

O CASAMENTO DE PESSOAS DO MESMO SEXO

Pelo Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão

SUMÁRIO:

1. O itinerário pré-legislativo; 2. Aspectos paradoxais; 3. A questão da homossexualidade; 4. O ponto de encontro com o casamento; 5. Casamento, voluntarismo, institucionalismo; 6. Interpretação jurídica das regras constitucionais sobre casamento; 7. O fundamento; 8. A inconstitucionalidade da Lei n.º 9/2010; 9. E agora?

1. O itinerário pré-legislativo

A Lei n.º 9/2010, de 31 de Maio, introduziu na ordem jurídica portuguesa o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

O instituto cria problemas jurídicos. Acrescentamos brevemente que cria também problemas no domínio da Bioética. Temos defendido que Bioética é, até literalmente, ética da vida. E, se isso não permite atribuir à Bioética todas as questões da vida (porque a Ética é sempre Ética da vida e então toda a Ética equivaleria à Bioética), também não permite reduzir a Bioética à Ética Médica, como vai acontecendo, em consequência de um perigoso esvaziamento da carga ética da Bioética. Há que procurar um meio termo, que a nosso parecer não pode deixar de englobar as graves questões vitais que estão implicadas na figura do casamento de pessoas do mesmo sexo.

Recapitulemos então. Tudo se passou com demasiada celeridade para a delicadeza da questão. Um projecto é aprovado em Fevereiro de 2010 pela Assembleia da República, declarando

expressamente a permissão do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo (art. 1). Alterava os arts. 1577 e 1591 do Código Civil, para suprimir o trecho “de sexo diferente” na definição de casamento e na previsão da ineficácia dos esponsais; e o art. 1690/1, para substituir “tanto o marido como a mulher” por “Qualquer dos cônjuges”, no respeitante à legitimidade para contrair dívidas. Revogava a al. e) do art. 1628, que declarava inexistente “O casamento contraído por duas pessoas do mesmo sexo”. O projecto excluía a adopção por pessoas do mesmo sexo casadas (art. 3). Com esta ressalva, mandava interpretar todas as regras do casamento à luz desta lei (n.º 5). A isto se resumia o Decreto da Assembleia da República.

O Presidente da República requereu a fiscalização preventiva da constitucionalidade do diploma, no concernente à compatibilidade com o art. 36/1 da Constituição. Este dispõe: “Todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade”.

O pedido foi acompanhado por um Parecer jurídico⁽¹⁾ fundamentando as dúvidas sobre a constitucionalidade, a que faremos referência nos lugares respectivos.

Sobre o pedido recaiu o Ac. n.º 121/2010, de 8 de Abril, do Tribunal Constitucional, de que foi relator o Cons. Vítor Gomes. Estão em causa nele as três posições que esquematicamente podemos enunciar sobre o tema:

- I — A Constituição impõe a admissão do casamento entre pessoas do mesmo sexo
- II — A Constituição exclui o casamento entre pessoas do mesmo sexo
- III — A Constituição não toma posição, estando na esfera do legislador ordinário adoptar uma ou outra solução positiva.

As três posições foram defendidas no T.C., como resulta da distribuição dos votos, nomeadamente dos votos de vencido. Prevaleceu a última — o Tribunal decidiu não se pronunciar sobre a

(¹) Este vem, no essencial, transcrito no Acórdão do Tribunal Constitucional.

inconstitucionalidade das normas do Decreto da Assembleia da República em causa.

Voltou então o diploma ao Presidente da República, que poderia vetar o diploma. Não o fez, promulgando a lei. Fez acompanhar a promulgação de uma justificação, baseada na irreversibilidade previsível da votação na Assembleia e na urgência para o país de se dedicar a outras questões prementes.

O projecto provocou debate, no curto período disponível, mas de nível muito baixo, a nosso parecer. O argumento principal foi o da igualdade. As posições contrárias exigiram a realização de um referendo sobre a matéria. Reuniu-se o número impressionante de assinaturas na petição respectiva. O referendo foi recusado.

2. Aspectos paradoxais

A maneira como se processou esta grande inversão de orientações básicas da sociedade portuguesa merece reparo.

Seria um problema fundamental, numa altura em que outras grandes questões eram deixadas de lado, por invocação da crise? Haveria grande número de pares do mesmo sexo ansiosos por casar? Seguramente que não, como aliás já podemos comprovar pelo número de casamentos de pessoas do mesmo sexo realizados após a aprovação da lei (a que se terá seguido uma percentagem considerável de divórcios). Os meios de comunicação dão-lhes todo o realce, como a tudo aquilo que tem tonalidade insólita ou está ligado ao sexo, mas pode prever-se que a afluência será escassa. Numa altura em que o casamento e a família sofrem uma crise profunda, em que o casamento se torna *ad libitum* dissolúvel⁽²⁾, em que as pessoas vão gradualmente deixando de casar, são as pessoas do mesmo sexo que se irão casar? Os grandes problemas nacionais passaram a ser o casamento de pessoas do mesmo sexo, quicá juntamente com o de padres e freiras?

Quando há na realidade verdadeiros grandes problemas nacionais esquecidos, como a taxa de natalidade a descer a níveis assus-

(2) Com prejuízo muito em particular da mulher, o que se silencia.

tadores e o Estado só se lembra da natalidade para aumentar os impostos dos casais que não têm filhos ou para atribuir aos neonatos uma quantia ridícula que poderão levantar aos 18 anos, é o casamento de pessoas do mesmo sexo que é o problema? É previsível que após raros casos iniciais a aplicação da lei fique deserta, ou quase.

A razão é outra: não é por ser um problema fundamental, é por ser uma questão fracturante. Oculta os problemas reais, numa altura de crise radical. Divide. Recebe o contributo dos meios de comunicação social, na ânsia de tudo o que é exótico. E, como questão fracturante, pode ser preciosa para Governos em dificuldades, distraindo as atenções. Assim acaba de acontecer na Argentina, país que por último acolheu o instituto.

Os grandes argumentos são a igualdade e a autonomia. Surgem como razões auto-suficientes. Não precisariam de qualquer demonstração.

Mas **igualdade**, como? Em contrair casamento? É claro que todos podem contrair casamento. Mas contrair entre si, entre pessoas do mesmo sexo?

A igualdade estabelece-se entre iguais. O problema passa a saber se são iguais para o efeito de contraírem casamento. Isso praticamente não se debateu, e constituía justamente o problema.

Por outro lado, a **autonomia**. Mas também a autonomia não é a chave de tudo. É-se autónomo nos termos do enquadramento social: autonomia não é arbítrio. Não se pode fazer o casamento poligâmico ou poliândrico. Não podem casar pais com filhos. Haveria então que demonstrar que há razões que levam a que a vontade individual se imponha neste caso. Também essa demonstração não se fez.

Não se fez, porque o debate foi envenenado desde o início.

Tinha-se chegado a um ponto de equilíbrio na disciplina da matéria. Estabelecera-se a liberdade de orientação sexual, fora de limites como o sadismo ou a pedofilia. Não é isso que está em causa. É a questão fracturante: é o apossamento do valor simbólico do casamento. Como teremos oportunidade de melhor ver na continuação.

Muitos outros aspectos paradoxais poderiam ser sublinhados, na relação com a situação histórica. Mas não será este o ponto que

nos ocupará. A nossa análise não será político-sociológica. Focaremos antes os aspectos éticos e jurídicos, que ficaram omissos no debate desta lei.

3. A questão da homossexualidade

O significado biológico da homossexualidade é por si um problema. Pode ser tomada como uma doença, para a qual se põe a questão do tratamento. Pode haver o sexo aparente que não corresponde ao sexo real. Pode ter sido experiência e tornar-se hábito. As respostas não são muito seguras mas não temos competência para aprofundar.

Para nós, o que é seguro é a influência do ambiente social sobre os comportamentos individuais. De facto, a homossexualidade teve através da História manifestações muito diferenciadas e provocou reacções muito diferenciadas também. Isto revela que não pode ser tomada unicamente como uma manifestação de tendências orgânicas inatas.

Na Grécia antiga, a homossexualidade estava generalizada entre os homens. Ao ponto de se não poder dizer que *eram* homossexuais: antes, *praticavam* a homossexualidade. Os diálogos de Platão revelam-nos as práticas com os efebos, rotuladas como “o amor dos jovens”.

Pelo contrário, noutras culturas a homossexualidade é desconhecida. Temos uma descrição sobre a vida nas montanhas da Nova Guiné. Os homens vivem em cavernas. À noite, o frio é intenso. Os homens dormem encostados uns aos outros para se protegerem do frio. E não obstante, não há homossexualidade.

As reacções são muito diversas também. Em algumas sociedades era aceite, noutras era punida com a morte, como se revela no Antigo Testamento. Há 50 anos era normal em Portugal a agressão física aos homossexuais. Foi-se passando à tolerância, depois à integração na vida privada de cada um, para ao fim ser consagrada como uma liberdade, incluída na liberdade de orientação sexual.

A evolução foi estreitamente dependente de influências externas. Há uma impressionante promoção da homossexualidade, por razões que seria interessante aprofundar⁽³⁾.

Nesta promoção, foi fundamental uma mudança semântica, que é um meio poderoso de influenciar as pessoas sem estas se aperceberem. O termo decisivo foi **homofobia**. A homossexualidade era mal vista. Com a introdução do termo, tudo mudou. O mal passou a residir em quem põe reservas à homossexualidade: esses é que estão debaixo de acusação.

Outra poderosa arma semântica é a qualificação como *gay*, que dá por si uma apresentação agradável e festiva a quem pratica a homossexualidade. Chega-se a manifestações extremas como as paradas de orgulho *gay*. Porquê orgulho? Uma prática sexual é motivo de orgulho? Há orgulho masoquista ou masturbador? A difusão internacional destas manifestações é outra realidade social que carece de ser sociologicamente estudada e explicada. Como também a razão do carácter “folclórico” de que estas manifestações são rodeadas.

O favorecimento é tal que vemos serem dadas ou disponibilizadas por autarquias instalações para agremiações homossexuais. Possivelmente, essas autarquias recusar-se-iam a facultar instalações a instituições de solidariedade social religiosas, alegando que o Estado não é confessional.

De todo o modo, fica assente o peso do factor social na difusão da homossexualidade. E isso retira força à argumentação do carácter biológico da prática homossexual. Não é, seguramente, redutível a resultante de tendência biológica, como se vê considerando que há um número crescente de bissexuais. A homossexualidade é praticada como uma experiência sexual mais, entre tantas outras.

⁽³⁾ Leva a consequências tão anormais como outorgar um privilégio no tratamento da sida: a homossexualidade favorece a difusão da sida, mais do que o relacionamento heterossexual, pelo que há uma probabilidade acrescida de a sida ter sido adquirida por relacionamento homossexual.

4. O ponto de encontro com o casamento

Também o casamento tem uma longa evolução história.

Há todavia um ponto em que podemos logo à partida assentar: o casamento sempre foi uma instituição caracterizada pela heterossexualidade. Ninguém o nega e foi expressamente reconhecido no Acórdão do Tribunal Constitucional, por referência à própria época de formulação do texto constitucional português.

Houve uma larga difusão da poligamia, que se mantém ainda em muitas culturas actuais. Houve também, mais escassamente, a poliandria. Na civilização ocidental, a ligação entre um homem e uma mulher com o fim de constituir a família foi tomada como uma conquista civilizacional.

Nestes termos, que vêm já da Antiguidade Clássica, o casamento bem como a família dele derivada sofreram também vicissitudes várias. O casamento, indissolúvel na prática em Roma, passa a admitir o repúdio da mulher ao tempo da expansão romana. Retoma a indissolubilidade sob influência cristã para chegar hoje, em países como Portugal, a uma dissolubilidade *ad libitum*. A união de facto passa a ser protegida e está sendo assimilada progressivamente ao casamento.

A degradação do casamento integra-se na degradação geral da família. Esta era encarada como a célula-base da sociedade, envolvendo aspectos como ser sede natural da filiação, da educação e sustento dos filhos, bem como a parentela e a família alargada e a projecção transgeracional como efeito da filiação. Era assim objecto de particular protecção.

Foi sendo fragilizada gradualmente, com o triunfo do individualismo. Sociologicamente, foi reduzida à família nuclear. Reformas legais puseram em crise os poderes familiares.

Até há poucos anos, porém, não se contestava o carácter heterossexual do casamento. Os pares homossexuais começaram por ser protegidos como uniões de facto, atendendo sobretudo à vertente patrimonial. O passo seguinte foi, num número ainda reduzido de países, a união civil registada, com maior segurança institucional, mas ainda diferenciada do casamento. Surge enfim o

casamento de homossexuais, que vai em progresso, embora o número de países que o acolhe seja exíguo.

Entre esses poucos países conta-se hoje Portugal.

Muitas vezes, instituições estranhas ao povo português são insufladas com a alegação de que todos os países civilizados... Aqui não: são raros, a nível mundial, os países que acolhem este instituto. O argumento é então invertido: Portugal tem o orgulho de estar na vanguarda...

Mas porquê vanguarda?

5. Casamento, voluntarismo, institucionalismo

O argumento de base apresentado é o da igualdade.

Combate-se a **discriminação** — outra palavra mágica, cujo efeito emocional supera muito o sentido real. Todos devem ter direito ao casamento.

Mas todos têm já o direito de contrair casamento: é a própria Constituição que o assegura (art. 36/1). A afirmação tem de ter pois outro sentido: todos teriam o direito de contrair casamento com quem quisessem — incluindo pessoa do mesmo sexo.

Isso não está já na Constituição. O art. 36/2 remete para “a lei” os requisitos e efeitos do casamento.

Deixando para depois a análise dos textos constitucionais, observamos agora que o direito de contrair casamento com quem se quiser tem como marca a prevalência da subjectividade. É uma manifestação do grande deslizamento do objectivo para o subjectivo que se verifica a partir do voluntarismo, logo no séc. XIII. Foi tendo grandes vitórias históricas, o protestantismo, o contrato social, a crítica da razão pura, até ao triunfo com o individualismo e a civilização dos direitos. No cerne, está um direito não proclamado, o direito de ser feliz, e a relativização das instituições.

No próprio domínio da Bioética temos uma ilustração, com o consentimento informado. É a vontade o elemento essencial de referência. Mas vemos também como, nesses termos absolutos, o consentimento se torna uma ficção, para tudo justificar.

No tema que nos ocupa, como situar o fundamento na vontade dos sujeitos, justificando assim que cada pessoa case com quem quiser? Particularmente, como situar perante a realidade portuguesa? Corresponde ou não a esta?

Uma grande mudança, que tem subjacente uma concepção do mundo e da vida, parece exigir que seja conforme à realidade social e não deve ser imposta por uma constelação ocasionalmente no poder. De outra maneira representaria um abuso ideológico. Não é caso raro: vários têm sido praticados ao longo da nossa história.

Afigura-se que o casamento de pessoas do mesmo sexo é repudiado pela grande maioria dos portugueses. Todavia, não se fizeram estudos sérios a este propósito. Havia porém uma maneira de dissipar as dúvidas: o instituto do referendo. Mesmo com as suas limitações, permite avaliar a orientação prevalente. Por isso, países com sensibilidade democrática o usam para ultrapassar questões de consciência, que os órgãos públicos não se sentem em condições de impor como se fossem matérias de administração corrente.

Gerou-se assim em Portugal uma petição “Movimento Pró-Referendo ao Casamento entre Pessoas do mesmo Sexo”, que colheu um número elevadíssimo de assinaturas, entre 90000 e 100000. Mas não foram minimamente tomadas em conta. Segue-se a tradição de as grandes mudanças serem impostas por maiorias iluminadas de Lisboa e Porto, que são indiferentes ao sentir geral da população. Cabe-lhes bem o lema do imperador Francisco José da Áustria: “Tudo para o povo, nada pelo povo”.

Mas chegados aqui, temos de entrar na análise da substância.

Casamento não é um nome apenas, susceptível de cobrir qualquer conteúdo. Tem um sentido próprio, intrínseco, que não está dependente da vontade de cada um. O casamento como união de pessoas do mesmo sexo não cabe seguramente no entendimento do termo pelo povo português.

Aqui defrontamos o conceito de **instituição**. As instituições, no sentido substancial e não meramente orgânico, são as grandes convicções ou entendimentos sociais que balizam a identidade comunitária. Constituem as bases da formação e continuidade dum

povo. Evoluem como tudo o que é histórico, mas lentamente, dentro dos tempos próprios da marcha de cada agregado humano.

As instituições fornecem o suporte objectivo ao desenvolvimento humano e social duma comunidade. Dão-lhe rotas comuns pré-fixadas de subsistência e desenvolvimento.

A família surge logo à cabeça como instituição-base. É o elemento fundamental de formação, desenvolvimento, estabilidade e continuidade dos seus membros e da sociedade.

A noção de direito ao desenvolvimento da personalidade tem justificação profunda, encarando a pessoa com um ser *in fieri*, que se realiza no tempo pela automodelação livre de cada um. Foi acolhida, e bem, no art. 26/1 da Constituição; não que seja um dom do Estado, mas porque cabe ao Estado estabelecer condições que permitam a todos alcançar o seu próprio projecto. Mas não é uma garantia do arbítrio nem uma exaltação do individualismo. A pessoa vive integrada e apoiada nas instituições, e antes de mais na família.

A família não pode assim ser colocada à mercê de maiorias ocasionais. Há que respeitar os parâmetros básicos da inserção do homem na sociedade.

6. Interpretação jurídica das regras constitucionais sobre casamento

Juridicamente, onde encontrar as bases que suportam estes princípios?

Vamos partir da legislação. Concretamente, o lugar central encontra-se na Constituição.

Nesta, são fundamentais dois artigos: os arts. 36/1, sobre o casamento, e o art. 67/1, sobre a família.

Dispõe o art. 36/1 — “Todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de perfeita igualdade”. Regula depois os requisitos e os efeitos, que remete para a lei, a filiação e a adopção.

Quanto ao art. 67/1, estabelece: “A família, como elemento fundamental da sociedade, tem direito à protecção da sociedade e do Estado e à efectivação de todas as condições que permitam a

realização pessoal dos seus membros”. Regula a seguir os meios de protecção, a paternidade, a infância...

Daqui resulta logo o reconhecimento do significado institucional básico da família. Como resulta a ligação ao casamento, como modo normal de constituição da família, juntamente com a filiação.

É na projecção destes princípios que surge o art. 1577 do Código Civil, que já conhecemos: define casamento como o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente *que pretendem constituir família*...

Então, o que é *família*? E o que é *casamento*?

Deverá resultar das leis. Há que proceder pois à interpretação das leis, colocando no lugar central a Constituição.

Previamente, façamos uma advertência de ordem geral.

As leis não são elementos que vagueiam num espaço ideal, abstraindo do espaço e do tempo. Só valem num contexto histórico, numa concreta sociedade a que se aplicam. Por isso, o seu sentido deve ser procurado antes de mais atendendo ao seu enquadramento social específico. É sempre por projecção neste que podemos determinar o seu significado e extrair portanto as normas que contém⁽⁴⁾.

Códigos europeus foram postos em vigor em países do Extremo Oriente. Mesmo com tradução literal, o sentido das disposições sofreu imediatamente alterações, por repercussão da ordem social a que foram aplicadas. Por isso se chegou a afirmar, embora com exagero, que fonte do Direito é sempre e só a ordem social. Teremos pois presente que o nosso tema de pesquisa é o sentido das disposições sobre casamento e família, enquanto elementos da ordem jurídica portuguesa.

Ora, em Portugal, as noções actuais de casamento e família não são compatíveis com uma união de pessoas do mesmo sexo. Admitir o contrário seria atentar contra o sentido comum, que é o que ficou plasmado na ordem legal portuguesa.

⁽⁴⁾ Veja-se o nosso *O Direito — Introdução e Teoria Geral*, 13.^a ed., Almedina, 2005 (o título das edições anteriores desta obra foi: *O Direito. Introdução e Teoria Geral. Uma Perspectiva Luso-Brasileira*).

Esta evidência do sentido comum resultará mais tecnicamente fundamentada pelo exame individualizado dos elementos da interpretação.

Para isso, utilizaremos os três clássicos elementos da interpretação jurídica:

- histórico
- sistemático
- teleológico.

I — Elemento histórico

O sentido de casamento, e na sequência o de *família* que se teve em vista em 1976, quando a Constituição foi aprovada, é incompatível com o de casamento entre pessoas do mesmo sexo.

O Ac. do Tribunal Constitucional em análise reconhece-o expressamente como uma evidência à luz da realidade social do contexto em que emergiu: “o casamento que a Constituição representou foi o casamento entre duas pessoas de sexo diferente” (n.º 18). “A pretensão de admissibilidade do casamento com identidade de género entre os cônjuges é fenómeno que ainda não assumia expressão no espaço público nem em Portugal nem, com expressão significativa, noutros países” (*ibid*). É realmente uma evidência, pelo que não necessitamos desenvolver mais: o elemento histórico é categórico.

Mas o Ac. associa logo a esta a afirmação de que a Constituição não proíbe também a evolução da instituição matrimonial. Isso é outra ordem de ideias, que obrigará a distinguir a evolução por lei constitucional e a evolução por lei ordinária. Já não tem que ver com o elemento histórico da interpretação.

Quanto a este, ficou fixado e o seu contributo está determinado, nos termos gerais. A pergunta que se poderia fazer seria: a evolução histórica deu outro sentido a *casamento*, no meio português? Não há nenhum estudo nem nenhuma base para o afirmar. A pretensão emana de minorias activistas, não de qualquer alteração básica de concepções no povo português. Mas é uma questão que não foi levantada e que, ela própria, está por definição fora do elemento histórico.

II — Elemento sistemático

No elemento sistemático distingue-se uma conexão próxima e uma conexão remota. A conexão próxima manifestar-se-á no texto constitucional pela valoração do contexto do art. 36 da Constituição; e, na conexão remota, na conjugação com o art. 67 e outras disposições, igualmente disciplinadoras da família.

A Constituição associa família e casamento a procriação. Não em termos de fatalidade: pode haver procriação fora de todo o vínculo familiar precedente, tal como pode haver vínculo de casamento e não haver procriação. A associação é em termos de normalidade. O casamento tem a potencialidade abstracta de conduzir à procriação, mas isso não implica em cada casal uma manifestação concreta nesse sentido. Pode não haver concretamente filhos por esterilidade, decisão dos cônjuges, idade avançada... Mas o casamento que a Constituição tem em vista é o casamento com complementariedade de sexos e é a essa complementariedade que a Constituição associa a consequência potencial e normal da procriação, que conjuga naquelas duas disposições básicas.

Pertence ainda ao elemento sistemático o confronto com a Declaração Universal dos Direitos do Homem: porque o art. 16/2 CRP dispõe que os preceitos constitucionais⁽⁵⁾ relativos aos direitos fundamentais devem ser integrados de harmonia com a DUDH.

Esta Declaração dispõe, no art. 16/1: “A partir da idade núbil, o homem e a mulher têm o direito de casar e de constituir família...”. Há pois uma expressa especificação da diversidade dos géneros, como foi apontado pelo Presidente da República no pedido de pronúncia do Tribunal Constitucional.

Mas o Acórdão do TC considerou que há um equívoco na invocação do argumento: a DUDH só poderia ser invocada para alargar o âmbito dos direitos fundamentais e não para os restringir, ou para levar a uma solução menos favorável a estes.

É uma asserção que não podemos partilhar. Desde logo, toma como premissa o que só poderia ser a conclusão: que constitui um direito fundamental pessoas do mesmo sexo casarem entre si.

⁽⁵⁾ E também os da lei ordinária, mas esses não estão agora directamente em causa.

A afirmação de ser mais ou menos favorável aos direitos fundamentais só se poderia fazer com base numa tomada de posição no sentido que a solução “correcta” da questão seria a de admitir o casamento de pessoas do mesmo sexo. O Acórdão não o faz porque, como dissemos, toma uma posição neutra quanto ao fundo da questão. Mas assim, a afirmação de que prever sempre mais direitos é desejável é contraditória ou, mais precisamente, é falsa. Temos afirmado que o pulular de direitos fundamentais é negativo, porque o excesso acaba por ocultar ou fazer perder relevo aos verdadeiramente “fundamentais”, que sofrem diluição pelo ingresso de outros de grau menos nobre. Se fosse assim, o texto da DUDH seria também compatível com o casamento entre pais e filhos, ou de grupos de pessoas, perdendo-se todo o significado do texto. Neste não se diz, com efeito, que “todos” ou “todas as pessoas”, mas sim que “o homem e a mulher têm o direito de casar e de constituir família...”. Há uma mensagem explícita, que não pode ser deitada fora com a afirmação de que tudo o que não representar empolamento de direitos fundamentais escapa às previsões da Declaração.

Eis porque devemos concluir que também o elemento sistémico leva a interpretar a Constituição no sentido de garantir o casamento com heterogeneidade dos sexos, e não a possibilidade de casamento de pessoas do mesmo sexo.

7. O fundamento

III — Elemento teleológico

Autonomizamos neste número o elemento teleológico ou racional. Ele dá a justificação do instituto.

Curiosamente, o Ac. não entra neste domínio. Coloca-se na posição de neutralidade aparente: a Constituição não disporia sobre a matéria, sendo compatível com qualquer solução. Caberia ao legislador ordinário tomar livremente a posição que entendesse.

Mas há subjacente uma questão de racionalidade das soluções de que se não pode fugir.

A exigência da diversidade de sexos não é arbitrária. Tem fundamentação ponderosa, que é facilmente captável.

O casamento supôs sempre a diversidade de sexos por se fundar na complementariedade entre homem e mulher. Homem e mulher são iguais em dignidade, mas diferentes física e psicologicamente. Essa diversidade permite que se completem numa unidade, constituindo a “plena comunhão de vida” a que se refere o art. 1577 CC⁽⁶⁾.

Nada disto é arbitrário. O casamento dá o enriquecimento na diferença, com a correspondência exacta à natureza. Representa o enquadramento óptimo para a procriação, criando laços estáveis para realização pessoal e para permitir o desenvolvimento normal de novos seres.

A diversidade biológica e temperamental de homem e mulher, independentemente das estruturas sociais, é e sempre foi uma evidência. Não é defeito, é qualidade. Estudos científicos recentes confirmam as diferenças na formação da personalidade entre os que são criados numa família resultante de um casamento normal e os que habitam com um só dos genitores⁽⁷⁾. As diferenças são muito grandes, psicológicas, comportamentais e até biológicas⁽⁸⁾.

O casamento de homossexuais amputa grande parte do significado da instituição casamento. Todo o elemento de continuidade lhe falta, por natureza. Reveste-se de uma roupagem que lhe é estranha, porque foi talhada para outro tipo de união.

No casamento de pessoas do mesmo sexo, o elemento teleológico não funciona. Os objectivos que se proclamam podiam ser

⁽⁶⁾ Embora retiradas de uma reflexão completamente diferente, mas porque há uma analogia que o próprio autor acentua, não resistimos a reproduzir um texto de Hans Urs von Balthasar: “já não são princípios que se implicam uns nos outros, mas é o outro que encontra o outro precisamente na sua alteridade (de modo paradigmático na relação entre os sexos); e o choque agreste dos seres entre si estranhos, o confronto recíproco — em vez de um impor-se subjugante com a força física ou intelectual — obriga os dois seres a ingressar numa verdade que ultrapassa a sua finitude”: *Só o Amor é Digno de Fé* (trad. de Artur Morão de *Glaubhaft ist nur Liebe*), Assírio e Alvim, 2008, 49.

⁽⁷⁾ Ou com esse em coabitação com um novo parceiro. E muito mais com parceiro do mesmo sexo.

⁽⁸⁾ Vejam-se as referências em *The Witherspoon Institut, Marriage and the Public Good: Ten Principles*, Princeton, 2006, III, págs. 17-19. No mesmo estudo constam a observação: “*Strong, intact families stabilize the state and decrease the need for costly and intrusive bureaucratic social agencies*”, n.º 8, pág. 13. Numa época em que a todos os problemas sociais se responde criando sempre mais e mais órgãos públicos de intervenção, tão pesados como escassamente operantes, estas considerações merecem ser meditadas.

obtidos por outro instituto — a *união civil*, como existe noutros lugares e foi também defendido entre nós. Mas rejeitou-se, com o argumento vazio da não discriminação.

Há que perguntar o que justifica que assim se tenha procedido. Só há uma razão: procura-se **a respeitabilidade social que vem associada ao casamento**. O casamento, mau grado o desprezo com que o Poder o tem tratado, continua a possuir um altíssimo valor simbólico. É desse valor simbólico que os difusores do casamento de homossexuais pretendem apoderar-se: basta para tanto a previsão legal, ainda que depois na prática se venha a recorrer muito pouco ao casamento. É uma machadada mais no casamento, sem corresponder a uma necessidade das uniões de pessoas do mesmo sexo.

Além da redução do valor simbólico, outros prejuízos resultam para o casamento, como a Constituição o prevê. Como foi observado pelo Doutor Fernando Araújo, todas as formas de apoio ao casamento ficam agora estrangidas pela existência de casais homossexuais. O que significa que deixarão de ser introduzidas modalidades de apoio que se considere que não são justificadas para estes casos. O âmbito do possível apoio que deveria ser prestado às famílias nos termos da Constituição (art. 67), hoje já tão escasso, ficará ainda reduzido, por se ter introduzido como igual o que na realidade é diferente.

Mas tudo isto resulta de a admissão deste “casamento” se revelar incompatível com a Constituição. “Família” e “casamento” não são meros nomes, com o conteúdo que o legislador ordinário quiser preencher. Por exemplo, deve ser admitido o casamento poligâmico? Este ainda poderia ser defendido, invocando em seu favor o argumento complementar do grande número de imigrantes de países muçulmanos e outros em que a poligamia é admitida. Mas a resposta é negativa, pois não cabe dentro da Constituição como está⁽⁹⁾, porque não corresponde à comunidade portuguesa.

Está aqui implicado outro valor constitucional, que não pode deixar de ser tomado a sério: o da **identidade cultural**. É previsto

(9) E haveria sempre mais casos para invocar a discriminação. Porque não o casamento poliândrico? Ou o casamento em grupo, do mesmo ou de sexos diferentes?

no art. 78/2 *c*, enquanto considera incumbência do Estado “promover a salvaguarda e a valorização do património cultural, tornando-o elemento vivificador da identidade cultural comum”. Não se pode admitir uma interpretação de casamento e família que esteja em contradição com essa *identidade cultural comum*.

8. A inconstitucionalidade da Lei n.º 9/2010

Concluimos assim pela inconstitucionalidade da instituição do casamento entre pessoas do mesmo sexo, por contrariedade ao entendimento de *casamento e família* adoptado na lei maior. É falso que nesta matéria fundamental a Constituição se limite a estabelecer conceitos-quadro abertos, à descrição do legislador ordinário. Casamento e família seriam assim meros nomes; mas meros nomes não merecem acolhimento constitucional — e muito menos o regime particularmente protectivo⁽¹⁰⁾ que a Constituição estabelece.

Não se objecte que as leis não são imutáveis. Traria sem dúvida um tema interessante de discussão, saber os termos em que uma mudança do entendimento dominante neste domínio poderia afectar a Constituição. Mas isso não tem nada que ver com a conclusão a que chegámos. O que contestamos é a actual alteração da Constituição por lei ordinária.

Portanto, ainda que se entendesse que se pode mudar no condicionalismo actual a Constituição, no sentido de permitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo,

mesmo contra o sentir generalizado do povo e a identidade cultural do povo português,

mesmo sem dependência da realização dum referendo,

sempre concluiríamos que a lei é inconstitucional, porque o que se não pode fazer é mudar a Constituição por lei ordinária.

Retomamos um elemento de carácter imaterial mas importantíssimo, que é deste modo gravemente afectado: o valor simbólico

⁽¹⁰⁾ Com notório défice de projecção na prática, por responsabilidade de quem o deveria fazer.

do casamento. Este está ínsito na consagração e protecção constitucional do casamento. A integração no conceito de casamento e nos efeitos deste da união entre pessoas do mesmo sexo contraria e corrói gravemente esse valor simbólico. É mais um golpe numa instituição que a Constituição entende como um pilar da vida comunitária.

O Acórdão do TC teve dois votos de vencido dos Conselheiros José Borges Soeiro e Benjamim Rodrigues. Seja-nos permitido citar o trecho final do voto deste último:

“O reconhecimento aos homossexuais, sob invocação dos princípios da dignidade humana, da igualdade e da privacidade, do direito de procederem legalmente à união civil das suas vidas, não autoriza a que esse tratamento tenha de passar pela *apropriação do valor simbólico do casamento* e do *estado de casado* enquanto instituição própria, segundo a sua matriz histórica, de uma união entre pessoas de sexo diferente, afectando desse jeito a imagem da instituição existente.

A *diluição* ou *degeneração* do valor social do estado de casado segundo um paradigma de diferenciação de sexos não se afigura necessária para salvaguardar os direitos fundamentais dos casais homossexuais, antes prosseguindo o intuito ilegítimo de confundir ou ocultar, à custa do valor próprio do casamento, enquanto união reconhecida entre homem e mulher, adquirido ao longo dos séculos, uma parte da realidade de facto que subjaz ao acesso a esse estado”.

9. E agora?

Qual será a evolução previsível?

Antes de mais, haverá que proceder a um estudo cuidadoso das implicações da nova lei — inválida mas eficaz. Nomeadamente, no que respeita à compatibilidade do regime do casamento, que foi traçado tendo em vista a diversidade dos sexos, às uniões homossexuais. É um estudo que deveria ter sido feito antes da aprovação da lei, e não se fez. Há que fazê-lo agora, revelando incongruências e dificuldades de adaptação que, embora os deve-

res fundamentais tenham um análogo, poderão marcar agendas de futuro. Isto é mais importante do que discutir a qualificação, se deverá qualificar-se o instituto introduzido como casamento ou não, porque essas diferenças darão justamente a base que por agora falta para o fazer.

Noutro plano, pode-se hoje já verificar que tiveram razão aqueles que, como Pacheco Pereira, previam que, após alguns poucos casamentos iniciais, o movimento se rarificasse, tornando-se quase nulo. A primeira parte parece já se poder dar por confirmada: não se vê nenhuma grande afluência de pares homossexuais ao casamento. A grande cobertura mediática dos primeiros casos, na ânsia do anómalo, revela simultaneamente a escassez de ocorrências. E é natural que assim seja: se as pessoas casam cada vez menos, por que é que entre pessoas do mesmo sexo é que haveria uma grande apetência pelo casamento?

Simultaneamente, isto confirma que não havia um grande problema social. Fica-se na questão fracturante. O valor simbólico está atingido. Pelo que a segunda parte da previsão tem agora uma base mais segura: semelhantes casamentos serão raros.

Por outro lado, o movimento tão forte na promoção da homossexualidade, cuja explicação ainda não se consegue inteiramente captar, não amainará com a emissão da lei. Continuará a receber o mesmo influxo exterior e lançar-se-á a novos objectivos. Não se contentará com a tolerância ou a liberdade, procurará outras causas fracturantes. Portanto, persistirá em impor à comunidade consequências de uma opção sexual, além da captura do valor simbólico do casamento.

O próximo objectivo está já anunciado: o reconhecimento da adopção por casais homossexuais (casados), que a Lei n.º 9/2010 expressamente exclui no art. 3. É efectivamente questão fracturante, que será suscitada com base nos mesmos inconcludentes pressupostos da igualdade e da autonomia.

Não cabe discutir esta questão a fundo: constitui um tema só por si. Apenas observamos brevemente que a adopção por casais homossexuais é ainda mais injustificada que o casamento em si. Não só os casais do mesmo sexo não são iguais aos heterossexuais,

como a autonomia não é uma soberania que permita prosseguir unilateralmente vontades sem atenção aos interesses dos outros.

Há que acentuar fortemente que na adopção o interesse prevalente é o do adoptado. Este interesse requer um casal normal para a adopção. Não se pode colocar em primeiro lugar o interesse de um ou ambos os elementos de um casal do mesmo sexo.

A primeira objecção estaria na marca social que deixaria no adoptado a sua integração num casal homossexual. Mas ainda abstraindo disso, estes casais não permitem a complementariedade na formação do adoptado que é tão importante para a formação das crianças.

Invoca-se ainda a grande vantagem que da admissibilidade da adopção por estes casais resultaria para as crianças que dela carecem. O argumento aparenta ser tão falacioso como o da necessidade de admissão do casamento. Tudo indica que, mesmo a ser permitido, o número de adopções seria insignificante. Pelo que não seria por este meio que se modificaria o panorama da adopção.

Na realidade, tal como na campanha pela admissão do casamento, também aqui é o valor simbólico que está essencialmente em causa. Quer-se assegurar o reconhecimento legal e não resolver uma necessidade instantânea de estes casais adoptarem ou de crianças serem adoptadas.

Mas as posições estão definidas, para uma batalha que se irá travar. Pelo que podemos prever que, se houver uma maioria favorável, essa questão fracturante será sem dúvida levada ao rubro.

E se acontecer o contrário? Se houver uma maioria decisória hostil ao casamento de pessoas do mesmo sexo?

Ficará afastada a hipótese da adopção. Mas o que estará em causa será a revogação da lei.

Analisando juridicamente, observemos que é possível fazê-lo por lei ordinária. Se está na liberdade do legislador fazer, também o está desfazer. O Ac. do Tribunal Constitucional deixa às mãos livres para intervir nesse domínio, sem necessidade de alteração constitucional.

E será necessária a realização de referendo?

É uma questão de opção política. Basta-nos observar que, também aqui, a maioria não está vinculada. Se a alteração foi apro-

vada sem ter sido precedida de referendo, por maioria de razão o regresso à situação primígena não está dependente de referendo.

Suponhamos então que a lei é revogada.

Decerto que surgiriam problemas de transição. Mas não há necessidade de lei transitória para manter os casamentos que entre tanto tivessem sido realizados. Poderiam subsistir como “uniões civis registadas” ou instituição que se quisesse criar, mas não há nenhum princípio de irreversibilidade da situação, uma vez criada. Onde haveria que ser cuidadoso seria na determinação dos efeitos que não deveriam ser postos em causa.

É de prever que, no trânsito para um instituto que estabelecesse a união civil de pessoas do mesmo sexo, não haveria grandes diferenças de regime. Mas preservar-se-ia o carácter simbólico do casamento, como a via paradigmática de constituição da família na nossa sociedade.

