

Assunto

Direito a constituir família e a contrair casamento. Alegada inconstitucionalidade do artigo 1577.º do Código Civil, que permite a celebração do casamento apenas entre pessoas de sexos diferentes.

1. Reporto-me à exposição apresentada por V.^a Ex.^a na data e pelo meio acima assinalados, a propósito do assunto também identificado em epígrafe, para o esclarecer do que segue.

Antes de mais, já tomou o Provedor de Justiça posição sobre questão de alguma forma conexas com aquela que é colocada por V.^a Ex.^a, concretamente sobre o reconhecimento, em Portugal, de casamento civil entre duas pessoas do mesmo sexo, celebrado ao abrigo da legislação vigente noutro Estado, no caso, da União Europeia. Assim sendo, e não obstante a perspectiva ser aí a do direito da União Europeia, não deixo, na referida tomada de posição, de enquadrar a questão dos pontos de vista internacional, comunitário e nacional, pelo que envio, juntamente com o presente, o documento¹ que a suportou, para conhecimento de V.^a Ex.^a.

Em desenvolvimento daquele texto, interessará, neste momento, analisar a questão concreta que motivou a exposição de V.^a Ex.^a – resumida na proibição, expressamente estabelecida na lei portuguesa, designadamente no art.º 1577.º do Código Civil², da contratualização do casamento civil entre pessoas que não sejam de sexos diferentes –, com especial enfoque na sua relação com os princípios e normas da Constituição da República Portuguesa (CRP) que com a mesma se relacionam, quer directa, quer reflexamente.

Em síntese, importará saber se a noção de casamento assumida pelo legislador ordinário, designadamente no referido preceito do Código Civil, da qual é inequivocamente elemento integrante e requisito insuperável a circunstância de o contrato em causa se celebrar entre pessoas de sexo diferente, se coaduna com as regras da Lei Fundamental, designadamente com os respectivos art.ºs 36.º e 13.º que, em maior ou menor medida, interagem com aquela noção. É esta, aliás, a perspectiva em que é feita a queixa de V.^a Ex.^a.

2. O art.º 36.º da Constituição determina, na parte pertinente para a presente análise, que *“todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento*

¹ Publicado no Relatório de 2003 do Provedor de Justiça à Assembleia da República, pp. 859 e segs.

² Nos termos do qual, casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida. O art.º 1628.º do mesmo Código considera juridicamente inexistente o casamento celebrado entre duas pessoas do mesmo sexo.

em condições de plena igualdade”, e que “a lei regula os requisitos e os efeitos do casamento e da sua dissolução, por morte ou divórcio, independentemente da forma de celebração” (n.ºs 1 e 2).

Antes de mais, parece-me importante sublinhar que o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de igualdade, a que se refere o art.º 36.º, n.º 1, da CRP, se desdobra em vários momentos, correspondendo cada um destes a garantias constitucionais distintas, embora naturalmente correlacionadas entre si.

Num primeiro momento, resulta do referido preceito constitucional a garantia de que todos têm o direito de constituir família.³ A família é, aliás, considerada, pelo legislador constituinte, como “elemento fundamental da sociedade” e, enquanto tal, goza da protecção da sociedade e do Estado, nos termos que resultam designadamente do art.º 67.º da CRP⁴. Num segundo momento, decorre do mesmo normativo constitucional que todos têm o direito de constituir família, designadamente através do casamento. Finalmente, o legislador constitucional assegura que todos têm o direito de constituir família, designadamente através do casamento, em condições de igualdade.

Da distinção dos três momentos da norma em análise ressaltam, por sua vez, duas conclusões a reter.

A primeira vai no sentido de que o direito de constituir família não se reduz nem sequer implica o direito de contrair casamento. Conforme referem J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *“conjugando, naturalmente, o direito de constituir família com o de contrair casamento (...), a Constituição não admite todavia a redução do conceito de família à união conjugal baseada no casamento, isto é, à família “matrimonializada”. Para isso apontam não apenas a clara distinção das duas noções no texto (“constituir família” e “contrair casamento”) mas também o preceito do n.º 4 sobre a igualdade dos filhos, nascidos dentro ou “fora do casamento” (e não: fora da família). O conceito constitucional de família não abrange, portanto, apenas a “família jurídica”, havendo assim uma abertura constitucional – se não mesmo uma obrigação – para conferir o devido relevo jurídico às uniões familiares “de facto”*⁵.

³ Não discutirei sequer quais os exactos contornos do conceito constitucional de família, por desnecessário à conclusão.

⁴ E do art.º 68.º do texto constitucional, sendo aqui os pais e a mães os titulares desse direito.

⁵ In “Constituição da República Portuguesa Anotada”, 3.ª edição revista, Coimbra Editora, 1993, p. 220. Acrescentam os mesmos autores, já em sede de anotação ao art.º 67.º da CRP, que *“não existe um conceito constitucionalmente definido de família, sendo ele, por isso, um conceito relativamente aberto, cuja “densificação” normativo-constitucional comporta alguma elasticidade, tendo em conta designadamente as referências constitucionais que sejam relevantes (por ex., o art. 36.º-1, de onde*

A segunda prende-se com a circunstância de, na decorrência da leitura e interpretação acima feitas do preceito em causa, o direito de contrair matrimónio se apresentar de alguma forma instrumental face ao direito de constituir família.

De qualquer forma, para a circunstância de ser este o meio escolhido para a concretização desse direito de constituir família, e tendo em atenção o facto de tal opção implicar, por si, a produção de um conjunto de efeitos relevantes na ordem jurídica⁶, desde logo definiu o legislador constituinte que a celebração de um contrato daquele tipo obedecesse a requisitos previamente definidos na lei, lei esta que deveria igualmente estabelecer os efeitos do próprio instituto do casamento e da sua dissolução.

A tarefa de regulação designadamente dos requisitos do casamento é, assim, deixada, pelo art.º 36.º, n.º 2, da CRP, para o legislador ordinário, enquadrada apenas pelas determinações do próprio normativo constitucional, acima referidas, e naturalmente pelas demais orientações que resultem explícitas ou implícitas designadamente do texto constitucional, no seu todo considerado.

Naturalmente também que, apoiado na margem de conformação legislativa que, quanto a esta matéria, lhe foi dada pelo texto constitucional, o legislador ordinário definiu designadamente os requisitos para a celebração de um contrato de casamento enquadrado pelas noções, conceitos e usos sociais com uma determinada localização histórica, o que de resto acontece inevitavelmente com a regulação em geral da ordem jurídica, e muito em especial com as figuras e institutos relacionados com o direito da família.

Apesar de não deixar de se reconhecer que a aprovação de uma norma como a que se encontra estabelecida no art.º 1577.º do Código Civil está enquadrada, como, aliás, as demais da nossa ordem jurídica, por uma localização histórica específica, e que o conteúdo de tal norma espelha inevitavelmente o pensamento e usos sociais dominantes nesse período histórico, também é verdade que a Constituição – não só o art.º 36.º, mas o texto constitucional no seu todo, incluindo o art.º 13.º, referente ao princípio da igualdade, a que voltarei adiante – não obriga o legislador ordinário a um comportamento diferente, isto é, não

decorre que o conceito de família não pressupõe o vínculo matrimonial) e as diversas concepções existentes na colectividade” (p. 351). De qualquer forma, adiantam os mesmos autores que fora do programa normativo directo do art.º 36.º da CRP “*afirmam-se estar (...) as uniões homossexuais*” (ob. cit., p. 223).

⁶ “*Garantido a “todos” “em condições de plena igualdade”, o direito de contrair casamento (...) está todavia subordinado a limites, que decorrem desde logo do facto de, sendo ele um negócio jurídico produzindo efeitos jurídico-civis, não poder deixar de pressupor ao menos a necessária capacidade jurídica (idade, etc.)*”: J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, ob. cit., p. 221.

obriga o legislador ordinário a alterar os requisitos que estabeleceu para a contratualização do casamento, e designadamente a abrir a possibilidade da sua celebração a pessoas do mesmo sexo.

Não obrigando a Constituição a tal comportamento, também não proíbe naturalmente a Constituição essa alteração da lei ordinária, designadamente no sentido referido, isto é, no sentido de não ser limitada a celebração do casamento a pessoas de sexos diferentes. Precisamente deixa a Constituição – que, ainda assim, e face designadamente a qualquer legislação ordinária, terá de caracterizar-se por uma pretensão a maior intemporalidade –, ao legislador ordinário, a tarefa de definir, ele próprio, de acordo com as representações sociais de cada momento, o modelo concreto do instituto⁷.

A Lei Fundamental apenas obriga, na medida em que impõe que a celebração do casamento seja feita em condições de plena igualdade, que esse modelo coloque em situação de igualdade todos aqueles que preencham os requisitos previamente definidos pelo legislador ordinário para o acesso ao mesmo, nos termos acima referidos.

Em síntese, não impondo a Constituição um modelo concreto de acesso ao casamento, também não proíbe a Constituição um outro modelo concreto de acesso ao instituto, designadamente distinto do que actualmente decorre do Código Civil, desde que esse acesso, definido nos termos da lei, seja feito em condições de plena igualdade. Concretizando esta ideia, se o legislador ordinário entender que um dos requisitos para a celebração do casamento é o facto de o mesmo ter de ser celebrado entre duas pessoas de sexos diferentes, então a lei deve permitir que, naturalmente preenchidos todos os demais requisitos previamente impostos por lei, qualquer homem e mulher possam casar-se. De outra banda, se, por exemplo, o legislador ordinário entender não incluir, no rol de requisitos para a celebração do casamento, a circunstância de o mesmo dever ser celebrado entre pessoas de sexo diferente – decorrendo implícita ou explicitamente da lei que o mesmo pode ser celebrado entre pessoas do mesmo sexo –, a lei terá de possibilitar que, da mesma forma preenchidos os requisitos estabelecidos previamente para a sua celebração, o casamento possa ser contratualizado entre quaisquer pessoas, independentemente do sexo, designadamente entre pessoas do mesmo sexo.

⁷ Referem Jorge Miranda e Rui Medeiros que “*sem dúvida que a Constituição, aberta ao futuro, não impõe qualquer espécie de petrificação do conceito legal de casamento, não impedindo o legislador ordinário de adaptar a instituição em causa a um contexto político-social mutável*”, acrescentando que “*num Estado democrático, o sentido da Constituição não se pode fechar à sociedade e não deve ignorar as concepções que, numa sociedade aberta e democrática, vão logrando impor-se ao longo dos tempos*”: in “*Constituição Portuguesa Anotada*”, Tomo I, Coimbra Editora, 2005, pp. 397 e 401.

O facto de, até ao momento, ter entendido o legislador ordinário manter a fórmula constante do art.º 1577.º do Código Civil, designadamente o requisito para a celebração do casamento posto em causa por V.ª Ex.ª, não constitui violação do texto constitucional, sendo que, se vier o mesmo legislador a alterar a lei, no sentido, por exemplo, de dispensar tal requisito, tal solução não deixa de ter também enquadramento no âmbito da nossa Lei Fundamental.

Apesar de, conforme fica dito, o nosso texto constitucional se mostrar em certo sentido alheio – ou neutral – face designadamente à solução que concretamente o legislador estabeleceu, ou venha a estabelecer, quanto à questão concreta que aqui nos ocupa, ressalvada a imposição do cumprimento do princípio da igualdade no âmbito do modelo concreto escolhido pelo legislador para a celebração do casamento, a leitura que em cada momento é feita, pelo legislador ordinário, da própria Constituição, não pode deixar de acompanhar as mudanças comportamentais da sociedade cuja organização essa mesma Constituição e lei visam regular.

Em resumo, não impondo a Constituição a celebração do casamento para a constituição de família, logo reconhecendo o direito a constituir família – afinal, o valor nuclear que a Lei Fundamental se propõe proteger no domínio de que nos ocupamos – independentemente da celebração do casamento⁸, e deixando ainda a mesma Constituição, para o legislador ordinário, a regulação do modelo concreto de celebração do casamento, designadamente ao nível dos requisitos de acesso ao mesmo, tarefa que o legislador ordinário concretiza apoiado numa ampla liberdade de conformação legislativa, não decorre, ao contrário do pretendido por V.ª Ex.ª, qualquer incompatibilidade da solução do art.º 1577.º do Código Civil com o texto constitucional, designadamente com o seu art.º 36.º.

De tal circunstância não decorre, antes pelo contrário, que não deva o legislador ordinário fazer, de forma continuada, uma leitura da Constituição compatível com a evolução que se vai registando ao nível das relações sociais e comportamentais, e com o nível de assimilação dessas mudanças por parte da sociedade em geral.

Isto é, qualquer decisão a tomar sobre a questão colocada por V.ª Ex.ª deve ser feita em sede própria, pelo poder político, isto é, pelo legislador

⁸ “O que está em causa é tão-somente o reconhecimento de que, num entendimento dinâmico da Constituição e num sistema aberto de interpretação, o artigo 36.º, n.º1, não exclui que outras realidades, para além da família conjugal e da família constituída por pais e filhos (ainda que adoptivos), possam ser qualificadas, à luz da Constituição, como realidades familiares e beneficiar, em alguma medida, de protecção legal”: Jorge Miranda e Rui Medeiros, ob. cit., p. 401.

democraticamente eleito, já que implica a tomada de uma posição de natureza política, preferencialmente depois da realização de um debate público tão amplo e alargado quanto possível sobre o assunto.

3. O teor do art.º 13.º da CRP, que estabelece, em geral, o princípio da igualdade, em nada altera o que acima fica dito, até na medida em que as normas do art.º 36.º, n.ºs 1 e 2, acima analisadas, mais não representam do que uma concretização específica, no caso quanto ao direito de constituir família e de contrair casamento, daquele mesmo princípio.

A inclusão, na revisão constitucional operada pela aprovação da Lei Constitucional n.º 1/2004, de 24 de Julho, no referido preceito, da orientação sexual como mais uma razão em função da qual não pode haver discriminação, também nada acrescenta ao que fica dito, pelo menos do ponto de vista jurídico.

De facto, o elenco das razões em função das quais não pode haver discriminação é meramente exemplificativo. Assim sendo, não só em teoria outros critérios, não especificamente elencados na norma, verão já proibido o seu aproveitamento para actuações discriminatórias por parte do legislador e das entidades públicas e privadas em geral, como já mesmo antes da inclusão da expressão “orientação sexual” na norma, qualquer discriminação infundada feita em função da orientação sexual, seria proibida pela Constituição, designadamente ao abrigo do princípio da liberdade e autonomia individuais.⁹

De qualquer forma, a questão colocada por V.^a Ex.^a terá de ser analisada e enquadrada de forma não diversa dos termos que ficam acima expostos relativamente às normas constantes do art.º 36.º, n.º 1 e 2, da CRP que, como se disse, consagram uma concretização específica do princípio da igualdade no que à constituição de família e à celebração do casamento diz respeito.

Com interesse para o que aqui fica dito, a propósito da densificação dos princípios “abertos” da Constituição (no caso, do conceito de “dignidade da pessoa humana”), pode ler-se no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 105/90¹⁰, o seguinte:

⁹ Na verdade, a explicitação nessa data deste critério possível de discriminação ilícita tem apenas efeitos, dir-se-ia, políticos, ao chamar a atenção para uma proibição que, juridicamente, pré-existia mas que, eventualmente, suscitaria menos atenção. Conclusão contrária conduziria a assumir-se que, antes de 2004, seria lícita a discriminação com base na orientação sexual, o que, creio bem, nunca foi defendido por ninguém ou mereceu o acolhimento da jurisprudência, muito pelo contrário.

¹⁰ De 29 de Março de 1990, in “Acórdãos do Tribunal Constitucional”, 15.º Volume, 1990, pp. 357 e segs.

“Se o conteúdo da ideia de dignidade da pessoa humana é algo que necessariamente tem de concretizar-se histórico-culturalmente, já se vê que no Estado moderno – e para além das projecções dessa ideia que encontrem logo tradução ao nível constitucional em princípios específicos da lei fundamental (...) – há-de caber primacialmente ao legislador essa concretização: especialmente vocacionado, no quadro dos diferentes órgãos de soberania, para a “criação” e a “dinamização” da ordem jurídica, e democraticamente legitimado para tanto, é ao legislador que fica, por isso, confiada, em primeira linha, a tarefa ou o encargo de, em cada momento histórico, “ler”, traduzir e verter no correspondente ordenamento aquilo que nesse momento são as decorrências, implicações ou exigências dos princípios “abertos” da Constituição (...). E daí que (...) no controlo jurisdicional da constitucionalidade das soluções jurídico-normativas a que o legislador tenha, desse modo, chegado (no controlo, afinal, do modo como o legislador preencheu o espaço que a Constituição lhe deixou, precisamente a ele, para preencher) haja de operar-se com uma particular cautela e contenção. Decerto, assim, que só onde ocorrer uma real e inequívoca incompatibilidade de tais soluções com o princípio regulativo constitucional que esteja em causa – real e inequívoca, não segundo o critério subjectivo do juiz, mas segundo um critério objectivo, como o será, p. ex. (e para usar aqui uma fórmula doutrinária expressiva), o de “todos os que pensam recta e justamente” –só então, quando for indiscutível que o legislador, afinal, não “concretizou”, e antes “subverteu”, a matriz axiológica constitucional por onde devia orientar-se, será lícito aos tribunais (e ao Tribunal Constitucional em particular) concluir pela inconstitucionalidade das mesmas soluções. E, se estas considerações são em geral pertinentes, mais o serão ainda quando na comunidade jurídica tenham curso perspectivas diferenciadas e pontos de vista díspares e não coincidentes sobre as decorrências ou implicações que dum princípio “aberto” da Constituição devem retirar-se para determinado domínio ou para a solução de determinado problema jurídico. Nessa situação sobretudo – em que haja de reconhecer-se e admitir-se como legítimo, na comunidade jurídica, um “pluralismo” mundividencial ou de concepções – sem dúvida cumprirá ao legislador (ao legislador democrático) optar e decidir”.

4. Sendo previsível que o debate sobre a questão colocada por V.^a Ex.^a venha a concretizar-se a breve trecho no nosso país,¹¹ não só na medida em que o assunto é neste momento recorrentemente trazido à discussão pública, como pelo facto de outros países, designadamente da União Europeia, terem vindo sucessivamente a

¹¹ Aliás tendo sido desencadeadas iniciativas legislativas nesta matéria.

tomar posição sobre a questão, a verdade é que esse debate não deverá ser feito na perspectiva da violação ou da não violação da Constituição, antes na perspectiva das opções políticas do legislador, devendo este tomar uma decisão, qualquer que ela seja, de preferência após, conforme já acima referido, a realização de uma discussão pública tão ampla quanto possível sobre o assunto.

Pelas razões que ficam expostas, na medida em que a questão não se coloca no plano da constitucionalidade da solução legal contestada por V.^a Ex.^a, entendo que não me cabe tomar qualquer iniciativa sobre o assunto.