano. Deste modo, repudiava a teoria do contrato social e defendia que a fundação do poder político estava nas relações de propriedade de indivíduos ou corporações. Exaltou a ideia do Estado e a soberania foi, finalmente, atribuída e associada ao Estado. Contudo, distinguia entre soberania legal (o governo) e a soberania política (o povo).

Fichte concebia a ideia de povo como um agregado de indivíduos submetidos ao governo (que não estava incluído neste conceito de povo).<sup>849</sup>

Savigny e a Escola Histórica, defendiam que a fonte da lei era a consciência comum do povo.<sup>850</sup>

---

<sup>846</sup> Cfr. KANT, E., *The Relation of Theory to Practice in Public Law*, 1793, Cap.II, 396.

<sup>847</sup> Cfr. SCHELLING, F.W., *System of Transcental Idealism*, Tubinga 1800; *Method of Academic Study*, Tubinga 1803. Filósofo alemão (*idealista objetivo* e contemporâneo de Hegel): 1775-1854.

<sup>848</sup> Cfr. HEGEL, G.F.W., *Philosophy of Law* (1821): *Filosofía del Derecho*, Madrid 1878. Filósofo alemão (*idealista moderno*): 1770-1831. Hegel defende a subordinação da religião a política e da Igreja ao Estado.

<sup>849</sup> Cfr. FICHTE, J.G., *Rudiments of Natural Rights* (1796-1797), Cambridge 2000, Cap. I, p. 215. Fichte (1762-1814), defendia que as normas do Estado se estabeleciam mediante um contrato estatal e uma comunidade encarregada de impulsionar a actividade livre dos cidadãos. Politiza a moral no sentido de que a realização do dever dá-se no seio do Estado que possibilita o cumprimento do Direito Natural e que garante do exercício dos direitos primários das pessoas: liberdade, propriedade e conservação. No Estado esta a vontade geral que unifica a vontade de cada uma das pessoas. Um contrato político manifesta a vontade geral mediante a legislação. Cfr. JULIER, D., *Fichte*, Paris 1964.

<sup>850</sup> SAVIGNY, F., *Histoire du Droit Romain au Moyen Âge*, Paris 1839, I, sec.7; Veja-se, também a sua obra: *La Ciencia del Derecho*, Buenos Aires 1949.

Destes autores posteriores à Revolução Francesa, podemos afirmar, em linhas gerais, que a grande modificação da teoria de soberania consistiu no facto da razão ter substituído a vontade, como base da autoridade. Deste modo, o soberano legislava não simplesmente porque era essa a sua vontade, mas antes pelo facto de os seus imperativos serem racionais. O soberano constituía-se, assim, na razão iluminada da nação. Deste modo, poderíamos concluir que se deu um desvio da soberania com base na vontade geral, para a soberania da razão geral.

Em finais do séc. XIX e Sec.XX desenvolveram-se os ideais democráticos que levaram a estabelecer a soberania na Nação (concebida como o conjunto de todos os cidadãos).<sup>851</sup>

Em síntese conclusiva pode considerar-se que a concepção da soberania, entre os séculos XIII-XVII, teve duas fases. Num primeiro momento o poder soberano foi entendido num sentido mais subjectivo e, assim, imputado a um sujeito (primeiro concentrado num só titular, posteriormente, atribuído ao povo).<sup>852</sup>

Numa segunda etapa, a soberania foi concebida num sentido mais objectivo e atribuída ao Estado (concepção mais autónoma da ordem estatal) independentemente do sujeito titular da soberania.

Podemos constatar que todos estes autores até ao séc. XX, estavam de acordo de que as ideias de soberania e Estado, eram algo que se impunha a sociedade. Ainda que nas suas teorias divergissem acerca da sua origem (necessidade racional, decurso da história, vontade humana ou universal, etc.) ou sobre os titulares do poder (um indivíduo, um grupo, o povo ou nação, etc.) ou acerca dos diversos modos de exercê-lo (mais ou menos democrático, totalitário) e sobre os limites para exercer essa autoridade (o direito natural, o direito das nações, etc.).

---

<sup>851</sup> Sieyes (E.J. Sieyes: 1748-1836) já tinha imputado a nação o poder supremo (no sentido de ser exercido por delegados que constituídos em assembleia se desligavam dos seus eleitores para representar toda a nação) e tinha tido influência na Declaração dos Direitos do Homem e dos Cidadãos de 1789 e na Constituição francesa de 1791. Veja-se sobre esta matéria a obra de BASTID, P., *Sieyes et sa Pensée*, Paris 1939.

<sup>852</sup> Aliás, verifica-se uma apropriação pessoal subjectiva do termo soberania: *soberano*. Cfr. AGESTA, L.S., *Derecho Político*, Granada 1959, p.505.

Contudo há que salientar que todas estas teorias resultaram incapazes de solucionar certas contradições em que caíram os sistemas em que nelas se baseavam. Assim, por exemplo, a teoria própria do liberalismo<sup>853</sup> que defendia a não intervenção do Estado (mero representante do povo e executor das leis) no âmbito social, político e, sobretudo, económico, acabou por provocar que esse mesmo Estado, na prática, actuasse como um poder absoluto: já que se defendia ser a origem do Direito e da moral.<sup>854</sup> De facto, com a aplicação da teoria do Direito típica desta época: a doutrina racionalista do direito natural<sup>855</sup>, sem outra limitação que ele mesmo (ao contrario da Idade Média: poder limitado pelo Direito natural e o Direito divino), resultou que os governos liberais, em contradição com os seus postulados teóricos iniciais, acabassem por converterem-se frequentemente em governos absolutistas, invadindo todos os terrenos da esfera privada dos cidadãos.<sup>856</sup> Assim, proclamava-se a ilimitação do poder estatal ao mesmo tempo que se declarava solenemente o valor absoluto e inalienável dos direitos individuais que se constituíam em “limites do poder ilimitado”, caindo em evidentes contradições.<sup>857</sup>

Também o Direito Internacional em geral, punha em causa alguns dos postulados do Estado soberano.<sup>858</sup> Há que acrescentar que o problema da soberania do Estado e a sua limitação se pode solucionar se entendermos que o poder supremo reside na comunidade e esta vinculado a um fim: o Bem Comum. Consequentemente a limitação do poder deriva da sua vinculação a esse fim (ao fim que é próprio da função que lhe está encomendada). Deste modo pode afirmar-se que a soberania está configurada pelo seu fim e constitui-se numa capacidade para o exercício de todas as funções que lhe

---

<sup>853</sup> Que proclamava a autonomia absoluta da razão (racionalismo que classificava como carente de todo o valor o conhecimento não obtido através de um processo racional e passível de demonstração), a supervalorização da liberdade individual (entendida como valor supremo) e o indivíduo era considerado como única fonte de autêntica autoridade.

<sup>854</sup> Dissolvendo os fundamentos religiosos da moral.

<sup>855</sup> Iusnaturalismo, que proclamava que o Direito positivo era a única fonte de Direito. O Direito natural e entendido de um modo mecânico: soberania absoluta da natureza no sentido de toda a realidade estar submetida as leis mecânicas da natureza (incluindo a religião e a moral). A única fonte de direito positivo reconhecida serão os direitos e obrigações resultantes dos pactos.

<sup>856</sup> As concretizações políticas praticas da teoria do liberalismo foram muito variadas, por isso algumas entranharam incoerências e contradições.

<sup>857</sup> Cfr. MESSNER, J., *La Cuestión Social*, Madrid 1960, pp. 54-70.

<sup>858</sup> Mais adiante do nosso trabalho analisaremos mais profundamente este ponto.

correspondam. Neste caso, existem “competências” mais do que “limites”. Logo, pode afirmar-se que a soberania é um poder ilimitado, mas dentro do seu âmbito: o qual vem determinado pelo seu próprio fim e fora do qual não existem competências.<sup>859</sup>

Em conclusão, e naquilo que nos interessa salientar de tudo quanto vimos acerca do conceito de soberania, podemos afirmar que a soberania foi ao longo dos tempos concebida, de um modo geral, como concentração de poder.<sup>860</sup> E foi um termo utilizado em diferentes sentidos.

No séc. XX, a concepção de soberania entrou em crise (ainda não totalmente superada) e sofreu nova reinterpretação. E o que vamos analisar seguidamente.

## **I.1.2. Conceito de soberania em princípios do Séc.XXI**

### **I.1.2.1. Feminismo e Soberania**

Nas últimas décadas do passado séc. XX apareceram tentativas de “correção” do conceito de soberania por parte daqueles membros da sociedade que nos séculos anteriores

---

<sup>859</sup> Neste mesmo sentido veja-se alguns autores da escola jurídica espanhola, por exemplo, Vitoria (1492-1546) e Suarez (1548-1617). SUÁREZ, F., *Tractatus De Legibus Deo Legislatura* (1612) Londres 1679; *Defensio Fidei* (1613), Coloniae Agripae 1614. Refere Suárez que o fim da sociedade civil é o bem comum temporal e limita intrinsecamente a autoridade do Estado (cfr. *Defensio Fidei*, Liv.6, cap.4, n.5 ss.); que a autoridade do Estado deve ter em conta as sociedade “infraestatais” (cfr. *De Legibus*, Lib.3, Cap.9, n.205, 207 ss). Quanto a relação do Estado com o Direito Internacional, defende que o poder do Estado é limitado pelo facto de estar integrado numa comunidade de nações. Os Estados estão vinculados à solidariedade comum e a obrigação recíproca pelo facto de todo o ser humano ter “aliquam unitatem, non solom specificam sed etiam quasi politicam et moralem” (*De Legibus*, Lib.2, Cap.19, n.9: 5, 169). Acerca desta matéria, veja-se também: AGESTA, L.S., “El Concepto de Soberanía en Suárez”, *Archivo de Derecho Público*, 1, (1948); ROMMEN, H., *La Teoría del Estado y de la Comunidad Internacional en Suárez*, Madrid 1951; WILLENIUS, R., *The Social and Political Theory of F.Suárez*, Helsínquia 1963. Por sua vez, Vitoria concebeu a ideia de comunidade internacional de todos os povos politicamente organizados e fundada no Direito natural. Propugnou a instauração duma ordem mundial a qual se subordinassem as soberanias estatais e defendia um “is inter gentes” defensora dos Direitos Humanos. Veja-se as obras de: SCOTT, J.R., *The Spanish origin of International Law. Francisco de Vitoria, and his Law of Nations*, Oxford 1934; BARCIA TRELLES, C., *Francisco de Vitoria, Fundador del Derecho Internacional Moderno*, Valladolid 1928.

<sup>860</sup> Cfr.: SKINNER, Q., *The Foundations of Modern Political Thought, The Age of Reformation*, (vol.2) Cambridge 1978, p.287; HINSLEY, F.G., *Sovereignty*, Cambridge 1986 (2 ed), p.1.

não eram escutados nos temas políticos e por esse motivo o seu contributo esteve ausente: as mulheres. Na verdade também elas tem um modo específico de conceber a soberania. E o que vamos seguidamente analisar.

Antes de mais, convém salientar que os grupos feministas são muito diversos e distintos.<sup>861</sup> Portanto, obviamente que não se poderá falar de uma posição feminista geral acerca do conceito de soberania do Estado.<sup>862</sup> Contudo, alguns grupos feministas reivindicam a necessidade de uma nova teoria de soberania do Estado, precisamente através de uma perspectiva mais feminista. Neste sentido fazem uma crítica retrospectiva e histórica à evolução (supra referida) do conceito de soberania,<sup>863</sup> e concluem que esta, está associada ao Estado e que ambos conceitos necessitam de ser “desmasculinizados”. Neste contexto, o Estado (autoridade) é identificado com o sexo masculino devido a legitimar e impor o uso da força.<sup>864</sup> A crítica feminista a este carácter “patriarcal” da concepção de soberania do Estado expressa-se na seguinte afirmação: “State sovereignty seeks to impose its legitimate force upon all who live in particular society, and it asserts, inter alia, the right to probe into the home, the bedroom, the job and the street. This pervasive character stems from the patriarchal nature of State sovereignty itself”.<sup>865</sup> Neste sentido, o Estado é caracterizado como “force as a mechanism for resolving

---

<sup>861</sup> Veja-se: por ex., OFFEN, K., “Defining Feminism: A Comparative Historical Approach”, *Beyond Equality and Difference*, Londres, Nova York 1992, p.70-74. Esta autora, diferencia os feminismos segundo distinções dualísticas (clássico, moderno; primeira onda, segunda onda; humanista, genocêntrico; igualitário, liberal, socialista, evangelista; marxista, liberal, radical, etc.). Evidentemente que este é apenas um dos múltiplos exemplos das intermináveis classificações actuais acerca do termo *feminismo*. Neste nosso trabalho, mencionaremos *feminismo*, no sentido geral de *oposição da subordinação da mulher ao homem*, em todos os seus aspectos (e do domínio exclusivo da cultura e da política por parte do sexo masculino).

<sup>862</sup> Cfr. HOFFMAN, J., *Sovereignty*, Minneapolis 1998, p.5.

<sup>863</sup> Para uma crítica à teoria de J.J. Rousseau, veja-se, p.ex., WOLLSTONECRAFT, M., “Reasons, Feelings and Equality”, *Feminist Interpretations and Political Theory*, Cambridge 1991. Crítica à teoria de Hobbes, veja-se, p.ex., JONES, K., *Compassionate Authority*, Londres, 1993, p.107; BRACE, L., “Imagining the Boundaries of a Sovereign Self”, *Reclaiming Sovereignty*, Londres 1997, p.137-149.

<sup>864</sup> Para uma análise acerca da relação entre soberania e a sua identificação com o sexo masculino (no sentido patriarcal e de domínio, sobretudo sobre a mulher) e associada à violência, repressão e tirania, veja-se: BEAUVOIR, S., *The Second Sex*, Harmondsworth 1972, pp. 616-691 e p.726.

<sup>865</sup> MACKINNON, C., *Toward a Feminist Theory of the State*, Londres 1989, pp.161, 169,238.

conflicts of interest”<sup>866</sup> e, acrescentam, “the force manifest in rape, concubinage, prostitution and patriarchal marriage”.<sup>867</sup> Deste modo, algumas autoras criticam o carácter masculinizado do poder, autoridade e Estado soberano, e apresentam em alternativa um modo mais feminino dessa autoridade. Assim, defendem uma nova concepção de soberania: mais feminizada.<sup>868</sup> Para tal, afirmam, torna-se necessário eliminar a tradicional dicotomia entre compaixão e autoridade, sentimento e intelecto, empatia e julgamento. Acrescentam que o comando concebido de um modo feminino implica diálogo, não ordem e comando. Neste sentido, algumas autoras defendem que a autoridade deve ser feminizada pelo denominado conceito de compaixão. A linguagem de compaixão “taken into the public realm, can be made into the language, not of violence, but of protective peacemaking. The Copernican revolution which transforms authority, needs to embrace concepts of freedom and equality and justice and power as well. Why can’t have reconceptualize the concept so that it expresses a notion of autonomy that is compassionate? Why should sovereignty necessarily involves arrogance, hierarchy and a patriarchal authoritarianism?”<sup>869</sup>

Deste modo, enfatizam uma concepção de poder soberano mais compassivo, mais familiar.<sup>870</sup> Neste contexto, podemos avançar com a afirmação de que uma feminização do mundo político e social significaria: mais Família e menos Estado; mais incentivo ao grupo e menos indivíduos isolados; mais auto-regulação e subsidiariedade e menos imperativos legais e burocracia. Em suma, menos Estado e mais sociedade.

Em conclusão podemos afirmar que uma visão mais feminina da soberania se baseia mais na solidariedade (numa autoridade mais compassiva porque mais conectada

---

<sup>866</sup> HOFFMAN, J., *Sovereignty*, Minneapolis 1998, p.71.

<sup>867</sup> LERNER, G., *The Creation of Patriarchy*, Nova York 1986, p.76-89, 101, 106, 212.

<sup>868</sup> Veja-se, por ex., ALLEN, J., “Does feminism Need a Theory of the State?”, *Playing the State*, Londres 1990, pp.22-27.

<sup>869</sup> JONES, K., *Compassionate Authority*, Londres, 1993, p. 117-118; DANIELS, C., *At Women’s Expense*, Cambridge 1993, p.138-139.

<sup>870</sup> Já referimos como o Estado está identificado historicamente com o sexo masculino e a Família com o sexo feminino. Logo, a Família é o resultado histórico da manifestação, nesse âmbito, do seu carácter feminino.

com o sentimento e com a empatia), o que resulta para a sociedade: uma maior igualdade, justiça, tolerância e paz.<sup>871</sup>

### I.1.2.2. Soberania do Estado

Actualmente, a ideia de soberania estatal é usada em diversos modos e com diferentes significados. Este magma de distintas conceptualizações acerca da soberania, poderia desanimar-nos acerca de tentar a sua definição, conduzir-nos ao relativismo<sup>872</sup> ou levar-nos a uma atitude céptica acerca do seu significado. Neste apartado do nosso estudo, não pretendemos entrar no estudo das diferentes conceptualizações actuais do conceito de soberania, mas sim tentar elaborar uma síntese (ordenar esse magma) acerca das diferentes perspectivas desse conceito, resultado da erosão que sofreu ao longo do passado Sec.XX. Por conseguinte, vamos recorrer a uma divisão de soberania que nos parece bastante acertada, dentro da diversidade de pontos de vista acerca deste conceito, na medida em que os ordena e explica. Assim, podemos distinguir no conceito de soberania quatro diferentes facetas: soberania legal internacional; soberania de westfalia; soberania doméstica e soberania interdependente.<sup>873</sup>

A soberania internacional legal refere-se ao reconhecimento mútuo entre os Estados ao nível internacional.<sup>874</sup> Estabelece, pois, o estatuto político de uma entidade no sistema

---

<sup>871</sup> Mais igualdade porque tanto a mulher como o homem terão os mesmos direitos como pessoas e cidadãos. Mais justiça porque se salvaguarda os direitos inerentes ao reconhecimento da dignidade humana de todos e cada um dos cidadãos. Mais tolerância, na medida em que o respeito dos direitos de cada ser humano (unido a um espírito de solidariedade e empatia) conduz também ao respeito das diferenças entre os cidadãos. O resultado de tudo o referido anteriormente é, obviamente, a paz (daí que também se mencione a paz como resultado dessa visão mais feminina do poder).

<sup>872</sup> Que preconiza que todas as definições são aceitáveis porque dependem do contexto cultural onde se desenvolvem. Cfr. JONES-PAULY, C., “The Law and Morality of Support in the wider family”, in *Changing family. International Perspectives on the Family*, Oxford 1998, p.296.

<sup>873</sup> Cfr. KRASNER, S.D., *Sovereignty: Organized Hypocrisy*, Princeton 1999, p.3 e ss.

<sup>874</sup> Para averiguar se esse Estado possui este tipo de soberania: seria necessário questionarmo-nos se determinado Estado é reconhecido como tal por outros Estado; ou se pode ser membro de Organizações Internacionais; ou se os seus representantes tem capacidade para estabelecer acordos internacionais ou se possuem imunidade diplomática; e, ainda, se esse Estado é tratado (em relação a outros Estados) com igualdade jurídica na esfera internacional. Em relação a este último aspecto

internacional.<sup>875</sup> Como regra geral, a soberania legal internacional é possuída por Estados com território e autonomia formal e jurídica.<sup>876</sup> O reconhecimento da soberania internacional de um Estado é um instrumento político importante no Direito Internacional Público. Soberania de westfalia<sup>877</sup> diz respeito a não intervenção (imunidade de imposição) externa em assuntos internos da organização de um Estado, dentro do seu território.<sup>878</sup> Soberania doméstica relaciona-se com a capacidade da autoridade pública de um Estado para exercer efectivo controlo sobre a própria política dentro das suas

---

há que acrescentar-se que o modelo clássico de Direito Internacional aplica a teoria liberal do Estado. Quer dizer, o Estado é tratado ao nível internacional de modo análogo ao indivíduo ao nível nacional. A introdução do conceito de igualdade entre os Estados no Direito Internacional é atribuído por alguns autores a Vattel (1714-1767): “uma pequena república não é menos soberana do que um poderoso reino”. Cfr. DE VATTEL, E., *Le Droit de Gens*, 1798 - 1ª ed.: *The Law of Nations*, Filadélfia 1852. Nesta sua obra, Vattel, aplicou a teoria do Direito natural às relações internacionais (as suas obras tiveram especial repercussão nos Estados Unidos porque os seus princípios de liberdade e igualdade coincidiam com os ideais expressos na Declaração da independência americana). Vide, BRIERLY, J.L., *The Law of Nations: An Introduction to the International Law of Peace*, Nova York 1963, pp.37-40; RABKIN, J., *Why Sovereignty Matters*, Washington, D.C. 1998.

<sup>875</sup> “Sovereignty can be conceived as a ticket of a general admission to the international arena”, FOWLER, M.R.; BUNCK, J.M., *Law, Power and the Sovereign State: The Evolution and Application of the Concept of Sovereignty*, Pensilvania 1995, and p.12. Cfr. KRASNER, S.D., *Sovereignty: Organized Hypocrisy*, Princeton 1999, p.16.

<sup>876</sup> Contudo existem critérios adicionais que reconhecem entidades sem que tenham território. Por exemplo, Índia e Filipinas foram membros fundadores das Nações Unidas embora só se tornassem formalmente independentes em 1946 e 1947, respectivamente. A Ordem de Malta também é outro exemplo de pessoa reconhecida como soberana, por mais de sessenta Estados, apesar de ter perdido o control de Malta em 1798 (e apenas possuir alguns edifícios em Roma). Muitos outros exemplos podem ver-se em FOWLER, M.R.; BUNCK, J.M., *Law, Power and the Sovereign State: The Evolution and Application of the Concept of Sovereignty*, Pensilvania 1995, Cap.2; THOMPSON, J.E., “State Sovereignty in International Relations: Bridging the Gap Between Theory and Empirical Research”. *International Studies Quarterly*, Vol.39, pp.213-233. (1995, p.228); OPPENHEIM, L., *Oppenheim’s International Law*, Essex 1992, pp. 145-146 e 186-190; CRAWFORD, B., “Explaining Defection from International Cooperation: Germany’s Unilateral Recognition of Croatia”, *World Politics*, 48, 1996, pp.482-521; BRADFORD, E., *The Shield and the Sword: The Knights of St John*, Londres 1972, pp.63-67; ”, KRASNER, S.D., *Sovereignty: Organized Hypocrisy*, Princeton 1999, p.16.

<sup>877</sup> Apesar desta sua designação, este conceito não está directamente relacionado com a *Paz de Westfalia*, assinada na Alemanha em 1648 (entre católicos e protestantes). Na verdade, este conceito não foi claramente articulado até finais do Séc.XVIII. Contudo, esta terminologia é usada devido a que o seu significado é facilmente compreendido e frequentemente utilizado neste sentido de norma de não intervenção nos assuntos internos de outro Estado.

<sup>878</sup> O princípio de não intervenção foi primariamente explicitado e desenvolvido por WOLFF, C., (*Fundamenta Juris Naturae et Gentium* 1705) e DE VATTEL, E. (*The Law of Nations*, Filadélfia 1852, p.155). Cfr. JACKSON, R.H., *Quasi-States: Sovereignty International Relations and The Third World*, Cambridge 1990, p.6.



fronteiras.<sup>879</sup> Finalmente, soberania interdependente diz respeito à capacidade da autoridade pública para controlar e regular o fluxo de informação, ideias, pessoas, doenças, poluentes, capital, etc., através das suas fronteiras.<sup>880</sup>

Segundo esta útil distinção de tipos de soberanias, podemos concluir que, neste Sec. XXI, parece ser praticamente impossível que todos estes tipos de soberania estejam presentes num mesmo Estado. Isto não implica que um Estado não seja considerado soberano caso não apresente todos estes tipos de soberania.<sup>881</sup> De facto, o mais comum é apenas existirem alguns destes tipos de soberania num mesmo Estado, sem que tal afecte a sua qualidade de Estado Soberano.

Neste sentido, alguns Estados, possuem soberania de westfalia mas não soberania legal internacional.<sup>882</sup> Outros, possuem soberania legal internacional mas tem uma soberania doméstica precária e limitada.<sup>883</sup> Acontece também frequentemente que um Estado tenha tanto a soberania legal internacional, a de westfalia e a doméstica e tenha uma soberania interdependente muito limitada, quer dizer, possua uma capacidade precária de regular e controlar os variados fluxos que atravessam as suas fronteira, com os consequentes impactos domésticos.<sup>884</sup>

---

<sup>879</sup> Este conceito esta mais intimamente relacionado com o desenvolvimento histórico do conceito de soberania, (vide, nosso trabalho, supra). Veja-se uma abordagem histórica a este conceito nesta perspectiva em: KRASNER, S.D., *Sovereignty: Organized Hypocrisy*, Princeton 1999, p.11; veja-se também a clássica obra de: LASKI, H.J., *Studies in the Problem of Sovereignty*, Harvard 1917.

<sup>880</sup> Este tipo de soberania, esta relacionado com os efeitos da designada *globalização*. Vide: ARRIGHI, G., “Globalization, State Sovereignty and the Endless Accumulation of Capital”, *The Ends of Globalization* Oxford 2000, pp.125-150.

<sup>881</sup> Vide posição contrária em DAMROSH, L., “Changing Conceptions of Intervention in International Law”, *Immerging Norms of Justified Intervention: A Collection of Essays from a Project of the American Academy of Arts and Sciences*, Cambridge 1993, pp.91-110 (sobretudo a p.93); e também: FORSYTHE, D.P., *Human Rights and World Politics*, Lincoln 1983, p.4. Ambos autores defendem que a soberania do Estado é a aplicação dos Direitos Humanos, estão em conflito e são irreconciliáveis. Veja-se sobre esta matéria a obra de: DUNNE, T.; WHEELER, N.J., *Human Rights in Global Politics*, Cambridge 1999.

<sup>882</sup> É, por exemplo, o caso de Taiwan (território da República Popular da China).

<sup>883</sup> É o que se constata em vários Estados de África, como Somália, entre outros. Vide KRASNER, S.D., *Sovereignty: Organized Hypocrisy*, Princeton 1999, p.4.

<sup>884</sup> Trata-se de uma situação actual devido aos efeitos da designada *globalização*. De facto, actualmente considera-se que o efeito da *globalização* limita a soberania na medida em que um Estado perde capacidade para controlar os fluxos de bens, pessoas, poluição, doenças, ideias, etc., através das suas fronteiras territoriais e isto pode ser considerado como perda de soberania. Vide

Por vezes, a perda de soberania interdependente leva os Estados a comprometerem a sua soberania de westfalia, na medida em que estabelecem acordos (no exercício da sua própria soberania internacional) criando instituições internacionais e estabelecendo estruturas de autoridade supranacional que os obriga internamente. Muitas vezes o exercício de um tipo de soberania afecta e impede outro tipo de soberania.<sup>885</sup>

---

THOMPSON, J.E., “State Sovereignty in International Relations: Bridging the Gap Between Theory and Empirical Research”. *International Studies Quarterly*, 39, p.216; MATHEWS, J.T., “Power Shift”, *Foreign Affairs*, 76, pp.50-56 (1997); WRISTON, W., “Bits, Bytes, and Diplomacy”, *Foreign Affairs*, 76, pp.172-182 (1997). Também por motivos económicos existe uma grande interdependência entre os Estados. Alguns autores referem que numa economia de mercado os Estados mais pequenos não tem capacidade para controlar a sua própria política monetária na medida em que não podem controlar os movimentos de capital através das suas fronteiras (Cfr. COOPER, R., *The Economics of Interdependence*, Nova York 1968). Actualmente o controlo dos Estados é cada vez menor na medida em que apareceram novos temas tais como a poluição atmosférica, terrorismo, comércio de droga, Sida, etc., que é resultado da interdependência entre os países ou de novas tecnologias (Internet, etc.) que tem carácter mais transnacional que propriamente nacional. Vide, ROSANEAU, J., *Turbulence in World Politics: a Theory of a Change and Continuity*, Princeton 1990, p.13. Mas esta diminuição de controlo não significa para alguns autores uma diminuição de soberania do Estado: Vide GARRETT, G., “Global Markets and National Politics: Collision Course of Virtuos Cycle”, *International Organization*, 52, pp. 782-824 (1998).

<sup>885</sup> Por exemplo, o exercício de soberania legal internacional pode afectar a soberania de westfalia no caso de um Estado estabelecer um acordo no qual reconhece a autoridade de algumas estruturas externas, tal como é o caso dos países da *União Europeia*. Também os Estados membros do *Conselho de Europa*, ao assinar a CEDH se submetem a uma estrutura judicial supranacional (TEDH) externa. Assim, os indivíduos cidadãos dos Estados signatários podem demandar contra os seus próprios Estados no TEDH, cujas decisões são obrigatórias para as autoridades judiciais nacionais (vide nosso trabalho, supra). É evidente que estes Estados (membros da UE, CE, etc.) têm capacidade para comprometer voluntariamente a sua soberania (westfalia, doméstica, interdependente) porque gozam de soberania legal internacional que lhes permite realizar tais acordos internacionais (logo, este é um requisito necessário para que se estabeleçam acordos internacionais) comprometendo assim a sua soberania de westfalia. Vide, KEOHANE, R.O., *After Hegemony: Cooperation and Discord in the World political Economy*, Princeton 1984; KRASNER, S.D., *Sovereignty: Organized Hypocrisy*, Princeton 1999, p.31. Também podemos afirmar que (além de Convenções Internacionais, Contratos interestaduais, etc.) também a *Declaração Universal dos Direitos Humanos* (e outro tipo de *Soft Law* – para uma definição deste tipo de lei, veja-se, p.ex., WESTON, B.; FALK, R.; CHARLESWORTH, H., *International Law and World*, Minneapolis 1997 (3ª ed.), pp.156-176) pode afectar a soberania de westfalia (ainda que indirectamente) na medida em que mobiliza grupos domésticos que tentam influenciar as autoridades domésticas e se estabelecem como costume (que e, como sabemos, fonte de Direito Internacional). Vide, acerca deste assunto, MORAVCSIK, A., “Lessons from the European Human Rights Regime”, em *Advancing Democracy and Human Rights in the Americas: What Role of the OAS?*, Ed.: A. Moravcsik, Washington, D.C. 1998, pp.35-80.

Também podemos constatar, ao nível internacional, que muitas das regras de Direito Internacional são contraditórias.<sup>886</sup> Por exemplo, o princípio internacional de não intervenção pode opor-se à protecção dos Direitos Humanos.<sup>887</sup>

Neste contexto, actualmente, o facto de um tipo de soberania não estar presente num Estado não afecta a sua consideração como Estado soberano.

Até aqui, vimos a origem do conceito de soberania e a sua designação ao Estado. Agora, passamos a analisar outro tipo de soberania: a soberania contida no direito a casar e fundar família que esta intrinsecamente incluída no art. 12 da CEDH, objecto do nosso estudo.

---

<sup>886</sup> DE MESQUITA, B., *Principles of International Politics*, Washington, D.C. 2000 (este autor também realiza uma interessante análise acerca das motivações subjacentes às decisões de poder tomadas pelos Estados ao nível internacional).

<sup>887</sup> É comum os Estados com mais poder político ao nível internacional imporem sanções a Estados com vista a protegerem os Direitos Humanos. É evidente que as sanções económicas violam tanto a soberania internacional legal como a westfalia, porque o Estado que a padece é destituído do seu *status quo* (consequência de uma clara assimetria de poderes) e é coagido a aceitar algo que tem implicações na sua política doméstica. Veja-se: JENTLESON, B.W., “Economics Sanctions and Post-Cold War Conflicts: Challenges for Theory and Policy”, *International Conflict Resolution: After the Cold War*, Washington, D.C. 2000, pp.123-178. Por exemplo, desde 1962 até 1994, assistiu-se a uma imposição colectiva de sanções contra o Estado de África do Sul, com vista a pressioná-lo a alterar o seu regime de *apartheid*. A Comunidade Europeia, entre 1981-82, usou sanções económicas contra a Turquia para pressionar a restauração da democracia nesse país. Entre 1970 e 1990 Estados Unidos impôs sanções económicas a mais de 12 Estados devido a terem cometido violações dos Direitos Humanos. Reino Unido sancionou entre 1972-79 o Estado de Uganda para forçar a caída de um ditador (*Idi Amin*). A UE sancionou Áustria no ano 2000, (com receio que se viessem a violar mais facilmente nesse país, os Direitos Humanos) obrigando a uma mudança interna de políticos. Acerca das sanções económicas para proteger Direitos Humanos: vide, p.f.: HUFBAUER, G.C.; SCHOTT, J.J.; ELLIOT, K.A., *Economic Sanctions Reconsidered: History and Current Policy*, (2 ed.), Washington, D.C. 1990 (apresentam mais de 106 casos de sanções económicas, 17 das quais envolvem esforços de protecção dos Direitos Humanos); FRAZER, J.E., “Sustaining Civilian Control: Armed Counterweights in Regime Stability in Africa”, Ph.D.dissertation, Dep.Ciências Políticas, Stanford University 1994. Veja-se também: POWELL, R., *In The Shadow of Power: States and Strategies in International Politics*, Princeton 1999 (onde o autor analisa as assimetrias de poder actuais ao nível das relações internacionais).

## II- SOBERANIA DO ACTO DE CONSENTIMENTO

### II.1. Soberania do Direito a Casar e Fundar Família

#### II.1.1. Direito soberano a casar

##### II.1.1.1. Autonomia originária da pessoa humana

Ao repassarmos a evolução histórica do conceito de soberania, constatamos que esta é identificada com poder. De facto, e tal como acabamos de ver supra, até ao Séc.XVI a soberania era relacionada com o poder regulador de uma comunidade, quer dizer, com o poder de criar direito.<sup>888</sup> A partir da teoria clássica de Bodin, o termo soberania é normalmente associada a Estado.<sup>889</sup> Durante o séc. XX, verifica-se uma tentativa de dissociar a soberania da ideia de Estado<sup>890</sup> e tenta-se reformular tanto o conceito de soberania em si mesma, como o próprio conceito de soberania do Estado.<sup>891</sup>

Perante isto, parece-nos poder afirmar-se com evidência que se há um soberano é porque existe uma soberania que pode ser objecto de apropriação por parte de outro sujeito. Quer dizer, o facto de que os sujeitos pudessem renunciar ao seu poder originário e entregá-lo a um poder regulador supremo (tal como vimos nas teorias do contrato social) implicava que originariamente eram possuidores do mesmo.<sup>892</sup> Este poder do ser humano

---

<sup>888</sup> Cfr. BARTELTSEN, J., *Genealogy of Sovereignty*, Cambridge 1995, p.48. “(In feudal system) Sovereignty became synonymous with finality of authority, and involved a tacit independence of any supposed superiors”. WARD, P., *Sovereignty*, Londres 1928, p.4. Vide supra.

<sup>889</sup> “(In the modern theory) The attribute of Sovereignty was assigned to the State as a whole. (...) The State is the personification of sovereignty”. WARD, P., *Sovereignty*, Londres 1928, p.39.

<sup>890</sup> “Sovereignty needs to be detached from State. (...) Sovereignty needs to be identified with individuals rather than States”. HOFFMAN, J., *Sovereignty*, Minneapolis 1998, p.85 e 96.

<sup>891</sup> Veja-se, supra, a análise feminista acerca da teoria da soberania.

<sup>892</sup> Se a pessoa humana pode alienar o seu poder é porque, originariamente, detém esse mesmo poder.

de auto-regulação, estava presente em todas as doutrinas sobre soberania que partiam da teoria clássica do contrato social.<sup>893</sup>

Este especial poder de auto-regulação, baseia-se no facto de a pessoa possuir uma especial dignidade que se fundamenta na sua própria natureza humana possuidora de peculiares potências: inteligência, consciência e vontade livre.<sup>894</sup> A inteligência capacita o homem para o conhecimento e a vontade para agir e actuar normalmente de acordo com esse conhecimento. A principal qualidade da vontade e a liberdade e é um dos elementos principais da distinção do ser humano em relação a todos os outros seres vivos. Estes últimos actuam segundo um mecanismo instintivo. Contudo, o ser humano, colocando em jogo as suas potências da inteligência e vontade livre, pode eleger e fazer as suas opções independentemente do instinto, apesar de também este o influenciar. A liberdade humana é esse poder que as pessoas possuem de autoconfigurar a sua vida mediante decisões. Esta autonomia e superioridade do ser humano em relação a todos os outros seres vivos, fazem dele um ser possuidor dessa especial dignidade.<sup>895</sup> Um ser capaz de ser dono de si

---

<sup>893</sup> Foi a tradição liberal (Séc.s XVIII e XIX) que desenvolveu a ideia do indivíduo e dos direitos individuais. Refere Locke que “Every man has a property in his own person which nobody has any right to but himself”. LOCKE, J., *Two Treatises of Civil Government*, Londres 1924, p.230. Stuart Mill: 1806-1873, foi pensador economista liberalista (expoente máximo da teoria utilitarista típica do liberalismo inglês) concebe a soberania num sentido de direito de propriedade. Refere: “Over himself, over his own mind and body, the individual is sovereign”, STUART MILL, J., *On Liberty*, Harmondsworth 1974, p.68-69 (cfr., também, SCHWARTZ, P., *La Nueva Economía Política de John Stuart Mill*, Madrid 1968. Posteriormente, o Marxismo inverte essa tradição liberal, reduzindo o indivíduo à sociedade (“The sovereignty of the whole suffocates the sovereignty of the parts”, FEMIA, J., *Marxism and Democracy*, Oxford 1993, p.174). Cfr. MARX, K.; ENGELS, F., *Collective Works*, Vol.5, Londres 1976, p.7.

<sup>894</sup> Desde a Antiguidade que se considera que o ser humano se caracteriza pela sua razão . Neste sentido, Platão (cfr. *Primer Alcibiades*, 133 c) e Aristóteles (cfr. *Etica a Eudemo*, 1248-2830) consideravam a razão como a faculdade que distinguia os seres humanos dos animais. Assim também, Eurípedes afirmava que o intelecto era “Deus em cada um de nós” (Cfr. *Fragmento* 1018-Nauck). Depois da conhecida definição de Boécio: “individua substantia rationalis naturae”, S.Tomás de Aquino acrescentava que o ser humano era uma pessoa e, esta, era o mais perfeito que existia na natureza: “perfectissimum in omni natura...distinctum subsistens in intellectuali natura” (cfr. S.TOMAS DE AQUINO, *Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino*, Madrid 1956, I, q.29, a.3; I, q.29, a. 3, ad 2). Para os cristãos, a dignidade da pessoa humana fundamenta-se (além do referido) no facto de ser criada à imagem e semelhança de Deus e ser (através de Cristo) Filha de Deus.

<sup>895</sup> Assim, toda a pessoa pelo simples facto de sê-lo possui uma dignidade conatural que deve ser reconhecida e respeitada (cfr. SANTO TOMAS DE AQUINO, *Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino*, Madrid 1956, I, q.29, a.3; I, q.29, a. 3, ad 2). Os conceitos de pessoa e dignidade estão intimamente relacionados. Contudo, não se identificam pois “pessoa” refere-se ao ser humano

mesmo e através desse poder (de auto-posse e autodeterminação) originar as normas capazes de regular o seu meio existencial. Esta capacidade de decidir-se autonomamente frente as varias possibilidades procede dessa liberdade que entranha o núcleo essencial da pessoa humana. É ainda esta liberdade que permite a pessoa comprometer-se e, conseqüentemente, ser a responsável pelos seus actos.

Este poder de liberdade, ao caracterizar-se por autodeterminação, não tem carácter absoluto pois esta limitado pela convivência social: pela relação da pessoa com os outros em sociedade.<sup>896</sup> De facto, a pessoa parece estar ordenada à relação com os outros. Neste contexto, verificamos que a pessoa é um ser capaz de falar, ouvir, logo: dialogar.

#### **II.1.1.2. A soberania conjugal da pessoa humana**

Sendo a sexualidade uma dimensão intrínseca da pessoa humana e a feminidade e masculinidade dois modos diversos e complementários de ser igualmente corpo humano, constituem a possibilidade de se articularem numa comunidade com um novo modo de ser: como esposos. De facto, uma vez que a pessoa é dona de si mesma pode dar-se realmente a outra pessoa e aceitar a outra pessoa constituindo-se numa nova realidade, numa “co-identidade biográfica”.<sup>897</sup>

Este poder de dar-se, é um autêntico poder soberano de autoconstituir-se numa comum identidade, desde a dualidade singular inicial. Contudo, este poder soberano da pessoa só reside nessa relação de complementaridade que se articula entre a feminidade e

---

como possuidor do grau mais alto de perfeição entre todos os seres vivos e dignidade refere-se mais concretamente a uma qualidade possuída, em exclusiva, por todos os seres humanos como um valor que pode ser contraposto a um anti-valor (cfr. *Família e Derechos Humanos*, 13 :15 de Novembro de 2000, Conselho Pontifício para a Família) .

<sup>896</sup> Mesmo o expoente máximo do utilitarismo reconhecia que: “No individual has de sovereign right to destroy their own sovereignty”, STUART MILL, J., *On Liberty*, Harmondsworth 1974, p.173. (“We can not be sovereign not to be sovereign”, HOFFMAN, J., *Sovereignty*, Minneapolis 1998, p.88). Esta afirmação justifica, segundo esta doutrina (historicamente denominada: *Utilitarista*) a intervenção do Estado: a liberdade individual é limitada pelo Estado e a intervenção social é permitida e legitima apenas e na medida em que for necessária para a prevenção da violação da liberdade dos outros. Cfr. STUART MILL, J., *On Liberty*, Harmondsworth 1974, p. 172-173.

<sup>897</sup> Estas ideias encontram-se claramente explicadas no trabalho de VILADRICH, P.-J., “La familia soberana”, *Ius Canonicum*, Vol.34, n.68, pp.427-440. (1994).

a masculinidade humanas. Esta co-identidade gera um modo específico de ser e conviver que denominamos conjugal. Na verdade, só um extraordinário poder soberano, possuído por cada mulher e homem, os torna capazes de estabelecerem a comunidade conjugal que é a mais primária forma de sociedade humana. Este poder soberano tem como titulares exclusivos a pessoa feminina e masculina e é o único poder capaz de gerar a primeira entre todas as demais instituições jurídicas e sociais: a família fundada no matrimónio.

Este poder soberano não pode ser transferido para a soberania do Estado. Consequentemente, nenhuma potestade humana tem o poder de proibi-la, ignorá-la, adulterá-la ou substituí-la. Pode pois falar-se legitimamente de uma soberania conjugal da pessoa humana.

Vamos, seguidamente, estudar a soberania existente no acto de consentimento que constitui essa primeira e mais radical alteridade da existência humana: a tendência natural da mulher e do homem a unirem-se numa específica convivência: o matrimónio.

### II.1.1.3. Soberania do acto do consentimento

A primeira e mais básica alteridade humana é a dualidade sexual que é a inclinação afectiva entre uma mulher e um homem e que tende a levá-los a união.<sup>898</sup>

Contudo, desejar essa união e serem essa mesma união são coisas muito distintas. Só quando ambos tomam a decisão de prometerem amar-se (segundo a expressão de Viladrich: “querer quererse”<sup>899</sup>) é que então se estabelece um acordo amoroso que converte em comprometido esse amor.<sup>900</sup> Podemos perguntarmo-nos, que poder há neste

---

<sup>898</sup> Salienta-se que este poder de conjugarem-se reside precisamente na sua complementaridade baseada nessa dualidade sexual (primeira alteridade humana) tal como já tivemos oportunidade de analisar, supra, neste nosso trabalho.

<sup>899</sup> VILADRICH, P.-J., “El Ius Connubii y la libertad religiosa. Una reflexión sobre la libertad de la persona, la soberanía conyugal y el poder del Estado”, *La Libertad Religiosa, IX Congreso Internacional de Derecho Canónico*, México D.F. 1992, p.175.

<sup>900</sup> Trata-se precisamente do *consentimento matrimonial*, que também já referimos anteriormente neste trabalho.

acto de consentimento para que se possa designar realmente soberano? <sup>901</sup> Tal como já referimos supra, a pessoa humana tem o próprio domínio sobre si: possui-se. Ora, sendo a feminidade e masculinidade dois modos diversos e complementários de ser igualmente pessoas, podem dar-se e aceitar-se mutuamente, de um modo determinado que os constitui numa co-biografia. Esta decisão que funda esta íntima comunidade de vida entre eles, inclui um autêntico poder soberano de autoconstituir-se nessa comum identidade.<sup>902</sup>

Assim, é a sua condição pessoal de seres humanos que lhes permite conjugarem-se. Isto é, só na medida em que a mulher e o homem são donos de si mesmos, é que a sua feminidade ou masculinidade lhes pertence exclusivamente. Consequentemente, ninguém pode obrigá-los a dar-se nem dá-los reciprocamente. Isto significa que só eles são os Soberanos de si mesmos, neste âmbito específico e, por isso, nenhuma outra soberania humana tem o poder de entregá-los como esposos, alienando-lhes esse poder soberano a casarem-se.<sup>903</sup>

Deste modo, só eles contêm em si o poder soberano de darem-se realmente ao outro e aceitar (na sua vida e no modo especificamente matrimonial) o outro, constituindo livremente essa co-identidade biográfica que define o matrimónio.

Esta decisão comum constitui-se num autêntico acto de soberania que cada um dos sujeitos exerce sobre (e acerca de) si e através do qual originam um vínculo de justiça, que se transforma em dever de amor recíproco.<sup>904</sup> É este compromisso entre os cônjuges que origina o vínculo que, por sua vez, atribui aos cônjuges o seu *status* matrimonial.<sup>905</sup>A

---

<sup>901</sup> Ao modo de Viladrich, podemos perguntarmo-nos “que especial mistério e poder se escondem na aliança conjugal...esse intercâmbio de pequenas palavras íntimas, ao alcance todos os dias até dos mais deserdados de poder e gloria humanas”? Cfr. VILADRICH, P.-J., “La familia soberana”, *Ius Canonicum*, Vol.34, n.68, p.430 (1994). A tradução é nossa.

<sup>902</sup> Cfr. VILADRICH, P.-J., *El modelo antropológico del matrimonio*, Madrid 2001, pp.84-86.

<sup>903</sup> Cfr. VILADRICH, P.-J., *El ser conyugal*, Madrid 2001, p.24.

<sup>904</sup> É este vínculo jurídico que origina entre eles um modo específico de ser, amar-se, conviver, procriar e que constitui o designado: modo conjugal.

<sup>905</sup> Neste sentido, é evidente que se as partes mantêm a soberania sobre si mesmos neste aspecto, e não desejam fundar nenhum vínculo de justiça entre eles, então, não existe matrimónio mas sim outra forma de convivência.



partir deste momento fundacional, o amor transformou-se de mero facto em direito e surge o vínculo (jurídico) conjugal.<sup>906</sup>

Assim, podemos afirmar com Viladrich que no “interior das humildes núpcias, ao alcance de qualquer desposeído do poder e da glória humana, se encontra um extraordinário poder soberano. Um poder capaz de gerar direito. Em poucas palavras: a soberania de criar a primeira e a mais radical de todas as instituições sociais humanas, quer dizer, o matrimónio.”<sup>907</sup> Trata-se de um autêntico poder institucional, isto é, um poder capaz de originar vínculos jurídicos reais que articulam a realização social de pessoas humanas.<sup>908</sup> Em consequência, nasce a “sociedad soberana, la única comunidad humana capaz de generar las primeras y primigenias identidades personales”.<sup>909</sup>

Neste sentido, e enlaçando com o que referimos acerca da doutrina clássica da soberania, podemos afirmar que este poder pessoal de instituir o matrimónio (e através dele a família) não se transfere aos Estados quando os cidadãos, mediante o exercício da sua vontade popular, instituem a soberania política do Estado.<sup>910</sup> De facto, em relação ao matrimónio, estamos perante uma soberania tão pessoalíssima que nela se encontra o próprio fundamento do direito a casar, cujo núcleo essencial permanece fora do alcance do poder político que a soberania popular confere às instituições públicas.<sup>911</sup> E isto, na

---

<sup>906</sup> Neste contexto, a vontade que dá origem ao matrimónio designa-se conjugal quando se dirige a assumir esse compromisso sobre a futura vida em comum. Fundando, assim, uma relação jurídica (conjugal e familiar) até a sua extinção.

<sup>907</sup> No original: “En efecto, en el humilde interior de las nupcias, al alcance de cualquier desposeído del poder y de la gloria humanas, anida una extraordinaria potestad soberana. Un poder capaz de generar derecho. En pocas palabras: la soberanía de crear la primera y más radical de las instituciones sociales humanas, a saber, el matrimonio”. VILADRICH, P.-J., “La familia soberana”, *Ius Canonicum*, Vol.34, n.68, p.176 (1994).

<sup>908</sup> Cfr. VILADRICH, P.-J., “La familia soberana”, *Ius Canonicum*, Vol.34, n.68, p.437 (1994).

<sup>909</sup> CARRERAS, J., *Las bodas: Sexo, fiesta y Derecho*, Madrid 1998 (2ª ed.), p.175.

<sup>910</sup> Mesmo admitindo a teoria do contrato social, haveria que reconhecer que o poder de originar o acto de consentimento (exercendo o direito a casar: *ius connubii*) não poderia ser renunciado pelo indivíduo e alienado (entregue totalmente ao poder regulador da sociedade).

<sup>911</sup> “No estaba muy alejado de la realidad Rousseau cuando intuyó que en los orígenes de la sociedad humana había que encontrar un contrato social, un acto soberano por el que se constituía la sociedad. Ahora bien, nos permitimos enmendar la plana del filósofo ginebrino, no sólo porque es errado fundamentar la entera sociedad humana en un contrato-ficción, sino también porque el contrato social por excelencia no debería ser aquel hipotético y primigenio encuentro de la voluntad de todos los individuos hábiles a expresar un consentimiento político, sino que cabría encontrarlo

medida em que é um direito intrínseco à sua natureza humana é um direito irrenunciável,<sup>912</sup> um poder inalienável. Neste sentido podemos afirmar que este poder soberano de instituir o matrimónio (e através dele a família) como meio de articulação das relações sociais mais essenciais da pessoa humana, não pode pertencer à soberania do Estado, sob pena de constituir uma verdadeira usurpação do poder por parte deste. Por conseguinte, já o mencionamos, pode-se falar de inalienabilidade desse poder soberano.<sup>913</sup> Que é, além disto, irreduzível, inviolável<sup>914</sup> e imprescritível.<sup>915</sup> Também apresenta a característica da indivisibilidade, na medida em que se trata de um poder que não é susceptível de ser dividido, tanto no sentido de que só cada sujeito pode ser o único titular do seu direito a casar,<sup>916</sup> como também no sentido de que é o único possuidor desse direito na sua totalidade.<sup>917</sup> Podemos também acrescentar que o direito a casar é

---

en el pacto conyugal en el que se expresa una potestad soberana, es decir, un poder... por encima del cual no es posible reconocer otro poder superior". CARRERAS, J., *Las bodas: Sexo, fiesta y Derecho*, Madrid 1998 (2ª ed.), p.173.

<sup>912</sup> Evidentemente que isto não implica que o sujeito não possa optar livremente pelo seu não exercício (escolhendo livremente ser celibatário ou solteiro).

<sup>913</sup> Há que referir que se pode falar de alienabilidade não no sentido clássico de entrega, renúncia do direito em relação ao poder público, mas sim em relação ao cônjuge, a outra parte “contratual” do acto de consentimento que estabelece o matrimónio. De facto, o poder soberano a casar, tal e como o descrevemos aqui, só pode ser “usado” uma vez entre os mesmos sujeitos, pois ao ser exercido, esse poder soberano deixa de existir uma vez que, nos termos do conteúdo do matrimónio, ambos cônjuges prometem-se *de por vida*. Por outro lado, o sujeito, ao entrar neste peculiar tipo de “acordo” perde determinados *graus* de posse *exclusiva* de si mesmo. Perde o *poder soberano* de voltar entregar-se do mesmo modo a outra pessoa (o contrário violaria o princípio de não contradição).

<sup>914</sup> A sua violação constituiria um autêntico abuso de poder na medida em que, como já analisamos, pertence *exclusivamente* aos cônjuges.

<sup>915</sup> Não prescreve pela mera passagem do tempo: é perpetuo. Contudo, há que salientar que apesar de ser um direito adquirido pelo sujeito no momento de adquirir personalidade jurídica, não pode ser exercido até a puberdade (só nesse momento o sujeito adquire a capacidade de exercício respectiva) e cumprindo o estipulado pela lei doméstica (precisamente com o objectivo de proteger o conteúdo do núcleo essencial do matrimónio).

<sup>916</sup> Contudo, há que recordar que apesar de se tratar de dois sujeitos intervenientes (cônjuges) logo, de dois direitos, dois poderes soberanos independentes e duas vontades independentes de casar, apenas existe um *único* acto de consentimento. Este, não é a soma das duas vontades mas o acordo das duas vontades num novo acto jurídico (o próprio consentimento ou pacto conjugal).

<sup>917</sup> Com “totalidade” (neste contexto) queremos dizer que o titular do direito a casar não pode excluir elementos essenciais do núcleo do seu direito nem agregar outros elementos que afectem esse conteúdo essencial. Trata-se de um *direito indisponível* no que diz respeito ao seu *núcleo duro*, núcleo essencial. Em relação as características essenciais deste núcleo, veja-se *supra*. Trata-se de uma exigência da totalidade do amor conjugal: “a palavra *tudo* pode-se entender em dois sentidos.

um direito absoluto no sentido da sua oponibilidade universal, erga omnes (e não em relação ao seu conteúdo, pois já vimos como este está condicionado).

Portanto, o vínculo conjugal estabelecido pelos cônjuges não necessita do reconhecimento externo do poder público. Contudo, devido ao interesse social desta instituição, justifica-se o seu reconhecimento e protecção por parte do poder regulador do Estado. E isto, não pelo mero facto de se tratar de uma convivência entre uma mulher e um homem, mas sim pela assunção voluntária de um compromisso estável a instaurar uma comunidade de vida e amor,<sup>918</sup> com um elevado valor social.<sup>919</sup>

Sendo o estabelecimento do matrimónio entre os cônjuges precisamente o objecto do direito a casar, consequentemente, o conteúdo deste direito depende das características essenciais do matrimónio. Também já analisamos, supra, como o núcleo essencial do matrimónio esta, por sua vez, determinado pela natureza humana. Por conseguinte, o poder soberano contido no direito a casar é um poder ilimitado no sentido de não poder ser coarctado por nenhuma autoridade exterior ao próprio sujeito. Mas, ao mesmo tempo, esse poder só pode actuar como ilimitado dentro do âmbito da natureza essencial do matrimónio. Quer dizer, o sujeito titular do poder soberano de constituir o matrimónio tem um direito ilimitado (no exercício desse mesmo poder soberano que possui) a escolher livremente o casamento (com todo o conteúdo essencial determinado pela natureza) ou renunciar livremente ao mesmo. Tal como referimos supra, o sujeito não pode escolher alguns elementos essenciais e renunciar a outros (pertencentes ao núcleo essencial

---

O *tudo* que o uma coisa *contém*. Mas também o *tudo* de uma coisa e *tudo* o que essa coisa *dura*. Por isso a totalidade é uma noção que inclui dentro de si outras duas: a totalidade *essencial* e a totalidade *existencial*.” VILADRICH, P.-J, *Agonía del matrimonio legal*, (2 ed.) Pamplona 1989, p.89. A tradução é nossa. Cfr., também, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *Diagnóstico sobre el Derecho de Familia*, Madrid 1996, p.203.

<sup>918</sup> Há que salientar que o consentimento matrimonial não se confunde com o matrimónio, ainda que o primeiro seja imprescindível para a existência do segundo. Assim, após o acordo das duas vontades (acto de consentimento que dá lugar ao vínculo matrimonial), o matrimónio torna-se independente da vontade dos cônjuges e tem *vida* própria. Por isso, esta instituição garante, precisamente, a estabilidade da família sobre a que, por sua vez, se apoia a continuidade da sociedade (abordaremos este assunto mais adiante). Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *Diagnóstico sobre el Derecho de Familia*, Madrid 1996, p.135.

<sup>919</sup> Mais adiante aprofundaremos acerca deste valor.

caracterizador do matrimónio), sob pena de cair em abuso desse poder e, consequentemente, de descaracterizar o matrimónio.<sup>920</sup>

É exactamente por este motivo, que podemos afirmar (como Martínez Aguirre) que o matrimónio é uma instituição essencialmente natural e não meramente legal, uma vez que não é o Direito nem a sociedade que a origina nem pode decidir quais são as suas características fundamentais a margem da própria instituição matrimonial, uma vez que estas, são imperativos da sua natureza (interrelacionada, por sua vez, pela natureza humana feminina e masculina e o desenvolvimento da sociedade).<sup>921</sup>

Deste modo, podemos afirmar que o matrimónio não fica submetido a vontade das partes em relação ao seu conteúdo essencial (pois é indisponível) nem do poder público ou do Direito positivo, pois depende da estrutura natural do próprio matrimónio.<sup>922</sup>

Podemos ainda acrescentar que, por motivos sociais (de salvaguarda do Bem Comum) também fica excluído da vontade dispositiva das partes, as exigências reguladas pelo ordenamento positivo (fora da estructura-núcleo-essencial do matrimónio).<sup>923</sup> É exactamente a isto, que se refere a parte do artigo 12 da CEDH que analisamos neste capítulo: as leis nacionais podem regular o exercício do direito a casar, mas não alterar a sua substância.<sup>924</sup>

Deste modo, podemos concluir afirmando que todas as mulheres e homens, em igualdade de direitos (pela mesma dignidade humana que possuem) tendo alcançado a idade e capacidade proporcionados, são titulares do poder soberano que sustenta o direito

---

<sup>920</sup> É evidente que todos os outros elementos não essenciais são de livre disposição dos cônjuges contraentes.

<sup>921</sup> Este tipo de direitos cujo núcleo essencial é *indisponível* para o seu titular, são designados (em Direito internacional Público): direitos de *núcleo duro*.

<sup>922</sup> Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *Diagnóstico sobre el Derecho de Familia*, Madrid 1996, p.181.

<sup>923</sup> É evidente que o legislador pode “desnaturalizar” o matrimónio e a família por meio das suas leis, ou deixar que sejam os particulares a fazê-lo através da sua vontade. Claro que isto não afecta o carácter natural do matrimónio, tal como historicamente as repetidas violações da dignidade da pessoa humana não afectam a defesa da existência dessa dignidade. Cfr. ARREGUI, V.; CHOZA, J., *Filosofía del hombre. Una Antropología de la intimidad*, Madrid 1992 (2ªed.), p.421 e ss; Cfr. LACRUZ BERDEJO, “La Familia: Contingencias y permanencias”, *Estudios de Deusto*, Vol.3412 (Julho-Dezembro de 1986), p.339.

<sup>924</sup> Veja-se, por exemplo, a seguinte Jurisprudência do TEDH: Sentenças *Rees* §50; *Cossey* §43; *F. c. Sucia* §32, etc. (vide supra nosso trabalho).

de casar e fundar família sem discriminações de nenhum tipo. Este direito (*ius connubii*) protege tanto a liberdade da pessoa em escolher livremente o seu estado como a de escolher livremente a pessoa concreta do cônjuge e ainda a liberdade (imunidade total de coacção) para dar o seu consentimento matrimonial pleno.

Em conclusão, o acto de consentimento, é um acto soberano e criador de Direito. Através desse acto, os contraentes convertem-se em cônjuges e constitui-se o único poder criador das identidades familiares que é o dos cônjuges.<sup>925</sup> Este extraordinário poder soberano,<sup>926</sup> inato e prévio à soberania do Estado não pode ser desconhecido pelo poder público. Logo, tal direito deve ser reconhecido e protegido pelo mesmo.<sup>927</sup>

Assim, o Direito positivo limita-se a receber a instituição natural do matrimónio e a regular parte do seu conteúdo.<sup>928</sup> Neste contexto, e para além disto, estabelece também, conteúdos indisponíveis pelos cônjuges, ainda que não derivados directamente da estrutura natural do matrimónio.<sup>929</sup> Em consequência, todos aqueles que desejam exercer este direito fundamental, tem o direito de esperar da sociedade as condições jurídicas, sociais, económicas, etc., que lhes permitam exercer o seu direito a contrair matrimónio e desenvolver a sua vida de família.<sup>930</sup>

---

<sup>925</sup> “Sólo ellos (cónyuges) mediante su consentimiento –que ninguna potestad humana puede suplir –pueden constituirse en marido y mujer y sólo ellos, desde su nueva identidad conyugal, tienen el poder –que tampoco ninguna potestad humana puede suplir – de generar mediante su consentimiento la primera identidad personal que es la identidad del hijo”. CARRERAS, J., *Las bodas: Sexo, fiesta y Derecho*, Madrid 1998 (2ª ed.), p.198.

<sup>926</sup> Possuído por cada mulher e cada homem (e que os torna capazes de constituir-se nessa instituição- comunidade de vida- que é a primeira e a mais básica forma de sociedade humana).

<sup>927</sup> Este assunto será directamente abordado no nosso trabalho, mais adiante.

<sup>928</sup> Tal como já referimos anteriormente, é evidente que a lei positiva pode regular afectando e desvirtuando: “desnaturalizando”, o núcleo essencial do matrimónio. E pode chegar mesmo a esvaziar-lo do seu conteúdo. Ou, pelo menos, a difuminá-lo ou a permitir o mesmo efeitos aos particulares (através da sua vontade). E evidente que, tal como já referimos, esta constatação não pode ser usado como argumento contra o carácter natural do matrimónio, tal como, historicamente, também existiram repetidas violações à dignidade ou à liberdade das pessoas humanas (com respaldo da própria lei positiva) sem que isso tivesse sido aceite como um argumento contra a dignidade ou a liberdade natural de todas as pessoas. Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *Diagnóstico sobre el Derecho de Familia*, Madrid 1996, p.184.

<sup>929</sup> É o que acontece na maioria dos ordenamentos civis com a exigência, por ex., de uma *forma* solene como requisito para casar validamente.

<sup>930</sup> Na verdade, o *ius connubii* implica o direito a exigir que o valor institucional do matrimónio seja reconhecido pelas autoridades públicas.

É por todos estes motivos que este poder soberano a casar e exercido através desse acto de autoconstituição dessa comunidade de vida entre uma mulher e um homem (através do poder soberano das suas vontades pessoais), é reconhecido e protegido como direito humano de reconhecimento universal e é o único poder capaz de gerar a primeira de todas as figuras jurídicas e sociais: a família fundada no matrimónio.<sup>931</sup>

### **III- A FAMÍLIA SOBERANA**

#### **III.1. Constituição da família soberana**

Acabamos de ver como o direito fundamental a casar e fundar família implica o direito a exigir que o valor institucional do matrimónio seja reconhecido pelas autoridades públicas. E, conseqüentemente sejam protegidas e promovidas as condições para desenvolver a vida de família. E isto porque é a própria estrutura essencial da família, fundada à volta do núcleo conjugal, que lhe atribui um poder soberano que gera uma extraordinária energia e um específico modo de actuar que tem como objectivo a satisfação daquele conjunto de funções estratégicas que são necessárias ao desenvolvimento do ser humano e da sociedade. Esta surpreendente energia interior (que brota desse autêntico poder soberano inerente aos laços conjugais e familiares) é o que permite que a família (sustentada sobre o próprio

---

<sup>931</sup> Neste sentido, poderíamos relacionar este poder soberano com as características incluídas na teoria de Bodin. De facto, podemos constatar certa relação com o poder “absoluto” de soberania que este autor defende (na sua teoria) na medida em que esta limitado pelo Direito Natural. Contudo, há que acrescentar que se distanciam na medida em que também parece existir um certo paradoxo nesta teoria (da soberania de Bodin), na medida em que defende a soberania como absoluta e, ao mesmo tempo, limitada pelo Direito natural sem explicação, a nosso entender, plausível (“Absolute and limited -this combination of both attributes that makes concept so paradoxical”. HOFFMAN, J., *Sovereignty*, Minneapolis 1998, p.4). Também podemos considerar que não nos afastamos muito do conceito de soberania defendido por Locke na medida em que este considerava o poder soberano ilimitado para o “bem comum”. Ora, o matrimónio é um elemento primário da sociedade, logo, a sua protecção constitui uma salvaguarda do Bem Comum de toda a sociedade. Por outro lado, estaríamos, obviamente, a afastarmo-nos do conceito de soberania de Hobbes, (Soberania no sentido de propugnar uma lei sem qualquer limite: *Leviathan*. Vide supra).

núcleo matrimonial) se constitua (por si mesma) na primeira e na mais fundamental de todas as articulações pessoais e sociais.<sup>932</sup>

Como núcleo essencial do matrimónio podemos apontar, com Viladrich, os elementos intrinsecamente relacionados com a conjugabilidade e a consanguinidade.

A conjugabilidade, pode ser definida como o encontro amoroso entre uma mulher e um homem que lhes revela o poder de originar a sua própria família através do acto conjunto das suas vontades.<sup>933</sup> Trata-se de gerar outro ser humano, não como simples facto biológico de um modo humanizado.<sup>934</sup> Nesse momento, os progenitores tomam consciência daquilo que são em relação ao filho mas também acerca da sua própria relação (daquilo que são entre si). Deste modo, a origem da família relaciona-se primária e constitutivamente com o significado da dualidade sexual humana.<sup>935</sup>

A consanguinidade, é a primeira constatação de um sujeito acerca da sua co-pertença a uma família. Por isso, a família também pode ser entendida como o lugar de encontro de cada pessoa com a sua origem (os seus consanguíneos). Na verdade, a consciência disso leva-nos a concluir que a nossa origem não é um mero facto isolado mas está integrado numa comunidade permanente de afectos: um âmbito de humanização onde existe uma verdadeira co-identidade entre os sujeitos. Neste contexto, a família aparece-nos como uma natural dimensão amorosa e comunitária de parentesco de sangue: uma extraordinária humanização

---

<sup>932</sup> Cfr. VILADRICH, P.-J., “La familia de fundación matrimonial”, *Cuestiones fundamentales sobre el matrimonio y familia*, Pamplona 1980, pp.339 e ss.

<sup>933</sup> Cfr. VILADRICH, P.-J., *El ser conyugal*, Madrid 2001, pp.24-255, 32, 42-45 e 71.

<sup>934</sup> Parece não haver dúvidas que é mais *humanizador* para a pessoa saber que o seu nascimento se deu dentro de uma relação estável e comprometida entre os seus pais e que é fruto do amor entre eles. Do que ter conhecimento de ser o resultado de um encontro fortuito, de uma relação esporádica e existe indiferença, desconhecimento ou mesmo inimizade entre os seus pais (pois psicologicamente a pessoa reflecte a relação entre os seus pais na sua auto-estima que, por sua vez, afecta as suas relações com os demais).

<sup>935</sup> É esta específica humanização da sexualidade humana que constitui a conjugabilidade do matrimónio associada à família como humanização de consanguinidade humana.

da transmissão da vida.<sup>936</sup> A consanguinidade, aparece em todas as culturas como aquela parte da identidade própria que foi recebida de outros (herança genética). Por isso, a consanguinidade também é entendida como um vínculo que gera direitos e deveres juridicamente relevantes entre parentes.<sup>937</sup>

### **III.2. Conexão entre matrimónio e família**

Na tradição ocidental o matrimónio sempre esteve unido à família. Daí que nem sequer havia uma definição de família na medida em que bastava uma noção de matrimónio. A família estava fundamentada no matrimónio e este ordenado essencialmente à família. Contudo, o facto de um matrimónio ser estéril não impedia a sua consideração como família. De facto, os esposos são os primeiros parentes, a primeira unidade familiar, independentemente da existência dos filhos. Foi a civilização cristã de ocidente que incutiu na sociedade que o matrimónio é uma relação interpessoal cujo valor não pode ser medido por critérios utilitaristas: não pode ser instrumentalizado para alcançar outros fins, nem sequer o de gerar novas vidas.<sup>938</sup>

Logo, se pode haver família independentemente de que haja filhos, é evidente que a família não é uma realidade essencialmente biológica. Uma concepção biologistica da família levaria à afirmação de que os cônjuges não constituiriam uma identidade familiar mas antes um passo funcional para constituir

---

<sup>936</sup> A família constitui-se numa unidade articulada de relações constitutivas e *soberanamente* próprias: *meu pai, meu filho, meu irmão/ã, meu avô/avó, meu neto/a*, etc. Esta articulação constitui o primeiro núcleo ao nível da organização da condição social do homem. Cfr. VILADRICH, P.-J. (Coord.), *Documento 40 ONG's sobre la familia*, Pamplona 1995, p.28.

<sup>937</sup> É evidente que também existem pressupostos de parentesco sem consanguinidade, como é o caso da adopção ou da afinidade. Contudo, é a consanguinidade que é considerada a fonte originária do parentesco familiar e, por isso, permite a transferência cultural da condição de parente a outras relações alheias a consanguinidade, por certa analogia ou semelhança a esta. Neste sentido, a consanguinidade e a condição de possibilidade dos outros parentescos.

<sup>938</sup> Cfr. acerca deste assunto, CARRERAS, J., *Las bodas: Sexo, fiesta y Derecho*, Madrid 1998 (2ª ed.), pp.177-178.



os laços de sangue. Esta ideia biologista da família opõe-se à tradição ocidental de raiz cristã que se construiu com base no princípio do consentimento e que hoje propõe o princípio da soberania da família como desenvolvimento do anterior. Deste modo, a influência cristã ressaltou que a união conjugal não é instrumento da relação filial.

Assim, a filiação não consiste essencialmente em ter sido gerado ou provir do gameto de alguém, apesar destes aspectos serem elementos da filiação, não constituem a sua essência.

Na cultura romana família e filiação eram duas realidades separadas. Foi a civilização ocidental de raiz cristã que conseguiu que estas realidades se vinculassem à biologia. Quer dizer, em todo o acto humano reprodutivo surge uma exigência de justiça e uma grave responsabilidade ética e jurídica por parte dos progenitores de acolher essa vida a que deram origem.<sup>939</sup> Deste modo, se a filiação não pode ser entendida essencialmente como uma relação biológica por ser principalmente uma identidade pessoal constituída pelo acto de consentimento dos cônjuges (o acto de consentimento pelo qual os cônjuges se constituem em pais é o acto conjugal, mediante o qual renovam o consentimento dado no dia da celebração do seu matrimónio)<sup>940</sup>, quer seja através do acto conjugal ou mediante el acto de adopção através do qual se convertem em pais.<sup>941</sup> Neste contexto, salienta-se outras das dimensões do acto de consentimento: a criação da

---

<sup>939</sup> Sobre este assunto, veja-se, p.ex., CARRERAS, J., *Las bodas: Sexo, fiesta y Derecho*, Madrid 1998 (2ª ed.), pp.173-190. Refere este autor que “sólo la generación en el ámbito del matrimonio lleva consigo la *generación de la identidad filial* y comporta el derecho soberano de los cónyuges-padres a ejercitar la patria potestad sobre su hijo. Cuando una persona es generada y nacida en un contexto no matrimonial se generan también relaciones de justicia, las cuales se rigen por equiparación con las normas relativas a la filiación matrimonial, pero es importante no confundir unas situaciones con otras” (pp.181-182).

<sup>940</sup> Cfr. CARRERAS, J., *Las bodas: Sexo, fiesta y Derecho*, Madrid 1998 (2ª ed.), p.186.

<sup>941</sup> Na adopção, a identidade de filho é criado por um acto de consentimento dos cônjuges que se constituem em seus pais. Claro que neste caso, o acto constitutivo não confere a existência mas sim a identidade.

comunidade familiar (implicitamente contida na relação conjugal como primeira unidade familiar).

Os instrumentos internacionais de protecção dos Direitos Humanos coincidem em reconhecer os direitos a casar e fundar família como dois direitos diversos mas intrinsecamente unidos. Como já vimos anteriormente, no art.º16 da DUDH, reconhece-se o direito a casar e fundar família como duas faculdades jurídicas diferentes mas intimamente relacionadas. Aceitava-se a família de fundação matrimonial como um facto quase incontestável.<sup>942</sup>

### **III.3. Especificidade da soberania da família: sua juridicidade intrínseca**

A soberania específica da família radica na inseparabilidade entre matrimónio e família. Quer dizer, a sua jurisdição intrínseca radica no compromisso especificamente conjugal entre os contraentes, que origina o vínculo jurídico entre eles. Por isso, podemos afirmar que a família matrimonial é a única que possui verdadeiramente soberania (a soberania da família radica, pois, no seu fundamento matrimonial). Assim, é no modo matrimonial de unir-se uma mulher a um homem (através do poder soberano das suas vontades pessoais) que reside esse peculiar e imponente fenómeno de soberania inerente a família. O mesmo é dizer que só a convivência da família fundada no matrimónio contém um específico poder de auto-regular-se soberanamente. Isto é, possui um património inato de direitos e deveres fundamentais que devem ser respeitados, porque contém um poder real de articular humanizadamente<sup>943</sup> a pessoa concreta e a sociedade inteira.<sup>944</sup>

---

<sup>942</sup> VEGA GUTIÉRREZ, A., *Políticas familiares en un mundo globalizado*, Pamplona, 2002, p.28.

<sup>943</sup> No sentido de comunidade permanente de laços afectivos e consanguíneos.

<sup>944</sup> Cfr. VILADRICH, P.-J., “La familia soberana”, *Ius Canonicum*, Vol.34, n.68, p.430 (1994); Cfr. VILADRICH, P.-J (Coord.), *Documento 40 ONG's sobre la familia*, Pamplona 1995, p.39.

Sendo a origem do matrimónio o acto que do consentimento, mais uma vez recordamos que a soberania deste acto, permite que esta decisão comum tenha o poder de transformar o amor, que era inicialmente gratuito entre eles (uma simples tendência e desejo de estar juntos), num autêntico vínculo jurídico. Ou seja, numa comunidade de amor devida em justiça: o facto de amarem-se foi transformado em direito através do consentimento, dando origem a verdadeiros direitos e deveres conjugais juridicamente relevantes. É esta importantíssima diferença que existe entre a família e outras formas convivenciais que se torna fundamental para a concepção de uma justa política familiar, numa sociedade democrática e pluralista.<sup>945</sup>

Assim, o reconhecimento da verdadeira identidade do matrimónio e da família equivale a aceitar o poder soberano dos cônjuges para organizarem a sua família (dentro dos limites da própria essência dessa instituição) e a consequente aceitação da família fundada no matrimónio como sujeito social primordial.<sup>946</sup>

#### **III.4. Personalidade jurídica da família matrimonial**

Vamos agora analisar a necessidade do reconhecimento da família matrimonial como sujeito de direito, para que possa desenvolver a sua capacidade de exercício e ter um papel mais activo na sociedade.<sup>947</sup>

A fundamentação teórica desta questão baseia-se no poder soberano que reconhecemos à família pelos motivos já explicados supra. Tendo isto presente, passaremos então ao problema técnico-jurídico que envolve esta questão. Aqui, o

---

<sup>945</sup> Democrática e pluralista no sentido de possibilitar o respeito da realidade tal como ela é e contribui ao seu dever ser, afim de se potenciar o máximo benefício social e humano. E isto apesar da diversidade de formas de vida que devem ser respeitadas.

<sup>946</sup> Cfr. VILADRICH, P.-J., *El modelo antropológico del matrimonio*, Madrid 2001, pp.110-113.

<sup>947</sup> De facto, a família está a ser (finalmente) reconhecida um sujeito social primordial. Veja-se, p.ex., BELARDINELLI, S., *Il Gioco delle Parti. Identità e Funzioni della Famiglia in una Società Complessa*, Roma 1996, pp.107-117.

problema jurídico que se nos coloca é o de saber em que medida se pode reconhecer personalidade jurídica à família matrimonial.

Para facilitar esta nossa exposição, vamos começar por nos referirmos a pessoa singular.<sup>948</sup> Assim, já vimos como pelo facto da pessoa possuir uma natureza racional dotada de inteligência e liberdade, e capaz de originar direitos e obrigações, constituindo-se numa realidade anterior ao direito positivo, um “prius” ao Direito.<sup>949</sup> Logo, este, vê-se forçado, pela própria realidade, a reconhecer personalidade jurídica a todos os seres humanos e garantir a esfera de liberdade de actuação imposta pela própria natureza de pessoa humana. Em consequência, não é o ordenamento jurídico que decide e delimita a esfera de direitos fundamentais inerentes a natureza humana, uma vez que estes já vem exigidos pela sua própria natureza e é dever do Estado, limitar-se a reconhecê-los, respeitá-los, salvaguardá-los e, ainda, garantir as condições favoráveis para o seu exercício.

Assim, podemos concluir que todos os seres humanos pela sua mera condição de sê-lo, possuem uma especial dignidade que implica o reconhecimento da sua personalidade jurídica pelo Direito.<sup>950</sup> Em consequência, são titulares de direitos e obrigações, isto é, são sujeitos de direito.<sup>951</sup> Em consequência, o Direito limita-se a reconhecer a todos os seres humanos a capacidade para ser titular de direitos e obrigações resultantes imediatos da sua dignidade (portadora de valores que se expressam juridicamente em direitos humanos) logo, pode afirmar-se que

---

<sup>948</sup> Cfr. VV.AA., *Elementos del Derecho Civil, Personas*, edição revisada por J. Delgado Echevarría, Madrid 1999, pp.1-7.

<sup>949</sup> VV.AA., *Elementos del Derecho Civil, Personas*, edição revisada por J. Delgado Echevarría, Madrid 1999, p.243, pp.1-2.

<sup>950</sup> Tal como exige a DUDH, no seu art.6º “Todo o ser humano tem direito, em todas as partes,, ao reconhecimento da sua personalidade jurídica”.

<sup>951</sup> O reconhecimento de personalidade jurídica, não implica necessariamente a capacidade de exercício.

todas as pessoas têm capacidade jurídica (essa aptidão para ser sujeito de direitos e obrigações).<sup>952</sup>

Deste modo, os sujeitos de direito são os titulares de direitos e obrigações. Os únicos entes que podem ser sujeitos (ter subjectividade jurídica) são as pessoas uma vez que a esfera jurídica dos direitos e obrigações necessita de um portador, de uma pessoa.

A estas pessoas físicas, há que acrescentar que o direito também reconhece personalidade às pessoas jurídicas.<sup>953</sup> Estas, são entes transindividuais aos quais o ordenamento jurídico reconhece subjectividade. Trata-se, pois, de um grupo com capacidade própria e distinto dos indivíduos que o integram.<sup>954</sup>

A questão coloca-se agora em relação à família. Não se trata de uma pessoa física. Apesar de ser composta por pessoas físicas e proteger interesses básicos para a pessoa humana e para a sociedade. Em consequência, pode ser a família reconhecida como pessoa jurídica? Poderá a família ser reconhecida como um sujeito de Direito, quer dizer, pode-lhe ser reconhecida personalidade jurídica? Normalmente, o Direito atribui personalidade jurídica (adequada a sua natureza) a pessoas jurídicas, a entidades (associações, fundações, sociedades, etc.) formadas pelos cidadãos, afim de poderem ser titular de direitos e obrigações com vista a obtenção de fins que excedem as pessoas físicas. Neste contexto, parece não haver problemas para que a família<sup>955</sup> possa ser reconhecida como pessoa jurídica. A

---

<sup>952</sup> Ainda que nem todas tenham capacidade de exercício, quer dizer, capacidade para governar a sua própria esfera jurídica (os direitos e obrigações de que é titular).

<sup>953</sup> Há que lembrar aqui, que o vocábulo “pessoa”, etimologicamente, não designa ao ser humano, mas sim a máscara que levavam os actores do teatro grego e que servia para caracterizar aquele a quem o actor representava e também servia de amplificador para fazer ressoar a sua voz (personare). Assim, pode-se constatar que este conceito é juridicamente formal, servindo como designação de centro de imputação de direitos e deveres, independentemente de que se trate de seres humanos.

<sup>954</sup> Cfr. VV.AA., *Elementos del Derecho Civil, Personas*, edição revisada por J. Delgado Echevarría, Madrid 1999, p.243.

<sup>955</sup> Recordamos que ao mencionarmos o termo “família” referimo-nos sempre a família de fundação matrimonial.

consideração da família como pessoa jurídica vem sendo discutida pelos autores, pelos menos desde o séc.XIX.<sup>956</sup> As vantagens do reconhecimento da personalidade jurídica da família, em nossa opinião, são numerosas e importantes.<sup>957</sup>

O problema põe-se em relação à aquisição de personalidade jurídica por parte da família: tratar-se-á de um mero acto de reconhecimento ou colação de personalidade jurídica a um abstracto preexistente? Acerca deste assunto, verificam-se várias teorias, como, por exemplo a que considera que a pessoa jurídica é uma criação legal.<sup>958</sup> Isto, levaria à conclusão de que a personalidade jurídica da família seria uma mera ficção legal e a família uma mera criação do direito positivo.<sup>959</sup> Ora, nós, considerámos que a família matrimonial é anterior ao ordenamento jurídico-positivo logo, realmente existente antes (e independentemente) do seu reconhecimento jurídico por aquele (a família tem uma existência prévia ao Direito).

Uma das teorias acerca da natureza das pessoas jurídicas defende que há grupos que têm uma realidade própria reconhecida pelo direito natural, logo a sua

---

<sup>956</sup> Cfr. CHÁVEZ, M.F., *La familia en el Derecho*, México D.F. 1984, p.203.

<sup>957</sup> Cfr. CHÁVEZ, M.F., *La familia en el Derecho*, México D.F. 1984, pp.206, 208. Para um estudo dos motivos a favor do reconhecimento da família como pessoa jurídica, veja-se, p.ex., CHÁVEZ, M.F., *La familia en el Derecho*, México D.F. 1984, pp.202-222.

<sup>958</sup> Cfr. VV.AA., *Elementos del Derecho Civil, Personas*, edição revisada por J. Delgado Echevarría, Madrid 1999, pp.251-256.

<sup>959</sup> Foi o canonista medieval, Sinibaldo de Fieschi (mais tarde Papa Inocente IV), que desenvolveu uma teoria acerca de “persona ficta”, origem de toda a elaboração teórica de pessoa jurídica. Na verdade, este autor, teve que resolver um problema sobre a responsabilidade penal dos cidadãos das cidades medievais que se revoltavam contra a autoridade (seu Soberano, Papa ou Imperador). Fieschi teve que analisar se a cidade podia ser objecto de sanções eclesiásticas (ex. Excomunhão). Assim, Fieschi, desenvolveu a diferença entre a realidade física das pessoas e a funcional das corporações, abrindo uma nova etapa no tratamento da pessoa jurídica. Cfr. RUFFINI, F., “La Classificazione delle Persone Giuridiche in Sinibaldo dei Fieschi (Innocenzo IV)”, in Federico Carlo di Savigny”, *Scritti Giuridici Minori*, II, Milan 1936, pp.3-90. Para um aprofundamento histórico, veja-se Cfr. VV.AA., *Elementos del Derecho Civil, Personas*, edição revisada por J. Delgado Echevarría, Madrid 1999, pp.246-251.

existência não depende do poder público.<sup>960</sup> Nesta, poderíamos incluir a família. Em consequência do referido e em nossa opinião, o legislador limita-se a traduzir em termos jurídicos uma realidade já existente. Logo, pode-se afirmar que o ordenamento jurídico não outorga à família personalidade jurídica pois limita-se apenas a reconhecer-lhe legalmente um estatuto jurídico, traduzindo em termos jurídico-positivos a sua prévia existência.<sup>961</sup>

Assim, considerámos que a família matrimonial possui uma jurisdição intrínseca que a torna *per se*, sem outro requisito ou reconhecimento, um sujeito de direito, pessoa jurídica que o ordenamento positivo deve reconhecer. Não importa que esta posição ainda não tenha grande eco na doutrina actual, pois também advertimos que historicamente nem a todos os seres humanos era reconhecida personalidade jurídica (como, por ex., aos escravos).<sup>962</sup> Apesar disto, há que reconhecer que, actualmente (e sobretudo no contexto europeu), os ordenamentos jurídicos vão manifestando a necessidade de reconhecer à família como um verdadeiro sujeito social, titular de direitos inalienáveis.<sup>963</sup> Assim a família começa a ser considerada não já como pertencente só ao âmbito dos afectos, mas cada vez mais como uma realidade onde a maior parte dos comportamentos (gestos, carícias, sorrisos, abraços, etc....) têm um profundo significado jurídico, porque são devidos em justiça.<sup>964</sup>

---

<sup>960</sup> Os grandes defensores desta teoria foram Grocio, Pufendorf y Otto Von Gierke. Cfr. Cfr. VV.AA., *Elementos del Derecho Civil, Personas*, edição revisada por J. Delgado Echevarría, Madrid 1999, p.252-253.

<sup>961</sup> Cfr. FERRARI, F., *Teoría de las Personas Jurídicas*, Madrid 1929; DE CASTRO Y BRAVO, F., "Formación y deformación del concepto de persona jurídica", em *Centenario de la Ley de Notariado*, Ed. Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Sec.III, Vol.1, Madrid 1964, pp.7-147.

<sup>962</sup> Cfr. VV.AA., *Elementos del Derecho Civil, Personas*, edição revisada por J. Delgado Echevarría, Madrid 1999, pp.1 e 253.

<sup>963</sup> A tendência actual do direito é a de salientar e apoiar cada vez mais os grupos sociais intermédios e a estruturar-se não só sobre a base da pessoa individual.

<sup>964</sup> Entendemos por jurídico aquilo que é devido em justiça. E não devemos reduzir a jurídico aquilo que só pode ser exigido através da coerção pelo Estado: pois não podemos exigir através de meios coercitivos estatais que um pai sorria ao seu filho ou cumprimente a esposa ao entrar em

Assim, em relação à natureza jurídica da família matrimonial,<sup>965</sup> defendemos que tendo personalidade jurídica por direito natural, deve, em consequência ser reconhecida como sujeito de direito pelo ordenamento positivo, com todas as suas consequências.<sup>966</sup>

Este reconhecimento permitiria à família melhor protecção dos seus direitos frente tanto à sociedade como ao Estado. Na verdade, deste modo, a família poderia apresentar-se perante os órgãos contenciosos para reivindicar e defender os seus direitos (directamente e como família, através do seu representante que tanto poderia ser um elemento da família como uma associação de famílias que a representasse).<sup>967</sup>

Neste contexto, podemos afirmar que a família matrimonial é verdadeiramente um sujeito gerador Direito. Mais ainda, contém o poder de gerar o primeiro dos vínculos jurídicos que são capazes de articular a realização social das pessoas humanas, o que se constitui num autêntico poder.

Este reconhecimento implica a sua afirmação como titular de direitos fundamentais próprios e inatos à sua natureza de sujeito social. Estes direitos surgem de uma dimensão de poder próprio, autónomo que se expressa perfeitamente nessa fórmula já sobejamente referida: a soberania da família matrimonial.

Assim, através de um acto soberano e gerador de Direito: o acto de consentimento (único poder gerador das identidades familiares através do qual os

---

casa. Apesar disso, estes comportamentos são devidos em justiça. (Cfr. acerca deste assunto, p.ex., CARRERAS, J., *Las bodas: Sexo, fiesta y Derecho*, Madrid 1998 (2ª ed.), 196-199.

<sup>965</sup> “La familia con personalidad jurídica se constituiría por el matrimonio... por lo tanto, sólo la familia basada y originada en el matrimonio tendría personalidad jurídica”. Cfr. CHÁVEZ, M.F., *La familia en el Derecho*, México D.F. 1984, p.209

<sup>966</sup> Acerca da natureza jurídica da família e sua consideração como pessoa jurídica, veja, também, p.ex., BELLUSCIO, A.C., *Manual de Derecho de Familia*, T.II, Buenos Aires 1975, pp.41-48.

<sup>967</sup> Veja-se acerca das vantagens da família como titular de acção penal em PERINET-MARQUET, H., “L’Ouverture du Droit Pénal à l’Action Civile Familiale”, em *Le Droit Non Civil de la Famille*, Ed.: J. Carbonnier, Paris 1983, pp.281-293.



contraentes se convertem em cônjuges e que nenhum poder humano pode substituir) nasce uma nova identidade conjugal, que é a primeira e a mais radical forma de sociedade humana.<sup>968</sup> Os cônjuges têm o poder (que também nenhum poder humano pode substituir) de gerar a primeira identidade pessoal que é a identidade do filho. Como podemos advertir, estas identidades não são meros factos porque contêm autênticas obrigações de justiça. Por isso, não se trata de uma opção do Estado reconhecer personalidade jurídica à verdadeira família matrimonial e tratá-la como um sujeito social primordial. Este reconhecimento vai unido ao reconhecimento do fundamento matrimonial da família, pois só esta contém um próprio e específico poder soberano, quer dizer, um património inato de direitos fundamentais e um poder real de articular humanizadamente a pessoa concreta e a sociedade em geral.<sup>969</sup>

Enfim, um pleno reconhecimento da soberania da família exige o reconhecimento de um modelo de família estruturado sobre o *ius connubii* e o princípio do consentimento dos esposos.<sup>970</sup>

Alguns autores defendem o contrário daquilo que defendemos acerca do reconhecimento de personalidade jurídica à família. Vejamos, por exemplo, a posição de E. Roca: “Esta es una cuestión siempre presente en las discusiones sobre la naturaleza jurídica de la familia... de modo que no resulta extraño encontrar quien sostenga que la familia es sujeto de derechos y que debería tenderse a atribuirle personalidad jurídica”. Mais adiante, refere esta autora: “La

---

<sup>968</sup> A soberania da família radica no seu fundamento matrimonial e a verdadeira identidade do matrimónio funda-se na aliança conjugal: aquele acto de autoconstituição entre uma mulher e um homem que através do poder soberano das suas vontades pessoais que gera uma comunidade de vida e amor indissolivelmente fiel e fecundo. O matrimónio é o momento fundacional e ao mesmo tempo o núcleo interno permanente da identidade da família. Só neste modo de unir-se uma mulher e um homem existe um peculiar e imponente fenómeno soberano. Estas ideias estão bem desenvolvidas em VILADRICH, P.-J., “La Familia soberana”, *Ius Canonicum*, Vol.34, n.68, pp.427-440. (1994).

<sup>969</sup> Cfr. VILADRICH, P.-J., “La familia soberana”, *Ius Canonicum*, Vol.34, n.68, pp.427-440. (1994).

<sup>970</sup> Cfr., CARRERAS, J., *Las bodas: Sexo, fiesta y Derecho*, Madrid 1998 (2ª ed.), p.205.

familia constituye una sociedad abierta porque es una comunidad en la que madura la personalidad de los individuos que la forman y que esta tarea colabora asimismo el Estado. Por ello, ni es independiente en el sentido de que puede oponerle una personalidad jurídica con sus propios derechos, ni está oprimida o condicionada por la actuación estatal”.<sup>971</sup>

É também verdade que, como já referimos, o interesse do poder público pela família deriva também da importância socialmente relevante que contém a comunidade familiar. Sobretudo pelas funções sociais humanizadoras que cumpre e a sua relação com o fim da sociedade: o bem comum. Vamos, pois, analisar seguidamente este aspecto.

### **III.5. Funções da família na sociedade**

#### **III.5.1. A família matrimonial e a sua relação com o Bem Comum**

Como referimos no primeiro capítulo deste trabalho, a pessoa humana manifesta uma polaridade constitutiva no sentido de que a sua individualidade implica também alteridade (a relação com outras individualidades).<sup>972</sup> Neste sentido, não é possível separar o indivíduo e a colectividade: por um lado a pessoa é constitucionalmente aberta e, por outro, é uma unidade absoluta, intransferível e incomunicável. Neste contexto, a pessoa humana constitui o princípio, centro, sujeito e fim da sociedade.<sup>973</sup>

Neste contexto, podemos entender por bem comum, aquele conjunto de condições sociais que permitem e favorecem o desenvolvimento integral dos seres

---

<sup>971</sup> ROCA, E., *Familia y cambio social*, Madrid 1999, p.66.

<sup>972</sup> Aliás, este “outro” é imprescindível para a autodeterminação do próprio indivíduo. Cfr. CASTILLA, B., *Persona femenina y persona masculina*, Madrid 1996, p.43.

<sup>973</sup> Cfr. *Gaudium et Spes*, n°25.

humanos, obviamente dentro de um âmbito histórico e social determinado. Neste sentido, podemos afirmar que o bem comum é a origem e fim essencial da vida social. O bem comum inclui o respeito pela dignidade humana. Isto significa que a salvaguarda desse bem comum implica a defesa dos direitos humanos, entendidos como faculdades devidas à pessoa pela sua própria dignidade.

O respeito desta dignidade humana exige somente a renúncia dos bens particulares que sejam incompatíveis com o bem comum.<sup>974</sup> Os membros da sociedade conseguem o seu bem pessoal através da sua autodeterminação que actualiza a dinâmica relacional da pessoa. Em consequência, o bem pessoal só se consegue através da consecução do bem comum.<sup>975</sup> Deste modo, pode afirmar-se que não existe oposição entre bem pessoal particular (trata-se do crescimento pessoal unido à individualidade incomunicável) e bem comum (trata-se do mesmo bem pessoal comunicável e comunicado, participado, já que só se consegue através desta comunicação e participação). Desde esta perspectiva, pode-se falar da superioridade do bem comum, não porque contenha o bem singular de todos os singulares mas sim porque é participado e aumentado por todos e, ao mesmo tempo, se refere a cada um como indivíduo. Deste modo, o desenvolvimento da personalidade do indivíduo dá-se através do desenvolvimento de todo o corpo social. O bem comum, enquanto fim da sociedade, manifesta a relacionalidade que é intrínseca à natureza (teleológica) do ser humano. É evidente que na vida social, a consecução do bem comum exige um certo sacrifício e pode exigir uma certa limitação ao exercício da própria liberdade. Contudo, uma visão integral do ser humano permite captar o verdadeiro significado deste aspecto social do ser humano e interpretá-lo como a tendência ao dom de si mesmo, intrínseca à

---

<sup>974</sup> Exige a renúncia dos bens particulares que sejam lesivos à justiça social, porque todas as pessoas tem igual direito. Quando um ser humano subordina o bem comum ao seu bem particular incompatível com aquele, atraiçoa a sua dignidade (os animais só tem apetência pelo seu bem particular, não conseguem transcende-lo).

<sup>975</sup> Cfr. MARITAIN, J., *La persona y el bien común*, Buenos Aires 1968, pp.66-67.

natureza humana. Assim, esta tendência a sair de si mesmo para conseguir o bem dos outros, contribui também para o maior desenvolvimento próprio.

A família matrimonial, como comunidade de pessoas, tem uma íntima relação com o bem comum da sociedade em geral. De facto, a estrutura do matrimónio relaciona estavelmente as partes precisamente na sua natureza enquanto princípio de operações. Assim, os cônjuges constituem-se no bem comum que está incluído nas suas unidas e comunicadas estruturas operativas. Neste caso, o bem comum não se identifica com actuações ou bens materiais, mas antes com as suas próprias feminidades e masculinidades que representam a humanidade realizada plenamente nessa modelização complementaria. Deste modo, o matrimónio constitui uma articulação concreta e plena do bem comum da sociedade na medida em que esgota a potencialidade de orientação a esse bem de umas pessoas concretas.

Com isto queremos dizer que o bem comum matrimonial, desempenha na relação conjugal, todas as funções do bem comum social em relação aos membros da sociedade: conduz ao bem pessoal de cada parte e, conseqüentemente ao desenvolvimento da sua personalidade. O bem comum matrimonial, constitui o direito-dever atribuído com igual intensidade a ambas pessoas. Esta co-posseção jurídica é uma ordenação ao próprio bem comum matrimonial que tem como destinatários exclusivos os cônjuges que ao ser os protagonistas do consentimento matrimonial se convertem em legisladores. Isto manifesta a sua já referida, específica e exclusiva potestade soberana de criar direito.<sup>976</sup> Por conseguinte, os cônjuges positivam a ordenação da natureza humana ao bem comum. Esta positivação pertence-lhes exclusivamente pois através da mútua doação, organizam os seus domínios exclusivos. Este bem comum é instituído pela intervenção dos contraentes que se limitam a desencadear o poder ordenador da própria natureza humana que é o que determina o conteúdo da ordenação

---

<sup>976</sup> Cfr. VILADRICH, P.-J., “La familia soberana”, *Ius Canonicum*, Vol.34, n.68, p. 437, (1994).

normativa instituída. Daqui resulta que o matrimónio (e a família matrimonial daí resultante) consiste na ordenação positiva ao bem comum (actualizada pela vontade humana livre) com o maior grau de plenitude, pois ambos cônjuges são estruturas operativas que unidas são direito-dever comum. O bem comum como aquilo que é justo e devido. Esta realidade, faz com que o matrimónio tenha uma função paradigmática na medida em que informa as leis positivas de modo a que se possam ordenar o mais eficazmente possível ao bem comum de modo a promoverem o desenvolvimento da personalidade dos destinatários da lei. Alguns autores afirmam que a própria “normatividade” do direito se constitui a partir do “familiar”.<sup>977</sup>

O vínculo matrimonial, manifesta também o perfeito equilíbrio entre o privado e o público. Delimitando, assim, a fronteira entre a autonomia que rege a vida conjugal (exercício dos direitos conjugais, a forma do cumprimento dos deveres, o número de filhos, etc.) e a competência do poder público, que deve proteger a instituição matrimonial. Constitui pois, a família, um modelo jurídico que evoca a existência de uns limites e âmbitos naturais e justos do exercício do poder público (legislativo, executivo e judicial) sobre as relações interpessoais.

O Estado existe em função do fim que realiza e este consiste numa forma política de convivência que torne possível o conjunto de condições necessárias para o desenvolvimento humano, isto é, o bem comum.<sup>978</sup> É evidente que para instaurar e manter essa organização estável de convivência social, o Estado necessita de possuir uma autoridade respeitada como legítima e cuja actividade se fundamente em meios conhecidos e reconhecidos por todos os elementos da sociedade.

O instrumento que usa o Estado para este efeito é o Direito. Este, legitima o Estado mas também o limita. Assim, um Estado de Direito é aquele cujo Direito

---

<sup>977</sup> Cfr. D'AGOSTINO, F., *Elementos para una Filosofía de la familia*, Madrid 1991, p.66.

<sup>978</sup> Cfr. ZAFRA VALVERDE, J. *Teoría Fundamental del Estado*, Pamplona 1967.

submete o poder estatal ao bem comum de toda a sociedade.<sup>979</sup> O Estado e o Direito tem uma função importante na defesa do bem comum, na medida em que lhe compete orientar a esse bem comum, aquelas vontades particulares dos cidadãos incompatíveis com o mesmo. Deste modo, podemos concluir que a família matrimonial está intimamente relacionada com o bem comum da sociedade, todas as medidas que se tomem para promover esse bem comum também devem promover as famílias e vice-versa

Contudo, podemos interrogarmo-nos acerca do motivo pelo qual a sociedade e o Estado se interessam (e se devem interessar) pelas questões do matrimónio e da família. A resposta a esta questão está relacionada com as funções que presta a família à sociedade e a sua relação com o bem comum que é perseguido tanto pelo Estado como pela própria sociedade.<sup>980</sup>

---

<sup>979</sup> Queríamos chamar aqui a atenção para o facto de o Estado de Direito não se identificar necessariamente com um Estado de Justiça. De facto, o Estado de Direito atende aos aspectos formais para atingir a justiça, mas não significa que seja um Estado que aplique a de justiça material: pois através dos aspectos legais formais, é necessário que se elaborem normas e sentenças justas. Obviamente que isto depende da justiça que nesse momento possuam os poderes de legislar, julgar e administrar. Tanto as normas como as decisões judiciais podem não ser justas. Na verdade, se o poder de legislar é o resultado da concepção de justiça de um determinado povo (da sua maioria que, segundo o sistema democrático, é quem decide quem vai elaborar e aprovar as leis). Pode, então, acontecer que o que os cidadãos entendam por *justiça*, não seja realmente *justiça* (porque, p.ex., viola a própria natureza humana e, conseqüentemente, os seus inerentes direitos fundamentais). Não havendo um mecanismo que permita evitar essas injustiças, estamos perante o paradoxo das democracias: pois não existe nenhum meio para evitar que a vontade da maioria não seja, em algum momento histórico, tremendamente injusta. Contudo, isto não significa em absoluto, que o sistema da vontade da maioria deva ser substituído por a de uma pessoa ou um grupo. A solução está numa verdadeira formação dos cidadãos no sentido de justiça (educação para os Direitos Humanos) e no verdadeiro respeito das minorias e os seus direitos.

<sup>980</sup> A propósito deste assunto, veja-se o interessante texto de ALLI, J.L., “Presentación del Plan Interdepartamental de Apoyo a la Familia del Gobierno de Navarra”, em *Por un feminismo de la complementaridad. Nuevas perspectivas para la familia y el trabajo*, Ed.s: A. Aparisi; J. Ballesteros, Pamplona 2000, pp.187-201.

### III.5.2. A família como célula básica da sociedade

Para alcançar esse bem comum e proporcionar condições óptimas para o desenvolvimento do ser humano na sociedade, as famílias são insubstituíveis. De facto, as suas funções são cruciais para o desenvolvimento social. Por isso se diz que a família é a célula básica da sociedade.<sup>981</sup> Isto significa, num sentido orgânico (biológico) e usando a analogia, que a relação da família com a sociedade é similar a da célula com o organismo vivo. Porque a sociedade só pode subsistir, crescer e renovar-se no caso de que existam novos matrimónios. Neste contexto, é evidente e pacificamente reconhecido, que um grupo afectivo não contribui do mesmo modo que uma família para o bem comum da sociedade.<sup>982</sup> Na verdade, do que aqui se trata de demonstrar, é a importância da família matrimonial que, pelo menos, é a única que possui essa soberania intrínseca que lhe vem de ser fundada sobre o consentimento matrimonial (com tudo o que isso implica e já foi estudado anteriormente) logo tem umas funções estratégicas sociais, substancialmente diferentes de todas as outras (constituídas à margem do consentimento matrimonial).

Não se pretende fazer aqui um estudo pormenorizado acerca das funções da família, pois tal ultrapassaria largamente o objectivo deste trabalho. Apenas pretendemos expor alguns dos aspectos essenciais dessas funções que justificam o

---

<sup>981</sup> Já referia Aristóteles que a família era uma convivência querida pela mesma natureza humana para os actos da vida quotidiana. Cfr. ARISTÓTELES, *Política*, Trad. de Julian Marias e de Maria Araujo, Madrid 1989, Liv.I, Cap. 2, Sec. 5.

<sup>982</sup> Neste trabalho, pretendemos demonstrar que as famílias fundadas no matrimónio não são socialmente equivalentes a outros tipos de convivência e comunidades afectivas e por tanto, não devem ser tratadas de modo igual ante o Direito, não tanto por isto consistir numa desigualdade material mas sobretudo por significar perda grave de benefícios para o bem comum da sociedade em geral. ROCA, E., *Familia y cambio social*, Madrid 1999, pp.84-86.

interesse social e os motivos que leva à sua regulação pelo Direito e político do matrimónio e família.<sup>983</sup>

### **III.5.2.1. A elevada funcionalidade social da família matrimonial**

A família constitui uma articulação entre a pessoa singular e a sociedade em geral, cumprindo as responsabilidades de transmissão da vida, educação e socialização das novas gerações e a coesão solidária da convivência entre as gerações.

As ciências sociais reconhecem as funções estratégicas que exerce a família no campo das relações de comunicação afectiva e amorosa nos processos de reprodução e socialização contínua; tanto da primeira aprendizagem da infância, como na juventude, na idade adulta e dos idosos. Tanto no que diz respeito à estruturação básica da personalidade psicológica e na formação moral, na transmissão dos valores convivenciais e na importante participação nos âmbitos sociais, económicos e políticos.

Neste contexto, podemos afirmar que nos actuais modelos socio-económicos e políticos, se constata uma insubstituibilidade de facto da família matrimonial no desempenho das suas funções estratégicas. Por um lado devido a que a substituição da família implicaria um custo económico incalculável e, por outro, porque as formas de convivência alternativas não têm capacidade real de assumir a responsabilidade social de realizar aquelas funções de forma massiva e permanente. Esta é a realidade que fundamenta a consideração da família matrimonial como o sujeito social mais primário.

Apesar disto, não queremos cair na corrente do “funcionalismo” que defende que a estrutura da família realiza-se com base na atribuição à família de umas

---

<sup>983</sup> Cfr. ROCA, E., *Familia y cambio social*, Madrid 1999, pp.75-76; VEGA GUTIÉRREZ, A., *Políticas familiares en un mundo globalizado*, Pamplona, 2002, p.25.



determinadas funções como a socialização dos filhos e a estabilização das pessoas adultas na sociedade. Reduzindo assim a família simplesmente às suas funções.<sup>984</sup>

Devemos, pois, estar conscientes de que a existência da família na sociedade não se deve ao cumprimento de umas importantes funções sociais. Parece ser precisamente o contrário: é a estrutura essencial da família verdadeira a que gera uma própria e extraordinária energia, com um específico e insubstituível *modus operandi* que lhe dá um poder soberano de satisfazer aquele conjunto de funções estratégicas para cada ser humano e para a humanidade inteira.<sup>985</sup>

Assim, podemos afirmar que a energia da família para desempenhar as suas importantes funções sociais tem a fonte em si mesma. Consequentemente, é mais importante aquilo que a família contribui para a sociedade e a ordem pública, do que as medidas concretas que a política familiar pode contribuir para a família. De facto, a família funda-se por si mesma e reproduz-se por si mesma. Quanto à sociedade, não pode sobreviver sem a família. Daqui que se defenda que o princípio de subsidiariedade é o que deve regular uma correcta política de família, como mais adiante veremos.

### **III.5.3. Funções estratégicas sociais que cumpre a família matrimonial**

Ao lado das suas funções básicas (reprodução e conservação da espécie) a família cumpre outras de carácter fundamental para a sociedade.<sup>986</sup> Assim, é um meio eficaz para assegurar a satisfação das necessidades primárias aos indivíduos (sobretudo nos casos em que estes não podem alcançar esse resultado por si sós,

---

<sup>984</sup> Cfr. ROCA, E., *Familia y cambio social*, Madrid 1999, pp.48ss.

<sup>985</sup> Cfr. VILADRICH, P.-J (Coord.), *Documento 40 ONG's sobre la familia*, Pamplona 1995, pp.20-21.

<sup>986</sup> CHÁVEZ, M.F., *La familia en el Derecho*, México D.F. 1984, p.7-8 e 223-231.

como é o casos das crianças, deficientes, doentes e idosos).<sup>987</sup> De facto, historicamente a família tem cumprido funções políticas; funções económicas; funções de conservação de património e riqueza; e, uma das mais importantes é a da “socialização das pessoas: transmitindo pautas de comportamento, hábitos, tradições, usos e crenças”.<sup>988</sup> É, pois, à família que se atribui o importante papel da preparação das pessoas para a sua inserção na vida social. É verdade que cada vez mais se passa funções sociais da família ao sector público (à Segurança Social, no Estado de Bem Estar), contudo este último tem um carácter subsidiário já que é à família que cabe, por natureza, essas funções que o Estado deve apoiar com todos os meios disponíveis e uma política familiar activa e coerente.<sup>989</sup>

### **III.5.3.1. A função da procriação**

O matrimónio e a família são realidades directamente relacionadas com a natureza humana.<sup>990</sup> Estão vinculadas ao carácter sexual do ser humano e também à sua condição de ser dotado de inteligência e vontade. Por conseguinte, as funções sociais do matrimónio e da família estão também relacionados com a reprodução:<sup>991</sup> a geração e educação dos filhos.<sup>992</sup> De facto, através das famílias

---

<sup>987</sup> O Direito de Família formaliza algumas destas obrigações, como p.ex., a obrigação de alimentos. Cfr. DÍEZ-PICAZO, L.; GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol.IV, Madrid 2001, 8ª ed., p.36.

<sup>988</sup> No Direito romano, a família constituía uma das formas superiores da organização política. Veja-se, DÍEZ-PICAZO, L.; GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol.IV, Madrid 2001, 8ª ed., p.34-35.

<sup>989</sup> Cfr. VILADRICH, P.-J., *El modelo antropológico del matrimonio*, Madrid 2001, pp.113-118.

<sup>990</sup> “El que la inclinación sexual entre varón y mujer conlleva dentro también, como parte suya, la tendencia a engendrar juntos un hijo común, es una realidad natural transcultural evidente... Para disociar el amor sexual de su conexión engendradora hay que actuar positivamente en contra, hay que actuar contraceptivamente”. VILADRICH, P.-J., *El modelo antropológico del matrimonio*, Madrid 2001, pp.97-98.

<sup>991</sup> Sobre a associação entre matrimónio e procriação, veja-se, p.ex., VILADRICH, P.-J., *El modelo antropológico del matrimonio*, Madrid 2001, pp.97-108.

é possível a existência física de novos membros da sociedade assim como o seu desenvolvimento integral e a sua inserção harmónica na sociedade.<sup>993</sup>

Esta função de perpetuação da espécie por parte das famílias tem duas vertentes: a biológica e afectiva, também designada função de humanização. Quanto a primeira, refere-se obviamente a função de reprodução da espécie e da manutenção física dos seus membros (a família proporciona assistência e protecção ao organismo biológico e que lhe permite sobreviver).<sup>994</sup> Quanto ao segundo aspecto pode-se afirmar que esta função humanizadora e afectiva da família é decisiva no processo de amadurecimento integral da pessoa humana até que esta é capaz de sobreviver por si mesma e é a mais complexa entre todos os seres vivos.<sup>995</sup> Consequentemente, é necessário um período de tempo prolongado onde os factores culturais entrem em contacto com o processo biológico. Neste processo de humanização pode considerar-se (segundo Martínez Aguirre) duas

---

<sup>992</sup> Alguns autores que estudam a família apenas numa perspectiva económica (de benefício/custo social) afirmam mesmo que a principal função da família e a procriação e educação dos filhos, e que este é um dos motivos pelos quais se distingue o valor das famílias matrimoniais: “As child-rearing group, families make possible the biological survive of children, the next generation of the human species, by providing them with such goods as food, shelter, clothing, education, health care. As “communities” families accomplish the task of child-rearing in a way that provides children with a psychological parent (a parent who on a continuing basis provides the child with affection and nourishment and who values the child) they provide adults family members with a “bond of love” between themselves and their children, and finally, families are a source of intimacy for all, characterized by attitudes of benevolence, care, concern and solicitude”. HOULGATE, L.D., *Family and State*, New Jersey 1988, pp.37-38. (Quanto a uma justificação para a família matrimonial, veja-se HOULGATE, L.D., *Family and State*, New Jersey 1988, pp.25-39).

<sup>993</sup> “La cópula representa el acto para la generación de los hijos en cuanto es el acto de conjunción amorosa más expresivo de la unión de cuerpos y almas. El hijo, en cuanto persona merece y exige originarse en un acto de amor singular y propio”. VILADRICH, P.-J., *El modelo antropológico del matrimonio*, Madrid 2001, p.114.

<sup>994</sup> Desde esta perspectiva meramente biológica, apesar da família ser a estrutura reprodutora e de assistência mais económica e eficaz, não parece ser estritamente necessária na medida em que a sociedade pode organizar tanto a reprodução como a assistência material que permita a sobrevivência biológica dos seus membros.

<sup>995</sup> Cfr. KÖNIG, “Sociological Introduction”, *Introduction*, Vol.IV (“Person and Family”), *International Encyclopedia of Comparative Law* (Tübingen- The Hague-Paris, J.C.B. Mohr-Paul Siebeck, Mouton 1974, p.20 e ss.

etapas.<sup>996</sup> Uma primeira fase de socialização primária que inclui o desenvolvimento das capacidades e habilidades mais elementares.<sup>997</sup> E uma segunda fase que se pode denominar por socialização secundária que inclui a instrução e introduz o indivíduo no mundo das relações sociais organizadas.<sup>998</sup> Assim, é no seio de uma família que o ser humano aprende a dominar a sua vontade e a compartilhar os seus bens (um património material e espiritual: cultural, religioso, etc.) e um destino comum.<sup>999</sup> O resultado deste processo de formação é a de um cidadão cuja personalidade esta integrada em si mesma e, por sua vez, também se integra numa família e numa sociedade. Neste contexto, a família matrimonial e uma estrutura de humanização insubstituível.<sup>1000</sup>

Assim, a família matrimonial é considerada como o ambiente mais adequado para um óptimo desenvolvimento da personalidade da criança de modo a que chegue a ser um membro da comunidade plenamente integrado.<sup>1001</sup> Isto é uma realidade reconhecida pelo próprio ordenamento jurídico quando regula, como mecanismos de resposta a problemas derivados do abandono ou desamparo de menores, a reintegração na família de origem, a adopção e o acolhimento familiar de menores. Todas estas medidas reconhecem a capacidade normalizadora da família e também como lugar socialmente adequado ao desenvolvimento e

---

<sup>996</sup> Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *Diagnóstico sobre el Derecho de Familia*, Madrid 1996, p.92-98.

<sup>997</sup> Cfr. KÖNIG, “Sociological Introduction”, *Introduction*, Vol.IV (“Person and Family”), *International Encyclopedia of Comparative Law* (Tübingen- The Hague-Paris, J.C.B. Mohr-Paul Siebeck, Mouton 1974, p.47. Citado por MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *Diagnóstico sobre el Derecho de Familia*, Madrid 1996, p.95; Cfr. ARREGUI, V.; CHOZA, J., *Filosofía del hombre. Una Antropología de la intimidad*, Madrid 1992 (2ªed.), p.440.

<sup>998</sup> Cfr. VILADRICH, P.-J., *El modelo antropológico del matrimonio*, Madrid 2001, p.115.

<sup>999</sup> É na família que a criança, sobretudo se tem irmãos, aprende a cuidar dos bens materiais de modo a prolongar a sua duração, a compartilhar os seus bens e aprende a ter um *sentido social das coisas materiais*. O resultado desta educação, faz com que mais tarde se tornem cidadãos mais respeitosos com o meio ambiente em geral.

<sup>1000</sup> Em palavras de Viladrich: “Um tipo de ciudadano arraigado, acompañado, menos individualista y solitario, más personalizado”. VILADRICH, P.-J., “La familia soberana”, *Ius Canonicum*, Vol.34, n.68, (1994), p.439.

<sup>1001</sup> VILADRICH, P.-J., *El modelo antropológico del matrimonio*, Madrid 2001, pp.110-115.

crescimento da personalidade.<sup>1002</sup> O próprio princípio ao livre desenvolvimento da personalidade aplica-se principalmente à família matrimonial.

Em síntese, podemos afirmar com Viladrich que a conexão natural entre a união conjugal e a procriação, harmoniza três elementos antropológicos básicos: a exigência, de justiça, de genealogia pessoa para todo ser humano, isto é, a condição e dignidade pessoal do filho justifica e exige a associação entre matrimônio e procriação; a tendência ao amor entre a mulher e o homem e de expressá-lo gerando algo próprio e surgido dentro desse amor “dando vida a nuestro hijo, por causa de nuestro amor y con el fin de amarle incondicionalmente; e, por último refere Viladrich que tanto a união que gera como o filho gerado,

---

<sup>1002</sup> Do ponto de vista do *utilitarismo* (sempre na busca de maior benefícios sociais) e numa perspectiva puerocentrista do matrimônio, refere Houlgate: “Why is desirable for persons to bear and raise children only when they are married? One don’t need to be marry...instead I would argue that the advantage of marriage to the adults who bear the child is that their contract with each other guarantees that the legal duties of child support and nurture be a joint responsibility...both parents are legally required be a joint responsibility...both parents are also legally required to support their natural children, but in fact the child is usually raised by the mother (who has all the paternal power) and the father (on those occasions when he is identified) is legally bound to contribute financial support...since relatively few unwed fathers provide even financial support for their children, the results is that most unmarried mothers bear the entire border of child-rearing...the advantages of this institute (marriage) for the children, and its interest in the welfare of future generations because the chance of an interruption in the continuity of adult care is greater for children born out of wedlock and such disruptions are known to have detrimental effect on the development of children...Declining academic performance and rising rates of juvenile crime provide partial evidence of the effect of these changes...moreover, reported child abuse is far more common in single-parent than two-parent families...some evidence suggests that the presence of both mother and father is beneficial to the development of children. Two-parent families are less likely to be poor, and children growing up in poverty “are particularly susceptible to physical, intellectual and emotional damage”. HOULGATE, L.D., *Family and State*, New Jersey 1988, pp.66-67. Este autor fundamenta a sua argumentação com base nos seguintes estudos: GOLDSTEIN, J., SOLNIT, A., FREUD, A., *Beyond The Best Interests of The Child* New York 1973, p.16-17; GIL, D., *Violence Against Children: Physical Abuse in the United States*, Cambridge 1973, p.138; “Toward a National Policy for Children and Families”, *The National Research Council*, Washington D.C., p.39; WEITZMAN “Divorce and the Marital Partnerships: Recognition of the wife’s Contribution”, *Government Impact on Family Life*, Provo 1977, pp.26-28). Neste contexto, Houlgate propõe que o Estado deve desincentivar a constituição de comunidades afectivas à margem do matrimônio que pretendam gerar filhos e, por outro lado considera antisocial e contra o bem comum: “When persons contemplate child-rearing as part of their future, the state should enforce only the traditional marriage contract...To encourage contracts in lieu of marriage would be inconsistent of this purpose”. HOULGATE, L.D., *Family and State*, New Jersey 1988, pp.71-72.

constituem uma sociedade primária e um novo e inteiro ser humano com património cidadão de direitos fundamentais.<sup>1003</sup>

### III.5.3.2. Funções assistenciais e de protecção dos mais débeis

É na família que a pessoa humana naturalmente nasce e normalmente se desenvolve. De facto, o conjunto interrelacionado de funções da família matrimonial apresenta também aspectos assistenciais (morais, afectivos, económicos, psicológicos, etc.) e que são funções naturais da família (doentes, idosos, deficientes, situações de pobreza, etc.).<sup>1004</sup>

Devido à delicada associação entre a família e as profundas realidades humanas que ocorrem dentro dela, existe um especial compromisso e responsabilidade da família em relação à protecção da vida humana, desde a sua concepção até à morte natural.<sup>1005</sup> Neste sentido, a família não pode ser favorável à promoção da eutanásia, da contracepção, esterilização, aborto, manipulação

---

<sup>1003</sup> VILADRICH, P.-J., *El modelo antropológico del matrimonio*, Madrid 2001, p.103. Contudo, adverte este autor que reduzir a justificação e explicação do matrimónio a um estatuto legal para ter filhos socialmente legítimos poderia levar-nos a uma concepção do matrimónio como instituição justificada por razões *bio-zoológicas* de mera propagação da humanidade enfatizada como *espécie animal* (ainda que humana). Neste caso, estaria subjacente uma antropologia redutora da natureza e com uma pobreza antropológica “muy alejada del significado personal de la sexualidad humana. Para uma crítica mais desenvolvida a esta concepção, veja-se, VILADRICH, P.-J., *El modelo antropológico del matrimonio*, Madrid 2001, pp.104-108.

<sup>1004</sup> Para um aprofundamento acerca da funcionalidade social da família matrimonial em comparação com outros tipos de uniões afectivas, veja-se: ROTHENBACHER, F., “Social Change in Europe and its Impact on Family Structures”, in *The Changing Family. International Perspectives on the Family and Family Law*, Oxford 1998, pp.3-33; WILLEKENS, H., “Long-Term Developments in Family Law in Western Europe: an explanation”, in *The Changing Family. International Perspectives on the Family and Family Law*, Oxford 1998, pp.47-73

<sup>1005</sup> Segundo um recente estudo da catedrática de sociologia: DURÁS, M.A., *Los costes invisibles de la enfermedad*, Madrid 2003, actualmente existem 850 mil espanhóis que se encontram em situação de incapacidade permanente (a maior parte com mais de 55 anos). Destes só 12% dos cuidados são cobertos pelos recursos públicos, 88% recai sobre as famílias. “Si tan sólo el 10 por ciento de los cuidados en el hogar se traspasaran a la Seguridad Social ésta necesitaría aumentar en un 70 por ciento su presupuesto de personal”. (Veja-se, também o *Diário ABC*, 31 de Janeiro de 2003).

experimental ou exploração do embrião humano ou ainda, as intervenções sobre o património genético, na medida em que tudo isto implica a violação do direito fundamental à vida (da que a família é, por vocação, a principal defensora).

Por este motivo, a família e a cultura de valores familiares que ela gera, sente-se intimamente comprometida com a defesa da infância, em relação a qualquer circunstância que lhe implique prejuízos. Daí que a família se declare vigorosa defensora de um amplo reconhecimento dos direitos da criança (sem discriminação de nenhum tipo) para que gozem de todas as protecções jurídicas e sociais que requer o seu desenvolvimento.<sup>1006</sup>

### III.5.3.3. Função de coesão entre gerações

Acrescentamos aqui uma outra função da família referida por Viladrich, por considerar que é importante na formação dos membros da família como cidadãos. Segundo este autor, a família também cumpre a função de coesão intergeracional, na medida em que relaciona, pelo menos, duas gerações e frequentemente três e até mesmo quatro.<sup>1007</sup> A importância desta função está em articular as três perspectivas diferentes sobre o ser humano, a sociedade e o mundo que são próprias de cada uma dessas gerações. Isto, promove e fundamenta com estabilidade a harmonia entre tradição e mudança. Além disto, motiva distintas modalidades de comunicação, convivência e afecto, importantes para a formação de cidadãos.

Daqui concluímos que a família matrimonial é a estrutura social que permite o desenvolvimento mais completo e integral da personalidade humana.<sup>1008</sup> Neste

---

<sup>1006</sup> Cfr. VILADRICH, P.-J (Coord.), *Documento 40 ONG's sobre la familia*, Pamplona 1995, p.43.

<sup>1007</sup> VILADRICH, P.-J., *El modelo antropológico del matrimonio*, Madrid 2001, p. 116.

<sup>1008</sup> “A família medeia entre a transmissão biológica e a cultural, porque se a herança genética familiar é a última determinação biológica, a pertença a uma família com uma língua, tradições,

contexto, as funções da família são estrategicamente indispensáveis para o bem comum social.<sup>1009</sup> Neste sentido, voltámos a afirmar (desta vez com Viladrich pela clarividência com que se expressa) que numa democracia avançada a família merece reconhecimento, protecção e promoção pelo cumprimento destas funções de tal modo estratégicas e específicas que nenhum outro âmbito convivencial cumpre com a mesma competência e estabilidade, por causa de “una energia propia, que se retroalimenta y que tiene un coste económico muy bajo em relación a sus funciones”.<sup>1010</sup> Exige-se pois uma política familiar adequada e eficaz, tal como veremos mais adiante.

Por conseguinte, o Direito deve reconhecer estas funções positivamente, protegendo, estabelecendo e assegurando as condições para que se desenvolva. Isto terá consequências políticas importantes como veremos mais adiante.

#### **III.5.3.4. Papel da família na promoção da igualdade entre os sexos**

Por último, não podemos deixar de referir que o modelo da família matrimonial é fundamental para o pleno reconhecimento da igualdade da mulher e para a sua justa equiparação ao homem no campo do direito, laboral, económico, social e político. De facto, devemos salientar que o pacto conjugal consiste precisamente num extraordinário consenso inicial entre uma mulher e um homem que prometem viver em concórdia (em comunhão de vida e amor) e num equilibrado consórcio de vida. Assim, a família fundada no matrimónio é a melhor escola para que os cônjuges e as novas gerações aprendam, desde a sua própria origem, o respeito e o reconhecimento dos valores recíprocos da

---

costumes e valores concretos, é a primeira forma de transmissão de cultura”. ARREGUI, V.; CHOZA, J., *Filosofía del hombre. Una Antropología de la intimidad*, Madrid 1992 (2ªed.), p.440.

<sup>1009</sup> Estas funções ao serem derivadas da própria natureza essencial do ser humano são naturais e permanentes e, conseqüentemente, permitem afirmar o carácter natural e permanente da família. Cfr. CARBONNIER, J., *Droit Civil. La Famille*, T.2, Paris 1991, p.31 (14ª ed.).

<sup>1010</sup> VILADRICH, P.-J., *El modelo antropológico del matrimonio*, Madrid 2001, p.114.



complementaridade sexual humana. Por isso a violência, os maus tratos e abusos contra um dos cônjuges (normalmente a mulher) obstaculiza a integridade e a complementaridade da contribuição feminina no modelo familiar e social. Principalmente se isto acontece no âmbito familiar, o ordenamento jurídico deve tomar medidas necessárias para desincentivar esta discriminação.<sup>1011</sup>

Neste contexto, há que reconhecer o grau de responsabilidade educadora da família em relação à sexualidade humana. De facto, o amor incondicional das relações conjugais e consanguíneas, demonstram o amor desinteressado que não faz qualquer discriminação por razões de sexo e incorpora a específica contribuição de cada, à comum convivência dentro da família matrimonial. Deste modo, é evidente que a família é a melhor escola do amor humano desde o respeito e reconhecimento da contribuição complementar de cada sexo. Na medida em que tanto no nascimento do vínculo matrimonial, como na procriação e na gestão da vida matrimonial, a igualdade dos sexos é o único modo que torna possível estas realidades.

#### **III.5.3.5. O exclusivo valor social da família matrimonial**

A questão que nos pode surgir é a de interrogarmo-nos acerca do motivo pelo qual só a família fundada no matrimónio possui tal elevada funcionalidade social.<sup>1012</sup> Quer dizer, porque motivos só esta (em comparação com as demais formas de convivência) aporta mais valia ao bem comum da sociedade em geral? A resposta está precisamente na sua natureza, nos seus elementos essenciais que a distingue de todas as outras comunidades afectivas.

---

<sup>1011</sup> Cfr. VILADRICH, P.-J (Coord.), *Documento 40 ONG's sobre la familia*, Pamplona 1995, p.50.

<sup>1012</sup> Só ela pode cumprir óptimamente as funções supra referidas.

De facto, a família matrimonial, pelas suas características naturais, é considerada o entorno mais adequado para o nascimento e o desenvolvimento dos novos seres humanos. No seu seio, os filhos podem adquirir e formar a sua personalidade mais humanamente e com maior plenitude.<sup>1013</sup> Este facto, deve-se ao carácter heterossexual do matrimónio, de modo que permite que estejam presentes na procriação e educação dos filhos, ambos cônjuges que, pela sua dualidade sexual, representam ambos os sexos da pessoa humana. Isto, é considerado conveniente e necessário para a educação harmónica e integrada das pessoas. A presença do feminino e do masculino, representada pelos esposos na educação dos filhos permite-lhes alcançar com mais facilidade uma correcta percepção da sexualidade e adquirir uma personalidade mais equilibrada e harmónica, favorecendo assim, a sua posterior integração social.<sup>1014</sup>

Outro dos motivos fundamentais que levam a reconhecer uma elevada função social à família matrimonial é o compromisso ou vínculo sobre que se estabelece e fundamenta. De facto já referimos como na família matrimonial existem vínculos assumidos como tais entre os esposos e destes com os filhos.<sup>1015</sup> Tais vínculos estão dotados de uma jurisdição própria e traduzem-se juridicamente em vínculos que unem os esposos entre si (conjugabilidade) e a ambos individualmente mas também enquanto matrimónio com os seus filhos (vínculos afectivos reforçadas pela filiação).<sup>1016</sup> Um importante elemento

---

<sup>1013</sup> Este princípio do livre desenvolvimento da personalidade é muitas vezes invocado noutro sentido: o do interesse puramente subjectivo de cada um dos cônjuges.

<sup>1014</sup> Poder-se-ia mesmo, falar de um direito da criança a uma educação heterossexual devido a ser esta a que melhor a prepara para a sua integração harmónica na sociedade (porque lhes possibilita uma personalidade mais equilibrada).

<sup>1015</sup> Sobre estes vínculos, veja-se MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *Diagnóstico sobre el Derecho de familia*, Madrid 1996, p.197.

<sup>1016</sup> Nas uniões não matrimoniais não existe compromisso, (vínculo jurídico), entre os conviventes. Em consequência, isso repercute-se nas suas relações com os filhos que, por sua vez, não resultam de um compromisso previo que une os pais mas unicamente da filiação e das consequências que legalmente se produz em relação a cada um dos progenitores com cada um dos seus filhos. São pois relações apenas entre pai-filho/mae-filho, porque os pais considerados conjuntamente não são um casal por falta do vínculo entre eles (por opção voluntária). Em

relacionado com a existência do compromisso (vínculo conjugal) existente entre os cônjuges e que se traduz num elevado benefício social e a resultante estabilidade da comunidade conjugal. Atendendo à estabilidade surge do facto de estar fundamentada num vínculo, num compromisso, que lhe da origem e a projecta necessariamente no futuro.<sup>1017</sup> Pode interpretar-se as vantagens desta estabilidade (tendência a duração) do matrimónio em numa perspectiva pessoal e social.<sup>1018</sup> Do ponto de vista pessoal, afirma-se no carácter do amor conjugal pois já vimos anteriormente como o amor é tendencialmente.

Numa perspectiva social (de exigência funcional) a estabilidade proporciona maior certeza e firmeza ao vínculo e a comunidade de amor por ele estabelecida. Consequentemente, ao matrimónio e à família fundada nele. Isto tem uma importância social relevante se pensarmos que é sobre a estrutura matrimonial que se dá o processo de geração, humanização e socialização dos cidadãos<sup>1019</sup>. Neste

---

consequência, Neste caso, como refere Martínez Aguirre: “não se completa o entramado global de vínculos jurídicos entre todos os componentes do grupo familiar”. Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *Diagnóstico sobre el Derecho de familia*, Madrid 1996, p.198.

<sup>1017</sup> “Family stability has a value even if everyone does not think so today. A functioning core family offers the best support for the personal and social development of children. In addition, the stability of a relationship is also of value for the man and the woman personally”. AGELL, A., “Should and Can Family Law Influence Social Behaviour?”, em *The Changing Family. International Perspectives on the Family and Family Law*, Ed.s: J. Eekelaar; T. Nhlapo, Oxford 1998, p.126. Sobre os benefícios das políticas legislativas que actuam a favor da estabilidade da família, veja-se a análise incluída em “Family Stability” neste artigo de AGELL, A., pp.128-137.

<sup>1018</sup> Algumas das ideias expostas sobre a estabilidade, foram retiradas da obra de citada de MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *Diagnóstico sobre el Derecho de Familia*, Madrid 1996, p.95. No que se refere a indissolubilidade: cfr. pp. 202-208 e também: VILADRICH, P.-J, *Agonía del matrimonio legal*, (2 ed.) Pamplona, p.89.

<sup>1019</sup> Um interessante artigo, afirma que parte da proliferação das uniões homossexuais são filhos nascidos fora dos matrimónios e responsabiliza as disfunções familiares (como separações, divórcios, etc.), de originarem o crescimento dos filhos sem ambos pais: “The recent increase in claims for same sex marriage maybe the logical sequence to the desintegration of marriage as the basis for the family. It probably is not merely coincidental that the movement for same sex marriage has erupted about generation after the legalization of unilateral no-fault divorce in America, the liberalization of divorce in other western nations, and the stigmatising of giving birth to children out-of-wedlock in affluent countries...one of the most common consequences of divorce is to deprive children of regular association with their fathers. Likewise, the number of american children borns out of wedlock has quintupled in the last 30 years...It should come as no surprise of these victims of alternative relationships may be drawn to homosexual relationships. A boy’s perception that he has been abandoned by, is displeasing to, on his distanced from his father

sentido, o Direito positivo deve favorecer todas as condições necessárias para a família matrimonial poder cumprir as suas funções devido ao grande interesse social que entranham.<sup>1020</sup> Aliás, “no es posible, pese a los diversos intentos históricos organizar una sociedad sin familia sin deshumanizar gravemente la identidad y la socialización de los sujetos”.<sup>1021</sup>

---

seems to be one of the factors associated with male attraction to homosexual behaviour. cfr. BYRD, A.D., “A Development Model of Male Homosexuality: the Greg Louganis Story”, *Toward a Further Understanding of Homosexuality, Collected Papers from the NARTH Annual Conference, 1995*, p.13; SATINOVER, J., “The Complex Interaction of Genes and Environment: a Model for Homosexuality”, *Toward a Further Understanding of Homosexuality, Collected Papers from the NARTH Annual Conference, 1995*, p.200-201; SOCARIDES, C., W., *Homosexuality, a Freedom to Far*, Phoenix 1995, pp.87-114; SCHMIDT, T.E., *Straight and Narrow. Compassion and Clarity in the Homosexuality Debate*, Downers Grove 1995, pp.144-146: “...A girl’s ruptured relationship with her father is known to directly influence her later ability to relate to an intimate emotional commitment with a man...Parental separation is associated with a measurably increased incidence of homosexuality”. WARDLE, L.D., “Same-Sex Marriage and the Limits of legal Pluralism”, em *The Changing Family. International Perspectives on the Family and Family Law*, Ed.s: J. Eekelaar; T. Nhlapo, Oxford 1998, pp.394-395. Cfr. também, SATINOVER, J., *Homosexuality and the Politics of Truth*, Grand Rapids 1996, pp.107-108). Veja-se ainda: WARDLE, L.D., “Same-Sex Marriage and the Limits of legal Pluralism”, em *The Changing Family. International Perspectives on the Family and Family Law*, Ed.s: J. Eekelaar; T. Nhlapo, Oxford 1998, pp.381-396.

<sup>1020</sup> Neste sentido, uma boa parte da doutrina sobre o matrimónio defende que estabelecer legalmente a indissolubilidade do matrimónio é o modo mais adequado de garantir a estabilidade do vínculo e que a facilidade legal de dissolução do matrimónio é proporcionalmente inversa à estabilidade da instituição matrimonial, com as óbvias consequências sociais. Cfr. BERNÁRDEZ CANTÓN, A., “Elementos definidores del matrimonio implícitos en las causas de nulidad y separación”, *V Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado. (Libertades Fundamentales y Sistema Matrimonial)*, Vol.2, Pamplona 1990. Martínez Aguirre também refere algo que nos parece de sentido comum: do ponto de vista psicológico, refere que a indissolubilidade jurídica do vínculo proporciona aos cônjuges um apoio externo aos seus necessários esforços por manter a estabilidade emocional e convivencial do matrimónio e da família. A estabilidade externa, facilitada mediante mecanismos jurídicos como o da indissolubilidade, induz a estabilidade interna ajudando os cônjuges a esforçar-se por superar as dificuldades pelas que podem passar. Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *Diagnóstico sobre el Derecho de familia*, Madrid 1996, p.207. E, acrescenta este autor, em situações de crise, a possibilidade de divórcio aparece como a saída mais cómoda e desejável, de modo a que favorece a que não se de uma atitude seriamente dirigida a solucionar os problemas em causa através de uma análise seria e conjunta da situação. Além disto, o simples facto de saberem que o compromisso que vão contrair é irrevogável incentiva os noivos a reflectir mais detenidamente no matrimónio e constitui “uma fonte de energia para superar a crise que colocara em perigo a sua união”. ARECHAGA, “Divorcio y Libertad”, *Nuestro Tiempo*, n.º 304 (1979), pp.1061.

<sup>1021</sup> VILADRICH, P.-J., *El modelo antropológico del matrimonio*, Madrid 2001, p.110.

A família matrimonial, está, pois, ao serviço do desenvolvimento mais íntegro e harmónico da personalidade dos filhos. A sua funcionalidade social beneficia principalmente os mais jovens e os mais débeis da sociedade.

Para terminar, queremos mencionar um interessante trabalho de investigação com base em estudos sobre as vantagens do matrimónio. Trata-se de um estudo de vários autores,<sup>1022</sup> editado em 2002 pelo: *Center of the American Experiment; Coalition for Marriage, Family and Couples Education e o Institute for American Values* e intitulado “Why Marriage Matters. Twenty One Conclusions from de Social Sciences”.<sup>1023</sup>

Segundo esta investigação (onde os seus autores resumem dezenas de investigações sociológicas sobre as vantagens económicas, psicológicas, etc. do matrimónio) afirma-se que toda a literatura sociológica disponível confirma que o matrimónio gera mais riqueza que qualquer das suas alternativas.<sup>1024</sup> Entre muitas das razões apontadas acerca da vantagem social do matrimónio (e sobejamente fundamentadas por estatísticas e outros métodos aplicados neste trabalho), aparece o compromisso duradouro do matrimónio.<sup>1025</sup>

Este estudo oferece inúmeras provas (explicando rigorosamente os métodos aplicados durante a investigação) de que o matrimónio favorece o bem estar social. Isto, segundo esse trabalho, justifica que a sociedade preste uma especial atenção e

---

<sup>1022</sup> Os autores são trinta conhecidos investigadores de USA (como p.ex. John Gottman, Linda Waite, Norval Glenn, Steven Nock) que sendo um grupo interdisciplinar de especialistas sobre os temas do matrimónio, decidem reunir numa mesma obra as conclusões do seu trabalho de investigação.

<sup>1023</sup> Este trabalho (público em Fevereiro de 2002) teve uma grande divulgação. Em Espanha foi publicado, pelo menos, na *Gaceta de los Negocios* de 30 de Julho de 2002. Este estudo está também disponível em internet: [www.americanvalues.org](http://www.americanvalues.org)

<sup>1024</sup> Os autores advertem que, obviamente, os matrimónios infelizes, conflituosos e violentos e que apresentam outras disfunções, não contribuem com os mesmos benefícios que os restantes matrimónios.

<sup>1025</sup> Este estudo tem como base as alterações que nos últimos 40 anos tem sofrido a sociedade norte americana que de altas taxas de divórcio, passou para elevadas taxas de pessoas que coabitam sem casar-se ou ao aumento de crianças que não vivem com ambos pais. Este facto constitui (segundo os autores) um grave problema social.

protecção ao matrimónio. Os seus autores concluem “O matrimónio é mais do que uma união afectiva privada. É também um bem social. Não é para todas as pessoas. Também nem todas as crianças criadas fora do matrimónio saem prejudicadas por esse facto. Contudo, onde existem mais matrimónios, as crianças, mulheres e os homens estão em melhor situação do que onde existem elevadas taxas de divórcio, filhos extramatrimoniais e de matrimónios conflituosos e violentos”.<sup>1026</sup> Assim, depois de décadas de investigação, os seus autores reúnem as suas conclusões dos efeitos do matrimónio sobre as finanças, emoções, saúde, etc., em relação às crianças, mulheres, homens e a sociedade em geral.

Neste contexto, está também a obra de L. Waite e M. Gallagher que publicaram também em 2002, “The Case of Marriage. Why Married People Are Happier, Healthier and Better off Financially”. Nesta, os autores também demonstram com métodos sociológicos de estudo, como as pessoas casadas vivem mais tempo, gozam de melhor saúde, ganham mais dinheiro, acumulam mais riqueza, sentem-se mais realizadas nas suas vidas, desfrutam de mais satisfação na sua vida sexual e têm crianças mais felizes e com mais êxito do que aqueles que coabitam, estão divorciados ou são solteiros. Estas autoras concluem que uma vez que o matrimónio gera mais benefícios que outras formas de convivência, ele deveria ser tratado como a opção social preferencial e não como uma das várias eleições possíveis uma vez que não são todas igualmente válidas.

---

<sup>1026</sup> A tradução é nossa.

### III.6. Os direitos da Família<sup>1027</sup>

#### III.6.1. Conexão entre os direitos humanos e os direitos da família

A personalidade humana e a sociedade estão intrinsecamente relacionadas na medida em que a pessoa possui uma sociabilidade natural.<sup>1028</sup> Assim, a sociedade e o seu carácter duradouro fundamenta-se no ser humano e são estes que a tornam realidade: a existência da sociedade baseia-se nas pessoas que a integram.<sup>1029</sup>

Contudo, há que reconhecer que a pessoa humana possui a sua essência independentemente da sociedade. Apesar disto, só alcança o seu pleno desenvolvimento humano através da sua vivência em sociedade. Deste modo, podemos concluir que a alteridade da pessoa, é uma característica essencial natural da existência humana, e é condição e fundamento para a presença e necessidade do Direito.<sup>1030</sup>

Em consequência, o respeito pelos direitos humanos fundamentais é necessário para o desenvolvimento humano das pessoas em comunidade. Ora, sendo a família uma comunidade de pessoas para as quais o modo próprio de

---

<sup>1027</sup> Direitos inerentes à família pela sua especial soberania, sua peculiar contribuição ao bem comum social e como elemento básico da sociedade.

<sup>1028</sup> Cfr. por exemplo, MESSNER, J., *Ética social, política y económica*, Madrid 1967, pp.172-173. Cfr. MARITAIN, J., *La persona y el bien común*, Buenos Aires 1948.

<sup>1029</sup> Esta concepção da relação entre pessoa e sociedade esta em oposição a concepção da teoria do contrato social de Bodin, Rousseau ou Hobbes, donde se defendia que o estado natural do ser humano era um estado pre-social. A pessoa humana não era entendida como um ser naturalmente social e a sociedade aparecia como fruto da tensão entre os indivíduos e, estes, para entrar em sociedade e alcançar a paz, alienavam a sua liberdade (vide supra).

<sup>1030</sup> “Sovereignty derives from the fact that we can not survive unless we enter into relationships” (MARX, K.; ENGELS, F., *Collective Works*, Vol.4, Londres 1976, p.197-198; ou HOFFMAN, J., *Sovereignty*, Minneapolis 1998, p.93).

existir e viver juntos e precisamente a comunhão<sup>1031</sup> é, conseqüentemente, fundamental o reconhecimento dos direitos da família para a promoção e defesa dos direitos humanos. Isto implica a protecção do direito a casar e fundar uma família, no marco dos direitos humanos.<sup>1032</sup>

De facto, constata-se uma clara convergência entre o destino do ser humano e o destino da família.<sup>1033</sup> Esta convergência manifesta a íntima vinculação entre os direitos humanos e os direitos da família e fundamenta-se no facto de o ser humano ser uma pessoa e não um indivíduo isolado. Como pessoa, a sua identidade constitui-se através da articulação biográfica de relações específicas de solidariedade numa comunidade com as outras pessoas. Na verdade, antes de cidadão o ser humano é um ser familiar, isto é, uma identidade articulada numa relação (é filho, irmão, neto, pai, esposo, etc.).<sup>1034</sup>

Neste contexto, o destino de uma sociedade futura mais humanizada exige um reconhecimento e uma tutela convergentes entre os direitos humanos e os direitos da família devido, precisamente, a essa íntima articulação entre o ser humano e a família.<sup>1035</sup> O respeito efectivo dos conteúdos essenciais dos direitos fundamentais da família soberana, conduz a um modelo social mais humanizado,

---

1031 “Communio personarum”, Joao Paulo II, Carta às Famílias: *Gratissiman sane*, 2294, 7.

1032 “Pendant longtemps, la conception individualiste a entraîné une vision particulière de droits de l’homme: il ne s’agissait, le plus souvent, que des droits et libertés de l’individu. Aujourd’hui, les droits de l’homme concernent les groupes et, particulièrement, le plus naturel et le plus petit d’entre eux: la famille. (...) Dans la société interne comme dans la société internationale, la famille apparaît ainsi comme “l’élément naturel et fondamental de la société”. MADIOT, Y.; BREILLAT, D., “La Famille, Élement des Droits de l’Homme en Europe”, em *Le Droit Non Civil de la Famille*, Ed.: J. Carbonnier, Paris 1983, pp.215-230.

1033 Estas ideias estão também contidas no referido artigo de: VILADRICH, P.-J., “La familia soberana”, *Ius Canonicum*, Vol.34, n.68, pp.427-440. (1994).

1034 Ao contrário disto, a concepção individualista reduz a pessoa e, conseqüentemente, obscurece e empobrece o próprio reconhecimento dos direitos humanos fundamentais.

1035 VILADRICH, P.-J., *El modelo antropológico del matrimonio*, Madrid 2001, p.115.



composto por um tipo de cidadão mais enraizado, acompanhado, menos individualista, mais solidário e mais personalizado.<sup>1036</sup>

### III.6.2. A salvaguarda Constitucional dos direitos da família

A família como pessoa jurídica com personalidade específica própria, é, pois, titular de direitos e deveres face ao Estado.<sup>1037</sup> De facto, como grupo tem direito a exigir frente ao Estado que se reconheça, garanta e respeite o seu núcleo essencial.<sup>1038</sup>

O facto de a família não ser uma solução técnico-jurídico criada pelo legislador, tem serias consequências políticas. Na verdade (dentro do atrás referido), podemos afirmar que existe um outro prévio e imponente Soberano dentro do âmbito territorial de um Estado: a família matrimonial.<sup>1039</sup>

Os direitos da pessoa, ainda que expressos como direitos do indivíduo, tem uma dimensão fundamentalmente social que encontra a sua expressão inata e vital na família.

---

1036 “En el momento actual, las grandes líneas para la solución de conflictos en nuestro país pasan por la forma de aplicación de los derechos fundamentales en el ámbito de la familia”. ROCA, E., *Familia y cambio social*, Madrid 1999, p.34.

1037 Esta titularidade é exercida pela família como grupo básico da sociedade e pode ser representada legalmente por um dos cônjuges, com base no acordo com o outro cônjuge.

1038 Entendemos aqui por essência, aquilo pelo qual uma coisa se constitui no seu próprio género e na sua própria espécie. Quer dizer: o núcleo básico el “quid” sem o qual uma coisa não poderia ser o que é. Essencial, contrapõe-se a contingente e accidental. Neste sentido, remetemos para o nosso trabalho no que se refere aos elementos essenciais da família matrimonial. Recordemos: uma família fundada num acto de consentimento livre e pleno, com vista a estabelecer uma comunhão de vida e amor conjugal (entre uma mulher e um homem), tendencialmente perpetuo e exclusivo e aberto a geração (o que implica uma relação entre sexos biologicamente distintos). Cfr., também, VEGA GUTIÉRREZ, A., *Políticas familiares en un mundo globalizado*, Pamplona, 2002, p.51.

1039 Por isso, compreendemos a afirmação de Viladrich: “A soberania da família fundada no matrimónio, é uma autentica bomba de relógia para a tradicional concepção absoluta da soberania do Estado”. VILADRICH, P.-J., “La familia soberana”, *Ius Canonicum*, Vol.34, n.68, p.437 (1994).

Assim, a família, é uma sociedade natural que existe antes do Estado ou qualquer outra comunidade e, possui uns direitos próprios que lhe são inalienáveis.<sup>1040</sup> Por isso, a sociedade, e de modo particular o Estado, devem proteger a família com medidas de carácter político, económico, social e jurídico. Que contribuam a consolidar a unidade e a estabilidade da família para que possa cumprir as suas funções específicas.<sup>1041</sup>

Neste sentido, ao nível doméstico (de Direito interno) existe um núcleo de direitos da família que devem ser reconhecidos ao mais alto nível legislativo de um Estado: isto é devem estar consagrados na sua Constituição.<sup>1042</sup> Neste contexto, vamos expor aqui alguns desses direitos nucleares relacionados com o âmbito do matrimónio e da família que nos parece que devem estar salvaguardados ao nível constitucional, pelo facto de serem direitos humanos fundamentais e, como tais, deverem gozar duma protecção interna a esse nível.<sup>1043</sup>

Poderia opor-se críticas quanto à inserção de direitos da família na lei constitucional. Mas tais críticas só teriam cabimento se considerássemos que o núcleo da família fosse meramente histórico, incidental, mero resultado de cada sociedade que poderia “reinventar” totalmente o conteúdo do matrimónio.

É evidente que constatamos muitos fracassos das famílias fundadas no matrimónio e de que muitas atitudes de ódio, violência e outras manifestações da miséria humana são praticadas sob a cobertura do parentesco conjugal e familiar. Esta situação, levou a um certo descrédito da família matrimonial, mas isto não justifica o anterior: a sua condição meramente histórica. Aliás, as estatísticas

---

<sup>1040</sup> VEGA GUTIÉRREZ, A., *Políticas familiares en un mundo globalizado*, Pamplona, 2002, p.21.

<sup>1041</sup> “A defesa da família e da vida é o fundamento e o ponto mais alto do processo de humanização desde a abolição da escravatura e do reconhecimento da igualdade fundamental do homem e da mulher”. “Declaración de Buenos Aires, 6”, III Encontro de Políticos e Legisladores de América, (Família y vida a los 50 años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos), 5 de Agosto de 1999.

<sup>1042</sup> Neste sentido, veja-se também, VILADRICH, P.-J., *El modelo antropológico del matrimonio*, Madrid 2001, p.110.

<sup>1043</sup> ROCA, E., *Familia y cambio social*, Madrid 1999, 37-40.

sociais comprovam que outras alternativas de convivência sexual tendem a incrementar esse “lado obscuro do ser humano”.<sup>1044</sup> Parafraseando Viladrich, podemos acrescentar um “exemplo de ressonância ecológica” entre a família e a atmosfera. Neste sentido, verificámos que apesar de que a atmosfera de muitas cidades acusem um elevado índice de contaminação perigoso para a saúde, a solução não reside em propor a supressão da atmosfera. De facto, é mais razoável dedicarmo-nos a depurar essa atmosfera. Claro que descontaminar é mais difícil do que poluir, pois requer um rigoroso conhecimento acerca dos elementos que verdadeiramente contém essa atmosfera: distinguir entre os agentes que lhe são naturais e os contaminantes. Depois de identificar os poluentes, exige-se uma decidida acção contra esses agentes contaminantes. Pode ser inclusivamente necessário alterar radicalmente o modelo de desenvolvimento socio-económico. Analógicamente, também a essência da verdadeira família deve ser reconhecida perante a sociedade, o Direito e o Estado e deve lutar-se contra os seus agentes contaminantes.<sup>1045</sup> É evidente que neste processo de “depuração” é fundamental não confundir os elementos essenciais com os elementos meramente históricos (logo, prescindíveis) e, sobretudo, não confundir esses elementos naturais com os elementos “contaminantes”, que devem ser destruídos.

Já referimos, supra, que podemos considerar que o tema do matrimónio e da família é composto por elementos históricos (acidentais, contingentes) e elementos naturais (permanentes). Sem aprofundar demasiado este assunto consideramos, porém, necessário fazer as seguintes reflexões acerca do mesmo.

---

<sup>1044</sup> VILADRICH, P.-J (Coord.), *Documento 40 ONG's sobre la familia*, Pamplona 1995, p.42.

<sup>1045</sup> VILADRICH, P.-J (Coord.), *Documento 40 ONG's sobre la familia*, Pamplona 1995, pp.42-43.

### III.6.2.1. Família matrimonial: entre a natureza e a cultura

Anteriormente, quando nos referimos à dimensão ontológica do matrimónio, afirmámos que o conceito deste e da família fundada sobre ele, se apoiavam em fundamentos biológicos e antropológicos dotados da mesma perenidade que a natureza humana.<sup>1046</sup> Obviamente que isto não significa que o matrimónio e a família tenham sido sempre iguais em todas as culturas e momentos históricos, ou que o seu conteúdo venha completamente determinado por essa realidade natural que lhe serve de base. Pelo contrário, as manifestações concretas do matrimónio e da família aparecem fortemente determinadas por condicionantes culturais, sociais, económicos, políticos, religiosos, jurídicos, etc. O que podemos afirmar é que o matrimónio e a família são naturais nos seus aspectos e conteúdos mais fundamentais e mais nucleares e, por isso mesmo, perenes nas características directamente derivadas do seu carácter natural.<sup>1047</sup> Assim, o matrimónio e a família são também resultado da história e da cultura. Neste contexto, é evidente que se verifica (e deve ser defendida ao nível de política legislativa) a liberdade na forma de expressar o matrimónio.<sup>1048</sup> Entendida como “aquela capacidade de criar uma infinita variedade de expressões culturais” relativas ao matrimónio e à família.<sup>1049</sup>

Obviamente que esta variedade de formas deve respeitar a identidade ontológica, quer dizer, esses “elementos básicos essenciais e constantes” da

---

<sup>1046</sup> Cfr. MARTÍNEZ AGUIRRE, C., *Diagnóstico sobre el Derecho de Familia*, Pamplona 1996, p.81.

<sup>1047</sup> Tais como o da dualidade sexual, procreação, educação dos filhos: cfr. MARTÍNEZ AGUIRRE, C., *Diagnóstico sobre el Derecho de Familia*, Pamplona 1996, pp.82-83 e 87; ou dito de outro modo: a distinção e complementaridade dos sexos, a fecundidade, a sociabilidade como entrega estável e o amor pessoal e recíproco: cfr. VILADRICH, P.-J., *Agonía del matrimonio legal*, Pamplona 1981, pp.37-46.

<sup>1048</sup> D’Agostino dá como exemplo o intérprete musical que, por um lado está vinculado à partitura e, por outro dá vida real à mesma através da sua criatividade, actualizando-a. Cfr. D’AGOSTINO, *Linee di una filosofia della famiglia*, Milão 1991, p.78.

<sup>1049</sup> MARTÍNEZ AGUIRRE, C., *Diagnóstico sobre el Derecho de Familia*, Pamplona 1996, p.85.

instituição matrimonial.<sup>1050</sup> Em consequência, torna-se imprescindível que se identifique claramente esse núcleo essencial: quer dizer, que não se confundam os elementos puramente históricos e culturais. Os primeiros são acessórios e contingentes, conseqüentemente são susceptíveis de câmbio. Enquanto que os segundos, como elementos naturais que formam parte do núcleo permanente do conceito de matrimónio e família, são imutáveis. Por mais transformações que existam sobre o matrimónio e a família, deve respeitar-se sempre as características da sua identidade permanente.<sup>1051</sup>

Isto que acabámos de referir tem, obviamente, conseqüências no momento de desenvolver uma política legislativa em relação à família e na sua aplicação concreta. Mas quanto a este assunto, voltaremos na última parte deste nosso trabalho.

### III.6.2.1.1. Sentido teleológico da natureza humana

No início deste trabalho tivemos oportunidade de apontar umas ideias gerais acerca do conceito de natureza humana. Contudo, devido à ambigüidade existente acerca deste conceito, consideramos pertinentes, fazer aqui algum esclarecimento mais concretamente em relação ao assunto que estamos agora a tratar, a constitucionalidade dos direitos da família.

Entendemos a natureza humana no seu sentido teleológico que significa que “a natureza tem um sentido final”,<sup>1052</sup> “a natureza define-se pelo seu fim”.<sup>1053</sup>

---

<sup>1050</sup> VILADRICH, P.-J., *Agonía del matrimonio legal*, Pamplona 1981, p.36.

<sup>1051</sup> D’AGOSTINO, *Linee di una filosofia della famiglia*, Milão 1991, p.86.

<sup>1052</sup> ARREGUI, V.; CHOZA, J., *Filosofía del hombre. Una Antropología de la intimidad*, Madrid 1992 (2ªed.), p.449 (a tradução é nossa).

<sup>1053</sup> ARREGUI, J.V.; RODRÍGUEZ, C., *Inventar la sexualidad*, Madrid 1995, p.73 (a tradução é nossa); “Lo natural es lo que regula desde sí sus operaciones”. Esta ideia está presente na definição clássica da natureza como essência (como princípio de operações). Cfr. ARISTOTELES, *Política*, I, 2, (trad. Julian Marias y María Araujo), Madrid 1989.

Neste sentido, podemos afirmar que a natureza aponta um fim, é uma inclinação: “esa tendencia es asumida como algo que apunta en alguna dirección...como una especie de lenguaje”.<sup>1054</sup> Portanto, se a natureza não fosse entendida neste sentido teleológico, natureza e cultura seriam âmbitos opostos e enfrentados dialécticamente.<sup>1055</sup> Contudo, nem a cultura se opõe à natureza humana, nem vice-versa. De facto, é a própria natureza humana que gera naturalmente a cultura. A natureza tende a “cultivar-se”: a desenvolver as suas potencialidades.<sup>1056</sup> Deste modo, a natureza inclui esses “puntos de referência fijos e inmovibles respecto de los cuales se puede dirigir la vida humana.” No âmbito da cultura encontra-se esses “puntos de referencia, pero su permanencia e inmovilidad, no están disociados de los procesos de innovación, y hay que descubrirlos en ellos”.<sup>1057</sup> Consequentemente, a capacidade natural só se actualiza em termos culturais: “la naturaleza remite de suyo a la cultura”.<sup>1058</sup> Podemos ainda acrescentar que “justo por que es teleologica, la naturaleza es criterio moral, pues hay desarrollos culturales que llevan la naturaleza más allá de sí misma en la dirección que ella marca y hay desarrollos culturales que traicionan su más profundo movimiento”.<sup>1059</sup> Neste sentido, podemos afirmar que a “traição” da cultura à natureza tem limites.

### III.6.2.1.2. Limites de tolerância da natureza

Estes limites marcam a fronteira entre o natural e o histórico ou cultural. Obviamente que estes limites não podem ser ultrapassados impunemente: a sua violação é materialmente possível, contudo a natureza assim violentada se degrada e, por sua vez,

---

<sup>1054</sup> ARREGUI, J.V.; RODRÍGUEZ, C., *Inventar la sexualidad*, Madrid 1995, p.76.

<sup>1055</sup> *Ibidem*. A natureza opõe-se a “artificial”, “estático”, porque a natureza é princípio de acção: em relação ao seu fim (que é a sua causa última). Cfr. POLAINO LORENTE, A., *Sexo y cultura. Análisis del comportamiento sexual*, Madrid 1998 (2ª ed.), p.173.

<sup>1056</sup> “El hombre puede completar la naturaleza precisamente por que esta es teleológica y apunta a fines”. POLAINO LORENTE, A., *Sexo y cultura. Análisis del comportamiento sexual*, Madrid 1998 (2ª ed.), p.74.

<sup>1057</sup> ARREGUI, V.; CHOZA, J., *Filosofía del hombre. Una Antropología de la intimidad*, Madrid 1992 (2ª ed.), p. 450.

<sup>1058</sup> ARREGUI, J.V.; RODRÍGUEZ, C., *Inventar la sexualidad*, Madrid 1995, p.81.

<sup>1059</sup> ARREGUI, J.V.; RODRÍGUEZ, C., *Inventar la sexualidad*, Madrid 1995, p. 84.

quem se desumaniza é a pessoa humana, tanto no seu aspecto individual como social.<sup>1060</sup> Por isso, o tema do matrimónio e da família “não é coisa trivial”: trata-se de uma questão social e pública de “extraordinária transcendência, na qual a conduta de um afecta a toda a comunidade social”.<sup>1061</sup> Por conseguinte, a conservação do matrimónio e da família nos seus limites naturais de tolerância é uma questão que afecta a responsabilidade de todos. Isto leva-nos a distinguir entre o que se *pode* fazer e o que se *deve* fazer neste âmbito. É dentro desta perspectiva que abordámos o matrimónio e a família matrimonial: como deve *naturalmente* ser, em contraste com as restantes fórmulas de convivência sexual.

Neste contexto, devemos buscar a possibilidade de uma cultura otimizadoradora do matrimónio e da família. Esta optimização poderá dar-se (e este é um dos reptos que nos apresenta este novo milénio) na medida em que a pessoa humana busque (tanto pessoal como colectivamente) essa “lei que está inscrita na sua própria natureza”,<sup>1062</sup> de modo a realizar a finalidade que por sua natureza *deve* realizar em si, tanto para aperfeiçoar-se mais (para ser mais e melhor pessoa) como para ser mais livre.<sup>1063</sup> Neste tema, e tal como refere Viladrich, é necessário “abrir un nuevo diálogo entre libertad, cultura y naturaleza humanas”.<sup>1064</sup>

Depois desta reflexão acerca dos elementos naturais e históricos do matrimónio e da família, retomámos o tema da constitucionalização dos direitos da família

---

<sup>1060</sup> Cfr. MARTÍNEZ AGUIRRE, C., *Diagnóstico sobre el Derecho de Familia*, Pamplona 1996, p.91. Viladrich explica os limites de tolerância da natureza, com o exemplo da tutela do equilíbrio ecológico do nosso planeta: refere que não podemos manipular a natureza conforme interesses económicos, etc., pois o equilíbrio ecológico é delicado e da sua manutenção depende a sobrevivência da humanidade. Neste campo, a natureza demonstra-nos que tem certos limites de tolerância que não se podem ultrapassar impunemente porque, ao fazê-lo, rompe-se o equilíbrio ecológico e a natureza degrada-se e, às vezes de forma irreversível, tornando a vida insuportável. O mesmo se passa, analógicamente, com os elementos do matrimónio e da família com a distinção de que se tratam de aspectos da pessoa humana que quando se manipulam para além dos seus limites naturais de tolerância, quem se degrada é a própria pessoa que se desumaniza. Cfr. VILADRICH, P.-J., *Agonía del matrimonio legal*, Pamplona 1981, p.46-50.

<sup>1061</sup> VILADRICH, P.-J., *Agonía del matrimonio legal*, Pamplona 1981, p.49.

<sup>1062</sup> POLAINO LORENTE, A., *Sexo y cultura. Análisis del comportamiento sexual*, Madrid 1998 (2ª ed.), p.196.

<sup>1063</sup> Cfr. POLAINO LORENTE, A., *Sexo y cultura. Análisis del comportamiento sexual*, Madrid 1998 (2ª ed.), p.164.

<sup>1064</sup> VILADRICH, P.-J (Coord.), *Documento 40 ONG's sobre la familia*, Pamplona 1995, pp.42-43, p.19.

Em consequência do atrás referido, consideramos que, obviamente, apenas devem ser constitucionalizados os direitos referentes a esse núcleo que, por ser natural, é invariável.<sup>1065</sup> Alguns autores são a favor dessa constitucionalização,<sup>1066</sup> outros contra,<sup>1067</sup> e há mesmo posições mais radicais que chegam inclusivamente a propor a abolição do próprio Direito de Família.<sup>1068</sup>

Os direitos da família em relação ao Estado e à sociedade, podem ser considerados em duas vertentes: os direitos da família como grupo (como comunidade) perante o Estado e a sociedade (com os correlativos deveres destes) e que são propriamente os direitos da família; e os direitos de cada um dos membros da família (indivíduos) perante o Estado, família e sociedade em geral, em relação ao âmbito do matrimónio e da família, que são os direitos subjectivos familiares.

---

<sup>1065</sup> Em relação a Constitucionalização dos direitos da família, Veja-se: EEKELAAR, J.; NHLAPO, T., “Constitutionalizing Family Law”, em *The Changing Family. International Perspectives on the Family and Family Law*, Ed.s: J. Eekelaar; T. Nhlapo, Oxford 1998, pp.453-529; e GREEN, S.; LONG, J.V., *Marriage and Family Law Agreements*, New York 1999.

<sup>1066</sup> Veja-se, por exemplo: “Implication of constitutional and human rights norms of family law....conflicting perceptions of the relationship between the family and the State can be accommodated within some overarching human rights principles”. EEKELAAR, J.; NHLAPO, T., “Constitutionalizing Family Law”, em *The Changing Family. International Perspectives on the Family and Family Law*, Ed.s: J. Eekelaar; T. Nhlapo, Oxford 1998, p.451.

<sup>1067</sup> Por exemplo, em 1996, a Constituição da África do Sul foi declarada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional desse país. Um dos fundamentos era “there was no express recognition of a right to establish a family and to live a family life”. Incluímos aqui um comentário do Juíz *Albie Sachs* que declara: “This is an option that constitutions makers have. And the reason we felt that so many countries do not constitutionalize the family and the family law is that the very nature of the family, particularly in multicultural and multifaith societies, is so diverse, that is best to leave the fundamental rights and liberties in relation to family life to the basic principles of freedom, security and choice. Then, through legislation, the development of precedent in the courts, social custom and practice, the different forms of family life will manifest themselves and be appropriately protected. The minute you constitutionalize the family, the courts are obliged to establish a prototype of what is meant by the family, and families take on such diverse forms in South Africa that this could impose a straitjacket on future development. At the same time the freedom to choose your partner is clearly defended in the Bills of Rights. The essential content of living in a family would be protected under the many clauses of privacy, dignity and liberty that are enshrined in our constitution”, SACHS, J.A., *introduction*, em *The Changing Family. International Perspectives on the Family and Family Law*, Ed.s: J. Eekelaar; T. Nhlapo, Oxford 1998 (veja-se p.12 e também a p.543).

<sup>1068</sup> Veja-se FINEMAN, M.A., *The Neutered Mother, The Sexual Family and Other Twentieth century Tragedies*, New York 1995, pp.8, 28, 229-230, etc.



### III.6.3. Direitos da família como comunidade

Para cumprir a sua missão, a família necessita de uma série de condições sociais, económicas, culturais, políticas, etc., que propiciem o cumprimento dos seus fins, de modo que a família (como núcleo familiar) e cada membro desta, alcance a realização plena.<sup>1069</sup> A família, como sujeito de direito possui um estatuto que contém os seus próprios direitos (tal como cada um dos seus membros gozam dos seus direitos de personalidade).<sup>1070</sup> Portanto, existem direitos da família que a ajudam ao cumprimento das suas funções.<sup>1071</sup> Estes direitos “son innatos a la misma, le pertenecen por su propia naturaleza, y deben ser reconocidos por el Estado e incorporados en la legislación”.<sup>1072</sup>

Assim, seguidamente mencionaremos aqueles que considerámos os principais direitos da família como grupo frente à sociedade e ao Estado, e que julgámos que a maior parte deles devem ser reconhecidos e salvaguardados mesmo ao nível constitucional:<sup>1073</sup>

Desde logo, há que reconhecer que a família tem direito a que lhe seja reconhecida a sua personalidade jurídica pelo pela sociedade e o Estado. Tem, assim, direito ao reconhecimento dos seus direitos e a contar não só com normas promotoras e protectoras, mas também com um plano de política integral com eficácia real que lhe facilite cumprir os seus fins.<sup>1074</sup>

Neste contexto, a família tem direito (nas pessoas dos seus cônjuges e conjuntamente) a fundar família. De facto, os esposos tem direito inalienável a gerar

---

<sup>1069</sup> Cfr. VILADRIK, P.-J., *El modelo antropológico del matrimonio*, Madrid 2001, p.113.

<sup>1070</sup> Alguns dos direitos da família têm uma profunda relação com os direitos de personalidade mas devido à sua estreita relação com a família, também os incluiremos como direitos da família.

<sup>1071</sup> Quanto a este assunto, veja-se também, VILADRIK, P.-J., *El modelo antropológico del matrimonio*, Madrid 2001, p.113.

<sup>1072</sup> CHÁVEZ, M.F., *La familia en el Derecho*, México D.F. 1984, p.401.

<sup>1073</sup> Tal como o direito ao trabalho, à educação, à liberdade religiosa, associação, intimidade, etc. A maior parte destes direitos estão incluídos em documentos (declarações e convenções) internacionais. Salientámos sobretudo a DUDH, a CEDH, o PIDESC, o PIDCP, a CDC e a *Carta Social Europeia*. Todos estes já referidos anteriormente.

<sup>1074</sup> Cfr. o art.16 da DUDH.

(procriar) e decidir livremente sobre os intervalos dos nascimentos e o número dos filhos que desejam gerar.<sup>1075</sup>

A família tem também direito à intimidade e privacidade (não deve ser incomodada no seu domicílio, em relação aos seus documentos ou posses).<sup>1076</sup>

O Estado deve proteger a liberdade religiosa da família.<sup>1077</sup> Sendo a liberdade religiosa um direito da pessoa humana é na família que tem uma especial expressão, na medida em que é a primeira comunidade da pessoa humana.<sup>1078</sup>

As famílias tem também o direito de associação: de formar associações com outras famílias com o objectivo de defender os seus direitos, fomentar e representar os interesses da família.<sup>1079</sup>

---

<sup>1075</sup> Cfr. p.ex., VILADRICH, P.-J. (Coord.), *Documento 40 ONG's sobre la familia*, Pamplona 1995, p.33-34; HERVADA, J.; ZUMAQUERO, J. (ed.s), *Juan Pablo II y Los Derechos Humanos*, Pamplona 1993, pp.193, 209, 262 e 376. Carta dos Direitos da Família, art.3.

<sup>1076</sup> Recordemos que o art.8 da CEDH destina-se, precisamente, a proteger a privacidade familiar. Cfr. HERVADA, J.; ZUMAQUERO, J. (ed.s), *Juan Pablo II y Los Derechos Humanos*, Pamplona 1993, p.156 (

<sup>1077</sup> O direito de liberdade religiosa esta reconhecido e protegido em multiplos documentos internacionais de Direitos Humanos. Obviamente que se aplica às famílias. Contudo aqui queremos referi-lo expressamente por considerarmos que os direitos da pessoa tem uma dimensão fundamentalmente social e tem uma expressão vital através da família. Por sua vez, esta tem uma especial função de educação e transmissão dos valores culturais, eticos, sociais, espirituais e religiosos, essenciais para o desenvolvimento e bem estar dos seus membros e da sociedade. Neste contexto, cada família tem o direito a viver livremente a sua própria vida religiosa tanto no lar como de professar publicamente a sua fe, propaga-la e participar em actos de culto em público e nos programas de participação religiosa livremente escolhidos, sem sofrer qualquer tipo de discriminação. Cfr. p.ex., art.18 DUDH; art.18 PIDCP; HERVADA, J.; ZUMAQUERO, J. (ed.s), *Juan Pablo II y Los Derechos Humanos*, Pamplona 1993, pp. 68, 71 129, Carta dos Direitos da Família, art.2 al.b e art.7.

<sup>1078</sup> Cfr. art.18 da DUDH.

<sup>1079</sup> Em consequência, as associações familiares devem ser reconhecidas e consultadas no que diz respeito à planificação e desenvolvimento de programas que afectem a vida familiar. Tanto sejam do âmbito economico, como social, jurídico, cultural, etc. A família, tem pois direito a exercer a sua função social e política de construcção da sociedade, como verdadeiro sujeito social que é. Cfr. Declaración de Buenos Aires, 6”, *III Encontro de Políticos e Legisladores de America*, (Família y Vida a los 50 Anos de la Declaracion Universal de Los Derechos Humanos), 5 de Agosto de 1999. Veja-se também, *Carta dos Direitos da Família*, “Carta dos Direitos da Família apresentada pela Santa Se a Todas as Pessoas, Instituições e Autoridades Interessadas na Missão da Família no Mundo Contemporâneo”, 22 de Outubro de 1983, art.7; veja-se também, p.ex., art.20 da DUDH; art. 22 do PIDCP; HERVADA, J.; ZUMAQUERO, J. (ed.s), *Juan Pablo II y Los Derechos Humanos*, Pamplona 1993, p.197. *Carta dos Direitos da Família*, art.8.

Dentro desse programa de política global sobre a família, não podemos deixar de fazer uma referência ao aspecto fiscal e tributário da família. Considerámos que a família tem direito a um sistema de protecção económica. De um modo especial, há famílias que têm direito a um tratamento especial, devido ao facto de algumas delas suportarem custos adicionais devido a doenças prolongadas, deficiências físicas ou psíquicas dos seus membros, prisão de algum membro, emigração, etc. Situações estas que exigem um tratamento fiscal especial e ajudas económicas directas.<sup>1080</sup>

A família tem, ainda, direito a assistência da sociedade no que diz respeito aos deveres de procriação e educação dos filhos.<sup>1081</sup> A família tem direito a todo o tipo de assistência tanto durante a gravidez da mãe como no puerpério.<sup>1082</sup> Deve sem perda do contrato laboral por um tempo razoável (mas minimamente suficiente ter direito a usufruir um tempo pré e pós parto (a ser exercido por qualquer dos cônjuges ou ambos de um modo concertado). Deve ser dada também possibilidade de a mãe lactante poder usufruir de um horário de trabalho flexível com a alimentação da criança (prevendo mesmo um infantário na empresa com ajudas fiscais por parte do Estado) e uma licença de trabalho para acompanhar os primeiros passos da educação do seus filhos).<sup>1083</sup> Neste contexto, a família deve ter Direito a uma Segurança Social integral, que abarque tanto o bem estar físico como psíquico (não só assistência médica, cirúrgica, hospitalária, mas também tudo o relacionado com a prevenção de doenças e a promoção da saúde em geral) e pensões de doença, invalidez, idade e morte de algum dos cônjuges.<sup>1084</sup>

Ainda em relação ao tema do trabalho, trata-se um direito de todas as pessoas mas que tem um especial significação na família. Na verdade, as famílias apoiam o seu

---

<sup>1080</sup> Cfr. art.25,1 da DUDH; art.10,1 e 11,1 do PIDES, art.16 CSE; HERVADA, J.; ZUMAQUERO, J. (ed.s), *Juan Pablo II y Los Derechos Humanos*, Pamplona 1993, p. 197 e art.9 da *Carta dos Direitos da Família*.

<sup>1081</sup> As famílias numerosas tem direito a uma ajuda adequada e não devem ser discriminadas. Mais ainda, o sistema de família numerosa (extensa), onde tal exista, deve ser tido em conta e ajudado com vista a poder cumprir o seu papel tradicional de solidariedade e assistência mutua, respeitando simultaneamente os direitos do núcleo familiar e a dignidade pessoal de cada um dos seus membros.

<sup>1082</sup> Carta dos Direitos da Família, art.4 al.a).

<sup>1083</sup> Em relação à maternidade (tempo de pré e pós parto), veja-se, p.ex., art.8, 1 e 2 e art.17 CSE; art.10,2 PIDES, art.25,2 DUDH.

<sup>1084</sup> Carta dos Direitos da Família, art.9 al.b).

sustento no trabalho de algum dos seus membros. Assim, consideramos que a família tem direito a uma remuneração suficiente do trabalho para manter dignamente os seus membros.<sup>1085</sup> Este salário deve ser suficiente para satisfazer as necessidades da família (alimentação, vestuário, habitação, educação básica, saúde e lazer dos seus membros).<sup>1086</sup>

Podemos ainda acrescentar em relação ao tema laboral, podemos acrescentar que a família tem direito a que a ordem social e económica organize o trabalho de modo a permitir aos seus membros viver juntos.<sup>1087</sup> O mesmo direito devem ter as famílias de imigrantes e dos refugiados. <sup>1088</sup>

A família tem também direito ao descanso, que proporcione uma maior vivência da vida familiar.<sup>1089</sup> Neste contexto, o Estado deve procurar que as férias dos membros da família coincidam de modo a poder passá-las juntos. Devem também ser fomentadas as férias familiares, procurando promover lugares e centros turísticos adaptados às necessidades das famílias, com descontos e vantagens de modo a facilitar-lhes umas férias juntos.

---

<sup>1085</sup> Através de um salario adequado (“salario familiar”) ou mediante a aplicação de outras medidas sociais: subsidios familiares, ou remuneração pelo trabalho em casa de um dos pais e de tal modo que estes não sejam prejudicados no que diz respeito a vida familiar e educação dos filhos. Se preferem trabalhar em casa, este trabalho deve ser reconhecido com o seu valor tanto social como familiar. Ainda em relação ao tema do trabalho, haveria que acrescentar que a organização do trabalho deve ser tal que permita aos membros da família viver juntos. Cfr. Por ex., Objectivo nº4 do Preâmbulo da CSE e nº1 do art.4 do mesmo documento;

<sup>1086</sup> Veja-se, p.ex., o art.23 da DUDH.

<sup>1087</sup> Cfr. DUDH, art.23,3. Carta dos Direitos da Família, art.10.

<sup>1088</sup>As famílias de imigrantes tem direito a ver reunida, no mais breve espaço de tempo possível, os seus membros. Quanto aos refugiados, devem ter direito à assistência das autoridades públicas (e das organizações internacionais) para que lhes facilitem a reunião com as suas famílias. Cfr. *Carta Social Europeia*, art.19; *Carta dos Direitos da Família*, “Carta dos Direitos da Família apresentada pela Santa Sé a Todas as Pessoas, Instituições e Autoridades Interessadas na Missão da Família no Mundo Contemporâneo”, 22 de Outubro de 1983, art.12.

<sup>1089</sup> Cfr. p.ex., art.2 da CSE. Carta dos Direitos da Família, art.10; HERVADA, J.; ZUMAQUERO, J. (ed.s), *Juan Pablo II y Los Derechos Humanos*, Pamplona 1993, p. 56.

A família tem direito a uma habitação digna e de acordo com o número de membros que a compõem.<sup>1090</sup> Deve ter apoios tanto públicos como privados (facilidades de crédito, etc.) necessários para alcançar este objectivo.<sup>1091</sup>

Apesar do direito à educação pertencer a todas as pessoas, considerámos que corresponde de um modo especial o direito à educação dos filhos: pelo simples facto de terem dado vida aos filhos, os pais tem o direito originário, primário e inalienável de educá-los. Por isso, devem ser reconhecidos como os primeiros e principais educadores dos seus filhos. Em consequência, os pais têm o direito de escolher o tipo de educação que desejam dar aos seus filhos. A educação básica deve ser gratuita e devem ser dadas ajudas especiais às famílias numerosas e com graves necessidades económicas (para estudos especializados e conforme o mérito dos candidatos). Ainda dentro deste direito, cabe aos pais (ou seus representantes) a opção e escolha da formação religiosa que desejam que seja dada nos centros educativos aos seus filhos.<sup>1092</sup> O mesmo se refere à educação sexual, que deve ser oferecida pelos centros escolares com um programas integral em relação a esses temas.<sup>1093</sup>

Também considerámos que com vista a fomentar o matrimónio (e as famílias matrimoniais, uma vez que estas contribuem mais eficazmente para o bem comum que outras formas de convivência) o Estado deve prever uma ajuda para gastos de matrimónio (sempre que se reunam certas condições).<sup>1094</sup>

Considerámos ainda um direito das famílias à assessoria conjugal e familiar. Um autentico serviço social que inclua verdadeiros peritos em aconselhamento familiar e que ajude as famílias a resolver os seus problemas familiares e conjugais, longe dos Tribunais de Família. Trata-se de um autêntico direito das famílias a que se as aconselhe e ajude a

---

<sup>1090</sup> Carta dos Direitos da Família, art. 11. Cfr. HERVADA, J.; ZUMAQUERO, J. (ed.s), *Juan Pablo II y Los Derechos Humanos*, Pamplona 1993, p.303 (referida a toda a sociedade em geral).

<sup>1091</sup> Cfr. p.ex., art.25 da DUDH; art.11 do PIDES; art. 16 da CSE.

<sup>1092</sup> Cfr., p.ex., art.26,1 e 3 da DUDH; art.13,3 do PIDES. Carta dos Direitos da Família, art.5.

<sup>1093</sup> Cfr. ARAÚJO, E.R.; GERALDES, M. (Coord.s), *A situação das Mães Adolescentes no Sul da União Europeia*, Lisboa 2000, pp.127-157. Este livro (também traduzido em inglês) apresenta uma interessante proposta de um *programa de educação sexual integral*.

<sup>1094</sup> Cfr. p.ex., art.10,1 (1ª parte). E também: CHÁVEZ, M.F., *La familia en el Derecho*, México D.F. 1984, p.411. Cfr. *Carta dos Direitos da Família*, art.1.

resolver os seus problemas, não só em caso de conflito, mas também para proporcionar uma melhor integração conjugal e familiar. Estes serviços deveriam ser remunerados pelo Estado em casos de necessidade (para tal existe a figura do patrocínio judiciário) de modo que todas as famílias possam ter um livre e fácil acesso a estes serviços.<sup>1095</sup>

A cultura significa “tener conocimientos, riqueza interior, mundo íntimo. El origen de toda cultura es el núcleo creativo y afectivo de la persona, una sabiduría que crece hacia dentro, porque se cultiva, para después salir hacia fuera”.<sup>1096</sup> Assim, a cultura diz respeito a uma concepção de vida, modos de pensar e de valorar, de sentir e expressar e resolver as mais diversas situações da vida quotidiana e que forma parte do ambiente vital da pessoa humana e da família.<sup>1097</sup> Em consequência, devem prevalecer as condições culturais que favorecem o desenvolvimento das pessoas e a integração das famílias. Actualmente, os meios de comunicação social têm uma influência decisiva no estabelecimento das pautas de cultura. Neste contexto, a família tem um papel fundamental e, por isso, tem o direito a esperar que os meios de comunicação social sejam instrumentos positivos para a construção da sociedade e que fortaleçam os valores fundamentais da família.<sup>1098</sup> Assim, as famílias , têm direito a exigir da sociedade a educação dos cidadãos nos valores de tolerância, solidariedade, paz e outros valores sociais.<sup>1099</sup>

---

<sup>1095</sup> Acerca deste assunto pode ler-se as seguintes obras: POLAINO-LORENTE, A.; GARCÍA, D., *Terapia familiar y conyugal. Principios, modelos, programas*, Madrid 1993; e POLAINO-LORENTE, A.; MARTÍNEZ, P., *Evaluación psicológica Y psicopatológica de la familia*, Madrid 1998.

<sup>1096</sup> YEPES, R.; ARANGUREN, J., *Fundamentos de Antropología. Un ideal de la excelencia humana*, EUNSA, Pamplona 1998 (3ªed.), p243.

<sup>1097</sup> Cfr. HERVADA, J.; ZUMAQUERO, J. (ed.s), *Juan Pablo II y Los Derechos Humanos*, Pamplona 1993, p.341.

<sup>1098</sup> Corresponde a este direito, um dever da sociedade e também à função regularizadora do Estado. Carta dos Direitos da Família, art.5 al.f).

<sup>1099</sup> Todos os ataques à moral e aos bons costumes são susceptíveis de ser impugnados pelas famílias. Assim como todos os modos de incitamento, desculpa ou propagação de vícios (alcoól, droga, prostitución, pedofilia, etc.) ou a promiscuidade sexual entre os jovens. Cfr. art.16,3 da DUDH (quanto ao sentido individual deste direito, veja-se o art.27 da DUDH e o 15 do PIDES).

Podemos ainda acrescentar o direito das famílias a uma urbanização das cidades mais ecológica.<sup>1100</sup> Tendo em conta o equilíbrio entre as zonas residenciais e zonas verdes. De modo que as famílias possam beneficiar desses lugares sem custos adicionais. Deve eliminar-se todo o perigo de focos contaminantes junto a zonas residenciais. Devem estar devidamente separadas as zonas industriais de zonas residenciais.

As autoridades públicas devem respeitar e promover a dignidade, justa independência, intimidade, integridade e estabilidade de cada família.<sup>1101</sup> As famílias tem o direito de contar com uma adequada política familiar por parte das autoridades públicas no terreno jurídico, económico, social e fiscal, sem discriminação alguma.<sup>1102</sup> De facto, todos os direitos aqui incluídos devem estar assegurados, promovidos e desenvolvidos por uma política familiar adequada e eficaz.

#### III.6.4. Direitos familiares da pessoa

São os chamados direitos subjectivos familiares, quer dizer, os direitos de cada um dos membros da sociedade em relação aos temas do matrimónio e da família. Podem ser definidos como aquelas faculdades que se originam pelos actos e factos jurídicos, de carácter familiar.<sup>1103</sup> Estes direitos não se devem confundir com os direitos de personalidade uma vez que se referem à família e não à pessoa humana e seus atributos,

---

<sup>1100</sup> Cfr. HERVADA, J.; ZUMAQUERO, J. (ed.s), *Juan Pablo II y Los Derechos Humanos*, Pamplona 1993, p.303 (referida a toda a sociedade em geral).

<sup>1101</sup> Cfr. *Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos* (PIDCP), art. 17. Quanto ao valor social da estabilidade do matrimónio, foi já analisado em outra parte do nosso trabalho.

<sup>1102</sup> Cfr. *Declaração Universal dos Direitos Humanos* (DUDH), art.16,3; *Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais* (PIDESC), art.10,1. Neste contexto, as famílias tem direito a umas condições económicas que lhes assegurem um nível de vida apropriado à sua dignidade e ao seu pleno desenvolvimento. Cfr. DUDH, art.22 e 25; PIDESC, art.7, a, ii. As famílias tem também direito a que as medidas de segurança social tenham especialmente presentes às suas necessidades em caso de morte prematura de um ou ambos cônjuges, em caso de acidente, doença, invalidez, desemprego, abandono do lar por um dos cônjuges. Que se assistam a todas aquelas situações em que as famílias tenham que suportar despesas extraordinárias em favor dos seus membros por motivos de idade, impedimentos físicos ou psíquicos ou devido à tarefa de educação dos filhos. Cfr. DUDH, art.25,1; PIDESC, art.s 9 e 10,1 e 10,2. Veja-se ainda a *Convenção dos Direitos da Criança*, art.s 17 e 18. Carta dos Direitos da Família, art. 9.

<sup>1103</sup> CHÁVEZ, M.F., *La familia en el Derecho*, México D.F. 1984, p.366.

apesar de que estarem todos intimamente relacionados e dão por suposto os direitos de personalidade.<sup>1104</sup> É evidente que esta exposição não pretende ser exaustiva e só inclui aqueles que julgámos mais importantes.

Entre os direitos de âmbito familiar que devem ser protegidos constitucionalmente e de que são titulares cada um dos membros da família considerados individualmente frente a todos os membros da sociedade (incluídos os próprios familiares) e ao Estado, está o direito a casar (*ius connubii*).<sup>1105</sup>

Entendemos que este direito ao matrimónio inclui também o direito à sua permanência. Logo, o direito a que seja respeitada a indissolubilidade do vínculo e a esperar condições (económicas, sociais, políticas, etc.) favoráveis a manter a estabilidade do matrimónio.<sup>1106</sup> Como delitos em relação ao matrimónio e aos bens que este protege, podemos mencionar o rapto com vista ao casamento, a coacção física ou moral, o medo, etc.<sup>1107</sup>

Neste contexto, deve consagrar-se o direito a eleger livremente o estado de vida.<sup>1108</sup>

O direito à salvaguarda do pleno e livre consentimento e a que possa ser devidamente expressado.<sup>1109</sup>

Direito à liberdade de eleição do cônjuge e direito a ser tratado com igualdade (legal e material) em relação ao cônjuge.<sup>1110</sup>

---

<sup>1104</sup> Para uma estudo mais aprofundado acerca da natureza jurídica e características destes direitos, veja-se, p.ex., CHÁVEZ, M.F., *La familia en el Derecho*, México D.F. 1984, p.385.

<sup>1105</sup> Dentro dos limites impostos pelo mesmo: cada homem e mulher, tendo alcançado a idade matrimonial e tendo capacidade necessária. Cfr. DUDH, art.16º; *Convenção Europeia de Direitos Humanos*, art.12º; Carta dos Direitos da Família, art. 1 e 3; VILADRICH, P.-J. (Coord.), *Documento 40 ONG's sobre la familia*, Pamplona 1995, p.33.

<sup>1106</sup> Cfr. HERVADA, J.; ZUMAQUERO, J. (ed.s), *Juan Pablo II y Los Derechos Humanos*, Pamplona 1993, p. 55.

<sup>1107</sup> Acerca desta matéria, veja-se: CHÁVEZ, M.F., *La familia en el Derecho*, México D.F. 1984, p.388.

<sup>1108</sup> Cfr. Carta dos Direitos da Família, art.1; VILADRICH, P.-J. (Coord.), *Documento 40 ONG's sobre la familia*, Pamplona 1995, p.34.

<sup>1109</sup> Cfr. p.ex., art.16,2 da DUDH; art. 23,3, do PIDCP; art.1 da *Convenção para o Consentimento Matrimonial*; VILADRICH, P.-J. (Coord.), *Documento 40 ONG's sobre la familia*, Pamplona 1995, p.34.



O direito à preparação para a vida conjugal e familiar também devia estar previsto no ordenamento jurídico positivo. Na verdade, assim como a educação procura preparar bons profissionais para a vida futura, também deveria estar incluída nos planos de estudo uma devida preparação de ambos candidatos, para a gestão da casa de família, da economia familiar e tratamento adequado de todos os assuntos com ela relacionados. Poder-se-ia incluir não só o cuidado planejado e inteligente das tarefas domésticas a compartilhar entre não só os cônjuges mas todos os membros da família (como por exemplo, o tratamento das roupas, culinária, dietas especiais para doentes, decoração (de mesas, arranjos de flores, menus, etc.) resolução de pequenos problemas técnicos solucionáveis em casa –como os de electricidade, etc.) como também todos os cuidados de saúde: primeiros socorros, geriatria, puericultura, etc.; e regras de convivência necessárias para viver em comunidade como a necessidade do respeito, tolerância, economia, bom humor, discrição, diligência, paciência, cortesia, solidariedade, etc., enfim os valores da vida comunitária. Incluiríamos aqui o direito a uma educação sexual integrada, tal como já o mencionamos supra.

Direitos das mães à segurança social e assistência médica tanto no período da gravidez, como pós-parto.<sup>1111</sup>

Inclui-se aqui todos os benefícios laborais que devem facilitar aos cônjuges (de modo especial à mãe, nos primeiros tempos do cuidado dos seus filhos).

Direito dos pais (considerados também individualmente) ao respeito dos filhos da sua potestade paternal. Os delitos puníveis em relação ao abuso dos pais em relação ao seu poder paternal são: incesto, lesões provocadas por maltratos e violência tanto física como psicológica, aborto e infanticídio

Direitos dos filhos em relação aos pais: direito aos alimentos, à educação, à formação humana, bom trato e respeito.<sup>1112</sup>

---

<sup>1110</sup> Cfr., p.ex. art.16,1 al.b) da *Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher*. Carta dos Direitos da Família, art. 2.

<sup>1111</sup> Remetemos para o referido anteriormente em relação a este direito no apartado dos direitos da família como comunidade. Cfr., p.ex., srt.8 CSE; art.10,2 PIDES.

<sup>1112</sup> Cfr. p.ex., art. 11 do PIDES. E ainda, CHÁVEZ, M.F., *La familia en el Derecho*, México D.F. 1984, p.399.

Há que considerar também dentro do âmbito familiar, os direitos subjectivos de carácter familiar de um modo particular das crianças. E os correspondentes deveres do Estado, família e sociedade em geral.

Quanto ao direito das crianças, podemos considerar duas etapas cujos direitos devem ser assegurados constitucionalmente: etapa pré-natal que corresponde aos direitos das crianças desde a concepção ao nascimento; e etapa pós-natal, isto é, os seus direitos depois de nascer.

Quanto aos seus direitos pré-natais (como criança não nascida ou feto),<sup>1113</sup> deve ser reconhecido como pessoa, logo ter direito a que se lhe reconheça personalidade jurídica com todas as consequências daí resultantes.<sup>1114</sup> Neste contexto, deve ser considerado “criança” para efeitos da aplicação da *Convenção dos Direitos da Criança*.<sup>1115</sup> Logo, tem direito a que a legislação o preserve de toda a experimentação ou de ser submetido a práticas médicas que não tenham como objectivo directo a protecção ou melhora da sua saúde.<sup>1116</sup>

Direitos pós-natais: de acordo com o referido no apartado correspondente as fundamentais funções sociais da família, as crianças tem direito: a nascer numa família matrimonial<sup>1117</sup> e como resultado de um acto adequado à sua dignidade de pessoa

---

<sup>1113</sup> Consideramos que a partir do momento da concepção (fecundação do óvulo) o ser humano tem existência e, por isso, encontra-se dotado de especial dignidade própria de ser pessoa, e, como tal, goza de todos os direitos que correspondem a essa sua etapa de desenvolvimento (os científicos, confirmam que não existe um momento entre a concepção e o nascimento em que se possa determinar a não existência de um mesmo princípio vital. Ao contrario, constata-se que este existe continuamente desde o momento da concepção até ao momento da morte).

<sup>1114</sup> Cfr. p.ex., art.16 do PIDCP.

<sup>1115</sup> Neste sentido, tem direito a que a lei lhe garanta, na máxima medida possível, a sua sobrevivência e desenvolvimento. Veja-se o art.6 da CDC. Logo, devem ser eliminadas todas as políticas ou medidas concretas de planificação demográfica que impliquem atentar contra a sobrevivência ou a saúde da pessoa ainda não nascida.

<sup>1116</sup> Neste sentido, deve proibir-se todas as práticas de clonagem humana, na medida em que usa uma pessoa como meio, instrumentalizando-a a um fim, o que viola a dignidade da pessoa humana. Cfr. p.ex., art.36; 37, al.a); 24,1; 19 e 6 da CDC; Carta dos Direitos da Família, art. 4.

<sup>1117</sup> A necessidade de vinculação da criança à mãe e ao pai (para facilitar o seu equilíbrio emocional) fazem com que a família matrimonial seja o ambiente mais adequada para receber a criança acabada de nascer (porque e a mais estável, logo assegura mais probabilidade de presença de ambos pais). Neste contexto, a criança tem direito a ser acolhido, amado e reconhecido no seio de uma família (matrimonial). Cfr. p.ex. o Preâmbulo da CDC, parágs 5 e 6.

humana (através do acto especificamente humano da união conjugal e não fruto de uma manipulação genética num laboratório científico);<sup>1118</sup> a criança tem direito a protecção da sua identidade;<sup>1119</sup> Neste contexto, a criança tem direito a um nível de vida suficiente que lhe permita alcançar seu pleno desenvolvimento psicofísico, espiritual, moral e social.<sup>1120</sup> Especial atenção às crianças deficientes<sup>1121</sup> e ao direito da criança em que, em matéria de adopção, seja considerado o seu interesse como factor de consideração primordial.<sup>1122</sup>

#### IV. FAMÍLIA SOBERANA E ESTADO SOBERANO

Ao reconhecer a família como soberana, estamos a aceitar a existência de um sujeito soberano dentro do âmbito territorial de outro soberano.<sup>1123</sup> Como podem coexistir e como devem interrelacionar-se estes dois sujeitos soberanos? Isto é o que vamos analisar seguidamente.<sup>1124</sup>

---

<sup>1118</sup> Cfr p.ex., art.7 (interpretação indirecta) da CDC.

<sup>1119</sup> Direito a conhecer a identidade dos pais e a ser identificado com o apelido destes. Veja-se, *Convenção dos Direitos da Criança* (CDC), art.8.

<sup>1120</sup> Mesmo em caso de ruptura da convivência por parte dos pais. Cfr. CDC, art.27.

<sup>1121</sup> As crianças deficientes tem direito à protecção e ajuda que exige a sua condição. Logo, o Estado deve auxiliar a família a acolher os deficientes e a favorecer a sua integração na sociedade, concedendo-lhes medidas especiais para poderem gozar plenamente de todos os direitos fundamentais. Veja-se, CDC, art.23; Carta dos Direitos da Família, art.4 al.g).

<sup>1122</sup> Veja-se, CDC, art.21. Neste contexto, haveria que evitar a adopção de crianças por pessoas que convivem em meras uniões de facto (onde falta o factor estabilidade resultante do compromisso) e sobretudo em uniões do mesmo sexo. Isto em favor do interesse da criança (afirma o carácter puerocentrista do direito de adopção).

<sup>1123</sup> Tratamos agora de analisar as relações entre família e Estado ao nível doméstico (dentro de cada Estado).

<sup>1124</sup> Antes de mais, já vimos como para o conceito actual de soberania do Estado, o reconhecimento da soberania da família não implica problemas jurídicos (que afectem o seu estatuto de soberania). De facto, vimos como se podem distinguir vários tipos da soberania do Estado e que a inexistência de um (ou mais) destes tipos de soberania não afecta a consideração de um Estado como soberano. Neste contexto, o reconhecimento da soberania da família matrimonial obviamente que não põe em causa o estatuto de soberania de um Estado. Pelo facto da família incluir como elementos, os próprios cidadãos (aqui considerados como elementos pertencentes a um grupo natural específico: a família) e as famílias serem uma parte substancial da sociedade,

É evidente que o reconhecimento pelo Estado da família matrimonial como verdadeiro sujeito de direito, soberano e de carácter social primordial (como entidade prévia e mais radical que a própria soberania do Estado), implica múltiplas e sérias consequências legislativas e de política económica, educativa, fiscal (e outras), que vamos analisar nesta última parte deste trabalho, onde verificaremos a existência de articulações sociais e económicas fundamentais, exigidas pela soberania da família.<sup>1125</sup>

Neste contexto, podemos afirmar que, de um modo geral, a soberania do Estado, encontra-se juridicamente comprometida com o reconhecimento da soberania da família matrimonial no sentido de ter responsabilidades em relação à família. Por isso, quando as leis de um Estado, têm por objecto realidades naturais da pessoa, dotadas de uma consistência real e objectiva prévia à legislação, a sua regulamentação não poderá constituí-las, porque já existem. Logo, as leis devem limitar-se a reconhecer essas realidades e a desenvolvê-las segundo a sua própria natureza. A família matrimonial exige que o Direito a contemple tal como ela é. Isto significa que o Direito deve ser neutro? Quer dizer, deve contemplar os temas relacionados com o matrimónio e a família sem distinguir a família de outras formas afectivas de convivência? Ou ser mesmo omissa em relação à família? Que consequências sociais teriam estas posturas para a família e a sociedade em geral? Enfim, o que é que a família deve exigir do Direito como instrumento conformador da sociedade. E o que é que a sociedade deve exigir do Direito da Família?

#### **IV.1. Família e Direito**

As questões anteriores que procuraremos responder neste apartado, são: deve haver um Direito de Família (quer dizer, deve o Estado legislar sobre o tema do matrimónio e da família)? É possível a neutralidade do Direito no âmbito do matrimónio e da família?

---

pode-se afirmar que: “defender la soberanía de la familia contribuye a salvaguardar la soberanía de las naciones”. “Derechos de la familia y subsidiaridad”, in *Familia y Derechos Humanos*, CPF, cap.6, n.72 (11 de Novembro de 2000). Aqui entende-se “Soberania das nações” no sentido do poder se basear no povo. Logo, as famílias fortes e integradas são uma condição para a democracia e prevenção contra os Estados totalitários.

<sup>1125</sup> Cfr. VEGA GUTIÉRREZ, A., *Políticas familiares en un mundo globalizado*, Pamplona, 2002, p.51.

#### IV.1.1. Função do Direito

Uma das principais funções do Direito é a de proporcionar segurança e certezas jurídicas aos cidadãos.<sup>1126</sup> Através do Direito, da segurança jurídica, os cidadãos podem saber com clareza até onde chega a sua esfera jurídica, os seus direitos e deveres, as normas que regulam a sociedade e o que devem esperar do poder público, dos outros elementos da sociedade.<sup>1127</sup> Logo, o Direito rodeia a vida dos cidadãos de segurança. E esta, tem um elevado valor ético no sentido de que torna possível o exercício de uma liberdade responsável. Assim, as leis tem uma eficácia pedagógica exemplar e podem tornar-se num mecanismo indutor de mudança da sociedade.<sup>1128</sup>

Neste contexto, o Direito de família de uma sociedade, reflecte a concepção que tem da família essa determinada sociedade ou os seus dirigentes.<sup>1129</sup> O Direito da família é um instrumento que pode ser usado para acelerar ou provocar alterações sociais. De facto, o Direito tem esse valor pedagógico importante e, por isso, tem eficácia na conformação das ideias e condutas da sociedade. Refere Glendon que quando o Direito se move na mesma direcção que as tendências socialmente predominantes a sua eficácia se multiplica (é o denominado efeito multiplicador do Direito). Enquanto que se actua em

---

<sup>1126</sup> Cfr. KRAMER, M.H., *In Defense of legal Positivism. Law without Trimmings*, Oxford 1999: “The key function of law in providing security and co-ordination that are prerequisite to the viability of human societies.” pp.307-308. O ser humano busca incessantemente segurança e certezas. Recordemos as teses contratuais acerca da origem da sociedade e do Estado (estudadas anteriormente) onde se forja uma solução para acabar com um incómodo estado de insegurança inicial, segundo as referidas teorias.

<sup>1127</sup> Cfr. FERNANDEZ-GALIANO, A., *Derecho Natural*, Madrid 1986 (5ªed.), pp.421-428.

<sup>1128</sup> Quanto à instrumentalização do Direito de família: “Legislation can provide rules for solving social problems...however, another aim of legislation can be influence by the *behavior* of people”, AGELL, A., “Should and Can Family Law Influence Social Behaviour?”, em *The Changing Family. International Perspectives on the Family and Family Law*, Ed.s: J. Eekelaar; T. Nhlapo, Oxford 1998, p.125.

<sup>1129</sup> Veja-se: AGELL, A., “Should and Can Family Law Influence Social Behaviour?”, em *The Changing Family. International Perspectives on the Family and Family Law*, Ed.s: J. Eekelaar; T. Nhlapo, Oxford 1998, pp.125-138. Neste interessante artigo o seu autor demonstra, com exemplos concretos, como nas últimas três décadas do Séc. XX a política familiar de Suécia, tinha como objectivo principal alterar as estruturas da família e a vida familiar e demonstra com exemplos como isso foi possível.

sentido contrário às tendências socialmente dominantes, a sua eficácia, no que diz respeito a conformação das ideias e condutas sociais, é muito inferior.<sup>1130</sup> Assim, o Direito também tem uma função depuradora (a denominada função profiláctica do Direito) das condutas sociais na medida em que incentiva os particulares a evitar comportamentos considerados irregulares.<sup>1131</sup>

Deste modo, o conteúdo do Direito de Família é relevante numa sociedade, na medida em que orienta os cidadãos e as suas condutas para aquilo que é socialmente favorável ao bem comum: logo, deve ser realizado (e o que é desfavorável e, por isso, deve ser evitado). Por conseguinte, o Direito de Família é um dos factores importantes de aceleração dos cambios, ou de consolidação dos mesmos, uma vez produzidos: “El ordenamiento jurídico en general y el Derecho de Familia, en particular, juegan un importante y irrenunciable papel en el planteamiento de los modelos familiares... la puesta en vigor de las concretas normas que forman el cuerpo del Derecho de Familia forma parte de la política que los poderes públicos deben desarrollar para la protección de la familia... implica una toma de posición en la concepción de la familia y en las vías para la resolución de los problemas”.<sup>1132</sup>

Temos também que referir aqui, que há quem defenda que o Direito da Família não deveria existir e proponha mesmo a abolição do reconhecimento do matrimónio.<sup>1133</sup> Contudo, esta radical posição é pouco defensável.

---

<sup>1130</sup> Cfr. GLENDON, M.A., *The Transformation in Family Law*, Chicago 1989, 312.

<sup>1131</sup> Cfr. também, ROCA, E., *Familia y cambio social*, Madrid 1999, p.60.

<sup>1132</sup> ROCA, E., *Familia y cambio social*, Madrid 1999, p.61.

<sup>1133</sup> “We should abolish marriage as a legal category and with it any privilege based on sexual affiliation. (...) In fact, these categories would no longer have any legal meaning at all. Instead, the interactions of female and male sexual affiliates would be governed by the same rules that regulate other interactions in our society specifically those of contract and property, as well as tort and criminal law. (...) One benefit of abolishing marriage as a legal category (upon which a whole system of public and private subsidies and protections is based) is that state interest in bolstering the institution would dissolve. Adult, voluntary sexual interactions would be of no concern to the state since there would no longer be a state-preferred model of family intimacy to protect and support. Therefore, all such relationships would be permitted –nothing prohibited, nothing privileged...voluntary sexual relationships between adults would be unregulated”. FINEMAN, M.A., *The Neutered Mother, The Sexual family and Other Twentieth Century Tragedies*, New York 1995, p.228. Esta autora (Professora de Direito da Universidade de Columbia) propõe um modo de acabar com a regulação do matrimónio: “By analogizing more and more relationships to marriage,

Dentro do que referimos supra, o matrimónio e a família devem ser contemplados como uma realidade natural de carácter objectivo e cujos conteúdos essenciais, significado e regulação derivam dos direitos mais fundamentais da pessoa humana. Já referimos sobradamente que este seu elevado estatuto (que deriva da sua jurisdição intrínseca) é essencial: por estar enraizada em exigências da própria natureza humana e suas capacidades. Por isso, o seu carácter jurídico procede do compromisso entre os cônjuges e não da intervenção extrínseca do Estado. Em consequência, a intervenção do Direito deve estar pautada pelo respeito necessário às exigências derivadas dessa jurisdição intrínseca que apresenta a família matrimonial.

É evidente que fora do núcleo essencial do matrimónio (fundamento dessa sua jurisdição intrínseca) os elementos do matrimónio estão submetidos à livre vontade tanto dos cidadãos como da autoridade social.<sup>1134</sup> Que, consequentemente, podem dar-lhe a regulamentação que lhes pareça mais conveniente. Logo, em matéria de matrimónio e família nem tudo é essencial e indisponível, nem tudo é contingente.<sup>1135</sup>

Neste contexto, o Direito deve reconhecer, desenvolver e proteger os direitos da família atrás referidos. Como já referimos, há um fundamental interesse social em que as relevantes funções sociais estratégicas cumpridas pelas famílias, continuem a exercer-se dentro das melhores condições possíveis de modo a maximizar esses importantes benefícios sociais.<sup>1136</sup> Assim, exige-se que o Direito regule juridicamente a família,

---

why not just abolish the category as a legal status and, in that way, render all sexual relationships equal with each other and all relationships equal with the sexual?" (ibidem, p.230).

<sup>1134</sup> Cfr. ROCA, E., *Familia y cambio social*, Madrid 1999, p.96.

<sup>1135</sup> Viladrich, menciona uns limites de tolerancia pessoal e social, derivados da natureza sexuada da pessoa, do facto de ser dotada de inteligência e vontade livre. A violação destes limites e materialmente possível (o ser humano tem capacidade para actuar contra a sua natureza) mas a natureza assim violentada degrada-se e, consequentemente, degrada a pessoa humana. Em consequência do referido, estas matérias não devem ser deixadas em todos os seus aspectos, nas mãos dos múltiplos, frequentes e contraditórios desejos individuais privados, pois trata-se de uma questão com a sua faceta pública de extraordinaria importância social e, por isso, é necessário um especial tratamento, tanto por parte do Direito, como da política. Cfr. VILADRICH, P.-J., *Agonía del matrimonio legal*, Pamplona 1981, p.59. Cfr. também, VEGA GUTIÉRREZ, A., *Políticas familiares en un mundo globalizado*, Pamplona, 2002, p.67.

<sup>1136</sup> Cfr. VEGA GUTIÉRREZ, A., *Políticas familiares en un mundo globalizado*, Pamplona, 2002, p.21.

reconhecendo-a objectivamente, de modo a que possa cumprir, sem obstáculos, estas funções da melhor forma possível, com vista a otimizar o bem comum da sociedade.<sup>1137</sup>

#### **IV.1.2.A impossível neutralidade do Direito**

Daquilo que acabamos de referir, podemos concluir que um Direito nunca pode ser neutral no seu modo de regular o matrimónio e a família pois a sua intervenção vem directamente determinada pela função essencial da família para o bem comum da sociedade. Logo, a absoluta neutralidade do Direito entre formas funcionalmente distintas (e, conseqüentemente, com funcionalidade social também distinta) de organizar juridicamente as relações afectivas e o matrimónio, não é possível, porque desapareceria o fundamento da própria intervenção do Direito de Família.<sup>1138</sup> De facto, se a lei deixasse de regular, esta realidade estaria a deixar nas mãos da vontade dos particulares a conformação de todos os elementos do matrimónio, logo estaria a possibilitar a alteração do núcleo essencial do matrimónio, com as graves conseqüências daí derivadas, para a sociedade e o bem comum.

Se o Direito alterasse o núcleo essencial do matrimónio e da família, tornar-se-ia anti-jurídico e violador da dignidade da pessoa humana. Assim, parece só restar uma possibilidade: o reconhecimento jurídico-positivo dos elementos essenciais do matrimónio e da família, de modo a salvaguardá-los de alterações substanciais. Só assim, podem as famílias cumprir com qualidade e eficácia as suas funções sociais.

---

<sup>1137</sup> Contudo, como adverte Viladrich, na sociedade actual os instrumentos que têm maior poder configurador da sociedade são os da economia e os Mass Media, por isso, exige-se um reconhecimento da família como sujeito social não só desde o Direito, mas também de uma política familiar global que inclua estes instrumentos referidos. VILADRICH, P.-J., *El modelo antropológico del matrimonio*, Madrid 2001, p.49.

<sup>1138</sup> De facto, a defesa da neutralidade seria só aparente porque optando pelo princípio da neutralidade do Direito neste âmbito do matrimónio e da família, estaríamos realmente a optar pela concepção que defende que a organização jurídica da família é indiferente para a sociedade. Seria a defesa de uma mera opção entre formas funcionalmente diferentes mas de indiferente valor jurídico, o que não é verdade. De facto, uma aparente neutralidade do legislador revelaria uma clara opção a favor da indiferença e proliferação de modelos alternativos a família de outras formas de comunidades afectivas de funcionalidade social essencialmente distinta da família matrimonial.



A fictícia neutralidade do Direito parece ser uma consequência lógica do designado *neoliberalismo*.<sup>1139</sup> Este, defende que o Estado deve ser neutral em relação aos valores morais. Em consequência, para estabelecer os conteúdos éticos recorre ao consenso e às teorias do contrato social que defende uma concepção deontológica da justiça, em que se dá uma prioridade ao *correcto* sobre o *bom*. O resultado final acaba por originar uma sociedade legalista em que a linguagem jurídica substitui a ética: aquilo que é legal, converte-se em moral. Assim, a neutralidade estatal do Direito de Família, é qualificada por Glendon como ilusória.<sup>1140</sup> Consequentemente, poderíamos afirmar como Vega: “¿Es acaso posible hablar de la legislación neutral ante temas como el aborto o el matrimonio de homosexuales? Se trata de leyes que afectan profundamente a la vida de los miembros de la sociedad y su promulgación hace que cambie para todos el marco legal, lo cual influye profundamente en la costumbre, y no siempre lamentablemente, en beneficio del bien común ni de la dignidad humana.”<sup>1141</sup>

---

<sup>1139</sup> Historicamente, o Liberalismo reconheceu o direito à intimidade que, originariamente, protegia os interesses da pessoa individual frente à ingerência de qualquer tipo. Actualmente, identifica-se a intimidade com autonomia individual, como direito a adoptar determinadas atitudes sem restrição por parte do Estado.

<sup>1140</sup> GLENDON, M.A., *The Transformation of Family Law*, Chicago 1989, p.311.

<sup>1141</sup> VEGA GUTIÉRREZ, A., *Políticas familiares en un mundo globalizado*, Pamplona, 2002, p.69. Há que reconhecer que essa pretendida neutralidade leva, na prática, o risco de transformar o Direito em instrumento de dominação e imperialismo ideológico. Isto é patente nas conferências internacionais da ONU. Nelas, se constata a pressão de alguns dos países mais poderosos sobre os países mais pobres e dependentes das suas ajudas, em relação a políticas demográficas que atentam contra a cultura e religião dos cidadãos destes países. É sobradamente conhecida a política de condicionamento de ajudas de instituições monetárias internacionais (como o Fundo Monetário Internacional ou o Banco Mundial) a esses países mais subdesenvolvidos, à adopção de políticas de controlo das suas populações através de métodos que violam, frequentemente, a liberdade e dignidade humanas. São, por exemplo, os casos dos abortos e esterelizações forçadas em muitos lugares do mundo, como em Índia através dos programas de planificação familiar que visa o controlo demográfico a toda a custa; ou à população aborígena de Austrália ou ainda o caso das 300 mil mulheres Peruanas que em dez anos foram esterelizadas sem o seu próprio consentimento: “un plan de esterelización eugenésica en Perú, con millones de dólares de financiación”. Cfr. Zenit, 7 de Setembro de 2000.

#### **IV.2. Proposta de modelo de família: identidade ontológica e variedade de formas**

As manifestações concretas do matrimónio e da família são obviamente, determinadas por condicionalismos culturais, sociais, económicos, políticos, religiosos e jurídicos.<sup>1142</sup> É evidente que ao longo da história existiram vários modelos de família (tal como existiram vários modelos de organização social). Alguns desses modelos afastaram-se mais do que outros daquilo que consideramos o conteúdo essencial (natural) do matrimónio e da família, (assim como diversas formas de organização política se afastaram mais do que outras das exigências derivadas da dignidade humana).<sup>1143</sup>

Apesar disto, defendemos que em matéria de regulamentação do matrimónio e da família, deve prevalecer o modelo legislativo que assegure a identidade ontológica do matrimónio (o seu núcleo essencial) e da família de modo a não adulterar essa antropologia e permitir a variedade e liberdade de formas que a concretizam segundo as convicções particulares dos seus protagonistas

Por conseguinte, neste contexto, é fundamental não se confundir os elementos contingentes (acessórios, puramente históricos e culturais) com os elementos essenciais do conceito do matrimónio e da família matrimonial já referidos (sobejamente), ao longo deste trabalho.<sup>1144</sup>

Em consequência do referido, podemos afirmar que o distanciamento entre a estrutura essencial do matrimónio e da família e a sua regulamentação positiva, determina a maior ou menor funcionalidade social da família.<sup>1145</sup> Quer dizer, quanto mais a legislação desrespeitar ou desproteger o núcleo essencial do matrimónio, menos

---

<sup>1142</sup> Vide supra, nosso trabalho acerca desta matéria.

<sup>1143</sup> Assim, esta variedade não pode conduzir-nos equivocadamente a um relativismo antropológico (cfr. nosso trabalho, supra).

<sup>1144</sup> É evidente que um erro identificação e depuração destes elementos essenciais, terá consequências graves na medida em que se pode considerar contingente um elemento essencial e vice-versa (veja-se, supra).

<sup>1145</sup> Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *Diagnóstico sobre el Derecho de Familia*, Madrid 1996, p.182.

possibilidades têm as famílias de cumprir devidamente as suas funções sociais, com as respectivas e nefastas consequências para a sociedade.

### **IV.3. Relações entre Estado e Família**

#### **IV.3.1. Salvaguarda dos direitos familiares através de uma Política Familiar**

Os direitos fundamentais da família devem estar assegurados e promovidos por uma eficaz política de família.

Não pretendemos expor uma proposta de política estatal no âmbito do matrimónio e da família, uma vez que isto ultrapassaria os objectivos deste trabalho. Contudo, dentro desta secção que regula concretamente as relações entre o Estado e a família, cremos que devemos fazer algumas reflexões sobre uma adequada e global Política Familiar delineada dentro daquilo que referimos ao longo deste trabalho.

Os motivos que levam à aplicação duma Política de Família são vários e se por um lado se trata do cumprimento de um dever de justiça do Estado em relação à família e à sua contribuição para o bem comum social, por outro lado trata-se de uma estratégia que o Estado adverte como de interesse público fundamental para assegurar o bem estar social através das insubstituíveis funções da família matrimonial.

De facto, aos Estados preocupa-lhes o envelhecimento da sua população activa devido à baixa taxa de fecundidade. E preocupa-lhes pelo óbvio motivo de que se a população activa não se renovar, então o futuro dos pensionistas está em perigo, já que os futuros contribuintes serão poucos para cobrir a quantidade de pensões da população que já não trabalha por motivos de idade.<sup>1146</sup> Por isso, a maior parte das medidas aplicadas pelos Estados são fundamentalmente para fomentar a natalidade. Segundo vários estudos

---

<sup>1146</sup> Por exemplo, concretamente em Espanha a taxa de fecundidade “hoy está por debajo tanto del nivel necesario de reemplazo como del nivel de hijos deseados”. VALLÉS, J.; ZÁRATE, A., “La incidencia de las ayudas por descendientes sobre la fecundidad. Un estudio para España por tramos de edad”, *X Encuentro de Economía Pública*, Tenerife, 6 e 7 de Febrero de 2003, p.2 (onde também se pode ver um gráfico com esta realidade). Ainda mais, “España es el país con más baja natalidad de la Unión Europea con una tasa de 1,2 hijos por familia, muy por debajo de los 2 hijos necesarios para que se garantice la denominada *fertilidad a nivel de reemplazo* que asegura el equilibrio demográfico. En los niveles actuales, se estima que el país podrá perder 10 millones de habitantes en el próximo medio siglo”. *La Vanguardia Digital*, 9 de Novembro de 2001.

recentes (do ano 2003), demonstram que uma política familiar de estímulo da natalidade tem um efeito realmente positivo no índice da fecundidade.<sup>1147</sup>

Mas é evidente que estas medidas serão sempre insuficientes, uma vez que se trata de uma ajuda parcialíssima às necessidades da família. Na verdade, tal como refere numa entrevista, o Presidente da Federação de Associações de Famílias Numerosas: “No hay que incentivar a las personas para que tengan hijos, aquí hay que respetar su libertad...los que tenemos familia numerosa<sup>1148</sup> claramente es porque nos da la gana, no es producto ni de ignorancia ni de fanatismo religioso, es producto de nuestra libertad. Por la misma razón que se plantea el no tener hijos o tener pocos de forma libre, nosotros también queremos ejercer nuestra libertad”.<sup>1149</sup> Este pai de família numerosa fazia estas afirmações, como crítica às medidas governamentais de apoio à família aprovadas em 11 de Novembro de 2001 (e cuja vigência se estende 2001-2004) afirmando: “las medidas de apoyo a la familia...son fundamentalmente natalistas”, por isso, afirma que são “absolutamente insuficientes”. E isto porque, tal como defendemos ao longo deste trabalho, “las familias numerosas son las que más contribuyen al desarrollo del país y a cambio se las discrimina negativamente”. E com todo o senso comum, justifica: “nosotros somos los que más contribuimos al desarrollo del país, somos los que más PIB generamos, un crío desde que nace ya está generando PIB, después con su trabajo y sus impuestos. Nosotros pagamos más impuestos que nadie porque consumimos más que nadie y no tenemos ningún tipo de desgravación.<sup>1150</sup> (...) Cualquier persona prudente debería hacerse un plan de pensiones porque no sabemos, en función de este desfase demográfico que va a pasar con las pensiones de aquí a unos años. Evidentemente, un padre de familia numerosa no va a tener normalmente disponibilidad para poder hacer una dotación al plan de pensiones. De tal manera que los que más estamos aportando al sistema, con

---

<sup>1147</sup> Cfr. VALLÉS, J.; ZÁRATE, A., “La incidencia de las ayudas por descendientes sobre la fecundidad. Un estudio para España por tramos de edad”, *X Encuentro de Economía Pública*, Tenerife, 6 e 7 de Febrero de 2003, p.3; LEVY, H., “La reforma del sistema de protección por hijo a cargo en España, en un contexto europeo”, *X Encuentro de Economía Pública*, Tenerife, 6 e 7 de Febrero de 2003, p.5.

<sup>1148</sup> É pai de 12 filhos.

<sup>1149</sup> *El Semanal Digital*, 19 de Abril de 2002.

<sup>1150</sup> E concretiza noutra entrevista: “Somos quienes pagamos más impuestos indirectos por el consumo”. *Diario de Navarra*, 31 de Maio de 2002.*Ibidem*.

impuestos, con nuestros propios hijos,<sup>1151</sup> después posiblemente no tengamos o tengamos una pensión muy reducida” e acaba concluíndo que “las familias merecen la máxima valoración social por parte de las instituciones públicas”.<sup>1152</sup>

Portanto, não há dúvida que de que se trata de um caso de justiça, que os Estados promovam todas as condições favoráveis ao desenvolvimento das famílias e lhes conceda um substancial apoio através de medidas políticas que assegurem os seus direitos.<sup>1153</sup> Como refere um europarlamentário:<sup>1154</sup> “Las ayudas estatales a la familia no son un gasto sino una inversión”<sup>1155</sup>, ou o Presidente da Associação de Famílias Numerosas, na entrevista já referida: “No pedimos caridad sino justicia equitativa”.

Neste contexto, nos últimos anos a tendência dos Estados europeus é de dar apoio às famílias através de medidas políticas.<sup>1156</sup> Segundo o Centro de Estatística da União Europeia (Eurostat), num estudo sobre gastos públicos para apoio às famílias, os dados de 1999 demonstram que os Estados membros da UE dedicaram 8,5% do seu gasto social a apoiar o matrimónio e a família.<sup>1157</sup> Países como França, Alemanha, Suécia, Holanda e Noruega foram pioneiras em aplicar medidas de natalidade e de apoio à conciliação entre a vida laboral e familiar.<sup>1158</sup> O Ministério do Trabalho e Assuntos Sociais também publicou<sup>1159</sup> um relatório informativo e comparativo sobre as políticas familiares na

---

1151 “Que contribuirán el día de mañana con sus cotizaciones al desarrollo social y económico ¿Por qué tenemos que pagar lo mismo que un soltero por un piso grande si para nosotros es una necesidad, no es un lujo? Lo mismo sucede con la agua, el coche...”. *Ibidem*.

1152 *El Semanal Digital*, 19 de Abril de 2002.

1153 *El Semanal Digital*, 19 de Abril de 2002.

1154 José María Gil Robles, ex-presidente do Parlamento Europeu.

1155 *Diário de Navarra*, 1 de Junho de 2002.

1156 “El papel de la familia se está revalorizando en el viejo continente atendiendo al Eurobarómetro, más de 90% de los europeos consideran la familia como un valor esencial. Los ciudadanos han percibido que es la célula base de la sociedad”. Refere ainda que, “dentro de una política familiar los distintos tipos de protección de ayuda a la familia existentes en la Unión Europea, aunque son muy diferentes, todos confluyen en una idea común. Queda claro que si se quiere que los padres cumplan su función fundamental de querer, educar y formar a sus hijos, es indispensable favorecer la presencia de al menos un de los progenitores en el hogar”. *Ibidem*.

1157 Espanha apenas gastou um 2,1% (em terceiro lugar) depois de Portugal e Grécia, que são os que gastam menos. Cfr. *Zenit*, de 23 de Maio de 2002: *Semana Internacional*.

1158 Cfr. *Cinco Días*, 19 de Novembro de 2001.

1159 Em 11 de Novembro de 2001.

Europa.<sup>1160</sup> Para conhecer com mais desenvolvimento este relatório, veja-se o trabalho já referido de Levy: *La reforma del sistema de protección por hijo a cargo en España, en un contexto europeo* (2003).<sup>1161</sup> Segundo o seu autor, “El objetivo de este trabajo es identificar y evaluar posibles vías de reforma del sistema de protección familiar que permitan mejorar esta situación y el bienestar de las familias españolas. Utilizando el modelo de micro-simulación (EUROMOD) se simulan y evalúan tanto las propuestas de reforma presentadas en el *Plan Integral de Apoyo a la Familia*, como reformas inspiradas en los sistemas de protección familiar en otros cuatro países de la UE. (...) En la segunda sección se realiza una breve descripción de la situación de las familias en España frente a las de los demás países de la Unión Europea... en la cuarta se compara el sistema de protección familiar español frente al de Alemania, Dinamarca, Francia y Reino Unido. En la quinta se estiman los efectos de la reforma de la protección familiar para el año 2003 y se simulan reformas alternativas inspiradas en los cuatro países analizados en la sección anterior”.<sup>1162</sup>

Sendo a família um tema de tanta importancia social, não pode estar sujeita “ni a los vaivenes políticos ni a quién esté gobernando. Toda la clase política tiene que implicarse. Y la familia tener voz propia”.<sup>1163</sup> Por isso, reclama-se actualmente (sobretudo de parte das associações familiares) um “Pacto de Estado para a Família”, capaz de oferecer garantias de estabilidade: “Es necesario realizar un pacto entre partidos políticos y agentes sociales familiares para que la promoción y ayuda a la familia no dependa de las coyunturas políticas y económicas”.<sup>1164</sup> No mesmo sentido, veja-se a entrevista de José Ramón Losana, Presidente das Associações de Família Numerosas, “La política familiar es una cuestión de Estado como lo es la Justicia, el terrorismo o el sistema de pensiones” e acrescenta, “abogo por un Pacto de Estado porque el tema de la familia no puede estar sujeta a ideologías o a los caprichos de los políticos, la familia no es de derechas ni de izquierdas, la familia es un problema de Estado”.

---

<sup>1160</sup> Cfr. *La Vanguardia Digital*, 12 de Novembro de 2001.

<sup>1161</sup> *X Encuentro de Economía Pública*, Tenerife, 6 e 7 de Febrero de 2003.

<sup>1162</sup> Páginas 1 e 3.

<sup>1163</sup> José Ramón Losana, *Diario de Navarra*, 31 de Maio de 2002.

<sup>1164</sup> Eduardo Hertfelder, Secretário Geral do *Instituto de Política Familiar*. *Diario ABC*, 30 de Setembro de 2002.

Considerámos também, que um passo importante e necessário para uma política global às famílias passa pela constituição governamental de um Ministério ou, pelo menos, Secretaria de Estado, exclusivamente dedicada aos assuntos da família. Isto evitaria a falta de coordenação entre os diversos ministérios normalmente implicados em medidas de apoio à família (Trabalho, Segurança Social, Fiscal e Tributário, Saúde, etc.). De facto, só assim se assegura uma correcta e eficaz aplicação das medidas propostas (que se ficassem distribuídas pelos diversos ministérios, poderiam ficar bloqueadas pelos mais diversos motivos).<sup>1165</sup>

Quanto aos princípios directivos que devem guiar um programa avançado de política familiar numa sociedade democrática, são apresentados por Viladrich em, pelo menos, duas das suas obras: *Documento 40 ONG's Sobre La Familia*, Pamplona 1995 e *El Modelo Antropológico del Matrimonio*, Madrid 2001.<sup>1166</sup> Estes princípios directivos ou inspiradores de uma política familiar<sup>1167</sup> são: “el principio de libertad de elección, racionalidad y realismo en el reconocimiento de la identidad de la familia y de otras formas de convivencia afectiva; carácter integral y integrador del diseño y, finalmente, subsidiariedad del apoyo social y público al desarrollo de la familia, como sujeto social primario y activo”.<sup>1168</sup> Estes princípios informadores de uma política de família estão desenvolvidos nas obras referidas e são importantes no momento de elaborar um programa de política familiar.

Só deste modo se asseguram convenientemente os direitos da família. De facto, os direitos da Família referidos anteriormente<sup>1169</sup> podem correr o risco de ficarem reduzidas a um mero elenco de direitos fundamentais sem qualquer afirmação real se não forem

---

<sup>1165</sup> Cfr. *La Vanguardia*, 9 de Novembro de 2001.

<sup>1166</sup> Cfr. VILADRICH, P.-J. (Coord.), *Documento 40 ONG's sobre la familia*, Pamplona 1995, pp.47 e ss; *El modelo antropológico del matrimonio*, Madrid 2001, pp.113 e 114.

<sup>1167</sup> VILADRICH, P.-J. (Coord.), *Documento 40 ONG's sobre la familia*, Pamplona 1995, p.73.

<sup>1168</sup> *Ibidem*.

<sup>1169</sup> Direito ao reconhecimento da sua personalidade jurídica; direito a fundar família; direito à liberdade religiosa; direito de associação; direito à intimidade e privacidade; direito a ajudas fiscais e tributárias; direito assistência social; direito ao trabalho; direito a um salário suficiente; direito ao descanso; direito de habitação; direito à educação; direito à ajuda para o matrimónio; direito assessoria conjugal e familiar; direito à cultura de integração familiar; direito a um habitat ecológico e a uma política global e adequada de apoio às famílias.

postos em prática por uma política familiar.<sup>1170</sup> Na verdade, “el reconocimiento de la familia como sujeto social primario se llama hoy, plan de política integral sobre las áreas en las que la familia cumple funciones estratégicas respecto del entero modelo social. Sin dicho plan, el reconocimiento de elencos de derechos de la familia... pueden limitarse a ser un fenómeno de mero efecto programático e interpretado en términos de evento ideológico”.<sup>1171</sup> Este autor también considera necesario que “en el orden de la eficacia real, el papel y funciones de la familia como sujeto primario en el modelo social, requiere otros medios. El principal medio nuevo es la aprobación parlamentaria de un programa de política integral sobre la familia altamente consensuado como política de Estado más que de partido; la voluntad política de cumplirlo en forma estable mediante la atribución presupuestaria anual de los medios financieros para ejecutarlo; y las estrategias de comunicación oportunas para trasladarlo a la conciencia del ciudadano corriente como sector principal de la acción política y social”.<sup>1172</sup> E acrescenta: “Una política familiar, aprobada parlamentariamente, como ocurre con una política laboral, hidráulica o sobre migración, involucra realmente los recursos y medios del Estado, incluidos los financieros, y los implica desde dentro de los poderes públicos hacia fuera de la sociedad y desde la base de los electores hacia arriba”.<sup>1173</sup>

Viladrich também desenvolve os vários âmbitos duma política de família: educação; infância; juventude; idosos; saúde; meio ambiente; ócio e descanso; meios de comunicação social; o modelo socio-económico; política legislativa; política fiscal; política de prestações sociais; etc.<sup>1174</sup>

Como não é nossa intenção concretizar medidas políticas de apoio à família, apenas já só desejamos salientar algumas obras cujos estudos e conclusões considerámos interessantes para os realizadores de um programa global de política familiar. Assim, no importante plano fiscal e tributário e que deve merecer um estudo sério acerca da

---

<sup>1170</sup> Cfr. VILADRICH, P.-J., *El modelo antropológico del matrimonio*, Madrid 2001, p.113.

<sup>1171</sup> *Ibidem*.

<sup>1172</sup> VILADRICH, P.-J., *El modelo antropológico del matrimonio*, Madrid 2001, p.114.

<sup>1173</sup> VILADRICH, P.-J. (Coord.), *Documento 40 ONG's sobre la familia*, Pamplona 1995, pp.73 e ss; *El modelo antropológico del matrimonio*, Madrid 2001, p.113.

<sup>1174</sup> Cfr. VILADRICH, P.-J. (Coord.), *Documento 40 ONG's sobre la familia*, Pamplona 1995, pp.51. -70



tributação familiar, salientámos a interessante obra de Cañal onde se realiza um profundo estudo acerca desse tema.<sup>1175</sup> Assim, estuda os diversos sistemas de imposto e aquele que considera o mais adequado à família. Por último, apenas queremos mencionar a obra de Lecaillon, onde este autor faz um balance acerca da eficácia da aplicação de várias políticas familiares.<sup>1176</sup>

Daquilo que acabámos de referir, parece estar claro que o Estado deve intervir em relação à família.<sup>1177</sup> De facto, a sua abstenção em alguns momentos históricos, penalizou gravemente e negativamente a família.<sup>1178</sup> A desregulamentação do matrimónio, (geralmente realizada em nome duma liberdade individual deficientemente entendida) que deixa todo o conteúdo dessas relações ao âmbito da esfera privada (das relações privadas dos cidadãos) significou, frequentemente, desvantagem para a situação dos cidadãos socialmente mais débeis (que são, geralmente, as mulheres e as crianças).<sup>1179</sup> E, ainda, um correlativo fortalecimento da posição tradicionalmente dominante (geralmente do homem).<sup>1180</sup> Levando ao crescimento da designada “pobreza feminina”,

---

<sup>1175</sup> CAÑAL, F., *Las Rentas Familiares en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Madrid 1997.

<sup>1176</sup> LECAILLON, J.-D., *La familia como primera realidad económica*, Madrid 1995.

<sup>1177</sup> Sobre programas de política integral sobre a família, veja-se: VILADRICH, P.-J., *El modelo antropológico del matrimonio*, Madrid 2001, pp.113-114 e VILADRICH, P.-J. (Coord.), *Documento 40 ONG's sobre la familia*, Pamplona 1995, pp.8 e ss.

<sup>1178</sup> Veja-se o ocorrido com a ideologia individualista típica da Revolução Industrial, que preconizava a não intervenção do Estado (essa típica máxima do movimento liberal e do naturalismo racionalista: “Laissez-faire, laissez-passar, le monde va de lui même”). Que provocou uma desenfreada busca de riqueza (sem qualquer preocupação pela justiça ou a ética). Os bens particulares substituíram o bem comum e a sociedade entrou numa gravíssima crise social (sobretudo impulsionada pelo problema laboral) que levou a uma reacção contária e também com consequências catastróficas para a humanidade: a experiência (já historicamente ultrapassada) do socialismo colectivista. Cfr. Nosso trabalho supra.

<sup>1179</sup> Segundo Anderson, este novo modelo fruto da abstenção do Estado, levaria a uma nova forma de “darwinismo social”: a sobrevivência dos mais fortes (e das suas preferências). Cfr. ANDERSON, “Tendencias Fundamentales de la política familiar en los Estados Unidos”, *V Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado. Libertades Fundamentales y Sistema Matrimonial*. Vol.1, Pamplona 1990, pp.7 e ss.

<sup>1180</sup> GLENDON, M.A., *The Transformation in Family Law*, Chicago 1989, p.145.

uma inaceitável e ultrajante situação mundial violadora dos elementos mais básicos da dignidade humana.<sup>1181</sup>

Em consequência, a organização jurídica da família por parte do Estado, ao longo da história, sempre se debateu entre a sua reserva aos particulares e a intervenção do poder público. Para algumas ideologias, a família é um mero organismo do Estado (a forte intervenção estatal, controla completamente a actuação da família). Para o sistema liberal, que configura a família como elemento exclusivamente privado, a sua regulamentação pelo Estado é, praticamente, nula. Outros defendem um sistema misto porque se distribuem as funções da família entre o Estado e os particulares. Não se trata da aplicação do princípio da subsidiariedade, pois o Estado não actua só quando os particulares “não o façam ou o façam mal”, mas actuam ambos conjuntamente distribuindo as áreas da actividade.<sup>1182</sup> Segundo este sistema, aos particulares corresponde prestar determinados serviços assistenciais, que se apresentam no âmbito do grupo familiar e que têm como finalidade última a de “proporcionar ao grupo o desfrute efectivo dos direitos fundamentais”. Como consequência, a família “não pode ser contemplada como uma realidade em si mesma, mas sim como um instrumento ao serviço do indivíduo”.<sup>1183</sup> Como podemos constatar, esta teoria baseia-se numa visão individualista da família. Para esta, não existe um conceito jurídico de família. Em consequência, a protecção jurídica da família não tem como sujeito a família como tal. Esta protecção deve-se ao facto “de que permite aos respectivos indivíduos que a formam, obter a satisfação dos seus direitos”. Neste caso, a família é um mero instrumento ao serviço do indivíduo.<sup>1184</sup>

---

1181 Cfr. ROCA, E., *Familia y cambio social*, Madrid 1999, pp.63ss. Mary Ann Glendon menciona num relatório governamental de Estados Unidos (do ano de 1993) que o divórcio e os nascimentos fora do casamento se converteram em causa da existência de uma elevada quantidade de mulheres e crianças, a viver num miserável estado de pobreza, nesse país. GLENDON, M.A., *The Transformation in Family Law*, Chicago 1989, p.145 e ss. No mesmo sentido, veja-se o trabalho de investigação onde se analisou a sociedade de Estados Unidos, publicado em Fevereiro de 2002: cfr. VV.AA., *Why Marriage Matters. Twenty One Conclusions from de Social Sciences*, Nova York 2002.

1182 Esta é a posição de, por exemplo, ROCA, E., *Familia y cambio social*, Madrid 1999, pp.68-69; 76 e 80.

1183 *Ibidem*.

1184 ROCA, E., *Familia y cambio social*, Madrid 1999, p.69-72. A tradução é nossa.

Contrariamente, a nossa posição baseia-se na aplicação do princípio de subsidiariedade como critério de intervenção do Estado. É o que vamos ver seguidamente.

#### IV.3.2. Princípio de subsidiariedade

Já vimos como é dever do Estado defender e promover os direitos humanos. Daí deriva a responsabilidade das instituições políticas em proporcionar um marco jurídico justo para que todas as comunidades sociais possam cooperar no alcance do bem comum. Por isso os direitos humanos e dentro destes os direitos da família, podem desenvolver-se devidamente de acordo com a aplicação do princípio de subsidiariedade.<sup>1185</sup>

Segundo este princípio, e adaptando-o à realidade da família, uma estrutura social de ordem pública não deve interferir na vida interna de um grupo social privado e mais pequeno privando-o das suas competências, mas antes ajudá-lo, em caso de necessidade, a coordenar a sua acção com os demais grupos sociais com vista à obtenção do bem comum.<sup>1186</sup> A família é o núcleo central da sociedade civil,<sup>1187</sup> por isso, a família deve ser respeitada e protegida pelo Estado como a primeira instituição social. De acordo com o princípio da subsidiariedade, requer-se que o Estado não intervenha nos âmbitos em que a iniciativa da família seja suficiente. Assim, o Estado (cuja finalidade, como já o referimos anteriormente, é a de estabelecer uma organização social que torne possível as condições necessárias para o desenvolvimento do ser humano: o bem comum social) tem o dever de favorecer as condições para que a família possa cumprir as suas funções e finalidade sociais (uma vez que o cumprimento destas, está directamente vinculado e é proporcional

---

<sup>1185</sup> Veja-se também, VILADRICH, P.-J., *El modelo antropológico del matrimonio*, Madrid 2001, p.52.

<sup>1186</sup> Cfr. “Derechos de la Familia y Subsidiariedade”, in *Familia y Derechos Humanos*, CPF, cap.6 (11 de Novembro de 2000). Veja-se também: HOFFMAN, J., *Sovereignty*, Minneapolis 1998, p.106; MILL, J.S., *On Liberty*, Nova York 1956, p.187.

<sup>1187</sup> Na medida em que esta fundada sobre o matrimónio e, por isso, apresenta uma cõesão que supera a de qualquer outra comunidade social. Cfr. “Declaración de Buenos Aires”, 6, *III Encontro de Políticos e Legisladores de America*, (Familia y vida a los 50 años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos), 5 de Agosto de 1999. Veja-se também nosso trabalho, supra, em relação as funções sociais da família.

ao bem comum).<sup>1188</sup> O Estado favorece estas condições através de uma legislação orientada a facilitar-lhe essas tarefas e suprindo a acção dos esposos e dos demais elementos da família, somente naqueles âmbitos onde estes não podem chegar. Através desta função supletiva do Estado, este, é chamado a intervir naquelas situações onde advirta nos membros incapacidade ou indignidade. Neste contexto o Estado só pode invadir a intimidade do lar para restabelecer o direito perturbado de alguns dos elementos da família. De facto, o Estado deve assegurar, com medidas adequadas, que os membros mais débeis das famílias (normalmente as mulheres, as crianças, os doentes e os idosos) não sejam objecto de abuso por parte dos outros membros.

Neste sentido, o Estado deve intervir naquelas situações em que exista uma lesão dos direitos humanos fundamentais de algum (ou vários) dos elementos da família.<sup>1189</sup>

Vamos seguidamente analisar em que situações o Estado tem o dever de intervir, afim de evitar violações dos direitos fundamentais dos elementos das famílias, praticadas pelos seus próprios membros.<sup>1190</sup>

### **IV.3.3. Situações de intervenção do Estado na vida de Família**

#### **IV.3.3.1. Enquadramento das questões**

Primeiramente vamos referir-nos às relações com os cônjuges e às situações em que pode o Estado intervir no que diz respeito às suas atitudes, decisões e relações recíprocas.

Reprodução: por exemplo, pode o Estado intervir nas decisões conjugais sobre esta matéria? Quer dizer, todos podem reproduzir (mesmo, por ex., os deficientes com doenças de transmissão genética, etc.)?

---

<sup>1188</sup> O Estado exerce o poder para governar e pode recorrer à coacção, por isso, o exercício do seu poder deve ser estritamente controlado por regras constitucionais. Segundo o princípio de subsidiariedade, o Estado não podera intervir nos âmbitos em que a iniciativa dos particulares, das comunidades, das empresas, etc., é suficiente para assegurar o bem comum de toda a sociedade.

<sup>1189</sup> Cfr. ROCA, E., *Familia y cambio social*, Madrid 1999, pp.81 e 88.

<sup>1190</sup> Trata-se de situações irregulares e patológicas que justificam a intervenção do poder publico numa área vocacionalmente pertencente à soberania da família. Evidentemente que se trata de âmbitos relacionados com esse poder soberano do matrimónio e da família, mas fora do seu núcleo essencial, que, como já referimos, não pode ser usurpado pelo Estado

Em relação à decisão acerca do número e intervalo entre os filhos: é uma decisão dos cônjuges indiferente para a sociedade ou pode o Estado (por ex., por questões demográficas) intervir com medidas de planificação familiar?<sup>1191</sup> E se há desacordo entre os cônjuges acerca desta matéria? Por exemplo, em relação à questão do aborto: se ambos concebem um filho e um deles decide abortar: deve o Estado interferir nesta decisão? Está em causa algum interesse público? E interesse privado? Qual deve prevalecer? E se o filho for um deficiente profundo (aborto eugénico)? E em relação a esterilização? E às técnicas de reprodução assistida (fecundação artificial homóloga, heteróloga) e que permite fenómenos como a sub-rogação de ventre, clonagem com fins ou não, terapêuticos. Quais destas devem ser reguladas e permitidas? Devem ser subsidiadas com dinheiro público? Que interesses públicos e privados estão em causa?

Adopção: quanto a este instituto, quem deve poder adoptar e a quem deve estar vedado?

Eutanásia: deve ser, ou não, admitida legalmente?

Violência doméstica e violação conjugal: deve o Estado intervir em situações de violência doméstica (física ou psíquica) entre cônjuges; e de violação conjugal?

E nas relações entre Pais e filhos: o Estado deve intervir quando existe violência: física e psicológica? E quando se dá situações de negligência grave?

---

<sup>1191</sup> Campanhas contra a procreação e distribuição massiva, indiscriminada e gratuita de anticonceptivos: ex. em Campos de refugiados em ex-Jugoslávia, ou no caso de acidentes naturais como o do terramoto de Índia, em Janeiro de 2001; nos campos de esterilização de Índia (cfr. *Zenit*, 11 Setembro de 2000), etc. Esterilizações forçadas, por ex. México, Perú (em 10 anos, “300 mil mujeres fueron esterilizadas bajo presión con millones de dólares del Fondo de Población de la ONU y US AID”, *Zenit*, 11 de Setembro de 2000), zonas da Amazónia (cfr. *Zenit*, 2 de Setembro de 2001) ou Tibete. Ou a política imposta em China de filho único (Cfr. *Herald Tribune*, 21 de Agosto de 2002). “El Fondo de Población para las Naciones Unidas (UNFPA) ya inició una agresiva campaña de salud reproductiva contra las refugiadas afganas en Paquistán...el UNFPA ha anunciado el suministro de 4,5 millones de dólares en servicios de salud reproductiva...los cuales incluyen el aborto y los anticonceptivos abortivos...estas mujeres necesitan de agua, alimentos, medicinas, ropas y un techo donde cobijarse, no que maten a sus hijos no nacidos”, *Zenit*, 14 de Dezembro de 2001. Em consequência a Administração G.Bush cortou a financiamento pública ao Fundo de População das Nações Unidas (UNFPA), agência da ONU por colaborar nos abortos coercitivos em China: cfr. *La Gaceta de los Negocios*, 4 de Setembro de 2002. Ou ainda: “International Planned Parenthood Federation (IPPF) y la cadena de televisión británica BBC, han creado una alianza para promover el aborto mundialmente”: *Mujernueva*, 14 de Dezembro de 2001; Entre as principais Fundações que financiam a planificação familiar, incluindo o aborto, encontram-se: Ford, Rockefeller, Mellon, Packard, CNN, Microsoft, etc. Cfr. *Zenit* de 25 de Novembro de 2001.

Todas as respostas que apresentaremos a estas questões serão o resultado da aplicação da teoria optada ao longo deste trabalho: a do Direito Natural clássico. Neste contexto, daremos as respostas que, segundo esta doutrina, julgamos mais justas e adequadas a esses conflitos e situações de irregularidade que podem surgir no seio das famílias.

Sempre dentro deste contexto da doutrina do Direito Natural clássico, centralizaremos as soluções na aplicação dos princípios “puerocentrista” em relação aos conflitos familiares entre pais e filhos;<sup>1192</sup> e o da “dignidade humana” nos conflitos entre cônjuges. Nesta exposição não nos referiremos à possível aplicação de outras teorias na medida em que isso nos levaria demasiado longe, em relação aos objectivos que nos propomos neste nosso trabalho. Contudo, referiremos esporadicamente, como termo de comparação, a teoria do utilitarismo<sup>1193</sup> devido, sobretudo, a dois motivos: por um lado porque se refere directamente à vantagem (mais-valia) que proporciona para à sociedade a família matrimonial, e os motivos pela qual esta deve ser defendida. Por outro lado, aplicando o princípio da utilidade podemos dar-nos conta dos graves erros que podem ser cometidos sob a sua aplicação e que, de facto, hoje se evidenciam em soluções a que subjaz subrepticamente, ou mesmo abertamente, esta teoria.

Já explicamos oportunamente as bases da doutrina do Direito natural clássico. Por isso, queremos apenas chamar a atenção para algumas características relacionadas com a teoria do utilitarismo e que se distinguem radicalmente do nosso ponto de vista. Por exemplo, acerca da origem dos direitos humanos, refere Houlgate, autor que aplica a teoria do utilitarismo em relação ao tema do matrimónio e da família: “If it is asked why society ought to defend me, Mill goes on to reply, I can give...no other reason than general utility. That is, rights are not derived from “human nature”(...) we are not born with them. We have them only because society has decided that we will benefit from the

---

<sup>1192</sup> Na medida em que as crianças estão numa situação normalmente mais débil que a dos seus progenitores.

<sup>1193</sup> Propugnada por J. Stuart Mill, *Utilitarianism*, (1867), Indianapolis 1979, p.52 (Jeremy Bentham foi o primeiro a propor a teoria do utilitarismo que foi, mais tarde desenvolvida pelo seu afilhado, John Stuart Mill). “The principle of utility says that we are to promote the greatest good or happiness of the greatest number”, HOULGATE, L.D., *Family and State*, New Jersey 1988, p. 101. Para uma explicação mais pormenorizada ao princípio do utilitarismo, veja-se HOULGATE, L.D., *Family and State*, New Jersey 1988, pp.138-147.

protection they afford. (...) For example, a dog might be said to have a right not to be treated cruelly. But if it is true to say that dogs have rights, then this is not because of their nature, but because we have decided that more good than bad would be produced in our society by protecting dogs in this way”.<sup>1194</sup>

Na teoria utilitarista a pergunta fundamental que se coloca é a seguinte: “What is the rightful limit to the sovereignty of the individual over himself? Where does the authority of society begin? How much of human life should be assigned to individuality, and how much to society?”.<sup>1195</sup>

Neste momento, podemos já concluir de um modo geral que a teoria utilitarista subordina a pessoa à sociedade. Consequentemente, a dignidade humana é violada em nome de um aparente bem comum social que não é mais do que uma material mais-valia que, à margem da ética, conduz a sociedade a uma cultura anti-vida, degradando-a e levando, em último termo à sobrevivência dos mais fortes em detrimento dos mais débeis e indefesos, que são considerados “inúteis” à sociedade pela sua incapacidade de produzir. Pelo contrário, a teoria do Direito Natural, defende que existem uns direitos originários e inatos à dignidade da pessoa humana e que, por isso, são direitos humanos fundamentais.<sup>1196</sup>

Seguidamente, vamos referir-nos a alguns aspectos relacionados com o direito à intimidade dos indivíduos membros da família e, por outro lado, ao interesse público acerca da protecção da família e da sua funcionalidade que obriga a intervenção do Estado quando a dignidade humana de algum dos membros da família está em causa, isto é, os seus direitos fundamentais estão ameaçados. Começaremos pelas relações entre os cônjuges e as situações que consideramos que o Estado pode intervir e posteriormente mencionaremos as relações paterno filiais.

---

<sup>1194</sup> HOULGATE, L.D., *Family and State*, New Jersey 1988, p. 95. Podemos contatar como esta teoria está intrinsecamente relacionada com as doutrinas clássicas (supra analisadas) sobre o contrato social, no qual os cidadãos alienam todos os seus direitos a uma sociedade que lhe *concede* os seus direitos como cidadãos (veja-se supra, sua relação com a teoria de Bodin, Hobbes, Rousseau, etc.).

<sup>1195</sup> MILL, J.S., *On Liberty*; (1859), New York 1956, p.91. Comenta Houlgate que quando Mill colocou esta questão (em 1859): “he did not have in mind the rightful limit of *sovereignty of families*”. HOULGATE, L.D., *Family and State*, New Jersey 1988, p. 95.

<sup>1196</sup> Veja-se nosso trabalho, supra.

#### **IV.3.3.2. Relações entre os cônjuges**

Em relação às questões relacionadas com a reprodução:

O repto que se nos coloca é o de definir aquelas situações em que o Estado pode intervir nas decisões conjugais acerca da reprodução. Neste sentido, pensámos que o Estado não deve intervir na decisão dos cônjuges quanto ao número e intervalo entre os filhos. Trata-se de um direito que corresponde ao poder soberano dos cônjuges e que deriva do seu direito a casar e fundar família. Contudo, é evidente que se os cônjuges tem um comportamento violador da dignidade humana (sua ou do outro cônjuge) é dever do Estado intervir para salvaguardar essa dignidade humana e os direitos fundamentais que nela se baseiam.

No caso de haver conflitos entre os cônjuges em relação a esta matéria, por exemplo, se concebem um filho e um deles decide abortar? Deve o Estado intervir? Que interesses estão em causa? Qual deve prevalecer?

Antes de mais, cabe dizer que dentro duma perspectiva do Direito Natural clássico, todo ser humano é pessoa desde a sua concepção, logo deve ser tratado com a dignidade que corresponde a todas as pessoas. O primeiro direito a ser reconhecido a uma pessoa é o seu direito à vida na medida em que é causa de subsistência do sujeito e o que possibilita que este seja titular de todos os outros direitos fundamentais. Em consequência, o aborto deveria ser proibido (mesmo naquelas sociedades, onde o aborto esta legalizado há já algum tempo, e que se poderia colocar o problema da efectividade dessa lei proibitiva).<sup>1197</sup> De qualquer modo, dado a este ser um assunto onde não cabe transigir, por tratar-se do direito mais básico do ser humano, o Estado deve proibir aborto e, caso isto fosse impossível, deveria, pelo menos, desincentivá-lo com medidas adequadas.<sup>1198</sup>

---

<sup>1197</sup> O aborto não tem qualquer justificação e repugna especialmente, pela vítima ser um inocente, débil, indefeso e dependente de quem o mata.

<sup>1198</sup> A aplicação da teoria utilitarista a uma situação de aborto, consideraria que o feto (ou a criança ainda não nascida) só é pessoa se tal lhe for atribuído pelo Estado (não existem direitos naturais e originários). Neste caso é o Estado que decide se atribui ou não direitos ao feto, isto é, se o reconhece ou não como pessoa. O curioso é que, para orientar a decisão do Estado, o princípio utilitarista faz um balanço entre: os benefícios e prejuízos do reconhecimento do estatuto jurídico



Neste último caso, voltámos à nossa questão (se o aborto estivesse despenalizado): se houvesse conflito entre as vontades opostas dos cônjuges em relação a abortar um filho comum: o Estado deveria intervir? Julgamos que sim, na medida em que (independentemente da questão de ser um crime de infanticídio) consideramos que ao contrair matrimónio, ambos cônjuges se comprometem a estar abertos à procriação. Logo, os filhos são um resultado desse compromisso assumido no dia do casamento. Por isso, o Estado pode intervir para dirimir esse conflito e fazer cumprir as promessas assumidas.<sup>1199</sup> E no caso de que o filho fosse profundamente deficiente (caso do aborto eugénico)? Pensamos que a solução continuaria a mesma, pois nem sequer existe um conflito de direitos. Só existe o direito à vida. Não nos parece que se possa aceitar qualquer tipo de direito dos pais a suprimir a vida de um ser mais débil, indefeso e dependente, por meras questões de utilidade social. Ainda que, obviamente, caberá ao Estado apoiar com assistência, estas situações mais dificultosas para as famílias.

Em conclusão, o direito à vida é um direito fundamental e inviolável pois com a sua privação todos os demais direitos perdem a sua consistência por ausência do sujeito. Por conseguinte, trata-se de um direito que não pode ser violado em favor de outros direitos ou pseudo-direitos.<sup>1200</sup>

Outro problema relacionado com a reprodução é o da esterilização. Evidentemente que o Estado deve desincentivar a esterilização, na medida em que o matrimónio inclui a procriação, que socialmente tem um elevado valor (veja-se, supra, funções sociais da

---

do feto, em relação com os benefícios e prejuízos daqueles que tem que continuar com a gravidez até ao seu termo e cuidar da criança. E acaba por decidir pela negação do reconhecimento do estatuto jurídico do não nascido e pela conseqüente legalização do aborto. Cfr. HOULGATE, L.D., *Family and State*, New Jersey 1988, pp.95-99. Apesar disto, os seguidores da teoria utilitarista reconhecem: “A society with liberal abortion policy, puts itself on a *slippery slope* that forces to slide into liberal policies on euthanasia and other forms of killing. Such policies, make people less humane and more likely to condone various forms of *State* killing of *undesirables*. HOULGATE, L.D., *Family and State*, New Jersey 1988, p.97. Refere ainda este autor, defensor do utilitarismo: “If we can use the utilitarian calculus to justify abortion, why can’t it be used also to justify such practices as infanticide, euthanasia, and other kinds of killing of unwanted persons in our society?”. HOULGATE, L.D., *Family and State*, New Jersey 1988, p.98.

<sup>1199</sup> Também a teoria utilitarista considera que a mesma solução deve ser dada. Cfr. HOULGATE, L.D., *Family and State*, New Jersey 1988, p. 95.

<sup>1200</sup> Quanto a uma perspectiva moral: “É necesario distinguir entre direito fundamental e o seu valor e nobreza. Há outros valores que se revestem de uma maior altura e nobreza. E tanto é assim, que por eles é digno e lícito oferecer ou arriscar a própria vida”. “El Derecho a la Vida”, in *Família y Derechos Humanos*, Conselho Pontifício para a Família, cap. 4, n.30 (11 de Novembro de 2000).

família).<sup>1201</sup> Logo, trata-se de um valor que deve ser reconhecido pelo Estado.<sup>1202</sup> Todavia, por razões graves de saúde de um dos cônjuges a lei pode permitir a esterilização, mas só nos casos em que se trate de salvar a vida do sujeito.<sup>1203</sup> Outra questão que se poderia colocar acerca da reprodução é a da possibilidade de todos os cidadãos poderem reproduzir: deficientes com graves doenças de transmissão genética, os doentes com sida, etc.? Em relação a esta questão, cremos que o direito a casar e fundar família se aplica a todos os que são capazes de dar o seu consentimento e este deve ser o critério aplicável a estes casos. De facto, havendo capacidade para dar o consentimento pleno e livre, cremos que o Estado não tem legitimidade para intervir na decisão do sujeito a procriar, na medida em que esta, vai unida ao seu direito fundamental a casar. Claro que esta decisão se opõe a uma visão utilitarista da sociedade.<sup>1204</sup>

Em relação ao desenvolvimento das técnicas de reprodução assistida, quais devem ser reguladas e permitidas? No caso de serem permitidas, devem ser subsidiadas com dinheiro público? Que interesses públicos e privados estão em causa?

Pode-se, realmente, reconhecer um “direito a ter filhos”? Parece-nos que não. De qualquer modo, neste âmbito, o Direito deve dar sempre preferência aos direitos da

---

<sup>1201</sup> A teoria utilitarista também reconhece o valor social do cumprimento das obrigações jurídicas assumidas no matrimónio: “A duty to one’s spouse to try to reproduce might be derived from a promise one has made, and there are good utilitarian reasons for keeping one’s promises”. HOULGATE, L.D., *Family and State*, New Jersey 1988, p. 95. Mas também acrescenta este autor que, caso: “given the threat of overpopulation in most countries, there might even be a utilitarian duty not to conceive”. HOULGATE, L.D., *Family and State*, New Jersey 1988, p. 95.

<sup>1202</sup> Evidentemente que o Direito natural classico se opõe a esterilização, na medida em que um dos fins naturais da sexualidade vivida no matrimónio, é a procreação. Impedindo-a, estaríamos a perverter o sentido da sexualidade, na medida em que esta seria usada unicamente para fins de satisfação sexual e estaríamos também a “recortar” parte da totalidade da pessoa do cônjuge, na medida em que se estaria a excluir a sua capacidade de reproduzir. Seria pois uma união sexual, parcial, e inferior a satisfação pessoal da união de entrega total e recíproca de ambos seres envolvidos.

<sup>1203</sup> Salientamos aqui o que referimos supra sobre o matrimónio: se os cônjuges excluírem a procreação no momento de contrair o matrimónio, esse matrimónio é inválido, quer dizer, não pode ser reconhecido legalmente como matrimónio; não nasce nenhum poder soberano, porque contraria a essência natural própria do matrimónio.

<sup>1204</sup> Segundo a teoria utilitarista, os matrimónios de estas pessoas podem ser permitidos mas estas devem ser forçosamente esterilizadas na medida em que os seus filhos causarão avultados prejuízos sociais (cfr. (HOULGATE, L.D., *Family and State*, New Jersey 1988, p.93-94). É evidente que isto choca com a doutrina do Direito natural clássico, na medida em que não respeita a dignidade da pessoa humana, subordinando-a à sociedade.

criança (numa posição socialmente mais débil que a dos pais, de quem dependem)<sup>1205</sup> a nascer numa família e fruto de um acto de amor humano entre os seus progenitores. Trata-se de novo da aplicação do princípio puerocentrista, na medida em que se coloca a questão entre o direito da criança a ter e a conhecer a sua identidade e a ser concebido dum modo compatível e adequado à sua dignidade de pessoa humana. Isto é, direito a ser fecundado de um modo humano: dentro de uma união sexual e afectiva entre os seus progenitores.<sup>1206</sup> Há que considerar que o embrião possui vida humana, logo deve ser reconhecida a sua dignidade própria de pessoa e, conseqüentemente deve ser reconhecida a sua personalidade jurídica.<sup>1207</sup> Neste sentido, deve ser garantido legalmente o estatuto do embrião humano e proclamar-se o seu direito à vida, direito a ter uma identidade, direito a protecção por parte do Estado e da sociedade e a conseqüente proibição de ser utilizado como objecto de manipulação e de agressões que possam levar a sua eliminação.<sup>1208</sup>

Em relação à regulamentação do instituto da adopção, podemos questionarmo-nos acerca de quem a lei deve permitir adoptar e a quem deve ser desincentivado e proibido. Em termos de adopção deve prevalecer sempre o interesse da criança, que deve ser protegido pelo Estado, na medida em que se trata da parte mais débil e cabe ao Direito proteger os mais débeis contra a força e o poder dos que, por algum motivo, estão numa posição mais favorável a impor a sua decisão. Mais uma vez, o critério legal

---

<sup>1205</sup> *Declaración de los Derechos del Niño*: “ El niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida tanto antes como después del nacimiento” (Preámbulo). Adoptada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de Novembro de 1959.

<sup>1206</sup> E não ser concebido no ambiente de um laboratório científico, fruto da manipulação genética de instrumentos usados por um terceiro que une um óvulo com um gameto e provoca o seu aparecimento, o seu nascimento para a vida. Cfr. *Declaración de Buenos Aires, o.c.*, 12.

<sup>1207</sup> Caso não fosse reconhecida personalidade jurídica ao nascituro, estaríamos perante um caso de clara e injusta discriminação com base no seu estado de desenvolvimento humano e pondo em perigo o seu direito a vida: direito mais básico. Logo, tratar-se-ia de uma grave violação dos direitos humanos fundamentais que seria inconcebível no estado de desenvolvimento actual do movimento de Direitos Humanos. Cfr. *Declaración de Buenos Aires, o.c.*, 12.

<sup>1208</sup> Neste sentido, não é lícito a produção de embriões e submetê-los a um tratamento violador da sua dignidade humana. Cfr. *Declaración de Buenos Aires, o.c.*, 12.

“puerocentrista”<sup>1209</sup> determina que sejam privilegiadas as famílias matrimoniais e fortemente desincentivada a adoção por outros tipos de uniões afectivas. E isto, devido ao elevado valor social do factor da *estabilidade*, derivado do compromisso matrimonial e das vantagens da complementaridade entre os cônjuges.<sup>1210</sup> Neste contexto, deve ser mesmo totalmente proibido a adoção, por parte de pessoas que convivem em uniões afectivas com pessoas do mesmo sexo biológico.<sup>1211</sup> Obviamente que esta solução não se deve a motivos de discriminação sexual, mas apenas ao interesse e direito da criança a ter uma mãe e um pai e devido a tudo o que isso implica ao nível emocional e afectivo para ela e, conseqüentemente, para a sociedade (porque será mais difícil a sua integração social e equilíbrio emocional).<sup>1212</sup> Neste caso poder-se-ia falar de um aparente conflito de direitos entre o direito a “ter família” e o direito da criança a viver num ambiente que lhe seja favorável ao seu crescimento equilibrado; contudo, há que advertir que, tal como referimos, trata-se de um aparente conflito de direitos, na medida em que, no núcleo de direitos da pessoa humana, não existe o direito a “ter família”, no sentido que aqui lhe estamos a dar.

O tema da Eutanásia<sup>1213</sup> também esta relacionado com a família, na medida em que tradicionalmente a família é considerada como “cuna da vida humana”.<sup>1214</sup> De facto,

---

<sup>1209</sup> Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *Diagnóstico sobre el Derecho de Familia*, Madrid 1996, pp. 103 e 161-168. Também na obra referida. de Houlgate se menciona este princípio.

<sup>1210</sup> Veja-se *supra*, nosso trabalho acerca deste assunto.

<sup>1211</sup> A teoria utilitarista, refere que: “The reason that we are unwilling to have the state coercively intervene to prevent such arms as humiliation, slaps on the bottom, or being reared by homosexual father is best explained by the principal of optimum communal benefit. (...) The child has an interest in being free from impairments of psychological or emotional functioning...and stipulate that a child’s emotional functioning is impaired only when he or she suffers from extreme anxiety, depression or withdrawaal, or untoward aggression towards others. The conditions are generally agreed to be harmful. The state can protect such interest by requiring parents to seek medical attention when their child dispays the aforementioned symptoms”. Neste contexto o poder público não deve “arm the ability of the family to function as a community”. Cfr. HOULGATE, L.D., *Family and State*, New Jersey 1988, 142 e 145.

<sup>1212</sup> Cfr. VV.AA., *Why Marriage Matters. Twenty One Conclusions from de Social Sciences*, Nova York 2002.

<sup>1213</sup> A aplicação da teoria utilitarista leva a uma legislação permissiva à eutanasia e a eliminar os recém-nascidos deficientes, ao ponto dos próprios defensores do utilitarismo reconhecerem que: “(...) A legal system that dropped the prohibition against killing defective infants, people who are old and infirm, and persons of low intelligence would be preferable to a system that retained this prohibition. The proceeding objection to utilitarianism is general: it attempts to prove that the theory

é na família onde a vida tem o seu início, se desenvolve, madura e também chega ao seu fim de um modo mais humano.<sup>1215</sup> Assim, é o lugar mais adequado para cuidar dos doentes e acompanhá-los até ao momento da morte.<sup>1216</sup> O conceito de dignidade humana que utilizamos apoia-se numa antropologia que reconhece o valor da pessoa em si mesma, independentemente da sua “utilidade” para a sociedade. Aplicando o critério utilitarista e, conseqüentemente, substituindo o conceito de dignidade humana por aquele, perde-se o sentido do valor da vida em si mesmo. O verdadeiro direito a morrer com dignidade (que corresponde a todos os seres humanos) significa “aceitar morrer com a dignidade própria do homem: com nobreza, aceitação, serenidade, quer dizer, cumprir o ofício da vida até ao fim (Ciceron, Sueno de Escipion, III, 7)”.<sup>1217</sup>

Outro dos temas que queremos mencionar neste nosso estudo, é o da violência doméstica: tratamos aqui da agressão física ou psíquica entre cônjuges que, normalmente surge da desigualdade entre eles. Deve o Estado apenas interferir quando a vítima denuncia as agressões? Ou sempre que tem conhecimento delas, independentemente da vontade da vítima? Em princípio, o Estado deve intervir subsidiariamente e indirectamente, se a vítima não denuncia. Contudo, deve por à disposição de todos os cidadão, meios que facilitem a denúncia; seguir os casos de denúncia de terceiros sobre violência dentro de uma família; educar para a igualdade entre os cônjuges, para a paz; e, sobretudo, permitir e incentivar que todas as forças activas da sociedade (organizações não governamentais, etc.) apoiem acções e campanhas que ajudem a evitar este tipo de violência.

O Estado deve evitar intervir directamente contra a vontade da vítima, salvo motivo grave: por exemplo, a vítima não está psiquicamente ou fisicamente capaz de denunciar,

---

justifies too much. That is, that utilitarian allows to justify practices that most of us would find to be morally unacceptable, such as removing the general legal prohibition on mercy killing”. HOULGATE, L.D., *Family and State*, New Jersey 1988, p.98. Infelizmente, actualmente há um forte movimento europeu de legalização da eutanásia (após a sua primeira legalização em Europa por parte de Holanda, no primeiro semestre do ano 2001).

<sup>1214</sup> *Declaración de Buenos Aires, o.c.*, 10 e 13

<sup>1215</sup> *Declaración de Buenos Aires, o.c.*, 10.

<sup>1216</sup> Tal como já referimos atrás, 80% dos cuidados dos idosos e incapacitados recaem sobre as famílias. Cfr. DURÁS, M.A., *Los costes invisibles de la enfermedad*, Madrid 2003 e *Diario ABC*, 31 de Janeiro de 2003.

<sup>1217</sup> *Declaración de Buenos Aires, o.c.*, 13.

sofre ameaças, etc. Neste caso, o Estado e a sociedade têm o dever de intervir directamente na situação afim de salvaguardar os direitos mais elementares da vítima. Assim, considerámos que nos casos de violência doméstica, também cabe ao Estado intervir para proteger os direitos do cônjuge que é vítima de violação dos seus direitos fundamentais: integridade física, psíquica, etc., para de que possa ser tratada de acordo com a sua dignidade de pessoa humana. O problema que se coloca é o da medida da intervenção estatal.

Na verdade, sabemos que a partir do matrimónio, ambos os cônjuges tem direito a regular a sua vida com base no seu poder soberano que, funcionalmente, os legitima a actuarem como uma autêntica, união de vida e de amor.<sup>1218</sup> Cremos que, pelo menos, o critério do “mínimo tolerável”, deve estar de acordo com o princípio da dignidade humana. Salientámos que, quando há desigualdade material entre os cônjuges, aquele que se encontra numa posição mais favorável para impor a sua vontade, tende mais a ter comportamento que impossibilitam essa comunidade de vida e amor, essa sociedade conjugal. Neste caso, parece-nos que o Estado pode e deve intervir, já que se da uma injusta situação de abuso do poder por um dos cônjuges em detrimento do outro.<sup>1219</sup>

O Estado deve, pois, contribuir para recompor a igualdade conjugal, que constitui um elemento imprescindível da relação conjugal e é um verdadeiro direito-dever (intrínseco à essência do matrimónio e fonte de obrigações jurídicas conjugais) para os cônjuges.

Assim, cremos ser obrigação do Estado velar e facilitar que os cônjuges, cujos direitos são violados, possam recorrer à protecção pública contra os actos lesivos do seu cônjuge. Contudo, cremos também que se deve punir o cônjuge violador de acordo com a

---

<sup>1218</sup> Segundo o critério teleológico, esse poder tem que ser regulado de acordo com o princípio de finalidade do matrimónio, para o qual se origina esse poder soberano.

<sup>1219</sup> Em relação à igualdade dos cônjuges, o Estado tem um papel importante ao nível legislativo. Como já se referiu neste mesmo trabalho, o Estado deve assegurar e vigilar para que as leis não favoreçam a desigualdade entre os cônjuges e deve zelar para que a igualdade seja realmente efectiva: promovendo a eliminação contundente de toda a discriminação social entre os sexos e a todos os níveis. Deveria também colocar à disposição dos cidadãos organismos para recolher as denúncias pertinentes e perseguir os respectivos infractores.

vontade do cônjuge violado.<sup>1220</sup> Sempre que este último, tal como já referimos, esteja em condições (físicas ou psicológicas) de decidir e não se encontre em perigo de padecer novas violações.<sup>1221</sup> Neste caso, está também em causa o bem da família: dos filhos (sobretudo o seu equilíbrio psicológico) e, por isso, também o bem comum social.

#### IV.3.3.4. Relações paterno filiais

Os pais tem o direito-dever de educar os filhos.<sup>1222</sup> Logo, têm também direito a escolher livremente a sua educação.<sup>1223</sup> Assim, e de novo de acordo com o princípio da subsidiariedade, o Estado só deve intervir em casos de necessidade. Por exemplo: de violência física e/ou psicológica dos pais em relação aos filhos e nos casos de negligência grave (moral ou física) em relação ao cuidado dos filhos.

Nestes casos, a protecção dos mais débeis, exige a intervenção do Estado e da sociedade, na família. Trata-se, mais uma vez, de uma excepção à sua liberdade e autonomia em relação ao poder público.

---

<sup>1220</sup> A experiência demonstra que, frequentemente, os cônjuges vítimas de violência doméstica, se queixam e pedem ajuda aos Tribunais de Família, para conseguirem expulsar o cônjuge de casa; ou esperam que o Tribunal consiga evitar a violência obrigando o cônjuge à conciliação, a viver em harmonia. Muitas vezes pretendem apenas que o cônjuge deixe de beber em excesso, tomar drogas, etc. E isto não implica que desejem um processo criminal contra o cônjuge (cfr. HOULGATE, L.D., *Family and State*, New Jersey 1988, p.84-87), pois frequentemente, apenas desejam que o violador seja obrigado pelo Estado a realizar algum tratamento adequado.

<sup>1221</sup> Logo, ter-se-á que estudar o perfil psicológico do agressor. Pois demonstra-se que normalmente as queixas não são de uma só agressão, mas existe um cúmulo de agressões anteriores não denunciadas. Não há dúvida que deve ser protegido pelo Estado, o cônjuge mais débil.

<sup>1222</sup> Dentro da perspectiva da teoria utilitarista, não existe o direito original dos pais a cuidar e educar os filhos. Os pais só tem o direito legal a tomar decisões em relação ao cuidado dos filhos devido ao facto da sociedade reconhecer que as crianças crescerão e desenvolver-se-ão mais adequadamente com os seus pais. Por isso, a preferência por deixar as crianças no seu lar está baseado no bem-estar da criança e não nos direitos naturais dos pais, já que estes, defende, são inexistentes. Cfr. HOULGATE, L.D., *Family and State*, New Jersey 1988, p. 176.

<sup>1223</sup> Veja-se supra.

Só por causas consideradas graves devem ser retirados os filhos aos pais.<sup>1224</sup> De facto, segundo a denominada teoria psicológica, as crianças necessitam “unbroken continuity with an adult who is the psychological parent (is defined as one who fulfills the child’s emotional need to feel loved, valued and wanted). (...) When family integrity is broken or weakened by state intrusion the child’s need are thwarted and his belief that is parents are omniscient and all power full is shaken prematurely. The effect on the child’s development progress is invariably detrimental”.<sup>1225</sup>

Em todos estes casos, o Estado (e todas as forças activas da sociedade em geral) deve intervir para evitar os maus tratos, através de ajudas: serviços e tratamentos psiquiátricos, apoio psicológico, etc. (se necessário for) tanto aos pais como aos filhos. O Estado, tem também o dever de vigiar as famílias de risco afim de diminuir a violência em geral, da sociedade (que, evidentemente, começa nas famílias). Neste contexto, devemos ter em conta que “child as a protectable interest in not organizing in delinquent behavior that would be judged criminal if the child were an adult. Although the intervention may itself be detrimental, it appears to be less harmful than doing nothing and allowing the parent to continue causing the child to engage in the undesirable behavior”.<sup>1226</sup> Consideramos que os castigos físicos e morais devem ser firmemente desincentivados pelo Estado.<sup>1227</sup>

Como constatamos, este autor balança-se a favor da autonomia dos pais mas sempre dentro daquela solução que implique menos prejuízos para a vida dos filhos.

Como conclusão da intervenção do Estado na vida familiar, podemos afirmar que o critério que a justifica é o da violação de algum dos direitos humanos fundamentais no seio da família ou os direitos da própria família, sem que esta possa evitar esta lesão. Nestes casos, é obrigação do Estado intervir.

---

<sup>1224</sup> Todo o uso dos filhos como meios e não como fins, degrada a sua dignidade de pessoas humanas. Rebaixa-os a meros objectos de prazer ou de canalização psicológica da agressividade dos pais em relação às tensões da sua vida (abusos sexuais, agressões físicas e morais alienatórias, etc.).

<sup>1225</sup> HOULGATE, L.D., *Family and State*, New Jersey 1988, p.136-137.

<sup>1226</sup> HOULGATE, L.D., *Family and State*, New Jersey 1988, p.145.

<sup>1227</sup> Apesar de ser algo aceitável na nossa cultura cremos, contudo, que este tipo de castigo não tem cabimento num sistema de *cultura da vida*, que é, em último termo, uma cultura da paz (de não violência).



Alguns autores afirmam que quando há conflito entre o interesse familiar e os interesses individuais dos elementos do grupo, prevalecem estes últimos. Contudo, parece-nos que este conflito é fictício na medida em que se nos parece impossível que os direitos da família como comunidade possa violar os direitos humanos fundamentais dos seus membros, uma vez que, como referimos ao longo deste trabalho, considerámos que todos devem ter a mesma protecção internacional como direitos fundamentais.<sup>1228</sup>

Contudo, pensámos que entre um hipotético conflito entre o interesse da família e os interesses individuais dos seus membros, deve prevalecer este último, sempre que estejam salvaguardados os direitos humanos fundamentais de todos.<sup>1229</sup>

#### IV.4. A subversão da soberania

Ao terminarmos este capítulo dedicado à soberania do consentimento e da família matrimonial, cuja razão de o incluirmos neste tese se deve ao facto de se tratar de um assunto intimamente relacionado com o tema central: o direito a casar e fundar família, tal como resume perfeitamente a seguinte expressão: “El matrimonio y la familia son, ante todo, soberanías de la persona humana concreta. Eso es lo que dice el *ius connubii* ao Estado”.<sup>1230</sup>

A manipulação destes aspectos da soberania pode levar a um processo contrário aos defendidos ao longo deste trabalho: à defesa dos direitos individuais relativos ao matrimónio e á família com o objectivo de eliminar os valores ético-jurídicos da tradição ocidental do matrimónio (atrás referida), das relações afectivas e sexuais, levando, assim, à privatização do matrimónio (sentido, sobretudo ao longo do passado século XX, com os óbvios efeitos de despersonalização da sexualidade e do matrimónio).

---

<sup>1228</sup> Por exemplo, o conhecido caso *Gillick c. West Norfolk*, reconheceu o direito de uma menor a obter tratamento anticonceptivo independentemente da vontade e do conhecimento dos pais. Este caso parece opôr o direito da criança “ao seu corpo” (os tão famosos “direitos reproductivos”) e o direito dos pais à educação dos filhos. Trata-se de um conflito aparente, pois como menor, a tutela dos direitos da criança cabe aos pais sempre que não esteja em causa a violação dos seus direitos humanos.

<sup>1229</sup> Veja-se uma posição contrária, por exemplo, em ROCA, E., *Familia y cambio social*, Madrid 1999, pp.78-79.

<sup>1230</sup> VILADRICH, P.-J., *El modelo antropológico del matrimonio*, Madrid 2001, p.20.

Neste contexto, podemos constatar dois processos opostos de devolver aos esposos os seus âmbitos de soberania. Aquele que leva à renaturalização do matrimónio, ao reconhecimento da natureza social e solidária da pessoa humana e da sexualidade, que é a que subscrevemos neste trabalho. E, por outro lado aquele processo de reivindicação de autonomia que leva ao individualismo e à rejeição de todo o dever ético e jurídico da sexualidade e da procriação.<sup>1231</sup>

Este último caminho leva à privatização do matrimónio e relaciona-se com a ideologia que luta contra, o que considerámos, verdadeiro matrimónio e rejeita a nossa concepção da natureza normativa e objectiva da natureza humana.<sup>1232</sup>

Assim, podemos constatar que o processo de privatização baseia-se em dois aspectos verdadeiros acerca da realidade natural do matrimónio, mas degenerando-os: a soberania do acto do consentimento e da família. Isto é, que a fundação do matrimónio pertence exclusivamente ao consentimento dos cônjuges e que a comunidade conjugal, a família, que gera trata-se de um âmbito de intimidade dotado de autonomia própria e, por isso, deve ser preservada da ingerência dos poderes públicos.

Contudo, o percurso do processo de privatização acaba por desfigurar a instituição matrimonial até ao extremo de alguns ordenamentos positivos chegarem a reconhecer todo o tipo de relações sexuais (incluindo as homossexuais) como matrimónios. Este esvaziamento da substância do matrimónio causado pela exageração deste processo de privatização leva à banalização ética da sexualidade (que a ordena a valores objectivos superiores aos simples estados de ânimo) através do compromisso (indissolúvelmente fiel e aberto à geração e educação dos filhos) voluntário dos cônjuges entre si e perante a sociedade. Sem estes conteúdos de elevado valor ético, o matrimónio acaba por ser concebido como um mero instrumento ao serviço da busca bem-estar e prazer de cada

---

<sup>1231</sup> Convencidos e interessados em convencer que exigir responsabilidades pessoais no âmbito jurídico público em relação à sexualidade deriva da religião judeu-cristã e, sobretudo da Igreja católica.

<sup>1232</sup> Entendemos aqui por fenómeno da privatização, quando as normas que regulam o matrimónio, a família e seus conflitos, deixam de responder a valores públicos, objectivos, indisponíveis para as partes e passam a inspirar-se em critérios e valores relacionados com a afectividade e sentimento de felicidade subjectivas de cada cônjuge, considerado singular e unilateralmente.

cônjuge considerado individualmente. Como refere Viladrich, o matrimónio acaba “desubstanciado”.<sup>1233</sup>

A antropologia que está subjacente a esta concepção do matrimónio derivada da privatização do matrimónio está baseada na liberação sexual, considerando a sexualidade isenta de valores éticos, tal como já referimos supra. Neste contexto, o matrimónio seria interpretado como uma ordem imposta pelo modelo social frente à liberdade dos sentimentos subjectivos da pessoa.

Em consequência, a aprofundização do verdadeiro matrimónio necessita actualmente de uma forte fundamentação antropológica, começando pelo estudo da própria natureza humana, que foi o que buscámos contribuir com este trabalho.<sup>1234</sup>

Ao longo deste capítulo, vimos como só a família matrimonial tem o poder de ser sujeito social primário, poder de gerar comunhão e vida humana humanizada, própria da família de fundação matrimonial. Consequentemente, todo o Estado democrático deve favorecer a criação de circunstâncias que a permitam cumprir com as suas funções e devem remover todos os obstáculos que impeçam o seu desenvolvimento. Deste modo, como diz Viladrich, a família poderá desenvolver “fuerte y libremente toda su potencia... autoalimentando su propia energía a lo largo de toda la vida de sus miembros y generaciones de forma incomparable con un coste económico, la fragilidad de los lazos en el tiempo y la precariedad de resultados de cualquier otra alternativa o fórmula sexual”.<sup>1235</sup> De facto, é no âmbito das funções sociais que cumpre a família matrimonial referidas neste capítulo, que a própria realidade estabelece uma diferença de qualidade entre a união conjugal e outras formas alternativas de convivência, demonstrando que estas últimas não têm capacidade intrínseca de responsabilizar-se de forma estável e massiva por tais funções estratégicas sociais.

---

<sup>1233</sup> VILADRICH, P.-J., *El modelo antropológico del matrimonio*, Madrid 2001, p.17. Este individualismo, leva ao fim da relação amorosa porque simplesmente a pessoa humana não pode encontrar a felicidade actuando como puro indivíduo que só busca o seu próprio bem estar. Por isso, este indivíduo quando não obtém esse bem estar egocêntrico, considera absurda a presença do outro cônjuge e justifica assim a extinção do seu matrimónio. Deste modo, o matrimónio existirá enquanto as partes considerem que através dele obtêm a sua felicidade individual e egocêntrica.

<sup>1234</sup> VILADRICH, P.-J., *El modelo antropológico del matrimonio*, Madrid 2001, p.20.

<sup>1235</sup> VILADRICH, P.-J., *El modelo antropológico del matrimonio*, Madrid 2001, p.21.

Por conseguinte, corresponde ao Estado a grave responsabilidade de elaborar uma efectiva política familiar que proporcione as melhores condições à família para que esta possa cumprir optimamente o seu estatuto de sujeito social primário e as suas insubstituíveis funções naturais sociais.

Por fim, há que concluir que um Estado democrático, moderando a sua soberania no campo da definição do matrimónio, deve dedicar as suas energias a outorgar efeitos jurídicos justos aquelas uniões conjugais e familiares que cumprem na sociedade as funções sociais estratégicas de modo público, estável e perseverante. Reconhecendo e protegendo a soberania conjugal e familiar como uma real manifestação do efectivo respeito dos direitos humanos fundamentais da pessoa e dos seus cidadãos.

Só assim, a família fundada no matrimónio pode imanar todo o seu esplendor e, então demonstrar como em si mesma é um bem de elevado valor, necessário para a vida, desenvolvimento e futuro de todos os povos e um autêntico “Património da Humanidade”.<sup>1236</sup>

---

<sup>1236</sup> JOÃO PAULO II, “Mensagem do IV Encontro Mundial das Famílias, Manila, 25 de Janeiro de 2003”. Cfr. *Diário ABC*, de 27 de Janeiro de 2003.

---

---

## CONCLUSÕES

---

---

1. No início desta tese, tínhamos apontado quatro objectivos fundamentais que procurávamos esclarecer durante o estudo deste tema. Cremos que esses objectivos foram cumpridos ao longo deste trabalho, tal como vamos seguidamente expor.

Da leitura desta tese, podemos responder ao primeiro objectivo concluindo que o direito a casar e fundar família é um direito natural da pessoa humana e, por esse motivo, está tipificado no art.12 da CEDH, como direito humano fundamental. A CEDH, logo o seu art.12, tem aplicação directa e é vinculante, para todos os Estados membros do Conselho de Europa, assim como a respectiva jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Da análise do sistema do *Conselho de Europa* concluímos também que, formalmente, o mecanismo de defesa dos direitos humanos que consagra é, actualmente, o mais avançado e eficaz de todos os sistemas de defesa de direitos humanos existentes.

2. Quanto às questões indicadas acerca do conteúdo do *ius connubii* (correspondentes ao segundo objectivo), encontrámos respostas ao aprofundarmos os documentos preparatórios da elaboração do art.12 da CEDH e constatámos que o seu texto se inspira directamente no art.16 da DUDH. Segundo esses trabalhos preparatórios e a Jurisprudência respectiva, o direito a casar e a fundar família previsto no art.12, são dois

direitos intrinsecamente unidos. Isto significa que esta norma visa proteger o matrimónio como base da família.

Ainda em relação à mesma questão, vimos como o consentimento é o pacto que dá origem ao matrimónio. Apesar disto, não está incluído no art.12. Contudo, verificámos que os motivos que levaram à sua exclusão o reafirmam como fundamento do matrimónio. Dentro deste contexto, identificámos os documentos internacionais que incluem e regulam o livre e pleno consentimento.

Ao estudar o acto do consentimento, constatámos que este acto (que constitui o matrimónio) é um autêntico acto de soberania da pessoa humana. Na verdade, ambos cônjuges, mulher e homem, são capazes de comprometer a sua conjugabilidade (dois modos diversos e complementarios de ser pessoa –sua feminidade e masculinidade) numa co-biografia de doação e aceitação mútua, gerando Direito: o vínculo matrimonial com todas as suas consequências jurídicas. Dos estudos realizados, considerámos que este pacto conjugal, inclui o único poder capaz de originar a família fundada no matrimónio. Como tal, julgámos que deve ser reconhecido e protegido tanto pela sociedade como pelo poder público.

Depois de analisarmos os elementos contidos no texto do art.12 da CEDH, e os antropológicos referentes ao matrimónio, podemos concluir que esta norma respeita o núcleo essencial do direito natural a casar e fundar família. Isto é, pode-se afirmar que o art.12 respeita a verdadeira identidade do matrimónio e da família, logo cremos que deve ser mantido e protegido eficazmente.

3. Da investigação efectuada acerca do terceiro objectivo, concluímos que os titulares do direito a casar e fundar família são unicamente a mulher e o homem considerados na sua dualidade sexual e complementaridade. De facto, o matrimónio constitui uma união entre eles através da integração das diferenças naturais próprias da distinção entre os sexos (a distinção entre ambos está no modo peculiar que cada um tem de encarnar as qualidades humanas: a natureza humana inclui características que a mulher e o homem desenvolvem cada um à sua maneira). Os motivos que fundamentam esta exclusividade baseiam-se nas exigências da natureza humana, isto é, em princípios básicos de antropologia. Por isso, nesta parte da tese aprofundamos sobre o sentido da pessoa humana, sobre o significado da diferença dos sexos e da sua complementaridade.

A jurisprudência do TEDH é coerente com esta conclusão. Mais adiante trataremos desta com mais pormenor.

4. No que diz respeito ao quarto objectivo apontado na introdução, indicaremos várias conclusões:

- Constatámos como o exercício do direito a casar dá origem à família fundada no matrimónio. Dentro das teorias sobre o estatuto da família, compartimos a opinião daqueles autores que defendem que a família matrimonial é, verdadeiramente, sujeito de direito. Como tal, defendemos o seu estatuto como pessoa jurídica originária e anterior ao Estado.

- Da relação da família matrimonial com o bem comum, verificámos que estão intrinsecamente relacionados e identificámos as funções estratégicas sociais que só a família matrimonial é capaz de realizar satisfatoriamente.

- Mais ainda, expomos neste trabalho como a sua equiparação a outras formas de convivência afectiva, prejudica gravemente a sociedade e discrimina injustamente a família matrimonial. De facto, considerámos que tal equiparação confundiria a distinta contribuição da família e induziria ao erro ao considerar iguais duas realidades substancialmente diferentes. Isto teria um efeito desincentivador à fundação da família através do matrimónio (que tem consequências jurídicas para as partes: direitos e deveres que o vínculo matrimonial gera e que não se produzem numa união não matrimonial) e causaria graves e nefastas repercussões para o bem comum e a sociedade em geral, uma vez que põe em risco e diminui a eficácia do desempenho das funções sociais insubstituíveis da família matrimonial.

- De acordo e em consequência do referido anteriormente, julgámos que o poder público deve legislar sobre os temas do matrimónio e da família, reconhecendo, respeitando e promovendo a família matrimonial.

- A política familiar dos Estados deve respeitar o estatuto jurídico da família e as relações entre o Estado e a família devem estar pautadas pelo princípio da subsidiariedade.

- O Direito Matrimonial ou de Família, nunca pode ser neutral e deve expressar a relação existente entre a verdade antropológica acerca da pessoa sexuada e o Direito. Defendemos que o Direito deve promover como modelo de matrimónio, aquele que está

previsto no art.12 da CEDH. Isto é, deve assegurar a sua identidade antropológica (constituída pelo núcleo essencial que o caracteriza) e permitir liberdade de *formas* a estabelecer pelo Estados (sem, obviamente, alterar a sua substância, tal como refere o texto dessa norma).

- Como sujeito de direito, a família tem direitos que, por sua estreita relação com os direitos humanos, devem estar incluídos e salvaguardados tanto ao nível internacional como ao nível doméstico e, neste último, a nível constitucional. Incluímos neste trabalho a numeração destes direitos.

5. Em relação à Jurisprudência do TEDH, no que diz respeito ao direito a casar e fundar família e concretamente às demandas ao abrigo do art.12, podemos afirmar que é coerente com o conteúdo do mesmo, ao impedir o acesso a esse direito a pessoas que não podem naturalmente exercê-lo.

De facto, vimos como não admite o acesso ao matrimónio aos transexuais, por considerar que o art.12 protege o matrimónio como fundamento da família e só poder realizar-se entre pessoas de sexo biológico distinto (logo, estão também excluídos os homossexuais). Contudo, admite o direito à alteração do sexo e a sua correspondente inscrição no registo do país de origem, com fundamento no respeito pela vida privada garantido pelo art.8 da CEDH.

Mais ainda, da jurisprudência do TEDH, podemos concluir que tanto as uniões de facto, como as de transexuais ou de homossexuais, não têm direito a receber o mesmo tratamento jurídico que as famílias matrimoniais. Ou seja, a não equiparação dessas uniões ao matrimónio, não afecta o princípio da igualdade e o princípio da não discriminação (também incluídos na CEDH).

Apesar disto, da leitura da jurisprudência dos órgãos da Convenção há quem interprete que o facto do art.12 garantir o direito ao matrimónio como fundamento da família e nos termos aí consagrados (heterossexualidade, etc.) não implica necessariamente, que os Estados membros não possam reconhecer outros tipos de “famílias” ou tenham outra concepção de “matrimónio”. Neste sentido, afirmam que o TEDH parece defender é que, apesar de os Estados membros serem livres de reconhecer outros tipos de “família” e de “matrimónio”, não estão obrigados a equiparar os seus efeitos à família matrimonial, garantida no art.12 da CEDH. Portanto, da jurisprudência do



TEDH pode-se interpretar que os Estados membros têm que garantir o direito previsto no art.12, mas que isto não implica que só regulem nacionalmente o matrimónio segundo esse art.12 da CEDH. Como podemos constatar isto gera confusão ao parecer deixar como opcional a verdade essencial e o fundamento antropológico do matrimónio e da família. Ora, reiteramos que considerámos que esta interpretação (que pertence àqueles autores que pretendem justificar a atribuição da qualificação de matrimónio a outros tipos de uniões afectivas), viola o próprio art.12 e o espírito dos seus elaboradores, já que estes referem claramente que os Estados só podem regular o seu exercício e não alterá-lo substancialmente. Na verdade, esta última parte (contida em várias sentenças, tal como assinalámos nesta tese) só tem sentido se a interpretarmos como uma limitação para os Estados no que diz respeito à sua regulamentação do matrimónio. Considerámos que qualificar outros tipos de uniões como matrimónios é violador do único matrimónio que verdadeiramente o é, e que está previsto no art.12.

Assim, pensámos que a jurisprudência do TEDH deveria ser mais clara acerca destes aspectos, de modo a que não fosse possível este tipo de interpretações que consideramos erróneas e de nefastas consequências sociais.

Outra observação crítica que se pode tecer à Jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo é acerca de algumas sentenças sobre a pretensão dos homossexuais a aceder ao matrimónio. Negam o seu acesso (tal como já o referimos) e alegam que os Estados membros não podem alterar a substância do art.12. Mas, por outro lado, consideram que, quando as legislações dos Estados membros forem uniformes em aceitar o “matrimónio” dos homossexuais, o TEDH “repensará” a sua posição. Dando assim a entender que essa alteração da substância do art.12 seria, algum dia, possível (até aos nossos dias só Holanda -2001- e Bélgica -2002- admitem o matrimónio dos homossexuais, ainda que com algumas limitações referentes à adopção, etc.).

Do nosso ponto de vista, daqui resulta uma incongruência na Jurisprudência do TEDH, em relação ao art.12, ao não ser suficientemente clara ao ponto de evitar as interpretações que defendem a equiparação ao matrimónio de outros tipos de acordos que nada têm que ver com aquele, e às famílias matrimoniais de outras formas afectivas de convivência. Isto não significa que as outras realidades distintas da família matrimonial não devam ser reguladas nos seus efeitos, até porque entendemos que tal é uma exigência

de justiça. Com o que não estamos de acordo é com a sua equiparação e qualificação de “matrimónios”, quando na realidade não o são nem o podem ser pelos motivos explicados ao longo desta tese.

6. Considerámos que o resultado do estudo deste trabalho foi assaz positivo na medida em que identificou os elementos fundamentais do matrimónio: aqueles que podem ser alterados e os que devem ser respeitados. Esclareceu, com fundamentação científica, que os verdadeiros elementos antropológicos do matrimónio se encontram salvaguardados no art.12 da CEDH (quer dizer, os elementos do matrimónio que se baseiam no conhecimento da natureza humana estão minimamente protegidos pelo texto desta norma de direitos humanos). Considerámos esta conclusão deveras importante, na medida em que, assim, ficam ressaltados aqueles elementos desta norma que devem ser respeitados e cuja violação tem graves consequências para toda a humanidade. Deste modo, ficamos elucidados acerca dos motivos pelos quais não é indiferente para o Bem Comum qualquer opção legislativa da regulamentação do tema do matrimónio e da família.

Neste contexto, esperamos que este trabalho tenha contribuído para fazer brilhar com todo o seu esplendor o direito a casar e fundar família e que o conteúdo desta norma de direitos humanos possa, deste modo, ser aplicado mais eficazmente.

Assim, apesar de todas as violações que nas legislações domésticas europeias esta norma de direitos humanos possa estar a ser vítima, o art.12 mantém-se como uma bússola assinalando a direcção certa em que deve ser regulado o matrimónio e, conseqüentemente, orientando a sociedade ao seu bem comum.





---

---

## BIBLIOGRAFIA

---

---

### LIVROS

AGESTA, L., *Principios de Teoría Política*, Madrid 1970.

AGELL, A., “Should and Can Family Law Influence Social Behaviour?”, em *The Changing Family. International Perspectives on the Family and Family Law*, Ed.s: J. Eekelaar; T. Nhlapo, Oxford 1998, pp.125-138.

ALLEN, J. “Does feminism Need a Theory of the State?”, em *Playing the State*, Ed.: S.Watson, Londres 1990, pp.22-27.

ALLI, J.L., “Presentación del Plan Interdepartamental de Apoyo a la Familia del Gobierno de Navarra”, em *Por un feminismo de la complementaridad. Nuevas perspectivas para la familia y el trabajo*, Ed.s: A. Aparisi; J. Ballesteros, Pamplona 2000, pp.187-201.

ALSTON, P., *The EU and Human Rights*, Oxford 1999.

ALTHUSIUS, J, *Politica Methodice Digesta*, 1609, *La política metódicamente concebida e ilustrada con ejemplos sagrados y profanos*, trad. do latim por Primitivo Mariño, Alianza Editorial, Madrid 1990.

ARAÚJO, E.R.; GERALDES, M. (Coord.s), *A situação das Mães Adolescentes no Sul da União Europeia*, Lisboa 2000.

ARELLANO, J., *Persona y sociedad*, Pamplona 1993.

ARISTÓTELES, *Política*, Trad. de Julián Marías y María Araujo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1989 (2ª reimp.).

ARREGUI, J.V.; RODRÍGUEZ, C., *Inventar la sexualidad*, Madrid 1995.

ARREGUI, V.; CHOZA, J., *Filosofía del hombre. Una antropología de la intimidad*, Madrid 1992 (2ªed.).

ARRIGHI, G., “Globalization, State Sovereignty and the Endless Accumulation of Capital”, em *The Ends of Globalization, Bringing Society Back in*, Ed.s.: D.Kaalb et al., Oxford 2000, pp.125-150.

BARCIA TRELLES, C., *Francisco de Vitoria, fundador del Derecho Internacional moderno*, Valladolid 1928.

BARRETO, I.C., *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa 1995.

BARTELTSEN, J., *Genealogy of Sovereignty*, Cambridge 1995.

BAYEFISKY, A., *The UN Human Rights System in the 21<sup>st</sup> Century*, Haia, 2000.

BAZÁN, J., *La protección de la vida privada y familiar en la Jurisprudencia de Estrasburgo*. Tesis Doctoral. Pamplona, Universidad de Navarra 1995.

BEAUVOIR, S., *The Second Sex*, Harmondsworth 1972.

BELARDINELLI, S., *Il Gioco delle Parti. Identità e Funzioni della Famiglia in una Società Complessa*, Roma 1996.

BELAUNDE, V.A., *20 años de Naciones Unidas*, Madrid 1966.

BELLUSCIO, A.C., *Manual de Derecho de Familia*, T.II, Buenos Aires 1975.

BENEYTO, J., *Una historia del matrimonio*, Madrid 1993.

BERMEJO, R., *Textos de Derecho Internacional Público y Tratado de la Unión Europea*, Pamplona 1999 (2 ed.).

BEUCHOT, M., *Filosofía y Derechos Humanos*, México 1993.

BOBBIO, N., *Thomas Hobbes*, Barcelona 1991.

BOCCIO VÁZQUEZ, J.M., *Comunidades Europeas y Derechos Humanos*, Madrid 1986.

BODIN, J., *On Sovereignty*, Cambridge 1992.

BOULAIS, J.; CHEVALIER, R.M., *Grands Arrêts de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, T.I, Paris 1983 (3<sup>a</sup> ed.).

BRIERLY, J.L. *The Law of Nations: An Introduction to the International Law of Peace*, Nova York 1963.

BRUYN, D., *La Procédure devant la Nouvelle Cour Européenne de Droits de l'Homme après le Protocole n°11*, Bruxelles 1999.

CAFFARRA, C., *La sexualidad humana*, Madrid 1987.

CAMPS, M., *La trascendencia jurídica de la identidad sexual: estudio interdisciplinar del transexualismo*, Tesis doctoral, Universidad de Navarra 2001.

CANÇADO TRINDADE, A., "The Inter-American Human Rights Protection System", em *Recueil des Cours da 30ª Session d'Enseignement, Instituto Internacional de Derechos Humanos*, Estrasburgo 1999.

CAÑAL, F., *Las Rentas Familiares en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Madrid 1997.

CAPOTORTI, F., *A Propos De L'adhésion Éventuelle des Communautés à la Convention Européenne de Droits De L'Homme*, Estrasburgo, 1981.

CASSIN, R., "La Cour Européenne Des Droits De L'homme", em *Annuaire de la CEDH*, vol.7., Hague 1960.

CARBONNIER, J., *Droit Civil: La Famille*, T.2, Paris 1991 (14ª ed.).

CARRERAS, J., *Las bodas, sexo, fiesta y Derecho*, Madrid 1998 (2ª ed.).

CARRILLO SALCEDO, J.A., "La protección de los derechos humanos en las comunidades europeas", em *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, dirigido por González, J.D.; Muñoz, S., T.II, Madrid 1986.

CASTÁN TOBEÑAS, J., *Los derechos del hombre*, Madrid 1985.

CASTILLA, B., *La complementaridad varón-mujer. Nuevas hipótesis*, Madrid 1996.

CASTILLA, B., *Persona femenina y persona masculina*, Madrid 1996.

CHÁVEZ, M.F., *La familia en el Derecho*, México D.F. 1984.

CHOZA, J., *Analítica de la sexualidad*, Pamplona 1978.

-*Antropología de la sexualidad*, Madrid 1991.

CHUECA SANCHO, A., *Los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*, Barcelona 1999 (2ª ed.).

CICU, A., *El Derecho de Familia*, Buenos Aires 1947.

COHEN-JONATHAN, G., *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Paris 1989.

CONSTANTINESCO, V.; KOVAR, R.; SIMON, D., *Traité sur l'Unión européenne, Commentaire article par article*, Paris 1995.

COOPER, R., *The Economics of Interdependence*, Nova Yorque 1968.

CORRAL, C.; GONZÁLEZ, J., *Código Internacional de Derechos Humanos*, Madrid 1997.

D'AGOSTINO, F., *Elementos para una filosofía de la familia*, Madrid 1991.

DAMROSH, L., "Changing Conceptions of Intervention in International Law", em *Emerging Norms of Justified Intervention: A Collection of Essays from a Project of the American Academy of Arts and Sciences*, Ed.s: L. W. Reed; C. Kaysan, Cambridge 1993, pp.91-110.

DANIELS, C., *At Women's Expense*, Cambridge 1993.

DECAUX, E., "Les Etats Parties et leurs Engagements", em *La Convention Européenne des Droits de l'Homme: commentaire article par article*, Ed.s: L.-E. Pettiti; E. Decaux; P.-H. Imbert, Paris 1999 (2ª ed.).

GÓMEZ DEL PRADO, J., "La protección de los derechos humanos en el sistema de las Naciones Unidas e de los órganos especializados", em *Recueil des Cours da 30ª Session d'Enseignement, Instituto Internacional de Derechos Humanos*, Estrasburgo, Julho de 1999.

DEPRÉ, S., "Assistance Judiciaire", em *La Convention Européenne des Droits de l'Homme: commentaire article par article*, Ed.s: L.-E. Pettiti; E. Decaux; P.-H. Imbert Paris 1999 (2ª ed.).

DE CASTRO Y BRAVO, F., "Formación y deformación del concepto de persona jurídica", em *Centenario de la Ley de Notariado*, Ed. Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Sec.III, Vol.1, Madrid 1964.

DE MESQUITA, B., *Principles of International Politics*, Washington, D.C. 2000.

DE SALVIA, M., a "Protezione dei Diritti dell'Uomo nel Quadro della Convenzione Europea e Secondo Il Diritto Comunitario: Interferenze e Problemi di Coordinamento", em *Diritto Comunitario e Degli Scambi Internazionale*, UTET, Milão 1980, pp.492-494.

- *Lineamenti di Diritto Europeo dei Diritti dell'Uomo*, Nápoles 1991.

- *La Convenzione Europea del Diritti dell'Uomo: Procedure e contenuti*, Nápoles 1997.

- *Compendium de la CEDH-Les principes directeurs de la Jurisprudence relative à la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Strasbourg 1998.

DE VATTEL, E., *Le Droit de Gens*, 1798 (1ª ed.). *The Law of Nations*, Filadélfia 1852.

DÍEZ-PICAZO, L.; GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV, Madrid 2001 (8ª ed.).

DIJON, X., *Droit Naturel*, Tomo 1, Paris 1998.

D'ORS, A., *Derecho Privado Romano*, Pamplona 1977.



- DRZEMCZEWSKI, A, "Fact-Finding. European Convention on Human Rights", em *The UN Human Rights Treaty System in the 21<sup>st</sup> Century*, Ed.: A. F. Bayefsky, Haia 2000.
- DURÁN, P., *Manual de Derechos Humanos*, Granada 1993.
- DURÁS, M.A., *Los costes invisibles de la enfermedad*, Madrid 2003.
- EISSEN, M.-A., *La Cour Européenne des Droits de l'Homme, Council of Europe*, Estrasburgo 1984.
- EELKELAAR, J.; NHLAPO, T., "Constitutionalizing Family Law", em *The Changing Family. International Perspectives on the Family and Family Law*, Ed.s: J. Eekelaar; T. Nhlapo, Oxford 1998.
- ENRICH MAS, M., "Article 12", em *La Convention Européenne des Droits de l'Homme. Commentaire Article par Article*, Ed.s: L.-E. Pettiti; E. Decaux; P.-H. Imbert, Paris 1995.
- ERIKSSON, M.K., *The Right to Marry and to Found a Family - a World-Wide Human Right*, Uppsala 1990.
- EZCURDIA, J., *Curso de Derecho Natural, perspectivas Iusnaturalistas de los Derechos Humanos*, Madrid 1987.
- FASSO, G., *Historia de la Filosofía del Derecho*, Madrid 1982.
- FAWCETT, J., *The Application of the European Convention on Human Rights*, Oxford 1987.
- FEMIA, J., *Marxism and Democracy*, Oxford 1993.
- FERNÁNDEZ-GALIANO, A., *Derecho Natural*, Madrid 1986 (5ªed.).
- FERRARI, F., *Teoría de las personas jurídicas*, Madrid 1929.
- FERRATER, J., *Diccionario de filosofía*, voz "accidente", Madrid 1990 (7ª reimp.).
- FICHTE, J.G., *Rudiments of Natural Rights*, Cambridge 2000.
- FINEMAN, M.A., *The Neutered Mother, The Sexual family and Other Twentieth Century Tragedies*, New York 1995.
- FOWLER, M.R.; BUNCK, J.M., *Law, Power and the Sovereign State: The Evolution and Application of the Concept of Sovereignty*, Pensilvania 1995.
- FORSYTHE, D.P., *Human Rights and World Politics*, Lincoln 1983.
- FRANKLIN, J.H., *John Locke and the Theory of Sovereignty*, Cambridge 1978.

FRAZER, J.E., *Sustaining Civilian Control: Armed Counterweights in Regime Stability in Africa*, Ph.D. dissertation, Dep.Ciências Políticas, Stanford University 1994.

GARBERÍ, J.; MORENILLA, P., *Convenio Europeo de Derechos Humanos y Jurisprudencia del Tribunal Europeo relativa a España*, Barcelona 1999.

GARCÍA CANTERO, M., "La crisis de la sexualidad y su reflejo en el derecho de familia", em *Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor Lacruz Berdejo*, Ed. Área de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, Vol.1, Barcelona, 1992.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; GONZÁLEZ, J.D; MUÑOZ, S., *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, T.II, Madrid 1986.

GARCÍA, E.; TIZZANO, A.; ALONSO, R., *Código de la Unión Europea*, Madrid 1996.

GIERKE, O.F.V., *Political Theories of The Middle Ages*, Cambridge 1900.

- GIERKE, O.F.V., *Johannes Althusius*, Berlin 1880.

GIL, D., *Violence Against Children: Physical Abuse in the United States*, Cambridge 1973.

GILMORE, M.P., *Argument from Roman law in Political Thought: 1200-1600*, Cambridge 1941.

GLENDON, M.A., *The Transformation in Family Law*, Chicago 1989.

-*A World Made New. Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights*, New York 2001.

GOLDSTEIN, J.; SOLNIT, A.; FREUD, A., *Beyond The Best Interests of The Child*, New York 1973.

GÓMEZ-PÉREZ, R., *Introducción a la ética social*, Madrid 1987.

-*Cuestiones básicas de Doctrina Social de la Iglesia*, Madrid 1993.

GONZÁLEZ, M.; GARCÍA, A.; ROLDÁN, C.; FLYVER, F.R.; *Cuestiones y textos de la Historia de la Filosofía del Derecho, moral y política*, Madrid 1997.

GOYARD-FABRE, S., *Jean Bodin et le Droit de la République*, Paris 1989.

GREEN, J.F., *The United Nations and Human Rights*, Washington 1956.

GREEN, S.; LONG, J.V., *Marriage and Family Law Agreements*, New York 1999.

GROTIUS, H, *De Jure Belle ac Pacis*, 1613 (*The law of War and Peace*, Amsterdam 1642; *Le Droit de la Guerre et de la Paix*, ed. e trad. de Jean Barbeyrac, Leide 1759 ).

HANNUM, H., *New Directions in Human Rights*, Filadélfia 1989.

HEGEL, G.F.W., *Philosophy of Law* (1821): *Filosofía del Derecho*, Madrid 1878.

HENDRICK, J.P., *An International Bill of Human Rights*, Washington 1948.

HERVADA, J., *Escritos de Derecho Natural*, Pamplona 1986.

-*Diálogos sobre el amor y el matrimonio*, Pamplona 1986 (2ª ed. revisada).

-*Historia de la Ciencia del Derecho Natural*, Pamplona 1987.

-*Cuatro lecciones de Derecho Natural*, Pamplona 1989.

-*Libertad, naturaleza y compromiso en el matrimonio*, Madrid 1991.

-*Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*, Pamplona 2000 (3ªed.).

-*Una caro. Escritos sobre el matrimonio*, Pamplona 2000.

HERVADA, J.; LOMBARDÍA, P., *El Derecho del Pueblo de Dios. Hacia un sistema de Derecho Canónico*. III, "Derecho Matrimonial" (1), Pamplona 1973.

-*El Derecho del Pueblo de Dios. Hacia un sistema de Derecho Canónico*. I, "Introducción a la Constitución de la Iglesia", Pamplona 1973.

HERVADA, J.; ZUMAQUERO, J., *Textos Internacionales de Derechos Humanos*, T.I., Pamplona 1992 (2ª ed.).

HERVADA, J.; ZUMAQUERO, J. (ed.s), *Juan Pablo II y los Derechos Humanos*, Pamplona 1993.

HILF, M., *The Protection of Fundamental Rights in the Community en European Law and Individual*, Oxford 1976.

HINSLEY, F.G., *Sovereignty*, Cambridge 1986 (2 ed.).

HOBBS, T., *De Leviathan*, Oxford 1946.

HOFFMAN, J., *Sovereignty*, Minneapolis 1998.

HOULGATE, L.D., *Family and State*, New Jersey 1988.

HUFBAUER, G.C.; SCHOTT, J.J.; ELLIOT, K.A., *Economic Sanctions Reconsidered: History and Current Policy*, Washington, D.C. 1990 (2ª ed.).

IGE, T., "The African Charter on Human and Peoples' Rights", em *Recueil des Cours da 30ª Session d'Enseignement, Instituto Internacional de Derechos Humanos*, Estrasburgo 1999.

JACOBS, G., *The European Convention on Human Rights*, Oxford 1975.

JACQUÉ, J.P., "Communauté Européenne et le Convention Européenne de Droits de l'Homme", em *La Convention Européenne des Droits de l'Homme: commentaire article par article*, Ed.s: L.-E. Pettiti; E. Decaux; P.-H. Imbert, Paris 1999 (2<sup>a</sup> ed.).

JACKSON, R.H., *Quasi-States: Sovereignty International Relations and The Third World*, Cambridge 1990.

JENTLESON, B.W., "Economics Sanctions and Post-Cold War Conflicts: Challenges for Theory and Policy", em *International Conflict Resolution After the Cold War*, Ed.s: A. L. George et al., Washington, D.C. 2000, pp.123-178.

JONES, K., *Compassionate Authority*, Londres, 1993.

JONES-PAULY, C., "The Law and Morality of Support in the wides family", em *The Changing Family. International Perspectives on the Family and Family Law*, Ed.s: J. Eekelaar; T. Nhlapo, Oxford 1998.

JOUVENEL, B., *El Poder*, Madrid 1956.

-*La Soberanía*, Madrid 1957.

JUSTINIANO I, *Institutiones (Las Instituciones de Justiniano*, Ed. y Trad. de Francisco Hernández-Tejero, Granada 1998).

KAISER, M.; LAMBERT, P., "Le délai de six mois", em *La Procédure devant la Nouvelle Cour Européenne de Droits de l'Homme après le Protocole n°11*, Bruxelas 1999.

KANT, I., *The Relation of Theory to Practice in Public Law*, 1793 (*Immanuel Kant's Moral and Political Writing*, trad. Carl J. Friedrich, Nova York 1993).

-*On Eternal Peace*, 1795 (*La paz perpetua*, trad. Joaquín Abellán, Ed. Tecnos, Madrid 1985).

-*The Theory of Right*, 1797 (*Introducción a la Teoría del Derecho*, trad. Felipe González, Madrid 1997).

KAYACIK, L., "Le Système Européen de protetion de Droits de l'Homme", em *Recueil des Cours da 30<sup>a</sup> Session d'Enseignement, Instituto Internacional de Derechos Humanos*, Estrasburgo 1999.

KEOHANE, R.O., *After Hegemony: Cooperation and Discord in the World political Economy*, Princeton 1984.

KÖNIG, "Sociological Introduction", Vol.4, em *Person and Family, International Encyclopedia of Comparative Law*, Ed.: J.C.B. Mohr-Paul Siebeck, The Hague 1974, p.20 ss.

KRAMER, M.H., "The key function of law in providing security and co-ordination that are prerequisite to the viability of human societies", em *Defense of legal Positivism. Law without Trimmings*, Ed.: M. H. Kramer, Oxford 1999, pp.307-308.

KOSONEN, A., *The Special Protection and Child Soldiers, a Principle and its Application*, Helsinki 1987.

KRASNER, S.D., *Sovereignty: Organized Hypocrisy*, Princeton 1999.

LAMBERT, E., *Les Effets des Arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Bruxelles 1999.

LASKI, H.J., *Studies in the Problem of Sovereignty*, Harvard 1917.

LECAILLON, J.-D., *La familia como primera realidad económica*, Madrid 1995.

LECLERCQ, J., *El Derecho y la sociedad. Sus fundamentos*, Barcelona 1965.

LERNER, G., *The Creation of Patriarchy*, Nova York 1986.

LICH, R.B., "Civil Rights", em *Human Rights in International Law, Legal and Policy Issues*, Ed.: T. Meron, Oxford 1988, p.155.

LOCKE, J., *Two Treaties of Civil Government*, Londres 1924 (notas y trad. de Carlos Mellizo, Alianza Editorial, Madrid 1990).

LÓPEZ GARRIDO, D., *Libertades económicas y derechos fundamentales en el sistema comunitario europeo*, Madrid 1986.

- *El Tratado de Maastricht*, Madrid 1992 (4ª ed.).

LÓPEZ-GALIACHO, J., *La problemática jurídica de la transexualidad*, Madrid 1998.

LÓPEZ-MEDEL, M., *Derechos y libertades en la Europa comunitaria*, Madrid 1992.

LLAMAZARES, D., *Derecho de la libertad de conciencia. Libertad personal y derecho de asociación*, Vol.2, Madrid 1999.

MACHIÁVELLI, N., *The Discourses*, Harmondsworth 1970.

- *The Prince*, Chicago 1985.

MACKINNON, C., *Toward a Feminist Theory of the State*, Londres 1989.

MADIOT, Y.; BREILLAT, D., “La Famille, Élement des Droits de l’Homme en Europe”, em *Le Droit Non Civil de la Famille*, Ed.: J. Carbonnier, Paris 1983, pp.215-230.

MALAURI, *La familia*, Paris 1992.

MARGUÉNAUD, J.P., *La Cour Européenne des Droits de l’Homme*, Paris 1997.

MARIE, J.-B., *La Comisión de Derechos de L’homme*, Paris 1975.

MARITAIN, J., *La persona y el bien común*, Buenos Aires 1968;

- *Los Derechos del Hombre y la Ley Natural*, Buenos Aires 1961.

MARTIN DE AGAR, J., *Raccolta di Concordati*, Roma 2000.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *Diagnóstico sobre el Derecho de Familia*, Madrid 1996.

MASCLET, J.C., *Les Grands Arrêts des Droits Communauté*, Paris 1995.

MASSINI, C., *El Derecho Natural y sus dimensiones actuales*, Buenos Aires 1998.

MELENDO, T., *Ocho lecciones sobre el amor humano*, Madrid 1995 (3ª ed.).

MEINECKE, F., *Machiávelism: The Doctrine of Raison d’Etat and its Place in Modern History*, Londres 1957.

MENDIZÁBAL, *Tratado de Derecho Natural*, Madrid 1929 (7ª ed.).

MERRIAM, C.E., *History of The theory of Sovereignty Since Rousseau*, New York, 1900.

MESSNER, J., *La cuestión social*, Madrid 1960.

- *Ética social, política y económica*, Madrid 1967.

MILLÁN-PUELLES, A., “Bien común”, *Gran Enciclopedia Rialp*, Tomo IV, Madrid 1971.

MOLANO, E., *Contribución al estudio sobre la esencia del matrimonio*, Pamplona 1977.

MONTEJANO, B., *Curso de Derecho Natural*, Buenos Aires 1986.

MONTESQUIEU, *El Espíritu de las leyes* (1743), Madrid 1820.

MORAVCSIK, A., “Lessons from the European Human Rights Regime”, em *Advancing Democracy and Human Rights in the Americas: What Role of the OAS?*, Ed.: A. Moravcsik, Washington, D.C. 1998, pp.35-80.

MORENILLA, J., *Los sistemas para la protección internacional de los Derechos Humanos*, Madrid 1986.

- *El Convenio Europeo de los Derechos Humanos*, Madrid 1988.

MUNTARBHORN, V., "Asie et les Droits de l'Homme", em *Recueil des Cours da 30<sup>a</sup> Session d'Enseignement, Instituto Internacional de Derechos Humanos*, Estrasburgo 1999.

NAVARRO-VALLS, R., *Matrimonio y Derecho*, Madrid 1994.

O'DONNELL, W.J.; JONES, D.A., *The Law of Marriage and Marital Alternatives*, Massachusetts, Toronto 1982.

OESTREICH, G.; SOMMERMANN, K.P., *Pasado y presente de los Derechos Humanos*, Madrid 1990.

OFFEN, K., "Defining Feminism: A Comparative Historical Approach", em *Beyond Equality and Difference: Citizenship, Feminist Politics, and Female Subjectivity*, Ed.s: G. Bock; S. James, Londres 1992, pp.79-88.

OMAR SALVIOLI, F., "El sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos", em *Recueil des Cours da 30<sup>a</sup> Session d'Enseignement, Instituto Internacional de Derechos Humanos*, Estrasburgo 1999.

OPPENHEIM, L., *Oppenheim's International Law*, Essex 1992.

OUGUERGOUZ, F., "La Charte Africaine", em *Recueil des Cours da 30<sup>a</sup> Session d'Enseignement, Instituto Internacional de Derechos Humanos*, Estrasburgo 1999.

PERINET-MARQUET, H., "L'Ouverture du Droit Pénal à l'Action Civile Familiale", em *Le Droit Non Civil de la Famille*, Ed.: J. Carbonnier, Paris 1983, pp.281-293.

PETTITI, C., "La Forme et Contenu de la Requête", em *La Convention Européenne des Droits de l'Homme. Commentaire Article par Article*, Ed.s: L.-E. Pettiti; E. Decaux; P.-H. Imbert, Paris 1995.

PHILIP, O., *Le Problème de l'Union Européenne*, Paris 1950.

PI LLORENS, M., *Los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario*, Barcelona 1999.

PIEPER, J., *El amor*, Madrid 1974.

PINDER, J., *The European Union. A Very Short Introduction*, Oxford 2000.

POLAINO-LORENTE, A., *Madurez personal y amor conyugal*, Madrid 1992 (3<sup>a</sup> ed.).

-*Sexo y cultura. Análisis del comportamiento sexual*, Madrid 1998 (2<sup>a</sup> ed.).

POLAINO-LORENTE, A.; GARCÍA, D., *Terapia familiar y conyugal. Principios, modelos, programas*, Madrid 1993.

POLAINO-LORENTE, A.; MARTÍNEZ, P., *Evaluación psicológica y psicopatológica de la familia*, Madrid 1998.

POLO, L., *Ética. Hacia una versión moderna de los clásicos*, Madrid 1996.

POWELL, R., *In The Shadow of Power: States and Strategies in International Politics*, Princeton 1999.

QUESADA, S., "El Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos", em *Recueil des Cours da 30ª Session d'Enseignement, Instituto Internacional de Derechos Humanos*, Estrasburgo 1999.

RABKIN, J., *Why Sovereignty Matters*, Washington, D.C. 1998.

REUTER, P.; GROS, A., *Traité et Documents Diplomatiques*, Paris 1982 (5ª ed.).

ROBERTSON, A.H., *Human Rights in Europe*, Manchester 1977 (2ª ed.).

ROBINSON, N., *Universal Declaration on Human Rights. It's Origins, Significance and Interpretation*, New York 1958 (2 ed.).

ROBLES MORCHON, G., *Los Derechos Fundamentales en la Comunidad Europea*, Madrid 1988.

ROCA, E., *Familia y cambio social*, Madrid 1999.

ROMMEN, H., *La teoría del Estado y de la comunidad internacional en F. Suarez*, Madrid 1951.

ROUGEMONT, D., *L'Europe en Jeu*, Paris 1948.

ROSANEAU, J., *Turbulence in World Politics: a Theory of a Change and Continuity*, Princeton 1990.

ROTHENBACHER, F., "Social Change in Europe and its Impact on Family Structures", em *The Changing Family. International Perspectives on the Family and Family Law*, Ed.s: J. Eekelaar; T. Nhlapo, Oxford 1998, pp.3-33.

ROUSSEAU, J., *Del Contrato Social*, (notas de Mauro Armíño), Alianza Editorial, Madrid 1986 (3ª reimp.).

RUFFINI, F., "La Classificazione delle Persone Giuridiche in Sinnibaldo dei Fieschi (Innocenzo IV)", em *Scritti Giuridici Minori*, T. II, Ed.s: M. Falco; A. Jemolo; E. Ruffini, Milão 1936, pp.3-90.

SACHS, J.A., "Introduction", em *The Changing Family. International Perspectives on the Family and Family Law*, Ed.s: J. Eekelaar; T. Nhlapo, Oxford 1998.



SANTOSCOY, B. "Le Système Interaméricain De Protection Des Droits De L'homme", em *Recueil des Cours da 30ª Session d'Enseignement, Instituto Internacional de Derechos Humanos*, Estrasburgo 1999.

SALINAS, A., *La Protección de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*, Granada 2000.

SATINOVER, J., *Homosexuality and the Politics of Truth*, Grand Rapids 1996.

SAVIGNY, F., *Histoire du Droit Romain au Moyen Âge*, (trad. de Charles Guenoux, Ed. Charles Hingr'ay, Paris 1839).

-*La Ciencia del Derecho*, (Ed. Losada) Buenos Aires 1949.

SCHOOYANS, M., *El aborto. Implicaciones políticas*, Madrid 1991.

SCHWARTZ, P., *La nueva economía política de John Stuart Mill*, Madrid 1968.

SCOTT, J.R., *The Spanish origin of International Law. Francisco de Vitoria, and his Law of Nations*, Oxford 1934.

SHELLING, F.W., *System of Transcental Idealism*, Tubinga 1800.

- *Method of Academic Study*, Tubinga 1803.

SKINNER, Q., *The Foundations of Modern Political Thought, The Age of Reformation*, (vol.2), Cambridge 1978.

SCHMIDT, T.E., *Straight and Narrow. Compassion and Clarity in the Homosexuality Debate*, Downers Grove 1995.

SOCARIDES, C.W., *Homosexuality, a Freedom to Far*, Phoenix 1995.

SOYER, J.C.; DE SALVIA, M., *Le Recours Individuel Supranational*, Paris 1992.

SPINOZA, B., *Tractatus Theologico-Politicus*, 1676. (*Tratado Teológico-Político*, trad. Atilano Domínguez, Alianza Editorial, Madrid 1986).

STRAUSS, L., *Meditación sobre Maquiavelo*, Madrid 1964.

STUART MILL, J., *On Liberty*, Harmondsworth 1974 (*Sobre la Libertad*, trad. de Pablo de Azcárate, Alianza Editorial, Madrid 1986, 6ª ed.).

-*Utilitarianism*, Indianapolis 1979 (*El Utilitarismo*, trad. de Esperanza Guisán, Alianza Editorial, Madrid 1984).

SUAREZ, F., *Tractatus De Legibus ac Deo Legislatore* (1612), (*La Ley*, trad. de Luis Frayle, Ed. Tecnos, Madrid 1995).

SUDRE, F., *Droit International et Européen des Droits de l'Homme*, Paris 1999 (4 ed.).

-*Que sais Je?*, Paris 1990.

- "Droits Intangibles et/ou Droits Fundamentaux: y a-t-il des Droits Prééminents dans la Convention Européenne des Droits de l'Homme?", em *Liber Amicorum Marc-André Eissen*, Ed.: M.-A. Eissen, Bruxelles 1995.

TEITGEN, P.-H., *Faites Rentrer le Témoin Suivant*, Ouest-France, 1988.

- "Introduction to the European Convention on Human Rights", em *The European System for the Protection of Human Rights*, Ed.s: R. J. Macdonald; F. Matscher; H. Petzold, Nijhoff 1993.

TEJERO, E., *El matrimonio: misterio y signo. Siglos XIV al XVI*, Pamplona 1971.

TOLDRÁ ROCA, M.D., *Capacidad natural y capacidad matrimonial. la transexualidad*, Barcelona 2000.

TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teologica de Santo Tomás de Aquino*, (trad. e notas de Fr. Francisco Barbado, O.P., Ed. Católica, Madrid 1956).

-*De Regimine principum*, (Trad. de León Carbonero, Ed.Gráfica Excelsion, Madrid 1917).

VALLET, J., *Qué es el Derecho Natural*, Madrid 1997.

VANDERSANSEN, G.; ENGLER, B. "Considerations Juridiques relatives à L'elaboration d'une Théorie de L'integration Européenne", em *Les Communautés en fonctionnement*, Bruxelles 1981.

VAN DEN ARDWEG, G., *Homosexualidad y esperanza. Terapia y curación en la experiencia de un psicólogo*, Pamplona 1997.

VAN DIJK, P.; VAN HOOFF, G., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Boston 1990.

VERDUSSEN, M., "La Cour Européenne des Droits de l'Homme et l'Épuisement Préalable du Recours Interne au Juge Constitutionnel", em *Liber Amicorum Marc-André Eissen*, Ed.: M.-A. Eissen, Bruxelles 1995, pp.435-451.

VEGA GUTIÉRREZ, A., *Políticas familiares en un mundo globalizado*, Pamplona, 2002.

VELU, J.; ERGEC, R., *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Bruxelles 1990.

VERDE, J., *Derechos Humanos y las Comunidades Europeas*, Madrid 1989.

VERDOOT, A., *Declaración de los Derechos Humanos*, Bilbao 1969.

-*Naissance et Signification de la Declaration Universelle des Droits de l'Homme*, Louvain 1963.

VILADRICH, P.-J. (Coord.), *Documento 40 ONG's sobre la familia*, Pamplona 1995.

- *El pacto conyugal*, Pamplona, 1981.

- *Agonía del matrimonio legal*, (2 ed.) Pamplona 1989.

- *O Consentimento Matrimonial*, Braga 1997.

- *El modelo antropológico del matrimonio*, Madrid 2001.

- *El ser conyugal*, Madrid 2001.

- *La institución del matrimonio: los tres poderes*, Madrid 2001.

VILLOSLADA, R., *Causas e Factores Históricos da Ruptura Protestante*, Berriz 1961.

VV.AA., *Elementos del Derecho Civil, Personas*, edição revisada por J. Delgado Echevarría, Madrid 1999.

VV.AA., *Why Marriage Matters. Twenty One Conclusions from de Social Sciences*, Nova York 2002.

WARD, P., *Sovereignty*, Londres 1928.

WARDLE, L.D., "Same-Sex Marriage and the Limits of legal Pluralism", em *The Changing Family. International Perspectives on the Family and Family Law*, Ed.s: J. Eekelaar; T. Nhlapo, Oxford 1998, pp.394-395.

WEITZMAN "Divorce and the Marital Partnerships: Recognition of the wife's Contribution", em *Government Impact on Family Life*, Provo 1977.

WESTON, B.; FALK, R.; CHARLESWORTH, H., *International Law and World*, Minneapolis 1997 (3ª ed.).

WILLEKENS, H., "Long-Term Developments in Family Law in Western Europe: an Explanation", em *The Changing Family. International Perspectives on the Family and Family Law*, Ed.s: J. Eekelaar; T. Nhlapo, Oxford 1998 , pp.47-73.

WIEACKER, *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*, Madrid 1957.

WIJT, S., *Post-Operative transsexuals and the European Court of Human Rights*, Estrasburgo 1998.

WILLENIUS, R., *The Social and Political Theory of F.Suarez*, Helsinquia 1963.

WOLLSTONECRAFT, M., "Reasons, Feelings and Equality", em *Feminist Interpretations and Political Theory*, Cambridge 1991.

WOLFF, C., *Fundamenta Juris Naturae et Gentium* (1705), (*Fundamentos del Derecho y de Gentes*, trad. de Salvador Ríos y Asunción Sánchez, Ed. Tecnos, Madrid 1994).

WÓJCIK, A., *Pareja de hecho y matrimonio*, Pamplona 2002.

YEPES, R.; ARANGUREN, J., *Fundamentos de Antropología. Un ideal de la excelencia humana*, Pamplona 1998 (3ªed.).

ZAFRA, J., *Teoría fundamental del Estado*, Pamplona 1967.

ZUMAQUERO, J.M.; BAZTÁN, J.L., *Textos internacionales de Derechos Humanos*, T.II, Pamplona 1998.

## ARTIGOS

VV.AA., "Transsexualisme, Médecine et Droit", *Actes du XXIIIe Colloque de Droit Européen - Conseil de l'Europe - Vrije Universiteit Amsterdam* (Pays Bas), 14-15 Avril 1993, p.285-289.

AKANDJI-KOMBÉ, J.F., "Jurisprudence Communautaire Récente en Matière de Droits Fondamentaux ,1ere décembre 1996-30 novembre 1997", *Cahiers de Droit Européen*, nºs.3-4, 1998.

ANDERSON, "Tendências Fundamentais de la Política Familiar en los Estados Unidos", *Actas V Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado. (Libertades fundamentales y sistema matrimonial)*. Vol.1, Pamplona 1990, pp.7 e ss.

ARECHAGA, "Divorcio y libertad", *Nuestro Tiempo* , nº 304, 1979, pp.1061.

ARECHEDERRA, L., "El Matrimonio del transexual", *Humana Iura*, nº 7, 1997.

BAEHR, P.R., "How Universal are Human Rights?", *Civis Mundi*, Vol.32, 1993, pp.47-52.

BAÑARES, J.I., "El Ius Connubii, ¿Derecho fundamental del fiel?", *Fidelium Iura (Suplemento de Persona y Derecho)*, nº 3, 1993.

- "Estructura jurídica de la comunidad conyugal", em *El Matrimonio en España en el Año Internacional de la Familia (Problemática sociológica y jurídica)*, *Actas XIV Jornadas de la Asociación Española de Canonistas*, Salamanca 1994.

-"Persona y sexualidad humanas: de la antropología al derecho", *Actas X Congreso Internacional de Derecho Canónico (El matrimonio y su expresión jurídica ante el III milenio)*, Pamplona, 1998.

-"Persona y sexualidad humanas: verdad antropológica y dimensión de justicia", *Ius Canonicum - Escritos en Honor de Javier Hervada*, 1999.

BELLVER, V.; SILVESTRE, J., "La heterosexualidad como principio calificador del matrimonio", *Cuadernos de Bioética*, Vol.VIII, 1997, pp.1368-1384.

BERNÁRDEZ CANTÓN, A., "Elementos definidores del matrimonio implícitos en las causas de nulidad y separación", *Actas del V Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado. (Libertades fundamentales y sistema matrimonial)*, Vol.2, Pamplona 1990.

BYRD, A.D., "A Development Model of Male Homosexuality: the Greg Louganis Story", *Toward a Further Understanding of Homosexuality, Collected Papers from the NARTH Annual Conference*, 1995.

BRADNEY, A., "Transsexuals and the Law", *Family Law*, Vol.17, 1987, p.353.

DAUSES, M.A., "La Protection des Droits Fundamentaux dans l'Ordre Juridique Communauté", *Rev.Trimest. de Droit Européen*, 1984, pp.405 e ss.

DRZEMCZEWSKI, A.; MEYER-LADEWIG, J., "Principales Caractéristiques du Nouveau Mécanisme de Contrôle Établi par la CEDH Suite au Protocole N° 11, Signé le 11 Mai 1994", *Révue Universalle des Droits de l'Homme*, 1994.

ELÓSEGUI ITXASO, M., "Transexualidad, derecho a la vida privada e derecho al matrimonio. El caso español a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Estadounidense", *Actualidad Civil*, 10, 1994-1, pp.173 ss.

ESCRIVÁ-IVARS, J., "Transexualismo y matrimonio (Comentario a la Sentencia del T.E.D.H. en el Caso Cossey)", *Humana Iura*, 2, 1992, pp.323-448.

FAVRET, J.-M., "Le Traité D'Amsterdam", *Cahiers de Droit Européen*, n.5-6., 1997.

FLAUSS, J. F., "Les Modifications Récentes du Règlement de la Cour Européenne des Droits de L'Homme", *Revue Trimestral des Droits de l'Homme*, 1995.

GALEY, M., "Promoting Non-Discrimination Against Women", *International Studies Quarterly* 1979, p.273 ss.

GARRETT, G., "Global Markets and National Politics: Collision Course of Virtuos Cycle", *International Organization*, 52, 1998, pp. 782-824.

GHANDI, S., "Interaction Between the Protection of Fundamental Rigts in the European Economic Community and Under the European Convention on Human Rigts", em *Legal Issues of European Integration*, 1981.

GOOREN, L., "Biological Aspects of Transexualism", *Transexualisme, Médecine et Droit*, 1993, pp.53-61.

HERVADA, J., "Reflexiones en torno al matrimonio a la luz del Derecho Natural", *Persona y Derecho*, 1974, Vol.30, pp.27-140.

- "Libertad, autenticidad y Derecho Natural", *Persona y Derecho*, Vol. 3, 1976.

HOYOS, I.M., "Derecho Natural y matrimonio", *Actas I Congreso Panamericano sobre Familia y Educación*, Monterrey, 1994.

IBAN, I., "Notas para una propuesta de definición del matrimonio", *Revista de Derecho Privado*, 1993.

ITZIN, C., "Pornography and Civil Liberties: Freedom, Harm and Human Rights", *Pornography, Women, Violence and Civil Liberties*, 1992, pp.553-581.

KRAMER, L., "Same Sex Marriage, Conflict of Laws, and the Unconstitutional Public Policy Exception", *The Yale Law Journal*, 106, 1997, pp.1965-2008.

LACRUZ BERDEJO, "La familia: contingencias y permanencias", *Estudios de Deusto*, Vol.3412, 1986, p.339.

LAMBERT, P., "Les Beneficiaires du Droit de Recours" em *La Procédure devant la Nouvelle Cour Européenne de Droits de l'Homme après le Protocole n°11*, *Actas Seminário organizado pelo Instituts de Droits de l'Homme des Barreaux de Paris*, Ed.: V. Berger et al., Bruxelas 1999.

LEUPRECHT, P., "La Europa de los Derechos Humanos: valor universal de una experiencia regional", *Le Monde Diplomatique*, Fevereiro-Março 1997.

LEVY, H., "La reforma del sistema de protección por hijo a cargo en España, en un contexto europeo", *Actas X Encuentro de Economía Pública*, Tenerife 2003.

LEWIS, C.A., "From This Day Forward: A Feminin Moral Discourse on Homosexual Marriage", *The Yale Law Journal*, Vol.97, 1988, p.1799 ss.

LEZERTUA, M., "La problemática de la admisibilidad en el Convenio Europeo de Derechos Humanos", *Actas Jornadas sobre la Jurisprudencia Europea en Materia de Derechos Humanos*, Bilbao 1990

- "El derecho a la vida privada y familiar en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1996, pp.51-98.

MARIE, J.-B. "International Instruments Relating to Human Rights Classifications and Status of Ratifications as of 1 January 1998", *H.R.L.J.*, Vol.19, n°2-4, 1998, p.123 ss.

MARTEENS, "Voto disidente del Juez Marteens", *Humana Iura*, 2, 1992, p.409 ss.

PELLOUX, R., "La Cour Européenne Des Droits De L'homme", *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, Vol.1., 1989.

RIGAUX, F., "Observations: Les Transsexuels devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme: Une Suite d'Occasions Manquées", *Revue Trimestrelle des Droits de l'Homme*, 33, 1998, pp.130 ss.

RODOTA, S., "Présentation Générale des Problèmes Liés au Transsexualisme", *Transsexualisme, Médecine et Droit*, 1993, pp.17-24.

SATINOVER, J., "The Complex Interaction of Genes and Environment: a Model for Homosexuality", *Toward a Further Understanding of Homosexuality, Collected Papers from the NARTH Annual Conference*, 1995.

- *Homosexuality and the Politics of Truth*, Boston 1996.

SIMON, D., "L'ordre Public et les Libertés Publiques dans les Communautés Européennes: À Propos de L'Arret Rutili", *Revue du Marché Commun*, n°195, 1976.

- "Europe", *Jurisclasseur*, 1996, pp.1-4.

SPERDUTI, G., "Le Rattachement des Communautés Européennes a la Convention de Roma sur le Sauvegarde de Droits de L'Homme Et des Libertés Fondamentales", *Revue du Marché Commun*, n°236, 1980, pp.171-173.

SUDRE, F., "La Communauté Européenne Et Les Droits Fundamentaux après le Traité D'amsterdam", *Jurisclasseur Périodique-La Semaine Juridique*, éd.gén., n°1-2, 1998, pp.9 ss.

THOMPSON, J.E., "State Sovereignty in International Relations: Bridging the Gap Between Theory and Empirical Research", *International Studies Quarterly*, Vol.39, 1995, pp.213-233.

VALLÉS, J.; ZÁRATE, A., "La incidencia de las ayudas por descendientes sobre la fecundidad. Un estudio para España por tramos de edad", *Actas X Encuentro de Economía Pública*, Tenerife, 2003.

VILADRICH, P.-J., "La familia de fundación matrimonial", em *Cuestiones Fundamentales Sobre el Matrimonio y Familia, Actas II Simposio Internacional de Teologia de la Universidad de Navarra*, Ed.s: A. Sarmiento et al., Pamplona 1980.

- "El ius connubii y la libertad religiosa. Una reflexión sobre la libertad de la persona, la soberanía conyugal y el poder del Estado", *La Libertad Religiosa, Actas IX Congreso Internacional de Derecho Canónico*, México D.F. 1993.

- "La familia soberana", *Ius Canonicum*, Vol.34, n.68, 1994, pp.427-440.

VINCINEAU, M., "Les Homosexuels devant la Commission Européenne des Droits de l'Homme", *RDIC*, n°2, 1979, pp.83-106.

WACHSMANN, "Les Droits de l'Homme", *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 33 (4), 1997 (n° spécial sur le Traité de Amsterdam), pp.175 ss.

WRISTON, W., "Bits, Bytes, and Diplomacy", *Foreign Affairs*, 76, 1997, pp.172-182

## FONTES

CONSELHO DE EUROPA, *Droits de l'Homme en Droit Internationale. Textes de Base*, Estrasburgo 1992.

III ENCUESTRO DE POLÍTICOS Y LEGISLADORES DE AMÉRICA, *Declaración de Buenos Aires, (Familia y vida a los 50 años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos)*, Buenos Aires 1999.

NAÇÕES UNIDAS, *Conferência Mundial dos Direitos Humanos*, DPI/1394, 1993.

- *Annuaire des Droits de l'Homme pour 1947*, New York 1949, pp.435-543.

- "Preparatory Study Concerning a Draft Declaration on The Rights and Duties of States". *Memorandum by the Secretary General of the UN*, London for UN 1949.

- "Searching Study of Human Rights Declaration; Clause by Clause Debate on Commission's Draft", *UN Bulletin*, Nov.1, 1948, pp.858-861.

UNESCO, "La Declaration Universelle des Droits de l'Homme", *Documentation et Conseils Pédagogique*, 1953.

SANTA SÉ, *Carta dos Direitos da Família*, 1983.

-Conselho Pontificio para a Família, *Familia y Derechos Humanos*, 2000.

JOÃO PAULO II, *Mensagem do IV Encontro Mundial das Famílias*, Manila, 25 de Janeiro de 2003.

CRUZ VERMELHA INTERNACIONAL, *ICRC and Children in Situation of Armed Conflicts*, Genebra 1987.

## SENTENÇAS DO TRIBUNAL EUROPEO DE DIREITOS HUMANOS



- Sentença Marckx' c. Bélgica, de 13 de Junho de 1979, Série A,31.
- Sentença Van Oosterwijck c. Bélgica de 6 de Novembro de 1980, Serie A, 40.
- Sentença Dudgeon c. GB, de 22 Outubro de 1981, Serie A, 45.
- Sentença Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. GB, de 28 de Maio de 1985, Serie A, 94.
- Sentença Rees c. Grã-Bretanha, de 17 de Outubro de 1986, Série A, 106.
- Sentença Johnston et al. c. Irlanda, de 18 de Dezembro de 1986, Serie A, 112.
- Sentença F. c. Suíça de 18 de Dezembro de 1987, Serie A, 128.
- Sentença Norrios c. Irlanda, de 26 de Outubro de 1988, Serie A, 142
- Sentença Cossey c. GB, de 27 de Setembro de 1990, Serie A, 184.
- Sentença B. c. França de 25 de Março de 1992, Serie A, 232-C.
- Sentença Modinos c. Chipre, de 22 de Abril de 1993, Serie A, 259.
- Sentença X,Y e Z c. GB, de 22 de Abril de 1997, Serie A, 91.
- Sentença Sheffield e Horsham c. GB, de 30 de Julho de 1998, Serie A, 31-32.

## **OPINIÕES, DECISÕES E RELATÓRIOS DA COMISSÃO EUROPEIA DOS DIREITOS HUMANOS**

- Opinião da Comissão de 11 de Outubro de 1979, Demanda nº 6699/74, DR 17, p.21.
- X c. Suécia de 10 de Julho de 1978, Demanda nº 8257/78, DR 13, pp.248 e ss.
- X c. Países Baixos, Demanda nº 8896/80, DR 24, p.176.
- 38 Transsexuais c. Itália, Demanda nº 9420/81 (sem publicar), Decisão da Comissão de de 5 de Outubro de 1982.
- Relatório da Comissão de 12 de Outubro de 1984, E.H.R.R. 7, 1985, p.429.
- Relatório da Comissão de 15 de Dezembro de 1988, Demanda 10622/83, DR 61, pp.37 e ss.
- Relatório da Comissão de 7 de Março de 1989, Demanda 11095/84, publicados em DR 63, pp.34 e ss.

- Anita Erikson e Asta Goldchmidt c. Suécia, Demanda nº 14573/89, DR 63, p.213.
- K. Sheffield c. Reino Unido, Demanda nº 22985/93 (sem publicar).
- I. c. Reino Unido, Demanda nº 25680/94, E.H.R.R. 23, C.D. 66.
- Relatório da Comissão de 27 de Junho de 1995, Demanda nº21380/93, E.H.R.R. 24, 1997, pp.150 e ss.

#### **RESOLUÇÕES DO COMITÉ DE MINISTROS DO CONSELHO DE EUROPA**

- Resolução do Comité de Ministros do Conselho de Europa de 7 de Março de 1989, DR 63, pp.34 e ss.
- Resolução do Comité de Ministros do Conselho de Europa de 15 de Junho de 1989, DR 61, pp.37 e ss.