

O casamento entre pessoas do mesmo sexo:
Uma perspectiva constitucional

Duarte Santos*

1. Introdução

O tema que me proponho tratar, o casamento entre pessoas do mesmo sexo, está na ordem do dia! Objecto de discussões intermináveis e muitas vezes pouco esclarecedoras, em que quase sempre a emoção leva a melhor sobre a razão, a questão faz parte da agenda de partidos políticos e associações de defesa dos direitos dos homossexuais, dentro e fora de portas, assumindo um protagonismo porventura desproporcionado quando comparado com outros problemas de maior dimensão e gravidade bem mais premente.

Holanda, Bélgica, Espanha, Canadá, África do Sul, Noruega, Suécia e diversos Estados dos Estados Unidos da América procederam já, nos respectivos ordenamentos, ao reconhecimento legal do casamento entre pessoas do mesmo sexo, delineando a instituição em termos idênticos aos que correm para o casamento tradicional, excepção feita, como bem se compreende, aos efeitos decorrentes da filiação biológica, embora em todos eles se admita para estas uniões o recurso à adopção e à procriação medicamente assistida¹.

Em Portugal, desde a entrada em vigor da Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio, que as uniões de facto entre pessoas do mesmo sexo estão legalmente reconhecidas e tuteladas. A Lei n.º 7/2001 confere à união de facto, independentemente do sexo dos parceiros, direitos no que respeita à casa de morada comum, relações laborais, fiscalidade, segurança social, muito embora restrinja o direito de adoptar às uniões entre pessoas de sexo diferente (cf.

* Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Macau.

¹ Relativamente ao casamento, os dados legislativos que possuo, correndo o risco de estar já desactualizado, são os seguintes: **Holanda**, Lei de 21 de Dezembro de 2001, em vigor desde 01.04.2001; **Bélgica**, Lei de 13 de Fevereiro de 2003, em vigor desde 01.06.2003; **Espanha**, Lei 13/2005, de 1 de Julho, em vigor desde 03.07.2005; **Canadá**, *Civil Marriage Act*, de 20 de Julho de 2005, em vigor desde 20.07.2005; **África do Sul**, *Civil Union Act*, de 30 de Novembro de 2006, em vigor desde 30.11.2006; **Noruega**, Lei de 11 de Junho de 2008, em vigor desde 01.01.2009; **Suécia**, Lei de 1 de Abril de 2009, em vigor desde 01.05.2009; **E.U.A.**: **Massachusetts**, decisão do Supremo Tribunal no caso *Goodridge v. Department of Public Health*, de 18.11.2003, com efeitos a partir de 18.05.2004; **Connecticut**, decisão do Supremo Tribunal no caso *Kerrigan v. Department of Public Health*, de 28.10.2008, e *Marriage Codification Act*, de 23 de Abril de 2009; **Iowa**, decisão do Supremo Tribunal no caso *Varnum v. Brian*, de 03.04.2009, com efeitos a partir de 24.04.2009; **Vermont**, Lei de 7 de Abril de 2009, entra em vigor em 01.09.2009; **Maine**, Lei de 6 de Maio de 2009, entra em vigor em 06.09.2008.

artigo 7.º)². Outros preceitos, fora do âmbito de aplicação da Lei n.º 7/2001, conferem igualmente direitos à união de facto entre pessoas do mesmo sexo, destacando-se, entre outros: o artigo 3.º, n.º 3, da Lei da Nacionalidade³; o artigo 2.º, alínea *d*), da Lei n.º 20/2006, de 23 de Junho, relativa a Asilo e Refugiados; o artigo 2.º, alínea *d*), da Lei n.º 37/2006, de 9 de Agosto, referente ao direito de livre circulação e residência dos cidadãos da União Europeia e membros das suas famílias; o artigo 100.º do Regime jurídico de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional⁴; os artigos 68.º, n.º 1, alínea *b*), 134.º, n.º 1, alínea *b*), e 159.º, n.º 7, do Código de Processo Penal; os artigos 113.º, n.º 2, alínea *a*), 132.º, n.º 2, alínea *b*), 152.º, n.º 1, alínea *b*), 154.º, n.º 4, 364.º, alínea *b*), e 367.º, n.º 5, alínea *b*), do Código Penal. Outros preceitos avulsos, anteriores à Lei n.º 7/2001, sobretudo aqueles que contêm a expressão «condições análogas às dos cônjuges», de que é exemplo o artigo 2020.º do Código Civil (CC), têm gerado dúvidas quanto à sua extensão à união entre pessoas do mesmo sexo⁵.

Apesar da Lei n.º 7/2001, os homossexuais querem mais; querem ter a possibilidade de casar⁶! Têm sido numerosas as iniciativas registadas nesse

² O mesmo acontece no capítulo da procriação medicamente assistida, por força do artigo 6.º, n.º 1, da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho.

³ Cf. Lei n.º 37/81, de 3 de Outubro, na redacção dada pela Lei Orgânica n.º 2/2006, de 17 de Abril.

⁴ Cf. Lei n.º 23/2007, de 4 de Julho (cf. também o Decreto Regulamentar n.º 84/2007, de 5 de Novembro, que regulamenta a Lei n.º 23/2007, *maxime* artigos 67.º, n.º 2, alínea *g*), e 69.º).

⁵ No sentido da sua exclusão *vide*, entre outros, F. M. PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, Vol. I, 4.ª ed., Coimbra Editora, 2008, p. 66, e NUNO DE SALTER CID, *A comunhão de vida à margem do casamento: entre o facto e o direito*, Almedina, 2005, p. 570. O problema está em vias de resolução já que no Projecto de lei n.º 665/X/4, de 19.02.2009 (cf. DAR n.º 77, II Série-A, de 28.02.2009, pp. 3-7), que altera a Lei n.º 7/2001, da autoria de um grupo de deputados do PS e já aprovado na generalidade pelo Plenário da Assembleia da República em 06.03.2009 (cf. DAR n.º 54, I Série, de 07.03.2009, p. 39), se pretende a equiparação de todas as uniões de facto quanto aos seus efeitos, com excepção das regras relativas à adopção e à procriação medicamente assistida – neste sentido cf. artigos 3.º, n.º 3, e 4.º do Projecto de lei.

⁶ Em 1993, num Inquérito da Comissão das Comunidades Europeias, perguntava-se: 1) *Pensa que os pares homossexuais deveriam ou não ter o direito de se casarem?*; 2) *Pensa que os pares homossexuais deveriam ou não ter o direito de viver juntos sem se casarem, mas com as mesmas vantagens dos casais casados?*; 3) *Pensa que os casais homossexuais deveriam ou não ter o direito de herdar um do outro nas mesmas condições que os casais casados?* Os resultados desse inquérito em Portugal foram os seguintes: 1) deveriam – 18%; não deveriam – 68%; n/s – 14%; 2) deveriam – 20%; não deveriam – 67%; n/s – 13%; 3) deveriam – 27%; não deveriam – 54%; n/s – 19% – informações sobre o inquérito e respectivos resultados podem ser conferidos em NUNO DE SALTER CID, *A comunhão de vida à margem do casamento* cit., p. 490; num outro inquérito, realizado em 1997, 61% dos inquiridos revelou-se contra o casamento entre pessoas do mesmo sexo, enquanto 43% se manifestaram contra o reconhecimento legal de uniões de facto entre pessoas do mesmo sexo – cf. ANTÓNIO DE ARAÚJO, *Crimes sexuais contra menores. Entre o Direito Penal e a Constituição*, Coimbra Editora, 2005, p. 215; já em 2008, uma sondagem *Expresso/SIC/Renascença/Eurosondagem* revelava que 55,7% dos inquiridos se manifestavam

sentido: no Projecto de revisão constitucional n.º 10/VII, o Grupo Parlamentar do Partido Ecologista “Os Verdes”, na sequência da sua proposta de aditamento do critério “opção sexual» ao n.º 2 do artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), propunha que o n.º 1 do artigo 36.º da CRP passasse a dispor que «todos têm o direito de constituir família e o direito de contrair casamento em condições de plena igualdade, de acordo com a sua livre opção»⁷; em Setembro de 2004 foi lançada pela Associação ILGA-Portugal uma petição visando o reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Depois de obter sete mil assinaturas, foi entregue na Assembleia da República em Fevereiro de 2006⁸ para apreciação no Plenário, a qual decorreu no dia 10 de Outubro de 2008⁹; no dia 1 de Fevereiro de 2006 duas mulheres dirigiram-se à 7.ª Conservatória do Registo Civil de Lisboa e aí tentaram iniciar o respectivo processo para casamento. A pretensão foi consecutivamente negada pelo Conservador, pelo Tribunal Cível da Comarca de Lisboa e pelo Tribunal da Relação de Lisboa, estando um recurso a aguardar decisão do Tribunal Constitucional¹⁰; em 1 de Fevereiro e 2 de Março de 2006 deram entrada na Assembleia da República dois projectos de lei, o primeiro do Bloco de Esquerda

contra o projecto da Juventude Socialista de abertura do casamento civil às uniões entre pessoas do mesmo sexo, enquanto o sim recolhia 36,1% das opiniões, com 8,2% dos entrevistados a optarem pelo «não sabe, não responde» – os resultados da sondagem podem ser conferidos no jornal *Expresso* de 02.08.2008, 1.º Caderno, p. 8; também em 2008, o jornal *Público* colocou as seguintes questões a diversas personalidades: 1. *Concorda com o «casamento homossexual»?*; 2. *Com ou sem limitação do direito à adopção?*; 3. *E com limitação dos direitos patrimoniais?*; 4. *Prefere outra fórmula jurídica?* Sobre as respostas dadas transcrevo a síntese feita: «A grande maioria das mais de 50 personalidades interrogadas pelo P2 defende a legalização do casamento entre pessoas do mesmo sexo. É quase unânime o reconhecimento dos direitos patrimoniais, como o direito à herança, mas muitas são as respostas negativas sobre o direito à adopção por um casal homossexual e bastantes as dúvidas nesta matéria. O nosso inquérito foi enviado a quase centena e meia de personalidades, excluindo, à partida, deputados, líderes partidários e outras figuras políticas envolvidas no processo de discussão e decisão sobre os casamentos entre pessoas do mesmo sexo. Recebemos 57 respostas e muitas recusas com argumentos vários» – cf. Caderno P2 do *Público*, de 10.10.2008, pp. 4-7.

⁷ O Projecto está publicado no *DAR* n.º 27, II Série-A, suplemento, de 07.03.1996, pp. 87 e ss; sobre a discussão que então teve lugar *vide*, com interesse, *DAR* n.º 17, II Série-RC, de 05.09.1996, pp. 395-396 e *DAR* n.º 94, I Série, de 16.07.1997, pp. 3381 e 3383. A redacção proposta relativa ao n.º 1 do artigo 36.º foi rejeitada logo em sede de Comissão Eventual, não chegando a ser discutida no Plenário (cf. *DAR* n.º 21, II Série-RC, de 13.09.1996, p. 576); o aditamento do factor «orientação sexual», que entretanto substituiu a anterior designação «opção sexual», não logrou obter os dois terços necessários para aprovação no Plenário, recebendo os votos contra do PSD e do CDS-PP, os votos a favor do PCP e do PEV e a abstenção do PS (cf. *DAR* n.º 95, I Série, de 17.07.1997, p. 3461).

⁸ Cf. Petição n.º 109/X/1, de 16.02.2006, in *DAR* n.º 35, II Série-B, de 11.03.2004, pp. 4-5.

⁹ Cf. *DAR* n.º 12/X/4, I Série, de 11.10.2008, pp. 19-29.

¹⁰ 7.ª Conservatória do Registo Civil de Lisboa, Processo n.º 33/2006; Sentença da 1.ª Secção do 2.º Juízo do Tribunal Cível da Comarca de Lisboa, Processo n.º 330/06.8TJLSB; Acórdão de 15.02.2007, do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n.º 6284/2006-8.

e o segundo do Partido Ecologista “Os Verdes”, nos termos dos quais se pretendia a abertura do casamento a uniões entre pessoas do mesmo sexo¹¹. Submetidos a votação plenária na generalidade no dia 10 de Outubro de 2008, ambos os projectos foram chumbados¹²; merece também referência um anteprojecto de lei da iniciativa da Juventude Socialista, datado de 15 de Fevereiro de 2006, que, contra o que eram então as intenções do PS, preconizava o reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo; mais recentemente, na moção que apresentou ao XVI Congresso do Partido Socialista, o líder do PS, José Sócrates, reclamou como bandeira eleitoral «a remoção, na próxima legislatura, das barreiras jurídicas à realização do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo»¹³.

2. O problema

O artigo 1577.º do Código Civil determina que o «casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código». De forma concisa a lei civil define o casamento como um contrato que implica necessariamente «duas pessoas de sexo diferente», excluindo da instituição a união entre dois homens, ou entre duas mulheres, sancionando com o grau máximo das invalidades, a inexistência jurídica (cf. artigo 1628.º, alínea e), do CC), o casamento contraído nesses termos.

No entanto, o regime consagrado na nossa lei civil, quando sujeito ao escrutínio da respectiva constitucionalidade, não tem gerado consensos, podendo identificar-se, para o efeito, três aproximações distintas: a) o casamento entre pessoas do mesmo sexo é uma exigência constitucional; b) o casamento entre pessoas do mesmo sexo está constitucionalmente proibido; c) o

¹¹ Cf. Projecto de lei n.º 206/X/1 (BE), de 01.02.2006, in *DAR* n.º 85/X/1, II Série-A, de 11.02.2006, pp. 8-10, e Projecto de lei n.º 218/X/1 (PEV), de 02.03.2006, in *DAR* n.º 93/X/1, II Série-A, de 11.03.2006, pp. 9-12.

¹² O Projecto de lei n.º 206/X/4, do BE, foi rejeitado, com votos contra do PS, do PSD e do CDS-PP, votos a favor do BE, de dois Deputados do PS e de uma Deputada não inscrita e abstenções do PCP, do PEV e de um Deputado do PSD; o Projecto de lei n.º 218/X/4, do PEV, foi rejeitado, com votos contra do PS, do PSD e do CDS-PP, votos a favor do PCP, do PEV, de dois Deputados do PS e de um Deputado do PSD e abstenções do BE, de oito Deputados do PSD e de uma Deputada não inscrita. O relatório da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, as discussões parlamentares e respectivas votações podem ser conferidos nos *DAR* n.º 11/X/4, II Série-A, de 11.10.2008, pp. 2-6 e *DAR* n.º 12/X/4, I Série, de 11.10.2008, pp. 19-29, 42-43 e 46-53.

¹³ Cf. *PS: A Força da Mudança. Moção política de Orientação Nacional*, in www.ps.pt (última consulta em 22.01.2009). É interessante verificar como em escassos três meses o líder do PS mudou de opinião e parece até dar o assunto como encerrado e certa a sua aprovação na próxima legislatura.

casamento entre pessoas do mesmo sexo pode ser reconhecido pelo legislador ordinário. Vejamos mais em pormenor.

a) O casamento entre pessoas do mesmo sexo é uma exigência constitucional

Uma primeira corrente sustenta a imposição constitucional do casamento entre pessoas do mesmo sexo, afirmando que a sua não previsão constitui uma violação do direito de contrair casamento (cf. artigo 36.º, n.º 1, da CRP), da proibição de discriminação em função da orientação sexual (cf. artigo 13.º, n.º 2, da CRP), do direito ao desenvolvimento da personalidade (cf. artigo 26.º, n.º 1, da CRP) e do direito à reserva da vida privada (cf. artigo 26.º, n.º 1, da CRP)¹⁴.

Na base desta posição está a *dimensão simbólica* do casamento enquanto união de afectos plena, exclusiva, fundada num conjunto de deveres recíprocos, com o conseqüente reconhecimento social e os correspondentes efeitos jurídicos. O casamento é entendido como um acto de legitimação do amor entre duas pessoas para consigo e perante a sociedade, não fazendo sentido, nesta óptica, a «construção apriorística do casamento» fundada numa determinada concepção que ignora as coordenadas do próprio conceito¹⁵.

Em conformidade com as referidas premissas rejeita-se a teoria da *garantia institucional*, afirmando-se a sua volatilidade em função de um dado contexto histórico¹⁶. Neste sentido, salienta-se o facto de o casamento se traduzir num comprometimento entre duas pessoas livres e esclarecidas, de carácter exclusivamente privado, questionando-se a sua pretensa natureza heterossexual, sobretudo porque a procriação não constitui um elemento essencial do instituto, não se estabelecendo uma idade limite para o casamento (cf. artigo 1601.º do CC), não obstante ao casamento a infertilidade ou impotência de qualquer nubente, permitindo-se ainda o casamento *in articulo mortis* (cf. artigos 1590.º e 1599.º do CC), ao mesmo tempo que outras formas de constituição da família

¹⁴ Neste sentido cf., entre outros, CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL/ISABEL MOREIRA/LUÍS DUARTE D'ALMEIDA, *O casamento entre pessoas do mesmo sexo. Três pareceres sobre a inconstitucionalidade dos artigos 1577.º e 1628.º, alínea e), do Código Civil*, Almedina, 2008; PEDRO MÚRIAS, "Um símbolo como bem juridicamente protegido. Sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo", in *Casamento entre pessoas do mesmo sexo. Sim ou não?*, Entrelinhas, 2008; e, em termos não conclusivos, JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, AAFDL, 2008, pp. 102 e 388-389.

¹⁵ «O problema político e jurídico do casamento entre pessoas do mesmo sexo é o problema de um dado tipo de reconhecimento e de legitimação» – cf. PEDRO MÚRIAS, *Um símbolo como bem juridicamente protegido* cit., p. 11.

¹⁶ Neste sentido cf. PEDRO MÚRIAS, *Um símbolo como bem juridicamente protegido* cit., pp. 28 e ss, e CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL/ ISABEL MOREIRA/ LUÍS DUARTE D'ALMEIDA, *Casamento entre pessoas do mesmo sexo* cit., p. 37.

fora do casamento são admissíveis, quer no âmbito de famílias monoparentais, quer através da adopção ou ainda por via do recurso à procriação medicamente assistida¹⁷.

Transmite-se assim a ideia de que o casamento é finalisticamente neutro, recusando qualquer utilitarismo a ele adjacente. O casamento será o que dele quiserem os cônjuges, sendo reduzida a sua função de garantia, mormente no capítulo dos direitos patrimoniais – regime de bens, obrigação de alimentos, efeitos sucessórios. Tudo o resto fica na disposição dos cônjuges, «no espaço protegido da sua privacidade e intimidade, não fazendo o direito projectos à margem de tal liberdade»¹⁸.

Nestes termos, a «plena comunhão de vida» tanto acontece no casamento como na união de facto, abrangendo uniões entre pessoas de sexo diferente e do mesmo sexo, pelo que o que procuram os pares homossexuais é o reconhecimento simbólico e deontico próprio do casamento.

Desta forma, a proibição do casamento entre pessoas do mesmo sexo é o reflexo de um sentimento homofóbico resultante de uma concepção heteronormativa profundamente enraizada na sociedade portuguesa. Impedir o acesso dos pares homossexuais ao casamento constitui a negação da possibilidade do reconhecimento social da relação, com todos os reflexos

¹⁷ Neste sentido cf. CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL/ ISABEL MOREIRA/ LUÍS DUARTE D'ALMEIDA, *Casamento entre pessoas do mesmo sexo* cit., pp. 26, 50-51 e 68-71. PEDRO MÚRIAS, *Um símbolo como bem juridicamente protegido* cit., p. 39, aponta como obstáculos à função procriativa os seguintes: «i) os subefeitos jurídicos do casamento, sejam eles sucessórios, de segurança social, no direito de arrendamento ou outros, não ficam prejudicados pela inexistência de filhos, mesmo que intencional; ii) a Constituição de 1976 veda a distinção entre filhos legítimos e filhos ilegítimos; iii) a esterilidade de um ou ambos os cônjuges, ou mesmo de um cônjuge com o outro, não é impedimento matrimonial, dirimente ou impediante, nem mesmo quando declarada ou do conhecimento público; o mesmo vale para a impotência sexual e para as incompatibilidades por razões eugénicas; iv) não é motivo de anulação o erro quanto à esterilidade do outro cônjuge, quando indesculpável ou presumivelmente irrelevante para a formação da vontade de casar; v) a esterilidade superveniente não é fundamento de divórcio litigioso; vi) o uso de contraceptivos contra a vontade do cônjuge, por si, também não fundamenta o divórcio litigioso; vii) o acordo entre os nubentes no sentido de não ter filhos não vale como *pactum simulationis*; viii) não há idade limite para casar; ix) reconhecem-se os casamentos urgentes por perigo de morte e *in articulo mortis*».

¹⁸ Cf. PEDRO MÚRIAS, *Um símbolo como bem juridicamente protegido* cit., p. 38. Para CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, *Da índole pretensamente heterossexual do casamento*, p. 6 – comunicação apresentada ao *Fórum do Casamento Entre Pessoas do Mesmo Sexo*, organizado pelo Centro de Estudos de Antropologia Social do ISCTE e pela Associação ILGA-Portugal, 11 a 14 de Novembro de 2005 – a comunhão de vida é «autonomamente gerível e graduável no exercício da sua plenitude pelo próprio casal (...), porque o casamento é um acto jurídico por excelência livre (...), por íntimo e pessoal, adentro do nosso ordenamento».

negativos que isso implica, não sendo suficiente a adoção de qualquer outra figura equiparável ao casamento¹⁹.

Para mais, o aditamento da categoria «orientação sexual» ao corpo do n.º 2 do artigo 13.º da CRP, resultado da Revisão Constitucional de 2004, dissipa quaisquer dúvidas que ainda restassem nesta matéria²⁰.

b) O casamento entre pessoas do mesmo sexo está constitucionalmente proibido

Em sentido contrário, quem faz um apelo à concepção tradicional do casamento argumenta que o mesmo se traduz numa «plena comunhão de vida» que só está ao alcance de uma união entre pessoas de sexo diferente, pelo que a abertura do casamento a pessoas do mesmo sexo constitui um atentado à instituição matrimonial, desfigurando o seu núcleo essencial, desde sempre concebido como uma união entre um homem e uma mulher²¹.

Neste sentido, alega-se que «da própria garantia institucional do casamento resultam limites, como a proibição da poligamia ou de casamento entre pessoas do mesmo sexo (...) a Constituição não consagra um direito dos homossexuais a contraírem casamento. Pelo contrário (...) a Constituição impõe que sejam respeitados pelo legislador os princípios estruturantes do casamento na ordem jurídica portuguesa e, entre esses princípios, dificilmente se pode deixar de encontrar a exigência da diferença de sexo entre os dois cônjuges»²².

Em síntese, afirma-se que a «concessão do estatuto de casamento a uniões entre pessoas do mesmo sexo é (...) contrária ao princípio da igualdade;

¹⁹ Neste sentido cf. CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL/ISABEL MOREIRA/LUÍS DUARTE D'ALMEIDA, *Casamento entre pessoas do mesmo sexo* cit., p. 59.

²⁰ Neste sentido cf. CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL/ISABEL MOREIRA/LUÍS DUARTE D'ALMEIDA, *O casamento entre pessoas do mesmo sexo* cit., pp. 29-30 e 45-46, e, em termos não completamente esclarecedores, JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, AAFDL, 2008, pp. 102 e 388.

²¹ Neste sentido cf., entre outros, F. M. PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família* cit., pp. 203-204; JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, 2005, pp. 405-406; NUNO DE SALTER CID, "Direitos humanos e família: quando os homossexuais querem casar", in *Separata da Revista Economia e Sociologia*, n.º 66, Évora, 1998, pp. 232-235; ID., *A comunhão de vida à margem do casamento: entre o facto e o direito* cit., p. 724; JOSÉ ANTÓNIO DE FRANÇA PITÃO, *União de Facto e Economia Comum*, 2.ª ed., Almedina, 2006, pp. 68-70; PAULO PULIDO ADRAGÃO, "Casamento: entre pessoas do mesmo sexo? Pressupostos fundamentais da questão", in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano. No Centenário do Seu Nascimento*, Vol. II, Coimbra Editora, 2006, pp. 527-533; CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, "Casamento homossexual?", in *Cadernos de Bioética*, Ano XVI, n.º 39, Dezembro 2005, pp. 417-423; e RITA LOBO XAVIER, *Ensinar Direito da Família*, Publicações Universidade Católica, 2008, p. 75.

²² Cf. JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada* cit., pp. 396 e 405.

põe em causa, na sua essência, o próprio conceito de casamento; compromete a «garantia institucional» que ao casamento deve ser reconhecida e que veda a possibilidade de descaracterizar ou desfigurar o seu núcleo essencial»²³.

c) O casamento entre pessoas do mesmo sexo pode ser reconhecido pelo legislador ordinário

Por fim, uma terceira tese defende que o casamento entre pessoas do mesmo sexo não se enquadra no âmbito de protecção do artigo 36.º, n.º 1, da CRP, mas tão pouco pode considerar-se por ela excluído, sendo possível que o legislador ordinário estenda o regime do matrimónio a casais compostos por pessoas do mesmo sexo.

Partidários desta solução, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA defendem que «a recepção constitucional do conceito histórico de casamento como união entre duas pessoas de sexo diferente radicado intersubjectivamente na comunidade como instituição não permite retirar da Constituição um reconhecimento directo e obrigatório dos casamentos entre pessoas do mesmo sexo (como querem alguns a partir da nova redacção do art. 13.º, n.º 2), sem todavia proibir necessariamente o legislador de proceder ao seu reconhecimento ou à sua equiparação aos casamentos»²⁴.

²³ Cf. NUNO DE SALTER CID, *A comunhão de vida à margem do casamento* cit., p. 724. A mesma posição tem sido sustentada por uma parte importante da doutrina espanhola para justificar a inconstitucionalidade da reforma levada a cabo pela Lei 13/2005 – neste sentido cf., entre outros, JOSÉ RAMÓN POLO SABAU, *Matrimonio y Constitución ante la Reforma del Derecho de Familia*, Civitas, 2006, p. 77; LUIS MARTÍNEZ-CALCERRADA, *La homosexualidad y el matrimonio*, Ediciones Académicas, Madrid, 2005, pp. 197-214; LEONOR AGUILAR RUIZ/CÉSAR HORNERO MÉNDEZ, “Un nuevo matrimonio en España”, in *Familia* n.º 2, Março-Abril 2006, p. 302; EDUARDO SERRANO ALONSO, *El nuevo matrimonio civil*, Edifoser S.L., Madrid, 2005, p. 27; JOSÉ RAMÓN VEDRA Y BEAMONTE, *El libre desarrollo de la personalidad como principio inspirador de la Ley 13/2005 de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio*, in AA.VV., *Comentarios a las Reformas de Derecho de Familia de 2005*, José Ramón de Verda y Beamonte (org.), Editorial Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 51-53. Ainda no decurso dos trabalhos legislativos em Espanha, vide as posições do *Consejo General del Poder Judicial – Estudio sobre la reforma del Código Civil en materia de matrimonio entre personas del mismo sexo*, pp. 27-28, disponível a partir de <http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpi/cgpi/principal.htm>, e da *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación – Informe que emite la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación acerca del proyecto de modificación de Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio*, de 01.03.2005, disponível a partir de <http://www.unav.es/civil/nsd/nosindebate/mhinformeralj.doc>, que defenderam, pelos mesmos motivos, a inconstitucionalidade da reforma.

²⁴ Cf. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.ª ed., Coimbra Editora, 2007, p. 568. Os Autores clarificaram assim a sua posição relativamente ao assunto face ao teor dubitativo do comentário ao mesmo artigo feito na 3.ª edição da obra. Nesta, depois de afirmarem no ponto III que o direito de contrair casamento está subordinado a determinados

No mesmo sentido se pronunciou o Tribunal da Relação de Lisboa, na decisão tomada sobre o recurso apresentado no caso *Teresa e Helena*, de 15.02.2007. No acórdão proferido, o Tribunal afirmou que «ao autonomizar o casamento (...) o legislador constitucional revelou implicitamente não ignorar as coordenadas estruturais delimitadoras do casamento na ordem jurídica portuguesa. E, reitera-se, entre o núcleo essencial figura a celebração do contrato de casamento por pessoas de sexo diferente (...) todavia (...) o legislador constitucional, ao relegar para o legislador ordinário – não obstante a delimitação da noção de casamento ínsita na ordem jurídica portuguesa – a regulamentação dos requisitos e dos efeitos, não fechou as portas às eventuais alterações que o legislador ordinário entendesse útil efectuar, em face das exigências decorrentes da própria transformação da sociedade portuguesa. Ora, uma coisa é a violação do princípio – o que não se verificou – coisa diversa é o legislador lançar mão do caminho que lhe foi deixado aberto».

Esta posição reflecte o entendimento que vem sendo desenvolvido pelo Parlamento Europeu em sucessivas resoluções, nas quais incentiva os Estados-membros a reconhecerem, alternativamente, o casamento entre pessoas do mesmo sexo ou um estatuto equiparado²⁵, interpretação que também é feita pelo *Praesidium* que elaborou a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia relativamente ao artigo 9.º da mesma²⁶. No mesmo sentido se tem vindo a pronunciar o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem que continua a

limites, a serem regulados por lei nos termos do n.º 2 do artigo 36.º da CRP, ideia que concretizam no ponto seguinte, onde admitem também que a Constituição não permite casamentos de natureza diferente, deixam no ar a incerteza quando no ponto XI consideram que «fora do programa normativo directo deste preceito afiguram-se estar também as uniões homossexuais. Seguramente que basta o princípio do Estado de direito democrático e o princípio da liberdade e autonomia pessoal que lhe vai naturalmente associado para garantir o direito individual de cada pessoa a estabelecer vida em comum com qualquer parceiro da sua escolha. Mas uma coisa é a sua protecção ao nível da liberdade e da autonomia individual, outra coisa é o seu reconhecimento e garantia específica a título do direito à constituição de família ou de celebração de casamento» – cf. pp. 221-223. Com base neste comentário da 3.ª edição, o Provedor de Justiça afirma uma não imposição constitucional do casamento entre pessoas do mesmo sexo, pelo que, *a contrario*, deixa aberta essa possibilidade ao legislador ordinário – cf. Tomada de Posições do Provedor, processo n.º R-170/02 (A6), de 25.07.2003, § 14. No mesmo sentido cf. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, “Casamento civil e dignidade dos homossexuais”, in *Casamento entre pessoas do mesmo sexo* cit., p. 59.

²⁵ Cf., por exemplo, a Resolução sobre a igualdade de direitos dos homens e mulheres homossexuais na Comunidade Europeia, de 08.02.1994 (JO C 61, de 28.02.1994, pp. 40 e ss).

²⁶ Segundo o *Praesidium* «a redacção deste direito foi modernizada de modo a abranger os casos em que as legislações nacionais reconhecem outras formas de constituir família além do casamento. Este artigo não proíbe nem impõe a concessão do estatuto de casamento a uniões entre pessoas do mesmo sexo. Este direito, é pois, semelhante ao previsto pela CEDH, mas o seu âmbito pode ser mais alargado sempre que a legislação nacional o preveja» – as anotações do *Praesidium* estão disponíveis em anexo ao Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa (cf. JO C 310, de 16.12.2004, pp. 1 e ss).

definir o casamento como um acto celebrado entre pessoas de sexo diferente, deixando aos Estados a liberdade de conformação desse direito²⁷. Também a Comissão dos Direitos Humanos da ONU, a propósito de uma lei neozelandesa que proíbe a emissão de licenças para casamento a uniões homossexuais, considerou que a mesma não viola do artigo 26.º, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP)²⁸.

3. O direito fundamental de contrair casamento

A Constituição portuguesa adopta uma *concepção personalista do casamento*, fundada na *dignidade da pessoa humana* (cf. artigo 1.º da CRP), no *respeito pelos direitos fundamentais* (cf. artigo 2.º da CRP), na *autodeterminação do indivíduo* (cf. artigo 26.º da CRP) e na *igualdade no acesso ao casamento* (cf. artigo 36.º, n.º 1 da CRP). O quadro constitucional rejeita qualquer concepção de *natureza colectivista do casamento* redutora da sua função à concretização de *interesses supra-individuais*, o que não significa a ausência desses interesses²⁹.

Desde logo, o direito de contrair casamento encontra-se sujeito ao regime relativo aos *direitos, liberdades e garantias*, gozando, nos termos do artigo 18.º, n.º 1, da CRP, de aplicabilidade directa, que se vem a traduzir na desnecessidade, para o efeito da sua concretização, de qualquer tipo de mediação, vinculando todas as entidades públicas e privadas. Desta forma, o direito de contrair casamento é um direito de concretização constitucional, o que significa que o seu conteúdo principal é determinado, ou determinável, ao nível da Constituição. Não quer isto significar uma auto-suficiência do preceito – a intervenção do legislador ordinário continua a ser necessária para assegurar «procedimentalmente o seu exercício ou até para concretizar o respectivo conteúdo (...) a determinação ou determinabilidade significam apenas uma densidade essencial autónoma ao nível constitucional, que exclui a liberdade de conformação política pelo legislador do conteúdo principal dos direitos, liberdades e garantias»³⁰. Assim, a possibilidade do seu exercício está sempre

²⁷ Cf. Acórdãos do TEDH de 28.11.2006 (*Parry v. Reino Unido*, ponto III-B e *R. e F. v. Reino Unido*, ponto III-B).

²⁸ De acordo com a Comissão «os Estados têm a obrigação (...) de reconhecer o casamento apenas como uma união entre um homem e uma mulher» – cf. *Joslin v. New Zealand*, Comunicação n.º 902/1999, de 17.07.2002, § 8.2.

²⁹ Neste sentido cf. JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada* cit., p. 394.

³⁰ Cf. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3.ª ed., Almedina, 2004, pp. 188-189.

garantida, intervindo o legislador nesta matéria para acomodar, proteger e promover de forma mais eficaz o direito em causa³¹.

Depois, o referido direito goza não apenas de uma dimensão positiva – o direito de celebrar casamento –, mas também de uma vertente negativa, nos termos da qual se localiza o direito de não contrair casamento³². Efectivamente, tão importante como a possibilidade de casar se revela a opção por não casar, enquadrando-se a mesma na dimensão negativa do exercício do direito, estando também protegida no âmbito do regime dos *direitos, liberdades e garantias*³³. O facto do exercício negativo do direito de casar não estar expressamente previsto no preceito em causa não implica a sua exclusão, sobretudo quando outros direitos fundamentais inseridos no mesmo catálogo não são concebíveis sem essa dimensão negativa: o n.º 1 do artigo 41.º da CRP protege a liberdade religiosa, devendo entender-se que o preceito tutela o direito de não praticar religião alguma; o artigo 46.º, n.º 3, da CRP reconhece expressamente o direito de não exercício do direito de associação; o artigo 49.º, n.º 1, da CRP consagra o direito de sufrágio, o que implica também uma dimensão negativa de não exercício do direito; o artigo 51.º, n.º 1, da CRP garante o direito de não inscrição num partido político; a liberdade de constituição e inscrição em associações sindicais implica também a liberdade de não constituir associações sindicais e de não estar inscrito em nenhum sindicato (cf. artigo 55.º, n.º 2, alíneas *a*) e *b*), da CRP).

Finalmente, o artigo 36.º, n.º 1, da CRP garante a todos o «direito (...) de contrair casamento em condições de plena igualdade». Considerando isoladamente a letra da lei, o intérprete incauto pode ser levado a crer que o

³¹ Neste sentido cf. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais* cit., pp. 203 e ss. De acordo com o Autor, a aplicabilidade directa não reside na exequibilidade mas sim na «deverosidade estrita» da intervenção legislativa, o que significa que a Constituição comete ao legislador ordinário a obrigação de actuar nas situações em que as normas não são exequíveis por si. A prestação legislativa está, nestes casos, vinculada a concretizar o direito fundamental.

³² O direito de não casar poderá manifestar-se de formas diversas: através da permanência no estado de solteiro, sem qualquer tipo de relação estável ou por via da união de facto, e através da liberdade de não permanecer casado, recorrendo ao divórcio. A propósito da dicotomia casamento/união de facto, F. M. PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família* cit., p. 56, observam com pertinência que a «dimensão ou vertente negativa do direito de casar é o direito de não casar; não é o direito de estabelecer uma união de facto».

³³ Como refere JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais* cit., p. 165, no capítulo dos direitos fundamentais, tão importante como a liberdade de agir é a liberdade de não agir. A ideia aparece bem vincada na jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol: de acordo com o *Auto* n.º 156/87, de 11.02.1987, «*la libertad de opción entre el estado civil de casado o de soltero es uno de los derechos fundamentales más íntimamente vinculados al libre desarrollo de la personalidad, considerado por la Constitución fundamento del orden político y de la paz social*»; ou ainda a *STC* n.º 184/1990, de 15 de Novembro: «*la posibilidad de optar entre el estado civil de casado o el de soltero está íntimamente vinculada al libre desarrollo de la personalidad*».

direito de contrair casamento é uma faculdade que está ao alcance de todos. Mas não é de todo assim e a própria Constituição, no artigo 18.º, n.ºs 2 e 3, prevê, em caso de colisão de Direitos Fundamentais, a necessidade da sua restrição ou condicionamento, desde que feita de forma proporcional e em igualdade de circunstâncias, ressalvando sempre o seu núcleo fundamental. Assim se justifica que, em nome de interesses fundamentais, se limite o acesso a determinadas categorias de pessoas. Desta forma, parece razoável e absolutamente compreensível que se estabeleça uma idade mínima para contrair casamento, que se proíba a sua celebração a incapazes e inabilitados por anomalia psíquica, que se vedem uniões matrimoniais entre determinadas pessoas em virtude dos laços de parentesco que as unem, ou que constitua impedimento de novo casamento a manutenção de casamento anterior não dissolvido. Já não será razoável estabelecer impedimentos fundados na raça, religião, ideologia ou nacionalidade dos nubentes, assim como seria inconstitucional a sujeição a autorização para casamento de pessoas que desempenhem determinados cargos públicos ou que o acesso à instituição esteja condicionado pelo celibato. Tais impedimentos constituiriam restrições absolutamente incompatíveis com o conteúdo essencial do direito de contrair casamento, cuja tutela surge assegurada nos termos do artigo 18.º, n.ºs 2 e 3, da CRP, conjugado com o artigo 36.º, n.º 1, da CRP³⁴.

As limitações impostas ao exercício do direito de contrair casamento estribam-se numa dimensão institucional da figura. Com efeito, o casamento não é um simples contrato, figura jurídica que por si só está sujeita a determinados limites (cf. artigo 405.º, n.º 1, do Código Civil), mas é também uma instituição garantida pela Constituição. Na sua missão de tutela da dignidade da pessoa humana, o casamento não se resume a uma dimensão subjectiva, a uma liberdade deixada ao critério de cada um; configura também uma dimensão objectiva, fundada no valor da dignidade humana e que tem por função a preservação do seu núcleo essencial. O casamento assume assim uma função *garantística*, falando-se aqui da existência de uma *garantia institucional* de acordo com a qual «se exige, em face das intervenções limitativas do legislador,

³⁴ Manifesto por isso as maiores reservas perante a determinação do artigo 1602.º, alínea d), do CC, o qual estabelece como impedimento dirimente relativo «a condenação anterior de um dos nubentes, como autor ou cúmplice, por homicídio doloso, ainda que não consumado, contra o cônjuge do outro». Tal preceito cerceia não só a liberdade de escolha do outro cônjuge, como impõe, estou em crer, uma pena de carácter perpétuo. De facto, o artigo 30.º, n.ºs 1 e 4, da CRP, proíbe penas com carácter perpétuo ou de duração ilimitada ou indefinida e determina que nenhuma pena envolve como efeito necessário a perda de quaisquer direitos civis. Julgo que a norma em causa está em manifesta contradição com o artigo 30.º da CRP e restringe de forma absolutamente ilegítima o direito de casar, atingindo o seu núcleo essencial, pelo que me inclino para a sua inconstitucionalidade – também JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada* cit., p. 395, levantam dúvidas sobre a constitucionalidade da norma.

a salvaguarda do «mínimo essencial» (núcleo essencial) das instituições»³⁵. Neste sentido, ao *núcleo essencial* corresponderão as «faculdades típicas que integram o direito, tal como é definido na hipótese normativa, e que correspondem à projecção da ideia de dignidade humana individual na respectiva esfera da realidade – abrangem aquelas dimensões dos valores pessoais que a Constituição visa em primeira linha proteger e que caracterizam e justificam a existência autónoma daquele direito fundamental»³⁶. «O casamento não é, pois, garantido como uma realidade abstracta, completamente manipulável pelo legislador e susceptível de livre conformação pela lei ordinária. Pelo contrário, como é próprio de uma garantia institucional, não faz sentido que a Constituição conceda o direito a contrair casamento e, ao mesmo tempo, permita à lei ordinária suprimir a instituição ou desfigurar o seu núcleo essencial (...). O legislador deve, em conformidade, respeitar a estrutura nuclear da garantia institucional do casamento que se extrai da Constituição»³⁷.

³⁵ Cf. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6.^a ed., Almedina, 2002, p. 398. Sobre a garantia institucional em geral *vide*, entre outros, CARL SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, PUF, Paris, 1993, pp. 308-312; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais* cit., pp. 74, 95 e 142 e ss; e JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 3.^a ed., Coimbra Editora, 2000, pp. 72-76. Sobre a garantia institucional inerente ao casamento cf. VICTOR FERRERES COMELLA, “El principio de igualdad y el «derecho a no casarse””, in *Revista Española de Derecho Constitucional* n.º 42, Ano 14, Setembro/Dezembro de 1994, pp. 165-166; JOSÉ RAMON POLO SABAU, *Matrimonio y Constitución ante la Reforma del Derecho de Familia* cit., 2006, pp. 39-46; F. M. PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família* cit., pp. 113-114; NUNO DE SALTER CID, *A comunhão de vida à margem do casamento: entre o facto e o direito* cit., p. 724; JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada* cit., p. 393; PAULO PULIDO ADRAGÃO, *Casamento: entre pessoas do mesmo sexo* cit., p. 529. Na jurisprudência *vide* o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 590/04, de 5 de Outubro, in *DR* n.º 283, II Série, de 03.12.2004, p. 18 132.

³⁶ Cf. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais* cit., p. 176. Segundo o Tribunal Constitucional espanhol, a determinação do conteúdo essencial de um direito fundamental pressupõe dois critérios: no primeiro critério, que trata da natureza jurídica ou do modo de configurar cada direito, estabelece-se uma relação entre a linguagem usada nas disposições normativas e o que alguns autores chamam metalinguagem ou ideias generalizadas e convicções admitidas entre a comunidade jurídica, que fundamentam uma concepção do direito anterior à consagração legislativa e que permite aferir da compatibilidade de uma solução legislativa com o entendimento comumente aceite sobre determinado direito; o segundo critério permite retirar do núcleo fundamental do direito em causa, aquela dimensão do direito que é absolutamente necessária para que os interesses juridicamente protegidos, que dão vida ao direito, sejam efectivamente protegidos. Desta forma, ignora-se o conteúdo essencial de um direito quando este surge sujeito a limitações que o tornam impraticável, dificultam para lá do razoável o seu exercício, ou o despojam da necessária protecção – cf. STC 11/1981, de 8 de Abril.

³⁷ Cf. JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada* cit., p. 397. Na síntese de F. M. PEREIRA COELHO, in *Temas de Direito da Família*, Almedina, 1986, p. 6, «que sentido teria conceder o direito fundamental de contrair casamento (...) ou dispor que «a lei regula os requisitos e os efeitos do casamento e da sua dissolução» se o legislador, afinal, pudesse suprimir o casamento ou desfigurar o núcleo essencial do instituto». Assim, segundo o

Fazem parte dessa estrutura nuclear a natureza contratual, a monogamia, a proibição do casamento incestuoso, ou ainda a proibição da sua celebração a menores de idade inferior a 16 anos. Cumpre saber se a *diversidade de sexos* é também uma faculdade típica do conteúdo essencial da instituição.

4. Constituição, casamento e diversidade de sexos

Conforme mencionado, a *plena comunhão de vida* tem sido o principal argumento na rejeição do acesso das uniões homossexuais ao casamento.

Numa perspectiva mais conservadora invocam-se argumentos como as leis da natureza ou o determinismo histórico. Segundo ANTUNES VARELA,

«A comunhão de vida a que aponta o casamento só pode ser obtida por duas pessoas de sexo diferente, nunca através de uniões mórbidas de pessoas do mesmo sexo (homossexuais ou lésbicas) a que possam conduzir as taras ou aberrações sexuais. O casamento tem como conteúdo ou objecto imediato a plena comunhão de vida, que assenta numa dádiva profunda e permanente de cada um dos cônjuges ao outro (...) cada um dos cônjuges procura no outro, através da comunhão de vida em que ambos se pretendem inserir, a satisfação de uma série complexa de sentimentos: do afecto especial que os prende; da satisfação plena do apetite sexual que os atrai; do desejo de autonomia em relação à autoridade paterna; da segurança no seu futuro de mortais; da estabilidade na vida de relação; do estímulo quotidianamente renovado de que um e outro necessitam para plenamente se realizarem no mundo; e especialmente do instinto natural de propagação da espécie, através da criação e educação dos filhos (...) é essa plena comunhão natural de dois seres humanos que é palidamente retratada na análise descritiva do artigo 1672.^o»³⁸.

A fundamentação da proibição do casamento entre pessoas do mesmo sexo nos termos expostos é susceptível de críticas várias devidamente apontadas por quem perfilha opinião contrária, isto é, por quem entende que a

Autor, in “Casamento e divórcio no ensino de Manuel de Andrade e na legislação actual”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXVII, 2001, p. 27, «a legislação que, no limite, suprimisse os impedimentos matrimoniais, deixasse de impor deveres pessoais aos cônjuges, permitisse que estes acordassem livremente sobre o conteúdo da relação conjugal e desse a qualquer deles o direito de romper a relação a todo o tempo, por uma simples comunicação ao outro, equiparando assim, praticamente o casamento à união de facto, violaria o art. 36.^o, n.^o 1, 2.^a parte, da Constituição, o qual, concedendo a todos o “direito de contrair casamento” garante o instituto matrimonial, que por isso o legislador não pode suprimir nem desfigurar ou descaracterizar essencialmente».

³⁸ Cf. *Direito da Família*, 5.^a ed., Petrony, 1999, pp. 181-182.

plena comunhão de vida também está ao alcance das uniões entre pessoas do mesmo sexo e por isso não vê entraves – antes a imposição – à concretização do casamento nestas situações. Na verdade, a *plena comunhão de vida* não pressupõe uma relação de causa/efeito entre casamento e procriação, afastando-nos assim de concepções mais radicais que vejam aí uma relação necessária; a *plena comunhão de vida*, genericamente considerada, é característica de qualquer relação que envolva a partilha de afectos, emoções, recursos financeiros, partilha de um mesmo tecto, partilha de um destino comum com carácter duradouro. Definida nestes termos, a comunhão de vida entre cônjuges pode até nem existir³⁹, assim como pode ter lugar no contexto de uma união de facto, seja ela entre pessoas de sexo diferente ou do mesmo sexo.

Não restam dúvidas de que as uniões entre pessoas do mesmo sexo são tão capazes como as uniões entre pessoas de sexo diferente de exprimir e partilhar o seu amor nas suas diversas formas; de formar uma íntima, permanente, cúmplice, monógama, leal e duradoura relação; de fornecer suporte emocional, espiritual, físico e material; podem, enfim, constituir uma «*consortium omnis vitae*». Daí que, fundado nestes pressupostos, não custe admitir a exigência do reconhecimento aos pares homossexuais do direito de casar, para mais quando daí resultam importantes benefícios materiais, mas também pessoais, na medida em que o casamento significa o reconhecimento público de uma relação de amor.

Não é, contudo, essa a «plena comunhão de vida» prevista no artigo 1577.º do CC e sufragada, em meu entender, pelo artigo 36.º da CRP⁴⁰. A «plena comunhão de vida» de que fala o artigo 1577.º do CC é aquela em que as pessoas pretendem constituir família «nos termos das disposições deste Código», ou seja, de acordo com o regime previsto no Código Civil. Trata-se de reconhecer um determinado *modelo de casamento* que assenta fundamentalmente no requisito da *diversidade de sexos* e na sua dimensão *potencialmente procriativa*, com todos os benefícios daí decorrentes para a sociedade. Note-se que falo de uma dimensão potencialmente procriativa, uma vez que a procriação não é uma dimensão essencial do casamento, embora lhe esteja naturalmente conexas e seja por causa dela que a figura foi criada.

Com efeito, o legislador constitucional pretendeu consagrar no Texto Fundamental a ligação profunda entre casamento e filiação: «Os cônjuges têm

³⁹ Pensemos nas hipóteses da separação de facto que mantém o vínculo conjugal (cf. artigos 1675.º, n.ºs 2 e 3, 1781.º, alíneas *a*), e 1782.º do CC), o mesmo acontecendo com a separação judicial de pessoas e bens (cf. artigos 1794.º e ss do CC); a possibilidade de divórcio imediatamente após a celebração do casamento (cf. artigos 1775.º, n.º 1, e 1781.º, alínea *d*), do CC); a admissibilidade do casamento urgente *in articulo mortis* (cf. artigos 1590.º e 1599.º do CC).

⁴⁰ Não se trata aqui, ao contrário do que entendem alguns Autores, de ler a Constituição a partir do Direito Civil, mas sim da confirmação pela Lei Fundamental do conteúdo do artigo 1577.º do CC.

iguais direitos e deveres quanto à capacidade civil e à manutenção e educação dos filhos» (cf. artigo 36.º, n.º 3); «Os filhos nascidos fora do casamento não podem ser objecto de qualquer discriminação» (cf. artigo 36.º, n.º 4); «Os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos» (cf. artigo 36.º, n.º 5); «Os filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumparam os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial (cf. artigo 36.º, n.º 6)»⁴¹.

Assim sendo, o casamento não se resume à organização social e jurídica de uma relação a dois. Uma dimensão de filiação, de parentalidade, está presente na imagem que temos do casamento. Isso mesmo é constatável na regulamentação normativa da instituição, de que são exemplo a presunção de paternidade, a adopção, a regulamentação do divórcio e o regime de bens a pensar na protecção do interesse da criança, factos que só por si justificam uma não equiparação entre as uniões matrimoniais heterossexuais e as uniões entre pessoas do mesmo sexo, a menos que pensemos o casamento como conjunto de relações de natureza pessoal e patrimonial, reduzindo-o a uma dimensão individualista.

Nesta última hipótese, o casamento torna-se mais uma relação de natureza exclusivamente individual, sem qualquer dimensão social. E a ser assim, porquê protegê-lo especificamente? Se não tiver qualquer relação com crianças e alteridade sexual, o que o distinguirá de uma relação de amizade? E estas relações, não são múltiplas? Porquê limitar o casamento a duas pessoas? As amizades vão e vêm; porquê promover a permanência do casamento? Se o casamento se pode resumir àquela natureza individualista porque não a sua abolição, substituindo-o por outra figura contratual?

Tudo está em compreendermos que o casamento constitui uma das balizas da nossa identidade e que mexer na sua estrutura nuclear, como se pretende ao reconhecê-lo a pessoas do mesmo sexo, significa ignorar diferenças antropológicas, sociológicas, ou culturais. Por comparação, imaginemos que na nossa linguagem substituimos o A pelo B, o C pelo D, o E pelo F e assim sucessivamente. O resultado de semelhante troca só poderia dar lugar à confusão. O código genético e o código simbólico estruturam o ser humano. Introduzir alterações no código simbólico é tão delicado como fazê-lo no código genético⁴².

E repare-se que ao beneficiar a união entre pessoas de sexo diferente o legislador ordinário não discrimina as uniões entre pessoas do mesmo sexo,

⁴¹ Neste sentido cf. JORGE MIRANDA, "Discriminação e casamento: um olhar constitucional", in *Público*, de 09.10.2008, p. 31.

⁴² Sobre esta ideia cf. FRANCIS MARTENS, *Sénat de Belgique, Rapport de la Commission de Justice, Doc. Parl. n.º 2-1173/3*, de 20.11.2002, sess. 2002/2003, pp. 16, 17 e 20. A citação, com maior desenvolvimento, pode ser cf. in NUNO DE SALTER CID, *A comunhão de vida à margem do casamento cit.*, pp. 781-783.

como alguns querem fazer crer, fazendo comparações abusivas com a proibição do casamento inter-racial. É que, obviamente, uma e outra não são relações iguais, importando tratar diferentemente o que é diferente, numa interpretação correcta do princípio da igualdade que o Tribunal Constitucional teve já ocasião de demonstrar abundantemente⁴³.

Subjacente ao raciocínio que aqui empreendo está uma necessária distinção entre direitos universais ou comuns de todos os membros da comunidade política, e direitos particulares de determinados membros dessa comunidade, tomando em consideração a sua especial posição na sociedade. Por outras palavras, o casamento está reservado à união entre um homem e uma mulher porque essa união é benéfica para a sociedade, interessando ao Estado, com toda a legitimidade, potenciar esses benefícios através de um enquadramento legal promotor dessa união. O mesmo não sucede relativamente à união entre pessoas do mesmo sexo, da qual não resulta uma função social específica, não beneficiando por isso de direitos particulares, o que não significa a retirada dos direitos de que já beneficiam os seus membros por serem cidadãos de uma determinada comunidade política: uma coisa é reconhecer o direito à autodeterminação sexual e respeito pelas opções sexuais de cada um, que se mantêm intactos; outra, bem diversa, é beneficiar de uma garantia específica que é atribuída em virtude de uma determinada função social⁴⁴.

Aliás, seja por equívoco ou conveniência, tem sido frequentemente deturpado o verdadeiro alcance da introdução da expressão «orientação sexual» no corpo do n.º 2 do artigo 13.º da CRP resultante da Revisão Constitucional de 2004. Com efeito, esse aditamento nada acrescenta à intenção normativa do preceito, na medida em que tal norma abrange também critérios não expressamente consagrados, tal como sucedia com a *orientação sexual* antes da sua inscrição no texto constitucional⁴⁵. E se dúvidas restam quanto à matéria

⁴³ Cf., por todos, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 39/88, de 9 de Fevereiro, in *DR* n.º 52, I Série, de 03.03.1988, p. 753.

⁴⁴ Neste sentido cf. PAULO PULIDO ADRAGÃO, *Casamento: entre pessoas do mesmo sexo* cit., p. 530 e ROQUE CABRAL, “O casamento gay”, in *Brotéria, Cristianismo e Cultura*, Vol. 165, Agosto-Setembro 2007, pp.116-117.

⁴⁵ Neste sentido cf. JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada* cit., p. 121, e J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada* cit., p. 340. Na jurisprudência cf. o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 247/05, de 10 de Maio, in *DR* n.º 207, II Série, de 17.10.2005, p. 15 246. Uma análise dos principais instrumentos de Direito Internacional a que Portugal se encontra vinculado permite-nos uma conclusão semelhante: assim, o artigo 2.º da DUDH – que serve de parâmetro interpretativo para os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais (cf. artigo 16.º, n.º 2, da CRP) – tipifica uma série de categorias suspeitas, ressalvando na sua parte final a possibilidade de discriminação em «qualquer outra situação», na qual se poderá incluir a orientação sexual; a Comissão dos Direitos Humanos da ONU considera que o artigo 26.º, n.º 1, do PIDCP inclui a proibição de discriminação em razão da orientação sexual (cf. caso *Toonen v. Austrália*,

elas ficam dissipadas quando reconstituído o pensamento do legislador constitucional a partir dos textos dos artigos 13.º e 36.º da CRP, nos termos em que o determina o artigo 9.º do CC, isto é, «tendo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada», presumindo sempre que «na fixação do sentido e alcance da lei (...) o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados».

A nova redacção do n.º 2 do artigo 13.º resultou de um consenso em sede de Comissão Eventual para a Revisão Constitucional entre as forças políticas com assento na Assembleia da República. Das propostas de aditamento inicialmente constantes dos diversos projectos apresentados apenas o aditamento do factor «orientação sexual» foi levado a votação no Plenário, obtendo a maioria de dois terços necessária para a sua aprovação, tal como o prescreve o artigo 286.º, n.º 1, da CRP⁴⁶. A razão principal da alteração residiu na necessidade de explicitação dos direitos da comunidade homossexual, garantindo «o exercício e a livre expressão da identidade própria das comunidades homossexuais»⁴⁷, na sequência da sua inserção no Tratado de Comunidade Europeia⁴⁸. Mas tal como decorre dessa mesma discussão, isso não significou, para o legislador constitucional, a consagração expressa do direito ao casamento para as pessoas do mesmo sexo. E isso resulta evidente na declaração de voto enviada à Mesa da Presidência da Assembleia da República por um grupo de deputados do PSD (44 deputados), a qual se encontra publicada no *Diário da Assembleia da República* n.º 78.º, I Série, de 23.04.2004, pp. 4296-4297. Dada a importância da mesma para um cabal esclarecimento sobre a intenção do legislador constitucional, julgo oportuno transcrever o juízo que os ditos deputados fizeram sobre tal facto. Assim,

«1.º - Não se cria aqui qualquer protecção ou concessão de direito que por virtude de orientação sexual possa suprir ou oferecer o que a natureza não confere.

comunicação n.º 4888/1992, de 31.03.1994, § 8.7); no âmbito da CEDH, o TEDH afirma que os factores descritos no corpo do artigo 14.º da Convenção são meramente tipificadores, estando interdita toda e qualquer discriminação, incluindo, naturalmente, a orientação sexual (cf., por exemplo, casos *Dudgeon v. Reino Unido*, Acórdão de 22.10.1981, *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, Acórdão de 21.12.1999, e *Karner v. Áustria*, Acórdão de 24.07.2003).

⁴⁶ Verificaram-se 194 votos a favor (90 PSD, 77 PS, 14 CDS-PP, 8 PCP, 3 BE e 2 PEV), 1 voto contra (PS) e 3 abstenções (2 PSD e 1 PS) – cf. o resultado da votação no *DAR* n.º 78, I Série, 23.04.2004, p. 4244.

⁴⁷ Cf. a intervenção da Deputada ISABEL DE CASTRO na reunião plenária da Assembleia de República de 22. 04.2004, *in DAR* n.º 78, I Série, de 23.04.2004, p. 4229 – cf. ainda, no mesmo Diário, da mesma interveniente, p. 4210.

⁴⁸ Cf. artigo 13.º do TCE.

2.º - Institutos jurídicos, de secular formação, onde a complementaridade sexual entre homem e mulher são exigidos, não claudicam perante tal afirmação de igualdade (artigo 13.º, n.º 2).

3.º - Estão entre estes institutos jurídicos o casamento e a adopção, cujos superiores interesses e pressupostos de facto não se compaginam com orientações sexuais que perfilhem a homossexualidade como forma de vida.

4.º - Ao aprovar tal disposição, o legislador constituinte não vem alterar as leis naturais do casamento e da filiação, nomeadamente no seu modelo de adopção.

5.º - Este inciso apenas é o transpor para a ordem interna do consignado no Tratado de Amesterdão e na vasta jurisprudência firmada nesse sentido, a qual é também bem esclarecedora na negação do direito ao casamento e à adopção por homossexuais.

6.º - O princípio da igualdade tem também por corolário que se trata de forma desigual o que é diferente.

7.º - Os partidos da maioria, a cuja bancada pertencemos, têm, em 30 anos de história ideológica e política, afirmado convictamente o casamento como expressão de uma relação entre um homem e uma mulher, figuras parentais, que contribuem para o saudável crescimento dos filhos.

8.º - Tendo, nesta legislatura, sido aprovada uma lei da adopção, onde estão claros os princípios acima referidos, não se tome, por virtude desta alteração à Constituição, aquela Lei como inconstitucional.

9.º - Também esta formulação do artigo 13.º, n.º 2, não pode remover do Código Penal os artigos 172.º e 173.º (na verdade, 174.º e 175.º)⁴⁹ – relativos ao abuso sexual de menores.

10.º - De olhos postos naqueles que nos elegeram, estamos convictos de que lhes é devido este nosso modesto tributo, o qual mais não é do que aclarar a vontade do legislador constituinte nesta revisão ordinária em que participamos, e, acima de tudo, o reafirmar dos direitos fundamentais que não sacrificamos mas sempre defenderemos».

À parte a natureza marcadamente essencialista da declaração – «Não se cria aqui qualquer protecção ou concessão de direito que por virtude de orientação sexual possa suprir ou oferecer o que a natureza não confere»⁵⁰ – bem como alguns equívocos e imprecisões relativos a matérias como os actos sexuais com menores e a adopção, é quanto a mim evidente, em consonância com as premissas decorrentes do n.º 3 do artigo 9.º do CC, que o legislador

⁴⁹ Aditamento meu.

⁵⁰ Lembrando o célebre aforismo romano «*quae rerum natura prohibentur, nulla lege confirmata sunt*».

constitucional não pretendeu reconhecer o casamento entre pessoas do mesmo sexo; o que pretendeu foi, em conformidade com as exigências da dignidade da pessoa humana e do direito ao desenvolvimento da personalidade com base no critério da autonomia individual, conferir uma plena cidadania aos homossexuais, condenando qualquer tipo de comportamentos homofóbicos. Nestes termos, seria inconstitucional «uma lei que vedasse ou dificultasse aos homossexuais o acesso à função pública ou aos benefícios da segurança social, à universidade, à magistratura, às Forças Armadas, ou que os impedisse de aceder a determinados postos ou lugares mais elevados, por exemplo que não permitisse que um homossexual fosse professor catedrático, general, juiz do Supremo Tribunal de Justiça, ministro ou Presidente da República. Do mesmo modo no âmbito do Direito da Família, seria inconstitucional uma lei que não permitisse ao homossexual casar-se (entenda-se com pessoa do sexo legal oposto)⁵¹, perfilar ou declarar a maternidade, adoptar, ou que lhe recusasse, só por ser homossexual, o exercício do poder paternal ou o direito de visita»⁵².

Ao defender que a Constituição determina uma proibição do casamento entre pessoas do mesmo sexo, estou implicitamente a rejeitar qualquer possibilidade de o legislador ordinário poder conformar livremente o instituto. Neste aspecto, concordo plenamente com algumas vozes defensoras da imposição constitucional do casamento entre pessoas do mesmo sexo quando sustentam que a hipótese de regulação da matéria pelo legislador ordinário conduz a uma inversão metodológica na medida em que confere a este um «cheque em branco (...) numa matéria que pode bulir com princípios e direitos fundamentais (...) por implicar uma subversão inaceitável da hierarquia das fontes de direito, e uma eventual violação no campo garantístico»⁵³.

Ao arquitectar o artigo 36.º, n.º 1, da CRP, o legislador constitucional configurou o casamento como «o quadro institucional mais favorável em que a família se pode desenvolver»⁵⁴, uma união entre um homem e uma mulher, com carácter de estabilidade e tendencialmente perpétuo, enquadrado naturalmente, mas não necessariamente, pela geração de filhos, cometendo ao legislador ordinário a tarefa de concretizar essa imposição constitucional. Desta forma, não só a Constituição não consagra um direito de pessoas do mesmo sexo casarem entre si, como contém uma proibição nesse sentido, pelo que o n.º 2 do artigo 36.º da CRP não confere ao legislador ordinário poderes para alterar a

⁵¹ Aditamento meu.

⁵² Cf. F. M. PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família* cit., p. 203.

⁵³ Cf. LUÍS GRAVE RODRIGUES, *Alegações para o Tribunal Constitucional*, in www.advogadodiabo.blogspot.com.

⁵⁴ Cf. JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada* cit., pp. 398-399. O que não significa que as outras formas de constituição da família não devam receber igualmente a adequada tutela tal como o determina o artigo 67.º da CRP.

norma prevista no artigo 1577.º do CC, nem os tribunais, em especial o Tribunal Constitucional, têm legitimidade para declararem o artigo 1577.º do CC inconstitucional ou para interpretarem o artigo 36.º, n.º 1, da CRP no sentido de permitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo, sob pena de violação da *garantia institucional* inerente ao instituto.

O legislador constitucional não conferiu ao legislador ordinário a tarefa de conformar livremente o instituto; transmitiu, isso sim, a incumbência de consagrar o instituto nos precisos termos que foram definidos na Constituição.

A reforçar este entendimento, devem também ser invocados, nesta sede, os artigos 16.º, n.º 1, da DUDH – «A partir da idade núbil, o homem e a mulher têm o direito de casar e de constituir família, sem restrição alguma de raça ou religião» – e 12.º da CEDH – «A partir da idade núbil, o homem e a mulher tem o direito de casar-se e de constituir família, segundo as leis nacionais que regem o exercício deste direito». Ora, o primeiro dos referidos preceitos é directamente aplicável no ordenamento jurídico português, por determinação do artigo 16.º, n.º 2, da CRP – «Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem»; o segundo, vigora internamente por força do artigo 8.º, n.º 2, da CRP – «As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português»⁵⁵.

Aliás, mesmo quem defende que o legislador ordinário tem liberdade de disposição nesta matéria fá-lo com reservas, aconselhando prudentemente uma outra via. Foi o que fez o Conselho de Estado espanhol que, apesar de entender que o artigo 32 da Constituição espanhola não veda aos pares homossexuais o acesso ao casamento, competindo ao legislador ordinário tal opção, não deixou de observar que os objectivos então preconizados pelo Governo espanhol poderiam ser alcançados por outras vias⁵⁶.

5. Conclusão

Uma das frentes de batalha na luta pela afirmação dos direitos dos homossexuais tem sido o reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Diversos Países deram já esse passo; outros, como é o caso de

⁵⁵ Neste sentido cf. NUNO DE SALTER CID, *A comunhão de vida à margem do casamento* cit., p. 724, nota (415) *in fine*, e JORGE MIRANDA, “Discriminação e casamento: um olhar constitucional”, *in Público*, de 09.10.2008, p. 31.

⁵⁶ Cf. *Dictámenes del Consejo de Estado* n.º 2628/2004, de 16 de Dezembro, ponto III, disponível a partir de http://www.boe.es/g/es/bases_datos_ce/doc.php?coleccion=ce&id=2004-2628.

Portugal, podem estar em vias de o fazer, apesar de a lei já contemplar as uniões de facto entre pessoas do mesmo sexo.

No entanto, como tive oportunidade de referir no presente estudo, a abertura do casamento aos pares homossexuais revela-se não só contrária ao espírito que guiou o nosso legislador constitucional, como ignora a raiz antropológica e sociológica do casamento. Com efeito, o casamento situa-se na base da organização social e não se reduz a uma relação de natureza exclusivamente afectiva a que o legislador atribui efeitos jurídicos. O casamento é muito mais do que isso; é uma instituição fundada sobre os pilares da monogamia, da exogamia e da diferença de sexos⁵⁷ que cumpre o objectivo claro de unir o homem e a mulher, com todos os benefícios que dessa relação decorrem para a comunidade politicamente organizada.

São argumentos de identidade, de codificação social e de igualdade, que colocam o casamento como ponto de referência da identidade humana, desde sempre concebido como a união entre um homem e uma mulher, que fazem recusar a ideia do casamento entre pessoas do mesmo sexo. A garantia institucional derivada do casamento não o permite, tal como não permite o casamento a menores de 16 anos, o casamento de interditos ou inabilitados por anomalia psíquica ou o casamento poligâmico.

O ordenamento jurídico português, neste momento, só pode ser compreendido no sentido de reconhecer o casamento como um instituto reservado a casais compostos por pessoas de sexo diferente; por outro lado, a Constituição não exige a tutela positiva dos direitos dos homossexuais enquanto direitos distintos daqueles atribuídos à generalidade dos cidadãos; o que a Constituição impõe, isso sim, é o respeito pelas opções de cada um, o que significa o direito de cada indivíduo à autodeterminação sexual. Há que respeitar o direito à diferença e não interferir com a orientação sexual das pessoas; os homossexuais não são melhores ou piores que os heterossexuais; são seres humanos normais, tão capazes como os heterossexuais de serem professores, médicos, juízes, militares, polícias, governantes, desportistas e de exercerem a maternidade e a paternidade nas mesmas condições dos heterossexuais; mais, são também capazes de casar ... mas aí, só com pessoa de sexo diferente!

⁵⁷ Neste sentido cf. GÉRARD CORNU, *Droit civil. La famille*, pp. 113-114.

