



UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA
LUÍS DE CAMÕES

DEPARTAMENTO DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO
CIÊNCIAS JURÍDICO-PROCESSUAIS

**O CASAMENTO HETEROSSEXUAL VERSUS O CASAMENTO
HOMOSSEXUAL NO SISTEMA MATRIMONIAL PORTUGUÊS
ACTUAL - O VERDADEIRO CONCEITO DE CASAMENTO**

Dissertação apresentada como exigência parcial para obtenção do **Grau de Mestre em
Direito**

Orientador: Professor Doutor Diogo Leite de Campos

Candidata: Vanessa Alexandra Neves Ferrão Vira Manhoso

**Novembro
2013**

DEDICATÓRIA

À minha mãe e à minha avó.
Ao meu avô (*in memoriam*).

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Doutor Diogo Leite de Campos, pela sua orientação sempre com total profissionalismo, rigor e dedicação.

Ao Professor Doutor Luís Alves de Fraga, pela sua atenção e disponibilidade no esclarecimento de dúvidas relacionadas com a metodologia da investigação.

A todos os que me transmitiram força para continuar.

RESUMO

Esta dissertação apresenta uma investigação sobre o casamento homossexual em Portugal.

Pretendemos com esta dissertação demonstrar que o casamento homossexual não se enquadra dentro do verdadeiro conceito de casamento. Para isso, buscamos compreender o conceito de casamento e, de seguida, analisar as diferenças que existem entre o casamento heterossexual e homossexual.

Assim, num primeiro momento será analisada a história do casamento em si, para descobrirmos quais as suas raízes e, num segundo momento, investigámos sobre as características e argumentos que contribuíram para a legalização do casamento homossexual.

A propagação da espécie humana destacou-se como elevado ponto de referência, uma vez que está interligada a várias matérias sobre a função social do casamento. Pois, é nesta que reside a continuidade da vida humana, se substitui a geração e se afirma o sentido social do casamento.

O sentido social da família é afirmado sobretudo através da procriação. Desta forma, o ser humano ao celebrar casamento, constitui uma família e esta evoluirá com o nascimento dos filhos.

A procriação apesar de não ser o fim principal de um casamento, é o seu fim natural.

Num casamento homossexual não existe esse fim natural, mesmo que coloquemos em hipótese a adopção ou a procriação medicamente assistida.

Note-se que em relação à adopção plena, a sua possível legalização mantém a natural desigualdade entre o casamento homossexual perante o casamento heterossexual, visto que os adoptados teriam dois pais ou duas mães, logo não se consegue resolver o problema de desigualdade.

Em relação à procriação medicamente assistida, trata-se de um recurso para casais infértéis e não como meio alternativo para “casais” homossexuais.

Desta forma, fica bem presente o corolário do princípio da igualdade, ou seja, para situações diferentes devemos encontrar soluções diferentes.

Um casamento não é apenas constituído de laços afectivos, nem se pode fazer dele aquilo que a vontade humana deseja.

Assim, o casamento homossexual veio trazer a descaracterização do conceito de casamento, por assumir uma forma de vida completamente desigual da matrimonial.

Concluiu-se que o casamento homossexual não é um verdadeiro casamento devido às suas naturais e irreparáveis diferenças. O conceito de casamento é apenas um.

Palavras-chave: casamento – sociedade – família – procriação

ABSTRACT

This dissertation presents an inquiry about the homosexual marriage in Portugal.

In this task, we intend to show that the homosexual marriage doesn't fit into a real concept of marriage. So, we wish to understand its concept, furthermore we should analyse the differences among homosexual and heterosexual marriage.

Then, in a first moment, it will be analysed the marriage story, itself, in order to find its origins and the second moment is towards to the research of characteristics and which have contributed to the legalization of homosexual marriage.

The diffusion of the human species is remarked as an high point of reference since it was inter connected to various subjects about the social role of marriage and it's here that lives in the continuity of human life, replacing the generation and remarking the true social sense of marriage.

The social sense of family is getting mainly through the procreation. In order that, the human being when celebrates marriage, creates a family and this one will evolve with the birth of its own children.

The procreation, even it wasn't the main aim of a marriage, it's own natural aim.

In a homosexual marriage there isn't the natural aim even we consider the hypothesis of adoption or the procreation medicable assisted.

In what concerns to the adoption, we can't get to solve the problem of inequality because its possible legalization considers always the same position to the homosexual and heterosexual marriage, consequently, adopted children would have two fathers and two mothers.

In what concerns to the procreation medicable assisted, it's a resource to sterile couples and not as an alternative way to homosexual couples.

Following this idea, it's true that the results of the concept of equality, it means that we should find different situations for different solutions.

A marriage is not only formed by affective ties neither we can't do of its concept what the human willing wishes.

So, the homosexual marriage takes away the character of the concept of the marriage taking on a way of life completely unequal of the matrimonial life.

We conclude that homosexual marriage isn't a real marriage owing to its evident and natural differences. The concept of marriage is just only one.

Key-words: marriage – society – family - procreation

Índice

Dedicatória	2
Agradecimentos	3
Resumo	4
Abstract	6
Índice	8
Introdução	11

CAPÍTULO 1

História do Direito Matrimonial

1. O nascimento do direito matrimonial	18
1.1. Natureza do matrimónio Romano-Cristão	18
1.1.1. A homossexualidade no matrimónio Romano-Cristão	20
1.2. O casamento carolingio	20
1.3. A institucionalização do casamento	21
1.4. O aspecto jurídico	22
1.5. O aspecto moral sobre os fins do casamento	22
1.6. O aspecto da teologia sobre o matrimónio como sacramento	28

CAPÍTULO 2

A Família

2. Breves aspectos sobre a família	32
2.1. Direito e família: a importância do homem e da mulher	32
2.2. A família e o ser humano na natureza	33
2.3. A antiga e a nova família	34
3. Aspectos sociológicos da família: evolução histórica	35
3.1. A estabilidade familiar	36
3.2. As funções da família	37
4. Vínculo social e familiar	39
4.1. A unidade do casamento	40
4.2. A família enquanto pilar da sociedade	41
4.3. Os filhos	42

CAPÍTULO 3

O Casamento

5. O casamento: breves aspectos e características	44
5.1. A diversidade de sexos no casamento	45
5.2. O casamento enquanto negócio pessoal	46
5.3. Casamento e matrimónio	47
5.4. A evolução do sistema matrimonial em Portugal	55
5.5. O instinto sexual	56
5.5.1. Propagação da espécie humana	59
5.5.1.1. A genética das populações	64
5.5.2. O direito ao casamento e a constituir família	65

CAPÍTULO 4

O Casamento Homossexual Perante o Direito Constitucional

6. Perspectiva constitucional	68
6.1. A dimensão institucional do direito de contrair casamento	73
6.1.1. Princípio da igualdade e não discriminação	73
6.1.2. Os argumentos: liberdade e igualdade	76
6.2. O problema da adopção	78

CAPÍTULO 5

A Dualidade Sexual

7. União homossexual estéril	79
7.1. A dualidade sexual no casamento	80
7.2. Matrimónio Natural	81
7.3. Soluções diferentes para situações diferentes	82
8. A adopção	83
8.1. O interesse superior da criança	84
8.2. O papel do pai e da mãe	86
8.2.1. Evolução social	87

CAPÍTULO 6

A Alteração ao Conceito de Casamento

9. A impossível transformação do conceito de casamento	90
---	-----------

10. O reconhecimento do casamento homossexual	92
10.1. O relevo social do casamento	93
10.2. A descaracterização do casamento	96
11. Do antigo para o novo conceito de casamento	97
11.1. O casamento enquanto negócio jurídico bilateral	98
11.2. O vazio trazido pelo novo conceito de casamento	100
Conclusão	102
Referências Bibliográficas	109
Anexos	113

Introdução

Hoje em dia é praticamente impossível falar do casamento homossexual sem uma referência clara dos valores individuais e sociais.

Este tema surge na actualidade como reflexão sobre vários aspectos que se encontram intrinsecamente ligados aos costumes portugueses.

A adaptação às novas mudanças, como a legalização do casamento homossexual, nem sempre significa sinónimo de evolução na direcção de uma sociedade mais livre e mais justa.

A adopção de crianças no seio de um casamento homossexual representa mais um dos aspectos ligados a este tema.

Neste trabalho pretende-se discutir os diversos pontos da definição do conceito de casamento que nos levam a crer na impossibilidade da transformação do conceito de casamento tradicional por virem a afectar assuntos de extrema importância e relevantes para a propagação da espécie humana.

A polémica gerada em torno do casamento homossexual demonstra a importância e relevância na discussão das diversas matérias que surgem relacionadas com o tema.

Neste trabalho, o problema colocado é a legalização do casamento homossexual onde demonstraremos as várias razões deste não ser um verdadeiro casamento e, para tal, abordaremos o verdadeiro significado de casamento.

No primeiro capítulo, iremos abordar o nascimento do direito matrimonial e vamos destacar os costumes sociais, a importância da religião, o significado da convivência entre homem e mulher, o acto indissolúvel entre os cônjuges e os filhos.

A história sobre o nascimento do direito matrimonial será um ponto relevante para percebermos como se formou e evoluiu o conceito de casamento.

Desenvolveremos algumas das doutrinas de diversos teólogos, como Santo Agostinho, Hugo de Saint-Victor, Graciano, Pedro Lombardo, Santo Alberto Magno, S. Tomás de Aquino e S. Boaventura. A importância da doutrina destes teólogos irá permitir identificar a raiz do casamento e a origem das suas características e finalidades. Mostraremos, desta forma, que o casamento nasce com base nos valores sociais, numa época onde o seu conceito se encontra ainda pouco claro. Através do direito canónico ser-nos-á possível identificar, sem qualquer tipo de dúvidas, o casamento como um sacramento.

Reconheceremos, assim, o forte carácter religioso do casamento e demonstraremos que é na religião que nasce o direito do matrimónio, isto é, o nascimento do conceito de casamento.

Faremos referência ao Concílio de Trento na medida em que regula mais precisamente o direito matrimonial.

A abordagem ao Direito Natural terá especial destaque no que respeita à procriação e à educação dos filhos, devido à tendência do homem a criar uma sociedade conjugal.

A importância deste capítulo revelar-nos-á o nascimento da ideia moderna de casamento assente na tradição social e religiosa e nas necessidades da sociedade a que se dirige.

Quando se fala de casamento, fala-se também em família, pois trata-se de conceitos ligados. Desta forma, no capítulo seguinte, iremos discutir o tema da família, onde tentaremos demonstrar que esta se impõe ao Direito e se encontrou sempre em constante evolução.

Demonstraremos que houve sempre um critério fixo para a formação de uma família – um homem e uma mulher – cada um com papéis distintos e importantes para a formação de uma família.

Abordaremos as várias funções da família e a mais importante delas – a reprodução – como meio da propagação da espécie.

Analisaremos como funciona o papel do ser humano dentro da família e qual a sua importância.

A educação dos filhos no seio de uma família será discutida, também, como uma das principais funções da família, funcionando como um mecanismo que permitirá que pai e mãe se aperfeiçoem mutuamente e dará origem à verdadeira sociedade familiar.

Quanto ao terceiro capítulo, sobre o casamento, serão descritas as suas modalidades – civil e católica – e aprofundaremos o aspecto jurídico no que respeita ao casamento civil enquanto um contrato especial por ser diferente de todos os outros.

Falaremos das suas características e mostraremos que existem características comuns no casamento civil e católico e, ainda, aquilo que distingue um do outro. Mencionaremos quais são os três bens do casamento, pois nestes encontramos parte da essência do casamento.

A distinção feita entre casamento e matrimónio mostrará que no primeiro conceito falamos da união de dois seres humanos de sexo diferente que se completam e, o segundo conceito abrange profundamente o tema relacionado com os filhos.

Desenvolveremos, então, o conceito de casamento assente na diversidade de sexos e o matrimónio.

A religião será tema presente ao longo da descrição dos vários aspectos do casamento por ser impossível afastá-la.

Revelaremos que a procriação não é o fim essencial do casamento mas sim o fim natural do casamento, e mostrar-se-á que no casamento homossexual não é possível existir esse fim natural que existe no casamento heterossexual, colocando em causa o seu conceito.

Será demonstrado o papel importante dos filhos no casamento e na formação da família como meio da propagação da espécie humana e formação de uma sociedade familiar completa, no sentido de não bastar o sentimento de amor para conservar um casamento.

Com a evolução do sistema matrimonial português, veremos que o casamento civil vem a assumir um papel cada vez mais importante. A celebração da Concordata entre a Santa Sé e a República Portuguesa vem trazer a profunda alteração no que respeita aos efeitos civis do casamento.

Neste capítulo, a comunhão de vida terá a função de nos mostrar que a união entre homem e mulher, no seio de um casamento exige um amor íntegro e uma doação total, tanto na época medieval como nos dias de hoje.

Sobre o instinto sexual implicará falarmos de uma vida sexual normal que se encontra apta para a concepção e, por conseguinte, implica fazermos forte menção à propagação da espécie humana.

A propagação da espécie humana significará referir-nos a temas como a procriação enquanto fim natural de um casamento heterossexual, a família enquanto meio de subsistência das relações, os filhos como símbolo da continuidade da vida, a comunhão de vida como reflexo da relação entre dois seres de sexos diferentes e o casamento homossexual face à natureza humana.

O conceito de propagação da espécie humana será revelado como a “singularidade” de um casal que ao ser um, como exige a comunhão de vida, está apto à procriação.

Faremos uma brevíssima abordagem à genética da população de onde resulta o encontro entre pares sexuais que irão permitir a formação de uma nova geração. Este ponto, apesar de curto, terá a sua importância para demonstrar que as gerações anteriores criam as gerações futuras, dando assim relevo ao verdadeiro sentido de casamento que mais adiante desenvolveremos.

Segue-se a discussão do direito ao casamento e a constituir família, onde analisaremos de perto o Direito positivo.

Explicaremos que o direito a casar tem como conteúdo um casamento que é reconhecido pelo Estado e que o direito a constituir família se encontra ligado com o direito à procriação.

Porém, faremos a distinção entre estes dois princípios visto que são independentes, quer exista ou não casamento.

No quarto capítulo, faremos uma perspectiva constitucional sobre o casamento e mencionaremos o primeiro acórdão em Portugal a pronunciar-se sobre o casamento homossexual, onde foi negado e fundamentado o direito a casar a um “casal” homossexual.

O importante princípio da igualdade e não discriminação, em função da orientação sexual, utilizado como argumento para justificação do casamento homossexual será desenvolvido no sentido de mostrarmos que não serve de argumento para tal, devido à função social do casamento.

Começaremos a aproximar-nos de um dos objectivos principais deste trabalho que se traduz em demonstrar a desigualdade das relações homossexuais perante as relações heterossexuais no que respeita à legalização do casamento.

Por consequência, virá à colação o tema sobre o problema da adopção, pois fará todo e qualquer sentido falar de adopção quando falamos de casamento. Contudo, no casamento homossexual não existe a adopção de crianças em condições idênticas às existentes num casamento heterossexual.

Esta diferença contribuirá para nos mostrar que o casamento heterossexual é diferente do casamento homossexual, colocando assim em causa o verdadeiro sentido e conceito de casamento.

A legalização da adopção de crianças por parte de “casais” homossexuais não fará com que deixe de existir discriminação perante o casamento entre pessoas do mesmo sexo, pois iremos demonstrar que aquilo que se encontra em causa com essa legalização será a discriminação dos próprios adoptados. Importará esclarecer que em primeiro lugar vem o bem-estar dos adoptados e só depois a vontade dos adoptantes. Mais à frente, voltaremos a desenvolver o tema sobre a adopção.

Com o quinto capítulo, sobre o tema da dualidade sexual, iniciaremos a discussão sobre união homossexual estéril como mais um dos aspectos que distinguirá o casamento homossexual do casamento heterossexual, no quadro de a procriação ter uma função essencial num casamento, apesar de não ser a função principal.

A diversidade/complementaridade que encontramos num casamento apenas pode ser alcançada entre um homem e uma mulher. Chegaremos a outro aspecto fulcral que vem

reforçar a ideia de que não faz sentido alargar o casamento aos “casais” homossexuais – a dualidade sexual.

A dualidade sexual, mostrará que a vida em sociedade apenas pode existir com as diferenças e não com as semelhanças, pois é na união heterossexual que identificaremos a presença da fonte de vida.

A essência do casamento natural será um aspecto relevante que nos lembrará que o casamento é anterior a qualquer tipo de cultura e religião. Pois, o filho, enquanto símbolo desse matrimónio natural e valor social, provém de um homem e de uma mulher.

A dimensão sexual existente entre homem e mulher mostrará a verdadeira realidade existente num casamento e dela não poderemos fazer aquilo que nos apetece, pois iremos compreender que não transformamos a realidade naquilo que nos apetece, ela é como é.

Chegaremos, finalmente, ao ponto que nos deixará claro que o casamento heterossexual é diferente do casamento homossexual, na perspectiva de tratarmos situações diferentes com soluções diferentes, o que irá colocar em causa o valor do casamento homossexual como um verdadeiro casamento.

O casamento enquanto acto fundador da família apenas aceita um casal heterossexual, pois não o conseguiremos enquadrar no seio de um casamento homossexual por existir uma expressa renúncia a ter filhos por falta de diversidade sexual.

Voltando ao tema sobre a adopção, desta vez mais aprofundado, veremos que o mesmo motivo utilizado para justificar a legalização do casamento homossexual, também é o mesmo para legalizar o direito à adopção plena por “casais” homossexuais. Ora, tal motivo, baseia-se sempre no direito à igualdade e na não discriminação em função da orientação sexual.

O que pretenderemos clarificar com este argumento será que o que se encontra em causa não é a reivindicação de um direito, mas sim, o direito de uma criança a ter pai e mãe.

O bem-estar de uma criança virá primeiro que a vontade dos adoptantes. Mais uma vez, será chamada à colação o direito à igualdade e, aqui, defenderemos que uma criança tem o direito a ter um pai e uma mãe como reflexo do direito à igualdade, pois não seria igual ter dois pais ou ter duas mães.

Entre o adoptante e o adoptado não bastará existir um laço de afecto e, justificaremos este facto pelo motivo dos laços de filiação natural que se baseiam em dois critérios – a idade e a diversidade sexual.

Quanto à opção pela procriação medicamente assistida, argumentaremos que é um meio de recurso para casais infertéis, mas não um meio alternativo como seria no caso de “casais” homossexuais.

Seguidamente, defenderemos a importância do papel do pai e da mãe na educação de uma criança no sentido de cada um deles ter um papel diferente e necessário.

Falaremos da evolução familiar como espelho da propagação da espécie humana e, por consequência, enquadraremos o casamento homossexual neste meio como um obstáculo a não permitir a evolução da família para uma verdadeira sociedade.

Chegaremos a um dos capítulos mais importantes deste trabalho – o problema da mudança do conceito de casamento – onde nos depararemos com a impossibilidade da transformação do conceito (sexto capítulo).

Não se poderá alterar um conceito conforme aquilo que nos apetece. Mostraremos os vários aspectos que nos levam a defender a impossibilidade da mudança do conceito de casamento.

Um dos primeiros aspectos será o do casamento ser uma instituição com milhares de anos e ser anterior ao Estado, obedecendo a necessidades sociais muito relevantes.

Com a criação do casamento homossexual, este virá acabar com todas as necessidades sociais sentidas ao longo dos tempos o que fará com que não se enquadre na evolução do conceito de casamento.

Desta forma, nascerá a dúvida se o casamento homossexual pode ser chamado de casamento, pois veremos que se tornará contraditório pelo motivo do casamento homossexual assumir uma forma de vida totalmente diferente da matrimonial.

Ao falarmos do reconhecimento do casamento homossexual, discutiremos os aspectos que nos conduzem à falta de reconhecimento social neste casamento, e entraremos em comparação com o casamento heterossexual de forma a compreendermos as diferenças e consequências.

Finalmente, terminaremos este trabalho com o tema sobre o novo e o antigo conceito de casamento, onde poderemos analisar dois aspectos importantes – a inexistência jurídica do casamento homossexual como representação de um nada jurídico antes da legalização do casamento homossexual; e, com a sua legalização, a descaracterização do conceito de casamento, o que acabará por despromover a família, sociedade de pais e filhos.

Finalizaremos este trabalho com a conclusão de que com a legalização do casamento homossexual, o conceito de casamento perde todo o seu significado, como se se tratasse de

uma paragem no tempo, pois o casamento homossexual não poderá ser considerado um casamento.

CAPÍTULO 1

História do Direito Matrimonial

1. O nascimento do direito matrimonial

1.1. Natureza do matrimónio Romano-Cristão

“O matrimónio romano foi caracterizado como ‘concreta comunidade de vida’ de marido e mulher, sustentada pela *affectio maritalis*, a intenção e consciência de ambos os cônjuges de que a sua união é matrimónio.”¹

O tipo social de matrimónio é composto através da consciência matrimonial que envolve uma união perpétua, monogâmica, concretizada em comunidade de vida e associação doméstica e, o seu fim é a importância de conseguir descendentes de pleno direito.²

O matrimónio Romano é um facto social e não uma relação jurídica, deste modo, os seus princípios encontram-se subordinados à moral, os seus pressupostos não são averiguados pelo Estado.³

No matrimónio romano-cristão verificamos que este se enquadra num conceito de vínculo indissolúvel⁴, pois o casamento é para sempre. Esse vínculo é entre marido, mulher e Cristo e, afasta o pecado, pelo facto do acto conjugal no casamento só poder existir com vista à procriação. “A mulher igual ao marido, mas subordinada a este; ‘libertada’ da procriação, mas não podendo ter relações sexuais senão com esta em vista.”⁵

Em caso de adultério, o cônjuge adúltero arrependido devia ser aceite pelo outro cônjuge⁶, visando assim o casamento assegurar a sua finalidade e ser forte perante as inconveniências que o ameaça.

O amor humano reflecte-se no acto de união entre homem e mulher, este é um acto de amor. Este acto apenas admite essa união. O facto de realizar esse acto de uma forma que não se pudesse basear na unidade que a natureza fez fecunda, destruiria, por este modo, o mais

¹ Cfr. KASER, Max — *Direito Privado Romano*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p.317

² Neste sentido, KASER, Max — *op. cit.* p.318.

³ Os princípios referem-se à celebração do matrimónio, a dissolução e a sua protecção.

⁴ Sobre a indissolubilidade do casamento nas três formas de casamento, MONCADA, Luís Cabral de — *O casamento em Portugal na Idade Média*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1922, p.11; e, sobre a validade do casamento perante a Igreja, devido ao valor do vínculo indissolúvel, mesmo quando celebrado de forma inválida, MORENO, Humberto Baquero — *O casamento no contexto da Sociedade Medieval Portuguesa*. Braga: [S.l.], 1979, p.7.

⁵ Cfr. CAMPOS, Diogo Leite de — *A invenção do direito matrimonial*. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 38.

⁶ Sobre o regresso do marido para a mulher ou esta para aquele, MORENO, Humberto Baquero — *op. cit.* p.6; e, MONCADA, Luís Cabral de — *Ibidem*.

violento impulso da sua alma.⁷ Isto “não só exclui as uniões contra-natura, mas visa também a santidade da própria união matrimonial”.⁸

A unidade que se encontra aqui reflectida é dirigida ao bem da espécie e não cabe ao ser humano construir ou destruí-la.

“O casamento é portanto um contrato que a lei natural quer que seja indissolúvel.”⁹

Quanto à bênção nupcial¹⁰, esta não exigia a intervenção de um sacerdote visto que entre os cônjuges existia um acordo e é nesse consenso que reside a bênção.

A validade e os meios de prova do casamento foram discutidos nas sessões do Concílio de Trento.¹¹

Os costumes serviam como meio de prova e as cerimónias davam publicidade ao acto.¹²

O casamento romano não era um casamento civil, mas a lei reconhecia-o. Face à Igreja, também não era visto como um casamento civil, mas sim como uma instituição familiar.

A sociedade conjugal dos Cristãos era constituída de acordo com o direito que se encontrava em vigor no Império Romano, embora aqueles não aceitassem participar em cerimónias supersticiosas. Os pais não rejeitavam o filho recém-nascido e também não atribuíam qualquer valor às diferenças entre as classes. Por esta via, sabe-se como se casavam os Cristãos.

Na época medieval nunca existiu casamento civil, enquanto tal, embora as pessoas se pudessem considerar casadas sem a bênção nupcial.¹³

⁷ Neste sentido, MERSCH, E. — O Problema Sexual e o Casamento. In GOEDSEELS, L. *et al*, org. — *O problema Sexual e o Casamento; Problemas de Sexualidade*. Porto: Livraria Tavares Martins, 1966, p.114.

⁸ Cfr. MERSCH, E. — *Ibidem*.

⁹ Cfr. MERSCH, E. — *op. cit.* p.116.

¹⁰ Sobre a mera solenidade de prova, MORENO, Humberto Baquero — *op. cit.* p.5; e, MONCADA, Luís Cabral de — *op. cit.* p.9.

¹¹ Esses debates aconteceram no ano de 1563.

¹² Neste sentido, ALEXANDRE Herculano à luz do nosso tempo (1977). Lisboa: Academia Portuguesa de História, p.101.

¹³ A partir da promulgação do Código Civil em 1867 nasceu o casamento civil.

1.1.1. A homossexualidade no matrimónio Romano-Cristão

Na sociedade romana o princípio do primeiro milénio era instável no que respeitava aos princípios cristãos, pelo que a prática da homossexualidade era aceite pela sociedade civil e pela religião imperial.¹⁴

Não existia nenhuma condenação social ou religiosa. Porém, nunca se pretendeu colocar em pé de igualdade o casamento com as uniões entre homossexuais. Daí que as relações entre pessoas do mesmo sexo não tenham tido “estatuto matrimonial no Direito Romano, como em nenhum outro ordenamento jurídico pretérito.”¹⁵

O matrimónio era interpretado como uma realidade social distinta de qualquer união entre homossexuais.¹⁶

A *affectio maritalis*¹⁷ relevante para o Direito Romano no âmbito de um casamento, não foi suficiente para se legitimar uma união homossexual, porque, por não se estar perante uma união entre um homem e mulher, não era considerada uma união matrimonial nem com possibilidades de construir uma família.¹⁸

1.2. O casamento carolíngio

No casamento carolíngio a procriação destaca-se como o motivo principal do matrimónio.

Nota-se aqui a importância da mulher virgem. O matrimónio só é consumado a partir do momento da cópula – chamando-se assim de sacramento. A cópula transforma os cônjuges numa só carne (*uno caro*), sendo assim impossível separar; deste modo é possível reflectir a união de Cristo com a Igreja devido ao sacramento do matrimónio.

“Os cônjuges unidos numa só carne não podem separar-se em virtude da relação que o sacramento do matrimónio apresenta com a união física e indissolúvel de Cristo com a Igreja.”¹⁹

¹⁴ Neste sentido, PATTO, Pedro Vaz; ALMADA, Gonçalo Portocarrero — *Casamento entre pessoas do mesmo sexo – porque não*. Lisboa: Alêtheia Editores, 2009, p.126.

¹⁵ Neste sentido, PATTO, Pedro Vaz; ALMADA, Gonçalo Portocarrero — *op. cit.* p.127.

¹⁶ Neste sentido, PATTO, Pedro Vaz; ALMADA, Gonçalo Portocarrero — *Ibidem*.

¹⁷ A existência de amor entre os nubentes.

¹⁸ Neste sentido, PATTO, Pedro Vaz; ALMADA, Gonçalo Portocarrero — *op.cit.* p.128.

¹⁹ Cfr.CAMPOS, Diogo Leite de — *op. cit.* p.47

Como a função social do casamento é a procriação, o casamento revelou-se uma instituição social. Até ao século XI o matrimónio foi disciplinado pelos costumes sociais, depois do século XI foi institucionalizado.

Neste casamento, a presença do sacerdote é dispensada, este apenas deve comparecer para dar uma bênção. A sua presença apenas é autorizada para uma bênção nupcial que não implique um carácter obrigatório.

Apenas se exige a sua forma pública, certificando assim a sua publicidade.

No livro das leis e posturas, encontramos o casamento por fama²⁰. Como o próprio nome indica, é aquele casamento do qual se conclui que um homem vive com uma mulher durante anos, chamando-se ambos marido e mulher, fazem compras, e se na vizinhança os julgarem marido e mulher, não poderão opor-se ao casamento, mesmo que não sejam casados perante a Igreja.

O único problema que surge prende-se com a publicidade do acto e da prova dele.

Os factos apresentados pela vida em comum desse casal formam uma presunção que não pode ser elidida – esse casal encontra-se casado.

Não existe cerimónia religiosa obrigatória para se verificar a sua validade.

1.3. A institucionalização do casamento

A família passou a ser submetida a regras jurídicas pela Igreja. Esta última lutou para ser um monopólio²¹ do seu direito e para isso precisou de quatro elementos essenciais – um deles a jurisdição.²²

A Igreja tem testemunhas sinodais que denunciam o pecado dos outros a esta, logo, a Igreja assume poder jurídico.

Os padres não podem casar nem ter família, ou seja, não podem ter vínculo conjugal.

As uniões heterossexuais indissolúveis asseguram o controlo da reprodução da espécie e da sexualidade.

O casamento privatiza-se e individualiza-se ao se exigir o amor como fundamento do matrimónio.

²⁰ Sobre o casamento por fama e os meios de prova, MORENO, Humberto Baquero — *op. cit.* p.11.

²¹ Sobre o desejo de prestígio e o domínio da Igreja em matéria matrimonial, MONCADA, Luís Cabral de — *op. cit.* p.14 e p.18-19.

²² Os restantes elementos eram a força armada; os meios financeiros que permitiam adquirirem e manter o poder judicial e militar; e, o último elemento dizia respeito às representações sociais.

Ocorreram convergências para se obter um consenso sobre a invenção do direito matrimonial – o resultado obteve-se no século XIII e afirmou-se no século XVI.

A função principal da mulher continua a ser a procriação. O homem trabalha e a mulher administra a casa e educa os filhos.

1.4. O aspecto jurídico

Com base no nosso estudo sobre o século IX, podemos definir o casamento enquanto instituição civil e religiosa. O domínio dos costumes²³ em matéria matrimonial destaca-se do ponto de vista decisório – excluindo o poder judicial; porém, a Igreja também perde a sua influência no que respeita à prática matrimonial.

A Igreja tem necessidade de obter exclusividade sobre a matéria matrimonial. Contudo, a Igreja não sabe como resolver determinados casos e os costumes acabam por a superar novamente. Foram estabelecidas pela Igreja proibições e imposições relacionadas com o casamento, mas depois não se criaram sanções jurídicas, dando origem a uma lacuna na aplicação dessas consequências.²⁴

Mais tarde, a competência que a Igreja reivindicou e obteve, abriu portas a um desenvolvimento de um Direito e de um processo seguros.²⁵

“Assim, desde o século XIII que o leigo tinha a sua vida disciplinada por normas jurídico-canónicas, de entre as quais salientavam as referentes ao matrimónio, a instituição da qual a Igreja exerce a mais extensa e profunda influência social.”²⁶

1.5. O aspecto moral sobre os fins do casamento

O casamento transforma-se num elemento estrutural da sociedade – numa instituição da ordem jurídica social.²⁷ A justificação do casamento divide-se em três elementos: procriação; auxílio mútuo dos cônjuges; e, remédio da concupiscência – assim responde a

²³ Sobre o consentimento dos cônjuges enquanto costume, MONCADA, Luís Cabral de — *op. cit.* p.16.

²⁴ Neste sentido, CAMPOS, Diogo Leite de — *op. cit.* p.82-88.

²⁵ Um dos aspectos importantes neste processo era a produção da prova de adultério e, para tal exigia-se a prova testemunhal. Os passos decisivos para esse processo foram oferecidos por Yves de Chartres.

²⁶ Cfr. CAMPOS, Diogo Leite de — *op. cit.* p.94-95.

²⁷ Sobre a influência da Igreja, enquanto direcção espiritual da civilização medieval, na unidade de conceito jurídico-social, MONCADA, Luís Cabral de — *op. cit.* p.8.

necessidades concretas da sociedade e dos próprios cônjuges. É um acto de força da Igreja perante a sociedade e o Estado, mas respondendo a representações sociais e necessidades colectivas evidentes.

Durante a alta Idade Média constatamos que a união dos cônjuges é caracterizada pelos três bens do casamento defendidos por Santo Agostinho: a procriação e educação dos filhos²⁸; a fidelidade entre os cônjuges²⁹; e o vínculo que permanecia indissolúvel entre os cônjuges, simbolizando assim a ligação entre Cristo e a Igreja.³⁰

Santo Agostinho admite outro bem do casamento – “fraterna societas” dos cônjuges – assentada no amor espiritual das almas,

“que proporciona aos cônjuges ajuda para guardarem os preceitos divinos e constitui uma consolação humana; é também o caso do “remedium infirmitatis”, pois o casamento permite evitar o pecado da carne, usando moderadamente dos prazeres desta.”³¹

Santo Agostinho revela-nos que o casamento pode subsistir sem filhos, fundado na união espiritual dos esposos.³²

Porém, o casamento está subordinado à geração, pois só esta o justifica, quem procura no casamento apenas o seu prazer será culpado.

“A família é a união sexual do homem e da mulher, por qualquer modo e tempo praticada, para a satisfação do instinto genésico, para a fecundação e, portanto, para a conservação da espécie”.³³

A doutrina de Santo Agostinho coloca em segundo lugar o acto sexual.

“No matrimónio, o bem é a procura de filhos ou, pelo menos, o evitar a fornicação pelo outro cônjuge – de um modo geral, os bens do casamento”.³⁴

O casamento é um bem, pois toda a obra de Deus é boa. De acordo com a Escola de Abelardo é permitido aos cônjuges terem relações sexuais sem pecado; é considerado um remédio pelo facto de representar a altura certa para o exercício legítimo da actividade sexual.

²⁸ Também conhecida por “proles”.

²⁹ Também conhecida por “fides”.

³⁰ Também conhecido por “sacramentum”.

³¹ Cfr. CAMPOS, Diogo Leite de — *op. cit.* p.96-97.

³² Perante o que Santo Agostinho nos expressa, serve de exemplo para o seu argumento o casamento da Virgem Maria e de José.

³³ Cfr. MESQUITA, Luís de — *A família e o casamento primitivos: sua origem, formas e evolução*. Porto: Magalhães e Moniz Editores, 1909, p.19.

³⁴ Cfr. O. Lottin — *Sententiae divinae paginae, apud* CAMPOS, Diogo Leite de — *op. cit.* p.98.

Denotamos na segunda exposição geral da doutrina, a seguir à de Santo Agostinho, que Hugo de Saint-Victor quebra com a tradição agostiniana, ao fazer assentar o casamento na união, na comunhão, que se estabelece entre os cônjuges. Esta união é caracterizada pelos três bens já descritos por Santo Agostinho.

A fidelidade entre marido e mulher impede as relações sexuais ilícitas. A sociedade conjugal é a essência do casamento, as relações sexuais santificam-se no âmbito deste.

“A comunidade conjugal, independentemente da finalidade procriadora, é o essencial. Se o homem deve abandonar pai e mãe para se unir à esposa, isto não é “*secundum cohabitationem*” [...] que poderia ter lugar sem abandonar os pais.”³⁵

O que Hugo de Saint-Victor nos pretende mostrar é que a sociedade conjugal deve ser mais importante do que a ternura dos filhos com os pais.

Surge-nos a dúvida sobre as questões homossexuais — visto que o casamento não precisa da existência de relações sexuais para ser válido, questiona-se porque é que não se aceitam as uniões entre pessoas do mesmo sexo.

“Um tal “casamento” seria contrário à natureza e ao simbolismo do “*sacramentum*”. Tanto no “*sacramentum maius*”, como no “*sacramentum magnum*” há uma diferença de plano entre os dois termos do simbolismo: de um lado Deus e o Verbo; do outro, o homem e a natureza humana. Portanto para que ambos os “sacramentos” estejam fundados, é necessário que o vínculo se estabeleça entre seres diferentes, por ser a diversidade de naturezas (e não de sexos) que faz a união conjugal.”³⁶

O amor entre cônjuges é criado na sua diferença sexual entre o homem e a mulher, pois é esta diferença que explica a virilidade do homem e a feminilidade da mulher.³⁷

“Um dos fins do matrimónio é a ordenação da tendência sexual dos cônjuges, integrando essa tendência no âmbito da instituição nupcial”.³⁸

Assim, a função do casamento traz a desculpa para os excessos da paixão, não existindo neles algum tipo de pecado.

Graciano e Pedro Lombardo, teólogos, apresentam-nos as suas doutrinas, discutidas durante o século XII.³⁹

³⁵ Cfr. CAMPOS, Diogo Leite de — *op. cit.* p.100.

³⁶ Cfr. CAMPOS, Diogo Leite de — *Ibidem*.

³⁷ Neste sentido, VILADRICH, Pedro-Juan — *Agonia do casamento legal*. Braga: Edições Theologica, 1978, p.58.

³⁸ Cfr. PATTO, Pedro Vaz; ALMADA, Gonçalo Portocarrero — *op. cit.* p. 102.

A vasta colecção canónica de Graciano afasta-se da doutrina agostiniana.

A doutrina de Graciano subordina-se à imperfeição do casamento sem a cópula carnal. A outra doutrina⁴⁰ defende precisamente o contrário e, divide ainda o casamento em três categorias — as causas importantes que se reflectem na procriação enquanto razão de ser do casamento; as causas honestas enquanto reconciliação dos inimigos e a busca da paz; e, as causas menos honestas que dizem respeito à procura da beleza ou da riqueza no outro cônjuge.

Estas últimas são admitidas porque de outro modo, “Deus não teria autorizado os Judeus a procurar mulher entre as mais belas das suas cativas.”⁴¹

Não existe pecado se o casamento se mantiver dentro dos limites da “prole”, tendo em vista o bem da fidelidade conjugal.

Outra doutrina⁴² defende que as relações sexuais no casamento são naturais, pois o pecado está ausente destas entre os cônjuges e, apenas existe quando se verifica adultério, visto que traz um elemento externo que corrompe todo o acto.

Os teólogos e canonistas referentes aos fins do século XII e do início do século XIII, deram a conhecer as aquisições do século XII e continuaram fiéis à teoria anunciada por Hugo de Saint-Victor e Pedro Lombardo.

Defenderam a teoria de que o casamento continua a ser definido no âmbito da união entre os esposos baseada no consentimento, enquanto que os fins do casamento são alargados aos interesses temporais e espirituais. Nestes termos, o casamento é colocado à disposição de todos, na hipótese em que todos encontrariam nele um meio para satisfazer os seus interesses.

O elemento constitutivo do casamento dirige-se à união dos cônjuges e apresenta como fim legítimo os três bens do casamento fundados no amor.

Por sua vez, Santo Alberto Magno⁴³, apresenta-nos a distinção entre três fases na instituição do casamento e que cooperaram para a configuração do que é o casamento actualmente.

“No paraíso, o casamento foi criado para a propagação da espécie. Depois do pecado e mantendo o matrimónio substancialmente a mesma finalidade, Deus acrescentou, “acidentalmente”, ao comércio sexual, o carácter de remédio necessário à enfermidade humana provocada pela queda. Cristo através da “fides” e do

³⁹ Neste sentido, CAMPOS, Diogo Leite de — *op. cit.* p.101 a p.104.

⁴⁰ Doutrina de Pedro Lombardo.

⁴¹ Cfr. CAMPOS, Diogo Leite de — *op. cit.* p.102.

⁴² Doutrina de Robert Pull.

⁴³ Neste sentido, CAMPOS, Diogo Leite de — *op. cit.* p.105-107.

sacramento levou os esposos a manterem-se nos quadros da monogamia, santificando, através de uma graça especial, as suas relações sexuais.”⁴⁴

As quatro finalidades do casamento que Santo Alberto nos distingue são a: “*spes prolis*”; a “*fides*”; a “*custodia ab adultério*”; e, o “*sacramentum*”.

Quanto à “*spes prolis*”, esta tem como fim principal a cópula; a “*fides*” diz respeito à obrigação entre os cônjuges doarem mutuamente os corpos com vista às relações sexuais; a “*custodia ab adultério*” significa a defesa perante o adultério, visto que os cônjuges já não possuem a livre disposição dos seus corpos; por “*sacramentum*”, Santo Alberto entende necessariamente sacramento, designa-o como um sinal estabelecido por Cristo para se receber uma Graça.

O matrimónio é considerado uma ajuda sobrenatural⁴⁵ oferecida aos cônjuges, pelo facto de ser um sacramento. Através da Graça que os cônjuges obtêm, a vida a dois é santificada em tudo o que nela se relacione com deveres conjugais. Neste âmbito, a concupiscência deixa de ter culpabilidade.

Mas, existe ainda outra finalidade – o “*remedium concupiscentiae*” que significa cura contra a desordem das paixões.

“Que se pretende dizer com essa expressão? Simplesmente que a inclinação sexual se ordena – se remedeia ou se realiza segundo a dignidade da pessoa – quando se ajusta à natureza do conjugal e que, pelo contrário, não é o matrimónio que tem de subordinar-se a qualquer tipo de prática sexual, sugerida pelo instinto. Neste sentido, o matrimónio é a *escola* da inclinação sexual e não campo livre de qualquer deformação sexual.”⁴⁶

“A graça sacramental leva os cônjuges a referir a Deus o acto da procriação, retirando dele o que poderia haver de desordenado.”⁴⁷

As regras divinas e humanas tornam o casamento numa instituição socialmente aceite, desviando do matrimónio tudo o que a concupiscência tem de negativo.

Neste contexto, é-nos possível justificar a união conjugal em si própria, através das finalidades supra referidas, obtendo estas um carácter essencial. Não esquecendo de considerar as finalidades acidentais que advêm das intenções subjectivas dos esposos, estas

⁴⁴ Cfr. CAMPOS, Diogo Leite de — *op. cit.* p.106.

⁴⁵ Sobre o sacramento enquanto ordem sobrenatural, MONCADA, Luís de — *op. cit.* p.32.

⁴⁶ Cfr. PATTO, Pedro Vaz; ALMADA, Gonçalo Portocarrero — *op. cit.* p.102-103.

⁴⁷ Cfr. CAMPOS, Diogo Leite de — *Ibidem*.

podem ter um carácter honesto ou desonesto de acordo com a moralidade de cada um dos esposos.

Entre a procriação, enquanto acto natural e a fidelidade conjugal enquanto virtude moral; e o sacramento enquanto instrumento de satisfação – o primordial é a procriação, porque é ela que os esposos desejam normalmente e também porque foi principalmente visada por Deus.

Permite-nos chegar à conclusão que para Santo Alberto⁴⁸, a essência do matrimónio é revestida de perfeição.

Os motivos que levam os cônjuges a realizar a cópula vêm atribuir a esse acto uma bondade ou mal moral.

“De qualquer modo, o acto sexual traduzir-se-á num pecado mortal só se a concupiscência for prosseguida como objectivo único ou preponderante.”⁴⁹

Para S. Tomás de Aquino, existem dois fins do casamento – a procriação e a ajuda mútua dos esposos. A procriação não significa unicamente a reprodução física da espécie, alargando-se à educação dos filhos até à maturidade destes.

Quanto aos bens do casamento, S. Tomás mantém-se seguidor da trilogia criada por Santo Agostinho, que reside na procriação, na fidelidade e no sacramento. O primeiro e segundo bem do casamento são o “*officium naturae*”⁵⁰ e o último enquadra-se numa realidade sobrenatural⁵¹ devido ao facto de fazer nascer a indissolubilidade do laço matrimonial bem como o cumprimento dos deveres que se encontram ligados ao casamento.

O elemento essencial do matrimónio é o filho, pelo motivo de o casamento ter a sua origem no fim da procriação. A relação sexual tem a procriação como finalidade.

Tal como S. Tomás, S. Boaventura também segue a trilogia que Santo Agostinho criou, tal como referimos anteriormente.

Para S. Boaventura, os dois fins do casamento que têm Deus como autor são o ofício da procriação e o remédio da concupiscência. O pecado apenas existe se se procurar o prazer como elemento único ou principal.

Quanto à ordem dos bens do casamento, S. Boaventura coloca o sacramento em primeiro lugar visto que liga a união espiritual e física do casal, a “proles” e a “fides” são vistos como bens complementares. A procriação destaca-se em relevo com vista à geração.

⁴⁸ Santo Alberto baseia-se nos elementos fundamentais, sobre o casamento, defendidos por Abelardo, Hugo de Saint-Victor e Pedro Lombardo.

⁴⁹ Cfr. CAMPOS, Diogo Leite de — *op. cit.* p.107.

⁵⁰ Enquanto dever natural.

⁵¹ Neste sentido, CAMPOS, Diogo Leite de — *op. cit.* p.109.

1.6. O aspecto da teologia sobre o matrimónio como sacramento

Os teólogos e os canonistas consideraram o matrimónio um sacramento. Porém, até meados do século XII, surge a incerteza sobre a verdadeira noção de sacramento, dando origem a uma dúvida sobre o significado da qualificação do matrimónio como um sacramento.

A sacramentalidade do matrimónio não consumado é o problema que mais destaque recebeu ao ser colocado aos teólogos da alta Idade Média.

Para Hugo de Saint-Victor o matrimónio significa a união da alma com Deus.

Para Pedro Lombardo se o matrimónio é um sacramento da Nova Lei e estes sacramentos conferem o que significam, logo o matrimónio confere a graça.⁵²

Na Idade Média⁵³, a palavra *sacramentum* tinha três significados – mistério, juramento e acção sagrada.

Nesta época, apenas existia o sacramento do matrimónio e ninguém representava claramente a existência de um possível contrato, daí que não existisse casamento civil.

Os cristãos casavam segundo a lei comum a todos os outros cidadãos, atribuindo um valor único a esse acto especial da vida humana, que apesar de ser uma cerimónia familiar, era envolvida por um leque de costumes religiosos.

“St.º Alberto e S. Tomás entendem que o matrimónio é causa de graça em virtude da sua própria sacramentalidade. Graça que é causa última do matrimónio («res tantum») e, simultaneamente, um «remedium» propriamente dito.”⁵⁴

A opinião de que o matrimónio é causa de graça centraliza as suas raízes na união de Cristo e da Igreja.

O debate sobre o matrimónio não termina no grande período onde teve lugar a elaboração teológica figurada pelo século XIII. Porém, os aspectos fulcrais sobre o matrimónio encontram-se bem estruturados na teologia.

O Concílio de Trento⁵⁵ veio demonstrar a sua importância ao atribuir forma à corrente dominante que se encontra apoiada nos principais teólogos⁵⁶, canonistas e nos concílios.

⁵² Neste sentido, CAMPOS, Diogo Leite de — *op. cit.* p.134.

⁵³ Toda a Idade Média aprendeu Teologia, graças ao tratado das sentenças de Pedro Lombardo.

⁵⁴ Cfr. CAMPOS, Diogo Leite de — *Ibidem*.

⁵⁵ Neste sentido, CAMPOS, Diogo Leite de — *op. cit.* p.136.

⁵⁶ Pedro Lombardo foi o primeiro teólogo a formar com clareza o carácter de sacramento do matrimónio como meio de graça e posteriormente foi fixado pelo Concílio de Trento.

Deste modo, surge pela primeira vez, um conjunto organizado de normas jurídicas sobre o casamento cuja validade se apresenta de modo universal, sobretudo no aspecto formal.

O Concílio de Trento⁵⁷ tratou da forma como disciplinar o casamento em relação à sua celebração. Esta devia ser perante um padre e com a presença de duas ou três testemunhas, os outros casamentos⁵⁸ que não revestissem esta forma, seriam nulos.

Todavia, nos países católicos, até ao final do século XVIII, o modelo que predomina sobre o matrimónio, apresenta-se

“solene, sacramental, submetido à jurisdição eclesiástica, indissolúvel, monogâmico e heterossexual; nos países protestantes, que não puseram em causa a estrutura jurídica do matrimónio já adquirida no período pré-tridentino, tais características (exceptuando a sacramentalidade) verificavam-se no direito formal ou, pelo menos, nas práticas geralmente aceites com carácter de obrigatoriedade.”⁵⁹

“Todo o casamento instituído por Jesus Cristo consiste num sinal sensível e gerador de Graça. Não se trata de um símbolo, mas antes de uma realidade sensível, criadora e portadora de Graça.”⁶⁰

O sinal sensível consiste na expressão do consentimento dos nubentes, estes devendo ter plena consciência que o casamento católico envolve direitos e obrigações e também a Graça de estado. Apenas os crentes podem adquirir a Graça pedindo-a ou desejando-a. A Graça é interpretada como um dom sobrenatural que concede aos cônjuges a salvação.

O casamento é preenchido por uma natureza divina adquirida pelos cônjuges dando ao acto de casamento um sentido especial e único e os não crentes não o poderão entender porque nunca o poderão sentir.

O casamento canónico tem duas finalidades.⁶¹ A primeira diz respeito ao facto dos cônjuges terem de receber com agrado a procriação e a educação da prole; a segunda finalidade dirige-se para a prática da ajuda recíproca e a moralização impulso sexual.

⁵⁷ Neste sentido, FERRER Vicente, *O casamento civil: segunda carta ao snr. Visconde de Seabra*. Porto : Imp. Popular de J. L. de Sousa, 1866, p. 17.

⁵⁸ Os casamentos clandestinos que a Igreja considerava válidos devido ao simples consentimento entre os cônjuges, até ao Concílio de Trento.

⁵⁹ Cfr. CAMPOS, Diogo Leite de — *op. cit.* p.137.

⁶⁰ Cfr. Cappelo, F. — *Tractatus Econimico-Morallis de Sacramentis; e De Matrimónio*, apud GOMES, José Ferreira — *A indissolubilidade do casamento canónico*. Braga: Gráfica de S. Vicente, 1915, p.15.

⁶¹ Neste sentido, GOMES, José Ferreira — *op. cit.* p.15 e seguintes.

No antigo Código de Direito Canónico⁶² a procriação e a educação dos filhos era uma finalidade primária e a finalidade secundária era a ajuda mútua. No actual Código⁶³, a finalidade primária passa a ser o bem dos cônjuges e a secundária é a procriação e educação dos filhos.

Isto demonstra-nos que foi a tese mais liberal dos padres conciliares que venceu, mas não venceu no seu todo, visto que a procriação e a educação dos filhos não deixaram de se manter como finalidade do matrimónio.

Para além destes fins matrimoniais, os cônjuges têm que respeitar as propriedades essenciais do casamento — a unidade e a indissolubilidade.⁶⁴ Os cônjuges ao casarem estão a atribuir a esse acto uma grande solenidade e têm de aceitar o facto de o casamento ter subido à dignidade de sacramento por ser uma obra de Deus e não uma obra dos cônjuges.⁶⁵

“Com a sacramentalização, o casamento ficou reforçado no seu valor de *instituição natural*”.⁶⁶

O casamento canónico é caracterizado como um contrato natural pois é a própria Natureza que o impõe, assente na ordem Divina.

A essencialidade do casamento caracteriza-o, também, pois os cônjuges têm de dar o seu consentimento para assim se dar origem à indissolubilidade.

A terceira característica do casamento canónico reflecte-se na sua substancialidade, esta referindo-se às suas finalidades.

“Dentro da concepção cristã da vida, estas finalidades só podem atingir-se com a colaboração de dois indivíduos de sexos diferentes, pelo casamento, os quais adquirem reciprocamente direitos sobre o corpo um de outro”⁶⁷

Quanto à indissolubilidade, esta reparte-se em dois termos — *De jure condendo* e *de jure condito*.

A primeira (pelo direito a constituir), tem em vista a estabilidade e a duração do casamento, porque o contrato de casamento canónico não pode ser rescindido pela vontade de um dos cônjuges ou por mútuo acordo, como sucede nos outros contratos.

A segunda opõe-se à dissolubilidade do casamento canónico, visto que o seu regime assenta no direito positivo divino e no Direito Natural.

⁶² Cfr. Art. 1.013 n.º1, antigo Código Canónico.

⁶³ Cfr. Art. 1.055 n.º1, actual Código Canónico.

⁶⁴ Cfr. Art. 1056º n.º2, actual Código Canónico.

⁶⁵ Neste sentido, GOMES, José Ferreira — *op. cit.* p.16.

⁶⁶ Cfr. GOMES, José Ferreira — *Ibidem*.

⁶⁷ Cfr. GOMES, José Ferreira — *op. cit.* p.18. (sublinhado nosso).

O Direito Natural⁶⁸ abrange vários aspectos do casamento, tais como a procriação e a educação dos filhos; a moralização do instinto sexual e a ajuda mútua; a natureza do homem que apresenta uma tendência para criar uma sociedade conjugal estável; a sacramentalização; e a indivisibilidade que se refere ao contrato bilateral; isto é, o casamento é válido para os dois cônjuges e não apenas para um deles, tal como não poderá ser nulo apenas para um dos cônjuges, não podendo, também, um dos cônjuges adquirir mais ou menos direitos ou deveres que o outro.

“Tradicionalmente, como não podia deixar de ser em país tão acentuadamente católico como Portugal, o casamento foi sempre visto como acto religioso, como sacramento que é entre cristãos, e as leis civis ocupavam-se dele apenas quanto às suas repercussões no campo civil, sem nunca lhe negarem aquela especial natureza, essencialmente supra-legal.”⁶⁹

A diminuição do número de casamentos⁷⁰ que se verificou a partir de 1976 deu origem à decadência da sociedade familiar por facto do divórcio, ou seja, embora diminuísse o número de casamentos, crescia sempre o número de divórcios.

Estes fenómenos encontram-se ligados ao género de vida que se pratica nas sociedades de consumo.

“A um acentuado aumento da melhoria das condições de vida corresponde a dissolução dos costumes, o desgaste da moral e o romper do dique contentor conjugal!”⁷¹

O casamento mostra-se como um símbolo sagrado que representa a união de Cristo com a sua Igreja.

O Concílio de Trento veio estabelecer que o casamento entre católicos não se pode separar do contrato de sacramento.

“Uma lei [...] uma lei civil, que supondo o sacramento separável do contrato de casamento entre católicos pretenda regular a validade do mesmo, contradiz a doutrina da Igreja, usurpa os seus direitos inalienáveis, e praticamente põe na mesma linha o concubinato e o sacramento de matrimónio, sancionando a um e a outro como sendo igualmente legítimos.”⁷²

⁶⁸ Neste sentido, GOMES, José Ferreira — *op. cit.* p.19-20.

⁶⁹ Cfr. SILVA, Gomes da — *Relatório do seu ante-projecto do futuro Código Civil*, apud Idem — *op. cit.* p.20.

⁷⁰ Neste sentido, SILVA, Gomes da — *op. cit.* p.55.

⁷¹ Cfr. SILVA, Gomes da — *Ibidem*.

⁷² Cfr. SALDANHA, Duque de — *Carta sobre o Casamento Civil dirigida ao Exmo. Presidente do Conselho de Ministros pelo Duque de Saldanha*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1865, p.6.

CAPÍTULO 2

A Família

2. Breves aspectos sobre a família

2.1. Direito e família: a importância do homem e da mulher

A família nasceu antes do Direito e a lei não é a única fonte⁷³ normativa das relações familiares, visto que são as próprias famílias que criam a maior parte das regras, devendo o legislador reconhecer a família.⁷⁴

“A lei — diz-se — deve limitar-se a reflectir a realidade social; e a realidade, hoje — afirma-se — é a de que não há modelos de Família, o essencial são as relações afectivas, independentemente da “forma jurídica” que assumam.”⁷⁵

A adequação das leis à realidade social destaca a desvalorização da criação das normas. Esta inclinação tem apresentado consequências traiçoeiras para a família.⁷⁶

As mudanças legislativas no Direito da Família colocam em causa os valores familiares e dão origem ao enfraquecimento do conceito de Família e, por sua vez no vínculo conjugal que relaciona a família ao casamento. Uma destas mudanças é a atribuição de protecção social equiparada ao casamento às uniões homossexuais.⁷⁷

Não existe obrigação por parte do Estado na atribuição de direitos e na exigência das correspondentes responsabilidades a relações que não promovam fins essenciais para a sociedade.

O casamento é o meio mais eficaz para a propagação da espécie humana e meio mais propício para a educação de uma criança.⁷⁸

“Preferir o casal com filhos significa não ter complexos em tomar como referência um ‘modelo’ da Família e de orientar os cidadãos nesse sentido: a Família nascida do casamento e com filhos.”⁷⁹

A família⁸⁰ teve sempre diversas fases e, encontra-se sempre em constante evolução acompanhando vários costumes e tradições.

⁷³ Nem a principal fonte.

⁷⁴ Neste sentido, XAVIER, Rita Lobo — Da crise à desregulamentação da família. In, PEREIRA, Alexandre Libório Dias *et al*, org. — *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 835.

⁷⁵ Cfr. XAVIER, Rita Lobo — *op. cit.* p.839.

⁷⁶ Cfr. XAVIER, Rita Lobo — *Ibidem*.

⁷⁷ Neste sentido, XAVIER, Rita Lobo — *op. cit.* p.840.

⁷⁸ Neste sentido, SANTOS, Duarte — *Mudam-se os tempos, mudam-se os casamentos? – O casamento entre pessoas do mesmo sexo e o direito português*. Coimbra: Coimbra editora, 2009, p. 385.

⁷⁹ Cfr. XAVIER, Rita Lobo — *op. cit.* p. 848.

Um aspecto que se verifica sempre fixo é a existência de um homem e uma mulher ou um pai e uma mãe. Nas diversas fases que a família teve, o homem ou a mulher tinham sempre um papel que os diferenciava um do outro, é essa diferença que destaca a importância que o homem e a mulher têm para a família.

2.2. A família e o ser humano na natureza

A vida familiar existe em todas as sociedades humanas mesmo naquelas onde os costumes são diferentes, é constituída por uma união aprovada entre homem, mulher e os filhos de ambos.⁸¹

Quase todas as sociedades têm em elevada consideração o estatuto matrimonial e, nas sociedades anteriores, homem ou mulher sem filhos nunca chegavam a gozar do estatuto.

O casamento dá origem à família.⁸² As famílias geram casamentos como meio de fixarem alianças entre elas.

“A sociedade pertence ao reino da cultura enquanto que a família é a emanção ao nível social, daqueles requisitos naturais sem os quais não poderia existir a sociedade e, consequentemente, tampouco a humanidade.”⁸³

O homem apenas se consegue integrar na sua natureza ao seguir as suas leis naturais.

A família é um lugar distinto onde o ser humano se pode realizar e desenvolver a sua personalidade, é o instrumento mais importante para a protecção e desenvolvimento da dignidade da pessoa humana.⁸⁴

O ser humano sociabiliza através da família e sem esta não conseguirá deixar de ser um bárbaro.⁸⁵

⁸⁰ Neste sentido, SOUSA, José Ferreira Marnoco e — *História das instituições do direito romano, peninsular e português*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1904, p.455 e seguintes.

⁸¹ Neste sentido, STRAUSS, Lévi *et al* — *A família como instituição*. Porto: Rés Editora, 1997, p. 7; e ainda POLAINO-LORENTE, Aquilino — *Matrimonio di Omosessuali*. In *Lexicon – Termini Ambigui e Discussi su Famiglia, Vita e Questioni Etiche*, Conselho Pontifício para a Família, Bolonha: Edizione Dehoniane di Bologna, 2003, p. 596.

⁸² Neste sentido, STRAUSS, Lévi *et al* — *op. cit.* p.19.

⁸³ Cfr. STRAUSS, Lévi *et al* — *op. cit.* p.42.

⁸⁴ Neste sentido, BOTTEGA, Clarisse — *Liberdade de procriar e o princípio da dignidade da pessoa humana*. In, CAMPOS, Diogo Leite de, org. — *Estudos sobre o direito das pessoas*. Coimbra: Almedina, 2007, p.56.

⁸⁵ Neste sentido, CAMPOS, Diogo Leite de — *Eu-Tu: O amor e a família (e a comunidade) (Eu-Tu-Eles)*. In *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 41.

Na família os deveres que existem devem ser interpretados como manifestações de amor. O ser humano dá-se aos seus e recebe deles o que necessita para ser completamente, pois é na família que se apercebe que está incompleto e precisa dos outros para se completar.

2.3. A antiga e a nova família

O carácter sacramental do casamento transformou a família numa instituição de ordem divina.⁸⁶

Para o bem da família, a geração do presente preocupava-se em preparar a geração seguinte, seguindo sempre um modelo constante.

As famílias eram uma instituição bastante organizada e todos os seus membros dependiam da autoridade do pai. O fim da família era a procriação do ponto de vista social mesmo quando o carácter contratual do casamento se destacava.

No século XX a família foi planeada de modo diferente, mas a mulher acabava por ficar sempre sujeita ao marido, mesmo perante aqueles que a julgavam igual ao marido.

Os protestantes reagiram contra a família enquanto instituição religiosa e não enquanto instituição social.⁸⁷ A religiosidade, o poder jurisdicional da Igreja e, a sua sacramentalidade relacionada com a indissolubilidade do vínculo matrimonial foram os pontos fulcrais atacados pelos protestantes.

Discutiu-se que o casamento tinha de ser civil e este acontecimento deu origem ao nascimento do divórcio, para os protestantes o casamento não era um sacramento.

“O homem moderno é constantemente atraído, sobretudo desde o século XIX, numa progressão constante a acompanhar o progresso das ciências e das técnicas, pelo conceito de possibilidade. A ideia de natureza, como enquadramento e limite do ser humano, é destruída pela liberdade e possibilidade. O ser humano esquece, ou rejeita, o que é por nascimento, por “condição” humana, para só pensar no que pode ser, ao serviço do que quer ser.”⁸⁸

⁸⁶ Neste sentido, CAMPOS, Diogo Leite de — A família: do direito aos direitos. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2007, p.222.

⁸⁷ Neste sentido, CAMPOS, Diogo Leite de — *op.cit.* p.224.

⁸⁸ Cfr. CAMPOS, Diogo Leite de — *op. cit.* p.228-229. (sublinhado nosso).

O homem contemporâneo não avalia a essência daquilo que deseja modificar para colocar da forma que mais lhe agrada e lhe convém, nem analisa a natureza dos factos, nem a forma como nasceram, se desenvolveram e se mantêm.

As práticas jurídico-sociais têm sofrido uma evolução no âmbito da dissociação entre as bases jurídicas tradicionais determinadas na biologia, na antropologia e os novos direitos da pessoa.⁸⁹

Esta evolução encontra-se reflectida por direitos dos mais fortes e pela destruição dos mais fracos.⁹⁰

3. Aspectos sociológicos da família: evolução histórica

Nas modernas sociedades industriais, a família é a pequena família, pois é formada pelos cônjuges e pelos filhos menores.⁹¹

Na família enquanto instituição jurídica encontramos a família como realidade sociológica.⁹²

A família integra a estrutura do Estado e é o núcleo social primário mais importante que o integra. A família enquanto sociedade natural ultrapassa nas suas raízes o próprio Estado, visto que antes das famílias se organizarem através do Estado, estas viveram socialmente em famílias.

“O elemento determinante de aglutinação das pessoas em famílias é de carácter biológico (ligado à união dos sexos e à procriação).”⁹³

Através da história das instituições é-nos revelada uma grande mudança ao longo dos séculos na família.

Na constituição da sociedade familiar destacam-se três tipos de família – a família patriarcal romana, a família comunitária medieval e a família nuclear da moderna sociedade industrial.

Quanto à primeira, esta aproxima-se da estrutura própria do Estado soberano, onde apenas existe uma única família – a paterna. Nesta família, o casamento não originava

⁸⁹ Cfr. CAMPOS, Diogo Leite de — *op. cit.* p.233-234.

⁹⁰ Coloca-se o problema do surgimento de uma pessoa nova quando não se sabe determinar se a evolução jurídica é determinada pelos instrumentos jurídicos tradicionais, o que faz com que ela saia fora do âmbito dos tradicionais direitos de personalidade.

⁹¹ Neste sentido, COELHO, Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de — *Curso de Direito da Família: Introdução, Direito Matrimonial*. Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p.123.

⁹² Neste sentido, VARELA, Antunes — *Direito da Família*. 5ªed., Lisboa: Livraria Petrony, 2009, p.42.

⁹³ Cfr. CARBONNIER — *Droit Civil*, *apud* Idem — *Ibidem*.

vínculos de origem perpétua entre os cônjuges. O casamento apenas durava enquanto existisse a vontade dos cônjuges em fazer perdurar a sua união.

Em relação à segunda, esta abrange duas famílias – a paterna e a materna. Nesta família, o cristianismo fundou a família no casamento.

“A família, deixando de constituir um organismo político, para se converter numa comunidade natural, passou a compreender apenas as pessoas ligadas entre si pelo vínculo sacramental do casamento e pelos laços biológicos da procriação.”⁹⁴

Quanto à última, verificamos o surgimento do casamento civil obrigatório devido à reforma protestante contra o carácter sacramental do matrimónio.⁹⁵

Actualmente, as pessoas têm a liberdade de escolher com quem desejam casar, deste modo os casamentos por conveniência diminuem e aumentam os casamentos por amor.

Com o surgimento do divórcio, notam-se mais rupturas, o que eventualmente, desvaloriza de alguma forma, o casamento.

“A política legislativa de desvalorização do casamento e de protecção das *uniões de facto*, aliada à crescente degradação dos costumes, tem uma grande quota de responsabilidade no decréscimo dos casamentos e no crescimento das puras relações de facto entre os jovens, bem como no aumento das situações de «dupla família» abertamente mantidas por muitos cônjuges.”⁹⁶

As uniões de facto vieram degradar os costumes e como consequência disso, desvalorizar o casamento. Deste modo, o casamento homossexual veio degradar ainda mais o instituto de casamento.

3.1. A estabilidade familiar

A importância de um lar estável destaca-se pela sua formação moral e no equilíbrio psíquico dos filhos. A estabilidade familiar dos pais é um factor importante para a evolução moral dos seus filhos.

⁹⁴ Cfr. VARELA, Antunes — *op. cit.* p.47.

⁹⁵ Neste sentido, VARELA, Antunes — *op. cit.* p.49.

⁹⁶ Cfr. VARELA, Antunes — *op. cit.* p.51-52.

“Alguns dos actos familiares mais importantes encontram-se necessariamente ligados ao fenómeno natural da procriação.”⁹⁷

São os actos familiares que trazem a estabilidade familiar, sem eles não existe qualquer essência familiar e afasta qualquer hipótese de estabilidade.

A realização de um casamento, onde desde logo se sabe que não podem existir filhos, coloca em causa a estabilidade familiar, bem como a realização dos actos que um casamento tem.

Os nubentes ao contraírem matrimónio fundam a sociedade natural que é a família, ambos se completam a si mesmos no que respeita à personalidade de cada um e deste modo, realizam uma tendência que supera a natureza humana.⁹⁸

A constituição da família não é possível sem respeitar a natureza humana. A natureza humana existe a partir do momento em que nasce um novo ser no seio de uma família e este novo ser, por sua vez, também, irá constituir família através da procriação com o seu futuro cônjuge. Sem a procriação, a natureza humana tende a extinguir-se devido à inexistência da propagação da espécie.

“A constituição da família passa *normalmente* pela celebração do casamento”⁹⁹

O casamento é celebrado com vista a formar uma família, porque sabemos que quando falamos em criar uma família, falamos de procriação, embora não seja a principal finalidade do casamento.

3.2. As funções da família

As funções tradicionais da família perderam-se com a sua evolução¹⁰⁰ tendo, como consequência, a intensificação da divisão social do trabalho e, as suas funções religiosas entraram em crise.¹⁰¹

Os protestantes atentaram contra a família enquanto instituição religiosa, colocando em causa a indissolubilidade do vínculo matrimonial.

A família tem função religiosa, defensora, assistencial, económica e reprodutiva.¹⁰²

⁹⁷ Cfr. VARELA, Antunes — *op. cit.* p.68.

⁹⁸ Neste sentido, VARELA, Antunes — *op. cit.* 73.

⁹⁹ Cfr. VARELA, Antunes — *op. cit.* p.160.

¹⁰⁰ Neste sentido, COELHO, Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de — *op. cit.* p.123.

¹⁰¹ Neste sentido, CAMPOS, Diogo Leite de — *Lições de Direito da Família e das Sucessões*. 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2005, p.58.

¹⁰² Neste sentido, CAMPOS, Diogo Leite de — *op. cit.* p.58-63.

A função reprodutiva é o núcleo central da família e é uma função que não se perde como consequência de qualquer facto, embora tenha sofrido uma determinada descida.

“É contemporânea da diminuição da taxa de natalidade a existência de casais ou de pessoas singulares que se recusam a assumir a função tradicional de cada ser humano de colaborar na reprodução física da sociedade.”¹⁰³

Como referimos anteriormente, foi a divisão social do trabalho que levou ao afastamento das famílias destas funções. A única função que continua entregue aos cônjuges é a procriação.

Hoje, uma das funções naturais da família – a procriação – perdeu-se pelo facto de ter sido permitido o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Há casamentos heterossexuais que não têm no seu seio filhos e possivelmente nunca terão, mas se a procriação é um fim natural do casamento, ou seja, função natural da família e não há um único casamento homossexual que tenha o “dom” de procriar, poderá esse casamento formar uma família?

A procriação não é um fim natural nesse casamento, mas no casamento heterossexual é, então se a função natural da família é a procriação, pode-se chamar casamento a uma união homossexual?

O fim natural do casamento não existe na “família” homossexual.

Nas relações entre os cônjuges existe um mútuo reconhecimento afectivo e a transmissão da cultura, valores e, costumes para os filhos.

Apesar dessa transmissão também se fazer na escola, a família continua a ser o núcleo cultural, sendo através dela que se verifica o “segundo nascimento” do homem.¹⁰⁴

“O séc. XIX impôs a generalização, em toda a Europa, do modelo de ‘família nuclear’ – o agregado constituído por pai, mãe e filhos – formado a partir de uma nova cultura do casamento e da família”.¹⁰⁵

Não é possível ignorar o modelo típico de uma família e esquecer que a união homossexual não forma uma família, por não ter um pai e uma mãe e, muito menos filhos, colocando em causa o conceito de casamento.

A antropologia aceitou sempre a hipótese de a família ser universal.¹⁰⁶

A família nuclear enquanto família universal é caracterizada por quatro funções¹⁰⁷ – a educativa, a económica, a sexual e a reprodutiva.

¹⁰³ Cfr. CAMPOS, Diogo Leite de — *op. cit.* p.62-63. (sublinhado nosso).

¹⁰⁴ Neste sentido, COELHO, Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de — *op. cit.* p.125.

¹⁰⁵ Cfr. COELHO, Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de — *op. cit.* p.126.

¹⁰⁶ Neste sentido, STRAUSS, Lévi *et al* — *op. cit.* p.85.

Nunca se conseguiu encontrar um substituto da família nuclear, que pudesse absorver as quatro funções familiares.

As funções realizadas pela família nuclear são pré-requisitos universais para a sobrevivência da sociedade.

A sobrevivência da sociedade¹⁰⁸ reflecte-se na propagação da espécie, visto que se não garantirmos a função sexual e reprodutiva, a sociedade tende a extinguir-se; sem a função económica a vida não poderia continuar a decorrer e sem a função educativa a cultura apagava-se.

Ao não se verificarem as quatro funções primordiais, o casamento homossexual não gera uma família e não contribui para a sobrevivência da sociedade, contribuindo sim, para a sua extinção.

4. Vínculo social e familiar

“...o verdadeiro casamento é uma descoberta progressiva e um contínuo aprofundar do ser familiar.”¹⁰⁹

Os esposos através do casamento realizam a sua virilidade e feminilidade e atingem também a sua completa humanidade.¹¹⁰

Os esposos ao entregarem-se estão a ter acesso a uma superior unidade – a família, pois esta é o maior acontecimento da unidade humana.

“É preciso nascer numa família para existir autenticamente, uma vez que nascer numa família é nascer reconhecido: a filiação é menos uma dependência do que um reconhecimento.”¹¹¹

É através do casamento que esse reconhecimento é reconhecido na sua virilidade e o outro na sua feminilidade.

A família¹¹² é um centro de amor. O casamento afirma o homem e a mulher, estes atingem a sua virilidade e feminilidade através das suas relações no interior da família, a qual não é possível atingir de outro modo.

Os seres desenvolvem-se ao manterem as relações mútuas no meio familiar.

¹⁰⁷ Neste sentido, STRAUSS, Lévi *et al* — *Ibidem*.

¹⁰⁸ Cfr. STRAUSS, Lévi *et al* — *op. cit.* p.85-86.

¹⁰⁹ Cfr. LACROIX, Jean — *Forças e Fraquezas da Família*. Lisboa: Livraria Moraes, 1959, p.56.

¹¹⁰ Neste sentido, LACROIX, Jean — *op. cit.* p.57-58.

¹¹¹ Cfr. LACROIX, Jean — *op. cit.* p.61.

¹¹² Neste sentido, LACROIX, Jean — *op. cit.* p.65.

O homem e a mulher são seres completamente diferentes e encontram em si um crescimento eterno do ser pela sua participação no seio familiar.

A família é preenchida por três categorias – na forma do seu conceito directo, como casamento; naquilo que mostra ao exterior, tal como a propriedade, os bens de família e os cuidados a que lhes dizem respeito; e na educação dos filhos e a dissolução¹¹³ da família.¹¹⁴

4.1. A unidade do casamento

Os cônjuges¹¹⁵ apenas são cônjuges por quererem ser apenas um, mas não deixam de ser dois.

A manifestação da união dos cônjuges é o filho, se essa manifestação não existir existe o perigo desse ser colectivo apenas existir pela afectividade. Os filhos são a encarnação, são eles que manifestam a unidade do ser colectivo.

“O filho permite ao homem e à mulher tomar, sob a forma de um outro, a consciência da sua união.”¹¹⁶

O milagre¹¹⁷ existente na entrega entre homem e mulher baseia-se no facto de ser a mulher que fecunda, sendo esta a criadora de vida. O filho é a prova da existência do amor.

“A unidade do casamento, que enquanto substancial, é interioridade e sentimento mas, enquanto existência, está separada em dois sujeitos, torna-se, nos filhos, uma existência, também para si e, como unidade, um objecto.”¹¹⁸

Os pais nutrem amor pelos filhos tal como o próprio amor que existe entre os pais, residindo aqui o seu ser substancial.

Quanto ao ponto de vista natural, os pais representam nos filhos o resultado da sua existência, das gerações que se reproduzem, mostrando, a sua espécie através de um progresso infinito.

Os pais têm como missão educar os filhos por duas vias: uma positiva e outra negativa.

¹¹³ A dissolução da família reflecte-se na morte dos pais que gera a herança dos filhos.

¹¹⁴ Neste sentido, Hegel — *Princípios da Filosofia do Direito*. Lisboa: Guimarães, 1959, p.176.

¹¹⁵ Neste sentido, LACROIX, Jean — *op. cit.* p.68-69.

¹¹⁶ Cfr. LACROIX, Jean — *ibidem*.

¹¹⁷ Neste sentido, LACROIX, Jean — *ibidem*.

¹¹⁸ Cfr. LACROIX, Jean — *op. cit.*, p.69; Hegel — *op. cit.* p.185; e, CAMPOS, Diogo Leite de — *op. cit.* p184-185.

Quanto à primeira via, trata-se da moralidade objectiva¹¹⁹, os filhos vivem a primeira parte da sua vida no amor, na confiança e na obediência servindo de fundamento da vida moral.

Quanto à segunda via, cabe aos pais ensinarem os filhos a encontrarem a independência e a liberdade necessária para conseguirem sair da unidade natural da família.¹²⁰

Os filhos passam a ser chefes e as filhas passam a ser as esposas numa nova família.¹²¹

A continuação deste ciclo origina uma multiplicidade de famílias com um comportamento concreto independente e ligadas a uma relação¹²² extrínseca entre si.¹²³

Homem e mulher contraem matrimónio porque este é o símbolo da mais profunda união e esta união representa a criação e a fecundidade. São o instrumento e o meio para terem filhos, mas não é por essa razão que se casam, a menos que a união deles se encontrasse viciada.

“Amar, para o homem e para a mulher, é querer ter filhos.”¹²⁴

4.2. A família enquanto pilar da sociedade

A família é o princípio de toda a sociedade, pois os elementos de humanidade são o marido e a mulher unidos pelo casamento. A família é o “ponto de encontro da vida biológica, da vida social e da vida espiritual, é indissolúvel e, simultaneamente, a fonte de toda a existência física, de toda a existência social, e de toda a existência moral.”¹²⁵

O homem ao crescer em relações encontra-se simultaneamente a crescer em ser, porque nascer numa família e criar uma família é uma revelação de que o homem não consegue viver sozinho.

O homem ao nascer no interior de uma família, para além de criar uma dependência biológica, também cria uma dependência social e espiritual.

¹¹⁹ Neste sentido, Hegel — *op. cit.* p.186.

¹²⁰ Os filhos terão assim capacidade para construírem uma nova família a título de exemplo daquela de onde vieram, dando origem a outros filhos, ou seja, oferecendo continuidade à propagação da espécie.

¹²¹ A presença do casal constituído por homem e mulher relevando o papel do homem (chefe) e o papel da mulher (esposa).

¹²² Apesar de cada família se tornar numa pessoa independente, os laços existentes entre cada uma delas não as separa, pelo que continuam ligadas, embora seja uma relação exterior.

¹²³ Neste sentido, Hegel — *op. cit.* p.193.

¹²⁴ Cfr. LACROIX, Jean — *op. cit.* p.70.

¹²⁵ Cfr. LACROIX, Jean — *op. cit.* p.73.

A família assume as responsabilidades da educação dos filhos e obtêm com isso o reconhecimento e aceitação do homem.

A educação sobressai como um factor mais importante que a hereditariedade, pelo motivo de que a cultura e a evolução social e moral traçam-se naquilo que faz a maneira de ser do homem, o seu coração e o seu espírito.

“...basta que uma geração se recuse a transmiti-las ou a recebê-las para que a Humanidade regresse à barbárie. É assim que a experiência familiar basta para condenar qualquer movimento moderno que quisesse rejeitar toda a sujeição e tornar cada indivíduo numa espécie de indivíduo autónomo.”¹²⁶

Podemos interpretar o casamento homossexual como um movimento moderno onde não existem filhos, levando à condenação da família.

4.3. Os filhos

A família¹²⁷ tem como função primordial a educação dos filhos e este, é o seu maior problema.

A progressão do homem, segundo a ordem pela natureza revelada, para que este consiga evoluir e não apenas subsistir, necessita que os conhecimentos das gerações anteriores e as suas tradições morais por elas mantidas se possam transferir.

A família transfere para as seguintes gerações o ambiente em que criam os filhos e não a forma como o fazem.

“A educação dos filhos é a família fazendo-se.”¹²⁸

A educação dos filhos permite que pai e mãe se aperfeiçoem mutuamente, essa perfeição traz a moralidade necessária para se viver em sociedade, porque são eles – a família – quem moraliza o homem e, apenas um ser moral pode viver em sociedade.

A família educa os filhos, porque pai e mãe aperfeiçoam-se através das aquisições que lhes foram transmitidas pelas famílias anteriores.

A família ao educar a criança cria-lhe hábitos que lhe vão moldar os seus pensamentos. Trata-se da tradição¹²⁹ transmitida pela família como sendo um aspecto

¹²⁶ Cfr. LACROIX, Jean — *op. cit.* p.74.

¹²⁷ Neste sentido, LACROIX, Jean — *op. cit.* p.77.

¹²⁸ Cfr. LACROIX, Jean — *op. cit.* p.78.

conservador, de qualquer modo, a tradição ao ser transmitida deve permitir que o filho a critique e, até mesmo, abandone.

A família faz uma procriação humana para os filhos, educa-os como pessoas porque estes não devem nascer como animais. Os animais procriam sem prever o futuro, já os seres racionais procriam porque sabem quais são os meios de subsistência que a natureza deles exige.

A família tem como função moralizar e disciplinar o instinto sexual.

“Funda-se, sem dúvida, nos laços sexuais, mas ordena-os duplamente tendo em vista a propagação da espécie e o desenvolvimento espiritual das pessoas”.¹³⁰

Na espécie humana reside o maior desejo de vida e é por isso que a família procria seres humanos para os poder educar. É graças à família que o homem usa a sua educação para o progresso da humanidade.

“Os pares do mesmo sexo representam opções insusceptíveis de serem convertidas em modelos para uma sociedade.”¹³¹

¹²⁹ Neste sentido, LACROIX, Jean — *op. cit.* p.84-85.

¹³⁰ Cfr. LACROIX, Jean — *op. cit.* p.93.

¹³¹ Cfr. XAVIER, Rita Lobo — A família, a diferenciação de género e o futuro da sociedade. **Associação Portuguesa de Famílias Numerosas** [Em linha]. (2008), [Consult. 10 de Ago. 2012]. Disponível em <http://www.apfn.com.pt/Noticias/Out2008/091008c.htm>.

CAPÍTULO 3

O Casamento

5. O casamento: breves aspectos e características

Portugal celebrou com a Santa Sé¹³² um Tratado que regula vários aspectos ligados à situação em Portugal com a Igreja Católica, designado por Concordata.¹³³

A Concordata faz referência aos efeitos civis dos casamentos celebrados de acordo com as leis da Igreja, desde que se cumpram os requisitos formais.¹³⁴ É daqui que sucede a regra do n.º1 do art.1587º do Código Civil, no qual se define que “o casamento é católico ou civil” e, que “a lei civil reconhece valor e eficácia de casamento ao matrimónio católico...”, tal como o n.º2 da mesma norma define.

As duas modalidades do casamento previstas na lei são o casamento católico e o casamento civil. O casamento católico é ao lado do civil, uma modalidade de casamento.

O casamento é um contrato, um negócio solene e é perpétuo quer estejamos a falar de casamento civil ou católico.

É um negócio jurídico por se encontrar caracterizado por duas declarações de vontade que geram efeitos jurídicos.

Ao contrário do que sucede nos negócios jurídicos a autonomia dos nubentes é muito pequena devido ao facto da lei estabelecer imperativamente os efeitos pessoais do casamento e alguns dos efeitos patrimoniais, sem que os nubentes consigam colocar alterações no regime legal do casamento.¹³⁵

Os nubentes ficam vinculados pelo simples facto da sua vontade em quererem contrair matrimónio.¹³⁶ O núcleo essencial da autonomia privada é constituído por esta vontade dos nubentes em casar e traduz-se na liberdade de contratar e poder escolher o outro contraente.

“...as partes têm [...] a liberdade de comprar ou não comprar, de doar ou não doar, de introduzir certas cláusulas especiais em qualquer dos negócios. Porém,

¹³² Celebrou o Tratado em 1940.

¹³³ Neste sentido, MENDES, João de Castro — *Direito da Família*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990/1991, p.42-43.

¹³⁴ A acta do casamento deve ser transcrita nos competentes registos do estado civil.

¹³⁵ Neste sentido, CAMPOS, Diogo Leite de — *op. cit.* p.183.

¹³⁶ Neste sentido, VARELA, Antunes — *op. cit.* p.188.

se quiserem realmente comprar ou arrendar, por exemplo, não podem alterar o esquema *fundamental (a causa)* de qualquer desses negócios.”¹³⁷

O mesmo se aplica ao casamento. A figura do casamento foi criada para unir homem e mulher. Ao permitir o casamento entre sexos iguais é como passar a arrendar um carro ou alugar uma casa, o seu objecto é alterado – o contrato de arrendamento não poderá chamar-se de “arrendamento”, pois não se aluga um imóvel, tal como o casamento homossexual não se poderá chamar de casamento porque este sempre foi um vínculo fixo entre homem e mulher.

O casamento não pode ser comparado a qualquer contrato, pois não se limita a criar direitos de crédito entre os nubentes enquanto negócio jurídico bilateral. O casamento exige mais do que isso, “cria uma família, o estado do cônjuge, a legitimidade dos filhos”,¹³⁸ “as relações de afinidade com os parentes do outro cônjuge, bem como uma série de expectativas tuteladas por lei.”¹³⁹

5.1. A diversidade de sexos no casamento

No anterior regime legal era exigida a diversidade de sexos pelo fim do matrimónio com o intuito de estabelecer uma plena comunhão de vida entre os cônjuges.

“Quer para a religião católica, em que o casamento é o sacramento do amor oficiado pelos nubentes, quer para o Direito Civil, em que promove a comunhão de vida, o casamento é naturalmente predisposto só para duas pessoas de sexo diferente”.¹⁴⁰

Homem e mulher reencontram-se através do casamento e desejam ser apenas um.¹⁴¹

O desejo da união entre os nubentes renasce na criança e dá origem à perpetuidade do casamento.

“A criança encarna a perpetuidade do amor e, ao mesmo tempo, é frequentes vezes a própria condição desta perpetuidade. Sendo assim, o casamento, enquanto comunhão de vida e amor, não é possível senão entre duas pessoas de sexo diferente. Não só pela razão de só estas poderem procriar, como também pelo facto de só entre um homem e uma mulher haver possibilidade de uma completude. Em

¹³⁷ Cfr. VARELA, Antunes — *Ibidem*.

¹³⁸ Cfr. CARBONNIER — *Droit Civil*, apud Idem — *op. cit.* p.189.

¹³⁹ Cfr. VARELA, Antunes — *Ibidem*.

¹⁴⁰ Cfr. CAMPOS, Diogo Leite de — *op. cit.* p.184. (sublinhado nosso).

¹⁴¹ Neste sentido, CAMPOS, Diogo Leite de — *Ibidem*.

termos de cada um encontrar no outro as características que lhe faltam, e assim constituírem uma unidade que tenda para a perfeição e para a totalidade.”¹⁴²

O actual regime legal não atribui qualquer importância à diversidade de sexos, esta perdeu-se na nova redacção e foi completamente esquecido o conceito de plena comunhão de vida.

A união entre pessoas de sexo igual já não é considerada juridicamente inexistente como no anterior, apesar dos factos nos levarem a crer que no casamento só o homem e a mulher é que se podem completar um ao outro.

5.5. O casamento enquanto negócio pessoal

O casamento enquanto negócio pessoal destina-se a actuar em dois sentidos – na constituição de uma relação familiar influenciando o estado dos nubentes e, na celebração presencial não sendo aceite qualquer tipo de representação.

O casamento católico e civil são um negócio solene, pois a forma do casamento baseia-se na cerimónia da celebração do acto, distinguindo-se assim dos outros negócios solenes.¹⁴³

A unidade é característica do casamento no sentido em que cada pessoa não se pode casar com mais do que uma. Esta característica tradicional aplica-se tanto ao casamento civil como ao casamento católico.

Outra característica do casamento baseia-se no modo pelo qual é feito o consentimento, devendo ser pessoal, simples, perfeito, puro e livre.¹⁴⁴

O casamento católico parte de um acto de vontade entre homem e mulher.

O Código Canónico de 1917 considerava como fim primário do casamento a procriação e a educação da prole, caso o casamento não pudesse alcançar o fim primário, admitiu-se que o fim secundário poderia ser o único visado, sendo assim válido nos casos de esterilidade.¹⁴⁵

No Código Canónico de 1983, o fim primário passa a ser o bem dos cônjuges e o fim secundário passa a ser a procriação e a educação da prole. O casamento católico só se

¹⁴² Cfr. CAMPOS, Diogo Leite de — *op. cit.* p.185.

¹⁴³ Nos outros negócios a forma baseia-se num simples documento escrito onde contem as declarações de vontade das partes.

¹⁴⁴ Neste sentido, CAMPOS, Diogo Leite de — *op. cit.* p.193.

¹⁴⁵ Neste sentido, COELHO, Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de — *op.cit.* p.187.

considera indissolúvel após a consumação, embora não seja necessário para a perfeição do acto, distinguindo-se do casamento civil neste aspecto predominante.

Os três bens do casamento são a procriação e educação dos filhos; a mútua fidelidade; e, a indissolubilidade.¹⁴⁶

Se algum ou ambos os cônjuges excluir algum elemento essencial, o casamento é inválido.

5.3. Casamento e matrimónio

O casamento católico encontra-se ligado à tradição cristã, a união existente entre o ser humano e Deus baseia-se no amor.

As fontes de produção do Direito Canónico e do Direito Matrimonial reduzem-se a quatro classes – divinas, eclesiásticas, concordatárias e civis.¹⁴⁷

Casamento e matrimónio não têm o mesmo significado. Por casamento entende-se a união de dois seres que se completam – homem e mulher.

“Ainda que o substantivo “casamento” esteja, em princípio, reservado para as relações humanas, algumas formas verbais prestam-se a outros usos, nomeadamente quando referem aquela união entre animais que é própria e necessária para a sua reprodução. Neste sentido diz-se que “acasalam”, ou que o conjunto do macho e da fêmea respectiva são um “casal”. Na linguagem comum é portanto notória a igualdade na dignidade dos contraentes e a sua diferenciação sexual: não é só entre os homens que a procriação pressupõe uma tal igualdade e diferenciação, porque também no reino animal a reprodução exige que dois progenitores sejam da mesma espécie, ou seja, da mesma natureza, mas de diferente condição sexual.”¹⁴⁸

A definição de matrimónio relaciona-se com o fim próprio do pacto nupcial – os filhos.

¹⁴⁶ Neste sentido, COELHO, Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de — *Ibidem*.

¹⁴⁷ As fontes divinas são leis naturais colocadas na natureza do homem através de Deus; as fontes eclesiásticas provêm da Igreja; as fontes concordatárias resultam de um acordo entre a Igreja e o Estado, destinam-se aos efeitos do casamento canónico; e, as fontes civis são leis estaduais que a Igreja acolhe no seu ordenamento.

¹⁴⁸ Cfr. PATTO, Pedro Vaz; ALMADA, Gonçalo Portocarrero — *op. cit.* p.87.

A origem do termo matrimónio provém das palavras *mater* (mãe) e *munus* (ofício), justificando-se assim, o ofício da mãe em gerar e dar à luz os filhos.¹⁴⁹

“...em caso algum seria admissível que a junção, necessariamente infecunda, de dois seres humanos fosse designada por ‘matrimónio’, que é, pela sua etimologia, a instituição que decorre da fecunda união conjugal.”¹⁵⁰

O casamento em si tem as suas raízes no matrimónio cristão como do casamento civil, ao criar-se uma nova forma de casamento que não caiba dentro do conceito de casamento natural, deixa de ser casamento e matrimónio.¹⁵¹

O casamento e o matrimónio são conceitos bem definidos e únicos, devendo ser aplicados quando falamos de uma união fecunda.

O casamento é um consórcio de toda a vida¹⁵², indissolúvel, onde se encontra empenhada toda a pessoa, transformando os cônjuges numa só carne, reflectindo-se em todos os aspectos do seu ser e da sua vida.

O casamento tem como pressuposto a diversidade de sexos e completa-se através do físico e do psicológico. O amor conjugal é composto pelo corpo e o instinto, da união de uma só carne nasce um único coração e espírito.

O matrimónio enquanto pacto (cânone 1055, § 1), demonstra a relação íntima estabelecida no amor que existe entre os cônjuges. O matrimónio também é um contrato (cânone 1055, § 2), porque os cônjuges celebram o matrimónio através da sua livre vontade, é um contrato especial devido à troca de direitos e deveres através da entrega de duas pessoas para o resto da vida.

Os fins do matrimónio não são requisitos essenciais deste, mas caracterizam-no ao estabelecerem os direitos e obrigações dos cônjuges.

“São eles: o bem dos cônjuges e a procriação e a educação da prole. [...] A procriação e a educação da prole é bem próprio e essencial do casamento por este ser ordenado pela sua própria natureza a esse fim (cânone 1055, § 1).”¹⁵³

No caso de ausência de filhos devido à esterilidade de um ou de ambos os cônjuges, o matrimónio não perde a sua validade, o matrimónio perdura como uma comunhão de toda a vida.

As leis fundamentais do casamento são a unidade e a indissolubilidade.¹⁵⁴

¹⁴⁹ Nesse sentido, VILADRICH, Pedro-Juan — *op. cit.* p.111.

¹⁵⁰ Cfr. PATTO, Pedro Vaz; ALMADA, Gonçalo Portocarrero — *op. cit.* p.88-89.

¹⁵¹ Neste sentido, PATTO, Pedro Vaz; ALMADA, Gonçalo Portocarrero — *op. cit.* p.89.

¹⁵² Neste sentido, CAMPOS, Diogo Leite de — *op. cit.* 160.

¹⁵³ Cfr. PATTO, Pedro Vaz; ALMADA, Gonçalo Portocarrero — *op. cit.* p.161.

A unidade é constituída pela união de um homem com uma mulher, formando assim a monogamia, é daqui que nasce a fidelidade.

A indissolubilidade torna eterno o vínculo matrimonial que apenas se dissolve através da morte de um dos cônjuges.

Estas duas leis fundamentais são propriedades essenciais em qualquer matrimónio, desde que validamente celebrado. Também se aplicam entre não baptizados, embora nos baptizados tenham uma determinada firmeza, devido ao carácter sacramental do matrimónio que se manifesta como a união sobrenatural¹⁵⁵ de Cristo e da Igreja.

Para o direito canónico uns dos fins do casamento são a procriação e a educação da prole. Estes não são um fim essencial do casamento, são um fim natural do casamento.¹⁵⁶

O casamento canónico¹⁵⁷ tem uma natureza especial que envolve um compromisso solene entre pessoas de sexo diferente e tem um significado bastante profundo.

O casamento canónico é muito rico espiritualmente e impõe aos cônjuges responsabilidades.

É um contrato à face da lei civil e do direito canónico. Tem natureza institucional pelo motivo de ser abrangido por vários ramos do direito cuja função é regular as relações de um conjunto de pessoas: primeiro, marido e mulher e depois os próprios filhos.

A religião esteve sempre ligada ao casamento de um modo muito forte tal como a moralidade, porém surgiram acções que contribuíram para a sua laicização. A cedência de alimentos a quem vive em união de facto foi uma das acções que contribuiu para a sua laicização, pois começou a proteger e a facilitar-se as uniões fora do casamento, atribuindo assim um carácter dissolvente.

O casamento canónico é indissolúvel no que respeita à vontade voluntária dos cônjuges, porém todos os casamentos são dissolúveis pela morte de um destes. Quanto a efeitos civis, o casamento canónico é dissolúvel, mas perante a Igreja continua a ser indissolúvel.

Na sociedade portuguesa, o casamento católico é o fundamento da família.¹⁵⁸

O casamento católico é um sacramento do amor.

¹⁵⁴ Neste sentido, PATTO, Pedro Vaz; ALMADA, Gonçalo Portocarrero — *op. cit.* p.162.

¹⁵⁵ A união sobrenatural é o sacramento.

¹⁵⁶ Neste sentido, VARELA, Antunes — *op. cit.* p.191.

¹⁵⁷ Neste sentido, GOMES, José Ferreira — *op. cit.* p. 11 e seguintes.

¹⁵⁸ Neste sentido, CAMPOS, Diogo Leite de — *Eu-Tu: O amor e a família (e a comunidade) (Eu-Tu-Eles)*. In *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 42.

No que concerne ao casamento civil, o art.1577º do Código Civil apresenta a sua recente definição de casamento como “...contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida...”.¹⁵⁹

A comunhão de vida resulta do estado de casado e é daqui que deriva a constituição da família. Entendemos por constituição da família, a procriação.¹⁶⁰

Embora a procriação seja um fim natural do casamento, não é um fim essencial.¹⁶¹

A comunhão de vida envolve também os deveres de respeito, fidelidade, coabitação e assistência.¹⁶²

Com o nascimento do casamento civil, Visconde de Seabra recebeu críticas ao defender a sua teoria baseada na existência de um casamento católico e um não católico, onde se distinguem pela diferença das crenças.¹⁶³

“A comissão teve toda a sua consideração pelo matrimónio católico, e pela alta dignidade dele, como um sacramento. Teve atenção a que a maioria, ou antes a quase totalidade dos cidadãos portugueses são católicos, que acreditam na fé católica, e por isso admitiu o casamento católico com efeitos civis.”¹⁶⁴

O casamento católico e o casamento civil têm ambos o mesmo objectivo: constituir família.

“...como se poderia privar um cidadão do importante direito de constituir a família pelo casamento?”¹⁶⁵

A discussão em torno do casamento civil encontra-se intrinsecamente ligada ao casamento católico, porque é nesse que nasce o seu conceito.

Todavia, não podemos perder a sensibilidade em relação à procriação enquanto fim natural do casamento, embora não se verifique em todos os casamentos heterossexuais, mas exista e seja um facto normal. O que não é um facto normal, seria não existir procriação em nenhum casamento heterossexual, quando a vontade dos cônjuges é propagar a sua espécie, como uma forma de tornar a sua família *eterna*.

¹⁵⁹ Lei n.º 9/2010, de 31/05.

¹⁶⁰ Neste sentido, CAMPOS, Diogo Leite de — *Lições de Direito da Família e das Sucessões*. 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2005, p.163.

¹⁶¹ Neste sentido, CAMPOS, Diogo Leite de — *Ibidem*; COELHO, Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de — *op. cit.* p. 186.

¹⁶² Cfr. art. 1672º, Código Civil.

¹⁶³ Neste sentido, FERRER Vicente — *O casamento civil: primeira carta ao snr. Visconde de Seabra*. Porto : Imp. Popular de J. L. de Sousa, 1866, p. 3-13.

¹⁶⁴ Cfr. FERRER Vicente — *op. cit.* p.10.

¹⁶⁵ Cfr. FERRER Vicente — *op. cit.* p.12.

No casamento homossexual verificamos a inexistência natural desse fim normal – a procriação – porém, existe a vontade de ter filhos sabendo que, por natureza, não é possível ter; é o único casamento onde não existirá procriação e que coloca, desta forma, o conceito de casamento em causa.

“O casamento civil tem, em Portugal como na generalidade dos ordenamentos jurídicos pertinentes à nossa civilização, as suas raízes inseridas no tronco do casamento católico. Do qual se tem vindo, embora, a desprender.”¹⁶⁶

Ao casamento católico¹⁶⁷ são atribuídos os efeitos civis, mas primeiro tem de ser registado e só depois poderá ser celebrado catolicamente.

Os impedimentos¹⁶⁸ do casamento civil foram copiados do casamento católico com vista a evitar conflitos, porém existem algumas excepções – um casamento civil anterior não dissolvido; e, interdição por demência averiguada por sentença com trânsito em julgado.

Actualmente, o casamento entre pessoas do mesmo sexo apenas é um impedimento para o casamento católico.

A primeira característica do casamento é a de ser um acto pelo motivo de se interessarem o Estado e, também a Igreja.¹⁶⁹

Aparece em todos os povos a ligação do casamento com a religião, considerando-se uma ligação muito antiga.

Seguindo a doutrina da Igreja, o casamento deve estar subordinado à legislação e à jurisdição eclesiástica, excepto no que diz respeito aos seus efeitos civis, sendo estes da competência do Estado.

A Igreja para além de aceitar a natureza jurídica de contrato do casamento, não deixa de considerar este um sacramento.¹⁷⁰

O casamento é considerado um sacramento pelo facto de ser realizado entre dois baptizados que unem as suas vontades, esta união é tida como uma instituição de carácter sobrenatural.¹⁷¹

É o próprio contrato de casamento que a Igreja considera de sacramento, visto que são os nubentes que o concedem a si mesmos e não quem realiza a cerimónia litúrgica e dá a respectiva bênção aos nubentes.¹⁷²

¹⁶⁶ Cfr. CAMPOS, Diogo Leite de — *op. cit.* p.151.

¹⁶⁷ Cfr. FIGUEIREDO, Mário de — *A concordata e o casamento*. [S.I.: s.n.], 1940, p.10.

¹⁶⁸ Cfr. FIGUEIREDO, Mário de — *op. cit.* p.15.

¹⁶⁹ Neste sentido, COELHO, Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de — *op. cit.* p.189.

¹⁷⁰ Neste sentido, VARELA, Antunes — *op. cit.* p.193.

¹⁷¹ Neste sentido, VARELA, Antunes — *Ibidem*.

A lei civil reconhece eficácia ao casamento religioso,¹⁷³ pelo facto da Igreja ter tido um papel dominante em determinados tempos.¹⁷⁴

“A reacção contra a doutrina clássica da Igreja culmina assim no plano legislativo, com a proclamação do casamento civil *obrigatório*, ou seja, com a introdução do regime que considera o casamento civil como a única modalidade de casamento, que surte efeitos civis e é reconhecida pelo Estado.”¹⁷⁵

Desde o século X e, ao longo de vários séculos que a Igreja teve exclusividade na matéria matrimonial e os Estados aceitaram durante muito tempo a competência da Igreja nesse aspecto.

Com o aparecimento da doutrina dos teólogos galicanos¹⁷⁶ começou a fazer-se a distinção entre o casamento e o sacramento. A Igreja perdeu a sua exclusividade, pois deu-se início ao nascimento de um Direito Matrimonial.

O casamento civil e católico são dois institutos diferentes, sendo o primeiro regulado pelo direito civil e o segundo regulado pelo direito canónico e reconhecido pelo Estado.

A Concordata com a Santa Sé veio afirmar o sistema matrimonial.

O casamento civil e o casamento católico distinguem-se através das suas formas diferentes de celebração do mesmo acto jurídico. Nas duas formas de casamento, são estabelecidos os requisitos de validade e, os efeitos patrimoniais e pessoais do acto que são determinados na legislação civil do Estado.¹⁷⁷

O que é hoje o casamento e qual o seu sentido?

O casamento, até ao séc. XVIII, é considerado como uma atracção entre os sexos da qual nascem os filhos; outra forma de o definir, é atribuir-lhe o sentido contratual, como meio de estabelecer uma relação na livre vontade das partes; outro aspecto que define o casamento

¹⁷² A vontade de casar parte dos nubentes e não de quem celebra a cerimónia, é por isso que a Igreja considera o casamento um sacramento.

¹⁷³ Cfr. Art. 1507º do Código Civil.

¹⁷⁴ A partir do século X a Igreja obteve competência exclusiva em regulação de matéria matrimonial e, declara às autoridades temporais competências para estabelecerem apenas os seus efeitos civis. A Igreja considerava o casamento de natureza sacramental e esse era o principal motivo para afastar o casamento dos assuntos submetidos à jurisdição das autoridades temporais.

¹⁷⁵ Cfr. VARELA, Antunes — *op. cit.* p.196.

¹⁷⁶ A doutrina dos teólogos galicanos foi uma das causas que contribuiu para o surgimento do direito matrimonial. O *galicanismo* afirmou a independência do poder temporal em face do poder espiritual, o que permitiu ao Estado uma intervenção na vida da Igreja em França. O movimento *galicanismo* de origem francesa propagou-se até à Europa, chamando-se de *regalismo*.

¹⁷⁷ A eficácia do casamento católico perante o Estado, enquanto acto concordatário, encontra-se dependente da sua inscrição no registo.

é o amor como base de união entre duas pessoas a que o casamento daria o seu destaque; por último, o casamento pode-se ver como uma instituição, pelo seu carácter perpétuo.¹⁷⁸

Ao definir o casamento com base na sua natureza, podemos atribuir-lhe a existência de uma atracção mútua entre os sexos e uma ligação intensa pelos seus filhos como um meio de garantir a continuidade da sua espécie.

A procriação nos dias de hoje assume uma perspectiva diferente pelo facto da reprodução não ser o principal aspecto que motiva a concretização do casamento, embora se encontre presente neste.

“Para Kant o casamento é a ‘união de duas pessoas de sexo diferente para a posse recíproca, durante toda a vida, dos seus atributos sexuais. – O fim de gerar os filhos e de os educar pode, porventura, ser um fim da natureza, em vista do qual esta implantou a inclinação recíproca dos sexos; mas para a legitimidade da união, não se exige que o homem que contrai matrimónio se deva propor esse fim; pois, de outro modo, quando cessasse a procriação dissolver-se-ia também simultaneamente o casamento.”¹⁷⁹

Defendemos esta teoria no sentido dos filhos não serem o fim principal, mas sim um fim natural. A lei da natureza promove a atracção entre sexos diferentes para que a espécie humana se propague.

“O casamento é mais do que um ‘contrato’, é um ‘vínculo substancial’ ”.¹⁸⁰

A união de duas pessoas vai transformá-las apenas numa e esta alteração afasta as personalidades individuais de cada um, são unidas por um carácter ético. Este carácter é o que caracteriza a união do casal e é realizada através dos filhos, visto que estes possuem a essência da união dos pais.

“A rejeição do casamento entre pessoas do mesmo sexo afirma o casamento como instituição social, por oposição a um puro contrato como expressão momentânea, ou não, do sentimento do amor, e salienta a íntima relação entre essa instituição e a criação dos filhos do casal. Definir o casamento como instituição significa aceitar que o casamento dá sentido à relação entre um homem e uma mulher ligando-a à relação entre estes e os seus filhos, isto é, dá sentido a uma união

¹⁷⁸ Neste sentido, MÚRIAS, Pedro — *Casamento entre pessoas do mesmo sexo — não ou sim?*. Lisboa: Entrelinhas, 2008, p.13. [N].

¹⁷⁹ Cfr. MÚRIAS, Pedro — *op. cit.* p.14-15 (sublinhado nosso).

¹⁸⁰ Cfr. MÚRIAS, Pedro — *op. cit.* p.16. A teoria de Hegel, ao contrário de Kant.

reprodutiva e ao envolvimento de uma geração na criação e bem-estar da que se lhe segue.”¹⁸¹

As pessoas não podem alterar o significado da instituição de casamento conforme o que mais lhes “convém”.

A legalização do casamento homossexual trouxe consigo a desinstitucionalização do casamento.

O casamento enquanto contrato, mostra a realidade social que envolve a sociedade doméstica marcada pela sua unidade económica, é também visto como expressão pública do sentimento entre duas pessoas de acordo com as tendências actuais.¹⁸²

O casamento enquanto instituição, destaca-se pela sua cooperação entre mulher e marido e já não tanto os filhos, devido às transformações sociais que deram origem à revolução familiar.¹⁸³

“...a própria definição de casamento civil, pelo menos na maior parte das ordens jurídicas continentais, se torna incompreensível sem a influência do Cristianismo.”¹⁸⁴

Os princípios que sustentaram o conceito de casamento devem-se à influência do Cristianismo e do Direito Romano.

O casamento civil não nasceu como uma forma de oposição ao casamento católico, mas adquiriu os traços que o caracterizam.¹⁸⁵

“Ninguém põe seriamente em causa que o casamento não se reduz à atracção sexual e à procriação, como ninguém pode seriamente pretender manter o casamento e não efectuar qualquer distinção entre ele e os demais contratos, como ainda, por último, ninguém pode pretender sustentar o casamento sobre o mero sentimento de amor.”¹⁸⁶

¹⁸¹ Cfr. MÚRIAS, Pedro — *op. cit.* p.17 (sublinhado nosso).

¹⁸² Neste sentido, MÚRIAS, Pedro — *op. cit.* p.19.

¹⁸³ Neste sentido, MÚRIAS, Pedro — *Ibidem.*

¹⁸⁴ Cfr. MÚRIAS, Pedro — *op. cit.* p.26

¹⁸⁵ Neste sentido, MÚRIAS, Pedro — *op. cit.* p.30.

¹⁸⁶ Cfr. MÚRIAS, Pedro — *op. cit.* p.35.

5.4. A evolução do sistema matrimonial em Portugal

No projecto do Código Civil de 1858, Seabra distinguiu a dupla natureza de sacramento e contrato, no matrimónio e cabia à Igreja estabelecer as condições e efeitos temporais do contrato.¹⁸⁷

Havia duas formas de matrimónio, uma pertencia aos católicos e a outra aos não católicos.

Os tribunais eclesiásticos tinham competência exclusiva para avaliarem a validade do casamento católico e a instrução das causas e a execução das sentenças era confiada a tribunais civis.¹⁸⁸

“Para os portugueses não católicos o casamento era válido e produzia efeitos civis desde que fosse celebrado segundo a crença, usos e costumes dos nubentes e tivesse sido celebrada a correspondente escritura pública (art.1125.º).”¹⁸⁹ Qualquer causa de nulidade proveniente do casamento entre não católicos competia aos Tribunais civis.

Consideramos que mesmo entre não católicos existem crenças, usos e costumes que perduram no tempo e passam de geração em geração, sendo importante não esquecer que no casamento entre não católicos também se aplicam costumes.

Existia, assim, um sistema do casamento civil subsidiário, apesar dos não católicos poderem realizar o casamento “civil” segundo a sua religião.

A chegada do decreto n.º1 de 25 de Dezembro de 1910 alterou o sistema matrimonial.¹⁹⁰

O casamento civil tornou-se obrigatório, mesmo para os católicos, vindo o casamento a considerar-se um contrato civil.

Com a Concordata entre a Santa Sé e a República Portuguesa¹⁹¹ o sistema matrimonial da I República foi profundamente alterado.¹⁹²

O Estado reconheceu efeitos civis aos casamentos católicos¹⁹³, embora não permitisse aos tribunais decretar o divórcio aos casamentos católicos.¹⁹⁴

¹⁸⁷ Cfr. CAMPOS, Diogo Leite de — *op. cit.* p.172.

¹⁸⁸ Neste sentido, CAMPOS, Diogo Leite de — *Ibidem*.

¹⁸⁹ Cfr. CAMPOS, Diogo Leite de — *Ibidem*. (sublinhado nosso).

¹⁹⁰ Essa alteração é conhecida pelas Leis da Primeira República.

¹⁹¹ Assinada dia 7 de Maio de 1940, confirmada e ratificada dia 1 de Junho, publicada no Diário do Governo de 10 de Junho de 1940 e entrou em vigor dia 1 de Agosto de 1941.

¹⁹² Neste sentido, CAMPOS, Diogo Leite de — *op. cit.* p.175; e, COELHO, Pereira Coelho; OLIVEIRA, Guilherme de — *op.cit.* p.199-200.

¹⁹³ Cfr. art.22º, da Concordata.

¹⁹⁴ Cfr. art.24º, da Concordata.

Apenas os casamentos civis celebrados antes da celebração da Concordata é que tinham efeitos civis, pois os casamentos católicos que fossem celebrados antes da Concordata não tinham quaisquer efeitos civis. Assim, antes da entrada em vigor da Concordata, a aplicação de um divórcio a um casamento civil levava a que, perante a lei civil, os cônjuges, estivessem divorciados mesmo casados catolicamente.

Com a chegada do protocolo¹⁹⁵ adicional à Concordata¹⁹⁶, os tribunais civis¹⁹⁷ ganharam competência para decretar o divórcio a quaisquer casamentos com efeitos civis, incluindo também os casamentos católicos. Porém é aplicado aos cônjuges que celebram o casamento católico o grave dever de não pedirem o divórcio, sendo este um dever de consciência mas, a sua violação não traz quaisquer consequências do Direito Civil.¹⁹⁸

O sistema matrimonial do nosso direito é um sistema de casamento civil facultativo e, este aplica-se também a cidadãos que não professem a religião católica. A lei não atribui valor à cerimónia religiosa, os católicos é que têm a liberdade de escolher entre o casamento civil ou católico.¹⁹⁹

Os nubentes têm de ter capacidade civil para poderem celebrar o casamento católico, é uma das características exigidas pelo Direito Civil.

O Direito Civil regula a dissolução do casamento por divórcio e nada impede que os tribunais eclesiásticos também declarem a invalidade do casamento católico.²⁰⁰

5.5. O instinto sexual

O destino do ser humano²⁰¹ encontra o seu caminho através da união de dois seres humanos, sendo através desta união que se compreende a vida sexual.

Homem e mulher formam um todo, são dois numa só carne.

¹⁹⁵ Neste sentido, CAMPOS, Diogo Leite de — *op. cit.* p.176; e, COELHO, Pereira Coelho; OLIVEIRA, Guilherme de — *op.cit.* p.201-202.

¹⁹⁶ Foi assinado no dia 15 de Fevereiro de 1975.

¹⁹⁷ O art.24º da Concordata ganhou uma nova redacção com o protocolo adicional à Concordata.

¹⁹⁸ Neste sentido, CAMPOS, Diogo Leite de — *Ibidem*.

¹⁹⁹ Neste sentido, CAMPOS, Diogo Leite de — *op. cit.* p.177; e, COELHO, Pereira Coelho; OLIVEIRA, Guilherme de — *op. cit.* p.202-203.

²⁰⁰ Neste sentido, CAMPOS, Diogo Leite de — *op. cit.* p.178.

²⁰¹ Neste sentido, GOEDSEELS, Léon — O Problema Sexual e o Casamento. In GOEDSEELS, L. *et al*, org. — *O problema Sexual e o Casamento: Problemas de Sexualidade*. Porto: Livraria Tavares Martins, 1966, p.17-18.

A união e felicidade dos esposos não se realiza exclusivamente em laços físicos, estes nunca darão origem a um amor duradouro, mas o concurso da vida sexual dará origem a um amor íntegro.

“A satisfação sexual perfeita deve ser consequência natural, amorosa, entre dois seres de sexos diferentes, o que só é possível dentro do casamento monogâmico permanente, não originariamente genital”.²⁰²

Fora do casamento não é possível exprimir doação total no acto sexual.

“Nenhum ser normal deveria amputar o acto sexual e reduzi-lo a um jogo de penetração mais ou menos completa dos órgãos sexuais. A dignidade humana proíbe-nos que esqueçamos o filho, que surge da união do homem e da mulher.”²⁰³

O acto sexual dentro do casamento tem um fim natural – os filhos – sendo impossível ignorá-lo.

O ser humano apenas se cruza com a felicidade ao realizar aquilo para o qual foi criado – um fim espiritual. A vida sexual contribui para a concretização desse fim, deste modo, a felicidade conjugal está subordinada à ordem espiritual.

A ordem espiritual reflecte-se na união de duas almas que propagam o amor “pelas almas jovens que chamam para a vida”²⁰⁴ – os filhos.

“O instituto sexual-moral, o amor, acaba por concretizar-se no facto social do casamento.”²⁰⁵

Se recuarmos um pouco atrás e formos até à época medieval, constatamos que o casamento assume várias formas, existiu o costume de raptarem as mulheres e isso era visto como um rito e formalidade do casamento.

Quanto às filhas, estas eram colocadas à venda. Mais tarde, a compra²⁰⁶ e venda²⁰⁷ destas deixaram de ser feitas, pois retratava-se de situações anteriores ao casamento perfeito.

Existiam três variedades de família: a monogâmica, a poliândrica e a poligâmica. A forma mais perfeita do casamento era o monogâmico.²⁰⁸ Até na época medieval existe o instinto sexual com vista à geração de filhos.

²⁰² Cfr. CHAUCHARD, Paul — *Biologie et Morale*, apud GONÇALVES, Aureliano Dias — *A vida em casal*. 6ª Ed., Braga: Editorial Franciscana, 1981, p.12.

²⁰³ Cfr. GONÇALVES, Aureliano Dias — *op. cit.* p.89-90.

²⁰⁴ Cfr. GOEDSEELS, Léon — *op. cit.* p.19.

²⁰⁵ Cfr. GUERREIRO, Manuel Viegas — *Temas de antropologia em Oliveira Martins*. Lisboa: Instituto de Cultura e Língua Portuguesa, 1986, vol.108, p.78.

²⁰⁶ A compra das mulheres era feita no sentido do homem adquirir o direito de ela dormir com ele, dar-lhe filhos, ser-lhe fiel. O homem ao comprar a mulher não a poderá depois vender, por isso não a compra como se de um objecto se tratasse.

²⁰⁷ No que toca à venda da filha, o pai também não vende a filha como um objecto qualquer, visto que se ela for infiel ao seu marido, este tem o direito de a devolver ao pai e reaver tudo aquilo que pagou por ela.

“O gerador, o procriador masculino, assume as funções de pai, de chefe de família, um como Deus no mundo sagrado se governa — e essa dignidade se deve à crença de que só de si vem o poder de criar.”²⁰⁹

A família tem a sua importância reflectida na continuação da vida, pois os pais procriam e educam os filhos com vista a que estes no futuro também procriem e educuem os seus próprios filhos com vista a esse fim — é este o sentido do casamento.

“A casa é o templo, o fogo sagrado arde no altar doméstico, o marido, sacerdote, a mulher, diácono, o filho, catecúmeno, objecto de culto, elo em que se prolonga a vida dos pais e assegura o culto destes depois da morte. Não há assim solução de continuidade na sacrossanta cadeia de vida, o casamento é sacramento.”²¹⁰

Se não dá filhos, não há quem assegure o culto dos ascendentes, o casal sem filhos é como uma maldição.²¹¹

A extinção de uma família é a ruína de uma religião: ai dos avós que, privados de ofertas, caem na região dos abandonados! Uma família que se extingue é um culto que morre.²¹²

Não se consegue, portanto, que o homem não case.”²¹³

Os costumes mostram-nos a existência fundamental do marido e mulher, cada um com as suas funções e ambos com a mesma finalidade.

A existência de um casal é fulcral para a continuação da vida, sem procriar a vida termina.

É esse casal que ensinará aos seus filhos como continuar a vida.

Existiram sociedades poliandras e polígamas e desta forma é possível existirem sociedades sem casamento, mas se esse tipo de sociedades não evoluírem rapidamente para a monogamia, tendem a morrer.²¹⁴

“A diversidade de sexos é exigida pelo fim do matrimónio, que é o de estabelecer entre os cônjuges uma *plena* comunhão de vida, nos termos do art.1577º.”²¹⁵

A diversidade de sexos era exigida no Direito Civil, sendo esta uma característica comum ao Direito Canónico.

²⁰⁸ O casamento monogâmico também era conhecido por casamento ariano, visto que foi criado pela civilização ariana.

²⁰⁹ Cfr. GUERREIRO, Manuel Viegas — *op. cit.* p.81.

²¹⁰ Cfr. MARTINS, J.P. de Oliveira — *Quadro das instituições primitivas, apud Idem, op. cit.* p.82.

²¹¹ Cfr. GUERREIRO, Manuel Viegas — *Ibidem*.

²¹² Cfr. MARTINS, J.P. de Oliveira — *op. cit., apud Idem, Ibidem*.

²¹³ Cfr. GUERREIRO, Manuel Viegas — *Ibidem*.

²¹⁴ Neste sentido, GUERREIRO, Manuel Viegas — *op. cit.* p.88.

²¹⁵ Cfr. COELHO, Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de — *op. cit.* p.216.

Subentende-se que a plena comunhão de vida era entre cônjuges de sexo diferente, mas com a promulgação da Lei 9/2010 de 31 de Maio – casamento civil entre pessoas do mesmo sexo – deixou de existir entre o casamento civil e católico a característica comum da diversidade de sexos. O conceito de plena comunhão de vida foi ou pode ser alterado em função do casamento entre pessoas do mesmo sexo? Tudo nos leva a crer que não.

“...o débito conjugal cumpre-se tendo relações sexuais *normais*. Numa perspectiva tradicional, são tidas como normais as relações aptas para a concepção; as práticas contraceptivas são qualificadas de anómalas e integradas na categoria dos ‘excessos’, o que autoriza o cônjuge a recusar a conjunção carnal quando o outro pretenda empregar meios anticoncepcionais. Esta visão da normalidade sexual, bastante influenciada pelo Direito Canónico, baseia-se em dois postulados: a sexualidade é eticamente indissociável da procriação e existe um dever conjugal de procriação.”²¹⁶

No casamento, o dever das relações sexuais apenas se intitulam de normais se forem aptas para a concepção. O sexo está ligado à procriação, embora não obrigue a esta.

O art.1577º do Código Civil não considera a procriação um fim do casamento, mas não deixa de ser um fim normal ou natural, como já referimos anteriormente.

Porém, num casamento entre pessoas do mesmo sexo não existe essa naturalidade – aqui a normalidade não é possível. Qual é o fim natural deste casamento? Este casamento não tem um fim natural, será então um casamento? Consideremos que não.

Seguimos a teoria da normalidade²¹⁷ e, como tal, o casamento determina a existência de uma vida sexual normal. Uma vida sexual normal implica ser apta para a concepção.

Entre os cônjuges existe uma mínima comunhão sexual de vida.²¹⁸

5.5.1. Propagação da espécie humana

“Procriar é facto natural, necessário, e até mesmo essencial para perpetuação da espécie. Procriação quer significar geração de descendentes”.²¹⁹

²¹⁶ Cfr. PINHEIRO, Jorge Alberto Caras Altas Duarte — *O Núcleo Intangível da Comunhão Conjugal: Os Deveres Conjugais Sexuais*. Coimbra: Almedina, 2004, p.298.

²¹⁷ No sentido contrário, PINHEIRO, Jorge Alberto Caras Altas Duarte — *op. cit.* p.301, teoria defendida por Courbe; Eduardo dos Santos; Guilherme de Oliveira; e, Leite de Campos.

²¹⁸ Neste sentido, PINHEIRO, Jorge Alberto Caras Altas Duarte — *op. cit.* p.304.

²¹⁹ Cfr. BOTTEGA, Clarisse — *op.cit.* p.49.

A procriação sempre se encontrou ligada à ideia de família, visto que é nesta que os filhos nascem e, é através deles que as famílias conseguem perdurar, é por isso que nascem com os filhos relações jurídicas essenciais para o homem.²²⁰

Um casal não consegue ser apenas uma só carne se não procriarem e se não se amarem um ao outro nos filhos.²²¹ Ao darem-se na íntegra aos filhos encontram-se a recriar a sua própria união.

Para um casal conseguir ser apenas uma carne precisam de unificar os seus seres e o seu amor nos filhos. Este é o principal facto pelo qual a procriação está ligada ao casamento como um dos seus elementos constitutivos.

“Amar só um ao outro, tem sempre um sabor de incompletude se não existirem filhos.”²²²

A procriação existe também fora do casamento e os filhos terão os mesmos direitos que aqueles que nasceram dentro de um matrimónio, sendo com eles que as famílias perduram.

Há uma ruptura entre a procriação e o casamento, a procriação deve ser tratada de uma forma individual sem ser necessário uni-la ao casamento, de modo a que não prejudique aqueles que não nascem no seio de um matrimónio.

“Para os gregos e para os romanos o ser humano era um elemento da natureza e governado por esta, sujeito às suas leis.”²²³

Através desta teoria, o ser humano, enquanto objecto da natureza, está destinado a procriar e este facto natural apenas existe entre homem e mulher. A procriação enquanto elemento constitutivo do casamento demonstra que o casamento homossexual tem falhas, visto que vai contra a lei da natureza no que respeita aos filhos.

O casamento é o ponto essencial da sociedade familiar.²²⁴

“Ao invés de qualquer outro contrato (compra e venda, doação, locação, seguro, sociedade), o casamento pressupõe, pela natureza do seu conteúdo ou objecto imediato, a *diversidade de sexos* entre os seus sujeitos. A comunhão de vida

²²⁰ Neste sentido, BOTTEGA, Clarisse — *op. cit.* p.53.

²²¹ Neste sentido, CAMPOS, Diogo Leite de — *Eu-Tu: O amor e a família (e a comunidade)* (Eu-Tu-Eles). In *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 43; e, — *A família: do direito aos direitos*. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2007, p.227.

²²² Cfr. CAMPOS, Diogo Leite de — *Eu-Tu: O amor e a família (e a comunidade)* (Eu-Tu-Eles). In *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p.43.

²²³ Cfr. CAMPOS, Diogo Leite de — *op. cit.* p. 44.

²²⁴ Neste sentido, VARELA, Antunes — *op. cit.* p.177.

a que aponta o casamento só pode ser obtida por duas pessoas de sexo diferente, nunca através de uniões mórbidas de pessoas do mesmo sexo (homossexuais ou lésbicas) a que possam conduzir a taras ou aberrações sexuais.”²²⁵

Hoje, o casamento já pode ser celebrado por pessoas de sexo igual. Porém, não significa que os cônjuges de sexo igual obtenham uma plena comunhão de vida como obtêm os cônjuges de sexo diferente.

Aos cônjuges de sexo diferente é possível obter essa comunhão de vida que o casamento oferece, pelo facto de eles dois se poderem tornar num só pela sua união reflectida nos filhos, no exercício do poder paternal.

Através da comunhão de vida os cônjuges procuram um no outro a realização de diversos sentimentos, um deles é especialmente o instinto natural da propagação da espécie, através da criação e educação dos filhos.

A lei não incluiu na definição de casamento a criação e educação dos filhos como um dos fins do casamento, embora isso seja um dos motivos mais importantes para a grande parte dos nubentes.²²⁶

Podem existir casamentos válidos onde se saiba antecipadamente que os cônjuges não pretendem procriar.

Porém, o ponto fulcral para a realização do casamento é que cada um dos cônjuges deseje a plena comunhão de vida com o outro como meio de constituir família.

“Seria assim nula a cláusula pela qual os nubentes convencionassem não ter filhos, ou abster-se de relações sexuais, não apenas por ser contrária à moral social, mas principalmente por ser a negação do objecto essencial do casamento.”²²⁷

“...a procriação representa para a espécie humana – e para qualquer outra espécie – seu futuro no planeta, como símbolo de perpetuação e manutenção da raça humana sobre a terra.”²²⁸

Com a existência de medidas que levem a um caminho que impeça a propagação da espécie humana, ou seja visto como um meio de desvalorização da procriação, a raça humana tende a diminuir. Ao procriar sem estar no seio de um casamento, não podemos afirmar que seja um meio de desvalorização da procriação, mas uma vez que o casamento visa constituir família, embora não tenha como fim principal a procriação, podemos afirmar que o casamento

²²⁵ Cfr. VARELA, Antunes — *op. cit.* p.181. (sublinhado nosso).

²²⁶ Neste sentido, VARELA, Antunes — *op. cit.* p.183.

²²⁷ Cfr. VARELA, Antunes — *op. cit.* p.184.

²²⁸ Cfr. BOTTEGA, Clarisse — *op. cit.* p.59. (sublinhado nosso).

homossexual vem desvalorizar a procriação porque esta não pode existir entre dois seres do mesmo sexo.

“Procriar implica na noção de mortalidade. Prever a descendência, é também reconhecer o efêmero da passagem. Porque somos racionais, temos consciência da morte, e por ter essa consciência, a recusamos. Queremos a imortalidade, buscamos meios de nos perpetuar. A paternidade/maternidade é a grande tentativa humana de superação da finitude, uma busca de imortalização e a mais clara recusa da morte.” ²²⁹

A procriação aparece associada ao casamento porque entre homem e mulher é natural surgirem os filhos. É uma regra da natureza humana. Não é possível afastar a ligação que o casamento tem com a procriação, embora estes não sejam o principal fim do casamento.

Consideramos que desejar a comunhão de vida implica não se amarem apenas um ao outro, implica terem filhos, para reverem neles o amor que os une e este é o modo de constituírem família e propagar a espécie.

Dois cônjuges de sexo diferente podem, no seu casamento, decidir não ter filhos, mas se quiserem podem tê-los porque é uma oferta da natureza, já dois cônjuges do mesmo sexo não podem ter filhos porque a natureza não lhes oferece esse “dom”, mas podem desejar tê-los embora saibam que não é possível através de um modo natural.

Contrair matrimónio com o desejo de ter filhos e, saber que não os podem ter porque a natureza não o permite, é um motivo para nos mostrar que o casamento não pode ser oferecido a duas pessoas que não podem, por natureza, propagar a espécie.

O casamento homossexual apresenta, de certo modo, uma norma imperativa que estabelece que os nubentes convencionam não ter filhos. Isto aplica-se a todos os casamentos homossexuais.

Se a procriação se encontra intimamente ligada ao casamento e todos os casamentos homossexuais não conhecem a procriação, então não poderá ser um verdadeiro casamento.

Alguns casamentos heterossexuais não têm filhos, mas limitam-se a ser alguns e precisamos de assumir que a realidade da procriação, por vezes, não é possível a estes casais, mas este facto não se aplica a todos os casamentos heterossexuais. Podemos afirmar que o casamento heterossexual conhece a procriação.

²²⁹ Cfr. CARIDADE, Amparo — *Sexo, reprodução, amor e erotismo*, apud Idem — *op. cit.* p.59. (sublinhado nosso).

Um casamento que nunca conhecerá a procriação será um casamento? O casamento homossexual não reveste o verdadeiro conceito de casamento.

A natureza sensitivo-racional do ser humano, está ligada através do corpo, à lei do crescimento. O direito natural e a precisão da moral não podem deixar de estar ligadas à história do progresso da raça humana. O corpo afirma o seu valor moral na própria moral.²³⁰

O casamento desdobra-se em dois factos – facto moral imediato e facto substancial.

“Como facto moral imediato, o casamento contém, em primeiro lugar, o elemento da vida natural, e até, como facto substancial contém a vida na sua totalidade, quer dizer, como realidade da espécie e da sua propagação. Porém em segundo lugar, na consciência de si ou existente em si e que, portanto, na sua existência apenas é unidade exterior, transforma-se numa unidade espiritual, num amor consciente.”²³¹

O casamento parte essencialmente do consentimento livre do casal, para se formarem apenas numa pessoa, deixando de ser dois.

O casal ao se singularizar atinge a sua libertação, como um vínculo indissolúvel. Esta singularidade irá dar origem aos filhos — propagação da espécie.

O casamento comporta ainda um elemento moral objectivo que se funda na consciência “desta unidade como fim essencial, portanto no amor, na confiança e na comunhão de toda a existência individual.”²³²

O casamento é envolvido através de um instinto natural e, o laço espiritual deste encontra-se num patamar bastante elevado, mostrando superioridade a qualquer paixão ou gostos passageiros.

O casamento não se traduz na relação de um contrato que se reflecte na sua linha substancial, ou seja, ele sai fora do âmbito do contrato para exceder o limite da pessoa na sua individualidade.

A ligação entre o casal constitui-se como moral quando estes declaram solenemente aceitar os vínculos do casamento, sendo nesta altura que a família e a comunidade reconhecem a sua união.

“...o homem e a mulher, constituindo, desde o primeiro instante da sua encarnação no seio materno, uma realidade biológica inteiramente diferente da mãe,

²³⁰ Neste sentido, MERSCH, E. — *op. cit.* p.113.

²³¹ Cfr. Hegel — *op. cit.* p. 176.

²³² Cfr. Hegel — *op. cit.* p.178.

mas dela totalmente dependente, sentem-se naturalmente atraídos para “o outro”, pois nele vão encontrar o seu complemento, para plenamente se realizarem. O homem é um ser que anseia pela sua realização, na intimidade dum outro ser. Nesse encontro estão presentes todas as dimensões da pessoa. Desejo de conhecimento, atracção espiritual, atracção física, desejo de doação e desejo de posse. Do encontro das duas individualidades, homem e mulher, nascerá uma comunidade de amor que tenderá por sua vez para uma nova unidade; pela sua união, pela sua doação recíproca, serão dois numa só carne.”²³³

O amor entre os cônjuges dá origem à continuação deles próprios, trazem à vida novos seres que serão educados num ambiente familiar.²³⁴ O amor humano cria vida. Do amor conjugal sairá uma nova vida, que se irá “perpetuar” no mundo.

“O casal constituiu-se para dar vida, a si mesmo, aos filhos, à sociedade – e para a dar em abundância.”²³⁵

O homem é criado com o desejo do infinito, ele não deseja desaparecer. É o amor que o chama para a vida ultrapassando, assim, a ideia do “eu” e do “tu”, num querer firme de fecundidade.

“A mulher ajuda a formar a alma do seu marido, como este ajuda a formar a sua”.²³⁶

É neste aspecto que o amor mostra a sua fecundidade, auxiliando os esposos a seguirem um estado de perfeição.

A transmissão de vida é o desejo mais forte na união dos cônjuges, o prolongamento da sua vida. É através das novas vidas que o ser humano se prolonga sem fim. O nascimento de uma criança faz o homem sentir que não morrerá e ao mesmo tempo readquire juventude.

Uma das maiores razões da vida em casal é a propagação da espécie, assim como o instinto de maternidade e paternidade encontram a sua realização máxima.

5.5.1.1. A genética das populações

“...Durante a reprodução ambos os progenitores contribuem para o nascimento de um novo ser, este constitui-se como um rejuvenescimento.”²³⁷

²³³ Cfr. GONÇALVES, Aureliano Dias — *op.cit.* p.12. (sublinhado nosso).

²³⁴ Neste sentido, GONÇALVES, Aureliano Dias — *op. cit.* p.17.

²³⁵ Cfr. GONÇALVES, Aureliano Dias — *op. cit.* p.18.

²³⁶ Cfr. GONÇALVES, Aureliano Dias — *op. cit.* p.19.

²³⁷ Cfr. CASANOVA,, Catarina — *Introdução à antropologia biológica: princípios evolutivos, genética e primatologia*. Lisboa: ISCSP-UTL, 2006, p.153.

A população²³⁸ é constituída por um conjunto de pessoas que ao cruzarem-se partilham genes entre si e desta forma, obtêm a capacidade de se reproduzirem.

O sentido de população traduz-se num grupo onde esses indivíduos se reproduzem ao encontrar os seus pares sexuais.

“A população é uma unidade onde existe alguma proximidade genética entre indivíduos que acasalam entre si.”²³⁹

Os genes das gerações anteriores são o ponto de partida para uma nova geração que resulta dessa combinação.

5.5.2. O direito ao casamento e a constituir família

O direito à celebração do casamento vem consagrado na 2ª parte do n.º1 do art.36º da Constituição. Com base no n.º1 do art.16º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, deve entender-se que é concedido o direito de casar e de constituir família aos nubentes “sem restrição alguma de raça, nacionalidade ou religião”.

Por esta via, não há normas que estabeleçam impedimentos baseados na raça, nacionalidade ou religião dos nubentes, visto que seriam inconstitucionais, tal como não são permitidas normas que discriminem os cidadãos que exerçam determinadas profissões, entre outras mais.

Todavia, a norma constitucional não impede que se fixem impedimentos criados em interesses públicos.²⁴⁰

Quando falamos do direito à celebração do casamento, referimo-nos ao casamento reconhecido pelo Estado.

O direito de constituir família vem consagrado na 1ª parte do n.º1 do art.36º da Constituição.

“Considerada em si mesma, a afirmação do Direito a constituir família significaria tão só, e já muito, que qualquer pessoa tem o Direito de procriar. É este o sentido anglo-saxónico de ‘constituir família’.”²⁴¹

²³⁸ Neste sentido, CASANOVA,, Catarina — *Ibidem*.

²³⁹ Cfr. CASANOVA,, Catarina — *Ibidem*. (sublinhado nosso). Só um casal poderá acasalar e reproduzir e, como tal terá de ser um indivíduo do sexo masculino e outro do sexo feminino. A antropologia biológica mostra-nos que o termo acasalar se aplica a indivíduos de sexo diferente e não a indivíduos de sexo igual porque não podem acasalar devido a não serem um casal.

²⁴⁰ A título de exemplo, temos a restrição do casamento sobre a matéria de idade.

²⁴¹ Cfr. CAMPOS, Diogo Leite de — *op. cit.* p.102.

Esta expressão não significa estar a favor nem contra a família que não é fundada no casamento. O que o n.º1 do art. 36º nos diz, é que cada pessoa tem direito a casar e constituir família fundada no casamento.

A separação entre as expressões “direito de constituir família” e “direito à celebração do casamento” e principalmente, a colocação da constituição da família antes da celebração do casamento significa uma independência entre os dois princípios, de modo a que o direito a procriar seja reconhecido quer seja realizado fora ou dentro do casamento.²⁴²

A finalidade do n.º1 do art.36º da Constituição da República Portuguesa (CRP) refere-se à permissão de dois direitos e não apenas um, visto que “...foi intencionalmente que o legislador redigiu o preceito do modo como o fez”.²⁴³

A distinção entre família e casamento²⁴⁴ presente nessa norma mostra-nos que se tratam de factos diversos, pois na realidade, temos perto da família conjugal, instituída sobre o casamento, a família natural que resulta do facto biológico da geração.

O n.º1 do art.36º não limita o conceito de família à aliança conjugal estabelecida no casamento. Pode existir uma família fora do casamento.

“O direito a constituir família conferido a todas as pessoas, casadas ou não, pelo art.36º n.º1, 1.ª parte, CRP, será, em primeiro lugar, um direito a procriar e, em segundo lugar, um direito a estabelecer as correspondentes relações de paternidade e maternidade.”²⁴⁵

Constatamos que a família envolve sempre o conceito de paternidade e maternidade, quer seja dentro ou fora do casamento.

A família não se reduz aos filhos nascidos dentro do casamento.

“O art. 12º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e o art.16º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, ao estabelecerem o direito de casar e de constituir família, invertem os termos do art.36º, n.º1, da Constituição.”²⁴⁶ Demonstram-nos que o efeito natural do casamento é a constituição de família. Porém, os mesmos diplomas ao consagrarem normas de protecção aos filhos nascidos fora do matrimónio, vêm desviar do casamento o carácter de exclusividade de fonte de procriação “legítima”.

“Não cabe à Constituição apresentar uma noção de casamento. A família é ‘um elemento natural da sociedade’ [...] e, portanto um dado extrajurídico.”²⁴⁷

²⁴² Neste sentido, CAMPOS, Diogo Leite de — *Ibidem*.

²⁴³ Cfr. COELHO, Pereira; OLIVEIRA, Guilherme — *op. cit.* p.139.

²⁴⁴ Neste sentido, COELHO, Pereira; OLIVEIRA, Guilherme — *Ibidem*.

²⁴⁵ Cfr. COELHO, Pereira; OLIVEIRA, Guilherme — *op. cit.* p.142.

²⁴⁶ Cfr. CAMPOS, Diogo Leite de — *op. cit.* p.102-103.

²⁴⁷ Cfr. PINHEIRO, Jorge Alberto Caras Altas Duarte — *op. cit.* p.408.

A lei do Estado reclama que a família seja reconhecida como um elemento natural e protege esse facto preexistente.

Se a família é um elemento natural da sociedade, a “família” homossexual é natural?

A família homossexual não tem como fim natural a procriação, logo coloca-se em causa se será uma família e se necessita da protecção do Estado.

“O conteúdo do casamento não tem que ser fixado pelo legislador constituinte; é aquele que resultar do entendimento social. Entendimento social que não pode corresponder a uma qualquer opinião. Num Estado de direito democrático e pluralista que não abdica da sua história e do seu futuro, o conceito pressuposto pelo poder constituinte tem de ser aquele que, sob uma perspectiva territorial e temporal, reúna o maior consenso possível da comunidade, sempre sem prejuízo da identidade particular da figura em questão.” ²⁴⁸

O conceito de casamento não é o que quisermos fazer dele, temos de ter em atenção a *nossa* história e os *nostros* costumes.

²⁴⁸ Cfr. PINHEIRO, Jorge Alberto Caras Altas Duarte — *op. cit.* p.409, (sublinhado nosso).

CAPÍTULO 4

O Casamento Homossexual Perante o Direito Constitucional

6. Perspectiva Constitucional

Grande parte das normas constitucionais para justificar o casamento entre pessoas do mesmo sexo apenas impõem respeito, não existe nenhuma condenação da orientação sexual, seja homossexual ou heterossexual.²⁴⁹

O casamento baseia-se numa plena comunhão de vida.

A legalização do casamento homossexual é um atentado à instituição matrimonial, pois acaba com seu núcleo essencial, representado desde sempre como a união entre um casal heterossexual.²⁵⁰

Por este caminho, formula-se que

“da própria garantia institucional do casamento resultam limites, como a proibição da poligamia ou de casamento entre pessoas do mesmo sexo (...) a Constituição não consagra um direito dos homossexuais a contraírem casamento. Pelo contrário (...) a Constituição impõe que sejam respeitados pelo legislador os princípios estruturantes do casamento na ordem jurídica portuguesa e, entre esses princípios, dificilmente se pode deixar de encontrar a exigência da diferença de sexo entre os dois cônjuges.”²⁵¹

A legalização do casamento homossexual viola o princípio da igualdade por dar tratamento igual ao casamento heterossexual, quando estes representam situações diferentes e devem ser tratados de forma diferente.

O princípio da igualdade não impossibilita o legislador de fazer distinções, o que este princípio impede é formas de tratamento diferentes, a obrigação de diferenciação existe como forma de compensar a desigualdade de oportunidades.²⁵²

“... compromete a garantia institucional que ao casamento deve ser reconhecida e que veda a possibilidade de descaracterizar ou desfigurar o seu núcleo essencial.”²⁵³

²⁴⁹ Neste sentido, BRAVO DE MANSILLA, Guillermo Cerdeira - ¿Es constitucional, hoy, el matrimonio «homossexual» (entre personas de idéntico sexo)?, **Revista de Derecho Privado**. [Em linha]. Nº 3/4 (2005), p.5, actual. Março/Abril 2005. [Consult. 8 Dez. 2008]. Disponível em <http://www.vlex.com/vid/289819>

²⁵⁰ Cfr. SANTOS, Duarte — *op. cit.* p.287 e Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo n.º 6284/2006-8, de 15/02/2007, (Pedro Lima Gonçalves), em Bases Jurídico-Documentais [Em linha]. [Consult. 7 Jul. 2010]. Disponível em <http://www.dgsi.pt> (Anexo I).

²⁵¹ Cfr. MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui — *Constituição Portuguesa Anotada*, apud Idem — *op. cit.* p. 287.

²⁵² Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo n.º 6284/2006-8, de 15/02/2007, (Pedro Lima Gonçalves), em Bases Jurídico-Documentais [Em linha]. [Consult. 7 Jul. 2010]. Disponível em <http://www.dgsi.pt> (Anexo I).

“... 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.”²⁵⁴

A Constituição da República Portuguesa no seu art.36.º consagra dois direitos – o direito a casar e o direito a celebrar casamento. Esta norma nunca impediu os casais do mesmo sexo de formarem uma família, não se verificando assim, nenhuma inconstitucionalidade no que toca ao assunto sobre o casamento homossexual na anterior lei.

Os casais homossexuais sempre puderam formar uma família, mas não dentro de um casamento.²⁵⁵

Estes direitos são muito distintos e esta norma reconhece que a família não nasce apenas do casamento.²⁵⁶

“No mesmo sentido se pronunciou o Tribunal da Relação de Lisboa, na decisão tomada sobre o recurso apresentado no caso *Teresa e Helena*, de 15.02.2007. No acórdão proferido, o Tribunal afirmou que ao autonomizar o casamento (...) 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 (...) todavia 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 lançar mão do caminho que lhe foi deixado aberto.”²⁵⁷

²⁵³ Neste sentido, SANTOS, Duarte — *op. cit.* p. 288.

²⁵⁴ Cfr. MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui — *Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p.397 e Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo n.º 6284/2006-8, de 15/02/2007, (Pedro Lima Gonçalves), em Bases Jurídico-Documentais [Em linha]. [Consult. 7 Jul. 2010]. disponível em <http://www.dgsi.pt> (Anexo I).

²⁵⁵ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo n.º 6284/2006-8, de 15/02/2007, (Pedro Lima Gonçalves), em Bases Jurídico-Documentais [Em linha]. [Consult. 7 Jul. 2010]. disponível em <http://www.dgsi.pt> (Anexo I).

²⁵⁶ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo n.º 6284/2006-8, de 15/02/2007, (Pedro Lima Gonçalves), em Bases Jurídico-Documentais [Em linha]. [Consult. 7 Jul. 2010]. disponível em <http://www.dgsi.pt> (Anexo I).

²⁵⁷ Cfr. MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui — *op. cit.* p. 289-290 (sublinhado nosso).

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos defende o casamento entre homem e mulher — “Reconhece-se o direito do homem e da mulher de contrair matrimónio e constituir família, a partir da idade núbil.”²⁵⁸

“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 de 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 (...) sem todavia proibir necessariamente o legislador de proceder ao seu reconhecimento ou à sua equiparação aos casamentos.”²⁵⁹

“En principio, la desnaturalización que el matrimonio civil ha experimentado desde la década de los 80 podría permitirlo: por un lado, la impotencia *coeundi* ya no es causa automática de nulidad, y, por outro, la procreación no es fin exclusivo ni legalmente impuesto al matrimonio civil.”²⁶⁰

Ao longo de toda a história da humanidade que o casamento tem vindo formado por duas pessoas de sexo diferente.²⁶¹

A admissão do casamento homossexual significa romper bruscamente com uma tradição ancestral universal.²⁶²

Actualmente, o casamento já não é a única via legal, nem lícita para a coabitação e a procriação; o casamento não serve apenas para fundar uma família, não só existe a família matrimonial, como existe a parental e a afim.²⁶³

²⁵⁸ Cfr. Art.23 n.º1, **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos** [Em linha]. [Consult. 7 Jul. 2010]. Disponível em <http://www.cidadevirtual.pt/cpr/asilo2/2pidcp.html>

²⁵⁹ Cfr. **Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa**, processo n.º 6284/2006-8, de 15/02/2007, (Pedro Lima Gonçalves), em Bases Jurídico-Documentais [Em linha]. [Consult. 7 Jul. 2010]. Disponível em <http://www.dgsi.pt> (Anexo I).

²⁶⁰ Cfr. BRAVO DE MANSILLA, Guillermo Cerdeira — *op. cit.* p.1 — Em princípio, a distorção que o casamento civil tem experimentado desde os anos 80 pode permitir que: primeiro, a impotência nas relações sexuais não é mais causa automática da nulidade, e, por outro, a procriação não é fim exclusivo nem legalmente imposto casamento civil. (Tradução da nossa responsabilidade).

²⁶¹ Neste sentido, BRAVO DE MANSILLA, Guillermo Cerdeira — *op. cit.* p.5.

²⁶² Neste sentido, BRAVO DE MANSILLA, Guillermo Cerdeira — *op. cit.* p.8.

“El matrimonio es una institución constitucional, y el *ius connubii* es un derecho – una libertad – constitucional, reconocidos ambos de forma expresa.”^{264 265}

É através desta forma que se consagra um princípio de reserva legal, apenas pela lei se pode e deve regular o casamento.

A lei não reconhece constitucionalmente aos casais não casados a liberdade de não se casarem, pois não existe para eles um princípio de reserva de lei que obrigue à sua regulação.^{266 267}

Com a consagração constitucional do casamento, o seu tratamento é mais favorável do que os dos casais não casados. Apesar de serem permitidas uniões entre casais não casados e consideradas como familiares, não são as mais desejadas.²⁶⁸

Por estes motivos, são colocadas razões de igualdade proporcional, porque para situações desiguais, tratamento diferente. No entanto, não significa que os casais não casados sejam proibidos ou discriminados.

Tudo isto serve para confrontar o facto deste conceito de família não matrimonial servir para melhor se enquadrarem as uniões entre pessoas do mesmo sexo.²⁶⁹

As uniões homossexuais são o mito da promiscuidade e da instabilidade, visto que estas circunstâncias podem ocorrer em qualquer tipo de uniões.²⁷⁰

“Y si, en efecto, fuese una realidad, no um mito, ¿acaso no será ello por haber sido tradicionalmente excluidas estas parejas del Derecho? Porque, como decía Cicerón, el Derecho, en general, y el de familia, en particular, complen, siempre han cumplido, un fin educacional y formativo de la persona. (...) ...como dice Clavería, “al homosexual no hay que casarlo, basta con familiarizarlo”. Tal vez sea el único caso en que estaría legitimada hoy una ley de parejas no casadas para aquellos homosexuales que deseen que su unión con otra persona de su mismo sexo sea un vínculo jurídico. Y debería ser una ley que se fundase en la idea de comunidad de vida, sin tener, por tanto, que imitar la regulación del matrimonio.

²⁶³ Neste sentido, BRAVO DE MANSILLA, Guillermo Cerdeira — *op. cit.* p.9.

²⁶⁴ Cfr. BRAVO DE MANSILLA, Guillermo Cerdeira — *op. cit.* p.10 — O casamento é uma instituição constitucional, e o direito ao casamento é um direito – uma liberdade – constitucional, reconhecidos ambos de forma expressa. (Tradução da nossa responsabilidade).

²⁶⁵ Cfr. Art.36º n.º1, CRP.

²⁶⁶ Neste sentido, BRAVO DE MANSILLA, Guillermo Cerdeira — *op. cit.* p.10.

²⁶⁷ Cfr. Art.36º n.º1, CRP, a contrario sensu.

²⁶⁸ Neste sentido, BRAVO DE MANSILLA, Guillermo Cerdeira — *op. cit.* p.10.

²⁶⁹ Neste sentido, BRAVO DE MANSILLA, Guillermo Cerdeira — *ibidem*.

²⁷⁰ Neste sentido, BRAVO DE MANSILLA, Guillermo Cerdeira — *ibidem*.

Pero al ser también, como el matrimonio, plena comunidad de vida, a veces las coincidencias serán inevitables.”²⁷¹

Admitir o casamento homossexual ao mesmo tempo que se nega a adopção de filhos, é como criar um casamento de segunda classe — “Proceder así, sería crear un matrimonio de segunda clase...”²⁷²

O que efectivamente sucedeu.

Quando a lei diz que o casamento é católico ou civil²⁷³, não refere que existam diversas formas de casamento civil.

“Desde luego, nadie plantea aquí el tema de la filiación bilógica, que para las parejas de homosexuales es, por el momento, imposible.”²⁷⁴

O casamento sempre serviu para se presumir a paternidade do marido da mãe.²⁷⁵

Este facto verifica-se através dos artigos 1796.º e seguintes do Código Civil, que jamais se aplicará a casais homossexuais, mesmo que lhe chamem de casamento.²⁷⁶

“¿Acaso no será porque el matrimonio no se amolda a ellos?”²⁷⁷

A adopção tem como finalidade a protecção de uma criança com uma vida familiar normal.²⁷⁸

É dado às crianças o direito de manterem contacto e relações pessoais com os seus progenitores, segundo a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.²⁷⁹

²⁷¹ Cfr. BRAVO DE MANSILLA, Guillermo Cerdeira — *ibidem* — E se de facto, fosse uma realidade e não um mito, não seria por acaso que esses casais foram tradicionalmente excluídos do direito? Porque, como dizia Cícero, o direito, em geral, e o de família, em particular, sempre foram cumpridos com a finalidade educacional e formativa da pessoa. (...) ...como disse Claveria, “não há que casar o homossexual, basta familiarizá-lo”. Talvez seja o único caso em que hoje estaria legitimada uma lei de casais não casados para aqueles homossexuais que desejam que a sua união com outra pessoa do mesmo sexo seja um vínculo jurídico. E deveria tratar-se de uma lei que se fundasse na ideia de comunhão de vida, sem ter, portanto, que imitar a regulação do casamento. Mas, sendo também como o casamento, plena comunhão de vida, às vezes, as coincidências seriam inevitáveis. (Tradução da nossa responsabilidade).

²⁷² Cfr. BRAVO DE MANSILLA, Guillermo Cerdeira — *op. cit.* p.11 — Ao proceder-se desta forma, seria criar um matrimonio de segunda classe. (Tradução da nossa responsabilidade).

²⁷³ Cfr. Art. 1587.º, n.º1, Código Civil.

²⁷⁴ Cfr. BRAVO DE MANSILLA, Guillermo Cerdeira — *ibidem* — Desde logo, não se levanta a questão da relevância da filiação biológica, que para os casais homossexuais é, de momento, impossível. (Tradução da nossa responsabilidade).

²⁷⁵ Neste sentido, BRAVO DE MANSILLA, Guillermo Cerdeira — *ibidem*.

²⁷⁶ Neste sentido, BRAVO DE MANSILLA, Guillermo Cerdeira — *ibidem*.

²⁷⁷ Cfr. BRAVO DE MANSILLA, Guillermo Cerdeira — *ibidem* — Não será por acaso que o casamento não se figura neles? (Tradução da nossa responsabilidade).

²⁷⁸ Neste sentido, BRAVO DE MANSILLA, Guillermo Cerdeira — *op. cit.* p.12; e art.21º, **Convenção da ONU sobre os direitos da criança**. [Em linha]. Unicef. Consult. em 30 Ago. 2012. Disponível em http://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf

²⁷⁹ Cfr. Art.24. n.º3, **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**. [Em linha]. Jornal Oficial das Comunidades Europeias, 2000. Consult. em 30 Ago. 2012. Disponível em http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf

Entretanto, não se diz entre quem se dá o relacionamento, ou seja, entre o seu pai ou entre a sua mãe, ou nem com os seus pais nem as suas mães. Desta forma, só se deve permitir a adopção a casais heterossexuais, casados ou não, para que a criança tenha uma educação e formação correcta.

“Responde ello al saber común científico, de la Medicina y de la Psicología, que no ve conveniente para la educación de un niño el tener dos padres o dos madres, pues, en el fondo, en el primer caso no hay madre y en el segundo falta el padre.”²⁸⁰

6.1. A dimensão institucional do direito de contrair casamento

6.1.1. Princípio da igualdade e não discriminação

A argumentação mais utilizada para justificação do casamento homossexual é o princípio da igualdade e não discriminação em função da orientação sexual.²⁸¹

“O princípio da igualdade exige que se trate de forma igual o que é igual e de forma diferente o que é diferente. E do ponto de vista da sua função social²⁸², não é igual uma união entre pessoas do mesmo sexo e uma união entre homem e mulher vinculados pelo casamento.”²⁸³

A função social do casamento é reflectida na união entre um homem e uma mulher que geram novas vidas bem como a sua educação da forma mais harmoniosa, derivando daqui o facto pelo qual a família é no núcleo básico da sociedade.²⁸⁴

“No se puede tratar igual a una fórmula de convivencia que no puede prestar unos servicios básicos a la sociedad.”²⁸⁵

O direito a casar encontra-se restringido por vários limites pelo motivo de se tratar de um negócio jurídico de natureza contratual.²⁸⁶

²⁸⁰ Cfr. BRAVO DE MANSILLA, Guillermo Cerdeira — *Ibidem* — O conhecimento científico da Medicina e da Psicologia considera que não é conveniente para a educação de uma criança ter dois pais ou duas mães, porque, basicamente, no primeiro caso não há mãe, e no segundo falta o pai. (Tradução da nossa responsabilidade).

²⁸¹ Neste sentido, PATTO, Pedro Vaz; ALMADA, Gonçalo Portocarrero de — *op.cit.* p.6.

²⁸² Esta função social é a mais importante das funções sociais, pois a sociedade e o Estado atribuem um leque de direitos e deveres específicos aos casais casados.

²⁸³ Cfr. PATTO, Pedro Vaz; ALMADA, Gonçalo Portocarrero de — *Ibidem*.

²⁸⁴ Neste sentido, PATTO, Pedro Vaz; ALMADA, Gonçalo Portocarrero de — *op. cit.* p.6-7.

²⁸⁵ Cfr. ROUCO Varela: “La familia quedaría absolutamente desprotegida com la ley del matrimonio homosexual”. Hoy, manifestación contra estas uniones. **El Mundo (edición on-line)**. [Em linha]. (2005) [Consult. 31 Ago. 2012]. Disponível em <http://www.vlex.com/vid/17817414> — Não se pode tratar de forma igual a uma convivência que não pode fornecer serviços básicos para a sociedade. (Tradução da nossa responsabilidade).

No plano da dignidade humana, o casamento não é deixado ao critério da humanidade pois baseia-se no valor da dignidade humana cuja sua função é a preservação do seu conteúdo essencial.²⁸⁷

Está presente, desta forma, uma garantia institucional em prol da qual “se exige, em face das intervenções limitativas do legislador, a salvaguarda do ‘mínimo essencial’ (núcleo essencial) das instituições.”²⁸⁸

A Constituição concede o direito a contrair casamento, mas não permite, simultaneamente, à lei ordinária alterar o seu núcleo essencial.²⁸⁹

“O legislador deve, em conformidade, respeitar a estrutura nuclear da garantia institucional do casamento que se extrai da Constituição.”²⁹⁰

Na estrutura nuclear enquadra-se a natureza contratual, a monogamia, a proibição de casamento incestuoso, a proibição de casamento com menores de idade inferior a 16 anos.

O conceito de plena igualdade elencado no art.36.º, n.º1, da CRP envolve os limites acabados de referir.

A igualdade do estado social passa pelo tratamento igual perante situações iguais e pelo tratamento desigual perante situações desiguais.²⁹¹

Nesta perspectiva o princípio da igualdade destaca-se no tratamento igual pelo que é igual e, no tratamento diferente pelo que é diferente.

Este princípio reflecte-se na proibição do arbítrio. Esta proibição proíbe-nos de actuarmos sem fundamento racional e razoável para que as regras normativas se encontrem proporcionais.

A diferenciação de tratamento não é proibida pelo princípio da igualdade, desde que esta seja fundada e se destine à protecção de um interesse constitucional. O que o princípio da igualdade vem realmente proibir é “a desproporção evidente e efectiva de uma disposição em relação à situação que pretende conformar.”²⁹²

Porém, definir o princípio da igualdade não é fácil. Os seus pressupostos são vagos, por isso há que considerar, também, uma segunda dimensão, a proibição da discriminação.

²⁸⁶ Os limites do direito a casar enquadram-se no caso dos menores e dos interditos e inabilitados por anomalia psíquica; no caso dos sujeitos casados que pretendam celebrar novo casamento sem dissolução do anterior; o caso do parentesco em linha recta; o caso da falta de autorização dos pais para o matrimónio do nubente menor com idade igual ou superior a dezasseis anos; o caso do parentesco no terceiro grau da linha colateral; e, entre outros mais.

²⁸⁷ Neste sentido, SANTOS, Duarte — *op. cit.* p. 304.

²⁸⁸ Cfr. CANOTILHO, Gomes — *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, apud Idem — *Ibidem*.

²⁸⁹ Neste sentido, SANTOS, Duarte — *op. cit.* p.305.

²⁹⁰ Cfr. MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui — *op. cit.*, apud Idem — *op. cit.* p. 305-306.

²⁹¹ Nesse sentido, SANTOS, Duarte — *op. cit.* p. 307.

²⁹² Cfr. CLARO, João Martins — *O princípio da igualdade*, apud Idem — *op. cit.* p.309.

A proibição da discriminação baseia-se na ilegitimidade de tratamento diferente baseado em critérios subjectivos.

A Constituição proíbe os factores discriminatórios no seu n.º 2 do art.13º da CRP.²⁹³

Os factores de desigualdade enumerados no n.º 2 do art.13º da CRP são meramente exemplificativos, não são taxativos.²⁹⁴

Para além desta regra, o art.16º, n.º 1, da CRP vem reforçar esta perspectiva no sentido de englobar todos os direitos fundamentais constantes das leis e normas aplicáveis do Direito Internacional. O n.º 2 da referida norma legal consagra que “os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem”.

Se a diferenciação existir num desses requisitos presume-se a inconstitucionalidade da norma e, desta forma, quem quiser demonstrar a legitimidade dessa diferenciação ficará com o ónus da prova, trata-se de ilidir a presunção.

A última dimensão do princípio da igualdade é a obrigação de diferenciação.

“Esta dimensão do princípio da igualdade tem uma função social de acordo com a qual o poder público está obrigado a eliminar ou a atenuar as desigualdades sociais, económicas e culturais, para que dessa forma se assegure a igualdade jurídico-material.”²⁹⁵

A inexistência do casamento entre pessoas do mesmo sexo previsto no antigo art.1577.º do Código Civil fez surgir um problema de igualdade sobre o “sexo” e a “orientação sexual”, sendo estas categorias elencadas no art.13º, n.º 2, da CRP.

O direito a casar é um direito fundamental ligado à dignidade da pessoa humana.

O requisito da diversidade de sexos que derivava do artigo 1577.º do Código Civil “só não será inconstitucional se a norma passar um teste de proporcionalidade radicado num *compelling interest*”.²⁹⁶

²⁹³ O art.13º n.º 2 da CRP fixa que “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, condição social ou orientação sexual.”

²⁹⁴ Neste sentido, SANTOS, Duarte — *op. cit.* p. 311.

²⁹⁵ Cfr. SANTOS, Duarte — *op. cit.* p. 313.

²⁹⁶ Cfr. SANTOS, Duarte — *op. cit.* p. 315.

6.1.2. Os argumentos: liberdade e igualdade

O casamento homossexual foi e é defendido com base na liberdade humana das pessoas que desejam viver dessa forma e na liberdade de direitos de todos os cidadãos, “igualdade que exclui qualquer discriminação.”²⁹⁷

Assim, desta forma, para respeitar o livro arbítrio das pessoas, deveria-se aceitar a vontade do casamento homossexual, como acabou acontecendo.

“A liberdade é essencial à pessoa humana e à sua dignidade, quem pretenda introduzir limitações à mesma é que tem o ónus da prova e não quem a afirma.”²⁹⁸

Através deste caminho, não defendemos a negação de quaisquer direitos às uniões homossexuais, limitamo-nos a não defender que estas uniões tenham a reputação de um casamento.²⁹⁹

Os “casais” homossexuais lutaram pela legalização de um casamento, com iguais condições às dos casais heterossexuais. Lutaram pela igualdade, pois consideram-se discriminados.

Os “casais” homossexuais defenderam a sua legalização recorrendo ao art. 36º da Constituição da República Portuguesa³⁰⁰ e, exigiram a alteração do antigo art. 1577º do Código Civil.³⁰¹

Perante os “casais” homossexuais, esta alteração, coloca-os em pé de igualdade com os casais heterossexuais, ou seja, demonstra que a lei trata todos os cidadãos com igualdade.³⁰²

“Falando de igualdade, o que é indiscutível imperativo é que receba o *mesmo* tratamento o que for *igual* e diferente tratamento o que for diferente.”³⁰³ Este é o corolário do princípio da igualdade.

Mas, os “casais” homossexuais não têm o mesmo direito dos casais heterossexuais no que respeita ao casamento. Não podem adoptar crianças nas mesmas condições de um casal heterossexual.

Então, se o direito a celebrar casamento lhes foi concedido, porquê tratá-los agora de forma diferente? Estamos perante discriminação.

²⁹⁷ Cfr. CABRAL, Roque — O casamento gay. *Brotéria, Cristianismo e Cultura*. Braga: Gradiva, 2007, p. 113.

²⁹⁸ Cfr. CABRAL, Roque — *Ibidem*.

²⁹⁹ Neste sentido, CABRAL, Roque — *op. cit.* p. 114.

³⁰⁰ “Todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade.”

³⁰¹ “O casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código.”

³⁰² Neste sentido, CABRAL, Roque — *Ibidem*.

³⁰³ Cfr. CABRAL, Roque — *Ibidem*.

Se não se tivesse legalizado o casamento entre pessoas do mesmo sexo, continuar-se-ia a tratar de forma igual o que é igual e de forma diferente o que é diferente. Actualmente, isso deixou de acontecer.

A relação entre “casais” homossexuais é diferente da relação entre casais heterossexuais.³⁰⁴

O direito à não discriminação não reflecte a não aceitação de diferenças de tratamento devido a desigualdades.

“...desigualdade não é sinónimo de reprovável discriminação. Tanto assim é que em diversos contextos se fala até de discriminação positiva”³⁰⁵

Não se tratava de reconhecer efeitos jurídicos às uniões homossexuais, pois o ordenamento jurídico podia atribuir-lhes à mesma muitos benefícios de que os casados gozavam, pois a Lei 7/2001, de 11 de Maio, até veio a alargar às uniões entre pessoas do mesmo sexo a forma de protecção que a Lei 135/99, de 25 de Agosto, atribuía às uniões de facto.³⁰⁶

Os casais heterossexuais contribuem para a propagação da espécie porque são férteis, e esta realidade não constitui uma discriminação para o Estado tratar de modo diferente estes casais.³⁰⁷

Em contrapartida, as técnicas de procriação medicamente assistida tornam possível que uma mulher lésbica seja fecundada. Mas desta forma, a criança gerada não é filha do casal lésbico, é apenas filha de uma das mulheres que constitui esse casal.³⁰⁸

Um “casal” homossexual pode “criar uma família”, mas não com filhos comuns.

Os casais heterossexuais cooperam para o bem da sociedade civil de uma forma diferente da que fazem os “casais” homossexuais. Com a legalização do casamento homossexual passou a tratar-se de *igual maneira* duas realidades distintas mostrando assim a sua discriminação com base no corolário da igualdade.³⁰⁹

Outro factor de discriminação, reflecte-se no facto de legalizar o casamento homossexual e vedar o direito à adopção plena.³¹⁰ Este aspecto vem mostrar que continuam a ser realidades distintas e que a tentativa de as tratar de igual forma, torna-se numa profunda lacuna.

³⁰⁴ Neste sentido, CABRAL, Roque — *op. cit.* p. 115.

³⁰⁵ Cfr. CABRAL, Roque — *Ibidem*.

³⁰⁶ Neste sentido, CABRAL, Roque — *op. cit.* p. 116.

³⁰⁷ Neste sentido, CABRAL, Roque — *Ibidem*.

³⁰⁸ De forma artificial.

³⁰⁹ Neste sentido, CABRAL, Roque — *op. cit.* p. 117.

³¹⁰ O direito à adopção por parte de “casais” homossexuais nas mesmas condições dos casais homossexuais.

6.2. O problema da adopção

À semelhança de Portugal, países como, a República Checa e a Suíça, legalizaram o casamento entre pessoas do mesmo sexo, mas sem o direito à adopção. O casamento homossexual tem notoriamente menos direitos que o casamento heterossexual.³¹¹

Podemos afirmar que existem diferenças entre o casamento heterossexual e o casamento homossexual, mas o conceito de casamento é apenas um.

Caso o direito à adopção plena por parte dos “casais” homossexuais lhes fosse concedido, não resolveríamos o problema da discriminação ainda presente.

“Admitir a adopção por parte de um par homossexual seria uma discriminação relativamente aos adoptados – por não ser assegurado a estes o que deveriam normalmente receber do par adoptante heterossexual. Em palavras de Juan López Ibor, presidente da Associação Mundial de Psiquiatria: Um núcleo familiar com dois pais ou duas mães é claramente prejudicial ao desenvolvimento harmonioso da personalidade e à adaptação social da criança.”³¹²

O mais importante para a criança adoptada são as melhores condições para o seu bom desenvolvimento e não o facto de as crianças se habituarem aos hábitos dos adultos.

Daí que, nem com a cedência do direito à adopção plena por parte dos “casais” homossexuais, se resolveria o problema da discriminação.

Este problema surgiu a partir do momento em que se legalizou o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Nem a possibilidade do direito a adoptar, eliminará este problema, muito pelo contrário.³¹³

³¹¹ Neste sentido, CABRAL, Roque — *op. cit.* p. 112.

³¹² Cfr. CABRAL, Roque — *op. cit.* p. 118.

³¹³ Neste sentido, CABRAL, Roque — *Ibidem*.

CAPÍTULO 5

A Dualidade Sexual

7. União homossexual estéril

A procriação não tem uma função essencial no casamento civil, visto que este tem outras finalidades além desta, pois o Estado reconhece, à mesma, os casamentos a casais que não podem ou optam por não ter filhos.³¹⁴

“Quando o Estado reconhece e regula o casamento, ainda que não exija que as pessoas possam ter filhos biológicos ou queiram ter filhos (estas exigências seriam inaceitáveis até por respeito da privacidade), parte do princípio de que a maioria das pessoas que casam o fazem na perspectiva de vir a ter filhos (por isso, a matéria de filiação está sempre associada à regulação do casamento e da família). Se não fosse assim, se não fosse a perspectiva da maioria das pessoas, estaria comprometida a função social do casamento e da família e perderia sentido o reconhecimento social e jurídico do casamento.

Podemos, por isso, dizer que os casais sem filhos são uma “exceção que confirma a regra”. E que enquanto uma união entre homem e mulher é excepcional ou acidentalmente estéril, uma união entre pessoas do mesmo sexo é estruturalmente, isto é, por definição, invariavelmente, estéril.”³¹⁵

Contudo, o casamento apresenta uma união funcional de diversidade representada por homem e mulher, função esta que não pode ser desempenhada por uniões homossexuais.

A unidade na diversidade é o espelho da realidade humana.

“Em todas as expressões da vida social deve estar presente o contributo insubstituível destas duas dimensões.”³¹⁶

Trata-se da presença de um contributo no núcleo básico da sociedade.

Esta especificidade reflecte-se em todas as épocas e culturas enquanto realidade social e cultural.

O casamento foi reconhecido pelo Estado e pela ordem jurídica como instituição que lhes era anterior.³¹⁷

“El matrimonio es una institución cultural de miles de años”.³¹⁸

³¹⁴ Neste sentido, PATTO, Pedro Vaz; ALMADA, Gonçalo Portocarrero de — *op. cit.* p.7.

³¹⁵ Cfr. PATTO, Pedro Vaz; ALMADA, Gonçalo Portocarrero de — *Ibidem.* (sublinhado nosso).

³¹⁶ Cfr. PATTO, Pedro Vaz; ALMADA, Gonçalo Portocarrero de — *op. cit.* p.8.

³¹⁷ Neste sentido, PATTO, Pedro Vaz; ALMADA, Gonçalo Portocarrero de — *Ibidem.*

O relevo específico do casamento relaciona-se com a função de renovação da sociedade e o valor da dualidade sexual.

“...o relevo social de uniões homossexuais estáveis não se distingue de outros tipos de relações estáveis de economia comum e auxílio mútuo, como se podem verificar em relações de amizade, relações entre pessoas consagradas que fazem parte de uma comunidade religiosa e relações de convivência entre irmãos.”³¹⁹

7.1. A dualidade sexual no casamento

A diferença entre homem e mulher provém da natureza, apelando à comunhão de vida através dessa diversidade.

A instituição de casamento baseia-se nessa diversidade, onde existe uma riqueza de colaboração.

“A sociedade estrutura-se a partir da diferença fundamental entre homem e mulher.

Ora, o casamento representa a valorização dessa diferença e a homossexualidade não, como é óbvio.”³²⁰

O ser humano não pode existir se não houver diversidade de sexos – homem e mulher – pois a sociedade é heterossexual, estabelecendo comunhão de vida através da diferença entre homem e mulher e não através da semelhança. Não se trata de discriminação, mas sim de um notório reconhecimento dos requisitos que são necessários à vida em sociedade.³²¹

A união entre o homem e a mulher no casamento não se projecta directamente para a tendência sexual; mas sim para a dualidade sexual como característica da existência do ser humano que permite a continuidade da espécie humana, daí que a filiação de uma criança diga respeito a dois sexos, como é natural, e não apenas um, como seria impossível.³²²

³¹⁸ Cfr. HANS Küng critica el matrimonio homosexual. **La Gaceta de los Negocios**. [Em linha]. (2005) [Consult. 31 Ago. 2012]. Disponível em <http://www.vlex.com/vid/18665033> — O casamento é uma instituição cultural de milénios. (Tradução da nossa responsabilidade).

³¹⁹ Cfr. PATTO, Pedro Vaz; ALMADA, Gonçalo Portocarrero de — *Ibidem*.

³²⁰ Neste sentido, PATTO, Pedro Vaz; ALMADA, Gonçalo Portocarrero de — *op. cit.* p.54.

³²¹ Neste sentido, PATTO, Pedro Vaz; ALMADA, Gonçalo Portocarrero de — *op. cit.* p.54-55.

³²² Nesse sentido, PATTO, Pedro Vaz; ALMADA, Gonçalo Portocarrero de — *op. cit.* p.56.

7.2. Matrimónio natural

As razões das diferenças entre homem e mulher não resultam apenas do facto de se completarem um ao outro, mas também, da sua fecundidade pelo motivo da sua união sexual ser adequada a gerar a vida.³²³

“O amor conjugal, por ser conjugal, é um amor procriador. Separar o conjugal do procriador é dissociar realidades naturalmente unidas. Do mesmo modo que o amor conjugal, a união conjugal é uma união constitutivamente aberta à fecundidade.”³²⁴

Um filho resulta da união sexual entre um homem e uma mulher, sendo este o elemento que destaca a complementaridade entre os sexos diferentes.

As relações entre homem e mulher em comunhão de vida representam um verdadeiro casamento, pois é condição essencial a relação entre casais de sexo diferente, caso contrário, todas as outras relações que não preencham esta condição, não poderão ser de carácter matrimonial.³²⁵

“Este requisito essencial configura, portanto, o que se poderia designar pelo matrimónio natural, que mais não é do que a essência de todo e qualquer casamento e a condição *sine qua non* para que se possa atribuir carácter matrimonial a uma determinada relação jurídica.”³²⁶

Designa-se por natural pelo facto do casamento ser anterior a qualquer tipo de cultura ou religião.

“O natural é a abertura da comunidade conjugal, da ajuda mútua e compenetração e da sexualidade a uma procriação e educação integrais de novos homens e não o casal fechado sobre si mesmo e opaco aos filhos.”³²⁷

“O matrimónio natural, assim entendido, não se identifica com o casamento cristão nem com o casamento pagão, também não reproduz um modelo europeu ou oriental, não é tradicional nem progressista. E, por isso, constitui também o limite objectivo à reforma da instituição matrimonial: qualquer alteração do seu estatuto legal que não respeite este limite intransponível necessariamente destrói o próprio matrimónio, em vez de o reformar.”³²⁸

³²³ Neste sentido, PATTO, Pedro Vaz; ALMADA, Gonçalo Portocarrero de — *op. cit.* p.128.

³²⁴ Cfr. VILADRICH, Pedro-Juan — *op.cit.* p.136.

³²⁵ Neste sentido, PATTO, Pedro Vaz; ALMADA, Gonçalo Portocarrero — *op. cit.*p.129.

³²⁶ Cfr. PATTO, Pedro Vaz; ALMADA, Gonçalo Portocarrero de — *Ibidem.*

³²⁷ Cfr. VILADRICH, Pedro-Juan — *op.cit.* p.106.

³²⁸ Cfr. PATTO, Pedro Vaz; ALMADA, Gonçalo Portocarrero — *op. cit.* p.130 (sublinhado nosso).

“Se a falta de distinção de sexos; se se nega e exclui a fecundidade; se não há solidariedade, ajuda mútua e estabilidade; se não existe amor conjugal; se não há liberdade, a fórmula será qualquer coisa menos *matrimónio*, em sentido estrito. (...) Mas, se a cada termo tem que se dar o seu significado exacto – caso contrário qualquer palavra significaria tudo e acabaria por não significar nada –, em tal caso o pacto matrimonial e o matrimónio são uma só coisa, extraordinariamente nítida e estrita.”³²⁹

Um casamento que ultrapasse o seu requisito essencial³³⁰, não é matrimónio. As coisas são o que são, e atribuir-lhes nomes só tem importância enquanto representam a verdadeira realidade.³³¹

“Por isso a realidade é definida na filosofia como *aquilo que é ‘o que é’ independentemente do sujeito que a pensa*. (...) O grande limite da razão é, pois, a realidade, que é como ‘é’, e não como queríamos que fosse.”³³²

Neste aspecto, temos como limite da razão a dimensão sexual entre homem e mulher.

A instituição matrimonial ao perder a sua estrutura por não respeitar a um casal de sexo diferente, encontra-se sujeita a qualquer comparação, por mais insensata e anormal que possa ser.³³³

“Com efeito, se a união matrimonial se define essencialmente pelo amor entre os cônjuges, qualquer que seja o seu sexo, que razão assiste à proibição de uma interdição do casamento entre irmãos, por hipótese, ou até mesmo entre ascendentes e descendentes?! Não é verdade que também os membros de uma mesma família se amam entre si? Se a relação matrimonial já não tem nenhuma conotação conjugal nem reprodutiva, razão da disparidade sexual dos cônjuges, nada obsta que a mesma se estabeleça entre pessoas do mesmo sexo, da mesma família, e também – porque não?!”³³⁴

7.3. Soluções diferentes para situações diferentes

“Uma sociedade organizada vive de referências. E uma das principais referências é a família, da qual o casamento é o acto fundador (...) uma relação entre homossexuais

³²⁹ Cfr. VILADRICH, Pedro-Juan — op.cit. p. 105 (sublinhado nosso).

³³⁰ Casamento entre homem e mulher.

³³¹ Neste sentido, PATTO, Pedro Vaz; ALMADA, Gonçalo Portocarrero — op. cit. p. 130-131.

³³² Cfr. VILADRICH, Pedro-Juan — op.cit. p.23 (sublinhado nosso).

³³³ Neste sentido, PATTO, Pedro Vaz; ALMADA, Gonçalo Portocarrero — op. cit. p. 131.

³³⁴ Cfr. PATTO, Pedro Vaz; ALMADA, Gonçalo Portocarrero de — op. cit. p.131-132.

é uma coisa diferente. Não é o acto fundador de uma família. Tem um carácter mais efémero até porque não pode haver descendentes: dois homens e duas mulheres que decidam viver juntos renunciam a ter filhos comuns.”³³⁵

Há sempre o contra-argumento dos homossexuais poderem vir a ter filhos adoptivos. Mas se deixassem de existir crianças para adopção, surgiria novamente o problema da existência dos filhos.

“Não é a mesma coisa ter um filho natural ou adoptado.”³³⁶

Ao transcrevermos a frase supra referida não queremos demonstrar que um filho adoptado merece menos importância que um filho natural, queremos sim, demonstrar que um filho adoptado por homossexuais não terá um pai e uma mãe, mas sim dois pais ou duas mães. Esta situação vem negar ao filho o direito básico de ter um pai e uma mãe.

Os “casais” homossexuais não são iguais aos heterossexuais, pelo que para situações diferentes deverão existir soluções diferentes.

8. A adopção

O fundamento principal para justificar a legalização do casamento homossexual partiu do respeito pelo princípio da igualdade e da não discriminação em função da orientação sexual; desta relação era aproveitado o motivo principal para se justificar, também, a admissibilidade da adopção.³³⁷

“Mas, da mesma forma que deve dizer-se que a legalização do casamento entre pessoas do mesmo sexo não é uma exigência dos princípios da igualdade e da discriminação em função da orientação sexual, também não decorre desses princípios a admissibilidade da adopção por “casais” do mesmo sexo.”³³⁸

A adopção tem em vista um direito da criança e, não um direito daqueles que desejam adoptar.

³³⁵ SARAIVA, José António — A homossexualidade está na moda?. **Revista Tabu**, n.º165, (Novembro,2009). p.65.

³³⁶ Cfr. SARAIVA, José António — *Ibidem*.

³³⁷ Neste sentido, PATTO, Pedro Vaz; ALMADA, Gonçalo Portocarrero de — *op. cit.* p. 12-13.

³³⁸ Cfr. PATTO, Pedro Vaz; ALMADA, Gonçalo Portocarrero de — *op. cit.* p.13.

“Estas não podem ser objecto ou instrumento de direitos ou de reivindicações dos candidatos à adopção.”³³⁹

O interesse superior das crianças sobrepõe-se ao interesse daqueles que desejam adoptar, mesmo que isso dê origem a um tratamento diferente em função da saúde, da disponibilidade económica ou da orientação sexual, visto que não é nenhum destes direitos que estão em causa.

A inadmissibilidade da adopção plena por pessoas do mesmo sexo é justificada pelo bem supremo das crianças, porque estas ficariam privadas de ter um pai ou uma mãe sendo ambas as figuras necessárias para o bom crescimento de uma criança.

O corolário da igualdade prevê um tratamento igual para o que é igual e um tratamento diferente para o que é diferente. Do ponto de vista do bem da criança, torna-se diferente que a sua educação seja dada por uma mãe e um pai ou por duas mães ou dois pais.³⁴⁰

O regime da adopção rege-se pelos adoptantes que se enquadram no perfil de proximidade da filiação natural.³⁴¹ Ora, neste contexto, a filiação natural supõe sempre a existência de um pai e de uma mãe.

As figuras paterna e materna são imprescindíveis e insubstituíveis e estas características sempre foram referidas pelos estudos de psicologia do desenvolvimento infantil. Apenas a polémica gerada em volta da adopção por “casais” homossexuais veio originar afirmações contrárias a tal critério, sustentado também pela intuição e o bom senso.³⁴²

8.1. O interesse superior da criança

O interesse superior da criança é o principal ponto de interesse quando falamos de adopção, não se podendo interpretar como um direito dos adoptantes.

“A centralidade do bem da criança afasta qualquer abertura à possibilidade de a adopção servir de instrumento para colmatar o eventual vazio existencial ou afectivo decorrente de uma relação estrutural e naturalmente infecunda. A criança,

³³⁹ Cfr. PATTO, Pedro Vaz; ALMADA, Gonçalo Portocarrero de — *Ibidem*.

³⁴⁰ Neste sentido, PATTO, Pedro Vaz; ALMADA, Gonçalo Portocarrero de — *op. cit.* p.13.

³⁴¹ Como por exemplo, uma determinada distância etária entre os adoptantes e o adoptado.

³⁴² Neste sentido, PATTO, Pedro Vaz; ALMADA, Gonçalo Portocarrero de — *op. cit.* p.14.

não pode ser, desse modo, instrumentalizada ou reduzida a objecto que se reivindica.”³⁴³

Entre os adoptantes devem existir laços que sejam tão próximos como são os da filiação natural, para zelar pelo bem-estar da criança.³⁴⁴

Entre o adoptante e o adoptado exige-se que exista uma certa distância etária, tal como existe entre os pais e filhos, visto que não basta o afecto, pois caso contrário não estaríamos perto dos laços de filiação natural.³⁴⁵

Desta forma, a relação entre dois homossexuais e um adoptado nunca estaria próxima da filiação natural, mesmo que existisse um profundo e distinto afecto, pois a filiação natural está directamente ligada à existência da dualidade sexual.³⁴⁶

“A filiação natural supõe sempre a dualidade sexual.”³⁴⁷

O termo de comparação existente entre um único adoptante, seja este, solteiro ou viúvo, não é proporcional com a adopção por “casais” homossexuais, porque em nenhum destes casos se verifica a presença irregular de dois pais ou duas mães, sendo cada uma das figuras paterna e materna insubstituível.³⁴⁸

A capacidade de dois homossexuais darem amor às crianças tal como os heterossexuais, não é suficiente para justificar a adopção.

Amar uma criança não se resume a nutrir apenas afecto, mas sim, em desejar que essa criança tenha uma família onde existem membros com determinadas funções e diferenças, para que possa ter um crescimento activo no meio de um seio familiar. As duas diferenças essenciais que existem sempre em torno da parentalidade são a diferença dos sexos e da idade.³⁴⁹

Tal como na adopção, o recurso à procriação medicamente assistida não deve ser utilizado como instrumento³⁵⁰, mas sempre, com vista ao bem da criança. A procriação medicamente assistida tem como fim “responder às exigências de casais que sofram de infertilidade patológica, e não a servir de alternativa, por quaisquer outros motivos, à procriação natural.”³⁵¹

³⁴³ Cfr. PATTO, Pedro Vaz; ALMADA, Gonçalo Portocarrero de — *op. cit.* p.48.

³⁴⁴ Tal como determina o art.1974º, n.º 1, do Código Civil.

³⁴⁵ Art. 1979.º e Art.1992º, do Código Civil.

³⁴⁶ Neste sentido, PATTO, Pedro Vaz; ALMADA, Gonçalo Portocarrero de — *op. cit.* p.49.

³⁴⁷ Cfr. PATTO, Pedro Vaz; ALMADA, Gonçalo Portocarrero de — *Ibidem*.

³⁴⁸ Neste sentido, PATTO, Pedro Vaz; ALMADA, Gonçalo Portocarrero de — *op. cit.*50.

³⁴⁹ Neste sentido, LACROIX, Xavier — *De Chair e de Parole – Fonder la Famille, apud* Idem — *op. cit.* p.52.

³⁵⁰ No sentido de uma mera pretensão por parte dos casais, ou seja, acharem-se no direito de ter um filho, colocando esse direito como plano primário e, o bem-estar da criança como plano secundário.

³⁵¹ Cfr. PATTO, Pedro Vaz; ALMADA, Gonçalo Portocarrero de — *Ibidem* (sublinhado nosso).

A Lei³⁵² que consagra a procriação medicamente assistida é bastante explícita quando determina que a procriação medicamente assistida é um método subsidiário³⁵³, e não alternativo à procriação natural.

8.2. O papel do pai e da mãe

A presença do papel do pai e da mãe é fulcral no desenvolvimento de uma criança.

“A relação com a mãe é essencial nos primeiros anos de vida, como é essencial mais tarde a relação com o pai, para que a criança se ‘desapegue’ da mãe e assim cresça como pessoa autónoma”.³⁵⁴

Os laços afectivos não são suficientes para o crescimento da criança fazem falta, também, regras e autoridade para ajudar a crescer a criança.³⁵⁵

A importância do papel de pais de sexo diferente representa uma riqueza que ultrapassa qualquer ligação à tradicional divisão de tarefas entre homem e mulher tratando-se de uma dualidade de dimensões masculina e feminina.³⁵⁶

Há crianças educadas apenas por um progenitor, mas esta não é a situação ideal nem desejada.³⁵⁷

Apesar disso, torna-se diferente a situação de uma criança educada por uma mãe, ou educada por duas mães, pois a relação com a mãe é apenas única e impossível de se repetir.³⁵⁸

As pessoas homossexuais que assumem a sua orientação sexual, sujeitam-se às consequências negativas³⁵⁹ que daí se possam reflectir na sua imagem social. É um direito que lhes pertence, mas não têm o direito de colocar crianças a passar pelas mesmas consequências.

³⁵² Lei n.º32/2006, de 26 de Julho, art.4º n.º1.

³⁵³ A procriação medicamente assistida é utilizada para os casos de infertilidade, tratamento de doença grave ou risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras, estando desta forma excluído, o problema da procriação entre homossexuais (art.4º n.º2, da Lei da procriação medicamente assistida).

³⁵⁴ Cfr. PATTO, Pedro Vaz; ALMADA, Gonçalo Portocarrero de — *op. cit.* p.14

³⁵⁵ O papel do pai destaca-se neste âmbito.

³⁵⁶ Neste sentido, PATTO, Pedro Vaz; ALMADA, Gonçalo Portocarrero de — *Ibidem.*

³⁵⁷ Os progenitores que se encontram nesta situação, não se encontram porque quiseram, mas porque assim aconteceu.

³⁵⁸ “Mãe há só uma.”

³⁵⁹ Consequências injustas.

“As crianças não podem ser transformadas em bandeiras de reivindicações das pessoas homossexuais. Seria uma forma de as instrumentalizar, e o instituto da adopção não pode servir para isso.”³⁶⁰

A adopção por parte de “casais” homossexuais não é uma solução para terminar com a permanência de crianças em instituições³⁶¹, pois não se verifica a falta de casais heterossexuais com o desejo de adoptar, enquanto o número de “casais” homossexuais com esse desejo é bastante inferior ao dos casais heterossexuais.³⁶²

“As crianças mais problemáticas, que mais privações sofreram e sofrem, carecem ainda mais de um pai e de uma mãe.”³⁶³

8.2.1. Evolução social

As regras jurídicas da família foram influenciadas pela evolução social dos costumes.³⁶⁴

A evolução da sociedade é um facto natural e necessário, mas não se trata de uma evolução ilimitada, pois tal liberdade originaria a desordem pública do meio social, resultando daqui a existência e a justificação das regras jurídicas.

“A família antiga enquadrava-se no homem que ia trabalhar e na esposa que cuidava do ‘lar’, o conceito de família cresceu bastante, hoje a sociedade reconhece famílias constituídas por dois adultos que trabalham fora de casa, ou, constituídas por um único pai ou mãe.”³⁶⁵

Através desta teoria, pode-se dizer que a sociedade reconhece uma família constituída por duas mães ou dois pais? A família é constituída através das relações entre si e aquilo que podem gerar – os filhos. Estes são o núcleo e, a prova, da existência da família. Um filho tem sempre um pai e uma mãe. Se todas as famílias passarem a ser constituídas por dois pais ou duas mães, deixarão de existir filhos e, mais tarde, deixará de existir a propagação da espécie humana.

³⁶⁰ Cfr. PATTO, Pedro Vaz; ALMADA, Gonçalo Portocarrero de — *op. cit.* p.16.

³⁶¹ Privadas de afecto.

³⁶² O problema das crianças que permanecem em instituições à espera de serem adoptadas, deverá ser resolvido através de outras medidas que ajudem a superar a selectividade demonstrada pela maioria dos candidatos à adopção. Este problema em nada se relaciona com a adopção por parte de “casais” homossexuais.

³⁶³ Cfr. PATTO, Pedro Vaz; ALMADA, Gonçalo Portocarrero de — *op. cit.* p.17.

³⁶⁴ Neste sentido, SEXUAL Orientation And The Law (1996). Londres: Harvard University Press, p.93.

³⁶⁵ *Op. cit* p.94.

É devido a estas circunstâncias que defendemos que a evolução da sociedade, enquanto facto natural e necessário, tem limites. Ao criarem-se novas leis, não se pode deixar de parte os factos naturais da evolução da sociedade, pois a evolução poderá ter um limite que não nos permitirá evoluir mais.

A protecção do Estado sobre a família promove estabilidade social ao se unirem diversas pessoas para um sustento mútuo e para manter uma vida familiar segura.

O Estado não obriga as pessoas casadas a terem filhos, bem como não proíbe as pessoas inférteis de se casarem. Existe uma independência entre o casamento e a procriação.³⁶⁶

A protecção sobre a família envolve a procriação. Mas, não é obrigatório existir procriação para existir um casamento.

As políticas que defendem a procriação no casamento não são totalmente incoerentes; visto que todas as “famílias” homossexuais nunca poderão procriar através da forma mais natural, terão que recorrer sempre à tecnologia reprodutiva e, esta comporta determinados limites como mencionámos anteriormente. Este aspecto marca uma diferença significativa entre a procriação nos heterossexuais e nos homossexuais. Trata-se da lei da natureza, pois à maior parte dos casais heterossexuais é-lhes dado esse “dom”, enquanto aos homossexuais não lhes é concedido o “dom” proveniente da natureza.

O casamento entre pessoas do mesmo sexo desencoraja a procriação e acaba com a promoção de valores tradicionais. Trata-se de uma evolução com um fim. Podemos chamar-lhe “evolução da família”?

A lei vigente³⁶⁷ não permite a adopção plena entre “casais” homossexuais, mostrando de imediato que dois homossexuais não são um casal e também não são uma família. Neste aspecto, a “família” homossexual não evoluiu. Verificamos uma grande distinção entre o casamento heterossexual e homossexual.

Esta lei não respeita os homossexuais ao conceder-lhes o direito a casar sem o direito à adopção plena. Este facto demonstra que a sociedade não está preparada para aceitar uma nova família — a “família” homossexual. É necessária uma adaptação dos costumes às novas evoluções, se essa adaptação não acontecer poderá dar origem a mudanças bruscas, injustas e destruidoras da sociedade.

³⁶⁶ *Op. cit.* p.98.

³⁶⁷ O diploma legislativo sobre a co-adopção homossexual foi aprovado na generalidade pelo Parlamento Português em 17 de Maio de 2013.

A mudança da lei quanto à legalização do casamento homossexual foi realizada sem qualquer tipo de adaptação e causou uma mudança brusca e injusta, no sentido de discriminar claramente os homossexuais quanto à adoção. Mesmo que tal aspecto venha a ser legalizado, oferecendo assim respeito pela igualdade entre homossexuais e heterossexuais, esse aspecto apenas se encontrava em pé de igualdade perante a lei.

Perante a sociedade, iria existir sempre a diferença entre dois tipos de família. Uma família com pais de sexo diferente e outra família com pais ou mães do mesmo sexo. A igualdade pretendida não permite enquadrar-se no conceito tradicional de família. Se existirem duas famílias é porque existe alguma diferença.

Não nos alongaremos mais sobre o aspecto da adoção.

O conceito de família encontra-se intimamente ligado à propagação da espécie. Mas, na família homossexual existem limites quanto a esse aspecto, não podendo assim, ser chamada de família.

CAPÍTULO 6

A Alteração ao Conceito de Casamento

9. A impossível transformação do conceito de casamento

Defendemos diversas perspectivas sobre o casamento homossexual:

“Admitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo seria o mesmo que “alugar” imóveis e “arrendar” bens móveis, “dar em penhor” bens imóveis e “hipotecar” bens móveis não sujeitos a registo, ou designar a compra e venda como contrato de atribuição gratuita de uma coisa ou de um direito e a doação como um contrato de natureza onerosa.” ³⁶⁸

Tudo tem um conceito que se aplica a cada conteúdo para que possa ser aplicado e caracterizado como tal. A palavra “alugar” tem um conteúdo, a palavra “arrendar” tem outro conteúdo.

Alugamos um barco, porque pagamos um aluguer, por exemplo. Arrendamos uma casa ou um terreno porque pagamos uma renda, outro exemplo. Não vamos alugar uma casa, porque o que pagamos é uma renda, tal como não vamos arrendar um barco, porque o que pagamos é um aluguer.

O aluguer é para coisas móveis e o arrendamento é para coisas imóveis. Simples. Não podemos trocar os conceitos.

O mesmo acontece com o casamento. Celebramos um casamento entre homem e mulher porque o casamento nasceu para unir os casais heterossexuais e lhes atribuir direitos e deveres, nasceu direccionado para o homem e a mulher, naturalmente. Não nasceu para dois homens ou duas mulheres, bem como não nasceu para um homem e duas mulheres, isto é, não nasceu para ser homossexual nem poligâmico.

“Não se trata de negar o casamento dos homossexuais ou às lésbicas por serem tais — o que, além de ser inconstitucional, seria uma discriminação, inaceitável como todas as verdadeiras discriminações. Do que se trata é de não considerar como casamento a união de pessoas do mesmo sexo. Não se fecha a porta do casamento aos homossexuais (...), o que não se admite é o *casamento*

³⁶⁸ Cfr. SANTOS, Duarte — *op. cit.* p. 333-334.

homossexual, o casamento de pessoas do mesmo sexo. Porque o “direito de casar” é o direito de aderir a uma instituição com determinadas características — que eles não estão em condições de assegurar.”³⁶⁹

“A ficção de que um par homossexual constitui um casamento é tão contraditória como pretender que formam uma *holding*, um *leasing* ou uma fundação. São instituições jurídicas que se movem noutra órbita. O modelo de casamento do Ocidente não pretende a protecção de simples relações assistenciais, de amizade ou sexuais, o que pretende é, para além disso, um estilo de vida que assegura a estabilidade social e a renovação e educação das gerações.”³⁷⁰

O conceito de casamento é distinto do conceito de união entre pessoas do mesmo sexo, tal como o conceito de compra e venda é diferente do conceito de doação, não colocando em causa o princípio da igualdade.³⁷¹

“Se fosse possível a redefinição arbitrária de conceitos, nada seria seguro, qualquer afirmação constitucional poderia ser distorcida e todo o edifício constitucional poderia ser subvertido. Poder-se-ia negar o direito à vida, redefinindo o conceito de “vida”, ou a proibição da tortura, redefinindo a noção de “tortura”.”³⁷²

O conceito jurídico de casamento não foi construído por acaso. O casamento é uma instituição milenar criada antes do Estado e este apenas se limita a reconhecê-la.³⁷³

A família reflecte-se em todas as sociedades e culturas como uma união entre homem e mulher receptiva à procriação.³⁷⁴

“Não há civilização antiga que não tenha tido a sua concepção bem nítida da união matrimonial e do núcleo familiar”.³⁷⁵

O casamento entre pessoas do mesmo sexo representa “a ruptura completa com tradições tão antigas como o género humano, violentando rasgos e diferenças antropológicas de carácter pré-político sobre as quais o legislador não tem qualquer poder.”³⁷⁶

³⁶⁹ Cfr. CABRAL, Roque — *Op.cit.*, apud Idem — *op. cit.* p. 335 (sublinhado nosso).

³⁷⁰ Cfr. VALLS, Navarro — *Matrimonio y Derecho*, apud Idem — *op. cit.* p.23.

³⁷¹ Neste sentido, VALLS, Navarro — *op. cit.* p.23-24.

³⁷² Cfr. VALLS, Navarro — *op. cit.* p.24.

³⁷³ Não foi criada pelo Estado nem pelos legisladores. O casamento é a mais antiga instituição.

³⁷⁴ Neste sentido, VALLS, Navarro — *op. cit.* p.25.

³⁷⁵ Cfr. ANNATI, Emmanuel — *Il Matrimonio? Viene delle Caverne*, apud Idem — *Ibidem*.

³⁷⁶ Cfr. RODRÍGUEZ LUÑO, Angel — *Sin Heterossexualidad No Hay Matrimonio*, apud Idem — *Ibidem*.

A nova definição do casamento não se enquadra na evolução do seu conceito, trata-se de uma subversão do conceito.³⁷⁷ A família tende a evoluir, alterando as suas formas, mas mantendo a sua característica heterossexual.

A família é intransformável. No âmbito civilizacional não se pode admitir que o casamento não tenha a componente de homem e mulher, para que se complementem um ao outro.³⁷⁸

O argumento muito utilizado contra os defensores do casamento tradicional, isto é, a homofobia, é inadequado pois o casamento civil tem as suas raízes no casamento católico e a Igreja nunca marginalizou ninguém.³⁷⁹

“E mesmo as culturas que aceitavam práticas homossexuais nunca reconheceram a união homossexual como uma instituição equiparável à união entre homem e mulher através do casamento.”³⁸⁰

O casamento representa uma realidade natural pelo que não pode ser considerado apenas um produto cultural.³⁸¹

O direito reconhece a homossexualidade na Constituição da República Portuguesa, mas isto não tem nada a ver com o casamento, pois há um conceito de casamento.³⁸²

A expressão casamento homossexual é contraditória, visto que estamos a atribuir uma qualidade que não cabe dentro do conceito de casamento, pois a homossexualidade que consiste numa tendência por pessoas de igual sexo, representa uma forma de vida diferente da matrimonial.³⁸³

10. O reconhecimento do casamento homossexual

“O reconhecimento e a promoção do casamento e da família pelo Estado não têm a ver com o privilégio de uma opção de estilo de vida privada entre outras possíveis, mas com a função social dessas instituições.”³⁸⁴

³⁷⁷ Neste sentido, PATTO, Pedro Vaz; ALMADA, Gonçalo Portocarrero de — *op. cit.* p.30.

³⁷⁸ Neste sentido, PARALVAS, Nuno — Casamento entre pessoas do mesmo sexo: Há coisas intransformáveis. **Sexta**. Lisboa. (7 Nov. 2008). p.14.

³⁷⁹ Neste sentido, PARALVAS, Nuno — *Ibidem*.

³⁸⁰ Cfr. PATTO, Pedro Vaz; ALMADA, Gonçalo Portocarrero de — *op. cit.* p.31.

³⁸¹ Cfr. PATTO, Pedro Vaz; ALMADA, Gonçalo Portocarrero de — *op. cit.* p.33.

³⁸² Neste sentido, *Programa Sociedade Civil*, RTP 2, 17/03/2009, 15h30m.

³⁸³ Neste sentido, PATTO, Pedro Vaz; ALMADA, Gonçalo Portocarrero — *op. cit.*90.

³⁸⁴ Cfr. PATTO, Pedro Vaz; ALMADA, Gonçalo Portocarrero de — *op. cit.* p.33.

As relações de amizade e de irmãos, também merecem consideração, mas não têm um reconhecimento social porque enquadram-se no âmbito da privacidade, tal como as uniões entre pessoas do mesmo sexo se deveriam situar.³⁸⁵

Com isto queremos demonstrar dois planos — aquele onde se situam as relações de carácter privado, onde a ordem jurídica representa a tutela da sua liberdade e o respeito pela sua intimidade; e, aquele onde se situam as relações que possuem uma função social e como consequência o seu reconhecimento social e jurídico específico onde se reflectem num estatuto jurídico, tendo como fim a protecção da sua função.³⁸⁶

“E a função social do casamento e da família supõe a dualidade sexual.”³⁸⁷

A família é a cédula-base da sociedade porque esta garante a renovação da sociedade através da união entre homem e mulher. Esta renovação enquadra-se na geração biológica e na educação das crianças.

“A formação da pessoa exige o contributo insubstituível das dimensões masculina e feminina, que só em conjunto compõem a riqueza integral do humano”.³⁸⁸

10.1. O relevo social do casamento

O casamento é um “acto eminentemente social, que não une apenas os esposos entre eles, mas também o casal e a sociedade”.³⁸⁹

A instituição do casamento como contributo para o bem social, deve ser pensado em termos de responsabilidades, funções, e papéis.³⁹⁰ Esta instituição vai mais além que o ponto de vista sentimental.

A união entre homossexuais não reflecte o mesmo relevo social, pelo que, não deveria ter sido reconhecida dentro do mesmo âmbito.³⁹¹

“Em todas as sociedades o casamento goza de uma aura social porque diz respeito à comunidade, assegura a dedicação de uma geração ao bem-estar da geração seguinte”.³⁹²

³⁸⁵ Neste sentido, . PATTO, Pedro Vaz; ALMADA, Gonçalo Portocarrero de — *op. cit.* p.34.

³⁸⁶ Neste sentido, . PATTO, Pedro Vaz; ALMADA, Gonçalo Portocarrero de — *Ibidem*.

³⁸⁷ Cfr. PATTO, Pedro Vaz; ALMADA, Gonçalo Portocarrero de — *Ibidem*.

³⁸⁸ Cfr. PATTO, Pedro Vaz; ALMADA, Gonçalo Portocarrero de — *Ibidem*.

³⁸⁹ Cfr. LACROIX, Xavier — *op. cit.*, *apud* Idem — *op. cit.* p.35.

³⁹⁰ Neste sentido, PATTO, Pedro Vaz; ALMADA, Gonçalo Portocarrero de — *op.cit.* p.35.

³⁹¹ Neste sentido, . PATTO, Pedro Vaz; ALMADA, Gonçalo Portocarrero de — *Ibidem*; também com a mesma ideia, LACROIX, Xavier — *A confusão dos géneros – Respostas e algumas perguntas sobre o casamento e a adopção homossexual*. Prior Velho: Paulinas Editora, 2009, p.51-54.

³⁹² Cfr. SCRUTON, Roger — *Le Figaro*, *apud* Idem — *op. cit.* p.36.

Não é possível existir uma sociedade sem família, porque sem esta não existe o indivíduo nem a sociedade.

“Se é certo que as normas do casamento em diferentes culturas variam consideravelmente, este está sempre relacionado com a criação de uma união pública (não privada) entre homem e mulher, de modo a que as crianças, socialmente valorizadas como tal, tenham um pai e uma mãe, e que a sociedade tenha a geração seguinte de que necessita.”³⁹³

O casamento, no decorrer de todos estes anos e dentro das mais diversas culturas, fundamenta a sua existência como uma aliança reprodutiva³⁹⁴ com vista à educação das crianças, “sendo que não existiria com a sua universalidade se estas nascessem capazes de se alimentar por si mesmas, como parece suceder com outras espécies animais.”³⁹⁵

O desejo dos “casais” homossexuais não serve de justificação para o reconhecimento jurídico³⁹⁶ e a protecção da sociedade através do Direito. A afectividade não interessa ao direito e, a sexualidade interessa no que respeita aos seus fins – os filhos. A união homossexual não exprime fins socialmente relevantes, devido à sua própria natureza. O interesse do Direito nas relações de conteúdo sexual baseia-se em continuar a propagação da espécie humana e, para isso, são fulcrais as relações heterossexuais.³⁹⁷

O Direito protege a instituição jurídica do casamento por considerar que a família vai mais além que uma relação de afectividade e a sua função social é de extrema importância. O casamento funciona como a garantia para a ordem das gerações, daqui derivando o motivo pelo qual o Direito protege a família fundada no casamento.

“Qualquer comunidade (...) tem, na verdade, um interesse irrenunciável, que é o de se perpetuar no tempo, construir um futuro para os seus membros, e a família, precisamente, desempenha esta função pública fundamental, que é a de gerar, cuidar e de apoiar as gerações futuras.”³⁹⁸

³⁹³ Cfr. GALLAGHER, Maggie — *The meaning of Marriage*, apud Idem — *op. cit.* p.37 (sublinhado nosso).

³⁹⁴ Neste sentido, WILSON, James Q. — *The Marriage Problem: How Culture Has Weakened Families*, Nova Iorque: HarperCollins, 2002, p. 29-30.

³⁹⁵ Cfr. PATTO, Pedro Vaz; ALMADA, Gonçalo Portocarrero de — *op. cit.* p.37

³⁹⁶ Tal como não se justificaria criar um regime específico para o reconhecimento da relação de amizade, cujo seu valor é importante apenas para as pessoas por ela ligadas e não para a sociedade.

³⁹⁷ Neste sentido, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos — *Diagnóstico sobre el Derecho de Familia – Análisis sobre el Sentido y los Contra-sentidos de las Transformaciones Contemporáneas del Derecho de Familia*, apud Idem — *op. cit.* p.38.

³⁹⁸ Cfr. MACIOCE, Fabio — *Perchè il Diritto Deve Dire No*, apud PATTO, Pedro Vaz; ALMADA, Gonçalo Portocarrero de — *op. cit.* p.39.

Um casamento entre pessoas que não podem ter filhos³⁹⁹ ou não querem, não perde qualquer reconhecimento social por se tratar de uma exceção à regra.

Na maior parte das situações, os casais estão dispostos a ter filhos e se não fosse desta maneira, a continuidade da geração humana estaria em risco.⁴⁰⁰

O ponto de interesse para o Direito não é saber se existem filhos no casamento ou a forma como são educados, mas sim saber qual a forma mais adequada para que seja assegurada a sobrevivência da espécie humana.⁴⁰¹

“As relações homossexuais, ainda que subjectivamente importantes, não têm uma relevância social nem de longe comparável à das famílias heterossexuais, e precisamente porque são relações constitutivamente estéreis. Certamente, também um casal heterossexual pode ser estéril, ou pode decidir não procriar, mas permanece, pelo menos potencialmente, um casal capaz de desempenhar uma função social fundamental: as relações homossexuais são, pelo contrário, de per si estéreis e, portanto, não importantes socialmente: este é um dado objectivo, que não tem qualquer atinência com o valor ético dos comportamentos homossexuais, mas que para o Direito não pode deixar de ser central.”⁴⁰²

O ordenamento jurídico ao reconhecer o casamento de casais heterossexuais que não querem ter filhos, não deixa de se encontrar na abertura deste à procriação, pois acima de tudo respeita a liberdade e dignidade pessoais. O interesse público estará sempre limitado à liberdade do ser humano, pois não se pode controlar a vontade de ter filhos, nem a capacidade dos pais em educá-los, nem a esterilidade existente entre um casal de idosos ou entre um casal que por motivos de doença não lhes é possível procriar.⁴⁰³

A valorização da dualidade sexual tem relevância social, pois a sociedade cresce à volta dessa dualidade, como garantia da renovação da sociedade.

“Assim, mesmo nos casos de casais sem filhos, o reconhecimento social do casamento desempenha uma função social que não pode ser desempenhada por uniões entre pessoas do mesmo sexo.”⁴⁰⁴

³⁹⁹ Devido a doença ou à idade avançada.

⁴⁰⁰ Neste sentido, PATTO, Pedro Vaz; ALMADA, Gonçalo Portocarrero de — *op. cit.* p.44.

⁴⁰¹ Neste sentido, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos — *op. cit.*, *apud* Idem — *op. cit.* p.45.

⁴⁰² Cfr. MACIOCE, Fabio — *op. cit.*, *apud* PATTO, Pedro Vaz; ALMADA, Gonçalo Portocarrero de — *op. cit.* p.45-46.

⁴⁰³ Neste sentido, PATTO, Pedro Vaz; ALMADA, Gonçalo Portocarrero de — *op. cit.* p.46-47.

⁴⁰⁴ Cfr. PATTO, Pedro Vaz; ALMADA, Gonçalo Portocarrero de — *op. cit.* p.47-48.

Para o reconhecimento dos direitos das pessoas casadas às pessoas homossexuais não era necessário a legalização do casamento homossexual, para respeitar o princípio da igualdade.

O reconhecimento desses direitos podia ser feito através da criação de intitutos equiparáveis ao casamento, como vários países fazem.

Em Portugal, é reconhecida a união de facto entre pessoas do mesmo sexo⁴⁰⁵ e, esta é uma forma de reconhecimento de uniões homossexuais.

A dignidade das pessoas heterossexuais é a mesma que é devida às pessoas homossexuais.

O reconhecimento do casamento homossexual não se liga à maior ou menor dignidade de opções de vida privadas, tem antes, a ver com a função social objectiva.

“Independentemente da dignidade que deva ser reconhecida às pessoas de tendência homossexual, a união destas nunca poderá desempenhar a função própria do casamento.”⁴⁰⁶

Para existir respeito, não significa que as pessoas tenham que estar necessariamente casadas.

As pessoas que vivem maritalmente não merecem menos respeito que as pessoas casadas. Esta relação não merece menos respeito que a relação de pessoas casadas, apenas o seu relevo social é diferente, pois trata-se de “considerar o seu alcance meramente privado e respeitar a liberdade e intimidade próprias destas relações”.⁴⁰⁷

10.2. A descaracterização do casamento

O modelo de casamento sofreu várias alterações ao longo da História⁴⁰⁸, mas a legalização do casamento homossexual não se trata de uma evolução em pé de igualdade a outras⁴⁰⁹.

“Trata-se da sua descaracterização. Admitindo o casamento entre pessoas do mesmo sexo, passa a ser uma fórmula vazia, onde tudo cabe.”⁴¹⁰

Ao longo de toda a História e em todas as culturas, há elementos que identificam o casamento como uma união estável, reconhecida pela sociedade, entre homem e mulher, com

⁴⁰⁵ Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio.

⁴⁰⁶ Cfr. PATTO, Pedro Vaz; ALMADA, Gonçalo Portocarrero de — *op. cit.* p. 10.

⁴⁰⁷ Cfr. PATTO, Pedro Vaz; ALMADA, Gonçalo Portocarrero de — *Ibidem.*

⁴⁰⁸ Tais como: poligamia, monogamia, indissolubilidade e divórcio.

⁴⁰⁹ Como a evolução no reconhecimento da igualdade entre o homem e a mulher, por exemplo.

⁴¹⁰ Cfr. PATTO, Pedro Vaz; ALMADA, Gonçalo Portocarrero de — *op. cit.* p.11.

forte tendência à evolução da geração.⁴¹¹ São estas características⁴¹² que atribuem ao casamento o desempenho da sua função social específica.

As evoluções que o casamento veio a ter ao longo dos tempos⁴¹³, jamais o descaracterizaram, vieram antes, atribuir uma maior dignidade à pessoa humana, aproximando-o mais da sua função.

A admissão do casamento homossexual vem ignorar aquilo que o casamento contém de específico e a sua distinta função social.

“...não pode dizer-se que a legalização de ‘casamentos’ entre pessoas do mesmo sexo atribui direitos às pessoas homossexuais sem causar danos à família.”⁴¹⁴

11. Do antigo para o novo conceito de casamento

Ao longo de toda a história sempre existiram verdadeiros matrimónios que foram constituídos por um homem e uma mulher. O matrimónio já existia muito antes de se formarem ideologias políticas, religiões, Códigos Civis e, até mesmo o próprio Estado.⁴¹⁵

“Monogâmico ou poligâmico, dissolúvel ou indissolúvel, religioso ou civil, a verdade é que ao longo de toda a história da civilização mundial o casamento é sempre a união de um homem com uma mulher, em ordem à constituição de uma família”.⁴¹⁶

Ao contrário do ordenamento jurídico francês, italiano ou espanhol, o ordenamento jurídico português comporta uma noção de casamento desde o Código Civil de 1867⁴¹⁷, pois trata-se de uma tradição.⁴¹⁸

Mais tarde, a definição de casamento sofreu três alterações, esclarecendo e afirmando sempre que o casamento era entre pessoas de sexo diferente.⁴¹⁹

⁴¹¹ Neste sentido, . PATTO, Pedro Vaz; ALMADA, Gonçalo Portocarrero de — *Ibidem*.

⁴¹² As únicas possíveis.

⁴¹³ Não incluímos, neste âmbito, o casamento homossexual.

⁴¹⁴ Cfr. PATTO, Pedro Vaz; ALMADA, Gonçalo Portocarrero de — *op. cit.* p.12.

⁴¹⁵ Neste sentido, VILADRIK, Pedro-Juan — *op. cit.* p.144-145.

⁴¹⁶ Cfr. PATTO, Pedro Vaz; ALMADA, Gonçalo Portocarrero — *op. cit.* p. 125.

⁴¹⁷ Código de Seabra. O art.1506º do Código Civil de 1867 consagrava: “O casamento é um contrato perpétuo feito entre duas pessoas de sexo diferente, com o fim de constituírem legitimamente a família”.

⁴¹⁸ Neste sentido, SANTOS, Duarte — *op. cit.* p. 221.

⁴¹⁹ A primeira alteração surgiu com a Lei do Casamento como contrato civil – Decreto n.º1, de 25 de Dezembro de 1910 que consagrou no art.1º: “O casamento é um contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente, com o fim de constituírem legitimamente família”;

A segunda alteração ocorreu na vigência do Código Civil de 1966, na primeira redacção do art. 1577º, atribuída pelo Decreto-lei n.º47/344, de 5 de Novembro de 1966, estabeleceu-se que “casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente, que pretendem constituir legitimamente a família mediante uma comunhão plena de vida”;

Desde o Código de Seabra que a lei civil vem fixando uma noção de casamento.

Porém, não é fácil definir os elementos característicos do conceito de casamento, derivado às diversas formas que este adquiriu ao longo dos tempos. Os diversos ordenamentos jurídicos também assumem concepções diferentes sobre o casamento.

11.1. O casamento enquanto negócio jurídico bilateral

O casamento civil enquanto negócio jurídico bilateral demonstra a autonomia no princípio da liberdade contratual.

O enquadramento do casamento enquanto contrato revela três teorias distintas, antes do surgimento da lei do casamento homossexual.⁴²⁰

A teoria do acto-união reflecte-se no critério dos nubentes terem o mesmo objecto: a vontade de constituir família, apesar do critério subjectivo da união dos nubentes seja por norma o amor mútuo.

A segunda teoria — casamento-instituição — rejeita o casamento enquanto contrato, “afirmando-se que o mesmo reveste a natureza de instituição”.⁴²¹

A terceira teoria — casamento como acto administrativo — nesta perspectiva, o Estado tem uma função constitutiva na sua celebração através do funcionário do registo civil.

Porém, ao tratar-se de um casamento urgente, o Estado não intervém na sua celebração.

A intervenção do Estado não impede que o casamento seja um acto exclusivo dos nubentes.

O casamento não forma um mero contrato de direito privado.

“O casamento tem uma dimensão institucional inelutável, a qual se traduz no acto fundador de uma família. Daí que a lei regule de forma específica, imperativa e exaustiva diversas matérias atinentes ao casamento, não se aplicando neste domínio o regime-regra dos contratos, implicando esse facto que os nubentes se limitam a aderir ao bloco de efeitos fixados por lei, não podendo modificá-lo

A terceira alteração surgiu com o Decreto-lei n.º 496/77, de 25 de Novembro, passando o artigo 1577º a determinar: “Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições desde Código”.

⁴²⁰ Neste sentido, SANTOS, Duarte — *op. cit.* p. 231.

⁴²¹ Cfr. SANTOS, Duarte — *op. cit.* p. 232.

através da inclusão de cláusulas acessórias, restando pouco mais do que um simples sim ou um não.”⁴²²

A lei anterior à legalização do casamento homossexual sancionava a união entre homossexuais com o grau mais elevado das invalidades – a inexistência jurídica.⁴²³

O casamento entre homossexuais fundava-se num nada jurídico, onde não havia a necessidade de se declarar a sua nulidade porque simplesmente não havia casamento entre homossexuais.

O art.1576º do Código Civil indica-nos como fontes das relações jurídicas familiares – o casamento.

A Lei n.º 9/2010, de 31/05 apresenta-nos uma nova noção de casamento: “casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida...”⁴²⁴

O casamento é um contrato, é um negócio jurídico bilateral.

Na anterior lei, a noção de casamento dizia-nos que “casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida...”⁴²⁵.

Hoje a lei já não faz a distinção entre pessoas de sexo igual ou diferente no que respeita ao casamento, porém, esta distinção feita na anterior lei tinha um fim – “o casamento é o meio jurídico de dar relevância à conjugação especial do homem e mulher, necessária à reprodução e que constitui um modelo normal de organização de vida na nossa sociedade”.⁴²⁶

Com a legalização do casamento entre pessoas de sexo igual, a união especial que existia entre homem e mulher veio, inevitavelmente, a perder a sua relevância e exclusividade. A sua exclusividade era necessária para a propagação da espécie humana e não deixou de o ser.

A espécie humana é o que constitui o modelo normal de organização de vida da sociedade, a sociedade perdura enquanto ela se propaga.

Quanto à plena comunhão de vida que preenche a causa principal de casamento, sucedem os deveres dos cônjuges – o respeito, a fidelidade, a coabitação, a cooperação e, a assistência, tal como já mencionámos.

A anterior lei dizia-nos que,

⁴²² Cfr. SANTOS, Duarte — *op. cit.* p. 236.

⁴²³ Neste sentido, SANTOS, Duarte — *op. cit.* p. 237.

⁴²⁴ Cfr. art. 1577º do Código Civil; art. 2º da Lei 9/2010, de 31/05.

⁴²⁵ Cfr. Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro

⁴²⁶ Cfr. MENDES, João de Castro — *op. cit.* p.39.

“se duas pessoas de sexo diferente, com a intenção séria de se unirem em comunhão plena de vidas, acordam entre si constituir um lar de tipo familiar, mas sem que este acordo revista as formas previstas no Código, estamos perante uma *união de facto* ou *concubinato*.” ⁴²⁷

A união entre pessoas do mesmo sexo já se encontrava regulamentada pela Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio ⁴²⁸, pelo que, a nova alteração ao conceito jurídico de casamento veio tornar possível o casamento entre homossexuais, o que na antiga lei era uma união de facto e tinha os seus motivos para que não fosse considerado um casamento, por respeito ao verdadeiro conceito de casamento.

O casamento tem meio século, já a união de facto é prévia ao Estado. ⁴²⁹

Actualmente, o assunto sobre o casamento apesar de ser de ordem política e jurídica, também é de ordem moral e natural pelo motivo de ser o pilar base da sociedade. ⁴³⁰

11.2. O vazio trazido pelo novo conceito de casamento

O “novo conceito” de casamento ⁴³¹, trás consigo um esvaziamento e a sua total descaracterização. ⁴³²

“Não teríamos nome para designar a união socialmente reconhecida do homem e mulher como tais. Qualquer que seja a análise que se possa fazer sobre a homossexualidade, é forçoso reconhecer que se joga entre homem e mulher algo de específico, que não se joga noutro tipo de relação. O casamento é a celebração social desta especificidade. Este símbolo maior, esta valorização solene perder-se-iam se o sentido do casamento fosse diluído em qualquer forma de união. Para falar com a linguagem da lógica, ganhando em extensão, o termo perderia em compreensão.” ⁴³³

“Está em causa uma *dessimbolização*, que apaga a mediação institucional maior pela qual a diferença de sexos é socialmente valorizada.” ⁴³⁴

⁴²⁷ Cfr. MENDES, João de Castro — *op. cit.* p.40.

⁴²⁸ Cfr. art. 1º, n.º1; Nova versão: Lei n.º 23/2010, de 30/08.

⁴²⁹ Neste sentido, *Programa Sociedade Civil*, RTP 2, 17/03/2009, 15h30m.

⁴³⁰ Neste sentido, VILADRIK, Pedro-Juan — *op. cit.* p.146-151.

⁴³¹ O casamento entre pessoas de qualquer sexo.

⁴³² Neste sentido, PATTO, Pedro Vaz; ALMADA, Gonçalo Portocarrero — *op. cit.* p.57.

⁴³³ Cfr. LACROIX, Xavier — *op. cit.*, *apud* Idem — *Ibidem*.

⁴³⁴ Cfr. LACROIX, Xavier — *A confusão dos géneros – Respostas e algumas perguntas sobre o casamento e a adopção homossexual*. Prior Velho: Paulinas Editora, 2009, p.67 (itálico do autor).

O casamento ao tornar-se acessível para os homossexuais, adquire uma simbologia insignificante, torna-se num símbolo de nada.⁴³⁵

“[O casamento] é uma antropologia, uma visão do Homem, um modelo social da sexualidade e da vida sexual, do seu domínio, e do seu desabrochar, que faz dela um humanismo: um compromisso para criar a vida, para as crianças que hão-de nascer, a fundação de uma família. Se for retirada deste modelo a sua essência, a diferença de sexos e a constituição de uma família, deixa de haver modelo, o casamento morre. O casamento homossexual mata o casamento, porque é a sua negação.”⁴³⁶

Ao descaracterizar-se a instituição do casamento através da legalização do casamento homossexual, poderão abrir-se novas hipóteses como a legalização da poligamia.

Se se reconhece que duas pessoas do mesmo sexo têm direito a casar-se como símbolo da sua felicidade, então no intuito de se permitir o acesso ao casamento como direito à felicidade, poder-se-á permitir que mais do que duas pessoas se casem.

O casamento perde relevância jurídica ao tornar-se acessível para as hipóteses que forem surgindo.⁴³⁷

Com a descaracterização do casamento, a família enquanto núcleo da sociedade reconhecida no sentido político e jurídico, perde o seu significado.

Não se pode promover a família sem ter um conceito claro daquilo que ela é e sem ter o cuidado de manter a sua inigualável e respeitosa função.

O casamento, enquanto fonte da valorização simbólica da família, perde a sua política cultural ao não existir uma definição que não deixe dúvidas sobre o que é a família.⁴³⁸

⁴³⁵ Neste sentido, BRITO, Miguel Nogueira de — *Casamento entre pessoas do mesmo sexo — não ou sim?*. Lisboa: Entrelinhas, 2008, p.67 [S].

⁴³⁶ Cfr. MALAURIE, Philippe — *Mariage Homosexuel et Homoparentalité*, apud PATTO, Pedro Vaz; ALMADA, Gonçalo Portocarrero de — *op. cit.* p.58 (sublinhado nosso).

⁴³⁷ Neste sentido, PATTO, Pedro Vaz; ALMADA, Gonçalo Portocarrero — *op. cit.* p.59-61.

⁴³⁸ Neste sentido, PATTO, Pedro Vaz; ALMADA, Gonçalo Portocarrero — *op. cit.* p.65-66.

Conclusão

Com esta dissertação concluímos que o casamento tem as suas raízes na religião e por conseguinte o nascimento do casamento civil tem o seu pilar no casamento católico.

Os costumes e a religião têm uma grande importância para chegarmos ao conceito de casamento, uma vez que este é uma instituição com milhões de anos de existência antes do Estado.

O nascimento do casamento teve como berço os costumes da época em que nasceu e mais tarde, foi possível encontrar um conceito fixo sobre casamento identificando-o como um sacramento.

A família nasceu antes de serem criadas regras jurídicas e encontrou-se sempre ligada ao casamento.

Mais tarde, o Concílio de Trento veio atribuir regras jurídicas ao casamento e tiveram o seu fundamento nas várias doutrinas da teologia. Perante este facto, não nos é possível ignorar que o casamento civil tem forte ligação com o casamento católico.

Outro dos aspectos ligados à essência do conceito de casamento, prende-se com o Direito Natural. O Direito Natural fala-nos de filhos e com eles, o homem cria uma sociedade conjugal.

A partir daqui, concluímos, que a constituição de uma família por homem e mulher representa o símbolo da sociedade conjugal baseado na propagação da espécie humana.

A procriação é uma das funções mais importantes de uma família, pois sem ela a continuação da vida humana fica seriamente comprometida e não nos é possível encontrar uma saída para este facto.

O ser humano desenvolve a sua personalidade dentro de uma família e isso dá origem ao desenvolvimento da dignidade da pessoa humana. É através da família que o ser humano sociabiliza.

Ao educar os filhos, pai e mãe encontram-se a colocar em prática a educação que adquiriram de famílias anteriores, chegando assim a uma perfeição. É essa perfeição que faz nascer a moralidade necessária no ser humano para que viva em sociedade. É na espécie humana que existe a vida e é através da educação do homem obtida através da família que este a usa para o progresso da humanidade.

Concluímos que o casamento civil, apesar de ser um contrato, não pode ser equiparado aos outros tipos de contratos. É um contrato diferente de todos os outros, pois envolve um

conceito sobre família e filhos. Os nubentes possuem uma autonomia muito limitada e não podem fazer alterações ao contrato de casamento, como sucederia noutro tipo de contrato.

O casamento civil e católico apresenta como característica comum a vontade dos nubentes em contrair casamento representando um negócio solene e perpétuo.

Negócio solene porque a forma do casamento reflecte-se na cerimónia do acto e perpétuo porque do desejo da união entre os nubentes renasce a criança que vem perpetuar o casamento. Desta forma, concluímos, ser fácil distinguir este negócio solene de outro tipo de negócios também solenes.

Outra característica comum, é a unidade no sentido dos nubentes não poderem contrair casamento com mais do que uma pessoa, encontrando assim a sua plenitude entre homem e mulher.

Estas duas modalidades estão predispostas para duas pessoas de sexo diferente.

Concluímos que os três bens do casamento são a procriação e a educação dos filhos, a mútua fidelidade e o carácter indissolúvel.

A procriação e a educação dos filhos permitem a continuação da vida humana e a formação de uma sociedade digna.

O casamento transforma os cônjuges numa só carne, nascendo daqui a monogamia que, por sua vez, dá origem à fidelidade.

A indissolubilidade vem tornar eterno o vínculo matrimonial que apenas se dissolverá pela morte de um dos cônjuges.

O casamento representa a união de um casal de sexos diferentes onde encontram a sua plenitude, pois enquanto matrimónio está intrinsecamente relacionado com os filhos.

O casamento enquanto pressuposto da diversidade de sexos, completa-se através do corpo e do instinto dando origem apenas a uma só carne.

O matrimónio enquanto pressuposto do pacto nupcial, representa a relação íntima de amor existente entre os cônjuges.

Concluímos que casamento e matrimónio comportam traços em comum, mas ao mesmo tempo têm diferenças.

A religião apesar de ter vindo a perder algum relevo, teve sempre um forte impacto no que respeita ao casamento.

Embora a procriação não seja o fim principal do casamento, é o seu fim natural. Num casamento homossexual não existem filhos e, como tal, este casamento não tem o mesmo fim natural de um casamento heterossexual.

Este é um dos aspectos, pelo qual concluímos que o casamento homossexual não representa um verdadeiro casamento.

Outro aspecto que nos leva a concluir que o casamento homossexual não se enquadra como um verdadeiro casamento é o facto de que não basta existir amor para justificar o casamento, pois este, vai além do sentimento de amor.

Concluímos que o casamento sempre se fundou em usos, crenças e costumes, pois mesmo para os não católicos este era válido com base nesses fundamentos.

Mais tarde o casamento civil tornou-se obrigatório, mas manteve sempre as suas raízes no casamento católico, visto que é através daí que se forma o seu conceito.

Vimos que o instinto sexual entre os cônjuges funciona como espelho de uma vida sexual apta para a procriação. A procriação é um fim natural de um casamento, pois concluímos que é na família que as relações subsistem, que os filhos permitem a continuidade da espécie humana e a comunhão de vida partilhada entre dois seres de sexo diferente.

A doação total num acto sexual, apenas se encontra dentro de um casamento, pois essa doação é obtida através dos filhos.

Num casamento homossexual, não existe uma vida sexual apta para a concepção, pelo que verifica-se a inexistência de um fim natural do casamento – a procriação.

O casamento entre pessoas do mesmo sexo, encontra-se fora do verdadeiro conceito de casamento, uma vez que o fim natural do casamento é bruscamente afastado.

A procriação encontra-se ligada ao casamento como seu elemento constitutivo porque para um casal se transformar numa só carne é preciso expandir o seu amor para os seus filhos.

O casamento homossexual apresenta irregularidades uma vez que vai contra a lei da natureza humana, vindo limitar a propagação da espécie humana.

O casamento homossexual, vem assim, desvalorizar a procriação, uma vez que esta significa o desejo do ser humano em recusar a morte e encontrar a imortalidade.

Concluímos ser através da propagação da espécie humana que os instintos de paternidade e maternidade encontram a sua realização e plenitude máximas.

Averiguámos que um casal apenas pode ser constituído por homem e mulher, no sentido de apenas estes poderem “acasalar”. Por esta via, dois homossexuais nunca poderão ser um casal, vindo este facto dar origem, mais uma vez, ao problema do casamento homossexual não se enquadrar no verdadeiro conceito de casamento.

O direito à celebração do casamento vem expressamente consagrado na 2ª parte do n.º1 do art.36º da Constituição da República Portuguesa. Trata-se do casamento reconhecido pelo Estado.

Por sua vez, o direito a constituir família vem consagrado na 1ª parte do n.º1 do art.36º do mesmo diploma.

O direito a casar e o direito a constituir família são coisas distintas, no sentido de ser possível construir uma família fora do casamento e esta família também terá o direito a procriar, sobressaindo assim, o conceito de maternidade e paternidade dentro ou fora do casamento.

Perante um casamento homossexual, a construção de uma família encontra-se limitada porque o efeito natural de um casamento é precisamente a criação de uma família.

O casamento homossexual apresenta bastantes desigualdades perante o casamento heterossexual.

Concluimos que diferentes situações deverão ser tratadas de forma diferente e, esta é a forma pela qual se respeita o princípio da igualdade. Desta forma, a legalização do casamento homossexual veio colocar em causa o princípio da igualdade pois o conceito de casamento apenas faz sentido perante casais de sexo diferente. Ao tentarmos tratar o casamento homossexual de forma igual ao casamento heterossexual, entramos numa colisão de desigualdades.

O casamento homossexual comporta, assim, fortes diferenças e uma delas é negar o direito à adopção pelo menos nas mesmas condições de um casal heterossexual. Temos em causa um casamento com limites o que faz dele um casamento de segunda classe.

Os casais heterossexuais cooperam para a propagação da espécie humana e por sua vez para o bem da sociedade civil, já os “casais” homossexuais estão impossibilitados de cooperar neste sentido.

Uma vez que o Estado reconhece o casamento a casais heterossexuais que optam por não ter filhos ou não os podem ter, a procriação acaba por não ter um fim essencial no casamento, apesar de estarmos perante situações excepcionais. Mas, a maior parte dos casais que casam têm como objectivo ter filhos, já um “casal” homossexual é claramente estéril.

A realidade humana nasce através da unidade na diversidade dos sexos e este é um factor que jamais poderemos ignorar.

O casamento foi reconhecido pelo Estado e pela ordem jurídica enquanto instituição que lhes era anterior e que com ela vinham costumes que criaram o conceito de casamento.

A instituição do casamento baseia-se na diversidade sexual e a sociedade valoriza esse aspecto, enquanto no casamento homossexual é inexistente qualquer tipo de valorização para a sociedade a título de cooperação.

A sociedade é notoriamente heterossexual, pois, é através das diferenças que ela evolui e se mantém e não através da semelhança.

A dualidade sexual é a característica da existência do ser humano, por isso a filiação de uma criança dirá sempre respeito a dois sexos diferentes.

O matrimónio natural é um requisito essencial no seio de qualquer casamento por ser anterior a qualquer religião ou cultura. Por natural, entende-se a abertura à procriação e à educação de novos seres.

O casamento homossexual não contém o requisito essencial de matrimónio natural e desta forma, concluímos que atribuir o nome de casamento à união homossexual não representa a realidade.

Chegámos à conclusão que mesmo com a legalização da adopção plena no seio de um casamento homossexual, o problema do princípio da igualdade não estaria resolvido, pois o que se encontra em causa é a discriminação dos adoptados que deixariam de ter direito a uma mãe e um pai, passando a ter dois pais ou duas mães.

O mais importante é dar o direito a uma criança de ter um pai e uma mãe e, não legalizar a adopção para os “casais” homossexuais apenas para se poder dizer que se respeita o princípio da igualdade.

Em primeiro lugar encontra-se o bem-estar psicológico de uma criança e só depois poderemos considerar a vontade dos adoptantes.

O laço de afecto entre o adoptante e o adoptado não é suficiente para justificar a permissão da adopção. Os laços de filiação natural apoiam-se na diferença etária e na diversidade sexual, pois o regime da adopção baseia-se nos adoptantes que se enquadram no perfil de proximidade de filiação natural, e isto, a pensar no bem-estar da criança a ser adoptada.

Entre pais e filhos existe sempre uma determinada distância etária e a forte presença da dualidade sexual, o mesmo se exige entre o adoptante e o adoptado, pois o laço de afecto não é suficiente.

Estes aspectos permitem-nos concluir que a adopção por parte de um “casal” homossexual jamais estará próxima da filiação natural, não bastando assim a existência de um profundo afecto.

Assim sendo, a filiação natural é constituída por um pai e uma mãe. Estas duas figuras são imprescindíveis pois contribuem para o bom desenvolvimento infantil de uma criança.

Uma criança não pode ser reduzida ao ponto de servir para preencher o vazio de uma relação naturalmente infecunda, como é a dos “casais” homossexuais.

Até mesmo quando existe apenas um adoptante quer seja do sexo masculino ou feminino, não se verifica nenhuma irregularidade, pois o que não é normal é ter dois pais ou duas mães.

Concluimos, que nem o recurso à procriação medicamente assistida resolve o problema de desigualdade dos “casais” homossexuais, uma vez que esta não serve de alternativa à procriação natural.

O papel do pai e da mãe na educação de uma criança tem funções diferentes e importantes. Nos primeiros anos de vida, a criança é mais afeiçoada à mãe e, mais tarde, o papel do pai permite que a criança não dependa tanto da mãe e se desenvolva como uma pessoa autónoma. A dualidade masculina e feminina completa-se na educação de um filho.

Com o decorrer dos tempos, a família tende a evoluir mas, conhecer o casamento homossexual não pode ser visto como uma forma de evolução, mas sim uma forma de estagnar a evolução da família no sentido de vir a limitar a propagação da espécie humana, pois é com ela que a família cresce.

O conceito de família está directamente ligado à propagação da espécie humana e como num casamento homossexual é impossível dar continuidade à vida humana, concluimos que não é possível a criação de família nesse casamento. A família apresenta como característica a heterossexualidade.

O conceito primordial de casamento é intransformável, não podemos fazer dele o que desejamos.

O direito a contrair casamento significa aderir a uma instituição com certas características e estas não estão ao alcance dos “casais” homossexuais. Desta forma, afirma-se sem dúvidas que existem diferenças entre o casamento homossexual e o casamento heterossexual.

O casamento enquanto instituição criada antes do Estado, representa um conceito único e inalterável.

O termo casamento homossexual é bastante contraditório, pois trata-se de uma característica que não cabe dentro do seu conceito. A forma de vida de um “casal” homossexual é completamente diferente da forma de vida de um casal heterossexual que faz a sua vida matrimonial.

A relação de afecto não interessa para o Direito, assim, o reconhecimento e protecção jurídica do casamento significa que este é uma segurança para a continuidade das gerações, pois o Direito protege a família fundada no casamento por ser a forma mais adequada para assegurar a sobrevivência da espécie humana.

As relações homossexuais não apresentam relevância social como as relações heterossexuais e isto porque as primeiras são estéreis.

A sociedade renova-se em função da dualidade sexual que existe no meio familiar.

Apesar da dignidade das pessoas homossexuais se encontrar no mesmo nível das pessoas heterossexuais, a função própria do casamento apenas poderá ser desenvolvida através de casais heterossexuais.

Por fim, concluímos que a legalização do casamento homossexual veio descaracterizar o conceito de casamento em si, pelo facto de ignorar a sua função social e aquilo que tem de específico, criando um vazio onde qualquer característica passa a fazer parte.

Antes da legalização do casamento homossexual existia um nada jurídico a seu respeito, actualmente existe a descaracterização do casamento. A nova lei nada de positivo trouxe.

O casamento perdeu os seus valores e a sua cultura, pois agora o conceito de família está indefinido deixando dúvidas por esclarecer.

Há conceitos que não podemos alterar em função daquilo que o ser humano deseja para que não se instale a confusão no valor da essência das coisas.

O casamento homossexual não é um verdadeiro casamento pois afasta-se de todas as características, valores e costumes que o verdadeiro conceito de casamento tem. O conceito de casamento apenas pode ser um, tal como a família só pode ser heterossexual.

Referências Bibliográficas

ALEXANDRE Herculano à luz do nosso tempo (1977). Lisboa: Academia Portuguesa de História. 388 p., p. 101.

BOTTEGA, Clarisse — Liberdade de procriar e o princípio da dignidade da pessoa humana. In, CAMPOS, Diogo Leite de, org. — *Estudos sobre o direito das pessoas*. Coimbra: Almedina, 2007, 264 p. ISBN: 978-972-40-3137-8. p. 49-59.

BRAVO DE MANSILLA, Guillermo Cerdeira - ¿Es constitucional, hoy, el matrimonio «homosexual» (entre personas de idéntico sexo)? *Revista de Derecho Privado*. [Em linha]. Nº 3/4 (2005), p.1-24, actual. Março/Abril 2005. p.11-12. [Consult. 8 Dez. 2008]. Disponível em <http://www.vlex.com/vid/289819>

BRITO, Miguel Nogueira de; MÚRIAS, Pedro — *Casamento entre pessoas do mesmo sexo — não ou sim?*. Lisboa: Estrelinhas, 2008. 144 p. ISBN 978-989-95037-3-1.

CARTA dos direitos fundamentais da união europeia. [Em linha]. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, 2000. [Consult. 30 Ago. 2012]. Disponível em http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf

CASANOVA, Catarina — *Introdução à antropologia biológica: Princípios evolutivos, genética e primatologia*. Lisboa: ISCSP-UTL, 2006, 362 p. ISBN 972-8726-61-9. p.153.

CAMPOS, Diogo Leite de — *A Invenção do Direito Matrimonial: A Institucionalização do casamento*, Coimbra, 1995.

_____. Eu-Tu: O amor e a família (e a comunidade) (Eu-Tu-Eles). In *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p.41-48

_____. *Lições de direito da família e das sucessões*. 2ª ed. revista e actualizada, Coimbra: Almedina, 2005, 618 p. ISBN: 972-40-0993-9. p. 58 – 193.

_____. A família: do direito aos direitos. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro. ISSN 1517-2163. N.º32, (1º semestre 2007). p. 222-234.

CONVENÇÃO da ONU sobre os direitos da criança. [Em linha]. Unicef. [Consult. em 30 Ago. 2012]. Disponível em http://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf

COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de — *Curso de direito da família: Introdução, Direito Matrimonial*. Vol. I, 2ª ed. Coimbra Editora, 2001, 734 p. ISBN: 972-32-1034-7. p.123-216.

CABRAL, Roque — O casamento gay. *Brotéria, Cristianismo e Cultura*. Braga: Gradiva. ISSN 0870-7618. v.165, n.º 2/3 (Agosto/Setembro 2007), p. 111-118.

FIGUEIREDO, Mário de — *A concordata e o casamento*. [S.l.: s.n.], 1940. 151p., p.10.

FERRER, Vicente — *O casamento civil: Primeira Carta em resposta ao snr. Visconde de Seabra*. Porto: Imp. Popular de J. L. de Sousa, 1886. 13 p., p.3-13.

_____. *O casamento civil: Segunda Carta em resposta ao snr. Visconde de Seabra*. Porto: Imp. Popular de J. L. de Sousa, 1886. 38 p., p.17.

SARAIVA, José António — A homossexualidade está na moda?. *Revista Tabu* n.º165, (Novembro,2009), p. 64-65.

SEXUAL Orientation And The Law (1996). Londres: Harvard University Press. 170 p. ISBN 0-674-80293-4. p. 93-98.

GONÇALVES, Aureliano Dias — *A vida em casal*. 6ª ed. Braga: Editorial Franciscana, 1981. 437 p., p. 12-90.

GOMES, José Ferreira — *Aspectos da indissolubilidade do casamento canónico*. Braga: Gráfica de S. Vicente, 1915. 63 p., p.11-55.

GOEDSEELS, L.; BIOT, René; MERSCH, E. — *O Problema Sexual e o Casamento*. Porto: Livraria Tavares Martins, 1966. 154 p., p.17-116.

GUERREIRO, M. Viegas — *Temas de antropologia em Oliveira Martins*. Vol. 108, Lisboa: Instituto de Cultura e Língua Portuguesa, 1986. 151 p. p. 78-88.

HEGEL — *Princípios da Filosofia do Direito*. Lisboa: Guimarães Editores, 1959. 359 p., p.176-193.

KASER, Max — *Direito Privado Romano*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, 522 p. ISBN: 972-31-0850-X. p. 317-318.

HANS Küng critica el matrimonio homosexual. *La Gaceta de los Negocios*. [Em linha]. (2005) p.1. [Consult. 31 Ago. 2012]. Disponível em <http://www.vlex.com/vid/18665033>

LACROIX, Jean — *Forças e Fraquezas da Família*. Lisboa: Livraria Moraes, 1959. 145 p., p. 56-93.

LACROIX, Xavier — *A confusão dos géneros – Respostas e algumas perguntas sobre o casamento e a adopção homossexual*. Prior Velho: Paulinas Editora, 2009, 149 p. ISBN 978-972-751-986-6. p. 51-67.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui — *Constituição Anotada*. Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2005. ISBN 972-32-1307-9.

MORENO, Humberto Baquero — *O casamento no contexto da Sociedade Medieval Portuguesa*. Braga: [S.l.], 1979. 21 p., p. 5-11.

MENDES, João de Castro — *Direito da Família*. Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa. 1990/1991. 452 p., p. 39-40.

MESQUITA, Luís de — *A família e o casamento primitivos: sua origem, formas e evolução*. Porto: Magalhães e Moniz, Editores, 1909. 31p., p.19.

MONCADA, Luís Cabral de — *O casamento em Portugal na Idade Média*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1922. 34 p., p. 8-32.

PACTO Internacional dos Direitos Civis e Políticos [Em linha]. [Consult. 7 Jul. 2010]. Disponível em <http://www.cidadevirtual.pt/cpr/asilo2/2pidcp.html>

POLAINO-LORENTE, Aquilino — Matrimonio di Omosessuali. In *Lexicon – Termini Ambigui e Discussi su Famiglia, Vita e Questioni Etiche*, Conselho Pontifício para a Família, Bolonha: Edizione Dehoniane di Bologna, 2003, 867 p. ISBN 88-10-241096, p. 596.

PINHEIRO, Jorge Alberto Caras Altas Duarte — *O Núcleo Intangível da Comunhão Conjugal: Os Deveres Conjugais Sexuais*. Coimbra: Almedina, 2004. Tese de doutoramento. 828 p. ISBN 972-24-02154-8. p.298-408.

PARALVAS, Nuno — Casamento entre pessoas do mesmo sexo: Há coisas intransformáveis. *Sexta*. Lisboa. (7 Nov. 2008). p.14.

PATTO, Pedro Vaz; ALMADA, Gonçalo Portocarrero de — *Casamento entre pessoas do mesmo sexo – porque não*. Lisboa: Alêtheia Editores, 2009, 141 p. ISBN 978-989-622-210-9.

ROUCO Varela La familia quedaria absolutamente desprotegida com la ley del matrimonio homosexual. Hoy, manofestación contra estas uniones. *El Mundo (edicion on-line)*. [Em linha]. (2005) p.1-2. [Consult. 31 Ago. 2012]. Disponível em <http://www.vlex.com/vid/17817414>

SANTOS, Duarte — *Mudam-se os tempos, mudam-se os casamentos? – O casamento entre pessoas do mesmo sexo e o direito português*. Coimbra: Coimbra editora, 2009, 459 p. ISBN 978-972-32-1733-9. p. 221–385.

SALDANHA, Duque de — *Carta sobre o casamento civil dirigida ao Exmo. Presidente do Conselho de Ministros*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1865. 7 p., p. 5-6.

SOUSA, José Ferreira Marnoco e — *História das instituições do direito romano, peninsular e português*. Coimbra: Imprensa da universidade, 1904. 514 p., p. 455 ss.

STRAUSS, Lévi; GOUGH, Kathleen; SPIRO, Melford — *A família como instituição*. Porto: Rés Editora, 1977. 109 p., p. 7-85.

VARELA, Antunes — *Direito da Família*. 1º Vol., 5ª Ed. Lisboa: Livraria Petrony, 1999, 548 p. ISBN 972-685-083-5. p. 42-196.

VILADRICH, Pedro-Juan — *Agonia do casamento legal*. Braga: Edições Theologica, 1978. 157 p., p. 23-151.

WILSON, James Q. — *The Marriage Problem: How Culture Has Weakened Families*, Nova Iorque: HarperCollins, 2002, 288 p. ISBN 978-0-06-620983-8. p. 29-30.

XAVIER, Rita Lobo — Da crise à desregulamentação da família. In, PEREIRA, Alexandre Libório Dias *et al*, org. — *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. 1014 p. ISBN 972-32-1190-4. p.835-848.

_____. — A família, a diferenciação de género e o futuro da sociedade. Associação Portuguesa de Famílias Numerosas. *Associação Portuguesa de Famílias Numerosas*. [Em linha]. (2008), [Consult. 10 de Ago. 2012]. Disponível em <http://www.apfn.com.pt/Noticias/Out2008/091008c.htm>.

ANEXOS

Anexo I — Jurisprudência

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa

“Processo: 6284/2006-8

Relator: Pedro Lima Gonçalves

Descritores:

Homossexualidade

Casamento

União de Facto

Família

Princípio da Igualdade

Liberdade Contratual

Contrato

Norma imperativa

Ordem pública

Data do acórdão: 02/15/2007

Votação: Unanimidade

Meio Processual: Apelação

Decisão: Negado Provimto

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.

Decisão 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 acrescento), 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, nº1\, 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), 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)”

Disponível para consulta em:

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/f2c9a606d4e2613180257296004e5975?OpenDocument&Highlight=0,homossexualidade>

Anexo II

Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho

Com a última redacção dada pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro

A utilização de técnicas de procriação medicamente assistida (PMA)

“A Assembleia da República decreta, nos termos da alínea c) do artigo 161.º da Constituição, o seguinte:

CAPÍTULO I

Disposições gerais

Artigo 1.º

Objecto

A presente lei regula a utilização de técnicas de procriação medicamente assistida (PMA).

Artigo 2.º

Âmbito

A presente lei aplica-se às seguintes técnicas de PMA:

- a) Inseminação artificial;*
- b) Fertilização in vitro;*
- c) Injecção intracitoplasmática de espermatozóides;*
- d) Transferência de embriões, gâmetas ou zigotos;*
- e) Diagnóstico genético pré-implantação;*
- f) Outras técnicas laboratoriais de manipulação gamética ou embrionária equivalentes ou subsidiárias.*

Artigo 3.º

Dignidade e não discriminação

As técnicas de PMA devem respeitar a dignidade humana, sendo proibida a discriminação com base no património genético ou no facto de se ter nascido em resultado da utilização de técnicas de PMA.

Artigo 4.º

Condições de admissibilidade

1 - As técnicas de PMA são um método subsidiário, e não alternativo, de procriação.

2 - A utilização de técnicas de PMA só pode verificar-se mediante diagnóstico de infertilidade ou ainda, sendo caso disso, para tratamento de doença grave ou do risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras.

Artigo 5.º

Centros autorizados e pessoas qualificadas

1 - As técnicas de PMA só podem ser ministradas em centros públicos ou privados expressamente autorizados para o efeito pelo Ministro da Saúde.

2 - São definidos em diploma próprio, designadamente:

- a) As qualificações exigidas às equipas médicas e ao restante pessoal de saúde;**
- b) O modo e os critérios de avaliação periódica da qualidade técnica;**
- c) As situações em que a autorização de funcionamento pode ser revogada.**

Artigo 6.º

Beneficiários

1 - Só as pessoas casadas que não se encontrem separadas judicialmente de pessoas e bens ou separadas de facto ou as que, sendo de sexo diferente, vivam em condições análogas às dos cônjuges há pelo menos dois anos podem recorrer a técnicas de PMA.

2 - As técnicas só podem ser utilizadas em benefício de quem tenha, pelo menos, 18 anos de idade e não se encontre interdito ou inabilitado por anomalia psíquica.

Artigo 7.º

Finalidades proibidas

1 - É proibida a clonagem reprodutiva tendo como objectivo criar seres humanos geneticamente idênticos a outros.

2 - As técnicas de PMA não podem ser utilizadas para conseguir melhorar determinadas características não médicas do nascituro, designadamente a escolha do sexo.

3 - Exceptuam-se do disposto no número anterior os casos em que haja risco elevado de doença genética ligada ao sexo, e para a qual não seja ainda possível a detecção directa por diagnóstico pré-natal ou diagnóstico genético pré-implantação, ou quando seja ponderosa a necessidade de obter grupo HLA (human leukocyte antigen) compatível para efeitos de tratamento de doença grave.

- 4 - As técnicas de PMA não podem ser utilizadas com o objectivo de originarem quimeras ou híbridos.
- 5 - É proibida a aplicação das técnicas de diagnóstico genético pré-implantação em doenças multifactoriais onde o valor preditivo do teste genético seja muito baixo.

Artigo 8.º

Maternidade de substituição

- 1 - São nulos os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de maternidade de substituição.
- 2 - Entende-se por «maternidade de substituição» qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade.
- 3 - A mulher que suportar uma gravidez de substituição de outrem é havida, para todos os efeitos legais, como a mãe da criança que vier a nascer.

Artigo 9.º

Investigação com recurso a embriões

- 1 - É proibida a criação de embriões através da PMA com o objectivo deliberado da sua utilização na investigação científica.
- 2 - É, no entanto, lícita a investigação científica em embriões com o objectivo de prevenção, diagnóstico ou terapia de embriões, de aperfeiçoamento das técnicas de PMA, de constituição de bancos de células estaminais para programas de transplantação ou com quaisquer outras finalidades terapêuticas.
- 3 - O recurso a embriões para investigação científica só pode ser permitido desde que seja razoável esperar que daí possa resultar benefício para a humanidade, dependendo cada projecto científico de apreciação e decisão do Conselho Nacional de Procriação medicamente Assistida.
- 4 - Para efeitos de investigação científica só podem ser utilizados:
- a) Embriões criopreservados, excedentários, em relação aos quais não exista nenhum projecto parental;
 - b) Embriões cujo estado não permita a transferência ou a criopreservação com fins de procriação;
 - c) Embriões que sejam portadores de anomalia genética grave, no quadro do diagnóstico genético pré-implantação;
 - d) Embriões obtidos sem recurso à fecundação por espermatozóide.
- 5 - O recurso a embriões nas condições das alíneas a) e c) do número anterior depende da obtenção de prévio consentimento, expresso, informado e consciente dos beneficiários aos quais se destinavam.

Artigo 10.º

Doação de espermatozóides, ovócitos e embriões

1 - Pode recorrer-se à dádiva de ovócitos, de espermatozóides ou de embriões quando, face aos conhecimentos médico-científicos objectivamente disponíveis, não possa obter-se gravidez através do recurso a qualquer outra técnica que utilize os gametas dos beneficiários e desde que sejam asseguradas condições eficazes de garantir a qualidade dos gametas.

2 - Os dadores não podem ser havidos como progenitores da criança que vai nascer.

CAPÍTULO II

Utilização de técnicas de PMA

Artigo 11.º

Decisão médica e objecção de consciência

1 - Compete ao médico responsável propor aos beneficiários a técnica de PMA que, cientificamente, se afigure mais adequada quando outros tratamentos não tenham sido bem sucedidos, não ofereçam perspectivas de êxito ou não se mostrem convenientes segundo os preceitos do conhecimento médico.

2 - Nenhum profissional de saúde pode ser obrigado a superintender ou a colaborar na realização de qualquer das técnicas de PMA se, por razões médicas ou éticas, entender não o dever fazer.

3 - A recusa do profissional deve especificar as razões de ordem clínica ou de outra índole que a motivam, designadamente a objecção de consciência.

Artigo 12.º

Direitos dos beneficiários

São direitos dos beneficiários:

- a) Não ser submetidos a técnicas que não ofereçam razoáveis probabilidades de êxito ou cuja utilização comporte riscos significativos para a saúde da mãe ou do filho;
- b) Ser assistidos em ambiente médico idóneo que disponha de todas as condições materiais e humanas requeridas para a correcta execução da técnica aconselhável;
- c) Ser correctamente informados sobre as implicações médicas, sociais e jurídicas prováveis dos tratamentos propostos;
- d) Conhecer as razões que motivem a recusa de técnicas de PMA;
- e) Ser informados das condições em que lhes seria possível recorrer à adopção e da relevância social deste instituto.

Artigo 13.º

Deveres dos beneficiários

1 - São deveres dos beneficiários:

a) Prestar todas as informações que lhes sejam solicitadas pela equipa médica ou que entendam ser relevantes para o correcto diagnóstico da sua situação clínica e para o êxito da técnica a que vão submeter-se;

b) Observar rigorosamente todas as prescrições da equipa médica, quer durante a fase do diagnóstico quer durante as diferentes etapas do processo de PMA.

2 - A fim de serem globalmente avaliados os resultados médico-sanitários e psicossociológicos dos processos de PMA, devem os beneficiários prestar todas as informações relacionadas com a saúde e o desenvolvimento das crianças nascidas com recurso a estas técnicas.

Artigo 14.º

Consentimento

1 - Os beneficiários devem prestar o seu consentimento livre, esclarecido, de forma expressa e por escrito, perante o médico responsável.

2 - Para efeitos do disposto no número anterior, devem os beneficiários ser previamente informados, por escrito, de todos os benefícios e riscos conhecidos resultantes da utilização das técnicas de PMA, bem como das suas implicações éticas, sociais e jurídicas.

3 - As informações constantes do número anterior devem constar de documento, a ser aprovado pelo Conselho Nacional de Procriação medicamente Assistida, através do qual os beneficiários prestam o seu consentimento.

4 - O consentimento dos beneficiários é livremente revogável por qualquer deles até ao início dos processos terapêuticos de PMA.

Artigo 15.º

Confidencialidade

1 - Todos aqueles que, por alguma forma, tomarem conhecimento do recurso a técnicas de PMA ou da identidade de qualquer dos participantes nos respectivos processos estão obrigados a manter sigilo sobre a identidade dos mesmos e sobre o próprio acto da PMA.

2 - As pessoas nascidas em consequência de processos de PMA com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões podem, junto dos competentes serviços de saúde, obter as informações de natureza genética que lhes digam respeito, excluindo a identificação do dador.

3 - Sem prejuízo do disposto no número anterior, as pessoas aí referidas podem obter informação sobre eventual existência de impedimento legal a projectado casamento, junto do Conselho Nacional

de Procriação medicamente Assistida, mantendo-se a confidencialidade acerca da identidade do dador, excepto se este expressamente o permitir.

4 - Sem prejuízo do disposto nos números anteriores, podem ainda ser obtidas informações sobre a identidade do dador por razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial.

5 - O assento de nascimento não pode, em caso algum, conter a indicação de que a criança nasceu da aplicação de técnicas de PMA.

Artigo 16.º

Registo e conservação de dados

1 - Aos dados pessoais relativos aos processos de PMA, respectivos beneficiários, dadores e crianças nascidas é aplicada a legislação de protecção de dados pessoais e de informação genética pessoal e informação de saúde.

2 - Em diploma próprio, de acordo com a especificidade dos dados relativos à PMA, é regulamentado, nomeadamente, o período de tempo durante o qual os dados devem ser conservados, quem poderá ter acesso a eles e com que finalidade, bem como os casos em que poderão ser eliminadas informações constantes dos registos.

Artigo 17.º

Encargos

1 - Os centros autorizados a ministrar técnicas de PMA não podem, no cálculo da retribuição exigível, atribuir qualquer valor ao material genético doado nem aos embriões doados.

2 - O recurso às técnicas de PMA no âmbito do Serviço Nacional de Saúde é suportado nas condições que vierem a ser definidas em diploma próprio, tendo em conta o parecer do Conselho Nacional de Procriação medicamente Assistida.

Artigo 18.º

Compra ou venda de óvulos, sémen ou embriões e outro material biológico

É proibida a compra ou venda de óvulos, sémen ou embriões ou de qualquer material biológico decorrente da aplicação de técnicas de PMA.

CAPÍTULO III

Inseminação artificial

Artigo 19.º

Inseminação com sémen de dador

1 - A inseminação com sémen de um terceiro dador só pode verificar-se quando, face aos conhecimentos médico-científicos objectivamente disponíveis, não possa obter-se gravidez através de inseminação com sémen do marido ou daquele que viva em união de facto com a mulher a inseminar.

2 - O sémen do dador deve ser criopreservado.

Artigo 20.º

Determinação da paternidade

1 - Se da inseminação a que se refere o artigo anterior vier a resultar o nascimento de um filho, é este havido como filho do marido ou daquele vivendo em união de facto com a mulher inseminada, desde que tenha havido consentimento na inseminação, nos termos do artigo 14.º, sem prejuízo da presunção estabelecida no artigo 1826.º do Código Civil.

2 - Para efeitos do disposto no número anterior, e no caso de ausência do unido de facto no acto de registo do nascimento, pode ser exibido, nesse mesmo acto, documento comprovativo de que aquele prestou o seu consentimento nos termos do artigo 14.º

3 - Nos casos referidos no número anterior, no registo de nascimento é também estabelecida a paternidade de quem prestou o consentimento nos termos do artigo 14.º

4 - Não sendo exibido o documento referido no n.º 2, lavra-se registo de nascimento apenas com a maternidade estabelecida, caso em que, com as necessárias adaptações, se aplica o disposto nos artigos 1864.º a 1866.º do Código Civil, apenas com vista a determinar a existência de consentimento sério, livre e esclarecido, prestado por qualquer meio, à inseminação e consequente estabelecimento da paternidade de quem prestou o consentimento.

5 - A presunção de paternidade estabelecida nos termos dos n.os 1 e 2 pode ser impugnada pelo marido ou aquele que vivesse em união de facto se for provado que não houve consentimento ou que o filho não nasceu da inseminação para que o consentimento foi prestado.

Artigo 21.º

Exclusão da paternidade do dador de sémen

O dador de sémen não pode ser havido como pai da criança que vier a nascer, não lhe cabendo quaisquer poderes ou deveres em relação a ela.

Artigo 22.º

Inseminação post mortem

1 - Após a morte do marido ou do homem com quem vivia em união de facto, não é lícito à mulher ser inseminada com sémen do falecido, ainda que este haja consentido no acto de inseminação.

2 - O sémen que, com fundado receio de futura esterilidade, seja recolhido para fins de inseminação do cônjuge ou da mulher com quem o homem viva em união de facto é destruído se aquele vier a falecer durante o período estabelecido para a conservação do sémen.

3 - É, porém, lícita a transferência post mortem de embrião para permitir a realização de um projecto parental claramente estabelecido por escrito antes do falecimento do pai, decorrido que seja o prazo considerado ajustado à adequada ponderação da decisão.

Artigo 23.º

Paternidade

1 - Se da violação da proibição a que se refere o artigo anterior resultar gravidez da mulher inseminada, a criança que vier a nascer é havida como filha do falecido.

2 - Cessa o disposto no número anterior se, à data da inseminação, a mulher tiver contraído casamento ou viver há pelo menos dois anos em união de facto com homem que, nos termos do artigo 14.º, dê o seu consentimento a tal acto, caso em que se aplica o disposto no n.º 3 do artigo 1839.º do Código Civil.

CAPÍTULO IV

Fertilização in vitro

Artigo 24.º

Princípio geral

1 - Na fertilização in vitro apenas deve haver lugar à criação dos embriões em número considerado necessário para o êxito do processo, de acordo com a boa prática clínica e os princípios do consentimento informado.

2 - O número de ovócitos a inseminar em cada processo deve ter em conta a situação clínica do casal e a indicação geral de prevenção da gravidez múltipla.

Artigo 25.º

Destino dos embriões

- 1 - Os embriões que, nos termos do artigo anterior, não tiverem de ser transferidos, devem ser criopreservados, comprometendo-se os beneficiários a utilizá-los em novo processo de transferência embrionária no prazo máximo de três anos.
- 2 - Decorrido o prazo de três anos, podem os embriões ser doados a outro casal cuja indicação médica de infertilidade o aconselhe, sendo os factos determinantes sujeitos a registo.
- 3 - O destino dos embriões previsto no número anterior só pode verificar-se mediante o consentimento dos beneficiários originários ou do que seja sobrevivente, aplicando-se, com as necessárias adaptações, o disposto no n.º 1 do artigo 14.º
- 4 - Não ficam sujeitos ao disposto no n.º 1 os embriões cuja caracterização morfológica não indique condições mínimas de viabilidade.
- 5 - Aos embriões que não tiverem possibilidade de ser envolvidos num projecto parental aplica-se o disposto no artigo 9.º

Artigo 26.º

Fertilização in vitro post mortem

Se aquele que depositou o seu sêmen ou ovócitos para fins de inseminação em benefício do casal a que pertence vier a falecer, aplica-se, com as necessárias adaptações, o que se dispõe em matéria de inseminação post mortem nos artigos 22.º e 23.º

Artigo 27.º

Fertilização in vitro com gametas de dador

À fertilização in vitro com recurso a sêmen ou ovócitos de dador aplica-se, com as devidas adaptações, o disposto nos artigos 19.º a 21.º

CAPÍTULO V

Diagnóstico genético pré-implantação

Artigo 28.º

Rastreio de aneuploidias e diagnóstico genético pré-implantação

- 1 - O diagnóstico genético pré-implantação (DGPI) tem como objectivo a identificação de embriões não portadores de anomalia grave, antes da sua transferência para o útero da mulher, através do recurso a técnicas de PMA, ou para os efeitos previstos no n.º 3 do artigo 7.º

2 - É permitida a aplicação, sob orientação de médico especialista responsável, do rastreio genético de aneuploidias nos embriões a transferir com vista a diminuir o risco de alterações cromossómicas e assim aumentar as possibilidades de sucesso das técnicas de PMA.

3 - É permitida a aplicação, sob orientação de médico especialista responsável, das técnicas de DGPI que tenham reconhecido valor científico para diagnóstico, tratamento ou prevenção de doenças genéticas graves, como tal considerado pelo Conselho Nacional de Procriação medicamente Assistida.

4 - Os centros de PMA que desejem aplicar técnicas de DGPI devem possuir ou articular-se com equipa multidisciplinar que inclua especialistas em medicina da reprodução, embriologistas, médicos geneticistas, citogeneticistas e geneticistas moleculares.

Artigo 29.º

Aplicações

1 - O DGPI destina-se a pessoas provenientes de famílias com alterações que causam morte precoce ou doença grave, quando exista risco elevado de transmissão à sua descendência.

2 - As indicações médicas específicas para possível DGPI são determinadas pelas boas práticas correntes e constam das recomendações das organizações profissionais nacionais e internacionais da área, sendo revistas periodicamente.

CAPÍTULO VI

Conselho Nacional de Procriação medicamente Assistida

Artigo 30.º

Conselho Nacional de Procriação medicamente Assistida

1 - É criado o Conselho Nacional de Procriação medicamente Assistida, adiante designado por CNPMA, ao qual compete, genericamente, pronunciar-se sobre as questões éticas, sociais e legais da PMA.

2 - São atribuições do CNPMA, designadamente:

- a) Actualizar a informação científica sobre a PMA e sobre as técnicas reguladas pela presente legislação;
- b) Estabelecer as condições em que devem ser autorizados os centros onde são ministradas as técnicas de PMA, bem como os centros onde sejam preservados gâmetas ou embriões;
- c) Acompanhar a actividade dos centros referidos na alínea anterior, fiscalizando o cumprimento da presente lei, em articulação com as entidades públicas competentes;

- d) Dar parecer sobre a autorização de novos centros, bem como sobre situações de suspensão ou revogação dessa autorização;*
- e) Dar parecer sobre a constituição de bancos de células estaminais, bem como sobre o destino do material biológico resultante do encerramento destes;*
- f) Estabelecer orientações relacionadas com a DGPI, no âmbito dos artigos 28.º e 29.º da presente lei;*
- g) Apreciar, aprovando ou rejeitando, os projectos de investigação que envolvam embriões, nos termos do artigo 9.º;*
- h) Aprovar o documento através do qual os beneficiários das técnicas de PMA prestam o seu consentimento;*
- i) Prestar as informações relacionadas com os dadores, nos termos e com os limites previstos no artigo 15.º;*
- j) Pronunciar-se sobre a implementação das técnicas de PMA no Serviço Nacional de Saúde;*
- l) Reunir as informações a que se refere o n.º 2 do artigo 13.º, efectuando o seu tratamento científico e avaliando os resultados médico-sanitários e psicossociológicos da prática da PMA;*
- m) Definir o modelo dos relatórios anuais de actividade dos centros de PMA;*
- n) Receber e avaliar os relatórios previstos na alínea anterior;*
- o) Contribuir para a divulgação das técnicas disponíveis e para o debate acerca das suas aplicabilidades;*
- p) Centralizar toda a informação relevante acerca da aplicação das técnicas de PMA, nomeadamente registo de dadores, beneficiários e crianças nascidas;*
- q) Deliberar caso a caso sobre a utilização das técnicas de PMA para selecção de grupo HLA compatível para efeitos de tratamento de doença grave.*

3 - O CNPMA apresenta à Assembleia da República e aos Ministérios da Saúde e da Ciência e Tecnologia um relatório anual sobre as suas actividades e sobre as actividades dos serviços públicos e privados, descrevendo o estado da utilização das técnicas de PMA, formulando as recomendações que entender pertinentes, nomeadamente sobre as alterações legislativas necessárias para adequar a prática da PMA à evolução científica, tecnológica, cultural e social.

Artigo 31.º

Composição e mandato

1 - O CNPMA é composto por nove personalidades de reconhecido mérito que garantam especial qualificação no domínio das questões éticas, científicas, sociais e legais da PMA.

2 - Os membros do CNPMA são designados da seguinte forma:

- a) Cinco personalidades eleitas pela Assembleia da República;*
- b) Quatro personalidades nomeadas pelos membros do Governo que tutelam a saúde e a ciência.*

- 3 - Os membros do Conselho elegem de entre si um presidente e um vice-presidente.*
- 4 - O mandato dos membros do Conselho é de cinco anos.*
- 5 - Cada membro do Conselho pode cumprir um ou mais mandatos.*

Artigo 32.º

Funcionamento

- 1 - O CNPMA funciona no âmbito da Assembleia da República, que assegura os encargos com o seu funcionamento e o apoio técnico e administrativo necessários.*
- 2 - O Conselho estabelece em regulamento interno a disciplina do seu funcionamento, incluindo a eventual criação e composição de uma comissão coordenadora e de subcomissões para lidar com assuntos específicos.*
- 3 - Os membros do CNPMA têm direito a senhas de presença, por cada reunião em que participem, de montante a definir por despacho do Presidente da Assembleia da República, e, bem assim, a ajudas de custo e a requisições de transporte, nos termos da lei geral.*

Artigo 33.º

Dever de colaboração

Todas as entidades públicas, sociais e privadas têm o dever de prestar a colaboração solicitada pelo CNPMA para o exercício das suas competências.

CAPÍTULO VII

Sanções

SECÇÃO I

Responsabilidade criminal

Artigo 34.º

Centros autorizados

Quem aplicar técnicas de PMA fora dos centros autorizados é punido com pena de prisão até 3 anos.

Artigo 35.º

Beneficiários

Quem aplicar técnicas de PMA com violação do disposto no n.º 2 do artigo 6.º é punido com pena de prisão de 2 a 8 anos.

Artigo 36.º

Clonagem reprodutiva

1 - Quem transferir para o útero embrião obtido através da técnica de transferência de núcleo, salvo quando essa transferência seja necessária à aplicação das técnicas de PMA, é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.

2 - Na mesma pena incorre quem proceder à transferência de embrião obtido através da cisão de embriões.

Artigo 37.º

Escolha de características não médicas

Quem utilizar ou aplicar técnicas de PMA para conseguir melhorar determinadas características não médicas do nascituro, designadamente a escolha do sexo, fora dos casos permitidos pela presente lei, é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias.

Artigo 38.º

Criação de quimeras ou híbridos

Quem criar quimeras ou híbridos com fins de PMA é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.

Artigo 39.º

Maternidade de substituição

1 - Quem concretizar contratos de maternidade de substituição a título oneroso é punido com pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias.

2 - Quem promover, por qualquer meio, designadamente através de convite directo ou por interposta pessoa, ou de anúncio público, a maternidade de substituição a título oneroso é punido com pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias.

Artigo 40.º

Utilização indevida de embriões

1 - Quem, através de PMA, utilizar embriões na investigação e experimentação científicas fora dos casos permitidos na presente lei é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.

2 - Na mesma pena incorre quem proceder à transferência para o útero de embrião usado na investigação e na experimentação científicas fora dos casos previstos na presente lei.

Artigo 41.º

Intervenções e tratamentos

1 - Às intervenções e tratamentos feitos através de técnicas de PMA por médico ou por outra pessoa legalmente autorizada com conhecimento do médico responsável aplica-se o disposto no artigo 150.º do Código Penal.

2 - As intervenções e tratamentos no âmbito da PMA feitos sem conhecimento do médico responsável ou por quem não esteja legalmente habilitado constituem ofensas à integridade física, puníveis nos termos do Código Penal, de acordo com as lesões provocadas, sem prejuízo de qualquer outra tipificação penal.

Artigo 42.º

Recolha e utilização não consentida de gâmetas

Quem recolher material genético de homem ou de mulher sem o seu consentimento e o utilizar na PMA é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos.

Artigo 43.º

Violação do dever de sigilo ou de confidencialidade

Quem violar o disposto no artigo 15.º é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 240 dias.

Artigo 43.º-A

Responsabilidade penal das pessoas colectivas e equiparadas

As pessoas colectivas e entidades equiparadas são responsáveis, nos termos gerais, pelos crimes previstos na presente lei.

Aditado pelo seguinte diploma: Lei n.º 59/2007, de 04 de Setembro

SECÇÃO II

Ilícito contra-ordenacional

Artigo 44.º

Contra-ordenações

1 - Constitui contra-ordenação punível com coima de (euro) 10000 a (euro) 50000 no caso de pessoas singulares, sendo o máximo de (euro) 500000 no caso de pessoas colectivas:

- a) A aplicação de qualquer técnica de PMA sem que, para tal, se verifiquem as condições previstas no artigo 4.º;*
- b) A aplicação de qualquer técnica de PMA fora dos centros autorizados;*
- c) A aplicação de qualquer técnica de PMA sem que, para tal, se verifiquem os requisitos previstos no artigo 6.º;*
- d) A aplicação de qualquer técnica de PMA sem que o consentimento de qualquer dos beneficiários conste de documento que obedeça aos requisitos previstos no artigo 14.º*

2 - A negligência é punível, reduzindo-se para metade os montantes máximos previstos no número anterior.

SECÇÃO III

Sanções acessórias

Artigo 45.º

Sanções acessórias

A quem for condenado por qualquer dos crimes ou das contra-ordenações previstos neste capítulo pode o tribunal aplicar as seguintes sanções acessórias:

- a) Injunção judiciária;*
- b) Interdição temporária do exercício de actividade ou profissão;*
- c) Privação do direito a subsídios, subvenções ou incentivos outorgados por entidades ou serviços públicos;*
- d) Encerramento temporário de estabelecimento;*
- e) Cessaçã da autorização de funcionamento;*
- f) Publicidade da decisão condenatória.*

SECÇÃO IV

Direito subsidiário

Artigo 46.º

Direito subsidiário

Ao disposto no presente capítulo é aplicável, subsidiariamente, o Código Penal e o regime geral das contra-ordenações.

CAPÍTULO VIII

Disposições finais

Artigo 47.º

Outras técnicas de PMA

À injeção intracitoplasmática de espermatozoides, à transferência de embriões, gâmetas ou zigotos e a outras técnicas laboratoriais de manipulação gamética ou embrionária equivalentes ou subsidiárias aplica-se, com as necessárias adaptações, o disposto no capítulo IV.

Artigo 48.º

Regulamentação

O Governo aprova, no prazo máximo de 180 dias após a publicação da presente lei, a respectiva regulamentação.

Aprovada em 25 de Maio de 2006.

O Presidente da Assembleia da República, Jaime Gama.

Promulgada em 11 de Julho de 2006.

Publique-se.

O Presidente da República, ANÍBAL CAVACO SILVA.

Referendada em 14 de Julho de 2006.

O Primeiro-Ministro, José Sócrates Carvalho Pinto de Sousa.”

Disponível para consulta em:

http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=903&tabela=leis

Anexo III – Lei n.º 9/2010, de 31 de Maio
Casamento civil entre pessoas do mesmo sexo

“A Assembleia da República decreta, nos termos da alínea c) do artigo 161.º da Constituição, o seguinte:

Artigo 1.º

Objecto

A presente lei permite o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

Artigo 2.º

Alterações ao regime do casamento

Os artigos 1577.º, 1591.º e 1690.º do Código Civil passam a ter a seguinte redacção:

«Artigo 1577.º

[...]

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

Artigo 1591.º

[...]

O contrato pelo qual, a título de esponsais, desposórios ou qualquer outro, duas pessoas se comprometem a contrair matrimónio não dá direito a exigir a celebração do casamento, nem a reclamar, na falta de cumprimento, outras indemnizações que não sejam as previstas no artigo 1594.º, mesmo quando resultantes de cláusula penal.

Artigo 1690.º

[...]

1 - Qualquer dos cônjuges tem legitimidade para contrair dívidas sem o consentimento do outro.

2 - ...»

Artigo 3.º

Adopção

1 - As alterações introduzidas pela presente lei não implicam a admissibilidade legal da adopção, em qualquer das suas modalidades, por pessoas casadas com cônjuge do mesmo sexo.

2 - Nenhuma disposição legal em matéria de adopção pode ser interpretada em sentido contrário ao disposto no número anterior.

Artigo 4.º

Norma revogatória

É revogada a alínea e) do artigo 1628.º do Código Civil.

Artigo 5.º

Disposição final

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

Aprovada em 11 de Fevereiro de 2010.

O Presidente da Assembleia da República, Jaime Gama.

Promulgada em 17 de Maio de 2010.

Publique-se.

O Presidente da República, Aníbal Cavaco Silva.

Referendada em 18 de Maio de 2010.

O Primeiro-Ministro, José Sócrates Carvalho Pinto de Sousa.”

Disponível para consulta em:

http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1249&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&