

IVO MIGUEL BARROSO

## Casamento civil entre pessoas do mesmo sexo: um «direito fundamental» à medida da lei ordinária?

# Casamento civil entre pessoas do mesmo sexo: um «direito fundamental» à medida da lei ordinária?

IVO MIGUEL BARROSO \*

Mestre em Direito

Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

## SUMÁRIO

1. Posições acerca do casamento entre pessoas do mesmo sexo
2. O artigo 16.º, n.º 1, da Declaração Universal dos Direitos do Homem
3. Contributo para a interpretação da expressão “Todos”, do artigo 36.º, n.º 1, da CRP
4. A tese da inocuidade, do “espaço vazio” ou “neutro” de Constituição
  - 4.1. O pressuposto da heterossexualidade do casamento encontra-se previsto na Constituição
  - 4.2. Consequências da terceira posição
    - 4.2.1. Um direito implícito?
    - 4.2.2. Subsunção do “direito” na cláusula aberta?
  - 4.3. O direito de contrair casamento como “competência”
5. A “terceira posição e meia”
6. O artigo 5.º da Lei n.º 9/2010, de 31 de Maio
  - 6.1. A violação da reserva de Constituição
7. Em conclusão

## PALAVRAS-CHAVE

casamento, casamento entre pessoas do mesmo sexo, Declaração Universal dos Direitos do Homem, Constituição Portuguesa de 1976; artigo 16.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa; artigo 36.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa; inconstitucionalidade, Tribunal Constitucional

## KEYWORDS

marriage, same-sex marriage, Universal Declaration of Human Rights, Portuguese Constitution of 1976; article 16, n. 2, of Constitution of Portuguese Republic; article 36, n. 1, of Constitution of Portuguese Republic; unconstitutionality, Portuguese Constitutional Court

---

\* Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Artigo publicado in in *Lex Familiae. Revista Portuguesa de Direito da Família*, Centro de Direito da Família, Coimbra Editora, ano 7, n.º 13, 2010, pgs. 57-82; e também publicado in *Revista de Direito Público*, ano II, n.º 4, Julho / Dezembro de 2010, Instituto de Direito Público, pgs. 223-261.

Abreviaturas: AR = Assembleia da República; CRP = Constituição da República Portuguesa; CC = Código Civil de 1966; DU, DUDH = Declaração Universal dos Direitos do Homem; FDUL = Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; anot. = anotação; diss. = dissertação; ed. = edição; Rn. = n.º à margem da página (“*Randnummer*”); s.d. = sem data; s.l. = sem local.

## Casamento civil entre pessoas do mesmo sexo: um «direito fundamental» à medida da lei ordinária?

Ivo Miguel Barroso

1. Têm sido defendidas três posições acerca do casamento entre pessoas do mesmo sexo:

1.<sup>a</sup>) Uma primeira posição considera que a alteração legislativa seria inconstitucional;

2.<sup>a</sup>) Uma segunda posição, pelo contrário, considerava inconstitucional a proibição “legal” de casamento entre pessoas do mesmo sexo, constante, até 31 de Maio de 2010, dos artigos 1577.º e 1628.º, al. e), do Código Civil, designadamente por ser uma discriminação infundada em razão da orientação sexual;

3.<sup>a</sup>) Para uma terceira posição, a matéria não seria “regulada pela Constituição”<sup>1</sup>. Deste modo, tanto seria possível ao Legislador ordinário o “alargamento” do casamento entre pessoas do mesmo sexo, como seria conforme à Constituição a manutenção da actual definição constante do art.º 1577.º do Código Civil<sup>2-3</sup>.

4.<sup>a</sup>) Uma quarta posição, encetada pelo Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 121/2010<sup>4</sup>, tem aspectos inovadores em relação à teoria precedente.

1.1. As consequências da segunda posição, por um lado, e da terceira posição e da quarta posições são diferentes:

Para a segunda posição, o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo seria um direito fundamental, um direito, liberdade e garantia (embora esquecido – inconstitucionalmente – há mais

---

<sup>1</sup> “o alargamento do âmbito de protecção do preceito à realidade de comunidades familiares diversas e plurais não se transfere de pleno para o “casamento entre pessoas do mesmo sexo. (...) a recepção constitucional do conceito histórico de casamento como união entre pessoas de sexo diferente radicado intersubjectivamente na comunidade não permite retirar da Constituição um reconhecimento directo e obrigatório dos casamentos entre pessoas do mesmo sexo (como alguns querem a partir da nova redacção do art.º 13.º, n.º 2), sem todavia proibir necessariamente o legislador de proceder ao seu reconhecimento ou à sua equiparação aos casamentos (como querem outros).” (GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4.ª ed. revista, Coimbra Editora, 2007, anotação ao art.º 36.º, XI, pg. 568).

<sup>2</sup> Esta posição foi seguida pelo Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 359/2009, Processo n.º 779/07, 1.ª Secção (disponível em <http://w3.tribunalconstitucional.pt/acordaos/acordaos09/301-400/35909.htm>), ns. 10, 13, 14.

<sup>3</sup> A proposta de lei (n.º 7/XI/1.ª), que originou da Lei n.º 9/2010, de 31 de Maio, está mais próxima desta terceira posição, transcrevendo passagens do referido Acórdão do TC (cfr. Exposição de motivos, II - <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=35004>).

Resta saber se o órgão autor da iniciativa apenas pretendia aproximar-se, por razões meramente táticas, da posição desse Tribunal, ou se, pelo contrário, correspondera a uma adesão clarividente e convicta.

É que, conforme se terá ocasião de demonstrar, a fundamentação é contraditória, pois refere-se também ao princípio da igualdade e à remoção de uma discriminação. Ora, esta, a ser esta entendida em sentido jurídico, teria forçosamente de ser inconstitucional.

Dá que possa ser considerada uma “terceira posição e meia” (*infra*, 5).

<sup>4</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 121/2010, Processo n.º 192/2010 (disponível em <http://w3b.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100121.html>).

de trinta anos), extraído da Constituição instrumental (art.º 36.º, n.º 1, conjugado com o princípio da igualdade (art.º 13.º, n.º 2)<sup>5</sup>, que importaria ser “reconhecido”; haveria uma inconstitucionalidade presente dos artigos 1577.º e 1628.º, al. e), restrições inconstitucionais a um direito, liberdade e garantia; pretender-se-ia remover essas normas do ordenamento jurídico, eliminando “*uma forma de discriminação, conformando a lei ordinária com o espírito da lei constitucional*”<sup>6</sup>.

Para a terceira e quarta posições, julga-se que seria um direito fundamental fora do catálogo, embora reconhecido por via da cláusula aberta (art.º 16.º, n.º 1, da CRP) (*infra*, 4.2.2).

**1.2. Consequências da terceira posição (e também, por maioria de razão, da quarta teoria) são a flexibilidade legislativa, a possibilidade de reversibilidade decisória e consequente insegurança jurídica.**

A indefinição do conceito daria, pois, origem a uma legislação flexível.

A margem de liberdade de conformação do legislador, enquanto expressão do princípio democrático (ou maioritário), conduziria à possibilidade de qualquer decisão tomada poder sempre ser revista ou modificada<sup>7</sup>.

Isto poderia suceder a todo o tempo, ao que parece; ou, numa segunda alternativa, pelo menos, seguramente quando houvesse alteração dos titulares dos cargos políticos.

Dada a possibilidade permanente de reversibilidade, os “casamentos”, entretanto celebrados, seriam situações jurídicas não consolidadas, senão de modo precário.

Num cenário de “encurtamento” do “casamento”, julga-se que os casamentos entretanto celebrados não poderiam ser eliminados, dada a proibição de retroactividade, quanto a restrições a direitos, liberdades e garantias (art.º 18.º, n.º 3, da CRP, aspecto de regime material, que seria aplicável mesmo aos direitos de natureza análoga).

Todavia, não ficaria excluída a hipótese de retroactividade inautêntica, ou seja, de uma lei nova, expressamente, eliminar, para o futuro, certos direitos inerentes ao casamento-instituição, de cônjuges do mesmo sexo. Isto porque, se se trata de um direito na livre disposição do Legislador, o que pode ser reconhecido, pode também ser suprimido no instante a seguir; não só o casamento-acto, mas também aspectos do casamento-instituição (segundo depreendemos desta tese).

---

<sup>5</sup> Alegadamente reforçado a partir da 6.ª revisão constitucional, de 2004 ou, em alternativa, a partir desta data (devido à adição do fundamento infundado de discriminação negativa a “orientação sexual” no n.º 2 do art.º 13.º da CRP).

<sup>6</sup> Projecto de lei n.º 14/XI, apresentado pelo grupo parlamentar do Bloco de Esquerda (<http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=34822>).

<sup>7</sup> O casamento seria “*uma escolha que, versando sobre matéria que não integra o núcleo indisponível do instituto constitucionalmente protegido, se encontra no âmbito da liberdade de conformação política do legislador democrático. Nestes termos, é ela revisível por decisão soberana do mesmo legislador.*” – Conselheiros MARIA LÚCIA AMARAL e RUI MANUEL MOURA RAMOS, declaração de voto junta ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 121/2010.

### 1.3. Para a terceira posição, teríamos a seguinte equação:

casamento enquanto conceito histórico, enquanto união entre pessoas de sexo diferente
+
possibilidade eventual de “alargamento” ou “equiparação”, por parte do Legislador, do mesmo instituto do casamento a pessoas do mesmo sexo

Diversamente, para a quarta posição, eliminando por completo esse sentido histórico, o Legislador ordinário poderá qualificar os factos que entenda serem subsumíveis no conceito de casamento.

Ficam abertas as portas para várias configurações do casamento, *v. g.*:

- i) de o casamento ser reservado a pessoas do mesmo sexo, desde que haja uma fundamentação por parte do Legislador; relegando a união de pessoas entre sexo diferente, por exemplo, para um novo contrato, como uma união civil registada;
- ii) da instituição do casamento poligâmico, ao arrepio da cultura ocidental.

1.4. Em relação à possibilidade de referendo, a terceira e a quarta posições, considerando uma questão não resolvida pela CRP, permitiriam que a matéria fosse sujeita a esse procedimento<sup>8</sup> (nas outras, tal não seria possível logicamente, devido a inconstitucionalidade ou derrogação da Constituição).

2. Do art.º 16.º, n.º 1, da Declaração Universal dos Direitos do Homem decorrem três requisitos da existência do casamento, como conceito classificatório:

- i) a enunciação da titularidade;
- ii) a concomitante natureza heterossexual do casamento;
- iii) a idade núbil.

As normas decorrentes desta disposição da Declaração Universal<sup>9</sup> têm carácter de “*Ius cogens*”<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> A admitir que o direito não fosse repulsado pelo sistema de direitos fundamentais – *v. infra*, 4.2.2.

<sup>9</sup> O art.º 16.º da DUDH foi aprovado por 44 votos a favor, 6 contra e duas abstenções; o que é bem demonstrativo do amplo consenso que granjeou.

<sup>10</sup> Neste sentido, entre nós, por todos, *cfr.* EDUARDO CORREIA BAPTISTA, “*Ius Cogens em Direito Internacional*”, *diss.*, Lex, Lisboa, 1997, pgs. 408, 413 (400-415), 522; IDEM, *Direito Internacional Público*, volume II, Sujeitos e Responsabilidade, 1.ª ed., Almedina, Coimbra, 2004, 32.1.1, pgs. 362 e 363 (*cfr.* 372).

Esta posição tem apoio nos órgãos jurisdicionais internacionais e é consensual na restante Doutrina jusinternacionalista.

2.1. Os conceitos de “homem” e “mulher”, sendo descritivos, e, mais especificamente, empíricos, podem ser representados como simples conceitos da experiência, que fornece a matéria-prima para o seu conhecimento<sup>11</sup>.

A Declaração Universal recolheu da realidade empírica esses conteúdos “descritivos”.

Esses factos são «moldes», desempenhando a função de uma espécie de “transformadores da lei”<sup>12</sup>; eles apontam no sentido de comportamentos interconjugados entre homem e mulher (*infra*, 3.3).

Isso vem a tornar o casamento um conceito *relativamente* determinado, pois alguns dos seus pressupostos (pelo menos, a diversidade sexual) são definidos de modo bastante preciso, através desta conotação descritiva<sup>13</sup>.

Em sentido contrário, dir-se-ia que a referência a “homem e mulher” seria “*descritiva de uma realidade assumida, mais do que prescritiva de uma estrutura normativa para todos os tempos*”<sup>14</sup>.

Todavia, a formulação “o homem e a mulher” está longe de ser acidental ou aleatória, num texto como a DU, fruto de laboriosa preparação<sup>15</sup>.

Bem ao invés do que se pretende inculcar, verifica-se que é a única vez que a DU a refere no articulado, ao prever a titularidade; o elemento sistemático de interpretação permite destacar esta fórmula rara de enunciação da titularidade<sup>16</sup>, bem diversa de todas as restantes:

“Todos os seres humanos” (arts. 1.º, 1.º par., e 2.º, 1.º par.); “Todo o indivíduo” (arts. 3.º, 15.º, n.º 1º), “Todos os indivíduos” (art.º 6.º); “Todos” (arts. 7.º, 23.º, n.º 2, 27.º, n.º 2); “Toda a pessoa” (arts. 8.º, 10.º, 11.º, n.º 1, 13.º, ns. 1 e 2, 14.º, n.º 1, 18.º, 20.º, n.º 1, 21.º, ns. 1 e 2; 22.º, 23.º, ns. 1 e 4, 24.º, 25.º, 26.º, n.º 1, 27.º, n.º 1, 28.º; também 17.º, n.º 1); “Ninguém” (arts. 4.º, 5.º, 9.º, 11.º, n.º 2, 12.º, 17.º, n.º 2, 20.º, n.º 2).

Tendo as palavras sido ponderadas “como diamantes”<sup>17</sup>, não se vê como pretender negar significado autónomo a essa diferença.

---

<sup>11</sup> Cfr. IMMANUEL KANT, *Crítica da razão pura* (edição da Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2001), Introdução, I, B.2, pg. 37; I, Segunda Parte, Primeira divisão, Livro Primeiro, Cap. I, Terceira Secção, § 13, B.118.

<sup>12</sup> Cfr. MANUEL GOMES DA SILVA, *Esboço de uma concepção personalista do Direito. Reflexões em torno da utilização do cadáver humano para fins terapêuticos e científicos*, separata da *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XVII, Lisboa, 1965, pg. 164.

<sup>13</sup> Neste sentido, KARL ENGISCH, *Introdução ao pensamento jurídico*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1988, pgs. 212-213.

<sup>14</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional sul-africano, *apud* Ac. do TC n.º 359/2009, n.º 7.3.

Mais recentemente, o mesmo órgão referiu que, embora “*os principais textos de Direito Internacional*” protejam o casamento “*enquanto união entre um homem e uma mulher*”, isso “*não significa necessariamente a exclusão das uniões homossexuais da instituição*” (*Minister of Home Affairs and Another v. Fourie and Others*, 2006 (1) SA 524 (CC), §§ 99 a 105, *apud* DUARTE SANTOS, *Mudam-se os tempos, mudam-se os casamentos?, O casamento entre pessoas do mesmo sexo e o Direito português*, diss., Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito da Família, Coimbra Editora, 2009, pg. 218). Não se vê como.

<sup>15</sup> Cfr. NUNO GODINHO MATOS, *Sessão n.º 31, em 14 de Agosto de 1975*, in *Diários da Assembleia Constituinte*, II, Assembleia da República, Lisboa, 1995, pg. 849.

<sup>16</sup> Apenas o 5.º considerando do preâmbulo se refere à “igualdade de direitos dos homens e das mulheres”.

<sup>17</sup> Cfr. JEREMY BENTHAM, *apud* CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Manual de Legística. Critérios científicos e técnicos para legislar melhor*, 1.ª ed., Verbo, s.l., 2007, pg. 137.

O elemento histórico corrobora plenamente a intenção: a fórmula inicial – “*Todo o indivíduo*” – foi substituída por “*o homem e a mulher*”<sup>18</sup>.

A teoria aludida, do TC sul-africano, vem a desvalorizar inaceitavelmente o carácter “*juris cogentis*” do art.º 16.º, n.º 1, da DUDH, utilizado por várias Declarações da ONU e convenções internacionais sobre direitos humanos, que a seguiram, e que transcreveram esse enunciado: o do Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos (art.º 23.º, n.º 1); em sistemas regionais, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (art.º 12.º) e a Convenção Americana sobre os Direitos do Homem, de 1969 (art.º 17.º, n.º 2)<sup>19-20</sup>.

2.2. Como norma de *Ius Cogens*, o art.º 16.º, n.º 1, 1.ª parte, da DU opera autonomamente, como limite ao poder constituinte, na elaboração da Constituição instrumental e na consideração de outras fontes da Constituição formal (poder constituinte originário) e ao longo das revisões.

Por maioria de razão, também actos, praticados no exercício de outras funções do Estado – constituídas -, estão vinculados.

A decisão do TC sul-africano de 2005<sup>21</sup> e a lei do mesmo Estado, de 2006, são, pois, nulas, em face do “*Ius Cogens*”<sup>22</sup>, à semelhança de outras similares.

### 3. Contributo para a interpretação da expressão “*Todos*”, do artigo 36.º, n.º 1, da CRP

Cotejando a positivação de ambos os direitos, na CRP e na DU, chegaremos ao seguinte quadro:

	CRP	DUDH
Titularidade	“ <i>Todos</i> ”	“ <i>o homem e a mulher</i> ”
Capacidade matrimonial <sup>23</sup>	—	“ <i>A partir da idade núbil</i> ”
Consentimento para a celebração	—	“ <i>o livre e pleno consentimento dos futuros esposos.</i> ” <sup>24</sup>
direito especial de igualdade na celebração do casamento	“ <i>em condições de plena igualdade</i> ”	“ <i>sem restrição alguma de raça, nacionalidade ou religião.</i> ”

<sup>18</sup> Mediante propostas de STEPANENKO (da Bielorrússia), no seio do grupo de trabalho criado pela Comissão dos direitos do homem, e de ELEANOR ROOSEVELT (cfr. ALBERT VERDOODT, *Naissance et signification de la Déclaration Universelle des droits de l'homme*, Nauwelaerts, Lovaina, s.d., pg. 163).

<sup>19</sup> “*É reconhecido o direito de o homem e de a mulher contraírem casamento (...)*”.

<sup>20</sup> Pressupõem também a diversidade de sexos: os arts. 5.º e 6.º, ns. 1 e 2, da Declaração sobre a eliminação da discriminação contra a mulher, de 7 de Nov. de 1967; art.º 16.º, n.º 1, als. a), b) e c), da Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres, de 18 de Dez. de 1979.

<sup>21</sup> Cfr. DUARTE SANTOS, *Mudam-se os tempos, mudam-se os casamentos?*, pg. 216.

<sup>22</sup> Adiante, aludir-se-á às consequências dos actos interrogatórios de “*Ius Cogens*” (4.2.2).

<sup>23</sup> A capacidade matrimonial não coincide com a capacidade negocial (ou contratual) (como é reconhecido pelos Autores da especialidade - cfr. ANTUNES VARELA, *Direito da Família*, 1.º volume, 5.ª ed., 1.º volume, Petrony, Lisboa, 1999, pgs. 216, 217; FRANCISCO PEREIRA COELHO / GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, volume I, Introdução. Direito matrimonial, 4.ª ed., com a colaboração de RUI MOURA RAMOS, Coimbra Editora, 2008, n.º 105, pg. 248).

<sup>24</sup> Art.º 16.º, n.º 2, da DUDH.

direito especial de igualdade na constância do matrimónio	“Os cônjuges têm iguais direitos e deveres quanto à capacidade civil e política e à manutenção e educação dos filhos.” <sup>25</sup>	“Durante o casamento (...), ambos têm direitos iguais.”
dissolução	Reenvio para a lei: “A lei regula os efeitos (...) da sua dissolução” <sup>26</sup>	direito especial de igualdade aquando da dissolução: “na altura da (...) dissolução, ambos têm direitos iguais.” <sup>27</sup>

O inciso “*Todos têm o direito (...) de contrair casamento*”, constante do art.º 36.º, n.º 1<sup>28</sup>, deverá ser interpretado à luz do art.º 16.º, n.º 1, 1.ª parte, da DUDH: “*o homem e a mulher têm o direito de casar (...)*” entre si, reciprocamente.

O elemento literal da DU – “homem e mulher” – não está referido no art.º 36.º, n.º 1 -, mas, do ponto de vista do resultado final da interpretação, tudo funciona como aí se estivesse (cfr. art.º 16.º, n.º 2).

O art.º 16.º, n.º 2, da CRP faz com que haja um laço incidível entre a Constituição portuguesa e a DU<sup>29</sup>.

A DU “entrelaça-se” com a Constituição instrumental, por via interpretativa.

A nosso ver, afigura-se metodologicamente claudicante tomar isoladamente a parcela de um enunciado (“Todos”), como se fosse o fragmento da norma. Parafraseando PETER HÄBERLE, esse inciso não existe enquanto tal; existe apenas como norma jurídica interpretada<sup>30</sup>.

<sup>25</sup> Art.º 36.º, n.º 3, da CRP.

<sup>26</sup> Art.º 36.º, n.º 2, da CRP.

<sup>27</sup> Dissolução em vida, entenda-se.

<sup>28</sup> Alguns Autores sublinham que, ao contrário do que uma leitura apressada e literalista do art.º 36.º, n.º 1, da CRP possa inculcar, “nem “*todos*” têm o direito de contrair casamento, como é óbvio” (HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil*, reimpressão da ed. de 1992, Almedina, Coimbra, 2000, Rn. 162, pg. 97-98), “*sob pena de se adular por completo o pensamento do legislador constitucional*” e de tornar inconstitucionais os impedimentos matrimoniais (JOSÉ JOÃO GONÇALVES DE PROENÇA, *Direito da Família*, 4.ª ed., Universidade Lusíada Editora, Lisboa, 2004, pg. 95; FRANCISCO PEREIRA COELHO / GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, I, 4.ª ed., n.º 42, pg. 112; JOSÉ DA COSTA PIMENTA, *Filiação*, Coimbra, 1986, p. 9).

GERALDO DA CRUZ ALMEIDA aduz o elemento sistemático da conjugação do n.º 1 com o n.º 2 do art.º 36.º (in *Da união de facto. Convivência more uxorio em Direito Internacional Privado*, diss., Pedro Ferreira, Lisboa, 1999, pg. 176 (nota 353)).

Assim, não é verdade que “O Direito não” tenha “uma resposta consensual que permita diferenciar entre casamentos (...) heterossexuais, bestiais, pedófilos, incestuosos” (contra, cfr. JÓNATAS MACHADO, *A (in)definição do casamento no Estado constitucional* (disponível em <http://casamentomesmosexo.org/tmp/aidnec.pdf>), pg. pg. 17).

Desde logo, a heterossexualidade e a idade núbil são impostas pela DUDH (art.º 16.º, n.º 1).

Em relação aos casamentos incestuosos, se é verdade que civilizações históricas que aceitavam a endogamia (como a egípcia), existem valores constitucionais de tutela do ser humano que a precludem.

<sup>29</sup> É certo que a CRP remete os requisitos do casamento para a lei ordinária (cfr. art.º 36.º, n.º 2).

Todavia, mesmo aqui, não é de enjear também a regulação da Declaração Universal (art.º 16.º, n.º 2), ao prescrever o princípio da igualdade, aquando da dissolução.

<sup>30</sup> “*Es gibt keine Rechtsnormen, es gibt nur interpretierte Rechtsnormen*” (PETER HÄBERLE, *Zeit und Verfassung. Prolegomena zu einem »zeit-gerechten« Verfassungsverständnis* (originariamente publicado in *Zeitschrift für Politik*, 1974, pp. 111-137), in *Probleme der Verfassungsinterpretation. Dokumentation einer Kontroverse*, Herausgegeben von RALF DREIER / FRIEDRICH SCHWEGMANN, Nomos, Baden-Baden, 1976, pg. 313).



### 3.1. Julga-se poder ir mais longe:

O **apuramento do conteúdo essencial** dos preceitos constitucionais dos direitos, liberdades e garantias, por via interpretativa, é realizado, tendo como elemento preferente, logo após o elemento literal, a DU.

Repare-se no paralelismo da expressão “*preceitos constitucionais*”, nos artigos 16.º, n.º 2, e 18.º, ns. 3.

Raciocinar de outra forma não daria sentido a esse “lugar paralelo”.

Em conclusão, homem e mulher diverge de todas as restantes formas “*standard*” de enunciados deônticos<sup>31</sup>.

O 16.º, n.º 1, da DU é uma norma que especifica que o homem e a mulher têm a “competência” de contrair casamento<sup>32</sup> entre si.

Qual a importância para a noção de casamento?

Para além de ter como objecto de protecção comportamentos interconjugados, frisa-se que eles sucedem entre homem e mulher.

**3.2.** Na nossa maneira de ver direito de contrair casamento, a nosso ver, é um direito “juridicamente produzido”; tem a sua génese e retira a sua validade da própria ordem jurídica; dada a estrutura de “competência” que este direito assume<sup>33</sup>, é necessária a intervenção do operador triádico da competência (o Estado ou a entidade religiosa que celebra o casamento; ou, em rigor, neste segundo caso, de ambos<sup>34</sup>).

Já o casamento-instituição é um direito misto, “natural” (pertencente ao “mundo dos factos” - “*sachgeprägt Grundrecht*”) e “juridicamente produzido” (“*rechtsgeprägt Grundrecht*”) (criado pelo Legislador, ou, ao menos, por ele fixado, nos seus contornos essenciais).

**3.3.** Ao contrário do que a segunda posição pressupõe, a exigência de homem e mulher não se trata de uma restrição a um direito fundamental<sup>35</sup>; trata-se, sim, da delimitação do âmbito normativo.

A titularidade do direito a contrair casamento surge recortada do seguinte modo:

- i) desde logo, como necessariamente referida a duas pessoas;
- ii) mais especificamente, entre homem e mulher; ou seja, duas pessoas de sexo diferente.

Podemos designá-la como “titularidade entrecruzada”.

<sup>31</sup> Cfr. ROBERT ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales* (original: *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, 1986), (2.ª ed. em castelhano), traducción y estudio introductorio de CARLOS BERNAL PULIDO, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pg. 37.

<sup>32</sup> Cfr. ROBERT ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, (2.ª ed. em castelhano), pg. 206 (nota 168).

<sup>33</sup> ROBERT ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales* (2.ª ed. em castelhano), pgs. 202, 208, 210, 429, 431.

<sup>34</sup> Ainda aqui, é necessário, no caso do casamento católico, como requisito de eficácia, que seja lavrado o assento desse casamento-acto, por inscrição ou transcrição (arts. 1669.º e 1652.º do CC).

<sup>35</sup> Em sentido contrário do que a segunda posição defende, bem como DUARTE SANTOS (in *Mudam-se os tempos, mudam-se os casamentos?*, pg. 294).

Homem e mulher, entre si, com idade núbil, têm direito a contrair casamento.

O programa normativo supõe a diversidade de sexos, o que acaba por moldar a titularidade do direito.

3.4. Não se afigura possível fazer uma interpretação evolutiva do art.º 16.º, n.º 1, da DUDH, pois tal colide inapelavelmente com a sua letra.

Parafraseando MARCELLO CAETANO, a interpretação evolutiva nunca pode servir para “malabarismos” ou para justificar o arbítrio dos intérpretes<sup>36</sup>.

#### 4. A tese da inocuidade, do “espaço vazio” ou “neutro” de Constituição

Em termos de pré-compreensão, à partida, seria inverosímil pensar que a CRP não fornece qualquer argumento a favor ou contra a inconstitucionalidade; muito menos concluir pela inocuidade da Constituição, colocando a possibilidade da existência de uma eventual lacuna<sup>37</sup>.

A Constituição é uma embalagem ou «casca vazia» de conteúdos alternantes e arbitrários da «política»<sup>38</sup>.

O alegado processo de “osmose” Constituição – lei não vai tão longe.

4.1. Para a terceira posição, do enunciado do art.º 36.º, n.º 2, decorreria uma larga margem de indeterminação.

Todavia, pergunta-se: existirá uma indefinição constitucional em relação ao **pressuposto da heterossexualidade do casamento** e conseqüente margem de livre conformação do Legislador ordinário?

Creemos que a resposta é negativa: a questão é directamente resolvida pela Constituição<sup>39</sup>, que de forma alguma pode ser considerada omissa ou silente.

---

<sup>36</sup> Cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, tomo I, 10.ª ed., Almedina, Coimbra, 1980, pg. 113.

<sup>37</sup> Caso se propugnasse um tal entendimento, crê-se que haveria uma lacuna, pois se trataria de um inacabamento contrário ao plano do Legislador.

Essa lacuna deveria ser integrada, nos termos da regra hermenêutica do art.º 16.º, n.º 2, da CRP, com recurso ao art.º 16.º, n.º 1, da DUDH.

O resultado final seria o mesmo a que se chegaria, para a interpretação em conformidade com a Declaração Universal.

Todavia, em nossa opinião, não há lacuna alguma; uma regulação “legal” completa pela Constituição não é conceitualmente necessária, não é tecnicamente possível (cfr. HSÜ DAU-LIN, *Mutación de la Constitución* (original: *Die Verfassungswandlung*, Walther de Gruyter, Berlim, 1932), diss., trad. de PABLO LUCAS VERDÚ / CHRISTIAN FÖRSTER, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1998, pg. 58).

<sup>38</sup> Cfr. GOMES CANOTILHO, *Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2001, pg. 149. Nem mesmo para os contraentes - existe um mínimo injuntivo, indisponível, do casamento que está subtraído à vontade das partes – o núcleo da comunhão conjugal de vida” (JORGE DUARTE PINHEIRO, *O núcleo intangível da comunhão conjugal. Os deveres conjugais sexuais*, diss., Almedina, Coimbra, 2004, pgs. 153, 154).

<sup>39</sup> Concluindo no mesmo sentido da nossa posição, embora com recurso ao argumento de se tratar de uma decorrência dos princípios estruturantes da garantia institucional do casamento na ordem jurídica portuguesa - RUI MEDEIROS, *Artigo 36.º*, in *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, Coimbra Editora, 2005, VI, pg. 405; e IV, pg. 397; FRANCISCO PEREIRA COELHO / GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, volume I, 4.ª ed., n.º 84, pgs. 204, 201; PAULO PULIDO ADRAGÃO, *Casamento entre pessoas do mesmo sexo? Pressupostos*

4.1.1. Julga-se que um aspecto essencial, envolvendo a delimitação do âmbito normativamente protegido e moldando a titularidade, pertencem ao **conteúdo essencial** do direito a contrair casamento, e que o mesmo se encontra delineado ao nível da Constituição.

A norma que declara o direito de contrair casamento não pode ser inócua ou devolver simplesmente para o Legislador, muito menos um aspecto do conteúdo essencial: a norma constitucional é uma norma de garantia, porque reconhece e garante um determinado âmbito de protecção efectivo ao direito fundamental<sup>40</sup>.

A regulamentação não poderia contender com o conteúdo intangível do direito, “barreira infranqueável de limite ao resultado do processo de concretização”<sup>41</sup>.

A dimensão objectiva é inarredável, pois se tem em vista o recorte conceitual do casamento (como acto e como instituição), referido ao homem e à mulher<sup>42</sup>; descrição que torna o direito reconhecível; se esse pressuposto fosse subvertido – ainda que pretensamente a título de “alargamento” –, o direito de contrair casamento ficaria descaracterizado<sup>43</sup>.

Fora desses limites – ainda que “ampliando” o âmbito de protecção, o casamento deixa de ser reconhecível.

Há, pois, um conteúdo essencial, caracterizante, que o Legislador ordinário não pode tocar; dele consta seguramente a diversidade de sexos.

Faria sentido que, em matéria tão importante, cindir o conteúdo essencial em duas partes: numa parte, protegida pela Constituição, e noutra, abandonada ao Legislador ordinário?

Julga-se que o Legislador não pode transfigurar os elementos conceitualmente definidos pela Constituição; pelo contrário, ele encontra-se limitado por um conteúdo fixo, inamovível, do elemento matriz da heterossexualidade, pressuposta no conceito constitucional de casamento<sup>44</sup>; o conteúdo semântico “homem e mulher” não pode ser por ele infirmado.

---

*fundamentais da questão*, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano. No centenário do seu nascimento*, volume I, FDUL, Coimbra Editora, 2006, pg. 529.

<sup>40</sup> Nestes termos, em tese geral, cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, pgs. 1275, 1277, 1278.

<sup>41</sup> LUCIANO PAREJO ALFONSO, *El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 3, Set.-Dez. de 1981, p. 177.

<sup>42</sup> A questão de ser seguida uma teoria subjectiva ou objectiva não é aqui muito relevante, uma vez que se trata de um direito fundamental que é, simultaneamente, uma garantia institucional.

Defendendo, em todo o caso, a teoria objectiva, tendo em conta que a expressão «preceitos constitucionais» (art.º 18.º, n.º 3) parece apontar para a necessidade de se tomar assim em consideração os direitos fundamentais como bens jurídicos objectivos, GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição...*, 4.ª ed., anot. ao art.º 18.º, XV, pg. 394.

<sup>43</sup> Neste sentido, afirmando que “A protecção conferida pelo limite absoluto do n.º 3 do art. 18.º da CRP cifra-se em que o legislador (...) não possa desvirtuar ou descaracterizar o valor de garantia dos preceitos constitucionais”, JOSÉ LAMEGO, *“Sociedade aberta” e liberdade de consciência. O direito fundamental de liberdade de consciência*, AAFDL, Lisboa, 1985, pg. 80.

<sup>44</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo General. I*, Iustel, Madrid, 1.ª ed. nesta editora - 2004, reimpressão de 2006, pg. 209.

“A política não pode dispor discricionariamente sobre o Direito nem sobre o Direito Constitucional.” (KLAUS STERN)<sup>45</sup>.

A nosso ver, existe, pois, uma dupla violação:

- i) do conteúdo essencial do direito de contrair casamento (cfr. art.º 18.º, n.º 3) e da respectiva garantia institucional, por violação de reserva de Constituição (v., em especial, *infra*, 6.1);
- ii) do art.º 36.º, n.º 1, interpretado à luz da DU, que gera inconstitucionalidade material.

4.1.2.O direito a contrair casamento goza de aplicabilidade directa (art.º 18.º, n.º 1), em virtude devido à densidade normativa dos preceitos constitucionais que consagram direitos, liberdades e garantias<sup>46</sup>.

Mesmo classificando o art.º 36.º, n.º 2, como uma **norma não exequível por si mesma**, nada há de estranho:

- i) a garantia institucional quase sempre implica remissão<sup>47</sup>;
- ii) o que é certo é que há uma parte da mesma que define os pressupostos do direito a contrair casamento. A respectiva norma que consagradora possui um conteúdo jurídico suficientemente preciso ou determinável<sup>48</sup> (pelo menos, seguramente, quanto ao “pressupostos de facto”<sup>49</sup>).

O art.º 36.º, n.º 2, opera um reenvio limitado, condicionado: o Legislador pode regulamentar os “requisitos” do casamento (cfr. art.º 36.º, n.º 2), não os seus pressupostos, alguns dos quais que se extraem directamente da DU (: a diversidade de sexos e a idade núbil).

Ainda que se não procedesse a esta distinção entre “pressupostos” e “requisitos”, nem por isso o Legislador poderia alterar elementos conceituais, suficientemente caracterizados na CRP, ou limites cogentes<sup>50</sup> que delimitam o casamento, que decorrem da interpretação em conformidade com a DU.

---

<sup>45</sup> KLAUS STERN, *Derecho del Estado de la República Federal Alemana* (original: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, tradução parcial do tomo I por JAVIER PÉREZ ROYO / PEDRO CRUZ VILLALÓN), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, [I], § 3.º, III.1, pg. 243.

<sup>46</sup> Cfr. RUI MEDEIROS, *Valores jurídicos negativos da lei inconstitucional*, in *O Direito*, ano 121.º, Julho-Dez. de 1989, pg. 531. No sentido de a aplicabilidade directa se referir à norma enquanto direito fundamental, JORGE REIS NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, diss., Coimbra Editora, 2003, pg. 114 (nota 189).

<sup>47</sup> JORGE MIRANDA, *Direitos fundamentais e ordem social (na Constituição de 1933)* (Título V da parte II (Direito Constitucional Anual) de *Ciência Política e Direito Constitucional*, sumários policopiados, FDUL, 1973, pp. 181 ss., republicado na *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XLVI, n.º 1, 2005, pg. 301.

<sup>48</sup> Cfr. GOMES CANOTILHO, *Métodos de protecção de direitos, liberdades e garantias*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Volume Comemorativo, Coimbra, 2003, pg. 804.

<sup>49</sup> Cfr. GOMES CANOTILHO, *Métodos de protecção de direitos, liberdades e garantias*, pg. 804.

<sup>50</sup> Cfr. CARLO ESPOSITO, *La validità delle leggi. Studio sui limite della potestà legislativa, i vizi degli atti legislativi e il controllo giurisdizionale*, ristampa inalterata della edizione del 1934, Giuffrè, Milão, 1964, pg. 215.

Esta parcela do enunciado – “Todos” -, interpretada no sentido de se referir ao “homem e mulher”, é exequível por si mesma<sup>51</sup>, sendo, nesse cerne, suprimida a “*interpositio legislatoris*” (sem prejuízo de não ostentar essa característica, no seu todo<sup>52</sup>).

Neste sentido, a aplicabilidade directa – independentemente da questão de saber se é uma mera reprodução do princípio da constitucionalidade - “*obriga a uma relativização significativa do papel do legislador ordinário enquanto “criador” dos direitos subjectivos públicos*”<sup>53</sup>.

O Legislador não pode regulamentar algo que se encontra subtraído, indisponível, imune à sua margem de conformação.

Fora dos pressupostos do art.º 16.º, n.º 1, e da garantia institucional, há alguma margem de conformação do Legislador ordinário (cfr. art.º 36.º, n.º 2), mas não, de todo, a que a terceira posição lhe comete.

#### 4.1.3. Consequentemente, a terceira posição<sup>54</sup> implica uma fuga à regulamentação da Constituição.

<sup>51</sup> Ou auto-executável - MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Direitos Humanos Fundamentais*, 10.ª ed., 10.ª ed., Saraiva, São Paulo, 2008, pg. 102.

<sup>52</sup> Com alguma razão, GOMES CANOTILHO discorda da classificação, uma vez que a abertura e a densidade são “grandezas variáveis”, não se podendo dizer que há “normas constitucionais exequíveis por si mesmas” e “normas constitucionais não exequíveis por si mesmas”); em nenhum dos casos seria possível descortinar um «programa-condicional» (LUHMANN) reconduzível a um simples esquema substantivo: se a norma constitucional estabelece um pressuposto de facto, então os concretizadores da Constituição (o Legislador, o Juiz, a Administração) teriam de adoptar certos e determinados comportamentos; no fundo, haveria que diferenciar, nas normas, várias densidades, pressupondo algumas um menor espaço de “discricionariedade” ou de “liberdade de conformação” do que outras (v. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria...*, 7.ª ed., pg. 1181).

Com o devido respeito, não tem razão o Professor RUI MEDEIROS, ao referir que, quando a norma constitucional não é exequível por si mesma, “a regra enunciada no artigo 18.º, n.º 1, da CRP não assume qualquer significado específico.” (cfr. RUI MEDEIROS, *Valores jurídicos negativos da lei inconstitucional*, pg. 531).

Alguns Doutrina tendem a referir que a aplicabilidade directa seria obstruída nos direitos sedeados em normas preceptivas não exequíveis por si mesmas (com esta opinião, CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Direito Constitucional II. Sumários desenvolvidos*, AAFDL, Lisboa, 2004, pg. 81; IDEM, *Direito Constitucional II. Relatório*, suplemento da *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra Editora, 2001, pg. 264; IDEM, *Direito Constitucional. Sumários desenvolvidos*, AAFDL, Lisboa, 2009, pg. 45 (haveria aplicabilidade directa, mas não imediata, dos seus principais comandos jurídicos positivos, em virtude da dependência de uma complementação legal); enunciando o problema, PAULO OTERO, *Sumários de um Curso de Direitos Fundamentais in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, volume XLI, n.º 1, 2000, pg. 423); raciocínio que não podemos acompanhar, pelas razões expostas: a aplicabilidade directa em sentido negativo, da parcela da norma que seja auto-exequível não é paralisada ou tolhida.

Ideia um pouco diversa é a defesa de uma diferente força normativa entre normas exequíveis e não exequíveis por si mesmas – cfr. PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Almedina, Coimbra, 2003, pg. 566. O que se aceita, como tese geral, dado que é necessária a regulação complementar, uma organização e um procedimento, regulados em abstracto e aplicados em concreto.

Contudo, ressalva-se a especificidade de certas normas não exequíveis por si mesmas, como a do art.º 36.º, n.º 2, em que a classificação aludida induz em erro; essas normas podem não ser totalmente inexecutáveis; nesse sentido, a proposição que afirma o contrário é falsa.

Em todo o caso, não podemos acompanhar a posição de que expressões, tais como “nos termos da lei” e outras similares, tenham “um carácter regulamentar e instrumental do direito, e não um carácter constitutivo do direito”, não contribuindo para definir (parcialmente) a respectiva essência (em sentido contrário, MANUEL AFONSO VAZ, *Lei e reserva da lei. A causa da lei na Constituição Portuguesa de 1976*, diss., 1.ª reimpressão, Universidade Católica Ed., Porto, 1996, pg. 308 (nota 66)).

<sup>53</sup> Neste último sentido, JORGE REIS NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais...*, pg. 114.

Salientando a “*aplicação directa dos preceitos sobre as liberdades e garantias fundamentais (...) como forma de restrição dos abusos do poder do Estado*”, JOSÉ LUÍS NUNES, *Sessão n.º 31, em 14 de Agosto de 1975*, in *Diários da Assembleia Constituinte*, II, pg. 843.

<sup>54</sup> Sem prejuízo de, em tese geral, os Autores defenderem posição contrária.

O resultado desta teoria – que pode ser reconduzida ao positivismo normativista – é o da marginalização da Constituição face à lei ordinária, continuando a velha ideia do Direito Constitucional como Direito programático<sup>55</sup>.

Com o devido respeito, a teoria aludida permitiria a edificação de um Estado de Direito formal, dado que os direitos fundamentais, sendo dádivas outorgadas pelo Estado, mover-se-iam no âmbito da vontade do poder legislativo, dele ficando reféns<sup>56</sup>.

Numa outra óptica, a terceira posição acaba por ser uma reedição póstuma da proscrita “teoria da regulamentação das liberdades” (“*réglementation des libertés*”)<sup>57</sup>:

A pretexto da vacuidade e da imprecisão, as disposições sobre direitos seriam normas em branco<sup>58</sup>; os direitos-liberdade valeriam à medida da lei ordinária<sup>59</sup>, relegados a *simples votos e directrizes de carácter político preordenados à integração soberana*” do Legislador ordinário<sup>60</sup>; podendo este dispor livremente de faculdades que integrassem o conteúdo essencial do direito.

Rejeitava-se assim a própria existência de normas constitucionais, em sentido técnico, sobre as liberdades públicas<sup>61</sup>; ou, de uma outra perspectiva, normas preceptivas, enunciadoras de direitos-liberdade, eram transformadas em normas programáticas<sup>62</sup>.

A teoria mencionada, um veículo de erosão da normatividade constitucional<sup>63</sup> e da força normativa da Constituição, como é sabido, foi proscrita desde a “*Grundgesetz*” de 1949, ao prever a aplicabilidade directa (art.º 1.º, n.º 3); e não tem qualquer apoio na CRP, que, ao prever a aplicabilidade directa dos preceitos constitucionais relativos a direitos, liberdades e garantias (art.º 18.º, n.º 1, 1.º inciso), a enjeita peremptoriamente.

---

<sup>55</sup> Cfr. GOMES CANOTILHO, *A teoria da Constituição e as insinuações do hegelianismo democrático*, in IDEM, “*Brançosos*” e *interconstitucionalidade*, 1.ª ed., Almedina, Coimbra, 2006, pg. 164.

<sup>56</sup> PAULO OTERO, *Instituições políticas e constitucionais*, I, 1.ª ed., Almedina, Coimbra, 2007, 12.3.1, pg. 625.

<sup>57</sup> ESMEIN e CARRÉ DE MALBERG defenderam a tese que as Declarações de Direitos francesas não teriam mais do que um valor moral e filosófico, designadamente em razão dos seus enunciados assaz vagos e genéricos.

Uma teoria de conteúdo aproximado foi defendida no Direito alemão, no final do II Reich e durante os primeiros anos de vigência da Constituição de Weimar.

<sup>58</sup> Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA, *Os partidos políticos no Direito constitucional português*, diss., Livraria Cruz – Braga, 1983, pgs. 300, 299.

<sup>59</sup> Cfr. AFONSO R. QUEIRÓ / BARBOSA DE MELO, *A liberdade de empresa e a Constituição*. (A propósito do Dec.-lei. n.º 47 420, de 6 de Outubro de 1966), in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano XIV, Julho-Dezembro, de 1967, n. 3-4, pg. 227; PAULO OTERO, *Sumários de um Curso de Direitos Fundamentais*, pg. 423.

<sup>60</sup> Cfr. AFONSO R. QUEIRÓ / BARBOSA DE MELO, *A liberdade de empresa...*, pg. 224.

Segundo a teoria da regulamentação das liberdades, não seria suficiente que o direito fosse reconhecido e mesmo garantido pela Constituição; sem a mediação legislativa, os direitos fundamentais não estariam ainda “operacionais” (A. ESMEIN, *Éléments de Droit constitutionnel français et comparé*, tomo II, Le Droit constitutionnel de la République française, 8.ª ed., revista por HENRY NÉZARD, Recueil Sirey, Paris, 1928, pg. 587).

“O exercício (...) dos direitos individuais” suporia “uma regulamentação pelo Estado sem a qual não” passavam “de uma simples promessa” (MARNOCO E SOUZA, “*Constituição Política da República Portuguesa*. Commentário”, F. França Amado, Coimbra, 1913, p. 14) (à excepção de certos direitos individuais, como a liberdade de consciência), que, devido à sua natureza, poderiam ser exercidos sem nenhuma regulamentação (A. ESMEIN, *Éléments...*, II, pg. 587)).

<sup>61</sup> SÉRVULO CORREIA, *Direitos Fundamentais. Sumários*, AAFDL, Lisboa, 2002, pg. 66.

<sup>62</sup> Cfr., analogamente, JORGE MIRANDA, *Inconstitucionalidade por omissão* [Arts. 146.º, al. b); 279.º; e 284.º, alínea b)], in *Estudos sobre a Constituição*, 1.º volume, Petrony, Lisboa, 1977, pgs. 336.

<sup>63</sup> GOMES CANOTILHO, *Rever a ou romper com a Constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo*, in IDEM, “*Brançosos*” e *interconstitucionalidade*, 1.ª ed., Almedina, Coimbra, 2006, pg. 117.

Pois, no dizer de GOMES CANOTILHO, a Constituição impõe-se como lei no âmbito dos direitos fundamentais; não podendo estes ser rebaixados a simples declarações ou normas programáticas ou, até, a simples fórmulas de oportunidade política<sup>64</sup>.

Em qualquer caso, quer numa quer noutra perspectiva, haveria um holocausto constitucional.

**4.1.4.** O Professor GOMES CANOTILHO critica a teoria que admite a interpretação da Constituição em conformidade com a lei ordinária, pois parte “*da ideia de uma Constituição entendida não só como espaço normativo aberto mas também como campo neutro, onde o legislador iria introduzindo subtilmente alterações.*”<sup>65</sup>.

Ora, na nossa maneira de ver, a terceira posição aludida admite esta “*leitura da constituição de baixo para cima*”, justificadora de uma nova compreensão da constituição a partir das leis infraconstitucionais<sup>66</sup>; o que, segundo o mesmo Professor, “*pode conduzir à “derrocada” interna da constituição por obra do legislador (...) e à formação de uma “constituição legal” paralela, pretensamente mais próxima dos momentos “metajurídicos” (sociológicos e políticos)*”<sup>67</sup>.

Mais grave do que isso: em boa verdade, a terceira posição conduz a um de dois resultados indesejáveis:

- i) uma interpretação autêntica da Constituição pela lei ordinária;
- ii) a uma “integração correctiva”, a pretexto de a regulamentação constitucional ser, sob o ponto de vista político, incompleta<sup>68</sup>.

Em ambas as hipóteses, há uma “usurpação” inconstitucional do poder constituinte pelo Legislador, enquanto concretizador das normas constitucionais<sup>69</sup>.

**4.1.5.** A teoria da inocuidade ou do espaço vazio de Constituição afigura-se claudicante, nas premissas de que parte, diluindo ou mesmo fazendo desvanecer a força normativa da Constituição<sup>70</sup>.

Averiguar-se-á de seguida que o resultado a que chegaria.

**4.2.** Abstraindo dos efeitos, a nosso ver, nefastos, decorrentes da admissibilidade da consagração do casamento entre pessoas do mesmo sexo (*supra*, 1.2), averiguar-se-á, de seguida, as **consequências** reais que a **terceira posição** teria, tendo em conta os limites do ordenamento jurídico-constitucional.

---

<sup>64</sup> GOMES CANOTILHO, *Rever a ou romper com a Constituição dirigente?* pg. 117.

<sup>65</sup> GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria...*, 7.<sup>a</sup> ed., pg. 1234.

<sup>66</sup> Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria...*, 7.<sup>a</sup> ed., pg. 1230.

<sup>67</sup> Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria...*, 7.<sup>a</sup> ed., pg. 1230.

<sup>68</sup> Seguimos o pensamento do Professor GOMES CANOTILHO – cfr. *Direito Constitucional e Teoria...*, 7.<sup>a</sup> ed., pg. 1235.

<sup>69</sup> Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria...*, 7.<sup>a</sup> ed., pg. 1235.

<sup>70</sup> Alertando para o perigo de dissolução jurídico-política da força normativa da Constituição, resultante da pretensão de prevalência de “fundamentos políticos”, cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria...*, 7.<sup>a</sup> ed., pg. 248.

#### 4.2.1. Um direito implícito?

Na lógica da teoria do espaço inócuo, poderia o âmbito de um direito, liberdade e garantia ser alargado, ou uma ou faculdade inserida no direito ser “criada”, por uma lei que a previsse?

Não cremos que esse alargamento pudesse pertencer à Constituição formal, alegadamente por ser um direito implícito<sup>71</sup>. Se coubesse na liberdade de conformação do Legislador ordinário, não poderia, logicamente, ser inferido da Constituição formal.

Em boa lógica, não poderia defender-se que a matéria esteja na esfera infraconstitucional e, depois, alçá-la à esfera constitucional.

Noutros termos, se o Legislador teria margem para não consagrar o “direito”, ou optar pela solução contrária, tal direito não teria qualquer apoio constitucional formal.

Essa teoria só teria fundamentação, se se admitisse que o Legislador ordinário pudesse fazer uma interpretação autêntica do art.º 36.º, ns. 1 e 2 (chegando à conclusão de que seriam direitos, liberdades e garantias, formalmente constitucionais, na medida em que a lei ordinária os consagrasse).

Em nosso entender, tal nunca poderia suceder, desde logo, porque que é contrário ao programa normativo que se extrai do 36.º, n.º 1, da CRP, interpretado à luz da DU.

Assim, esse “direito”, pretensão ou faculdade não poderia ser inserido na previsão normativa de qualquer dos direitos fundamentais, objecto de enumeração no catálogo constitucional.

#### 4.2.2. Subsunção do “direito”, por via da cláusula aberta?

Em “coerência” com a teoria do espaço vazio, que decorreria do art.º 36.º, n.º 1 e 2 – que não poderia nem num sentido nem noutro -, esse direito, então consagrado, seria extravagante.

Perguntar-se-á se pode ser subsumido na cláusula aberta do art.º 16.º, n.º 1, enquanto mecanismo de abertura, embora subsidiário e excepcional, para alguma Doutrina.

A nosso ver, a resposta é negativa.

Não obstante tratar-se de um acto legislativo, existem seis argumentos alternativos (correspondentes a posições diversas acerca do art.º 16.º, n.º 1), que vedam o reconhecimento por via da cláusula aberta.

Atentemos nesses critérios, sequencialmente:

- 1) Um primeiro, desde logo, por ser inconstitucional, por vários fundamentos:
  - i) Pela interpretação conforme à DU (conforme defendemos);
  - ii) Por violação de interpretação de acordo com a tradição;

---

<sup>71</sup> Sobre estes, enquanto expressão do conceito geral de abertura, embora diverso do mecanismo da cláusula aberta, JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa*, Vol. II, A construção dogmática, diss., Almedina, Coimbra, 2006, pgs. 379, 394; ISABEL MOREIRA, *Por uma leitura fechada e integrada da cláusula aberta dos direitos fundamentais*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, volume V, Almedina, Coimbra, 2003, pgs. 126, 128.



iii) Posições minoritárias, como a de WALTER LEISNER, admitiriam a violação da Constituição material (uma vez que a lei ordinária - art.º 1577.º do CC - dela faria parte e seria um subsídio interpretativo inestimável). Não se acompanha este último entendimento (v. *supra*).

iv) Violação da garantia institucional do casamento.

O art.º 16.º, n.º 1, só é aplicável, se o direito novo não padecer de inconstitucionalidade<sup>72</sup>.

Nesse sentido, a expressão “quaisquer outros” do art.º 16.º, n.º 1, deveria ser objecto de uma redução teleológica, em virtude do princípio da supremacia da Constituição rígida<sup>73</sup>.

2) As teses da recepção formal da DU<sup>74</sup> e a mais avançada, nos termos da qual, independentemente do resultado da interpretação, sempre haveria uma auto-subordinação da CRP à DU, por via do art.º 16.º, n.º 2<sup>75</sup>, em rigor, não necessitam de aplicar a operação de interpretação conforme:

Uma vez que, por via do art.º 16.º n.º 2 a DU faria já parte da Constituição formal portuguesa (que seria composta pela equação CRP + DUDH<sup>76</sup>), haveria uma desconformidade directa com a norma da DU que estabelece a diversidade de sexos.

3) Adoptando um entendimento mais amplo da cláusula aberta, admitindo direitos “*contra constitutionem*”, de fonte legal<sup>77</sup>, eles teriam, ainda assim, de ser conformes com a Declaração Universal<sup>78</sup>.

4) Numa quarta posição, ainda que, a título preliminar, se presumisse o carácter “fundamental” desse direito, ele não estaria isento da sujeição à regra de interpretação conforme com a DU.

<sup>72</sup> Cfr. o princípio geral enunciado no art.º 3.º, n.º 3.

Considerando que o sentido da cláusula do art.º 16.º, n.º 1, é ainda o de assegurar o primado da Constituição, JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias...*, II, pg. 392.

<sup>73</sup> Cfr. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias...*, II, pg. 382.

<sup>74</sup> Proposta por JORGE MIRANDA.

<sup>75</sup> Segundo AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ e a primeira posição de PAULO OTERO.

<sup>76</sup> Não cabe aqui analisar outros elementos, componentes dessa equação.

<sup>77</sup> Parece ser o entendimento de PAULO OTERO (in *Direitos históricos e não tipicidade pretérita dos direitos fundamentais*, in *Ab Uno ad Omnes. 75 anos da Coimbra Editora*, Coimbra Editora, 1998, pgs. 1084-1085, 1090), com base nos seguintes argumentos:

i) a norma do art.º 16.º, n.º 1, da CRP não enuncia expressamente qualquer condição material limitativa ou filtro (pgs. 1070, 1080);

ii) na ausência de uma regra expressa de conformidade material com outros princípios constitucionais (ao invés da Constituição de 1911 - art.º 4.º), funcionaria o princípio interpretativo da máxima efectividade das normas sobre direitos fundamentais (pg. 1079).

<sup>78</sup> Cfr. PAULO OTERO, *Direitos históricos e não tipicidade pretérita dos direitos fundamentais*, pgs. 1082-1084.

A aplicação desta mesma regra de interpretação conforme conduziria necessariamente a uma interpretação ab-rogante, dada a discrepância com o disposto na DU<sup>79</sup>.

Com efeito, a abertura é feita dentro do sistema constitucional: cada novo direito ou faculdade não pode conduzir à quebra da unidade valorativa do sistema<sup>80</sup>.

A presunção de fundamentalidade seria, pois, imediatamente ilidida ou, talvez mais rigorosamente, não chegaria a existir.

5) O problema poder-se-ia colocar apenas para teses segundo as quais haveria uma constitucionalização formal do direito<sup>81</sup>.

Todavia, aí, haveria uma antinomia, uma antinomia entre normas.

Seria chocante que a resolução dessa antinomia obedecesse ao critério cronológico da “*lex posterior derogat legi priori*”.

Julga-se que, para quem o defendesse, a melhor solução seria considerar que não chegaria a dar entrada na Constituição, sob pena de contradição e genética, insanável inconstitucionalidade.

6) Por fim, uma última posição ainda que desconsiderasse a inconstitucionalidade, sempre teria de admitir que um tal “direito”, não é apenas inconstitucional, mas nulo à face do “*Ius Cogens*”, em última instância, sempre se teria de recorrer directamente à disposição da Declaração Universal, enquanto parâmetro de validade do Direito interno (incluindo da própria Constituição).

Sendo a violação de uma norma supraconstitucional; reconduzível a uma “insupraconstitucionalidade”<sup>82</sup>; a uma inconstitucionalidade indirecta<sup>83</sup>; segundo EDUARDO CORREIA BAPTISTA, a “antijuridicidade”<sup>84</sup> e, nessa medida, a uma ilegalidade “*sui generis*”, susceptível de fiscalização jurisdicional, quer pelos tribunais em geral, no âmbito da sua função jurisdicional (202.º, n.º 2, da CRP)<sup>85</sup>, quer pelo TC (aplicando por analogia o art.º 70.º, n.º 1, al. i), da Lei do TC<sup>86</sup>).

Note-se que este último argumento poderia cumular-se com qualquer das três teorias anteriores, reforçando-as, uma vez que a norma de “*Ius Cogens*” tem carácter supraconstitucional.

---

<sup>79</sup> Cfr. art.º 16.º, n.º 1, 1.ª parte.

<sup>80</sup> Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Direitos Fundamentais...*, pg. 40.

O problema, parece, não está, aqui, na colisão com outros direitos fundamentais já consagrados, mas na incompatibilidade com a regra “sobre” direitos fundamentais, enunciada pelo art.º 16.º, n.º 2.

<sup>81</sup> Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Constitucional*, I, 1.ª ed., Almedina, Coimbra, 2005, n.º 113.VI, pg. 605.

<sup>82</sup> Expressão de FAUSTO DE QUADROS, in *A protecção da propriedade privada pelo Direito Internacional Público*, Almedina, Coimbra, 1998, pg. 565.

<sup>83</sup> Rejeitando esta qualificação, visto que o título de vigência interna destas não é a Constituição, EDUARDO CORREIA BAPTISTA, *Direito Internacional Público. Conceito e fontes*, vol. I, 1.ª ed., Lex, Lisboa, 1998, pg. 435 (nota 1308).

<sup>84</sup> EDUARDO CORREIA BAPTISTA, *Direito Internacional Público*, I, 1.ª ed., pg. 435.

<sup>85</sup> EDUARDO CORREIA BAPTISTA, *Direito Internacional Público*, I, 1.ª ed., pg. 467.

<sup>86</sup> EDUARDO CORREIA BAPTISTA, *Direito Internacional Público*, I, 1.ª ed., pg. 467

A nossa posição é a primeira, com os fundamentos da interpretação conforme do art.º 36.º, n.º 1, com a DU, e da concomitante violação da garantia institucional, cujo pressuposto – a diversidade de sexos – se encontra, de resto, estabelecido pela DU (art.º 16.º, n.º 1).

A nosso ver, há também uma violação autónoma do art.º 16.º, n.º 1, como norma dotada de valor supraconstitucional.

Existem dois desvalores diversos; ambas as normas dos diferentes estratos – supraconstitucional e constitucional formal (arts. 8.º, n.º 1, e 16.º, n.º 2, respectivamente) –, devem ser objecto de cumulação, pois geram consequências diversas:

i) A primeira implica a nulidade do acto derogatórios<sup>87</sup>, insanável e de conhecimento oficioso<sup>88</sup>; a ilicitude do mesmo acto, “*erga omnes*”<sup>89</sup>; a responsabilidade internacional do Estado português; outras formas de reacção por parte dos Estados, em conjunto ou unilateralmente, à violação, protestando ou adoptando outras iniciativas diplomáticas<sup>90</sup>; a possibilidade, também, de reacção de particulares<sup>91</sup>, designadamente organizações não governamentais; desaplicação em Estados estrangeiros de actos que pressuponham a celebração, em Portugal, de um casamento entre pessoas do mesmo sexo);

ii) A segunda gera o vício de inconstitucionalidade.

Na nossa maneira de ver, existe uma ilegalidade “*sui generis*”, por violação do art.º 23.º, n.º 1, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos<sup>92</sup> e do art.º 12.º da CEDH<sup>93</sup> (cfr. art.º 70.º, n.º 1, al. i), da Lei do TC).

Assim se pode concluir, adoptando qualquer das vias argumentativas, que é vedada a “entrada” de um tal “direito” na Constituição material, por via da cláusula aberta; a conformidade constitucional desta e a hierarquia inferior dos direitos nela pressupostos assim o impõem.

<sup>87</sup> EDUARDO CORREIA BAPTISTA, “*Ius Cogens em Direito Internacional*”, pg. 500. Sobre a inderrogabilidade “*iuris cogens*”, cfr. IDEM, *ibidem*, pgs. 321 ss..

<sup>88</sup> EDUARDO CORREIA BAPTISTA, *Direito Internacional Público*, I, 1.ª ed., pg. 435.

<sup>89</sup> EDUARDO CORREIA BAPTISTA, “*Ius Cogens em Direito Internacional*”, pg. 288; IDEM, *Direito Internacional Público*, volume II, Sujeitos e Responsabilidade, 1.ª ed., Almedina, Coimbra, 2004, 32.1.3, pg. 393.

<sup>90</sup> Neste sentido, cfr. EDUARDO CORREIA BAPTISTA, “*Ius Cogens em Direito Internacional*”, pgs. 398, 289.

<sup>91</sup> Cfr. EDUARDO CORREIA BAPTISTA, “*Ius Cogens em Direito Internacional*”, pgs. 398, 289.

<sup>92</sup> Conforme foi reconhecido pela Comissão dos Direitos humanos da ONU, “*Os Estados têm a obrigação (...) de reconhecer o casamento apenas como uma união entre um homem e uma mulher.*” (*Joslin v. New Zealand*, Comunicação n.º 902/1999, de 17-07-2002, § 8.2, *apud* DUARTE SANTOS, *Mudam-se os tempos, mudam-se os casamentos?*, pgs. 290-291) (sublinhado nosso).

<sup>93</sup> O pressuposto da diversidade sexual foi reconhecido nos Acórdãos *Rees v. Reino Unido*, de 24 de Janeiro de 1986, A 106, § 49; *Sheriff e Horsham v. Reino Unido*, de 30 de Julho de 1998, R98-V, § 66 (também no Relatório de 7 de Março de 1989, Queixa n.º 111 095, *Décisions et Rapports* 63, p. 34, e Decisão de 9 de Nov. de 1989, Queixa n.º 14 573/89, *Décisions et Rapports* 63, p. 213) (*apud* IRENEU CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Anotada*, 2.ª ed., Coimbra Editora, 1999, anotação ao art.º 12.º, pg. 220).

Note-se que o recente Acórdão de 11.07.2002 (*Goodwin v. Reino Unido*, § 100-101) (a propósito de um casamento de um transexual) não alterou o pressuposto da diversidade sexual, não tendo “alargado” a definição do casamento para lá de uma união entre pessoas do mesmo sexo (sem prejuízo de ter abandonado o critério do sexo biológico (cromossómico), anteriormente defendido) (v. DUARTE SANTOS, *Mudam-se os tempos, mudam-se os casamentos?*, pgs. 98, 164-265 (nota 565), 268 (nota 567), 279, 281; NUNO DE SALTER CID, *A comunhão de vida à margem do casamento: entre o facto e o Direito*, diss., Almedina, Coimbra, 2005, pgs. 507 (nota), 705-706) (ao contrário do que foi afirmado no caso “*Teresa e Helena*”, nas alegações de recurso no Tribunal Cível de Lisboa, *apud* DUARTE SANTOS, *Mudam-se os tempos, mudam-se os casamentos?*, pg. 63).

4.2.2.1. Ainda que o preceito constitucional, que estabelece o direito fundamental e a correspondente garantia institucional, não tenha sido desenvolvido normativamente – ou tenha-o sido incorrectamente –, a aplicabilidade directa e a vinculação das entidades públicas implicam o seguinte:

- i) Uma lei que contrarie conteúdo essencial da garantia institucional do casamento não produz efeitos de Direito<sup>94</sup>;
- ii) Em relação à função administrativa, a Administração deve aplicar a norma constitucional e desaplicar a norma ordinária<sup>95</sup>; nesse sentido, o casamento civil, alargado a pessoas do mesmo sexo, não deve ser celebrado por nenhum funcionário administrativo, sob pena de inconstitucionalidade, que acarreta nulidade;
- iii) Os tribunais têm o poder-dever de desaplicação dessa norma inconstitucional, nos termos gerais do art.º 204.º (apenas reforçado, “*per abundantiam*”, pelo art.º 18.º, n.º 1, 1.º e 2.º inciso).

Os operadores jurídicos privados têm o dever de aplicar também a Constituição<sup>96</sup> (o paralelismo da expressão “*preceitos constitucionais*”, nos artigos 16.º, n.º 2, e 18.º, ns. 1, assim o confirma).

4.2.2.2. De nada vale, pois, consagrar na lei ordinária um direito não reconhecido como fundamental, por ser contrário à Constituição.

Em bom rigor, o direito não chega a ser “extravagante”, pois a “regra de reconhecimento”<sup>97</sup> não funciona.

O sistema de direitos fundamentais encarregar-se-á de paralisar a subsunção no art.º 16.º, n.º 1, não o reconhecendo como um direito fundamental. Em última análise, sem prejuízo do efeito revogatório produzido ao nível das regras do Código Civil<sup>98</sup>, a regra metodológica do art.º 16.º, n.º 2, apaga a substância jusfundamental do direito que se pretendia criar.

A Constituição vem a expulsar ou repelir o pretense “direito”, consagrado legalmente.

Mais do que uma fragilização da entrada de um tal acto no “mundo do Direito”, o sistema determina a privação absoluta da produção de quaisquer efeitos jurídicos<sup>99</sup>.

O exposto parece permitir a conclusão de que a posição defendida, que a CRP não tomaria posição sobre a admissibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo, não só tem uma fundamentação duvidosa, como o seu resultado é infrutífero.

---

<sup>94</sup> Cfr. RUI MEDEIROS, *Valores jurídicos negativos da lei inconstitucional*, pg. 531.

<sup>95</sup> Neste ponto, há menor dissenso nas várias posições doutrinárias acerca da matéria; mesmo certas mais diferenciadoras admitem-na, admitindo a competência de rejeição, uma vez que se trata de um direito, liberdade e garantia dotado de aplicabilidade directa.

<sup>96</sup> Embora a qualificação de inconstitucionalidade seja aqui de aplicação duvidosa para alguma Doutrina.

<sup>97</sup> Para utilizar, com as devidas adaptações, a célebre expressão de HERBERT L. A. HART, *O Conceito de Direito*, *O Conceito de Direito* (original *The Concept of Law*, Oxford University Press, 2.ª ed., 1994), Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2001 V.3, pg. 104.

<sup>98</sup> Seguimos a lição de RUI MEDEIROS: uma lei inconstitucional não deixa de revogar leis anteriores (cfr. art.º 282.º, n.º 1, última parte).

<sup>99</sup> Cfr., analogamente, PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, pg. 958.

### 4.3. O direito de contrair casamento como “competência”

É hoje relativamente pacífica a subjectivização da garantia institucional do casamento, com o correspondente reconhecimento de um direito a contrair casamento<sup>100</sup>.

Todavia, o argumento do “alargamento” de direitos, sem haver detrimento de direitos dos outros, não procede.

Pois se trata, se se quiser utilizar a terminologia de ALEXY, não de um direito a algo ou de uma liberdade, mas de uma “competência”<sup>101</sup>, que carece de intervenção de um operador triádico<sup>102</sup> - o Estado<sup>103</sup> ou, no casamento religioso, a entidade que celebra o acto<sup>104</sup> (ainda que também contando com um acto estadual).

O que contribui decisivamente para que o direito a contrair casamento seja “produzido juridicamente” (“*rechtserzeugt*”) (*supra*, 3.2).

Se fosse instituído o casamento poligâmico, também decerto se “alargaria” o casamento (: uma pessoa poderia casar mais de uma vez, estando já casada).

Todavia, a instituição ficaria deformada, tendo em conta a tradição monogâmica que lhe está subjacente.

**4.3.1.** Mesmo que abstraindo por um momento das heterovinculações derivadas do “*Ius Cogens*” e da CRP (*supra*), seria válida a terceira posição?

Mediante a “outorga” de uma competência, a ordem jurídica comporta-se activamente; cria uma alternativa de acção<sup>105</sup> (diversamente do que sucede com a maioria das liberdades clássicas), amplia o campo de acção do indivíduo<sup>106</sup>, embora o exercício da “competência” conduza também a deveres derivados do casamento.

<sup>100</sup> Como garantia institucional, a protecção não é apenas objectiva, mas também subjectiva; dá a subjectivização, ou seja, o direito a contrair casamento (cfr. ROBERT ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, (2.ª ed. em castelhana), pg. 211. No mesmo sentido em relação às “garantias constitucionais de institutos de Direito privado” (embora enjeite as “garantias de instituto”, a que ALEXY alude), MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *A justificação da propriedade privada numa Democracia constitucional*, diss., Almedina, Coimbra, 2007, pg. 792).

Em sentido mais mitigado, distinguindo, na senda de Doutrina alemã, entre “garantias institucionais de direitos fundamentais” (“*grundrechtlichen Einrichtungsgarantien*”), e garantias institucionais que não foram concebidas para servir um direito fundamental (“*grundrechtsfernen institutionellen Garantien*”), SÉRVULO CORREIA, *Direitos Fundamentais...*, pgs. 94-95.

<sup>101</sup> Para um juspublicista, a expressão “competência” não é a mais feliz, não podendo ser utilizada aqui senão com muitas reservas, dado que está incindivelmente ligada à teoria dos órgãos do Estado: é um elemento constitutivo do conceito de órgão; por outro lado, alicerça a contraposição entre o princípio da competência, em Direito Público, e o princípio da liberdade, em Direito Privado.

Tomamos a expressão na acepção utilizada por ALEXY.

<sup>102</sup> Cfr. ROBERT ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, (2.ª ed. em castelhana), pg. 209.

<sup>103</sup> No caso do casamento civil, a aquisição da qualidade de cônjuge depende da intervenção do funcionário do registo civil, no momento da celebração (casamento civil comum) ou em momento posterior (homologação de casamento urgente), sob pena de inexistência.

<sup>104</sup> No caso do casamento católico, a aquisição da qualidade de cônjuge depende da intervenção da entidade competente à luz do Direito Canónico.

<sup>105</sup> ROBERT ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, (2.ª ed. em castelhana), pg. 212.

<sup>106</sup> ROBERT ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, (2.ª ed. em castelhana), pg. 212.

Ao **operador triádico** da “competência” é permitido, senão mesmo imposto, emitir uma valoração sobre o comportamento a ser abrangido.

Essa valoração, à luz de outros bens constitucionalmente protegidos<sup>107</sup>, justifica, designadamente, os impedimentos matrimoniais (ou, pelo menos, contribui para essa fundamentação).

Há que envidar “*conceber os factos naturais ou sociais [como a diversidade sexual], que constituem o pressuposto de facto da norma de competência, com pressupostos de validade das normas de comportamento*”<sup>108</sup>.

Mesmo que se admitisse que o Legislador teria uma ampla margem de conformação, esta nunca poderia ser tida por ilimitada<sup>109</sup>.

Reconhece-se a protecção constitucional da homossexualidade<sup>110</sup>, bem como a discriminação contra os homossexuais.

Todavia, julga-se que o mecanismo de correcção dessa injustiça - aliás, já progressivamente atenuada - não é o de desfigurar uma característica conceitual do casamento, milenarmente praticada.

#### 4.3.2. Os institutos jurídicos são o reflexo dos fenómenos sociais.

Contudo, a inversa não é verdadeira; afigurando-se mesmo que nem todos os fenómenos sociais têm tradução jurídica<sup>111</sup>, ou certa tradução jurídica<sup>112</sup>, leia-se, no casamento.

A pretensão, por parte de pessoas, do mesmo sexo, de “publicitação” da sua união, nos mesmos termos do casamento, não procede.

O Estado não tem de ser um tabelião de tais reivindicações sociais.

A tolerância e a não discriminação não implicam um reconhecimento activo no instituto do casamento<sup>113</sup>.

<sup>107</sup> Ou, no caso do casamento católico, consagrados no Direito Canónico; *v. g.*, a impotência.

<sup>108</sup> ROBERT ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, (2.ª ed. em castelhano), pg. 207.

<sup>109</sup> Para a defesa desta ideia, em relação ao casamento, aludindo aos limites da lei natural, MESSIAS BENTO, *Itinerários do Direito Matrimonial*, pg. 102 (cfr. IDEM, *Reflectindo sobre o poder dos juízes*, in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, (I), Tribunal Constitucional, Coimbra Editora, 2003, pg. 282).

<sup>110</sup> PAULO OTERO foi um dos primeiros a defender a protecção constitucional da homossexualidade, na nossa Doutrina: “O legítimo exercício de cada ser humano em termos de preferência sexual” sem “expressão do inalienável direito à intimidade da vida privada” (PAULO OTERO, *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: Um perfil constitucional da bioética*, Almedina, Coimbra, 1999, pg. 79); acrescentando, em nota, a teoria alternativa de JACQUES ROBERT, in *Droits de l’homme...*, pp. 361 ss., que alicerça o reconhecimento jurídico da homossexualidade através do “direito ao respeito pela identidade das pessoas”.

Outro direito aventado para enquadrar essa mesma protecção é o direito ao desenvolvimento da personalidade, enquanto “*cluster-right*”.

<sup>111</sup> Cfr. ISABEL BANOND, *A ideia de liberdade e as suas plúrimas formas de teorização moderna e contemporânea em ordem à História da ideia política de liberdade*, in *Estudos em honra de Ruy de Albuquerque*, volume I, FDUL, Coimbra Editora, 2006, pg. 490.

<sup>112</sup> “O amor não significa necessariamente sexo nem implica necessariamente casamento. Baralhar tudo, falar abstractamente no «direito ao amor», não distinguir os sentimentos e as situações, só pode confundir – não contribui para esclarecer.” (JOSÉ ANTÓNIO SARAIVA, *Homossexualidade, amor e desejo* (7 de Março de 2009) (<http://sol.sapo.pt/Blogs/jas/default.aspx>)).

<sup>113</sup> Neste preciso sentido, referindo-se às uniões entre pessoas do mesmo sexo, cfr. PAULO MOTA PINTO, *Nota sobre o “imperativo” de tolerância e seus limites*, in *Estudos em Memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida*, Tribunal Constitucional, Coimbra Editora, 2007, pg. 778 (nota 110).

O argumento de “aceder” ao simbolismo do casamento não colhe<sup>114</sup>.

Julga-se, pelo contrário, que é claramente desproporcionado face ao objectivo; pois vem a atingir todo um universo de destinatários, que nada tem que ver com o assunto, e uma característica conceitual de um instituto sedimentado.

Não é preciso fazer com que o mundo rodopie, para reparar uma injustiça.

### 5. A “terceira posição e meia”

Se a posição referida, embora infrutífera, pode denotar alguma lógica, já a “terceira posição e meia”, adoptada na Exposição de motivos da proposta de lei, demonstra falta de coerência lógica, por duas ordens de razões:

- i) Adopta argumentos, não só da terceira, mas também da segunda posição, considerando a situação actual discriminatória;
- ii) Cinde o regime jurídico do casamento, em relação à possibilidade de adopção<sup>115</sup>, com argumentação insuficiente.

Centrando-nos no primeiro aspecto, é verdade que, na profusão de argumentos, a Exposição de motivos utiliza mais da terceira posição<sup>116</sup> do que da segunda.

Nessa medida, é também uma espécie de reedição póstuma da teoria da regulamentação das liberdades<sup>117</sup>, uma vez que degrada a igualdade em princípio exterior, fora da Constituição, inteiramente nas mãos do Legislador ordinário (tal como o direito de contrair casamento).

Contudo, a Exposição de motivos não deixa de invocar o princípio da igualdade<sup>118</sup> (!), considerando haver de uma discriminação, que seria removida<sup>119</sup>.

À semelhança de um aluno que estudou a matéria apressadamente, acrescenta, ao concluir:

*“A convicção profunda do Governo é que a eliminação das barreiras jurídicas ao casamento civil entre pessoas do mesmo sexo constituirá um grande avanço, sem dúvida de enorme significado, no sentido de uma sociedade mais tolerante e mais justa, com mais igualdade para todos.”*<sup>120</sup>.

<sup>114</sup> Julga-se, por exemplo, que não faria qualquer sentido “aceder” ao simbolismo dos trajes tradicionais de noiva e de noivo...

<sup>115</sup> Cfr. art.º 3.º do Decreto n.º 9/XI, de 10 de Março de 2010.

<sup>116</sup> A pretexto de “*melhor explicar e enquadrar a posição do legislador*” (Proposta de Lei n.º 7/XI/1.ª, Exposição de motivos, II), o texto transcreve várias passagens do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 359/2009, pretendendo fundamentar “*a liberdade de conformação do legislador ordinário para «optar e decidir» quanto ao casamento entre pessoas do mesmo sexo*”.

<sup>117</sup> *Supra*, n.º 4.1.3.

<sup>118</sup> Reclamando que esse “*movimento legislativo (...) tem claramente raiz nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade; toma em linha de conta a proibição constitucional de qualquer discriminação em razão da orientação sexual (expressamente consagrada no artigo 13.º da Constituição, no seguimento da VI Revisão Constitucional, de 2004)*” (Proposta de Lei n.º 7/XI/1.ª, Exposição de motivos, II, ênfase acrescentado).

<sup>119</sup> “*Esta iniciativa legislativa pretende, acima de tudo, pôr fim a uma velha discriminação, longa e aprofundadamente debatida na sociedade portuguesa. Uma discriminação, sem dúvida, causadora de exclusão e sofrimento para muitas pessoas – e que a evolução da consciência social torna hoje não apenas desnecessária mas verdadeiramente inaceitável.*” (Proposta de Lei n.º 7/XI/1.ª, Exposição de motivos, I).

<sup>120</sup> Proposta de Lei n.º 7/XI/1.ª, Exposição de motivos, VIII.

Esquece, porém, que a frase, com que pretende rematar a fundamentação de um diploma alegadamente “histórico”, se encontra em contradição com as afirmações precedentes.

Uma tal Exposição de motivos, expressando uma fundamentação contraditória – que não passaria num exame de lógica –, coloca em causa, a descoberta da finalidade da lei (isto é, o elemento teleológico, que deveria guiar o intérprete) – uma vez que as intenções proclamadas pelo Legislador se anulam; não iluminando o intérprete: estaria o Legislador criar um novo direito ou subdireito (“alargar o casamento”) ou, ao invés, estaria apenas a reconhecer algo que já decorreria da CRP?

A discussão na generalidade e as declarações posteriores propendem quase exclusivamente para a segunda posição.

Os argumentos da segunda e da terceira posição são logicamente inconciliáveis:

- i) ou havia discriminação inconstitucional, que deveria ser removida;
- ii) ou não haveria e tratar-se-ia de uma mera opção política, *possível*, mas não necessária, à luz da Constituição, cabendo na margem de conformação do Legislador.

Ora, o Direito, embora não se esgote na lógica, não pode afirmar-se contra ela, sob pena de negar o pressuposto de segurança que lhe inere e de negar o seu carácter científico-dogmático<sup>121</sup>.

**5.1.** Poderá questionar-se o enquadramento desta contradição na teoria dos vícios do acto legislativo.

Alguma Doutrina italiana considera a contraditoriedade, a incoerência ou a irrazoabilidade como vícios lógicos intrínsecos do acto<sup>122</sup>.

Este **vício de mérito**, por essa irrazoabilidade da lei (demonstrado através de incoerência e ilogicidade)<sup>123</sup>, é, porém, insindicável jurisdicionalmente.

Considera-se, pois, que, sem prejuízo de ter havido uma limitação da função legislativa pelas determinantes legais autónomas<sup>124</sup>, que, “*ab intra*”, em concreto, a si se auto-impôs<sup>125</sup>, essa autolimitação não é sindicável perante os tribunais.

Em todo o caso, fica desvanecida qualquer possibilidade de interpretação lógica (ou racional<sup>126</sup>), dado que não se descortina, com clareza, a “*ratio legis*”, o fundamento objectivo de um singelo conjunto de 5 artigos...

---

Curiosamente, também a solução espanhola mistura a liberdade de conformação do Legislador com o imperativo decorrente do princípio da igualdade - cfr. discurso do Primeiro-Ministro espanhol, JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ ZAPATERO, *apud* MIGUEL VALE DE ALMEIDA, *A chave do armário*, pgs. 105, 119.

<sup>121</sup> CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional*, I, 2.<sup>a</sup> ed., pg. 147.

<sup>122</sup> Cfr. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional*, I, 2.<sup>a</sup> ed., pg. 146.

<sup>123</sup> Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria...*, 7.<sup>a</sup> ed., pg. 1320; CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional*, I, 2.<sup>a</sup> ed., pg. 146.

<sup>124</sup> Cfr. GOMES CANOTILHO, *Constituição dirigente...*, pgs. 258-259.

<sup>125</sup> Cfr. GOMES CANOTILHO, *Constituição dirigente...*, pg. 258.

<sup>126</sup> Cfr. FRANCESCO FERRARA, *Interpretação e aplicação das leis* (capítulos III, IV e V do *Tratatto de Diritto Civile italiano*, vol. I, Roma, 1921), trad. de MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE, 4.<sup>a</sup> ed., Arsénio Amado – Editor Sucessor, Coimbra, 1987, pg. 141; (MANUEL DOMINGUES DE ANDRADE, *Ensaio...*, pgs. 22-23; A. SANTOS JUSTO, *Introdução ao Estudo do Direito*, 4.<sup>a</sup> ed., Coimbra Editora, 2009, 63.3.2, pg. 339: sendo o intérprete um colaborador do



Pode bem questionar-se se não cessará a própria lei<sup>127</sup>.

Para além disso, é susceptível de gerar responsabilidade política, a efectivar em eleições, perante o eleitorado.

**5.2.** Admita-se, porém, que a Exposição de motivos adopta a terceira posição.

O resultado seria o referido anteriormente: esse direito não poderia ser subsumido no art.º 16.º, n.º 1, carecendo de fundamentalidade (v. 6.2.2.).

**5.3.** Todavia, conforme se sublinhou, os discursos parlamentares (designadamente durante a discussão na generalidade e demais declarações políticas orais com carácter informais propendem inequivocamente para a segunda posição.

Ora, a Exposição de motivos da proposta de lei do Governo considera, ao citar a Jurisprudência do Tribunal Constitucional, que não havia qualquer discriminação na noção e regime do casamento

**5.4.** Em relação à adopção (art.º 3.º, n.º 1, da Lei n.º 9/2010), seria ocioso inquirir acerca da constitucionalidade dessa solução<sup>128</sup>.

É que não há uma inconstitucionalidade autónoma, devido à violação do princípio da igualdade, pois o parâmetro superior, que permitiria aferir o juízo da constitucionalidade, é o da norma do art.º 36.º, n.º 1, interpretado à luz da DU; não o expresso na lei ordinária... (diferentemente do que resulta do art.º 5.º da proposta de lei, conforme se demonstrará no n.º 6).

Por seu turno, a norma do n.º 2 do art.º 3.º é inconstitucional, por duas razões:

- i) pressupõe uma solução principal, que é desconforme com a Constituição;
- ii) ao proibir que “*Nenhuma disposição legal em matéria de adopção*” possa “*ser interpretada em sentido contrário ao disposto no número*” 1, vem a violar a reserva de Constituição; conforme se exporá de seguida.

## **6. O artigo 5.º da Lei n.º 9/2010, de 31 de Maio**

Ciente das dificuldades que o novo regime poderia criar, o Legislador pretendeu contorná-las, estabelecendo uma regra interpretativa das “*disposições legais relativas ao casamento e seus efeitos*”, em conformidade com essa mesma lei, “independentemente do género dos cônjuges”<sup>129</sup>.

---

Legislador (v. (JOÃO DE CASTRO MENDES, *Introdução ao Estudo do Direito*, p. 247), a importância da “*ratio legis*” é fundamental, como salienta o Professor SANTOS JUSTO.

<sup>127</sup> Cfr. o princípio “*cessante ratione legis cessat et lex ipsa*” (“*cessando a razão da lei, cessa a própria lei*”) (ou “*(...) cessat eius dispositio*” – cessa certa disposição) – cfr. JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução do Direito e ao Discurso Legitimador*, pg. 186; A. SANTOS JUSTO, *Introdução ao Estudo do Direito*, 4.ª ed., 64.4, pg. 344.

<sup>128</sup> Alegadamente por violação do princípio da igualdade ou da inconstitucionalidade de cisão da unidade de direitos de que os “cônjuges” gozariam (aspecto do regime do casamento civil).

<sup>129</sup> Cfr. o art.º 5.º constante da Lei n.º 9/2010, de 31 de Maio:

Há, desde logo, a violação de uma norma supraconstitucional, do art.º 16.º, ns. 1 e 2, da DU: esposos, num casamento, são um homem e uma mulher.

De seguida, averiguaremos as inconstitucionalidades.

### 6.1. A violação da reserva de Constituição

Há reserva de Constituição, em face da Constituição formal vigente, e tomando certas normas como normas proibitivas implícitas para o Legislador.

O Legislador constituinte, “ocupando o espaço”, preclui a possibilidade de normação por parte do Legislador ordinário.

Esta operação de determinação do instituto da reserva de Constituição não é, todavia, apriorística: julga-se que não existem matérias “naturalmente constitucionais” e necessariamente incluídas na reserva de Constituição; só perante o que se encontra prescrito em certa Constituição formal, em concreto, poderá demarcar o que é matéria reservada.

A reserva de Constituição (“*Verfassungsvorbehalt*”) pode, entretanto, assumir duas configurações<sup>130</sup>:

- i) a reserva de regulamentação;
- ii) a enunciação de tipicidade taxativa<sup>131</sup>.

O art.º 16.º, n.º 2, enquadra-se na primeira: a CRP previu uma regra hermenêutica de interpretação e de integração dos “preceitos constitucionais e legais”.

A disposição interpretativa citada (aliás, um enunciado de teor muitíssimo próximo, em termos literais, do art.º 16.º, n.º 2, da CRP) é notoriamente inconstitucional, pois invadiria a reserva de Constituição, que deve ser extraída do art.º 16.º, n.º 2, da CRP.

Tendo a CRP tomado posição acerca da interpretação dos preceitos legais em conformidade com a DU, criar uma regra alternativa – ainda que excepcional, de âmbito relativamente restrito ou sectorial – vulneraria, minimizaria a regra do art.º 16.º, n.º 2, e a DU, como segundo elemento de interpretação a ter em conta, logo a seguir ao elemento de partida, que é o elemento literal, constituído por uma “disposição” da CRP<sup>132</sup>.

---

“Artigo 5.º

*Disposição final*

*Todas as disposições legais relativas ao casamento e seus efeitos devem ser interpretadas à luz da presente lei, independentemente do género dos cônjuges, sem prejuízo do disposto no artigo 3.º.”*

<sup>130</sup> Acompanhamos JORGE MIRANDA - *Manual de Direito Constitucional*, tomo V, Actividade constitucional do Estado, 3.ª ed., Coimbra Editora, 2004, n.º 56.I, pgs. 197-198. Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 402/2008, de 29 de Julho (ns. 9 a 11); Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 403/2009, de 30 de Julho (sobre o Estatuto político-administrativo da Região Autónoma dos Açores) (pontos D) e E)) (<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090403.html>).

<sup>131</sup> Sobre esta, cfr., em geral, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *A tipicidade dos direitos reais*, Lisboa, 1968, pgs. 51, 52, 58.

<sup>132</sup> O 16.º, n.º 2, é a única regra de interpretação (é certo que apenas sobre um domínio, embora muitíssimo relevante) que se encontra na Constituição instrumental.

O valor estruturante dado à DU, na interpretação da Constituição formal portuguesa e do Direito ordinário, ficaria diminuído.

Ainda que se diga circunscrita à legislação ordinária, na verdade, o que parece estar em causa é uma interpretação autêntica da Constituição.

6.1.1. Esta norma é enfermada de várias inconstitucionalidades:

- i) orgânica, devido a falta de competência (exclusiva do Legislador constitucional), senão mesmo, talvez mais rigorosamente, noutra perspectiva, usurpação de poder constituinte<sup>133</sup>;
- ii) formal, dada a correspondente ausência de forma (: lei constitucional).

Por outro lado, as regras – vinculativas, entenda-se – de interpretação dos preceitos constitucionais e legais de e sobre direitos fundamentais são as que constam do art.º 16.º, n.º 2, da CRP.

Trata-se de matéria de uma prerrogativa do Legislador constituinte.

A definição de regras hermenêuticas, com esta natureza – pelo menos, aquelas que sejam similares -, fica assim reservada à esfera de normação própria do poder constituinte, retirando o poder de fixar idêntica regra ao Legislador ordinário, ao nível infraconstitucional.

Assim, não se trata de uma matéria na disponibilidade do Legislador ordinário, sendo, pelo contrário, excluída a sua intervenção conformadora<sup>134</sup>.

Existe, pois, uma dupla inconstitucionalidade material:

- i) em primeiro lugar, existe também uma na violação directa do art.º 36.º, n.º 1, interpretado à luz do art.º 16.º, n.º 1, da DU:

Sendo que a Constituição define a titularidade em termos plurissubjectivos diferenciados, está vedado à lei ordinária contrariar essa mesma titularidade, a pretexto de uma redefinição;

- ii) Há uma concomitante violação de reserva de Constituição, uma vez que viola o conteúdo essencial descritivo da liberdade de casamento e, conseqüentemente, o “núcleo duro” do direito, do âmbito normativamente protegido.

Ao Legislador está vedada a redefinição do conteúdo essencial do direito<sup>135</sup>; não lhe é permitida a adulteração do bem jurídico (“*Schutzgut*”) protegido, que inclui homem e mulher; pois isso implicaria deformar o direito e uma inversão da hierarquia de fontes.

---

Outros princípios específicos de interpretação constitucional têm apenas apoio doutrinário.

As regras gerais contidas no art.º 9.º, n.º 1 e 2, do CC, estão sujeitas a uma interpretação conforme integradora, em harmonia com o art.º 16.º, n.º 2, da CRP (o mesmo vale para o art.º 10.º, n.º 1, do Código Civil: antes da “*analogia legis*”, está a DUDH).

<sup>133</sup> Se se pretender transpor, por analogia, a terminologia utilizada a propósito dos vícios do acto administrativo.

<sup>134</sup> Cfr. MARIA LÚCIA AMARAL, declaração de voto junta ao Acórdão do TC n.º 403/2009, de 30 de Julho; GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria...*, 7.ª ed., pg. 247; MANUEL AFONSO VAZ, *Lei e reserva da lei*, pgs. 291, 370.

<sup>135</sup> Art.º 18.º, n.º 3, da CRP, por argumento de maioria de razão.

Arrogando-se a redefinição do “*Tatbestand*” normativo, do pressuposto da diversidade sexual, o Legislador ordinário vem a rebelar-se contra o disposto na Constituição.

6.1.2. Perguntar-se-á se ambas as espécies de inconstitucionalidade (orgânica e material) serão cumuláveis, numa relação de concurso real, ou se haverá uma relação de concurso aparente.

JORGE MIRANDA, pronunciando-se especificamente quanto a actos legislativos, defende que a inconstitucionalidade material prevalece sempre, consumindo as inconstitucionalidades formais<sup>136</sup>.

Temos algumas reservas em relação a este entendimento. Haveria duas alternativas:

- a) Ou se considera haver um concurso real, cumulando-se ambas as inconstitucionalidades;
- b) Ou, a haver concurso aparente, em bom rigor, as inconstitucionalidades materiais seriam consumidas, pois os requisitos de qualificação<sup>137</sup> (que apenas podem ser respeitantes a inconstitucionalidades orgânicas ou formais<sup>138</sup>), precedem e prevalecem sobre os requisitos de validade “*stricto sensu*”.

Tomando como pontos de apoio os conceitos trabalhados<sup>139</sup>, julga-se que a posição mais adequada é a segunda.

6.2. Escusado será reiterar que, ao invés do que a lei pretende, todas as disposições legais que se referem a “cônjuges”, “pessoas casadas”, deverão ser interpretadas como referidas a homem e mulher, por força da conjugação do art.º 36.º, n.º 1, da CRP, com o art.º 16.º, n.º 1, da DU (“*ex vi*” regra interpretativa do 16.º, n.º 2, da CRP).

6.3. Em síntese, numa lei muita curta em termos quantitativos (cinco artigos), não há nenhuma norma susceptível de ser salva (a par de uma Exposição de motivos com fundamentação contraditória), panorama agravado por uma outra inconstitucionalidade grosseira, a rematar o diploma.

---

Deste preceito, extrai-se uma reserva de Constituição na definição do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais. Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual...*, V, 3.ª ed., n.º 55.II, pg. 197; MANUEL AFONSO VAZ, *Lei e reserva da lei*, pgs. 294, 297, 322, 327-333, 341, 344 (este Autor considera o conteúdo essencial como uma “reserva absoluta da Constituição” (nas pgs. 297, 327-333, 341)).

O 18.º, n.º 3, explicitamente refere-se ao caso mais comum, das restrições.

Todavia, a reserva de Constituição é mais lata; entende-se, por maioria de razão, que afecta qualquer redefinição daquilo que não voltar a ser definido; ainda que no intuito de alargar; pois isso deformaria o conteúdo ingente do direito fundamental em questão e a garantia institucional correspondente.

<sup>136</sup> JORGE MIRANDA, *Manual...*, V, 3.ª ed., n.º 55.II, pg. 197.

<sup>137</sup> Requisitos de recondução dos actos aos tipos constitucionalmente previstos - MIGUEL GALVÃO TELLES, *Sumários desenvolvidos relativos ao Título II da Parte III do Curso (Direito Constitucional Português Vigente)*, AAFDL, Lisboa, 1971, pg. 75.

<sup>138</sup> Com este entendimento, cfr. JORGE MIRANDA, “*Manual de Direito Constitucional. Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição*”, tomo VI, 3.ª ed., revista e actualizada, Coimbra Editora, 2008, n.º 24.II, pg. 95.

<sup>139</sup> Por MIGUEL GALVÃO TELLES (*Sumários desenvolvidos...*, 1970-71, pg. 75) e por JORGE MIRANDA.

7. Não optamos pela via referendária, em coerência, uma vez que rejeitamos a terceira e a quarta posições; e pela enorme petição de princípio que implicaria: a de admitir que, afinal, a matéria não seria inconstitucional (nem sequer conforme à Constituição, segundo os defensores da segunda posição), mas meramente política.

O referendo tem sido um verdadeiro “cavalo de Tróia” para os defensores do “não”, pois admite a conformidade constitucional do “sim”.

Fazer um referendo faria descer a questão ao nível da liberdade de conformação do Legislador ordinário. Ora, esta é uma matéria que, na verdade, se encontra regulada pela Constituição.

7.1. Por fim, formulamos um voto: o de que a lei seja revogada.

A Assembleia da República tem o poder e o dever de o fazer, verificando a existência da invalidade e repondo a juridicidade; à luz da competência genérica para vigiar pelo cumprimento da Constituição (art.º 162.º, al. a)), sendo aqui aplicável o princípio do autocontrolo da validade<sup>140</sup>.

7.2. Em alternativa à revogação da lei, e face à posição assumida pelo TC, sempre existe a possibilidade de a questão ser clarificada em sede de revisão constitucional.

Apesar de não sermos favoráveis, em geral, a um revisionismo constitucional<sup>141</sup>, dada a importância da matéria, se dúvidas houvesse, a questão poderia ser resolvida, cirurgicamente, nessa sede, ao nível do poder constituinte derivado<sup>142</sup>.

Procurando não alterar a numeração do preceito, propomos o seguinte articulado:

#### Artigo 36.º

(Casamento, família e filiação)<sup>143</sup>

1. O homem e a mulher têm o direito de contrair casamento em condições de plena igualdade. Todos têm o direito de constituir família, o elemento natural e fundamental da sociedade<sup>144</sup>.

---

<sup>140</sup> Neste sentido, PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português*, II, 1.ª ed., 12.10, I, pgs. 69-70.

<sup>141</sup> Em sentido contrário ao “frenesim constitucional”, Autores de renome na Doutrina, a começar por JORGE MIRANDA (in *Acabar com o frenesim constitucional*, in *Nos 25 Anos da Constituição da República Portuguesa de 1976. Evolução Constitucional e Perspectivas Futuras*, AAFDL, Lisboa, 2001, pgs. 653 ss.).

<sup>142</sup> Esse foi o caminho encetado pela maioria dos Estados federados norte-americanos.

<sup>143</sup> Justifica-se a inversão, na epígrafe, colocando em primeiro lugar o casamento.

<sup>144</sup> Embora, em geral, seja de evitar definições por parte do Legislador, este aditamento justifica-se, pois se encontra previsto no art.º 16.º, n.º 3, da DUDH.

Evidentemente que, no direito de constituir família, se aplica, por argumento de maioria de razão, o direito especial de igualdade, enunciado na 1.ª parte do preceito.

### 7.3. Em nosso entender, tem faltado cultura e consciência de Constituição.

A interpretação desta tem um significado decisivo para a preservação e consolidação da sua força normativa<sup>145</sup>.

Este poderá ser um passo histórico na revitalização da força normativa da Constituição e do 16.º, n.º 2, em particular.

Urge, pois, defender a Constituição e a sua força normativa<sup>146</sup>, uma solução, pacífica segundo as várias tradições dos povos, em particular do povo português.

---

IVO MIGUEL BARROSO

Portal Verbo Jurídico | 03-2015

---

<sup>145</sup> Neste sentido, cfr. KONRAD HESSE, *A força normativa da Constituição*, (*Die normative Kraft der Verfassung*), (Mohr, Tubinga), trad. de GILMAR FERREIRA MENDES, Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 1991, II.2.b, pg. 22.

<sup>146</sup> Cfr. KONRAD HESSE, *A força normativa da Constituição*. Na lição deste Autor, “*Quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há-de ser o desenvolvimento da sua força normativa.*” (II.2, pg. 20).