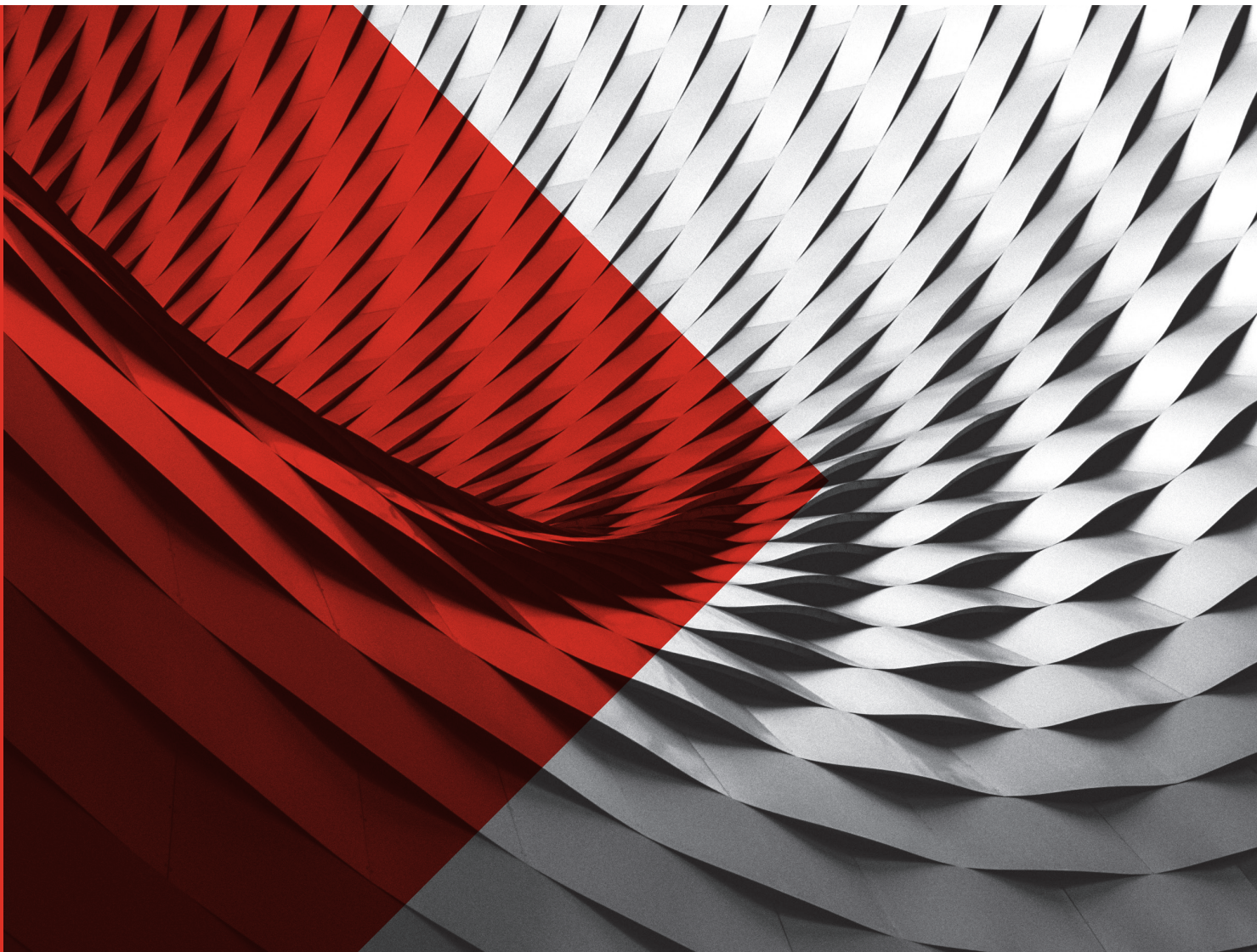


IMPLICARÁ O ARTIGO 36.º, NÚMERO 1, DA CONSTITUIÇÃO DE 1976 QUE O CASAMENTO SEJA HETEROSSEXUAL?

IVO MIGUEL BARROSO



Implicará o artigo 36.º, número 1, da Constituição de 1976 que o casamento seja heterossexual?

Ivo Miguel Barroso*

SUMÁRIO. Introdução. Preliminares - O contributo da Declaração Universal dos Direitos do Homem para a interpretação da expressão “*Todos*”, do artigo 36.º, n.º 1, da Constituição Portuguesa. 1. A Constituição portuguesa define o conceito de casamento como necessariamente heterossexual. 2. Os fundamentos do bem jurídico do casamento. 3. Consequências da posição adoptada. 4. Reflexões finais

Palavras-chave: casamento, casamento entre pessoas do mesmo sexo, heterossexualidade, Declaração Universal dos Direitos do Homem, inconstitucionalidade, 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

Keywords: marriage, same-sex marriage, heterosexuality, 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

Introdução

Face à alteração da definição de casamento, constante do art. 1577.º do Código Civil, por parte do art. 2.º Lei n.º 9/2010, de 31 de Maio, que consagrou o “casamento” entre pessoas do mesmo sexo, importa responder à seguinte questão:

Face à Constituição portuguesa, o conceito de casamento é heterossexual, isto é, é necessariamente celebrado entre um homem e uma mulher; ou, pelo contrário, o art. 36.º, n.º 1, da CRP, conjugado com o art. 13.º, n.º 2, implica que o casamento possa ser tanto heterossexual, como celebrado entre pessoas do mesmo sexo; ou ainda, numa terceira hipótese,

* Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestre em Direito pela mesma Universidade.

Artigo publicado in *Direito & Política*, n.º 7, Diário de Bordo, Lisboa, Maio-Agosto de 2014, pgs. 46-72. 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; al. = alínea; anot. = anotação; art. = artigo; diss. = dissertação; ed. = edição; n./n.º = número; ns. = números; Rn. = n.º à margem da página (“*Randnummer*”); s.d. = sem data; s.l. = sem local; vol. = volume.

como refere a Jurisprudência do TC (Acórdãos números 359/2009 e 121/2010), a definição e densificação da heterossexualidade caberia ao Legislador ordinário, não esse elemento essencial definido na Constituição?

Procederemos a uma análise dogmática, à luz da CRP, independentemente de se poder considerar, com razão, que outras fontes, como as normas costumeiras de “*Ius Cogens*” (em estreita ligação com a tradição e os elementos da História do casamento), regulam a questão¹.

Neste artigo, daremos apenas a nossa opinião; ou seja, delinearemos a “*pars construens*” do nosso raciocínio.

Não procederemos à análise dos argumentos das posições que não perfilhamos, designadamente à análise do argumento do princípio da igualdade².

Preliminares

O contributo da Declaração Universal dos Direitos do Homem para a interpretação da expressão “*Todos*”, do artigo 36.º, n.º 1, da Constituição Portuguesa

Independentemente da solução que resulte do Direito Internacional Público (designadamente do “*Ius Cogens*”), a análise que empreenderemos não leva em linha de conta uma eventual interpretação do enunciado constitucional em conformidade com normas “*iuris cogentis*”.

Averiguaremos qual a solução que resulta da CRP, tomada isoladamente, independentemente da superioridade das fontes supraconstitucionais.

Com efeito, o “*Ius Cogens*” é considerado por alguma Doutrina como subsidiário, pelo que haverá interesse em averiguar se a CRP

¹ V. IVO MIGUEL BARROSO, *A heterossexualidade como característica ‘sine qua non’ do conceito de casamento, à luz do ‘Ius Cogens’*, in *Lex Familiae. Revista Portuguesa de Direito da Família*, Centro de Direito da Família, Coimbra Editora, ano 10, n.º 17, 2013.

Aí, defendemos desenvolvidamente que, do art. 16.º, n.º 1, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, resulta necessariamente a heterossexualidade do casamento.

Se uma norma constitucional contradisser a norma “*iuris cogentis*”, sucederá um fenómeno de ilegalidade “*sui generis*”.

À luz da teoria monista, com primado do Direito Internacional, a norma constitucional será inválida.

Porém, adoptando uma teoria dualista, não é descabido empreender uma análise “*a se*” do preceito da Constituição interna.

² Quanto à análise das posições da Jurisprudência constitucional, procedemos à crítica das mesmas noutro lado – v. IVO MIGUEL BARROSO, *Casamento entre pessoas do mesmo sexo: um «direito fundamental» à medida da lei ordinária?*, 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) (também publicado in *Revista de Direito Público*, ano II, n.º 4, Julho / Dezembro de 2010, Instituto de Direito Público, pgs. 223-261), n.º 4.

consagra uma solução idêntica, harmónica ou discrepante com as fontes supraconstitucionais.

As disposições da Constituição relativas a direitos fundamentais, como é o caso do artigo 36.º, devem ser interpretadas de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, conforme a injunção do artigo 16.º, n.º 2³.

Antes da operação interpretativa, existe apenas um fragmento da Constituição-enunciado. Para que uma ou mais normas constitucionais sejam obtidas, haverá que lançar mão de todos os elementos interpretativos tradicionais, bem como dos princípios constitucionais.

A especificidade da interpretação dos preceitos da Constituição é o de que haverá que cotejar o enunciado da CRP, o elemento literal, com o elemento hermenêutico comparativo⁴ da Declaração Universal.

Só depois virão os outros restantes elementos de interpretação.

Antes da operação interpretativa, existe apenas uma formulação da Constituição-enunciado (ou “Constituição-texto”). Para que uma ou mais normas constitucionais sejam obtidas, haverá que lançar mão de todos os elementos interpretativos, bem como dos princípios constitucionais.

A especificidade da interpretação dos preceitos da Constituição é o de que haverá que cotejar o enunciado da CRP, o elemento literal, com o elemento hermenêutico comparativo⁵ da DUDH.

Só depois virão os outros restantes elementos de interpretação.

Cotejando a positivação do direito a contrair casamento, constante do art.º 36.º da CRP, e o art.º 16.º da DUDH, chegamos ao seguinte quadro:

³ Para um desenvolvimento sucinto sobre este aspecto, cfr. IVO MIGUEL BARROSO, *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, in *Enciclopédia da Constituição Portuguesa*, coordenação de JORGE BACELAR GOUVEIA / FRANCISCO PEREIRA COUTINHO, Quid Juris, Lisboa, 2013, pgs. 100-102.

⁴ Elemento interpretativo novo, teorizado por PETER HÄBERLE.

⁵ Parafraseando PETER HÄBERLE.

	CRP	DUDH
Titularidade	“Todos”	“o homem e a mulher”
Capacidade matrimonial ⁶	—	“A partir da idade núbil” ⁷
Acordo para a celebração	—	“o livre e pleno consentimento dos futuros esposos” ⁸
direito especial de igualdade na celebração do casamento	“em condições de plena igualdade” ⁹	“sem restrição alguma de raça, nacionalidade ou religião”
direito especial de igualdade na constância do	“Os cônjuges têm iguais direitos e deveres quanto à	“Durante o casamento (...), ambos têm direitos

⁶ A capacidade matrimonial não coincide com a capacidade negocial (ou contratual), sendo antes mais exigente (como é reconhecido pelos Autores da especialidade - cfr. PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil. Anotado*, IV, 2.^a ed., anot. ao art.º 1600.º, pg. 78; ANTUNES VARELA, *Direito da Família*, 1.º volume, 5.^a ed., 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).

A capacidade natural dos nubentes, no Direito Romano, exigia a capacidade de procriar, o que seria aferido pela puberdade (esta seria atingida pela mulher, aos 12 anos; e pelo homem, aos 14, segundo a prevalecente orientação proculeiana: GAIUS, 1, 196; C.5, 60, 3 (A. SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – IV (Direito da família)*, colecção *Studia Iuridica* do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 66-67; DAVID MAGALHÃES, *Apontamento sobre o “matrimónio” de pessoas do mesmo sexo no Direito Romano*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXXV, 2009, pg. 817). Assim, o “*castratus*” estava impedido de contrair matrimónio (D.23.3, 39, 1).

Sobre a capacidade de operar em matéria matrimonial, no Direito Canónico, JOSÉ ANTÓNIO GOMES DA SILVA MARQUES, *Capacidade e incapacidade consensual por falta do suficiente uso da razão (Cân. 1095, 1.º)*, in *Relevância jurídica do consentimento matrimonial, Actas das VIII Jornadas de Direito Canónico. 1-3 Maio 2000*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2001, pgs. 84-87, 90; HÉCTOR FRANCESCHI F., *La incapacidad relativa en la Doctrina y Jurisprudência: una respuesta desde la perspectiva antropológico-jurídica*, *ibidem*, pg. 263.

⁷ Apesar de parcialmente indeterminada ao nível do Direito Internacional, a idade núbil é um conceito que não pode ser desfigurado (para referências a concretizações em ordenamentos estrangeiros, ANTUNES VARELA, *Direito da Família*, 1.º volume, 5.^a ed., Petrony, Lisboa, 1999, pg. 222 (nota)). Nesse sentido, o Acórdão da Comissão Constitucional n.º 95, de 3 de Maio de 1978 (relatado por JORGE MIRANDA), considerou que a norma do art.º 1601.º, al. a), do CC, na redacção de 1966, na parte em que fixava uma idade núbil para os indivíduos do sexo feminino inferior à estabelecida para os indivíduos do sexo masculino, infringia a Constituição; devendo ser aplicado o preceito “*mais favorável ou o que melhor*” se integrasse “*no espírito do sistema jurídico*”; aplicando, no caso concreto, o preceito que fixava a idade núbil aos 16 anos também às mulheres e não aplicado, por inconstitucional, o que fixava aos 14 (in *Jurisprudência constitucional escolhida*, volume I, JORGE MIRANDA, Universidade Católica Editora, Lisboa, 1996, pg. 33).

Em sentido contrário, considerando que a discriminação, feita no texto originário da al. a), “*assentava em razões de carácter puramente fisiológico ou orgânico, que nada têm a ver com o princípio da igualdade política ou jurídica entre os sexos*” (adiantando também idêntica solução do Direito canónico – cânone 1083.º, § 1.º, do Código de 1983, que preceitua que “*O homem antes de dezasseis anos completos de idade e a mulher antes de catorze anos também completos não podem contrair matrimónio válido*”; cfr. também cânone 1057.º, § 1.º: “*Origina o matrimónio o consentimento entre pessoas hábeis por Direito (...)*”), PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil. Anotado. Volume IV (Artigos 1576.º a 1795.º)*, 2.^a ed. revista e actualizada, Coimbra Editora, 1992, anot. ao art.º 1601.º, pg. 82; também ALMENO DE SÁ considerava que a diferenciação da idade núbil, com a fixação de um limite mais baixo para o sexo feminino, poderia “*ser sustentada*” por “*razões de pura natureza fisiológica, que em nada contendem (...)* com” o direito previsto no art.º 36.º, n.º 1 ou com o princípio da igualdade (in *A revisão do Código Civil e a Constituição*, in *Revista de Direito e Economia*, ano III, n.º 2, Julho-Dezembro de 1977, pg. 472).

⁸ Art.º 16.º, n.º 2, da DUDH.

Com efeito, o mútuo consenso é um elemento essencial de qualquer contrato.

matrimónio ¹⁰	<i>capacidade civil e política e à manutenção e educação dos filhos.</i> ¹¹	iguais”
dissolução	Reenvio para a lei: “ <i>A lei regula os efeitos (...) da sua dissolução</i> ” ¹²	direito especial de igualdade aquando da dissolução: “ <i>na altura da (...) dissolução, ambos têm direitos iguais</i> ” ¹³

1. A Constituição portuguesa define o conceito de casamento como necessariamente heterossexual

O inciso “*Todos têm o direito (...) de contrair casamento*”, constante do art.º 36.º, n.º 1¹⁴, deverá ser interpretado à luz do art.º 16.º, n.º 1, 1.ª

⁹ Considerando que, através deste inciso do 36.º, n.º 1, 2.ª parte, o legislador apenas quis proibir a consagração de impedimentos ao casamento “*sem justificação objectiva em interesses públicos fundamentais*”, CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed. por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO, Coimbra Editora, 2005, pg. 160 (nota 157) (na 3.ª ed., pg. 148 (nota)).

¹⁰ A afirmação, segundo a qual “[a] proclamação da regra geral da capacidade matrimonial envolve, em princípio, a condenação e o afastamento de todas as restrições à celebração do casamento, fundadas na diferença de credos religiosos, de nacionalidade, de raça, de cor da pele ou de condições sociais” (PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil. Anotado*, IV, 2.ª ed., anot. ao art.º 1600.º, pg. 78), é imprecisa. É que os princípios da universalidade (art.º 12.º) e da igualdade (art.º 13.º) não se confundem. Por isso, e também por razões garantísticas, esta regra especial de igualdade deve ser enunciada.

¹¹ Art.º 36.º, n.º 3, da CRP.

Sobre a igualdade de deveres dos cônjuges na manutenção dos filhos, AMÉLIA DE AZEVEDO, *Sessão n.º 38, em 28 de Agosto*, de 1975, in *Diários da Assembleia Constituinte*, II, pg. 1081; HERMEFILDA PEREIRA (declaração de voto, *ibidem*, pg. 1082); e DIOGO FREITAS DO AMARAL (*ibidem*, pg. 1082).

¹² Art.º 36.º, n.º 2, da CRP.

¹³ Esta dissolução deve ser entendida restritivamente, como dissolução do casamento durante a vida dos cônjuges (a expressão inicial “divórcio” - aplicável aos Estados ocidentais - foi substituída por “dissolução” (por proposta de RENÉ CASSIN, para assim abranger “*todas as formas de separação*”, não só o divórcio), mas deve ser objecto de interpretação restritiva) – cfr. ALBERT VERDOODT, *Naissance et signification de la Déclaration Universelle des droits de l’homme*, pg. 169.

¹⁴ 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 adulterar 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).

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*, in *Família, Consciência*,

parte, da DUDH¹⁵: “o homem e a mulher têm o direito de casar (...)” entre si, reciprocamente.

Analiticamente daqui resulta o seguinte:

- i) “*todos*”, homens e mulheres, têm o direito de casar livremente¹⁶;
- ii) Só há casamento quando contraído entre homem e mulher¹⁷;
- iii) Ou seja, “*todos*” não pode significar “casamento” de homens com homens ou de mulheres com mulheres – significa, sim, casamento de um homem com uma mulher¹⁸.

O elemento literal da DUDH – “o homem e a mulher” – não está referido no art.º 36.º, n.º 1.

Porém, em virtude da norma que estende a força da Constituição, do ponto de vista do resultado final da interpretação jurídica, tudo funciona como se aí estivesse “*ab initio*” (cfr. art.º 16.º, n.º 2).

Quando há um sucesso interpretativo, o art.º 16.º, n.º 2, da CRP faz com que haja um laço incidível entre a Constituição portuguesa e a DUDH¹⁹. Esta “entrelaça-se” com revelação do sentido da disposição da Constituição-texto, 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. Isso, para além de contrariar o princípio da unidade da Constituição. Parafraseando PETER HÄBERLE, esse inciso não existe enquanto tal; existe apenas como parte da norma jurídica interpretada²⁰.

Secularismo e Religião, Coordenação Científica de GUILHERME DE OLIVEIRA / JÓNATAS MACHADO / ROSA MARTINS, Coimbra Editora, 2010, pg. 23 (disponível também em <http://casamentomesmosexo.org/tmp/aidnec.pdf>).

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 civilização egípcia), existem valores constitucionais de tutela da pessoa humana que a precludem.

¹⁵ JORGE MIRANDA alude a “*sentido sistemático integrador*” (in *O Tribunal Constitucional em 2010*, in *O Direito*, ano 143.º, 2011, I, pg. 178). Com o devido respeito, discordamos, pois crê-se tratar-se de interpretação, não de integração de lacunas.

¹⁶ JORGE MIRANDA, *O Tribunal Constitucional em 2010*, in *O Direito*, ano 143.º, 2011, I, pg. 178.

¹⁷ JORGE MIRANDA, *O Tribunal Constitucional em 2010*, in *O Direito*, ano 143.º, 2011, I, pg. 178.

¹⁸ JORGE MIRANDA, *O Tribunal Constitucional em 2010*, in *O Direito*, ano 143.º, 2011, I, pg. 178.

¹⁹ É certo que a CRP remete os requisitos do casamento para a lei ordinária (cfr. art.º 36.º, n.º 2) (v. IVO MIGUEL BARROSO, *Casamento entre pessoas do mesmo sexo: um «direito fundamental» à medida da lei ordinária?*, in *Lex Familiae. Revista Portuguesa de Direito da Família*, Centro de Direito da Família, Coimbra Editora, ano 7, n.º 13, 2010, pgs. 65-66).

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

²⁰ “*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

1.1. 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 a DUDH.

Fundamentamos esta asserção no lugar paralelo “*preceitos constitucionais*”, utilizada nos artigos 16.º, n.º 2, e 18.º, n.º 3.

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

É certo que o papel no apuramento do conteúdo essencial não é a única função da DUDH face à Constituição instrumental. O que se afirma é que a DUDH tem um papel relevante nesse plano.

Repare-se, assim, como as expressões “*Todos*” do art.º 36.º, n.º 1, e “*em condições de plena igualdade*”, do mesmo número, terão de ser interpretados em conformidade com a DUDH; ou seja, no sentido de o conteúdo essencial da titularidade entrecruzada estar circunscrita ao homem e à mulher, reciprocamente.

Em conclusão, “o homem e a mulher” diverge de todas as restantes formas “*standard*” de enunciados deônticos²¹.

O 16.º, n.º 1, da DUDH é uma norma que especifica que homem e mulher têm a “competência” de contrair casamento²² 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.

1.2. Ao contrário do que a segunda posição (que considera que o princípio da igualdade exige que o Legislador consagre o casamento entre pessoas do mesmo sexo, sob pena de inconstitucionalidade material²³) e, ao que parece, a terceira posição (adoptada pelo TC, no Acórdão n.º 359/2009)²⁴, pressupõem, a exigência de celebração do casamento entre homem e

SCHWEGMANN, Nomos, Baden-Baden, 1976, pg. 313).

²¹ 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.

²² Cfr. ROBERT ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, (2.ª ed. em castelhano), pg. 206 (nota 168).

²³ V. IVO MIGUEL BARROSO, *Casamento entre pessoas do mesmo sexo: um «direito fundamental» à medida da lei ordinária?*, in *Lex Familiae. Revista Portuguesa de Direito da Família*, Centro de Direito da Família, Coimbra Editora, ano 7, n.º 13, 2010, pg. 58.

²⁴ Cfr. IVO MIGUEL BARROSO, *Casamento entre pessoas do mesmo sexo: um «direito fundamental» à medida da lei ordinária?*, in *Lex Familiae. Revista Portuguesa de Direito da Família*, Centro de Direito da Família, Coimbra Editora, ano 7, n.º 13, 2010, pgs. 63-68.

mulher não se trata de uma restrição a um direito fundamental²⁵; trata-se, sim, da delimitação do âmbito normativo²⁶.

Por isso, a argumentação em favor do princípio do tratamento mais favorável não se justifica nesta questão²⁷.

1.3. O resultado interpretativo a que chegamos é confirmado pelo princípio da unidade da Constituição²⁸.

É que a Constituição deve ser encarada na sua globalidade²⁹; neste caso, com arrimo ao art.º 16.º, n.º 2, que alumia o sentido do art.º 36.º, n.º 1; e também tendo em conta os bens jurídicos protegidos do casamento, da maternidade e da paternidade, como elementos essenciais para a própria preservação da espécie (*infra*).

Como KONRAD HESSE postula, da interdependência das partes da Constituição decorre que o olhar do intérprete não se deve dirigir para uma norma isolada, mas sempre para o sistema de conexões em que a mesma se encontra³⁰, conseguindo desde modo duas mais-valias: i) evitar as contradições (antinomias, antagonismos) com outras normas constitucionais³¹; ii) manter a sintonia com as decisões fundamentais da Constituição³².

1.4. Ainda se poderia acrescentar o elemento histórico, de os constituintes terem pressuposto a heterossexualidade como elemento constitutivo do conceito de casamento³³.

²⁵ Em sentido contrário do que a segunda posição defende, bem como DUARTE SANTOS (in *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. 294).

²⁶ Ainda que se considerasse uma restrição – raciocínio que não acompanhamos –, ela seria autorizada expressamente pela Constituição (art.º 18.º, n.º 2, 1.º inciso), interpretada à luz da DUDH.

²⁷ Diversamente do que o TC defendeu, no Acórdão n.º 121/2010.

²⁸ Este princípio, a par de outros, foi teorizado por KONRAD HESSE, tendo tido acolhimento doutrinário.

²⁹ GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria...*, 7.ª ed., pg. 1223.

³⁰ KONRAD HESSE, *Elementos de Direito Constitucional...*, trad., Sergio António Fabris, Rn. 71. Aludindo à necessidade de interpretar a Constituição como “*um todo orgânico*”, ENRIQUE ÁLVAREZ CONDE, *Curso de Derecho Constitucional*, I, 5.ª ed., Tecnos, Madrid, 2005, pg. 178.

³¹ Também neste sentido, GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, pg. 1223.

³² KONRAD HESSE, *Elementos de Direito Constitucional...*, trad., Sergio António Fabris, Rn. 71, pgs. 63-64; JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *Como ler a Constituição — Algumas coordenadas*, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, volume III, org. de JORGE MIRANDA / ANTÓNIO MENÉZES CORDEIRO / EDUARDO PAZ FERREIRA / JOSÉ DUARTE NOGUEIRA, Almedina, Coimbra, 2010, pg. 516.

³³ Nesta linha, DIOGO FREITAS DO AMARAL (jornal i, 19 de Março de 2010): “*neste caso não há margem para interpretações actualistas. Não se pode ir ao ponto de contrariar a intenção original da lei, neste caso da Constituição da República Portuguesa.*”; COSTA ANDRADE: a definição de casamento da Constituição “*está vinculada a uma certa concepção de casamento [heterossexual].*” (jornal i, 17 de Dezembro de 2009); BENJAMIM RODRIGUES, declaração de voto junta ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 121/2010, n.º 6; DUARTE SANTOS, *Mudam-se os tempos, mudam-se os casamentos?*, pgs. 336-337, 341.

Em nosso entender, porém, não cabe insistir, no contexto do presente escrito, no elemento genético; isto é, de os constituintes, ao aprovarem a Constituição, terem pressuposto a heterossexualidade na celebração do casamento-acto e no casamento “*in fieri*”³⁴.

É certo que os constituintes de 1976 tiveram apenas em mente o casamento entre pessoas de sexo diferente e, daí, uma interpretação de pendor subjectivista ou, noutra perspectiva, historicista³⁵.

Sem prejuízo do relevo da tradição, não insistimos muito nestes argumentos.

É que o pressuposto da heterossexualidade é inferido de dados objectivos do sistema, com um grau bem maior de segurança, do que o do elemento genético de interpretação.

O ponto que se pretende aclarar é que a interpretação actualista não se trata apenas de um aspecto inerente ao elemento histórico, mas de algo que decorre, já de si, da própria interpretação do preceito.

1.5. A impossibilidade de proceder a uma interpretação evolutiva ou mesmo actualista

Em sentido contrário, desvalorizando este argumento, o aresto do TC refere: “*não houve qualquer opção deliberada na matéria que agora nos ocupa no sentido de proibir a evolução da instituição matrimonial. O problema era político-juridicamente desconhecido, pelo que o elemento histórico deve ser mobilizado com cautelas (...)*” (Acórdão do TC n.º 121/2010, n.º 18) (embora refira, a nosso ver erroneamente, que o elemento subjectivo deve ser “mobilizado com” cautelas na interpretação constitucional, quando, ao invés, a nosso ver, o elemento subjectivo tem maior importância na interpretação das disposições da Constituição do que nas da lei ordinária).

³⁴ Aspecto salientado por DIOGO FREITAS DO AMARAL.

Com efeito, alguns Projectos de Constituição referiam-no expressamente:

a) “*O casamento consiste na união voluntária de um homem e uma mulher com o fim de constituírem legitimamente a família.*” (Projecto de Constituição apresentado pelo Movimento Democrático Português (MDP/CDE), Suplemento ao número 16, 24 de Julho de 1975, in *Diários da Assembleia Constituinte. 2 de Junho de 1975 a 2 de Abril de 1976*, volume I, Assembleia da República, Lisboa, 1995 (original: *Diário da Assembleia Constituinte*, 1975), pgs. 358-(25), art. 24.º, n.º 2);

b) Ainda mais próximo do art. 16.º, n.º 1, da DUDH, o Projecto de Constituição apresentado pelo PPD preceituava: “*Os homens e as mulheres, a partir da idade núbil, têm direito, sem qualquer restrição por motivos de raça, cidadania ou religião, de casar e constituir família (...)*” (Projecto de Constituição apresentado pelo Partido Popular Democrático, Suplemento ao número 16, 24 de Julho de 1975, in *Diários da Assembleia Constituinte. 2 de Junho de 1975 a 2 de Abril de 1976*, volume I, Assembleia da República, Lisboa, 1995 (original: *Diário da Assembleia Constituinte*, 1975), pg. 358-(73), art. 26.º, n.º 1, 1.ª parte).

³⁵ Ao que acresce que o Protocolo Adicional à Concordata de 1940, ao declarar expressamente em vigor o art.º 25.º, 1.º par., da Concordata, ser muito pouco anterior à Constituição de 1976. “*É de presumir que os constituintes tenham tido a consciência da existência dessa norma, e que não tenham querido derogar unilateralmente uma regra tão importante para as relações entre o Estado Português e a Santa Sé (...)*” (DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Lições de direitos de personalidade*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXVII, 1991, pg. 204).

Não se afiguraria possível tentar fazer **uma interpretação evolutiva** do art.º 16.º, n.º 1, da DUDH, pois tal colidiria inapelavelmente com a sua letra.

Parafraseando MARCELLO CAETANO, a interpretação evolutiva nunca pode servir para “malabarismos” ou para justificar o arbítrio dos intérpretes³⁶⁻³⁷.

Nem sequer se vislumbraria essa possibilidade, a pretexto de uma alegada “interpretação actualista”, a pretexto de uma alegada “evolução da sociedade”³⁸.

Como, se este é um elemento basilar e constitutivo de todas as sociedades humanas?

1.6. A rejeição da interpretação das disposições constitucionais em conformidade com a lei ordinária

Será que o conceito de casamento deverá ser interpretado segundo o exposto no Código Civil, até 2010 ou após as alterações impostas pelos artigos 2.º e 4.º da Lei n.º 9/2010, designadamente com a definição constante do art. 1577.º?

Em teoria, a resposta é negativa.

Todavia, na prática, alguns sectores doutrinários admitem o “preenchimento” dos conceitos pré-constitucionais³⁹ segundo a “tradição”⁴⁰.

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

³⁷ A interpretação evolutiva foi analisada e foi analisada e rejeitada por SANTI ROMANO (in SANTI ROMANO, *Fragmentos de un Diccionario Jurídico* (original: *Frammenti di un Dizionario Giuridico*, Giuffrè, 1947), Europa-América, Buenos Aires, 1964, *Interpretación evolutiva*, pgs. 203-213). Relacionando esta matéria com a necessidade de interpretar tendo em consideração o conjunto do ordenamento, o que deve evoluir, não é a interpretação, mas o ordenamento jurídico que é objecto da interpretação, e é uma transposição errónea referir a esta uma qualidade ou um processo que deve, ao invés, referir-se ao primeiro” (SANTI ROMANO, *Fragmentos de un Diccionario Jurídico* (original: *Frammenti di un Dizionario Giuridico*, Giuffrè, 1947), Europa-América, Buenos Aires, 1964, *Interpretación evolutiva*, III, pg. 208). SANTI ROMANO conclui que aquilo a que se chamou interpretação evolutiva é, afinal, evolução do ordenamento, pois as normas estão em estreita relação com a essência da vida institucional, cuja evolução se repercute nelas.

Na mesma linha, segundo OLIVEIRA ASCENSÃO, “*não é correcto falar em interpretação evolutiva. A interpretação é sempre a mesma, e o que varia é o seu objecto*” (in *O Direito. Introdução e Teoria Geral*, 11.ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, n.º 226.II, pg. 405).

Estes entendimentos foram criticada por outros Autores, como EMILIO BETTI.

³⁸ No sentido defendido no texto, CRISTINA MANUELA ARAÚJO DIAS, *O casamento como contrato celebrado entre duas pessoas (de sexo diferente ou do mesmo sexo(!))*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, volume III, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Almedina, Coimbra, 2011, pg. 368.

Em sentido diverso, propugnando “*uma interpretação histórico-evolutiva, actualista*”, do art.º 36.º, n.º 1 (mas sem levar em consideração a norma do artigo 16.º, n.º 1, da Declaração Universal), CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, *Direito da Família. Tópicos para uma reflexão crítica*, com a colaboração de JOSÉ SILVA PEREIRA, AAFDL, Lisboa, 2008, pg. 30.

Todavia, em termos metodológicos, este raciocínio é claudicante, pois envolve o risco de um enunciado linguístico da Constituição ser interpretado segundo as leis (que têm valor infraconstitucional)⁴¹, bem como de acordo com a cadeia de tradição legislativa. Ou seja, a interpretação de conceitos constitucionais em conformidade com a lei ordinária incorre no risco de, ao passar uma espécie de “cheque em branco” ao Legislador ordinário e à Doutrina, haver o perigo de uma “Constituição segundo as leis” (também denominado perigo de “legalidade” ou “legalização” da Constituição⁴²); ou seja, uma inversão hermenêutica: a “*interpretação da Constituição em conformidade com a lei ordinária*” (“*gesetzeskonform Interpretation*”), daí resultando uma leitura “de baixo para cima”⁴³.

Em nosso entender⁴⁴, do ponto de vista teórico, a primeira tese, de rejeição da interpretação dos enunciados linguísticos ou dos fragmentos da CRP é a acertada.

³⁹ Sobre os conceitos pré-constitucionais, GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, Coimbra, 2003, 7.^a ed., pg. 550; IDEM, *Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, diss., 2.^a ed., Coimbra Editora, 2001, pg. 410; GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra Editora, 1991, pgs. 54-55; JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo II, Constituição, 6.^a ed., Coimbra Editora, 2007, n.º 66.VI, pgs. 309-310 (na 7.^a ed., Coimbra Editora, 2013 (obra acordizada), n.º 67.VI, pg. 327); JORGE REIS NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, diss., 2.^a ed. Coimbra Editora, 2010, pg. 167; PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Almedina, Coimbra, 2003, pgs. 550, 577 ss., em particular 567-568 (Autor que considera que este tipo de conceitos contribui para a fragmentação hierárquico-normativa da Constituição formal); IDEM, *Direito Constitucional Português*, I, 1.^a ed., Almedina, Coimbra, 2010, 7.5.2, b), II, pgs. 193-195; IDEM, *Manual de Direito Administrativo*, I Volume, 1.^a ed., Almedina, Coimbra, 2013, 7.2.4, pg. 155.

⁴⁰ Referindo-se ao preenchimento da Constituição segundo a tradição, WALTER LEISNER, *Von der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zur Gesetzmäßigkeit der Verfassung. Betrachtungen zur möglichen selbständigen Begrifflichkeit im Verfassungsrecht*, Mohr (Paul Siebeck), Tübinga, 1964, pgs. 39, 42.

Admitindo expressamente a tradição como fonte interpretativa, RICHARD THOMA, *apud* HERMANN VON MANGOLDT, [I. Die Grundrechte] *Vorbemerkungen*, in *Das Bonner Grundgesetz. Kommentar*, Zweite, neubearbeitete und vermehrte Auflage von Dr. Friedrich Klein, Band I, Unveränderter Nachdruck, Franz Vahlen, Berlim, 1966, B XIV.5, pg. 118; também ALBERT BLECKMANN, *Staatsrecht II — Die Grundrechte*, 3., um die besonderen Grundrechtslehren erweiterte Auflage, Carl Heymanns, Colónia, 1989, pg. 752.

A título de exemplo, um dos casos que as Constituições portuguesa e alemã não proibem (expressamente) é o casamento poligâmico. Assim, alguns Autores recorrem à tradição para interpretar o art.º 6.º, n.º 1, da Constituição alemã, assim negando a protecção do casamento poligâmico (com esta opinião, GERHARD ROBBERS, *Artikel 6*, in HERMANN V. MANGOLDT / FRIEDRICH KLEIN / CHRISTIAN STARCK, *Kommentar zum Grundgesetz*, begründet von Dr. HERMANN V. MANGOLDT, fortgeführt von Dr. FRIEDRICH KLEIN, Herausgegeben von Dr. CHRISTIAN STARCK, Fünfte, vollständig neubearbeitete Auflage, Band 1: Präambel, Artikel 1 bis 19, Franz Vahlen, Munique, 2005, Rn. 42, pg. 683; ; também KYRIL-A. SCHWARZ, *Das christlich-abendländische Fundament des Grundgesetzes als Topos der Verfassungsinterpretation*, in *Die Ordnung der Freiheit. Festschrift für Christian Starck zum siebzigsten Geburtstag*, Herausgegeben von RAINER GROTE / INES HÄRTEL / KARL-E. HAIN / THORSTEN INGO SCHMIDT / THOMAS SCHMITZ / GUNNAR FOLK SCHUPPERT / CHRISTIAN WINTERHOFF, Mohr Siebeck, Tübinga, 2007, pgs. 431-432 (aludindo à compreensão do casamento meridional cristão como monogâmico)).

Em sentido contrário, aludindo ao perigo da “constituição segundo as leis”, GOMES CANOTILHO, *Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, 2.^a ed., Coimbra Editora, 2001, pg. 409.

Em geral, assinalando que a compreensão acertada dos preceitos se esforça por descobrir os fundamentos histórico-culturais e o significado da tradição; e que a interpretação teleológica e a interpretação histórica se entrelaçam mutuamente, KARL ENGISCH, *Introdução ao pensamento jurídico*, (original alemão datado de 1983, Stuttgart), tradução de J. BAPTISTA MACHADO, 6.^a ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1988, pg. 144.

⁴¹ Neste sentido, cfr. GOMES CANOTILHO, *Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, diss., 2.^a ed., Coimbra Editora, 2001, pg. 409.

Todavia, na prática, a perspectiva, que refere que, na falta de indicações, não se poderá ignorar a prática institucional de saber como o Legislador e outros intérpretes da Constituição a concretizam, poderá por ter alguma razão, uma vez que os enunciados linguísticos da CRP são deveras fragmentários.

Caberá à Doutrina especializada (no caso, a Doutrina que se ocupa do Direito da Família) densificar esse género de conceitos, à luz das coordenadas constitucionais.

Porém, não obstante o exposto, o intérprete não deve partir da pré-compreensão⁴⁵ de que encontrará uma sobreposição total entre as normas infraconstitucionais e o que deve corresponder ao que se pode extrair da Constituição (recorde-se, designadamente, o princípio da máxima efectividade das normas constitucionais, que, por vezes, permite que

⁴² Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 2.^a ed., Wolters Kluwer / Coimbra Editora, 2010, pg. 167; IDEM, *Direitos sociais. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*, 1.^a ed., Wolters Kluwer / Coimbra Editora, 2010, pg. 160.

⁴³ Seguimos o que escrevemos em IVO MIGUEL BARROSO, *Objecto do processo penal*, 1.^a ed., AAFDL, Lisboa, 2013, Introdução, pg. 37.

Sobre o problema da interpretação da Constituição-enunciado (ou, como é mais conhecida, “Constituição em sentido instrumental” (JORGE MIRANDA, in *Manual de Direito Constitucional*, tomo II, Constituição, 7.^a ed., revista e a[c]tualizada, Coimbra Editora, 2013 (obra acordizada), n.º 6, I e II, pgs. 35-37) ou “Constituição documental” (JORGE BACELAR GOUVEIA)) em conformidade com a lei ordinária (“*gesetzeskonform Verfassungsinterpretation*”), v., em especial, JORGE REIS NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais...*, 2.^a ed., pgs. 158 ss.; IDEM, *Direitos sociais. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*, Wolters Kluwer / Coimbra Editora, 2010, pgs. 159-170, 331.

A questão tem sido discutida a propósito dos direitos fundamentais em especial, em que se torna necessário recorrer ao labor de cada ramo de Direito, para obter o significado de um conceito utilizado pela CRP.

No sentido da rejeição liminar e enérgica dessa possibilidade, entre os constitucionalistas, v. EDUARDO CORREIA BAPTISTA, *Os limites materiais e a revisão de 1989*, in *Perspectivas Constitucionais. Nos 20 anos da Constituição de 1976*, vol. I, org. de JORGE MIRANDA, Coimbra Editora, 1998, pg. 73 (nota 12) (o único Autor que, simultaneamente, rejeita expressamente a figura da Constituição material e a interpretação da Constituição em conformidade com a lei); GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria...*, 7.^a ed., pgs. 1234, 1230; IDEM, *Constituição dirigente...*, 2.^a ed., pg. 409; GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição...*, I, Prefácio à 4.^a ed., pg. 7; JORGE BACELAR GOUVEIA, *O estado de excepção no Direito Constitucional — entre a eficiência e a normatividade das estruturas de defesa extraordinária da Constituição*, diss., Vol. II, Almedina, Coimbra, 1998, pg. 1556; JORGE MIRANDA, *Manual...*, II, 7.^a ed., n.º 67.V, pgs. 325-326; IDEM, *Manual...*, IV, 5.^a ed., n.º 71.IV, pg. 350; IDEM, *O princípio da eficácia jurídica dos direitos fundamentais*, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, volume III, org. de JORGE MIRANDA / ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO / EDUARDO PAZ FERREIRA / JOSÉ DUARTE NOGUEIRA, Almedina, Coimbra, 2010, pg. 500; ANDREIA SOFIA PINTO OLIVEIRA, *O direito de asilo na Constituição Portuguesa. Âmbito de protecção de um direito fundamental*, diss., Coimbra Editora, 2009, pg. 176 e nota 388, 177; numa primeira tomada de posição, PAULO OTERO, *Declaração Universal dos Direitos do Homem e Constituição*, in *O Direito*, III-IV, 1990, pg. 604 (nota 5); MIGUEL GALVÃO TELES, *Inconstitucionalidade pretérita*, in *Nos Dez Anos da Constituição*, Imprensa Nacional - Casa da Moeda, Lisboa, 1987, pg. 317.

Entre os civilistas, a resposta é também negativa – v. g., PAMPLONA CORTE-REAL; JORGE DUARTE PINHEIRO, *O núcleo intangível da comunhão conjugal*, pg. 407.

Em doutrinas estrangeiras, por exemplo, entre tantos, ENRIQUE ALONSO GARCÍA, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, 1994, pgs. 477 ss.; RACIOPPI / I. BRUNELLI, *Commento allo Statuto del Regno*, II (Dall’Art. 24 all’Art. 47), Unione Tipografico – Editrice Torinese, Turim, 1909, pg. 225 (a propósito da liberdade de reunião).

A questão tem sido discutida a propósito de direitos fundamentais em especial (por exemplo, a inviolabilidade do domicílio; no sentido metodológico referido, ÁNGEL LUIS ALONSO DE ANTONIO, *El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución española de 1978*, Colex, Madrid, 1993, pgs. 83, 85, e sentença do Tribunal Constitucional espanhol, Sala 3.^a, de 7 de Dez. de 1982, FJ 2.^o, citada *ibidem*; IGNAZIO FASO, *La libertà di domicilio*, Giuffrè, Milão, 1968, pg. 18).

estas obtenham um espaço de operatividade mais vasto do que aquele que era conjecturado à partida).

Em nosso entender, o alegado processo de “osmose” Constituição – lei⁴⁶ não vai tão longe.

Na lição do Professor JORGE MIRANDA, “[p]ode, não raro, ser conveniente procurar conhecer o modo como a lei regulamenta, complementa ou concretiza uma norma constitucional e pode vir até a encontrar-se um sentido (“um sentido”, não “o sentido”) adequado que patenteie ou clarifique, no contexto do sistema, o sentido daquela norma”⁴⁷.

Todavia, “nunca é o sentido de lei que se substitui ao sentido da Constituição”⁴⁸.

b) Em sentido oposto, admitindo expressamente o preenchimento com “Direito da lei ordinária”, (“*Erfüllung aus Gesetzrecht*”), WALTER LEISNER, *Von der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zur Gesetzmäßigkeit der Verfassung. Betrachtungen zur möglichen selbständigen Begrifflichkeit im Verfassungsrecht*, Mohr (Paul Siebeck), Tübinga, 1964, pgs. 28-29, 42; IDEM, *Gesetzmässigkeit der Verfassung*, in *Juristenzeitung*, 1964, pgs. 201 ss.; JÜRGEN KNEBEL, *Koalitionsfreiheit und Gemeinwohl. Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit Einwirkung auf die tarifautonome Lohngestaltung*, diss., Duncker & Humblot, Schriften zum öffentlichen Recht, Band 345, Berlim, 1978, pg. 139; OTTO MAJEWSKI, *Auslegung der Grundrechte durch einfaches Gesetzesrecht? Zur Problematik der sogenannten Gesetzmäßigkeit der Verfassung*, diss., Duncker & Humblot, Schriften zum öffentlichen Recht, Band 162, Berlim, 1971, pg. 31 (aludindo a preenchimento de baixo para cima (“*Erfüllung*” von unten nach oben”)); FRIEDRICH MÜLLER, *Normstruktur und Normavität. Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation*, diss., Duncker & Humblot, Schriften zur Rechtslehre, Heft 8, Berlim, 1966, Berlim, 1966, pgs. 194 ss. (em aplicação da notável tese de RUDOLF SMEND); ROBERTO BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella Giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milão, 1992, pgs. 19 ss., maxime 23, defendendo este Autor que a transferência dos significados da legislação ordinária para a Constituição potenciar a “normatividade do texto constitucional” (na pg. 28); PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português*, I, 1.^a ed., Almedina, Coimbra, 2010, 7.5.2, b), II, pg. 195 (a propósito da inviolabilidade do domicílio, BASCHIERI, *La Costituzione italiana*, pg. 87; PAOLO BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Cedam, Pádua, 1953, pg. 19; IDEM, *Corso di Diritto costituzionale*, pg. 296; IDEM, *Le libertà nella Costituzione*, pgs. 148 ss. (apud IGNAZIO FASO, *La libertà di domicilio*, Giuffrè, Milão, 1968, pg. 19; ROBERTO BIN, *Diritti e argomenti*, pg. 20)).

Admitindo também a inversão da pirâmide normativa por via de remissões implícitas (ou, por vezes, explícitas) para a lei ordinária, cfr. PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Almedina, Coimbra, 2003, pgs. 429-432; IDEM, *Direito Constitucional Português*, I, 1.^a ed., Almedina, Coimbra, 2010, 3.3.3, b), VI, pg. 72 (nota 93); IDEM, *Instituições políticas e constitucionais*, I, 1.^a ed., Almedina, Coimbra, 2007, 9.4.2, pg. 497.

c) Em sentido mais matizado, considerando a possibilidade de um “efeito comunicativo recíproco” inevitável entre Constituição e lei, um “sentido bidireccional” (KNEBEL) decorrente da unidade da ordem jurídica, de uma infiltração da Constituição pela legislação ordinária (LEISNER, pgs. 203 s.), a uma “imbricação entre “Direito da Constituição” e “Direito da lei” JORGE REIS NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais...*, 2.^a ed., pgs. 167-168; IDEM, *Direitos sociais*, 1.^a ed., pgs. 160, 169, 171, 176); não obstante a posição supra-ordenada da Constituição, na ausência de indicações claras em contrário captadas nesse texto constitucional, o intérprete não pode ignorar o sentido normal e tradicionalmente atribuído a conceitos pré-constitucionais, como o casamento tal como ele foi particularmente reflectido, regulado e conformado pelo Legislador ordinário, anteriormente à entrada em vigor da Constituição (JORGE REIS NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais...*, 2.^a ed., pgs. 166 e 167; IDEM, *Direitos sociais*, 1.^a ed., pg. 161 (nota 176)). Criticando “a concepção formalista de separação radical entre norma constitucional e norma ordinária no domínio dos direitos fundamentais” (JORGE REIS NOVAIS, *Direitos sociais*, 1.^a ed., pg. 161), “[o]s direitos fundamentais dos particulares são o resultado jurídico integrado e indissociável que resulta dos enunciados constitucionais e ordinários que compõem conjuntamente, ainda que numa relação de supra-infraordenação, a norma de direito fundamental.” (JORGE REIS NOVAIS, *Direitos sociais*, 1.^a ed., pg. 165) (em todo o caso, rejeita - aqui, sim, liminarmente - a possibilidade de interpretação autêntica - in *As restrições aos direitos fundamentais...*, pg. 168) (muito mais incisivamente contra a “*gesetzeskonform Interpretation*”, a respeito de um assunto específico das teses privatista e publicista sobre o “*jus aedificandi*”, JORGE REIS NOVAIS, “*Ainda sobre o ‘jus aedificandi’ (... mas agora como problema de direitos fundamentais)*, in

1.6.1. O inciso inicial constante da **definição do art.º 1577.º do Código Civil** não era, pois, (até 2010) inconstitucional.

Ao contrário do que refere PAMPLONA CORTE-REAL, não se tratava de nenhuma inversão hermenêutica, ou de uma “interpretação da Constituição em conformidade com a lei ordinária” (“*gesetzeskonform Interpretation*”), daí resultando uma leitura “de baixo para cima”⁴⁹, inviável, pois a Constituição estaria numa posição hierárquica superior; ou, em alternativa (para a terceira posição), de uma “*recepção constitucional do conceito histórico de casamento como união entre pessoas de sexo diferente*”⁵⁰. Trata-se, antes, de uma imposição da DUDH.

Salvo o devido respeito, as asserções referidas esquecem um elemento de interpretação essencial da Constituição (e da própria lei ordinária): a Declaração Universal.

Ao contrário do que muitas vezes se julga, a norma proibitiva (vigente até 2010) não estava apenas na lei ordinária – ela decorria da Constituição.

Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco, volume II, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2006 (também publicado in IDEM, *Direitos fundamentais. Trunfos contra a maioria*, Coimbra Editora, 2006, pgs. 117 ss.), pgs. 495, 496 (e nota 13), 509 (nota 16), 514 (nota 22)).

Não obstante, esse não é o caso em questão, uma vez que o conceito é densificado, em certa medida, na Constituição.

⁴⁴ Seguimos o que escrevemos em IVO MIGUEL BARROSO, *Objecto do processo penal*, 1.ª ed., AAFDL, Lisboa, 2013, Introdução, pgs. 37-40.

⁴⁵ Sobre a pré-compreensão, v. IVO MIGUEL BARROSO, *Pré-compreensão. Para uma reabilitação adequada dos «preconceitos» na Metodologia das ciências sociais*, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda*, volume II, Direito Constitucional e Justiça Constitucional, coordenação de MARCELO REBELO DE SOUSA / FAUSTO DE QUADROS / PAULO OTERO / EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, FDUL, Coimbra Editora, 2012, pgs. 27-42. Remetemos também para a bibliografia aí citada, na nota 9 (nas pgs. 26 a 28).

⁴⁶ Cfr. GOMES CANOTILHO, *Constituição dirigente...*, pg. 401 (aludindo ao fenómeno de “osmose” silenciosa entre os dois conteúdos – constitucional e legal); IDEM, *Direito Constitucional e Teoria...*, 7.ª ed., pgs. 1261 ss.; JORGE REIS NOVAIS, *Direitos sociais*, 1.ª ed., pg. 176; PAULO OTERO, *O poder de substituição em Direito Administrativo: Enquadramento dogmático-constitucional*, diss., volume II, Lex, Lisboa, 1995, pgs. 568, 879; IDEM, *Legalidade e Administração Pública*, pg. 670; RUI MEDEIROS, *A decisão de inconstitucionalidade. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, diss., Universidade Católica Editora, Lisboa, 1999, pg. 297; IDEM, *O Estado de Direitos fundamentais portugueses: alcance, limites e desafios*, in *Anuário Português de Direito Constitucional*, vol. II / 2002, pg. 30.

⁴⁷ JORGE MIRANDA, *Manual...*, II, 7.ª ed., n.º 67.V, pgs. 325-326. Deste modo, “a vontade do legislador expressa nas leis pode (...) ser um dos tópicos a ter em conta na tarefa interpretativa” (MANUEL AFONSO VAZ, *Teoria da Constituição. O que é a Constituição, hoje?*, Coimbra Editora, 2012 (obra acordizada), pg. 122).

⁴⁸ JORGE MIRANDA, *Manual...*, II, 7.ª ed., n.º 67.VI, pg. 326.

⁴⁹ CARLOS PAMPLONA CÔRTE-REAL, *Da inconstitucionalidade do Código Civil — artigos 1577.º e 1628.º, alínea e), e disposições conexas — ao vedar o acesso ao instituto do casamento a casais do mesmo sexo*, in *O casamento entre pessoas do mesmo sexo. Três pareceres sobre a inconstitucionalidade dos artigos 1577.º e 1628.º, alínea e), do Código Civil*, obra colectiva, Almedina, Coimbra, 2008, pgs. 23, 24 (renovando críticas feitas noutra sede, a uma definição legal, por sinal também inscrita no Código Civil - *Direito da Família e das Sucessões*, Volume II - Sucessões, Lex, Lisboa, 1993, pgs. 31-33).

Contrariando a terceira posição, o Autor refere que o raciocínio de GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, segundo o qual a Constituição cometeria a regulação do casamento ao legislador sem o proibir necessariamente de proceder ao seu reconhecimento, ou à sua equiparação aos casamentos, enferma de uma inversão metodológica implícita da qual se deduz um “cheque em branco” ao legislador comum (CARLOS PAMPLONA CÔRTE-REAL, *Da inconstitucionalidade do Código Civil...*, pg. 23).

⁵⁰ GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição...*, 4.ª ed., I Volume, anot. ao art.º 36.º, XI, pg. 568.

Não havia qualquer problema, pois, de interpretação da Constituição em conformidade com a lei ordinária⁵¹, qualquer perigo de “legalidade” ou “legalização” da Constituição⁵²; pois, embora seja um conceito interpretado à luz de um significado de há muito cristalizado, este pressuposto é fixado pela própria Constituição.

Julga-se, pelo contrário, o inciso inicial dessa disposição definitiva⁵³, ao prescrever que o casamento é celebrado entre pessoas de sexo diferente, está em plena conformidade com as normas de “*Ius Cogens*” e com a resultante da CRP⁵⁴.

Diga-se também: a lei ordinária mais não faz do que consagrar a única solução conforme à Constituição instrumental.

⁵¹ Não se afigura pois correcto asseverar que “*Não se encontra, à luz do Código Civil, (...) qualquer esforço de articulação do regime do casamento com o da Lei Fundamental, nomeadamente com o teor dos seus artigos 2.º, 13.º, n.º 2, 18.º, 26.º, ns. 1 e 3, e 36.º, n.º 1*” (em sentido contrário, CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, *Direito da Família. Tópicos para uma reflexão crítica*, 2008, pg. 29).

No sentido defendido no texto, sem prejuízo de não fazer apelo tão destacado à DUDH, DUARTE SANTOS, *Mudam-se os tempos, mudam-se os casamentos?*, pg. 327 (nota 678).

⁵² Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais...*, 2.ª ed., pg. 167; IDEM, *Direitos sociais*, 1.ª ed., pg. 160.

⁵³ Note-se que as definições legais não são “normas” jurídicas propriamente ditas (como tal têm sido designadas, utilizando esta última expressão no seu sentido mais impreciso; cfr. JOÃO DE CASTRO MENDES, 3.ª ed., revista pelo Prof. Doutor MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, com a colaboração do Mestre DIOGO COSTA GONÇALVES, Pedro Ferreira, Lisboa, 2010, pg. 54; em sentido contrário, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito. Introdução e Teoria Geral*, 11.ª ed., reimpressão, Almedina, Coimbra, 2003, n.º 294.I e II, pgs. 500, 501; cfr. IDEM, *Norma jurídica*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, volume VI, Lisboa, 1994, pg. 143), mas disposições ou formulações (cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria...*, 7.ª ed., pg. 1201; RUI MEDEIROS, *A força expansiva do conceito de norma no sistema português de fiscalização concentrada da constitucionalidade*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes*, FDUL, Coimbra Editora, 2004, pgs. 186-187).

Deste modo, elas não poderão ser consideradas como “regras não autónomas” (em sentido contrário, HANS KELSEN, *Teoria pura do Direito*, original: *Reine Rechtslehre*, Franz Deuticke, Viena, 1.ª ed., de 1925; 1960), 6.ª ed., trad. de JOÃO BAPTISTA MACHADO, Arsénio Amado, Coimbra, 1984, I, n.º 6.e, pg. 91; KARL ENGISCH, *Introdução ao pensamento jurídico*, pg. 39; PAULO OTERO, *Lições de Introdução...*, I vol., 2.º tomo, pg. 156; aparentemente também INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Introdução ao Estudo do Direito*, volume II, 10.ª ed. (reimpressão), Coimbra Editora, 2001, pg. 133).

Julga-se mais rigoroso atribuir-lhes a natureza de proposições jurídicas incompletas (neste sentido, cfr. KARL LARENZ, *Metodologia...*, pg. 360; JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução do Direito e ao Discurso Legitimador*, pg. 96); ou, utilizando outra terminologia, instrumentais ou indirectas, uma vez que os seus destinatários são primacialmente os intérpretes-aplicadores, que pretendem aplicar normas jurídicas e resolver problemas de Direito (cfr. JOÃO DE CASTRO MENDES, *Introdução ao Estudo do Direito*, 3.ª ed., pg. 55).

Estas proposições poderão ser aclaratórias ou delimitadoras, consoante a intencionalidade do estabelecimento da definição:

i) Aclaratórias, se “*o Legislador pretende (...) oferecer maior precisão terminológica, de forma que resultem menos variáveis as interpretações de um mesmo enunciado e mais seguras as expectativas, no que respeita a aplicações futuras*” (cfr. ITURRALDE SESMA, *Linguage legal y sistema juridico. Cuestiones relativas a la aplicación de la ley*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 50, *apud* JOANA AGUIAR E SILVA, *Para uma Teoria hermenêutica da Justiça. Repercussões jusliterárias no eixo problemático das fontes e da interpretação jurídicas*, diss., Almedina, Coimbra, 2011, pg. 61);

ii) Delimitadoras, se a definição legal, com o mesmo efeito de precisão, visa, mais especificamente, excluir determinadas realidades da aplicação de um determinado regime jurídico (por exemplo, ao referir “Para efeitos da presente lei, entende-se por (...) “X””, assim assegurando o valor da segurança jurídica.

Não existe uma verdadeira interpretação de uma disposição da Constituição em conformidade com o disposto no Código Civil, mas, em bom rigor, a interpretação de uma disposição da Constituição instrumental à luz da DUDH.

O inciso do Código Civil, que previa (até 2010) a diversidade de sexos, não tinha carácter constitutivo⁵⁵; essa exigência decorria da Constituição; nessa medida, tendo o Legislador encetado o caminho da definição legal, não é de estranhar que dela constasse um seu pressuposto óbvio e pacífico⁵⁶.

Ademais, todas as restantes normas legais, que pressupõem o conceito de casamento, terão de estar em conformidade com esse pressuposto⁵⁷.

Em qualquer caso, elas são meras parcelas de um comando jurídico; só mediante a combinação com outras disposições resultará um sentido normativo preciso.

Assim, estas últimas definições de carácter explicativo (também designadas redefinições, diversas das definições lexicais e das definições estipulativas - cfr. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral de Direito Civil*, 4.^a ed., Almedina, Coimbra, 2007, n.º 144.b, pg. 566) desempenham um papel puramente instrumental (neste sentido, JOSÉ DE FARIA COSTA, *As definições legais de dolo e de negligência enquanto problema de aplicação e interpretação das normas definitórias em Direito Penal*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXIX, 1993, pg. 385; PAULO OTERO, *Lições de Introdução...*, I vol., 2.º tomo, pg. 156; JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR, *Artículo 21*, in *Comentarios a la Constitución*, 2.^a ed., FERNANDO GARRIDO FALLA *et alii.*, Civitas, Madrid, 1985, pg. 414), teleologicamente direccionado à aplicação de um certo regime jurídico.

No caso da definição de “casamento”, o termo é misto, natural e jurídico (algo diversamente, considerando que as definições legais pressupõem a existência de um fundo de convenções e práticas que são património da linguagem vulgar; e que “*as definições são formuladas precisamente nessa linguagem natural*” – o que temos por duvidoso, por ser demasiado generalizante e, desse jeito, impreciso -, cfr. JUAN JOSÉ MORESO, *Lenguaje jurídico*, in *El Derecho y la justicia*, ERNESTO GARZÓN VALDÉS / FRANCISCO LAPORTA, Trotta, Madrid, vol. 11 da *Enciclopédia Iberoamericana de Filosofia*, 1996, p. 113, *apud* JOANA AGUIAR E SILVA, *Para uma Teoria hermenêutica da Justiça. Repercussões jusliterárias no eixo problemático das fontes e da interpretação jurídicas*, diss., Almedina, Coimbra, 2011, pg. 62).

Em relação ao valor das definições legais, parte da Doutrina desvaloriza-o; outros Autores consideram-no vinculativo; a nosso ver, acompanhando a posição do Professor PAULO OTERO, serão vinculativas para os intérpretes oficiais, como quaisquer outras valorações legais, mas não para o estudioso do Direito doutrinador na elaboração do conceito (cfr. CLAUS-WILHELM CANARIS, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito* (original alemão: *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 2.^a ed., Duncker & Humblot, Berlim, 1983, Berlim), Introdução e tradução de A. MENEZES CORDEIRO, Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, pg. 284; posição equilibrada é também a de FARIA COSTA, in *As definições legais...*, pgs. 378, 385).

⁵⁴ Ao contrário do que a segunda posição (que faz apelo ao princípio da igualdade, entre outros argumentos) inculca, não há uma “reserva” (isto é, uma restrição) do direito a contrair casamento, mas a reafirmação de um elemento pertencente ao âmbito normativamente protegido, em plena consonância com as fontes hierárquicas superiores.

⁵⁵ Não se acompanha a opinião de que se trate de uma norma materialmente constitucional (em sentido contrário, PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português*, I, 1.^a ed., Almedina, Coimbra, 2010, 3.3.3, b), VI, pg. 72 (nota 93)), uma vez que – para além das reservas em relação ao conceito de Constituição material – o art.º 1577.º do CC (até 2010) era uma decorrência ou confirmação de algo já expressamente previsto (conquanto não literalmente) numa norma da Constituição instrumental.

⁵⁶ As definições legais, geralmente, são intensionais ou tipológicas, descrições dos elementos típicos dos conceitos (MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, 1.^a ed., Coimbra Editora, 2012; IDEM, *Linguagem e Direito*, in *Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, volume I, Almedina, Coimbra, 2008, pg. 284).

⁵⁷ Julga-se que a Reforma de 1977, ainda que de não intencionalmente, não terá “aberto a porta” ao casamento de pessoas do mesmo sexo (em sentido contrário, JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Ensino do Direito da Família contemporâneo*, AAFDL, Lisboa, 2008, pg. 80):

i) Em primeiro lugar, as alterações foram sobretudo de regime jurídico, que deve ter como travejamento a regra de interpretação de harmonia com a DUDH (art.º 16.º, n.º 2, da CRP,

1.7. Um direito de «titularidade entrecruzada»

I. Os “direitos individuais em sentido estrito são aqueles que se exercem por facto e vontade própria e independentemente da cooperação de outrem”⁵⁸. São situações unissubjectivas, que postulam apenas um sujeito, isto é, uma única pessoa⁵⁹.

Já os **direitos de titularidade individual e de exercício colectivo**⁶⁰ têm a seguinte particularidade:

A titularidade é individual (cfr. art.º 12.º, n.º 1)⁶¹.

Todavia, estes direitos têm a característica de o exercício de, no mínimo, uma das faculdades principais – não ser susceptível de ser usufruído individualmente, mas antes conjuntamente com, pelo menos, um outro sujeito; carecendo, pois, de um fenómeno social de concertação ou convergência, originando ou pressupondo, num processo de interacção evidente, situações plurissubjectivas⁶².

que obriga também à interpretação dos “preceitos legais” em conformidade com a Declaração);

ii) Em segundo lugar, conforme orientação metodológica que propomos, é de enjeitar a interpretação pura e simples da Constituição em conformidade com a lei ordinária;

iii) Por fim, o pressuposto da diversidade de sexos decorre da CRP.

⁵⁸ Para utilizar uma formulação próxima da utilizada pelo Código de Seabra.

⁵⁹ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, Parte Geral, Tomo I, 3.ª ed., n.º 77.I, pg. 305.

⁶⁰ A Doutrina francesa denomina-os “direitos ou liberdades colectivas” (JEAN DUFFAR, *Les libertés collectives. Libertés et droits fondamentaux. Examen d’entré au C.R.F.P.A.*, Montchrestien, Paris, 1996, pg. 11; JEAN RIVERO / HUGUES MOUTOUH, *Libertés publiques*, I, 9.ª ed., Presses Universitaires de France, Paris, 2003, pg. 19; e II, 7.ª ed., 2003, pg. 237), nomenclatura que, transplantada para o Direito nacional, é equívoca; uma vez que a expressão é também utilizada por alguma Doutrina em relação a direitos exclusivos de pessoas colectivas ou organizações, como acontece com os direitos de que as comissões de trabalhadores e as associações sindicais são titulares (cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais...*, 3.ª ed., pg. 129; GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria...*, 7.ª ed., pg. 424).

⁶¹ É a pessoa que os pretende exercer ou não (como todos os direitos de liberdade, há uma dimensão negativa – a de não poder ser não ser privada, impedida de exercer esse direito; dimensão essa que se manifesta também nas pretensões de autonomia: ninguém pode ser coagido a exercê-las).

⁶² Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, Parte Geral, Tomo I, 3.ª ed., n.º 77.II, pg. 305) (assim diferenciados dos direitos estritamente individuais, pois o exercício não depende somente da vontade de agir por parte de um único indivíduo).

Cfr. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *Direitos fundamentais. Introdução geral*, 1.ª ed., 4.V, pg. 27 (nota 54); JEAN-JACQUES ISRAEL, *Droit des libertés fondamentales*, LGDJ, Paris, 1998, pg. 46; AUGUSTO BARBERA / FRANCESCO COCOZZA / GUIDO CORSO, *Le situazioni soggettive...*, in *Manuale di Diritto pubblico. I*, a cura de GIULIANO AMATO / AUGUSTO BARBERA, 5.ª ed., pg. 288; ALEXANDRE DE MORAES, *Direitos Humanos Fundamentais*; JEAN RIVERO / HUGUES MOUTOUH, *Libertés publiques*, I, 9.ª ed., pg. 19, e II, 7.ª ed., pg. 237; VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais...*, 3.ª ed., pg. 123.

Um fenómeno análogo ocorre no Direito Penal, com os crimes plurissubjectivos ou de participação necessária (ou imprópria), de “*fattispecie*” pluripessoal.

Dentro destes, distinguem-se os crimes unilaterais, de convergência ou de intervenção necessária (KARL HEINZ GÖSSEL, *Autoria*, in REINHART MAURACH / KARL HEINZ GÖSSEL / HEINZ ZIPF, *Derecho penal. Parte General*, 2, trad. de JORGE BOFILL GANZSCH, Astrea, Buenos Aires, 1995, pg. 380; HANS WELZEL, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, 1956, pg. 128; HANS-HEINRICH JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (original: *Lehrbuch des Strafrechts*, 3.ª ed., Berlim, 1978), II, Bosch, Barcelona, 1981, pgs. 968-971; desenvolvidamente, MARÍA DEL MAR CARRASCO ANDRINO, *Los delitos plurisubjetivos y la participación necesaria*, Comares, Granada,

Por outras palavras, são liberdades relacionais⁶³, “compartilhadas”⁶⁴; ou, em alternativa, pelo menos, uma pretensão essencial, incluída no conteúdo essencial do direito, é necessariamente de exercício colectivo⁶⁵ (exemplificando, o exercício da liberdade de reunião, em princípio, requer, pelo menos, uma pessoa com quem se reunir (ou uma pluralidade de participantes⁶⁶)).

II. A titularidade do direito a contrair casamento surge recortada:

- 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”.

2002, pgs. 59 ss.), caracterizados pela actuação conjunta ou acessória de várias pessoas, dirigida a uma meta comum; a nosso ver, análogos às liberdades de casamento e de reunião; dos crimes de encontro (v. g., os crimes de rixa ou de motim).

⁶³ Na expressão é de GILLES LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, 4.^a ed., Armand Colin, Paris, pg. 476.

⁶⁴ JEAN-JACQUES ISRAEL, *Droit des libertés fondamentales*, pg. 46.

⁶⁵ Diversos são os direitos que podem ser exercidos tanto individualmente como em conjunto; sendo de exercício eventualmente colectivo (como a liberdade de imprensa).

⁶⁶ Como decorre da forma verbal reflexa, empregue no do n.º 1 do art.º 45.º da CRP (“o direito de se reunir”) (neste sentido, cfr., por exemplo, JOSÉ DE SOUSA BRITO / RUI CARLOS PEREIRA, *Sobre os direitos de reunião e manifestação*, in *Vértice*, II série, Outubro de 1988, pg. 45; JORGE MIRANDA, *Manual...*, IV, 3.^a ed., Coimbra Editora, 2000, pg. 482; IDEM, *Reunião (direito de)*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, vol. VII, Lisboa, 1996, pgs. 291-292; Sentença de 5 de Dez. de 1983, do Juiz do 1.º Juízo do Tribunal de Polícia (AGOSTINHO HENRIQUES EIRAS), in *Colecânea de Jurisprudência*, ano IX, tomo II, pg. 323; GERHARD ANSCHÜTZ, *Die Verfassung des deutschen Reichs. Vom 11. August 1919. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis*, reimpressão da 14.^a ed. (Berlim, 1933), Hermann Gentner Verlag, Bad Homburg vor der Höhe, 1965, pg. 566; ROMAN HERZOG, *Art. 8*, in *Grundgesetz. Kommentar*, von THEODOR MAUNZ / GÜNTHER DÜRIG / ROMAN HERZOG / RUPERT SCHOLZ / PETER LERCHE / HANS-JÜRGEN PAPIER / ALBRECHT RANDELZHOFFER / EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, Band I. Art. 1-12, C.H. Beck's Verlagsbuchhandlung, Munique, 1996, Rn. 47, pg. 20; JEAN RIVERO / HUGUES MOUTOUH, *Libertés publiques*, II, 7.^a ed., pg. 242; Sentenças do TC espanhol 55/1988, de 28 de Abril, F.J. 2.º; e 66/1995, de 8 de Maio, F.J. 3.º).

Considerando que a liberdade de reunião é, em princípio, de aproveitamento colectivo, EDUARDO CORREIA BAPTISTA, *Os direitos de reunião e de manifestação no Direito português*, Almedina, Coimbra, 2006, 1.^a ed., 1.2, pg. 10. “[C]ada membro da nação só pode exercer [estes direitos] em concorrência com os seus concidadãos” (*Projecto de lei para a Reforma da Carta Constitucional apresentado à Camara electiva em sessão de 16 de Agosto de 1871. Pelos deputados do Partido Reformista*, Typographia do Futuro, Lisboa, 1871, pg. 10) (no mesmo sentido, cfr. MICHEL KLOEPFER, § 143. *Versammlungsfreiheit*, in *Handesbuch des Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, VI, Freiheitsrechte, coordenação de JOSEF ISENSEE / PAUL KIRCHHOF, 2.^a ed., Müller, Heidelberg, 2001, Rn. 14, pg. 74; MICHAEL KNIESEL, *Die Versammlungs- und Demonstrationsfreiheit*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2000, pg. 2857; ARANGIO RUIZ, *Associazione (diritto di)*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, dir. de PASQUALE STANISLAO MANCINI, volume I — parte IV, Milão, pg. 875; ALESSANDRO PACE, *La libertà di riunione nella Costituzione Italiana*, diss., Giuffrè, Milão, 1967, pg. 32 (nota 77); LÓPEZ GONZÁLEZ, *El derecho de reunión y manifestación en el ordenamiento constitucional español*, diss., Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995, pg. 135; GIORGIO MALINVERNI, *La libertà de réunion. Étude de droit constitutionnel suisse*, Librairie de l'Université, Georg & C.e S.A., Genebra, 1, pg. 2; PATRICK FORGET, *Sur la manifestation. Le droit et l'action collective*, Liber, Montréal, 2005, pg. 33 (a noção de reunião exige a presença do outro). Em sentido diverso, WOLF-RÜDIGER SCHENKE, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 3.^a ed., Müller, Heidelberg, 2004, § 7, I, Rn. 361, pg. 206 (nota 7).

III. 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 e o tipo contratual.

IV. O direito de contrair casamento não pode ser qualificado como um “direito particular”⁶⁷:

Qualquer pessoa detém essa titularidade do direito de casar com uma pessoa do sexo oposto. Nenhuma restrição ao princípio da universalidade (art.º 12.º, n.º 1, da CRP) se vislumbra.

Os direitos dos cônjuges, unidos pelo casamento, sim, devem ser classificados como direitos particulares (cfr. art.º 36.º, n.º 3)⁶⁸.

1.8. A mutação da política legislativa não afecta em muitos aspectos teórico-técnicos a essência da vida humana⁶⁹.

A diversidade entre os sexos dos esposos é da essência própria do casamento, quer jurídica, quer pelos fins morais e sociais que desempenha⁷⁰.

O pressuposto da heterossexualidade é um elemento essencial estruturante⁷¹, ínsito ao conteúdo da **garantia institucional do**

⁶⁷ Diversamente do que pretende DUARTE SANTOS, in *Mudam-se os tempos, mudam-se os casamentos?*, pg. 385.

Sobre a classificação respectiva (direitos universais / direitos particulares), cfr. JORGE MIRANDA, *Manual...*, IV, 4.ª ed., n.º 28, pgs. 104-106.

⁶⁸ Com este entendimento, JORGE MIRANDA, *Manual...*, IV, 4.ª ed., n.º 28.I, pg. 105; PAULO PULIDO ADRAÇÃO, *Casamento entre pessoas do mesmo sexo? Pressupostos fundamentais da questão*, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano. No centenário do seu nascimento*, volume I, FDUL, Coimbra Editora, 2006, pgs. 528, 530.

⁶⁹ Cfr. RUY DE ALBUQUERQUE, *O Prof. Manuel Duarte Gomes da Silva, o Mestre e o Homem por detrás da obra* in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva*, coordenação dos Professores RUY DE ALBUQUERQUE / MARTIM DE ALBUQUERQUE, Coimbra Editora, 2001, pgs. 146 e 147.

Notando o “paradoxo o facto de o Direito da família ser dos ramos da enciclopédia jurídica dos mais reformulados e reformados legislativamente, quando é certo que, afinal, corresponde a quanto existe de permanente no homem”, RUY DE ALBUQUERQUE, *O Prof. Manuel Duarte Gomes da Silva...*, pg. 146.

⁷⁰ Neste preciso sentido, cfr. FERNANDO ANDRADE PIRES DE LIMA, *O casamento putativo no Direito Civil português*, diss., Coimbra Editora, 1929, pg. 120.

⁷¹ Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Direitos Fundamentais. Sumários*, AAFDL, Lisboa, 2002, pg. 91.

casamento⁷², conferindo-lhe singularidade, sendo, por conseguinte, insusceptível de ser subtraído do conjunto, numa perspectiva qualitativa.

Do ponto de vista contratual clássico⁷³ e na História da Humanidade, o casamento tem esta particularidade singularíssima; é o único contrato⁷⁴), que, por essência, exige a diversidade de sexo dos contraentes⁷⁵, isto é, que assenta no pressuposto da diversidade sexual.

1.8.1. O casamento sempre teve esta especificidade da heterossexualidade. Ela está longe de ser acidental ou aleatória.

Assim, não se vê como o pressuposto da heterossexualidade, enquanto constitutivo da essência do casamento, possa ser alterado. Bem pelo contrário: ele deverá permanecer intocado pelo Legislador⁷⁶.

“[A]s coisas definem-se pela sua função e pelas suas faculdades; quando já não se encontram operantes, não devemos afirmar que são a mesma coisa”⁷⁷.

Um casamento celebrado sem duas pessoas de sexo diferente aparece “de tal maneira desfigurado, que não possa, num justo critério, apelidar-se casamento”⁷⁸.

⁷² Para uma enunciação dos diferentes entendimentos da garantia do instituto da propriedade privada, MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *A justificação da propriedade privada numa Democracia constitucional*, diss., Almedina, Coimbra, 2007, pgs. 774-775. O Autor analisa-os numa perspectiva crítica, assinalando as dificuldades em atribuir um sentido preciso e claro à garantia de instituto, concluindo pela sua desnecessidade enquanto conceito dogmático autónomo (pgs. 775 ss., *maxime* 790-794, 984) (reiterando essa rejeição, MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *Casamento civil e dignidade dos homossexuais*, in *Casamento entre pessoas do mesmo sexo. Não ou sim?*, pg. 58(n); e PEDRO MÚRIAS, *Um símbolo como bem juridicamente protegido. Sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo*, in *Casamento entre pessoas do mesmo sexo. Sim ou não?*, pgs. 27-30 (s)).

Apesar de todas as dúvidas expressas quanto à “garantia de instituto”, a verdade é que não se vê como arredá-la (cfr., entre tantos, SÉRVULO CORREIA, *Direitos Fundamentais...*, pgs. 89-90; JORGE MIRANDA, *Manual...*, IV, 4.^a ed., n.º 19.I, pg. 82, e n.º 19.II, pgs. 83-84; JOSÉ MARÍA BAÑO LEÓN, *La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución Española*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 24, Setembro-Dezembro de 1988, pgs. 154-179).

⁷³ Sem prejuízo da polémica e das críticas tecidas à natureza contratual do casamento, desde logo, HEGEL.

Em sentido contrário, KANT qualificava-o como sendo um contrato (in *Metafísica dos costumes. Parte I. Princípios metafísicos da Doutrina do Direito* (original: *Die Metaphysik der Sitten. Erster Teil: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, 1797, 1798), trad. de ARTUR MORÃO, Edições 70, Lisboa, 2004, Parte I - Princípios metafísicos da Doutrina do Direito, § 24, [pg. 278], pg.121, § 24, [pg. 279], pg.124).

⁷⁴ A par da promessa de casamento, a ele ligada.

⁷⁵ Notando isto mesmo, PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil. Anotado. Volume IV (Artigos 1576.º a 1795.º)*, 2.^a ed., anot. ao art.º 1671.º, pg. 255.

⁷⁶ Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Direitos Fundamentais...*, pg. 91.

JORGE REIS NOVAIS discorda da teoria absoluta, assinalando as dificuldades de averiguação do conteúdo essencial (JORGE REIS NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais...*, 2.^a ed., pgs. 788-794).

Salvo o devido respeito, não podemos acompanhar este entendimento. A figura do conteúdo essencial não só é didáctica, mas também operativa em termos dogmáticos.

⁷⁷ ARISTÓTELES, *Política*, tradução e notas de ANTÓNIO CAMPELO AMARAL / CARLOS DE CARVALHO GOMES, Vega, Lisboa, 1998, Livro I, II, 23-35, 1252b, pg. 55.

⁷⁸ Cfr. FERNANDO ANDRADE PIRES DE LIMA, *O casamento putativo no Direito Civil português*, pg. 120.

As posições para chegar a esta conclusão sobre o respectivo objecto negocial podem variar:

- i) Considerar que o objecto negocial de um “casamento entre pessoas do mesmo sexo” padece de uma impossibilidade física⁷⁹;
- ii) Fará mesmo sentido falar em “inexistência material”, devido à ausência de um substrato de facto, de substância material, de uma condição necessária à existência material do negócio jurídico do casamento⁸⁰. Daí a conseqüente falta de aparência do mesmo face a terceiros;
- iii) Considerar que é ofensivo dos “bons costumes”⁸¹ ou asseverar que viola a “moral pública”⁸².

1.9. O casamento não é um conceito pré-constitucional puro, uma vez que se encontra parcialmente definido na Constituição portuguesa⁸³.

Salvo o devido respeito, não podemos acompanhar a posição de que o art.º 36.º, n.º 1, se refere expressamente ao *casamento* “sem o definir” (completamente), revelando “*que não pretende pôr em causa o conceito comum, radicado na comunidade e recebido na lei civil*”⁸⁴.

Assim, em conclusão, a Constituição portuguesa, tal como o Direito Internacional Público⁸⁵, define o conceito de casamento como necessariamente heterossexual.

2. Os fundamentos do bem jurídico do casamento

⁷⁹ Com esta opinião, RADINBRANATH CAPELO DE SOUSA, *Direito da Família e das Sucessões. Relatório sobre o programa, o conteúdo e os métodos de ensino de tal disciplina*, Coimbra Editora, 1999, pg. 119.

⁸⁰ “[A] união de duas pessoas do mesmo sexo não constitui na sua materialidade um casamento” - INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Dos contratos em geral*, 2.ª ed., Coimbra Editora, 1962, p. 331.

⁸¹ PAULO OTERO, *Direito da Vida. Relatório sobre o Programa, Conteúdos e Métodos de Ensino*, Almedina, Coimbra, 2004, pg. 158.

⁸² Com esta opinião, também PAULO OTERO, *Direito da Vida. Relatório sobre o Programa, Conteúdos e Métodos de Ensino*, pg. 158.

⁸³ Diferentemente, considerando o casamento um “conceito-comporta”, por meio do qual determinadas concepções políticas e morais são incorporadas na Constituição, MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *Casamento civil e dignidade dos homossexuais*, in *Casamento entre pessoas do mesmo sexo. Não ou sim?*, pg. 59 (n).

⁸⁴ Acórdão do TC n.º 359/2009, n.º 10.

⁸⁵ V. IVO MIGUEL BARROSO, *A heterossexualidade como característica “sine qua non” do conceito de casamento, à luz do ‘Ius Cogens’*, in *Política & Direito*, n.º 6, Janeiro-Março de 2014, Diário de Bordo, no prelo.

Julga-se que a razão de ser intrínseca do instituto do casamento reside na **complementaridade entre sexos**⁸⁶ orgânica e psicológica⁸⁷, como estrutura ôntica da natureza humana⁸⁸ (a par do instinto de conservação⁸⁹); a personalidade própria infinita dos dois sexos conduz ao casamento e contribui para a sua manutenção dessa instituição⁹⁰.

Para alguma Doutrina, “a plena comunhão de vida para que o art. 1577.º [até 2010] aponta, pressupõe a complementaridade dos contraentes assente sobre a diversidade de sexos”; sendo “a diferença de sexo entre os nubentes (...) suporte mínimo insuprível” dessa comunhão⁹¹.

A simbiose entre cônjuges é, não apenas física, mas também omnipresente e diuturna ao nível emotivo / cerebral⁹². Bem pode dizer-se

⁸⁶ Neste preciso sentido, BENJAMIM RODRIGUES, declaração de voto, vencido, junta ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 121/2010, n.º 10. No mesmo sentido, cfr. MESSIAS BENTO, *Itinerários do Direito Matrimonial*, pgs. 99, 103; PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil. Anotado*, IV, 2.ª ed., anot. ao art.º 1600.º, pg. 77, anot. ao art.º 1671.º, pg. 255; SAMUEL RODRIGUES, *Matrimónio*, in *Pólis. Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, vol. IV, 2.ª ed., revista e actualizada, Verbo, Lisboa, 1997, coluna 142; as referências e opinião de DUARTE SANTOS, in *Mudam-se os tempos, mudam-se os casamentos?*, pgs. 67, 149, 173, 329.

A Doutrina da Igreja Católica chega a referir: “Na unidade dos dois, o homem e a mulher são chamados desde o início, não só a existir “um ao lado do outro” ou “juntos, mas também a “existir reciprocamente “um para o outro”” (Papa JOÃO PAULO II, Carta Apostólica “*Mulieres Dignitatem*”, de 15 de Agosto de 1988, n.º 7).

Sobre a noção de complementaridade entre sexos, HÉCTOR FRANCESCHI F., *La incapacidad relativa en la Doctrina y Jurisprudência: una respuesta desde la perspectiva antropológico-jurídica*, in *Relevância jurídica do consentimento matrimonial, Actas das VIII Jornadas de Direito Canónico. 1-3 Maio 2000*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2001, pgs. 270-281, 282-283.

Nesse sentido, a complementaridade de sexos é o pressuposto do bem dos cônjuges - JUAN JOSÉ GARCÍA FAÍLDE, *El bien de los conyunges*, in *Relevância jurídica do consentimento matrimonial, Actas das VIII Jornadas de Direito Canónico. 1-3 Maio 2000*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2001, pg. 47.

⁸⁷ SAMUEL RODRIGUES, *Matrimónio*, in *Pólis. Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, vol. IV, 2.ª ed., revista e actualizada, Verbo, Lisboa, 1997, coluna 142.

⁸⁸ HÉCTOR FRANCESCHI F., *La incapacidad relativa en la Doctrina y Jurisprudência: una respuesta desde la perspectiva antropológico-jurídica*, pg. 275.

⁸⁹ SAMUEL RODRIGUES, *Matrimónio*, in *Pólis. Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, vol. IV, 2.ª ed., revista e actualizada, Verbo, Lisboa, 1997, coluna 142.

⁹⁰ Cfr. HEGEL, *Princípios da Filosofia do Direito*, trad. de ORLANDO VITORINO, 4.ª ed., Guimarães Editores, Lisboa, 1990, § 168, pg. 167.

⁹¹ PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil. Anotado*, IV, 2.ª ed., anot. ao art.º 1628.º, pg. 159.

⁹² “Mesmo na perspectiva do prazer decorrente do uso recíproco das suas faculdades sexuais, o contrato de casamento não é um contrato arbitrário, mas um contrato tornado necessário pela lei da humanidade” (IMMANUEL KANT, *A Metafísica dos costumes*, Parte I - Princípios metafísicos da Doutrina do Direito, § 24, [pg. 278], pg. 121).

Como é sabido, segundo KANT, o ser humano deve ser sempre visto como um fim em si mesmo, nunca sendo admissível a sua utilização como um objecto ou um simples meio (IMMANUEL KANT, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* (original: *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*), trad. do alemão por PAULO QUINTELA, Edições 70, Lisboa, 1995, pg. 66); noutros termos, a humanidade em cada pessoa deveria sempre tratada como fim em si mesmo (sobre o princípio da humanidade em KANT, ANTÓNIO CORTÊZ, *O princípio da dignidade humana em Kant*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXXI, 2005, pgs. 601-630; PAULO DE SOUSA MENDES, *O torto intrinsecamente culposos como condição necessária da imputação da pena*, diss., Coimbra Editora, 2007, pgs. 123, 127 ss.; PAULO OTERO, *Instituições políticas e constitucionais*, I, 1.ª ed., 4.2.2, pgs. 206-209).

A consequência de tal postulado é a regra de irrenunciabilidade da dignidade humana.

que o casamento é ou pode ser profilático⁹³: “*mens sana in matrimonio*”. Com efeito, “[o] amor [conjugal] *pode enriquecer de uma dignidade especial as manifestações do corpo e do espírito*” (Constituição pastoral “*Gaudium et Spes*”, n.º 49)⁹⁴.

O matrimónio e a família por ele originada são, pois, “*um dos bens mais preciosos da Humanidade*”⁹⁵.

Todavia, a dádiva mútua no casamento leva KANT a abrir uma excepção a essa regra, no pressuposto de o casamento ser monogâmico e na condição de haver reciprocidade:

“*No acto de uso natural que cada um dos sexos faz dos órgãos sexuais do outro, com vista à qual uma das partes se entrega à outra, uma pessoa converte-se a si mesma em coisa, o que contraria o direito da humanidade na sua própria pessoa. Isto só é possível na condição de que, ao ser uma pessoa adquirida por outra como coisa, esta, por seu turno, a adquire reciprocamente; pois que assim ela se recupera a si mesma de novo e reconstrói a sua personalidade.*” (IMMANUEL KANT, *A Metafísica dos costumes*, Parte I - Princípios metafísicos da Doutrina do Direito, § 25, [pg. 278], pg.121).

No entender do Autor, há, pois, uma “*aquisição da pessoa na sua totalidade, uma vez que esta é uma unidade absoluta*” (*ibidem*, [pg. 278], pg.122) (em sentido próximo, no pensamento católico, considerando que “o homem e a mulher se entregam e recebem mutuamente”, cânone 1057.º, § 2.º do Código de Direito Canónico de 1983 (referindo-se ao casamento-acto); “*O matrimónio é uma ligação estável entre homem e mulher, em que ambos se dão um ao outro sem reservarem nada para si*”, ANTÓNIO DOS REIS RODRIGUES, *Vínculos imortais. A família, santuário da vida*, Principia, Estoril, 2008, pg. 70; o casamento é “[u]ma instituição [que] nasce, mesmo em face da sociedade, do acto humano pelo qual os esposos se entregam mutuamente” (Constituição pastoral “*Gaudium et Spes*”, n.º 48)).

Nas Declarações de direitos, estes seriam inalienáveis, pelo que a renúncia não seria admissível.

Em nossa opinião, há que adoptar uma posição mais “dogmática”, menos histórico-filosófica da questão da renúncia a direitos, liberdades e garantias.

Acompanhamos, no essencial, JORGE REIS NOVAIS: a renúncia a tais direitos, liberdades e garantias é, em geral, lícita (JORGE REIS NOVAIS, *Renúncia a direitos fundamentais*, in IDEM, *Direitos fundamentais. Trunfos contra a maioria*, Coimbra Editora, 2006, III.2, pg. 239; BENEDITA MAC CRORIE, *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, Almedina, Coimbra, 2005, pgs. 101-102 (nota 277); cfr. art.º 81.º, n.º 2, do CC, e 38.º, números 1 e 2, do Código Penal; v., todavia, as notas certas de JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, in *Direitos fundamentais. Introdução geral*, 2.ª ed., 23, a), pg. 148 (nota 466)), sendo uma forma de exercício do direito fundamental (se disponível) e forma de preenchimento do conceito aberto de dignidade de pessoa humana (havendo mesmo situações de pressão ou dependência que não invalidem a renúncia, desde que seja uma escolha consciente, que permita a prossecução de fins pessoais, e que, na perspectiva do interessado, lhe venha trazer alguma vantagem (JORGE REIS NOVAIS); tendo, não obstante, como o limite indisponível do núcleo duro dessa mesma dignidade (v. JORGE REIS NOVAIS, *Renúncia a direitos fundamentais*, in IDEM, *Direitos fundamentais*, III.4.2., pgs. 273-278; BENEDITA MAC CRORIE, *Renúncia (a) ao direito à reserva da intimidade da vida privada*, pgs. 635-639; IDEM, *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, pg. 107 (nota 289); art.º 38.º, n.º 1, do Código Penal, “*a contrario sensu*”, ao aludir a “*interesses jurídicos livremente disponíveis*”; admitindo a renúncia em concreto ao exercício de posições jusfundamentais, JORGE MIRANDA / JORGE PEREIRA DA SILVA, *Artigo 18.º, XX*, in *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, 2.ª ed., pg. 337).

V. sobretudo JORGE REIS NOVAIS, *Renúncia a direitos fundamentais*, in IDEM, *Direitos fundamentais. Trunfos contra a maioria*, Coimbra Editora, 2006 (republicação; 1.ª publicação em in *Perspectivas Constitucionais. Nos 20 anos da Constituição de 1976*, vol. I, org. de JORGE MIRANDA, Coimbra Editora, 1996, pgs. 263-355), pgs. 211-282; IDEM, *Renúncia aos direitos fundamentais in Dicionário Jurídico da Administração Pública*, 1.º suplemento.

2.2.1. “[O] matrimónio é a melhor garantia do bem e da prosperidade das famílias e dos Estados”⁹⁶.

A protecção do casamento é também justificada devido a “potenciar a estabilidade, a responsabilidade e a solidariedade familiares, através dos deveres recíprocos que dela decorrem”⁹⁷.

3. Consequências da posição adoptada

E também: JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *Direitos fundamentais. Introdução geral*, 2.^a ed., revista e actualizada, Principia, Estoril, 2011, n.º 23, pgs. 146-151; RICARDO BERNARDES, *A auto-suspensão de direitos fundamentais — Reflexões em torno da sua admissibilidade*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, volume LI, n.º 1, 2010, pgs. 455-526; GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a ed., Almedina, Coimbra, 2003, pgs. 463-465; MARIANA MELO EGÍDIO, *Renúncia a direitos fundamentais*, Relatório de Mestrado, FDUL, Lisboa, 2011; BENEDITA FERREIRA DA SILVA MAC CRORIE, *Renúncia a direitos fundamentais*, diss. inédita, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2012; IDEM, *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, Almedina, Coimbra, 2005, pgs. 101-102 (nota 277), 107 (nota 289); IDEM, *Renúncia a direitos fundamentais*, diss., Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, inédita; JORGE MIRANDA, *Manual...*, IV, 5.^a ed., n.º 89, pgs. 426-429; MARIA CLARA TELES TERZIS, *Limites à renúncia a direitos fundamentais pelos particulares nas relações entre privados*, Relatório de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas, FDUL, 2006; LUIS MARÍA DíEZ-PICAZO, *Nota sobre la renuncia a los derechos fundamentales*, in *Persona y Derecho*, 45, 2001, pgs. 132-138.

Admitindo a renúncia em concreto ao exercício de posições jusfundamentais, JORGE MIRANDA / JORGE PEREIRA DA SILVA, *Artigo 18.º*, XX, in *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, 2.^a ed., JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, Coimbra Editora, 2010, pg. 337.

Em âmbitos mais específicos, v. PAULO MOTA PINTO, *A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*, in *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, volume 2, Estudos Variados, Direito Comunitário, org. de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS / IRENEU CABRAL BARRETO / TERESA PIZARRO BELEZA / EDUARDO PAZ FERREIRA, Coimbra Editora, 2001, pgs. 527-558; BENEDITA MAC CRORIE, *Renúncia (a) ao direito à reserva da intimidade da vida privada*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, 3.º Suplemento, Lisboa, 2007 (director: JORGE BACELAR GOUVEIA), pgs. 630-631; PAULO OTERO, *Disponibilidade do próprio corpo e dignidade da pessoa humana*, in *Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, in *Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, I, Almedina, Coimbra, 2008, pgs. 107-138.

⁹³ A forma que o Direito encontrou para crismar esse amor entre homem e mulher foi o casamento.

É certo que, mais importante do que o casamento-instituição, é a relação mútua (“*it is the relationship, not the institution, that is key*” (STEPHANIE COONTZ).

Os dados sociológicos parecem comprovar a satisfação pessoal do estado de casado.

Um estudo científico, elaborado em associação entre a Organização Mundial da Saúde (OMS) e a Universidade de Harvard, concluiu que homens e mulheres casados são menos susceptíveis a várias doenças do foro psicológico. Os casados têm menos tendência a sofrer depressões e ter sintomas de ansiedade do que os solteiros ou divorciados (<http://clix.expresso.pt/casados-ganham-mais-que-solteiros=f561479>, 17 de Dezembro de 2009, jornalista CÂNDIDA SANTOS SILVA).

Uma outra investigação, realizada na Alemanha, pela Universidade de Bielefeld, tendo por base um inquérito feito a mais de 12 mil pessoas do sexo masculino, conclui que os homens casados ganham cerca de três vezes mais do que quando estavam solteiros (ganhando também mais, por comparação com aqueles que vivem em união de facto).

A explicação veiculada por esta investigação é a de que, após contrair casamento, o homem ganha mais sentido de responsabilidade e fortalece a sua ética profissional (<http://clix.expresso.pt/casados-ganham-mais-que-solteiros=f561479>, 3 de Fevereiro de 2010, jornalista CÂNDIDA SANTOS SILVA).

Um outro estudo (realizado por médicos do *New England Research Institute*, coordenada pela investigadora SUSAN A. HALL, publicado no “*American Journal of Cardiology*”, apud Cândida Santos Silva (www.expresso.pt), 24 de Janeiro de 2010) conclui que o seguinte:

A verdade constitucional “é precisamente aquilo que de nenhum modo pode ser destruído, por mais oposições que encontre”⁹⁸.

A conclusão que se impõe é esta: as alterações ao regime do casamento, constantes do art.º 2.º da Lei n.º 9/2010, de 31 de Maio, padecem de inconstitucionalidade material.

O Legislador tem o dever de revogar essa Lei, à luz do princípio autocontrolo da validade (cfr. art. 162.º, alínea a), da CRP).

Homens com uma vida sexual menos activa têm uma incidência maior de distúrbios, como a disfunção sexual, o colesterol e a hipertensão. Os homens com mais disposição para o sexo costumam ser menos sedentários e cuidarem melhor da saúde, fazer sexo de duas a três vezes por semana pode ter um efeito protector para o coração. Praticar sexo duas vezes por semana ajuda a reduzir a tensão arterial. Para além de a prática do sexo poder ser um exercício de intensidade moderada, as hormonas libertadas após a ejaculação, ajudam a equilibrar uma série de funções metabólicas.

A prática de sexo contribui também para diminuir a incidência de diabetes.

Traumas e outras perturbações de maior intensidade – como a perda do amado – enfraquecem o sistema imunitário.

WILLIAM FARR, em 1858, foi um dos primeiros a sustentar que a boa saúde estava ligada ao casamento.

Todavia, estas conclusões têm vindo a ser algo contestadas.

TARA PARKER-POPE (autora do livro “*For Better: The Science of a Good Marriage*” – cfr. http://www.nytimes.com/2010/04/18/magazine/18marriage-t.html?_r=1), embora reconhecendo, na esteira de estudos anteriores, que o casamento está profundamente ligado à saúde e ao bem-estar (menor propensão para ser atacado por pneumonia, desenvolver cancro ou ter ataques cardíacos), entende estes benefícios com “*nuances*”, “*cum grano salis*”,

Há, pois, que distinguir entre relações matrimoniais felizes e infelizes (v. g., em constante acrimónia; ou com discussões à hora de refeição, que potencia triglicéridos, isto é, obesidade) (pois os casais nesta última situação estão mais sujeitos a doenças do que os primeiros).

Por outro lado, o benefício do casamento desaparece logicamente aquando do divórcio, ficando essas pessoas tão susceptíveis em termos físicos como as que nunca casaram.

Não se vai ao ponto de dizer que há casamento-instituição em sentido material.

Mas é um direito muito longe de estar plenamente concretizado e de obedecer à sua “*ratio*”.

Um “casamento sem amor” (cfr. DIOGO LEITE DE CAMPOS) é, oco, vazio; em si, uma “*contradictio in terminis*”.

(Considerando, mais radicalmente, que um casamento sem amor – com a obrigação de se absterem de relações sexuais; ou impotência (conscientes disso) “é um contrato simulado e não dá origem a qualquer casamento”, IMMANUEL KANT, *A Metafísica dos costumes*, Parte I (Princípios metafísicos da Doutrina do Direito); Parte II (*Princípios metafísicos da Doutrina da Virtude*) (original: *Die Metaphysik der Sitten*, 1797, 1798; segue o texto publicado em 1907 pela Academia das Ciências da Prússia), trad. de JOSÉ LAMEGO, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2005, § 24, [pg. 279], pg.124).

Há decerto fraude à lei, mas, mais directamente, a violação dos deveres conjugais de coabitação e do núcleo injuntivo da comunhão conjugal.

Não se nega a imutabilidade dos sentimentos. Eles evoluem (ou podem evoluir), como tudo na vida (veja-se a ópera “*Così fan tutte*”, de MOZART, com libreto de LORENZO DA PONTE...). Nesse ponto, concordamos com o “realismo” do libreto, embora numa situação muito específica, de grande incerteza quanto ao regresso dos noivos e anterior à celebração do casamento.

⁹⁴ O amor conjugal tem quatro características: humano; total; fiel e exclusivo; e fecundo (Papa PAULO VI, Carta Encíclica “*Humanae Vitae*”, n.º 9; v. ANTÓNIO DOS REIS RODRIGUES, *Vínculos imortais. A família, santuário da vida*, Principia, Estoril, 2008, pgs. 29-30).

Pelo exposto, não se concorda plenamente com a última característica, senão porventura num sentido metafórico.

⁹⁵ Papa JOÃO PAULO II, *Familiaris Consortio*, n.º 1.

Assim, para a religião católica, a família é o grande projecto de Deus concedido à Humanidade (ANTÓNIO DOS REIS RODRIGUES, *Vínculos imortais. A família, santuário da vida*, Principia, Estoril, 2008, pg. 35).

3.1. Em alternativa à revogação da lei, e face à posição assumida pelo TC, sempre existe a possibilidade de a questão ser clarificada (reitere-se, sem inovação face à interpretação que adoptamos) em sede de revisão constitucional.

Apesar de não sermos favoráveis, em geral, a um revisionismo constitucional⁹⁹, dada a importância da matéria, se dúvidas restassem, a questão poderia ser resolvida, cirurgicamente, nessa sede, ao nível do poder constituinte derivado¹⁰⁰.

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

Artigo 36.º
(Casamento, família e filiação)¹⁰¹

1. O homem e a mulher têm o direito de contrair casamento em condições de plena igualdade.

2. Todos têm o direito de constituir família, o elemento natural e fundamental da sociedade¹⁰².

(...) 3. [actual n.º 2]

4. Reflexões finais

Creemos que ainda não terão sido exploradas todas as potencialidades da DUDH.

Os aplicadores da Constituição ainda não terão feito pleno uso de todo o instrumentário da Declaração, antes pelo contrário.

Esperamos que tal possa vir a suceder, no desenvolvimento constitucional¹⁰³.

⁹⁶ MANUEL NUNES GIRALDES, *Defesa da dissertação inaugural sobre a legitimação dos filhos espúrios por subsequente matrimónio*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1860, pg. 14 (referido no n.º 11 da sua dissertação).

⁹⁷ RITA LOBO XAVIER, *A vinculação do Direito da Família aos «direitos da família»*, in *João Paulo II e o Direito. Estudos por ocasião do seu 25.º aniversário do seu pontificado*, ANTÓNIO PEDRO BARBAS HOMEM / EDUARDO VERA-CRUZ PINTO / GONÇALO PORTOCARRERO DE ALMADA / PAULO TEIXEIRA PINTO (organizadores), Principia, Cascais, 2003, pg. 156 (nota 27).

⁹⁸ Parafrazeando JÚLIO FRAGATA S. J., *Problemas da Filosofia contemporânea*, Publicações da Faculdade de Filosofia da Universidade Católica Portuguesa, Braga, 1989, pg. 46.

⁹⁹ 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.).

¹⁰⁰ Esse foi, como se disse, o caminho encetado pela maioria dos Estados federados norte-americanos; e conforme está expresso, por exemplo, na Constituição brasileira de 1988.

¹⁰¹ Justifica-se a inversão, na epígrafe, colocando em primeiro lugar o casamento.

¹⁰² 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.

¹⁰³ Sobre este conceito, cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria...*, 7.ª ed., pgs. 1073, 1141; JORGE MIRANDA, *Manual...*, I, 8.ª ed., n.º 140.III, pg. 417 (na 9.ª ed., n.º 142.III, pgs. 435-436).

Eis um papel renovado que pode ser reconhecido à DUDH.

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

A interpretação da Constituição tem um significado decisivo para a preservação e consolidação da sua força normativa¹⁰⁴.

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

Urge, pois, defender a Constituição e a sua força normativa¹⁰⁵, em conformidade com uma solução pacífica resultante das tradições dos vários povos.

¹⁰⁴ 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.

¹⁰⁵ 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).