

Tribunal da Relação de Lisboa
Processo nº 6284/2006-8

Relator: PEDRO DE LIMA GONÇALVES

Sessão: 15 Fevereiro 2007

Número: RL

Votação: UNANIMIDADE

Meio Processual: APELAÇÃO

Decisão: NEGADO PROVIMENTO

HOMOSSEXUALIDADE

CASAMENTO

UNIÃO DE FACTO

FAMÍLIA

PRINCÍPIO DA IGUALDADE

LIBERDADE CONTRATUAL

CONTRATO

NORMA IMPERATIVA

ORDEM PÚBLICA

Sumário

I-A Constituição da República Portuguesa não consagra um direito dos homossexuais a contrair casamento.

II- O casamento não é a única forma de constituir família; as uniões de facto, registadas ou não, entre pessoas os mesmos sexo são também uma forma de constituir família.

III- O artigo 36.º da Constituição Política consagra dois direitos (e não um só): o direito de constituir família e o direito a contrair casamento, não sendo, portanto, correcta a afirmação de que, à face da lei portuguesa, os homossexuais não podem constituir entre si uma relação familiar.

IV- O artigo 36º da Constituição da República Portuguesa não contém normas fechadas, remetendo para o legislador ordinário a regulamentação dos requisitos e efeitos do casamento e até a sua forma de celebração.

V- Ao autonomizar o casamento, o legislador constitucional revelou implicitamente não ignorar as coordenadas estruturais delimitadoras do casamento na ordem jurídica portuguesa e a lei portuguesa considera integrativo do seu núcleo essencial a celebração do contrato de casamento por pessoas de sexo diferente (artigo 1577.º do Código Civil) considerando juridicamente inexistente o casamento contraído por duas pessoas do mesmo sexo (artigo 1628.º ,alínea e) do Código Civil).

VI- O princípio da liberdade contratual consagrado no artigo 405.º do Código

Civil não é um princípio absoluto: o próprio preceito prescreve que a faculdade de celebrar contratos e de fixar livremente o respectivo conteúdo deve exercer-se “ dentro dos limites da lei”.

VII- Um dos campos em que avultam restrições ao princípio da liberdade de contratar é exactamente o campo do direito de família, área em que predominam normas imperativas e interrogáveis por vontade das partes, resultando tal circunstância do interesse público atinente à vida familiar, constituindo relevante restrição a que resulta precisamente dos artigos 1577.º e 1628.º, alínea e) do Código Civil

(SC)

Texto Integral

Acordam no Tribunal da Relação de Lisboa:

I. Relatório

1. T.[...] e M.[...] apresentaram uma declaração para casamento e requereram a instauração do respectivo processo de publicações na [...] Conservatória do Registo Civil [...].

2. O Exmo Sr. Conservador do Registo Civil [...] indeferiu a pretensão das requerentes, por serem pessoas do mesmo sexo, o que contrariava o disposto no artigo 1577º do Código Civil.

3. Não se conformando com esta decisão, as requerentes, ao abrigo do disposto no nº 1 do artigo 286º do Código do Registo Civil, interpuseram recurso da decisão do Exmo. Senhor Conservador que indeferiu o pedido de instauração do processo de publicações que antecedia a celebração do casamento entre ambas com fundamento na violação do disposto no artigo 1577º e na alínea e) do artigo 1628º do Código Civil.

4. O Ex.mo Sr. Conservador do Registo Civil [...] manteve a decisão (nº3 do artigo 288º do Código de Registo Civil).

5. O processo foi então remetido com vista ao Ministério Público tendo o mesmo concordado na íntegra com a decisão proferida pelo Exmo Senhor Conservador.

6. Foi proferida sentença que “confirmou assim na íntegra a decisão recorrida”.

7. Inconformadas com esta decisão, as RR interpuseram recurso, que foi recebido como de apelação, a subir imediatamente nos próprios autos e com efeito suspensivo, tendo, nas suas alegações de recurso, apresentado as seguintes (transcritas) conclusões:

1ª- Vem o presente recurso da decisão proferida pelo Mmº. Juiz *a quo*, que indeferiu a pretensão das requerentes, que pugnavam pela revogação do despacho proferido pelo Exmº. Senhor Conservador [...] que indeferiu o pedido de instauração do processo de publicações que antecedia a celebração do casamento entre ambas,

2ª- com fundamento na alegada violação do disposto no artigo 1.577º e na alínea e) do artigo 1.628º, ambos do Código Civil, uma vez que as requerentes são do mesmo sexo.

Ora,

3ª- Possuindo ambas personalidade e capacidade jurídica e judiciária e, por isso, plena capacidade matrimonial, tal como esta vem exigida nos artigos 1.596º e 1.600º do Código Civil, não podem as recorrentes de forma alguma conformar-se com tal decisão, pois ela não só é ilegal mas, acima de tudo, é **profundamente injusta!**

De facto,

4ª- se o artigo 1.577º do Código Civil define casamento como «**o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida**»

5ª- e se, por sua vez, a alínea e) do artigo 1.628º do Código Civil fere de ***inexistência jurídica*** o casamento celebrado entre duas pessoas do mesmo sexo,

6ª- e se o casamento não é mais do que um contrato, mas um contrato de natureza exclusivamente civil, ao qual deveriam ser imediatamente aplicáveis as regras normais da Ordem Jurídica portuguesa, qualquer determinação que impeça a sua celebração será clara e inequivocamente **inconstitucional!!!**

Com efeito,

7ª- a inclusão da expressão «**de sexo diferente**» no corpo do artigo 1.577º do Código Civil e que, por isso, impede dois cidadãos do mesmo sexo de «**constituir família mediante uma plena comunhão de vida**»,

8ª- está irremediavelmente ferida de inconstitucionalidade.

De facto,

9ª- a Constituição da República Portuguesa determina inequivocamente no seu artigo 13º, sob a epígrafe «**Princípio da Igualdade**»:

«1 – Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.

«2 – Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social **ou orientação sexual**».

Tanto assim que

10ª- o legislador constitucional de 2004 (Lei Constitucional nº 1 /2004) entendeu completar a formulação inicial do Princípio da Igualdade acrescentando ao artigo 13º da Constituição a expressão «**ou orientação sexual**».

11ª- Ora, o significado do aditamento deste «reforço» da formulação constitucional do Princípio da Igualdade tem, obviamente, um só significado: impedir constitucionalmente a discriminação dos cidadãos portugueses **também em razão do facto de serem homossexuais**.

Deste modo,

12ª- se a Constituição Portuguesa como «força geradora de direito privado» terá de ser respeitada e acatada não como «mera directiva programática de carácter indicativo»,

13ª- mas como uma norma vinculativa que deve ser imediatamente «acatada pelo legislador, pelo juiz e pelos demais órgãos estaduais».

14ª- então constitui inequívoca violação constitucional a aplicação prática por parte de qualquer agente de uma norma que contrarie a determinação constitucional do Princípio da Igualdade em razão da orientação homossexual de um cidadão.

Por outras palavras,

15ª- se o Código Civil impede no seu artigo 1.577º a celebração de um simples e mero contrato de natureza e consequências exclusivamente civis, como é o contrato de casamento, a pessoas do mesmo sexo,

16ª- então a expressão «**de sexo diferente**» contida naquela norma é, obviamente, inconstitucional!

Mas mais:

17ª- está ainda constitucionalmente determinado, mais exactamente no artigo 36º da Constituição, que

«Todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade»,

18ª- como no artigo 67º está estatuído que

«A família, como elemento fundamental da sociedade, tem direito à protecção da sociedade e do Estado e à efectivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros».

Assim,

19ª- também por força destas determinações constitucionais não poderá ser vedado a um determinado cidadão o acesso à celebração de um contrato de casamento em razão da sua orientação sexual,

20ª- assim, o impedindo, também de «constituir família em plena comunhão de vida» e «em condições de plena igualdade».

Até porque,

21ª- nenhuma razão há para impedir duas pessoas do mesmo sexo de celebrarem um simples contrato de casamento.

22ª- Por isso mesmo, tal foi inequivocamente considerado no acórdão do Tribunal Constitucional nº 309/85:

«Assim, a caracterização de uma norma como inconstitucional, por violação do princípio da igualdade, depende, em última análise, **da ausência de fundamento material suficiente, isto é, falta de razoabilidade e consonância com o sistema constitucional**».

Assim sendo,

23ª- nenhuma razão poderá assistir ao Mmº. Juiz *a quo* quando este, depois de considerar que o «princípio da liberdade contratual» estabelecido na lei civil contém em si próprio uma espécie de “auto-limitação” decorrente da sua formulação inicial, de onde consta a expressão «dentro dos limites da lei»,

24ª- acaba por ignorar que tais «limites da lei» significam não os limites deste ou daquele diploma legal, seja ele ou não o Código Civil, mas os limites da «**Ordem Jurídica**» portuguesa no seu conjunto, escalonados de acordo com a sua valoração hierárquica dentro dessa mesma Ordem Jurídica.

Ou seja,

25ª- a “auto-limitação” contida na própria formulação do princípio da liberdade contratual, que determina que esta se deverá configurar “dentro dos limites da lei”, somente poderá vigorar na medida em que se interprete essa mesma “auto-limitação” depois de se apreciar a sua conformidade constitucional.

Depois,

26ª- constituiu ainda argumento do Mmº. Juiz *a quo* a interpretação do artigo 36º da Constituição, no sentido de que o mesmo impediria a extensão da noção de casamento a pessoas do mesmo sexo porque, diz-se, «a proibição de discriminações não significa uma exigência de igualdade absoluta em todas as situações, nem proíbe diferenciações de tratamento».

Ora,

27ª- se isso é verdade, o que é também é um facto que essas “diferenciações” não poderão de forma alguma ser arbitrárias ou irrazoáveis, isto é, desprovidas de fundamento material bastante, designadamente a chamada *discriminação intolerável*.

No entanto,

28ª- o que é verdade é que não se encontra nenhuma razoabilidade na proibição da celebração de um mero e simples contrato de natureza civil depois de se apurar a orientação sexual de quem o pretende celebrar!

Pelo contrário,

29ª- se virmos bem, e paradoxalmente, é o próprio argumento utilizado pelo Mmº. Juiz *a quo* que melhor clarifica a inconstitucionalidade e a irrazoabilidade da proibição do casamento a pessoas do mesmo sexo!

30ª- Até porque tal argumento é absolutamente inadmissível num Estado de Direito, e tão inaceitável como irrazoavelmente preconceituoso!

31ª- Aceitá-lo significaria defender uma sociedade que quer tapar o Sol com uma peneira e varrer para debaixo do tapete uma parte dos seus cidadãos, que nasceram com uma orientação sexual “diferente da oficial”.

32ª- Aceitar este argumento, significaria não mais do que dizer a esses cidadãos que uma coisa é poderem existir, viver uns com os outros em comum e em liberdade e em “família”, sim, e até a permitir-lhes uma vivência de «faz de conta», mas destituída de qualquer força e consequências legais,

33ª- mas outra coisa seria ser-lhes reconhecido o direito a atribuírem força e forma legal a essa união tal como é possibilitado aos demais cidadãos, por exemplo para assegurarem mutuamente direitos sucessórios, de pensões de sobrevivência, de comunhão patrimonial, de transmissão de arrendamentos, etc.

Porque uma coisa é certa:

34ª- independentemente do que se defenda que a Ordem Jurídica portuguesa estabelece de facto e em concreto, não há, de facto, nenhum motivo para uma sociedade moderna e democrática, como não há qualquer razoabilidade para em Portugal se impedir que duas pessoas do mesmo sexo se associem numa união familiar, para “constituírem família em plena comunhão de vida”.

Ora,

35ª- se, de facto, se reconhece que não existe qualquer razoabilidade para tal proibição, continuar a defendê-la seria, antes de mais, defender a irrazoabilidade da própria Ordem Jurídica. O que seria um absurdo!

36ª- Mas mais, se não quisermos defender a completa inutilidade da formulação «orientação sexual» aditada ao artigo 13º da Constituição, então teremos forçosamente que defender que tal formulação serve não mais do que para reconhecer aos cidadãos que mesmo em função da sua orientação sexual, isto é, pelo facto de serem homossexuais, poderão associar-se familiarmente com pessoas que serão, obviamente e por isso, do mesmo sexo.

Conclui pelo provimento ao presente recurso e a revogação do despacho do Exmº. Senhor Conservador do Registo Civil e também da sentença do Mmº. Juiz *a quo* que a confirmou.

8. O MºPº contra – alegou, sustentando, em súmula, que: quer no plano do direito civil quer no plano constitucional a decisão não poderia ser outra, dado não se mostrarem violados os preceitos da Constituição da República invocados pelas recorrentes.

Conclui pela improcedência do recurso.

9. Colhidos os vistos legais, cumpre decidir.

II - Delimitação do objecto do recurso

Conforme deflui do disposto nos artigos 684º, nº 3, e 690º, nºs 1 e 2, ambos do Código de Processo Civil, o âmbito de intervenção do tribunal *ad quem* é delimitado em função do teor das conclusões com que o recorrente remata a sua alegação (aí indicando, de forma sintética, os fundamentos por que pede a

alteração ou anulação da decisão recorrida), só sendo lícito ao tribunal de recurso apreciar as questões desse modo sintetizadas, sem prejuízo das que importe conhecer oficiosamente por imperativo do artigo 660º ex vi artigo 713º, nº 2, do citado diploma legal.

Dentro dos preditos parâmetros, emerge das conclusões da alegação recursória apresentada que o objecto do presente recurso está circunscrito às seguintes questões:

- da violação do disposto no artigo 405º do Código Civil – princípio da liberdade contratual;

- da violação do princípio da igualdade – a inconstitucionalidade do artigo 1577º do Código Civil.

III. Fundamentação

1. Dos factos que constam na decisão sob recurso como provados.

1.1. T.[...] e M.[...] nasceram na cidade de [...] respectivamente, em 26 de Fevereiro de 1977 e 14 de Maio de 1970.

1.2. Por requerimento entrado em 1 de Fevereiro de 2006 na [...] Conservatória de Registo Civil [...], as aqui recorrentes T.[...] e M.[...] declararam pretender contrair casamento entre si e, em consequência pretenderam que fosse instaurado o competente processo de publicações (cfr. documento de fls.40 e 41).

2. Apreciação do mérito da apelação

1. Da pretensa violação do disposto no artigo 405º do Código Civil – princípio da liberdade contratual.

Preceitua o artigo 405º do Código Civil que:

«1. Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver.

2. As partes podem ainda reunir no mesmo contrato regras de dois ou mais negócios, total ou parcialmente regulados na lei.»

Por sua vez, prescreve o artigo 1577º do Código Civil que:

«Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos deste Código.»

E, nos termos da alínea e) do artigo 1628º do Código Civil, o casamento contraído por duas pessoas do mesmo sexo é juridicamente inexistente

No citado artigo 405º do Código Civil encontra-se consagrado o princípio da liberdade contratual, consistindo a liberdade de contratar na faculdade reconhecida às pessoas de criarem livremente entre si acordos destinados a regular os seus interesses legítimos.

Ao atribuir força vinculativa ao acordo das partes, extraem-se do princípio da autonomia da vontade as consequências que ele logicamente comporta no campo da criação do direito.

Por outro lado, reconhece-se aos contraentes a faculdade de fixarem livremente o conteúdo do contrato (celebrar contratos típicos ou nominados, aditar a qualquer desses contratos as cláusulas que melhor convierem aos seus interesses e realizar contratos distintos dos que a lei prevê e regula).

Contudo, tal liberdade de contratar sofre limitações e restrições em vários tipos de situações.

Ora, um dos campos em que existem restrições na liberdade de contratar é exactamente o campo do direito de família, área em que predominam normas imperativas e inderrogáveis por vontade das partes, resultando tal circunstância do interesse público atinente à organização da vida familiar.

- Cfr. PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *in* “Curso de Direito de Família”, vol. I, 2ª edição, pág.163 – Assim, como a liberdade de contratar se mostra condicionada (“dentro dos limites da lei”) e nos encontramos em presença de um contrato tipificado na lei, que define o casamento como um contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente (artigo 1577º do Código Civil), inexistente qualquer violação do princípio da liberdade de contratar.

Como assim, não se mostra violado o disposto no artigo 405º do Código Civil.

Contudo, as recorrentes sustentam que tal restrição do direito de contratar, com fundamento na expressão de “sexo diferente” na definição do contrato de casamento (artigo 1577º do Código Civil), é igualmente violadora de princípios contidos na Constituição da República.

2. Da pretextada violação de princípios contidos na Constituição da República.

2.1. O quadro legal e os juízos interpretativos que comporta

Neste particular, invocam as recorrentes a violação do disposto nos artigos 13º, 36º e 67º da Constituição da República.

Convocando o quadro normativo em referência:

Prescreve o artigo 13º da Constituição da República que:

«1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.

2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual».

Por sua vez, estatui o artigo 36º:

«1. Todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade.

2. A lei regula os requisitos e os efeitos do casamento e da sua dissolução, por morte ou divórcio, independentemente da forma de celebração.

(...)»

E, por último, dispõe o artigo 67º:

«1. A família, como elemento fundamental da sociedade, tem direito à protecção da sociedade e do Estado e à efectivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros.

(...)».

No que respeita ao princípio da igualdade:

Tal princípio consubstancia um dos princípios estruturantes do sistema constitucional, sendo a base constitucional do princípio da igualdade a «igual dignidade social de todos os cidadãos (nº 1) – que, aliás, não é mais do que um corolário da igual dignidade humana de todas as pessoas (cfr. art.1º) -, cujo sentido imediato consiste na proclamação da idêntica «validade cívica» de todos os cidadãos, independentemente da sua inserção económica, social, cultural e política, proibindo desde logo formas de tratamento ou de consideração social discriminatórias. O princípio da igualdade é, assim, não apenas um princípio de disciplina das relações entre o cidadão e o Estado (ou equiparadas), mas também uma regra de estatuto social dos cidadãos, um princípio de conformação social e de qualificação da posição de cada cidadão na colectividade.» (GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *in* “Constituição da República Portuguesa Anotada”, vol. I, 2007, págs.337 e 338).

E, prosseguindo na esteira do ensinamento dos aludidos Profs., «o seu âmbito de protecção abrange na ordem constitucional portuguesa as seguintes dimensões: (a) *proibição do arbítrio*, sendo inadmissíveis, quer diferenciações de tratamento sem qualquer justificação razoável, de acordo com os critérios de valor objectivos, constitucionalmente relevantes, quer a identidade de tratamento para situações manifestamente desiguais; (b) *proibição de discriminação*, não sendo legítimas quaisquer diferenciações de tratamento entre os cidadãos baseadas em categorias meramente subjectivas ou em razão dessas categorias (cfr. nº2, onde se faz expressa menção de categorias subjectivas que historicamente fundamentaram discriminações); (c) *obrigação de diferenciação*, como forma de compensar a *desigualdade de oportunidades*, o que pressupõe a eliminação, pelos poderes públicos, de desigualdades fácticas da natureza social, económica

e cultural (cfr., por ex., arts. 9º/d e f, 58º-2/b e 74º-1) » (*in* ob. cit., pág.339).

Acresce que tais referências efectuadas no artigo 13º da Constituição da República, no seu nº 2, aos factores de desigualdade são meramente exemplificativas.

A redacção primitiva, que sofreu um acréscimo pela Lei Constitucional nº 1/2004 – acréscimo da expressão “ou orientação sexual” – , procura obstar às discriminações directas ou indirectas baseadas neste critério (cfr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *in* ob. cit., pág. 342), e mais pretende «dar acolhimento a algumas reivindicações das chamadas sexuais quanto ao direito à identidade sexual e quanto à proibição da privação de direitos por motivo de homossexualidade» (*ibidem*, pág. 349).

Ademais, importa sublinhar que, ao invés do sustentado pelas recorrentes, tal acréscimo efectuado pela revisão constitucional de 2004 não veio trazer qualquer elemento novo.

Como afirmam JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS: «Já era, pois, assim, antes de 2004, no tocante à “orientação sexual”.

O fazer-se-lhe agora menção no nº 2 não equivale a mais do que a uma explicitação, sem que daí possa extrair-se alguma consequência quanto a outras matérias, designadamente quanto ao casamento e à adopção (artigo 36º)» (*in* “Constituição Portuguesa Anotada”, Tomo I, 2005, pág.121).

De resto, no âmbito da redacção anterior (sem o referido acréscimo), já se havia pronunciado o Tribunal Constitucional, em Acórdão de 18 de Outubro de 2003 (Ac. nº 513/03), no sentido da violação do princípio da igualdade, por discriminação pela orientação sexual, relativamente ao direito a pensões por falecimento do companheiro de facto numa relação entre pessoas do mesmo sexo.

No que concerne ao artigo 36º da Constituição da República Portuguesa:

Neste preceito constitucional (nº 1) consagra-se o direito a constituir família e o direito a contrair casamento em condições de igualdade.

Tais direitos não se confundem e, muito pelo contrário, neste preceito constitucional estabelece-se o reconhecimento de que a família não é apenas produto do casamento (cfr. Ac. do Tribunal Constitucional nº 411/03, de 10 de Fevereiro de 2004, *in* www.tribunalconstitucional.pt).

Ou, como acentuam GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, a Constituição não admite todavia a redução do conceito de família à união conjugal baseada no casamento, isto é, à família «matrimonizada» (*in* ob. cit., pág. 561) e permite alargar, ainda no dizer destes Autores, «a família a comunidades constitucionalmente protegidas («famílias monoparentais», apenas com «mãe e filhos» ou com «pai e filhos», «comunidades familiares com filhos nascidos fora do casamento», «famílias formadas por irmãs ou irmãos», «uniões de facto» (...)). Dentro do sector normativo do artigo em referência articulado com as sugestões do artº 13-1 (*in fine*) que proíbe discriminações em razão da orientação sexual estão hoje as uniões homossexuais, entendidas também como comunidades de existência familiar.» (*ibidem*, pág.567)

- Cfr., no mesmo sentido, JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS (*in* ob. cit., págs.394 e 398 –

Por outro lado, a Constituição veio a autonomizar o casamento no artigo 36º (nos seus nºs1, 2 e 3) e, ao admitir que existe família sem casamento, o legislador constitucional demonstrou não ignorar as «coordenadas estruturais delimitadoras do casamento na ordem jurídica portuguesa.

O casamento não é, pois, garantido como uma realidade abstracta, completamente manipulável pelo legislador e susceptível de livre conformação pela lei. Pelo contrário, como é próprio de uma garantia institucional, não faz sentido que a Constituição conceda o direito a contrair casamento e, ao mesmo tempo, permita à lei ordinária suprimir ou desfigurar o seu núcleo essencial» (JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *in* ob. cit., pág.397).

- No mesmo sentido: cfr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *in* ob. cit., pág.562 -.

Ou ainda, como referem PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, «merece referência (...) a questão de saber se o artigo 36º, nº1º, 2ª parte, concede apenas um direito fundamental a contrair casamento ou, mais do que isso, é uma norma de garantia institucional. Embora a Constituição não formule de modo explícito um princípio de “protecção do casamento” (só a família é protegida no artigo 67º), temos entendido que a instituição do casamento está constitucionalmente garantida, pois não faria sentido que a Constituição concedesse o direito a contrair casamento e, ao mesmo tempo, permitisse ao legislador suprimir a instituição ou desfigurar o seu núcleo essencial» (*in cit.* “Curso de Direito da Família”, vol. I, 2ª edição, pág.137).

De igual forma, o Tribunal Constitucional, no seu Ac. nº 590/2004, de 6 de Outubro de 2004 ([in www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)), veio sustentar que «quanto ao direito a casar, pode dizer-se que este comporta duas dimensões. Por um lado, consagra um direito fundamental, por outro, é uma verdadeira norma de garantia institucional.»

E um dos requisitos nucleares da consagração de tal direito é o de que se trata de um casamento entre duas pessoas de sexo diferente. (cfr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *in ob. cit.*, pág.562).

Relativamente ao artº. 67º Constituição da República Portuguesa:

Considera-se em tal preceito constitucional a família como “elemento fundamental da sociedade”, e, sem perder de vista a realização pessoal dos seus membros, tutela o mesmo, essencialmente, a família como instituição e impõe, em particular, ao Estado o dever de a proteger positivamente.

Finalmente, na delimitação normativa do dissídio, importa fazer uma breve referência às posições assumidas pelos mais autorizados anotadores da Constituição da República Portuguesa no âmbito da temática do casamento de pessoas do mesmo sexo.

Sustentam, a este propósito, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, «dentro do sector normativo do artigo em referência (*trata-se do*

artigo 36º) articulado com as sugestões do art.13º - 1 (*in fine*) que proíbe discriminações em razão da orientação sexual estão hoje as uniões homossexuais, entendidas também como comunidades de existência familiar. A proibição de discriminações tem justificado sentenças do Tribunal Constitucional (...). Todavia, o alargamento do âmbito de protecção do preceito à realidade de comunidades familiares diversas e plurais não se transfere de plano para o casamento de pessoas do mesmo sexo. Seguramente que basta o princípio do Estado de direito democrático e o princípio da liberdade e autonomia pessoal, a proibição de discriminação em razão da orientação homossexual, o direito ao desenvolvimento da personalidade, que lhe vai naturalmente associado, para garantir o direito individual da cada pessoa a estabelecer vida em comum com qualquer parceiro da sua escolha (...) . Mas a recepção constitucional do conceito histórico como união entre duas pessoas de sexo diferente radicado intersubjectivamente na comunidade como instituição não permite retirar da Constituição um reconhecimento directo e obrigatório dos casamentos entre pessoas do mesmo sexo (como querem alguns a partir da nova redacção do art.13º-2), sem todavia proibir necessariamente o legislador de proceder ao seu reconhecimento ou à sua equiparação aos casamentos (como querem outros)». (*in ob. cit.*, pág.568).

Por sua vez, para JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, «(...) a Constituição não consagra um direito dos homossexuais a contraírem casamento. Pelo contrário, como foi assinalado mais atrás, a Constituição impõe que sejam respeitados pelo legislador os princípios estruturantes do casamento na ordem jurídica portuguesa e, entre estes princípios, dificilmente se pode deixar de encontrar a exigência da diferença de sexo entre os dois cônjuges. (...) a abertura da Constituição não pode deixar de valer “quando na comunidade jurídica tenham curso perspectivas diferenciadas e pontos de vista díspares e não coincidentes sobre decorrências ou implicações que dum princípio «aberto» da Constituição devem retirar-se para determinado domínio ou para a solução de determinado problema jurídico. Nessa situação sobretudo – em que haja de reconhecer-se e admitir-se como legítimo, na comunidade jurídica, um «pluralismo» mundividencial ou de concepções – sem dúvida cumprirá ao legislador (ao legislador democrático) optar e decidir”.

Por outro lado, e em contrapartida, não está excluído em face da abertura da Constituição à pluralidade e diversidade das relações familiares no nosso tempo e à relação afectiva que se estabelece no âmbito das novas estruturas familiares, que a tutela constitucional da família possa abranger as relações de coabitação constituídas por duas pessoas do mesmo sexo.» (*in ob. cit.*, págs. 405 e 406).

2.2. O caso concreto

Após tal breve análise do quadro legal convocado pelas recorrentes e sumária recensão da interpretação adoptada, doutrinária e jurisprudencialmente, quanto aos princípios constitucionais em referência, vejamos agora se a pretensão das recorrentes pode proceder.

Rememorando:

As recorrentes T.[...] e M. [...] pessoas do mesmo sexo, nasceram, respectivamente em 26 de Fevereiro de 1977 e 14 de Maio de 1970.

E requereram, em 1 de Fevereiro de 2006, na [...] Conservatória do Registo Civil [...] que fosse instaurado o competente processo de publicações, porquanto declaravam que pretendiam contrair casamento entre si.

O Sr. Conservador do Registo Civil veio a recusar tal pedido com fundamento na violação do disposto no artigo 1577º e na alínea e) do artigo 1628º do Código Civil.

Interposto recurso desta decisão, veio a pretensão das recorrentes a ser desentendida por decisão proferida no 2º Juízo [...] Cível [...], por se entender que não se mostravam violados os princípios da liberdade contratual, do princípio da igualdade e de do direito de contrair casamento.

Vejamos, então, se tal decisão merece censura.

Como supra se referiu, dentro dos limites da lei, no sentido de «dentro dos limites da ordem jurídica no seu todo», as partes têm a faculdade de celebrar contratos, fixar livremente o seu

conteúdo, celebrar contratos diferentes dos previstos no Código Civil ou incluir as cláusulas que lhes aprouver.

Assim, e desde logo, existe uma limitação: «os limites que a lei impõe».

Ora, no âmbito do direito de família, área onde se inscreve o presente litígio, existem fortes limitações à liberdade contratual, bem como imperatividade das respectivas normas disciplinadoras.

Por outro lado, sendo o casamento definido como um contrato, o Código Civil estatui, desde logo, que é um contrato celebrado entre pessoas de sexo diferente (artigo 1577º do Código Civil).

E mais determina tal diploma legal que, sendo o casamento celebrado entre pessoas do mesmo sexo, o mesmo é juridicamente inexistente (alínea e) do artigo 1628º do Código Civil), sanção compreensível face à aludida noção legal de casamento.

Do exposto claramente resulta a impossibilidade de o Conservador do Registo Civil iniciar o processo de publicação, com vista ao casamento das recorrentes entre si.

Conforme anteriormente referido, as recorrentes vieram sustentar que tal limite contratual e a norma que contém a noção de casamento, no seu segmento “entre pessoas de sexo diferentes” violam os princípios contidos nos artigos 13º, 36º e 67º da Constituição da República.

Em primeiro lugar, a consagração constitucional do princípio da igualdade não impede, como se expendeu anteriormente, que o legislador ordinário proceda a distinções; o que tal princípio constitucional impede é que o legislador proceda a diferenciações de tratamento sem fundamento material bastante, isto é, impede as discriminações arbitrárias.

Por outro lado, as recorrentes invocam a violação do disposto no artigo 36º, nº 1, da Constituição, dado que, de forma resumida, ao não poderem celebrar casamento, lhes está a ser vedado o direito de constituir família.

Aqui reside um manifesto equívoco: o nº 1 do artigo 13º da CRP consagra dois direitos (e não um só), os quais consistem: no direito a constituir família e no direito a contrair casamento (e esses dois direitos não se confundem).

Através da decisão do Conservador do Registo Civil (confirmada pelo Juízo Cível de Lisboa), as recorrentes não ficaram impossibilitadas de constituir família, o que se poderia afirmar era que ficaram impedidas de constituir, na elucidativa expressão de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, família “matrimonizada”.

Mas, como igualmente se referiu, a Constituição da República Portuguesa admite outras formas de «constituir família» para além daquela que resulta do casamento e daí se poder afirmar, como o faz, de resto, a sentença recorrida, que as uniões de facto entre pessoas do mesmo sexo são também uma forma de constituir família.

Aliás, o próprio legislador ordinário vem corporizando tal necessidade de protecção a essas outras formas de família, mediante a atribuição de catálogos de direitos (embora não equiparando), nomeadamente, às uniões de facto.

Acresce, ainda, que, nos vários números do artigo 36º da CRP, e no que respeita ao casamento, apesar de não constituírem normas fechadas, se remete para o legislador ordinário a regulamentação dos requisitos e os efeitos do casamento e até a sua forma de celebração.

Contudo, ao autonomizar o casamento, como também *supra* se refere, o legislador constitucional revelou implicitamente não ignorar as coordenadas estruturais delimitadoras do casamento na ordem jurídica portuguesa. E, reitera-se, entre o núcleo essencial figura a celebração do contrato de casamento por pessoas de sexo diferente.

- O artigo 67º da CRP releva mais no sentido da família em si, e não na sua constituição –.

Desta forma, podemos afirmar que a norma invocada (no segmento convocado) está conforme com as disposições constitucionais.

Todavia, como igualmente se referiu, o legislador constitucional, ao relegar para o legislador ordinário - não obstante a delimitação da noção de casamento ínsita na ordem jurídica portuguesa - a regulamentação dos requisitos e dos efeitos, não fechou as portas às eventuais alterações que o legislador ordinário entendesse útil efectuar, em face das exigências decorrentes da própria transformação da sociedade portuguesa.

Ora, uma coisa é a violação do princípio – o que não se verificou-, coisa diversa é o legislador ordinário não lançar mão do caminho que lhe foi deixado aberto.

De resto, muitas outras questões se poderiam suscitar em face das disposições constitucionais e do comportamento adoptado pelo legislador ordinário.

Contudo, as recorrentes é que escolheram a respectiva estratégia processual e a adoptada no caso *sub judicio* foi a referente à noção legal do casamento.

Neste contexto, só sobre esta questão o Tribunal se pode pronunciar, pois a tal se encontra vinculado pela delimitação dos seus poderes cognitivos legalmente imposta.

Por último, cumpre sublinhar:

Em sede de alegações, as recorrentes referem-se à situação dos transexuais.

Salvo o devido respeito pelo esforço argumentativo, trata-se de comparar o que não é comparável.

A mudança do sexo conduz, necessariamente, à alteração da natureza do sexo do transexual, e, a partir desse momento, está verificada a condição referida no artigo 1577º do Código Civil (são pessoas de sexo diferente).

Um outro aspecto convocado reporta-se à “Resolução sobre a igualdade de direitos dos homens e mulheres homossexuais na Comunidade Europeia” (A3-0028/94 de 8 de Fevereiro) do Parlamento Europeu.

Conforme afirmam as recorrentes pretendeu-se com essa Resolução pôr termo à “exclusão de pares homossexuais da instituição do casamento ou de um enquadramento jurídico equivalente, devendo igualmente salvaguardar todos os direitos e benefícios do casamento, incluindo a possibilidade de registo de uniões” (sublinhado nosso).

Uma vez mais se reitera que a questão não é apenas perspectivada pelo ângulo da existência do casamento (que pode ser uma via), mas que existem outras perspectivas da problemática (ao contrário do que as recorrentes pretendem fazer crer).

Por último, e neste mesmo sentido, importa sublinhar que, ao contrário do que sustentam as recorrentes, as soluções adoptadas nos ordenamentos jurídicos europeus não passaram somente pela admissão da celebração de casamento por parte de pessoas do mesmo sexo, mas também (e essencialmente) pelas **uniões registadas** (que não casamentos).

Assim, e a título exemplificativo:

“Os quatro países escandinavos passaram a admitir o registo de uniões homossexuais com efeitos idênticos aos do casamento (apenas se excluindo as normas sobre adopção, guarda de menores e procriação assistida, e ainda, segundo parece, a cerimónia religiosa); a Holanda, que também já conhecia desde 1998 as registered partnerships, passou a admitir em 2001 o casamento entre pessoas do mesmo sexo; na Alemanha, a Lebenspartnerschaftsgesetz, de 16.2.2001, deu à “convivência registada” (eingetragene Lebenspartnerschaft) dos homossexuais efeitos muito semelhantes aos do casamento, e o casamento entre pessoas do mesmo sexo foi admitido na Bélgica pela lei de 13.2.2003” (Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, in Curso de Direito da Família, vol. I, 3ª edição, págs.247 e 248).

Pelo que resulta do que se vem referindo:

- o casamento não é a única forma de constituir família;
- na ordem jurídica portuguesa, a norma do artigo 1577º do Código Civil está conforme os princípios constitucionais.

Desta forma, improcedem totalmente as razões das apelantes.

IV. Decisão

Posto o que precede, acordam os Juízes deste Tribunal da Relação em julgar a apelação improcedente e, em consequência, manter a sentença recorrida.

Custas pelas apelantes

Lisboa, 15 de Fevereiro de 2007

(A. P. Lima Gonçalves)

(Caetano Duarte)

(António Valente)