

UM SÍMBOLO COMO BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

PARECER

Pedro Múrias

Mestre em Ciências Jurídicas
Assistente da Faculdade de Direito
da Universidade de Lisboa

ÍNDICE

Consulta	2
Parecer	3
Introdução	3
Facilidades e dificuldades da argumentação	4
a) Evidências	4
b) A homofobia como enviesamento	5
c) O valor presuntivo do art. 13.º, n.º 2, da Constituição	8
d) Três analogias inevitáveis	9
e) Conceitos, concepções, institutos e definições	15
f) Função, finalidade e funcionalismo	21
g) Terminologia: contrato e consenso	26
h) Distinção: casamento heterossexual e vida heterossexual em comum	27
i) Terminologia: indivíduo e pessoa	27
O bem jurídico do casamento e as normas violadas pela sua recusa	28
a) Um bem jurídico simbólico	28
b) Ser igual	32
c) O casamento como bem de personalidade	33
d) Proporcionalidade	33
Conclusões	35

CONSULTA

Foi-nos solicitado parecer sobre um problema jurídico de formulação extremamente simples:

São constitucionalmente válidas as disposições legais, designadamente do Código Civil português, que restringem o casamento a pessoas de sexo diferente?

Pretende-se uma apreciação de direito positivo objectivamente fundamentada.

Como se sabe, esta questão tão simples é objecto de discussão muito acesa em diversos países, não só pela profundidade dos temas jurídicos que toca, mas também, e sobretudo, pela intensidade das representações sociais e das posições ideológicas que se lhe associam.

Este parecer centra-se num dos aspectos jurídicos em discussão, o «valor simbólico» do casamento. Cremos, na verdade, que é esse o fulcro do problema, e que a sua consideração é suficiente para considerar inconstitucional a referida restrição.

O parecer é dado *pro bono*.

PARECER

INTRODUÇÃO

O problema, também jurídico, do casamento entre pessoas do mesmo sexo não se reduz à opção de atribuir ou não atribuir certas pretensões de direito privado ou público a certas pessoas. Sem dúvida, a ausência de tutela dessas pretensões contra o Estado ou contra particulares, bem como das simétricas obrigações, gera dificuldades políticas, legais e de constitucionalidade. Contudo, seria encobrir o problema não olharmos mais fundo, não olharmos para a intensidade das dimensões simbólicas, emocionais e descritivas, de auto-identificação e de identificação perante os outros, que o casamento tem. O problema político e jurídico do casamento entre pessoas do mesmo sexo é o problema de um dado tipo de *reconhecimento* e de *legitimação*.

Salvo os casos mais violentos e mais incompatíveis com uma sociedade liberal e democrática, os opositores do casamento entre pessoas do mesmo sexo não pretendem especialmente negar aos casais homossexuais este ou aquele direito patrimonial. Pretendem sim, acima de tudo, que duas pessoas do mesmo sexo não se identifiquem como *casadas*, ou como *verdadeiramente casadas*. P. ex., diz-se que as pessoas do mesmo sexo não precisariam de casar para obter os respectivos efeitos de direito sucessório, já que poderiam sempre alcançá-los através do testamento — com um ónus acrescido, é claro, mas esqueçamos agora esse aspecto. Isto seria um argumento contra a admissibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Como, embora com maiores custos, os efeitos jurídicos mais visíveis do casamento podem ser produzidos de outras formas, a ideia de negar o casamento aos homossexuais visa sobretudo negar-lhes *uma palavra*, um qualificativo, impor-lhes uma distinção. A luta política quanto ao casamento de pessoas do mesmo sexo é uma *luta pelas palavras*. Como a palavra em causa está sujeita a uma regulação legal, salvo no quadro de certas mundividências religiosas, a luta pelas palavras gera naturais litígios jurídicos, forçosamente sujeitos aos princípios constitucionais. Nem outra coisa decorreria da alusão expressa ao *casamento* no texto da Constituição portuguesa.

Este aspecto a que, por falta de termo melhor, podemos chamar «simbólico» é, acreditamos, o cerne da questão submetida ao Tribunal Constitucional português e objecto do presente parecer. Não nos podemos furtar a discutir e a tomar posição, à luz da lei fundamental, sobre a distinção simbólica radical pretendida pelo Código Civil. O argumento de que os casais homossexuais dispõem de «outros meios de tutela jurídica» sempre seria uma forma de encapotar o problema mais importante.

Este parecer terminará concluindo que a negação daquele bem jurídico simbólico aos casais do mesmo sexo é constitucionalmente inadmissível. O que nos parece mais claro é que um sistema de «uniões civis» com direitos e obrigações idênticos aos do casamento, mas não reconhecidas como casamento — sistema adoptado na Dinamarca e, depois, em vários países — seria cristalina e inconstitucional entre nós. Quanto ao resto, com poucas ressalvas, vai por maioria ou por identidade de razão.

FACILIDADES E DIFICULDADES DA ARGUMENTAÇÃO

a) Evidências

A argumentação jurídica, fora dos casos escolares em que «basta ler a lei», é difícil, frágil, sujeita a dúvidas e a inevitáveis enviesamentos. O Tribunal Constitucional conhece melhor do que ninguém o peso acrescido de decidir em matérias com reflexos políticos imediatos, longe das fundamentações frias e quase *more geometrico* que algumas áreas do direito admitem. O certo é que aqueles enviesamentos devem ser combatidos, tanto quanto possível, e a dificuldade da argumentação não nos exime do dever de fundamentar as soluções. O combate aos enviesamentos passa pela sua identificação. Vem isto a propósito de duas particularidades do problema do casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Uma é a tentação do pseudo-argumento da evidência, cuja invalidade decorre simplesmente do facto de pessoas diferentes notarem diferentes evidências. Contra o casamento entre pessoas do mesmo sexo, quer no plano político quer no plano jurídico, dir-se-á que seria *evidente* que o casamento pressupõe um homem e uma mulher, que a dualidade dos sexos seria da *essência* da própria ideia de casamento, que o casamento, *por definição*, pressuporia um homem e uma mulher, que um casamento entre dois homens ou entre duas mulheres seria uma *aberração*, jamais reconhecida nalguma «nação civilizada». A favor do casamento, diga-se que é evidente a *discriminação gratuita* e a *exclusão social explícita* na proibição do casamento homossexual, e que proibir¹ o casamento entre pessoas do mesmo sexo não se distingue muito de vedar o uso de certas roupas a homossexuais ou de proibir o casamento entre portugueses e espanhóis.

Argumentar com a evidência é perguntar: «Então não vê?»² Este apelo a uma intuição directa para resposta a problemas normativos dificilmente poderá ser eliminado dos nossos discursos. Em direito, designadamente, a construção dogmática e a fundamentação de decisões concretas fazem-se com frequência através da utilização de exemplos reais ou imaginados cuja solução *intuitiva* permita confirmar a teoria ou forçar uma analogia para o caso em mãos. Além disso, o argumento da evidência tem, de facto, algum peso retórico. Contudo, insista-se, a afirmação de evidência não é argumento perante a afirmação de uma evidência simétrica, e o intuicionismo moral e jurídico, por isso mesmo,³ tem hoje poucos seguidores.

O autor deste parecer deve revelar, de qualquer modo, que tem por evidente a inconstitucionalidade da proibição de casamentos homossexuais. Os argumentos da evidência contrária

¹ O que impede os homossexuais de casar não é apenas uma regra proibitiva, mas também, e mais imediatamente, uma regra secundária, uma regra constitutiva ou de competência, que recusa validade jurídica a certos actos de linguagem. Dispensamo-nos doravante destes preciosismos.

² A fórmula de Wittgenstein surge nos *Zettel*, n.º 302, mas integra-se ainda na famosa análise do paradoxo de «seguir uma regra», que ocupa grande parte das *Investigações Filosóficas*, esp.¹e a partir do n.º 185.

³ Cf. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung* 3.^a ed., Suhrkamp, Francoforte no Meno, 1996 (1978), pp. 57-8.

são facilmente rebatíveis e, em boa verdade, deveria ser tão desnecessário argumentar a favor do casamento entre pessoas do mesmo sexo quanto a favor do casamento entre pessoas de «raças» diferentes.⁴ As evidências não nascem do nada. Em direito, nascem de uma cultura jurídica e do conhecimento efectivo *das casais*. O que se pede aos juizes do Tribunal Constitucional é que considerem os milhares de casais de homens ou de mulheres portugueses que, com a falta de originalidade própria da vida real, querem simplesmente casar. Quem, por algum acaso dos relacionamentos, não conheça casais homossexuais não pode, pelo menos, ignorar as personagens de livros e filmes. Se se permite uma metáfora, duvidamos que possa apreciar bem o presente caso quem não tenha visto, pelo menos, o êxito de bilheteira que foi *O Segredo de Brokeback Mountain*.⁵

As páginas seguintes não assentam num argumento de evidência. Mas também não pretendem esconder a dificuldade de, perante casais de namorados ou companheiros de toda a vida do mesmo sexo, dizer-lhes: vocês não podem casar.

b) A homofobia como enviesamento

Para lá das evidências, por vezes subjacentes a elas, a argumentação e a decisão jurídicas sofrem de enviesamentos. Um enviesamento é uma tendência para usar certos argumentos normativos ou factuais errados, ou para decidir por razões não explicitadas, por vezes inconscientes, inaceitáveis como fundamento da decisão. Enviesamentos típicos são o preconceito e a parcialidade. O ideal da justiça vendada é o ideal de uma justiça direita, sem esses desvios, e daí as especiais garantias, incompatibilidades, impedimentos e privilégios dos magistrados. Estudos empíricos, cuja tradição mais famosa foi a dos *Critical Legal Studies*, mostram a impossibilidade de eliminar todos os enviesamentos, afinal próprios da condição humana. A objectividade perfeita é inalcançável, mas o decisor deve tentar aproximar-se dela tanto quanto possível.

Em problemas jurídicos relacionados com a orientação sexual, *maxime* a homossexualidade, devemos acautelá-los contra um enviesamento específico, a homofobia, que é um preconceito e uma atitude equivalente, p. ex., ao machismo e à xenofobia. As sociedades que conhecemos são homofóbicas,⁶ a educação de todos nós foi homofóbica, a linguagem corrente é homofóbica. Basta pensar nos termos insultuosos que designam os homossexuais, sem haver insultos simétricos para os heterossexuais. As crianças ensinam umas às outras, quando não o ouvem dos adultos, que não há nada pior do que ser «maricas». O preconceito agrava-se, por

⁴ Cf. já as duas alíneas seguintes. Um outro falso argumento pretende que «os homossexuais podem casar, só não podem fazê-lo com pessoas do mesmo sexo». As associações de defesa dos homossexuais têm justamente por insultuosa esta asserção.

⁵ Filme de 2005 realizado por Ang Lee, com Heath Ledger e Jake Gyllenhaal. O título original é *Brokeback Mountain*. Escolhe-se este filme como exemplo, de muitos possíveis, dada a sua enorme popularidade.

⁶ Cf. a síntese insuspeita de António Araújo, *Crimes Sexuais contra Menores. Entre o Direito Penal e a Constituição*, Coimbra Ed., Coimbra, 2005, pp. 73-79. O autor usa mais à frente este dado para... defender uma distinção de tratamento quanto ao sexo homossexual.

exemplo, por a mesma palavra querer dizer «homossexual» e «medroso».⁷ Cabe ainda notar que o facto de uma pessoa ser homossexual não garante que não seja também homófoba, como se vê pelos comportamentos de «armário» — *i.e.*, o não reconhecimento público da homossexualidade ou, inclusive, a não auto-identificação como homossexual — cuja revelação frequentemente delicia certa imprensa mundial. Mais do que isso, não é de esperar que todo o profundo condicionamento para a homofobia, recebido desde a infância, desapareça de um momento para o outro sem deixar rasto. Todos somos homófobos. O autor destas linhas em defesa jurídica do casamento entre pessoas do mesmo sexo não deixa de notar em si, pelo menos, algum «desconforto estético» perante demonstrações de amor erótico homossexual ou representações artísticas da homossexualidade.

Ora, o reconhecimento da nossa condição homofóbica é indispensável à boa decisão jurídica do caso que se apresenta. É-o de duas maneiras:

A sensação de evidência que alguém tenha contra a admissibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo, se não puder ser fundamentada de outra forma — e cremos que não pode, sem prejuízo de uma ou outra falácia que vale por si e que se referirá a seguir — tem de ser explicada como manifestação de homofobia. O condicionamento preconceituoso no sentido de sentir a homossexualidade como uma coisa má e repugnante gera de imediato essa impressão de evidência. Não há, sublinhe-se, um enviesamento simétrico ao da homofobia.⁸ Daqui resulta que *o ónus da argumentação*⁹ quanto ao casamento entre pessoas do mesmo sexo *cabem à tese proibitiva*. Até prova em contrário, a proibição do casamento homossexual é um mero elemento indistinto de uma cultura homofóbica em geral. O ónus da argumentação já assim se distribuiria, aliás, por a proibição em causa vir comprimir um direito fundamental, negando-o a um grupo de pessoas.

Em segundo lugar, as leis, a jurisprudência e a doutrina *tradicionais* que estabelecem distinções em face das preferências sexuais das pessoas, mormente as anteriores à Constituição democrática, como o Código Civil, devem ser *explicadas* enquanto manifestações do preconceito e da aversão homofóbicos. A avaliação constitucional das leis não pode deixar de reconhecer as condições sociais que as produzem ou produziram. Não é imaginável que a declaração de casamento «extorquida por coacção física», a interdição por doença mental e a bigamia sejam meras causas de anulabilidade do casamento — podendo inclusive a primeira configurar um crime — enquanto o casamento entre pessoas do mesmo sexo padeceria de «inexistência».¹⁰ Não

⁷ Cf. o apelidado *Dicionário da Academia* ou o *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. A derivação de «maricas» a partir de «Maria», atestada em ambos, resulta evidentemente de outro género de preconceitos, quer relativos às mulheres, quer relativos aos homens homossexuais, que o senso comum supõe de alguma forma «semelhantes às mulheres».

⁸ Salvo porventura algum «activismo progressista» por identificar, mas que sempre seria compensado por uma também normal «inércia conservadora». Conceda-se uma última nota pessoal para o signatário recusar quaisquer traços de tal «progressismo», nomeadamente para recusar o positivismo jurídico e o utilitarismo, que várias vezes se reclamaram do «progresso».

⁹ Cf. um mínimo de bibliografia sobre o ónus da argumentação, o ónus da prova na questão de direito, em P. Múrias, *Por uma Distribuição Fundamentada do Ónus da Prova*, Lex, Lisboa, 2000, p. 31, n. 46. Para lá do direito, os ónus argumentativos em geral são tema de literatura filosófica imensa.

¹⁰ Cf. arts. 1635.º/*c*), 1601.º, 1631.º/*a*) e 1628.º/*e*) CC. A al. *a*) do art. 1628.º explica-se como reafirmação da autoridade do Estado, também muito enquadrável na época, mas devidamente restringida no artigo seguinte. A diferença de regime entre as alíneas *b*), *c*) e *d*) do art. 1628.º e o art. 1631.º parece resultar de pruridos formalistas. A questão

é imaginável, salvo enquanto manifestação de uma repugnância que hoje reconhecemos inaceitável e que ultrapassava quaisquer considerações quanto à importância dos bens jurídicos tutelados ou à razão de ser das disposições visadas. O regime da «inexistência» do casamento, aliás, já suscitaria só por si dúvidas de constitucionalidade.¹¹

Além disso, a «inexistência» do casamento entre pessoas do mesmo sexo e a definição do casamento como um contrato entre pessoas de sexo diferente são instrumentos de negação intencional e, aqui, inapelavelmente homofóbica da natureza de *família* a todas as relações homossexuais. Ora, até os autores mais contrários às pretensões dos homossexuais em matéria matrimonial¹² reconhecem hoje que a Constituição protege também as famílias constituídas sobre uma relação *gay* ou lésbica. A homofobia constitucionalmente inaceitável historicamente subjacente às regras do Código Civil — que permanece, pois, como seu subtexto e facilita extrapolações interpretativas indesejáveis — vem fragilizar uma segunda vez um eventual juízo de constitucionalidade a seu respeito. Em caso de dúvida, não pode decerto salvar-se uma lei que, além daquilo que propriamente regula, *exprime* uma concepção inconstitucional e foi dela veículo privilegiado.

Quanto às extrapolações interpretativas indesejáveis a partir dos artigos que impedem o casamento homossexual, a mais grave é a tese, já mais de uma vez defendida, de que o art. 22.º CC invalidaria absolutamente o casamento entre pessoas (estrangeiras) do mesmo sexo mesmo quando permitido à luz da lei pessoal comum dos cônjuges (cf. art. 49.º CC). Não cabendo aqui discutir o assunto, fique só um manifesto de estupefacção com aquilo que parece ser verdadeiramente apoucar princípios constitucionais: o art. 22.º exige uma ponderação da materialidade das soluções, só assim sendo inteligível, e tem uma mera função correctiva ou de controlo das saídas conflituais. Ora, nada há nos *princípios* do nosso direito que impeça o reconhecimento de um casamento entre estrangeiros do mesmo sexo. Se houvesse entre nós algum obstáculo válido ao casamento homossexual, sempre seria uma consideração de *política*, que, *contra tenorem rationis, propter aliquam utilitatem, auctoritate constituentium introducta esset*.¹³ Ou seja, seria uma regra excepcional.

definitória que também subjaz à «inexistência jurídica» do casamento homossexual é referida mais à frente. Sobre as deficiências teóricas, terminológicas e práticas da «inexistência jurídica», cf. Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil português*, vol. I, *Parte Geral*, tomo I, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 573-7 (há edições posteriores). Veja-se que a posição do autor é contraditória com o seu uso de aspas para referir o *casamento* entre pessoas do mesmo sexo. Cf. tb. R. Medeiros, *A Decisão de Inconstitucionalidade*, UCP, Lisboa, 1999, pp. 44-5 e 277-8. Um caso grave conhecido resultante destes deslizes legais, tratado em vários acórdãos do Tribunal Constitucional, respeitou à «inexistência» por falta de referenda ministerial (cf. art. 140.º/2 CRP). Note-se ainda que a etimologia de «nulo» mostra na história a mesma intenção, depois corrigida, e o mesmo lapso filosófico e terminológico que qualificam hoje certos actos como «inexistentes». Sobre o lapso filosófico, cf. I. Kant, *Crítica da Razão Pura*, A592/B620-A601/B629...

¹¹ O seu cerne é a recusa dos efeitos do casamento putativo (cf. art. 1647.º/1 CC), ou seja, a recusa, em qualquer caso, da protecção da confiança dos cônjuges e de terceiros, o que parece difícil de acolher no nosso sistema constitucional. Isto, claro, não se restringe ao casamento homossexual, mas tem aqui talvez uma incidência ainda maior. Um *fait divers* é a legitimidade para invocar a «inexistência» concedida a «qualquer pessoa» (art. 1630.º/2 CC), oposta à legitimidade de «qualquer interessado» (art. 286.º CC) para invocar a nulidade dos negócios jurídicos em geral. A solução do art. 1630.º, naquilo que eventualmente acrescente em termos práticos, esbarra nos limites da legitimidade ou do interesse processuais e autoriza intervenções espúrias na vida familiar alheia.

¹² Cf. R. Medeiros, Anot. ao art. 36.º, in J. Miranda e R. Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Coimbra Ed., Coimbra, 2005. Sobre a tese dos autores sobre o casamento, cf. adiante a alínea sobre conceitos, concepções e institutos.

¹³ A latinada parafraseia a definição tradicional, muito feliz, de *ius singulare*, ou seja, de regra «substancialmente excepcional». Cf. J. O. Ascensão, *O Direito. Introdução e teoria geral*, 11.ª ed., Almedina, Coimbra, 2001, pp. 437-41.

c) *O valor presuntivo do art. 13.º, n.º 2, da Constituição*

Uma certa tradição metodológica, apadrinhada pelo art. 9.º, n.º 3, 2.ª parte, CC, atribui à «letra da lei» um valor presuntivo, ou seja, impõe um ónus argumentativo¹⁴ acrescido a toda a tese jurídica para cuja consagração as palavras efectivamente usadas pela lei não sejam boas.¹⁵ À parte esta função presuntiva geral dos textos, há muitos casos em que as disposições legais se limitam a dispor presuntivamente, *i.e.*, para os «casos de dúvida», em presunções dirigidas ainda à questão de direito.¹⁶ Têm expressamente tal alcance, *v.g.*, os n.ºs 1 e 2 do art. 12.º CC.

É também presuntiva quanto à questão de direito¹⁷ a técnica legal dos «exemplos-padrão». Podemos tomar como modelo dessa técnica o art. 132.º CP, em que se lista um conjunto de factos indiciadores da «especial censurabilidade ou perversidade» do crime sem que a simples pertença à lista seja suficiente para o preenchimento do tipo legal e sem que a ausência da lista impeça o mesmo preenchimento.¹⁸ A técnica da lei é exemplificativa, mas não é «meramente exemplificativa». Os exemplos são prototípicos, indicam situações que, *em princípio*, satisfazem o requisito legal genérico expresso ou subjacente. Só em casos «pouco frequentes» ou mesmo «excepcionais» é que o preenchimento do exemplo não equivale ao preenchimento do requisito genérico decisivo. Simetricamente, há casos exteriores aos exemplos que preenchem o requisito decisivo, mas ainda aí os exemplos têm o papel de facultarem a base de uma analogia que funda o preenchimento. Isto, claro, porque os exemplos constantes da lei descrevem as situações mais claras ou «mais flagrantes» de aplicabilidade do requisito genérico decisivo.

O art. 13.º, n.º 2, *segue* a «técnica dos exemplos-padrão». Evidentemente, a enumeração que aí encontramos não é irrelevante nem arbitrária. Como se reconhece, os casos arrolados são «os mais flagrantemente recusados pelo legislador constituinte».¹⁹ A *idade* não consta do art. 13.º, n.º 2, porque são muitas e facilmente alargáveis as disposições legais perfeitamente justificadas que distinguem em função da idade. Contudo, também são facilmente imagináveis distinções legais em função da idade contrárias ao princípio da igualdade. A idade não consta do art. 13.º, n.º 2, porque as distinções em função da idade não são *em princípio* inconstitucionais. Pelo contrário, a «raça» vem referida no art. 13.º, n.º 2, porque são poucas, e a necessitar de *especial justificação*, as distinções legais constitucionalmente admissíveis em função da «raça». *Em princípio*, é inconstitucional uma lei que determine a sua aplicabilidade pela «raça» dos destinatários. Esta é a

¹⁴ Quanto a ónus argumentativos, repete-se a remissão bibliográfica da n. 9, *supra*.

¹⁵ Não se confunda esta presunção com a presunção de que «o legislador consagrou as soluções mais acertadas», na primeira parte do mesmo número. Esta é a versão jurídica (ou prescritiva, em geral) do *principle of charity*, assim chamado por D. Davidson (cf. *Radical Interpretation*, de 1973, nos *Inquiries into Truth and Interpretation*, Clarendon, Oxford, 2001, esp.^{te} pp. 137-8).

¹⁶ Não sendo, portanto, «presunções» no sentido do art. 349.º CC. Mas cf. a n. seguinte.

¹⁷ Normalmente, uma «presunção» quanto ao direito envolve uma «presunção» no sentido tradicional do ónus da prova, *i.e.*, no sentido do art. 349.º CC. Não é assim em direito penal devido ao *in dubio*.

¹⁸ Cf., *v.g.*, Figueiredo Dias, anot. ao art. 132.º CP, no *Comentário conimbricense ao Código Penal. Parte especial*, tomo I, *Artigos 131.º a 201.º*, Coimbra Ed., Coimbra, 1999, pp. 25-27.

¹⁹ J. Miranda, Anot. ao art. 13.º, in J. Miranda e R. Medeiros, cit., p. 121.

consequência de se legislar através de exemplos com os «casos mais flagrantes» de uma ideia geral orientadora, ou seja, através de exemplos-padrão.

A «orientação sexual» veio a ser incluída no art. 13.º, n.º 2, CRP. Alguns autores apressaram-se a afirmar que a inclusão não teria alterado em nada o respectivo regime, limitando-se a «explicitar» o que já resultava da Constituição. Esta tese, que revoga toda a enumeração do art. 13.º, n.º 2, estaria manifestamente certa *se os juristas fossem como o Juiz Hércules* de Dworkin,²⁰ um juiz de vastíssimo saber e discernimento, em matérias jurídicas e de facto, com todo o tempo do mundo disponível para reflectir e para apreciar a quase infinitude de argumentos e contra-argumentos relevantes em cada caso. Hércules dispensa presunções, pois ele sabe, de ciência certa, as exactas circunstâncias do caso e daquele grupo de casos, bem como as exactas exigências normativas com relevância em todos os casos. Hércules também não precisaria do art. 12.º CC ou do art. 132.º, n.º 2, CP.

Mas os juristas reais não são Hércules. A presença da «orientação sexual» no art. 13.º, n.º 2, ajuda decisivamente os juízes perante o oceano de argumentação imaginável quanto a este aspecto do princípio da igualdade. Ela faz *presumir* que toda a distinção legal em função da homossexualidade é inconstitucional. *Em princípio*, viola a igualdade toda a lei que faça a aplicação de um preceito seu depender da homossexualidade ou da heterossexualidade. A proibição do casamento entre pessoas do mesmo sexo é, à partida, inconstitucional, só não o sendo se houver *argumentos claros e concludentes* que fundem a distinção. O ónus argumentativo, vemos de novo, recai em absoluto sobre os defensores de que as disposições do Código Civil em causa seriam constitucionalmente válidas. É um ónus argumentativo reforçado, dadas as razões antes vistas que o apoiavam. A medida da «prova» bastante, perdoe-se a expressão, é especialmente elevada. Para usar um americanismo em voga, a proibição do casamento entre pessoas do mesmo sexo só não seria inconstitucional se se demonstrasse, *para lá de toda a dúvida razoável*, que o seu efeito fosse a tutela efectiva de valores ou bens jurídicos superiores aos que são negados aos casais homossexuais. Feliz ou infelizmente, o que se demonstra é o contrário.

d) Três analogias inevitáveis

Como se sabe, o pensamento analógico é essencial ao direito,²¹ como a outros temas normativos e, em boa verdade, a todos os temas.²² Em áreas normativas como o direito, porém, a analogia diz-nos um bocadinho mais do que numa reflexão empírica ou técnica. Se duas questões empíricas têm uma estrutura idêntica ou se referem a objectos com as mesmas proprie-

²⁰ Cf. *Is there really no right answer in hard cases?*, em *A matter of principle*, reimp., Clarendon, Oxford, 1996 (1978).

²¹ A título de exemplos, A. Kaufmann, *Analogie und „Natur der Sache“. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, 2.ª ed., Decker & C. F. Müller, Heidelberg, 1982 (1965), F. Bronze, *A metodonomologia entre a semelhança e a diferença. Reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógica do discurso jurídico*, Coimbra Ed., Coimbra, 1994, e L. Weinreb, *Legal reason. The use of analogy in legal argument*, Cambridge Univ., Cambridge, 2005. Cf. a óptima síntese de B. Machado, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, reimp., Almedina, Coimbra, 1995 (1982), pp. 326-332.

²² Cf., p. ex., a colectânea org. por Gentner, Holyoak e Kokinov, *The Analogical Mind: Perspectives from Cognitive Science*, MIT Press, Cambridge (no Massachusetts, E.U.A.), 2001, e, pela expressividade, o texto de D. Hofstadter aí incluído.

dades observáveis relevantes, a analogia sugere, torna *plausível* uma solução idêntica. Se a solução é idêntica ou não, isso dependerá das coisas tal como elas são. Nas ciências, portanto, a analogia é apenas um dispositivo heurístico.²³ Em direito, a analogia é mais do que isso. Se duas questões idênticas se referem a casos com as mesmas características observáveis relevantes,²⁴ a analogia *impõe* a mesma solução. As coisas tal como elas são não têm *mais nada* a dizer. Para usar um chavão, se os factos são a todos os títulos idênticos, o valor é necessariamente o mesmo. Falando de «igualdade» em vez de «analogia», teríamos até aqui, porventura, uma das caracterizações mais constantes e consensuais da ideia de justiça.²⁵

A questão constitucional do casamento entre pessoas do mesmo sexo suscita três analogias a que é preciso atender. A analogia histórica com as polémicas da introdução do casamento civil e das alterações mais relevantes ao regime matrimonial, a analogia comum com a inconstitucionalidade da proibição do casamento entre pessoas de «raças» diferentes e a analogia *ad absurdum* ou de efeito dominó com a constitucionalidade — ao menos aparente e que se dará por certa — da proibição de casamentos incestuosos.

A analogia histórica é instrutiva. A instituição do casamento civil mudou os pressupostos do casamento, alargando-os ou substituindo-os conforme os países. Gerou discussões imensas e acaloradas sobre as relações entre o Estado e as igrejas e sobre a *natureza* do casamento, que passava de sacramento, embora contratual, a um «mero» contrato civil, e de instituto religioso, embora jurídico (canónico), a instrumento laico disponível para agnósticos e ateus confessos. Na verdade, todavia, o novo casamento continuou a ser reconhecido como casamento, em todas as dimensões jurídicas e sociais, sem produzir qualquer momento de ruptura. As alterações ao regime do casamento, designadamente a facilitação progressiva do divórcio, até aos nossos dias, eliminando a *definibilidade* do casamento como «contrato perpétuo» (cf. ainda o art. 1056.º do Código de Seabra), também não viriam a impedir esse reconhecimento continuado da figura. Em ambos os casos, mostra-se a dimensão simbólica do casamento, que resistiu a alterações de «natureza» e de «definição» sem deixar de ser casamento.

Temos de reconhecer, ainda assim, que, em muito grande medida, o casamento hoje não é a mesma figura que tínhamos no século XIX. A diferença, contudo, não nasceu da suposta mudança radical que trouxe o casamento do direito canónico para as leis civis. A mudança no casamento não resultou do alargamento dos casos de constituição matrimonial, mas sim da alteração da eficácia deste contrato, quer pela referida facilitação do divórcio, quer, mais tarde, pela imposição constitucional da igualdade entre homens e mulheres.²⁶ A mudança num instituto jurídico ocorre primordialmente pelos seus *efeitos*, pelo seu alcance nos direitos e deveres das pessoas, não pela maior ou menor amplitude dos casos a que se aplica.²⁷ O alargamento do

²³ Embora este «apenas» seja já imenso. Cf., p. ex., os capítulos 2 a 4 de C. Shelley, *Multiple analogies in Science and Philosophy*, John Benjamins, Amesterdão/Filadélfia, 2003.

²⁴ Entre as características relevantes do caso, como é óbvio, estão as leis utilizáveis para a sua solução.

²⁵ Talvez se justifique citar a *Ética a Nicómaco*, V, 3 (1131a)... Quando, em vez da analogia de caso a caso, se pretenda a universalizabilidade dos juízos, a caracterização torna-se mais discutível.

²⁶ Outros aspectos com alguma importância foram as alterações na relação entre casamento e filiação (eliminando a figura da filiação ilegítima e mudando o alcance da presunção de paternidade) e nos regimes de bens (permitindo a separação de bens e alterando o regime supletivo).

²⁷ Retoma-se o ponto *infra*, na segunda parte da alínea e).

casamento às pessoas sem religião gerou a maior resistência, desde logo por parte da igreja católica, mas a verdadeira metamorfose do casamento ocorreu pela alteração progressiva do regime aplicável às pessoas casadas. O casamento entre pessoas do mesmo sexo, tal como o casamento civil, em nada altera as características relevantes do instituto, que se define pelas suas consequências. Só a mudança de efeitos altera a instituição. A mudança dos pressupostos altera a relação da *generalidade das pessoas* com a instituição, dando-lhes maior ou menor acesso.

A semelhança entre a «questão» do casamento civil e a «questão» do casamento entre pessoas do mesmo sexo sugere, é claro, uma outra analogia. Uma eventual supressão do casamento civil, hoje, quiçá num «regresso às origens» da figura, seria uma amputação gratuita de um direito fundamental. A negação do casamento entre pessoas do mesmo sexo é uma amputação idêntica.²⁸ Entre o surgimento do casamento civil e o do casamento *gay* ou lésbico há, entretanto, a diferença histórica de mais de um século. O que foi político e, inclusive, revolucionário, é agora assente e constitucional. O casamento homossexual é apenas o último estágio do casamento civil.

Mais importante é a analogia entre a proibição do casamento entre pessoas do mesmo sexo e a proibição do casamento entre pessoas de raças²⁹ diferentes. A homologia dos argumentos históricos e possíveis e das explicações aceitáveis chega aos pormenores mais ínfimos.

Em ambos os casos, a proibição resulta, sociologicamente falando, de um preconceito estabelecido e de uma atitude de distinção opressiva de grupos de pessoas. O racismo, num caso, a homofobia, no outro. Quando se diz que a proibição do casamento homossexual *resulta* da homofobia, não se pretende dar a conclusão como argumento. Trata-se, pelo contrário, de uma mera explicação causal. É um facto que uma sociedade profundamente homofóbica não consentiria o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e a discussão desta possibilidade só pode acontecer quando já ocorreram significativas «mudanças de mentalidades». Não se discute o casamento entre pessoas no mesmo sexo na Arábia Saudita, nem na Inglaterra vitoriana. Numa sociedade em que a identidade homossexual e as relações amorosas homossexuais forem vistas como a mais natural das coisas, tal como a identidade e as relações amorosas heterossexuais, o casamento para ambos os grupos será um produto esperável. Por seu lado, o racismo e a homofobia são em si mesmos homólogos absolutos. São sistemas de opressão com um passado e algum presente de violência extrema, estruturados, na sua forma prototípica, através da *identificação* indelével de grupos de pessoas consideradas *piores* e *repugnantes*.³⁰

As proibições do casamento inter-racial e do casamento homossexual foram apoiadas numa argumentação de *natureza*, em especial da *natureza das coisas*. Transcrevam-se umas linhas da

²⁸ E identicamente gratuita. Este é o ponto central. Cf. *infra*, a propósito dos argumentos contra o casamento homossexual.

²⁹ Suprimem-se as aspas de agora em diante por simplicidade, sem que se adira ao termo. A ideia de «raças», como entidades discretas, naturais, cientificamente observáveis e distintivas, é hoje, como se sabe, inaceitável.

³⁰ Sobre o sentimento europeu oitocentista de repugnância relativamente aos negros, cf. S. Jay Gould, *A falsa medida do homem*, trad. A. L. Coelho, Quasi, Famalicão, 2004 (1996), pp. 78-91, esp.^{te} o exemplo das pp. 84-5. A mesma interiorização de repugnância é causa e consequência das alusões constantes ao *cheiro* dos negros ou, em tempos, dos judeus.

sentença de um tribunal inferior que acabou revogada pelo Supremo americano no caso *Loving v. Virginia*, de 1967, em que se estabeleceu a inconstitucionalidade da proibição do casamento inter-racial:

«Almighty God created the races white, black, yellow, malay and red, and he placed them on separate continents. And but for the interference with his arrangements there would be no cause for [interracial] marriages. The fact that he separated the races shows that he did not intend for the races to mix.»

A palavra «Deus» pode, evidentemente, ser aqui substituída por «natureza» sem prejuízo para o argumento. A utilização da «natureza» e da «ciência» para inferiorizar «os negros», «os asiáticos», «os índios» ou «os mediterrânicos» é uma constante desde o sec. XIX aos nossos dias.³¹ A invocação da «natureza» contra os homossexuais, como contra todos os actos sexuais que não sejam a penetração vaginal por um pénis, é um dado básico na história deste género de argumentação.³² Não contestamos a bondade de argumentos de natureza em direito,³³ nem é isso que aqui interessa. Para evidenciar a analogia entre a proibição do casamento homossexual e a proibição do casamento inter-racial, interessa apenas observar que, em ambos os casos, o argumento da natureza surge numa *versão errada* assente numa confusão filosófica e, geralmente, em puro desconhecimento do mundo humano. A confusão filosófica é a de pensar que, ao lado das leis da natureza correspondentes a regularidades descobertas e teorizadas pelas ciências empíricas, haveria ainda leis *da natureza* com o conteúdo de *proibições*. Ou seja, haveria proibições *na natureza* independentes dos valores e dos princípios morais, políticos ou jurídicos objecto de discussão na moral, na política e em direito. Normalmente, estas proibições assentam no contra-senso de que o que é menos frequente seria proibido ou numa certa efabulação denegridora daquilo que se pretende proibir ou distinguir. P. ex., no *Código Civil Anotado* de Pires de Lima e Antunes Varela, como argumento central para aquela definição de casamento, sustentava-se que não seria possível a «plena comunhão de vida» entre pessoas do mesmo sexo. O argumento soa-nos hoje pitoresco por nem sequer ser fácil atingir aquilo em que os autores estariam a pensar.³⁴

Muito mais significativa, no entanto, é a facilidade da invocação de argumentos de *prudência* político-legislativa *despidos de qualquer preconceito ostensivo*, atentos certos valores incontestáveis, quer em favor da proibição do casamento inter-racial, quer da do casamento homossexual. Pressupondo que o casamento é um espaço normal para o crescimento e a educação de crianças, dir-se-á, por exemplo, que *não é certo* que um lar de duas pessoas do mesmo sexo seja o espaço ideal para criar uma criança. *Alguns estudos* indicam que a presença de adultos dos dois

³¹ Sugere-se veementemente o livro de Jay Gould citado na n. anterior, pela sua clareza e rigor.

³² *Vide* os acs. STJ 22-10-2003 (abuso sexual de adolescentes; rel. Armino Monteiro), STJ 31-10-95 (atentado ao pudor; rel. Lopes Rocha) e STJ 9-2-94 (violência contra as pessoas; rel. Amado Gomes).

³³ O argumento da natureza das coisas é muito *bem* usado em variadíssimos acórdãos dos nossos tribunais, designadamente do STJ, desde logo como referência a uma regularidade empírica (p. ex., STJ 9-6-93, contradição na matéria de facto; rel. Amado Gomes). Noutros lugares, a «natureza» explicita uma decorrência necessária da definição de um instituto, uma solução evidente em face de um certo caso ou uma consequência esperável de um conjunto de factos.

³⁴ Embora a anotação relacione a ideia de «comunhão de vida» com a ideia de «complementaridade dos sexos», o que é um bom exemplo de *non sequitur* e assenta noutra naturalização das regularidades humanas, agora as da distinção entre homens e mulheres. Quanto à tese *normativa* da complementaridade conjugal dos sexos, a Constituição de 1976 eliminou-a com as regras de igualdade (cf. arts. 13.º, n.º 2, e 36.º, n.º 3).

sexos será um elemento importante para o desenvolvimento emocional de uma criança e para a sua aprendizagem «dos papéis sociais». Do mesmo modo, *não é certo* que a confluência de valores e referências culturais diferentes trazida por duas raças distintas a um lar, com as necessárias contradições e incertezas daí resultantes, seja o espaço ideal para criar uma criança. *Alguns estudos* mostram que as crianças mestiças têm dificuldades acrescidas de integração social, sendo frequentemente rejeitadas por pessoas de ambas as etnias dos pais.^{35/36} Vale a pena frisar que esta argumentação bem conseguida, embora imprecisa, é a herdeira directa em termos filosoficamente depurados e científicos dos absurdos do argumento dos actos *contra naturam*.

Ainda em perfeita sintonia, são conhecidos para ambos os casos os sofismas de *negação da existência de qualquer discriminação* contra as vítimas de racismo ou homofobia. A proibição do casamento inter-racial não proibia ninguém de casar e não tratava diferentemente brancos e negros. Todas as pessoas tinham acesso igual ao casamento, só não podendo casar *com pessoas de raça diferente*.³⁷ Do mesmo modo, dir-se-á, a proibição do casamento entre pessoas do mesmo sexo não impede ninguém de casar, nem heterossexuais, nem homossexuais. A homossexualidade não impede o matrimónio, e o oficial público que proceda às diligências do processo preliminar não pode sequer perguntar aos nubentes pela sua orientação sexual. Quer homossexuais, quer heterossexuais, só não podem casar *com pessoas do mesmo sexo*. O que não deixa de fazer lembrar o sarcasmo de Anatole France sobre a igualdade perante a lei: «la loi, dans un grand souci d'égalité, interdit aux riches comme aux pauvres de coucher sous les ponts, de mendier dans les rues et de voler du pain»....³⁸

Várias outras analogias se encontram entre as proibições do casamento inter-racial e do casamento homossexual. P. ex., o argumento da ausência ou do número insignificante de pessoas que *queiram* esse casamento. Como se sabe, a esmagadora maioria das pessoas casa dentro do mesmo grupo étnico, e mal são conhecidos, pelo menos em Portugal, casais do mesmo sexo que pretendam casar. Ou o argumento da quase *universalidade* das regras de distinção racial e de distinção pela orientação sexual. Uma última semelhança é que quer a exigência histórica do casamento inter-racial, quer a exigência nos nossos dias do casamento homossexual se integram nos «movimentos sociais» da «igualdade», com papéis predominantes desempenhados por associações representativas desses grupos discriminados, não raramente vistas, a dado momento, como associações «radicais». Esta filiação comum é bem documentada no art. 13.º CRP, na sua versão actual e *na história* da sua alteração.

³⁵ Curiosamente, o *Jornal de Notícias* de 3 de Outubro de 2007 publicou que a «miscigenação pode estar ligada à obesidade e à hipertensão». Mais um argumento científico contra o casamento entre pessoas de raças diferentes!

³⁶ A propósito de dados empíricos, não cabe aqui mais do que uma menção em nota a um dito supostamente factual, mas de facto acintoso, sobre os homossexuais. Alardeia-se que «os homossexuais são promíscuos». Quanto aos factos, o estereótipo construído sobre casos exemplares sem qualquer quantificação controlável deve ser sumariamente afastado num discurso que se queira sério. Ainda nos factos, aquele dito confunde o problema da «cultura» *masculina* de «predadores sexuais ávidos» com as «culturas» homossexuais, ignorando em absoluto o mundo lésbico. O acinte nasce da omissão de referência às centenas de bordéis e «casas de alterne» heterossexuais espalhadas pelo país.

³⁷ Isto é o cerne das ideias veiculadas pelo tópico *separate but equal*.

³⁸ *Le Lis Rouge*, de 1894.

Não encontramos, afinal, o menor desvio à analogia entre a proibição do casamento entre pessoas de raças diferentes e a proibição do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Um era proibido por unir num casal pessoas superiores e inferiores; outro é ainda proibido por *o casal* ser inferior. A história é a mesma, a explicação sociológica é a mesma, são os mesmos argumentos e as mesmas razões de *prudência*, em atenção ao interesse das crianças. O juízo de inconstitucionalidade não pode ser diferente. Embora nesta parte do parecer nos preocupemos mais com a argumentação a usar do que com a solução propriamente dita, a verdade é que acabamos por deparar com uma analogia que, só por si, funda um juízo de inconstitucionalidade.³⁹

A terceira analogia suscitada pela questão constitucional do casamento entre pessoas do mesmo sexo chama à colação os chamados impedimentos dirimentes relativos por parentesco próximo ou afinidade, ou seja, a expressão legal da condenação do incesto. Não se questiona a constitucionalidade destas proibições. A analogia é invocada pelos opositores do casamento homossexual no sentido de que, tal como a proibição do incesto é constitucionalmente válida, também a proibição do casamento homossexual assim seria. Por outras palavras, se a proibição do casamento entre pessoas do mesmo sexo fosse inconstitucional, teríamos de concluir pelo absurdo de também a proibição do incesto o ser. Na verdade, a formulação mais comum alega com o efeito dominó que, da aceitação hoje do casamento homossexual, nos levaria a seguir ao casamento incestuoso. Os argumentos de efeito dominó são falaciosos, pois ocultam a necessidade de tomar *várias* decisões. Cada uma deve ser fundamentada por si. Pelo contrário, o argumento analógico puro deve ser considerado.

Depois do que acabámos de expor sobre a relação entre o casamento homossexual e o casamento entre pessoas de raças diferentes, porém, deve ser claro que falha a analogia relativamente ao incesto. O incesto promove juízos negativos sobre actos, só mediatamente sobre as pessoas que os praticam, ao contrário do racismo e da homofobia. Simetricamente, mas mais importante, um afecto incestuoso não é uma condição *identitária*, ao contrário da raça e da orientação sexual. A orientação sexual, como a etnia, identifica cada pessoa como membro de um grupo socialmente distinto e permanece, tendencialmente, ao longo de toda a vida dessa pessoa. Faz parte daquilo a que cada um chama *a sua natureza*. A autocensura de um amor incestuoso corresponde ao juízo de que se comete um erro; a autocensura de um amor homossexual corresponderia ao juízo de que se *é* um erro. Por isso, a proibição do casamento homossexual, ao alimentar este juízo, lesa muito mais o «desenvolvimento da personalidade», para usar a expressão constitucional, do que a proibição do casamento incestuoso. A proibição do casamento *gay* ou lésbico também não pode deixar de ser sentida pelos visados como momento de um *processo social geral* de discriminação, e é acrescidamente lesiva por causa disso. Do mesmo modo, a falta de paralelismo histórico e político entre o incesto e a homossexualidade é total. O incesto é tema literário e académico, não é objecto de perseguições organizadas nem bandeira de movimentos reivindicativos. Por fim, nos nossos dias, a proibição do incesto

³⁹ Há um ou dois lapsos argumentativos a que nos referimos mais à frente e que, se não fossem lapsos, poderiam impedir esta analogia. Mas são lapsos. O mais claro respeita à «função do casamento», que não deixa de ser, encapotadamente, um argumento de natureza das coisas, já referido. Não é essa, porém, a origem do lapso.

consanguíneo tentará fundamentar-se acima de tudo em considerações eugénicas, não em dificuldades educativas ou de integração social das crianças.

Em suma, o casamento entre pessoas do mesmo sexo está para o casamento heterossexual como o casamento civil esteve para o casamento religioso e o casamento inter-racial para o casamento intra-racial, mas não como o casamento incestuoso para os restantes.

e) Conceitos, concepções, institutos e definições

A apreciação da inconstitucionalidade da proibição do casamento entre pessoas do mesmo sexo não deve evitar os argumentos *ex definitione*, muito usados contra as instâncias dos movimentos *gay* e lésbico. Já não se trata, claro, de equívocos conceptualistas em tentativa de deduzir soluções a partir de definições «científicas» pré-elaboradas com a máxima abstracção que se conseguisse.⁴⁰ Para lá desses equívocos, há bons e maus usos das definições em direito. Não nos esqueçamos de que não se faz direito sem palavras, as palavras têm de ser compreendidas, e as definições são bastantes vezes um bom caminho para essa compreensão. Não pretendemos sequer furtar-nos⁴¹ a mostrar que um conceito razoável de casamento, numa perspectiva de juristas, é por força compatível com o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Nesta alínea, apresenta-se apenas um dos pressupostos que temos por imprescindível ao trabalho com definições de figuras jurídicas como o casamento. Sirva de mote uma posição doutrinal publicada entre nós.

Rui Medeiros,⁴² em anotação ao art. 36.º CRP, sustenta que o casamento entre pessoas do mesmo sexo seria constitucionalmente *proibido*. A lei ordinária não poderia alargar o casamento a pessoas do mesmo sexo. A tese é curiosa pelo paradoxo de afirmar a proibição do casamento a um grupo de casais com base num excerto constitucional que dispõe que «todos têm o direito de contrair casamento em condições de plena igualdade». O autor não se limita a defender a proibição *apesar de* um texto permissivo ou *independentemente* dele; defende-a, aparentemente, *por causa* desse texto permissivo. Embora não conheçamos casos válidos deste verdadeiro argumento *ad contrarium*, chamemos-lhe assim, não excluimos completamente a sua viabilidade, pelo menos em situações imaginárias, dados os problemas gerais da interpretação. O ponto não releva de momento. Importa, sim, notar que o autor estriba a sua interpretação na teoria da «garantia de instituto». Dessa forma, comete o que a nosso ver são dois erros essencial-

⁴⁰ Para a crítica da «jurisprudência dos conceitos», cf., p. ex., K. Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, 3.ª ed., trad. José Lamego da 6.ª ed., FCG, Lisboa, 1997 (1991), pp. 21-44. Não acusamos, todavia, de conceptualismo os defensores da tese contrária à aqui exposta, de modo que a questão é irrelevante para o caso.

⁴¹ Mas não nesta alínea. Cf. *infra*, a al. a) da parte sobre o casamento como bem jurídico simbólico.

⁴² Em J. Miranda e R. Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, que se citou *supra*. Manda a honestidade que se reconheça não ser inequívoco que seja defendida nesse local a tese discutida no texto. Tivemos o privilégio de uma interpretação autêntica, que muito agradecemos, no sentido de que o Autor, naquelas páginas, terá apenas querido defender a não inconstitucionalidade dos artigos do Código Civil em causa, reconhecendo ao legislador a liberdade de alterá-los. Em qualquer caso, os argumentos seguintes valem também para esta posição, e a tese da proibição constitucional deve, em si mesma, ser refutada. G. Canotilho e V. Moreira, na *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, Coimbra Ed., Coimbra, 2007, sobre o mesmo art. 36.º, ao invocarem um «conceito histórico» de casamento (heterossexual), sujeitam-se praticamente às mesmas críticas que dirigimos no texto a R. Medeiros.

mente metodológicos. A teoria da garantia de instituto é em si mesma infundada, e os institutos nem sempre são como se supôs. Trata-se de duas objecções independentes.

A ideia de garantia de instituto, ou garantia institucional, surgiu pela pena de Martin Wolff em 1923, na vigência da Constituição de Weimar, e foi aprofundada por Carl Schmitt.⁴³ Visou teorizar a protecção constitucional da propriedade. A propriedade não existe sem o direito ou, pelo menos, alguma instituição análoga.⁴⁴ Ao contrário da vida, da integridade física, da expressão, da liberdade de facto, etc., a propriedade é já um produto dos ordenamentos jurídicos, que prevêem os seus pressupostos e estatuem o seu conteúdo e efeitos ulteriores. Sabendo-se que cabe ao legislador ordinário esse regime jurídico, como não podia deixar de ser,⁴⁵ impõe-se averiguar o que é que resta como objecto de protecção para a lei constitucional. A tese da garantia de instituto pretende que as constituições, ao surgirem, *recebem* um instituto da história e das leis civis então vigentes, e *garantem* a sua conservação. As constituições protegeriam, pois, a manutenção *do instituto* constante dos códigos civis do tempo da elaboração daquelas. Na versão de alguns autores, ao lado da garantia institucional reconhecer-se-ia ainda a garantia individual, em protecção das posições dos titulares dos direitos e deveres atribuídos pelo instituto em causa, com particular relevância para efeitos expropriativos. A ideia de garantia de instituto foi bem sucedida ao longo de várias décadas, designadamente junto dos tribunais constitucionais, mas as respectivas referências acabaram por tornar-se meramente nominais, na sequência de fragilidades detectadas por doutrina e jurisprudência.

Num livro recentíssimo,⁴⁶ M. Nogueira de Brito *arrasa* a tese da garantia de instituto. A obra tem a vantagem, na perspectiva do presente parecer, de se ocupar com o tema da propriedade, hoje menos «fracturante», contribuindo para a clareza e isenção. Mas a transposição é imediata. Apesar da exposição desenvolvida do autor, supomos admissível resumir em três pequenos parágrafos um número mais do que suficiente de argumentos que reclamam o abandono daquela doutrina. Os seus defeitos são o círculo vicioso que causa, o privilégio arbitrário de um instituto, o privilégio arbitrário do passado, o conservadorismo alheio à Constituição, a desconsideração das posições subjectivas e a desconsideração dos fins últimos dos institutos.

Conduz a um *círculo vicioso*, pois identifica a garantia constitucional relativa a um instituto com uma dada configuração do instituto, quando essa configuração legal, mesmo a anterior à Constituição, tem depois de ser aferida pela Constituição. A doutrina visada também vem *privilegiar um modo* de formação

⁴³ Sobre a garantia de instituto, apoiamo-nos essencialmente em M. Nogueira de Brito, *A Justificação Constitucional da Propriedade*, Almedina, Coimbra, 2007. O autor regressa ao tema num estudo para breve especificamente dedicado ao casamento, voltando a impugnar aquela doutrina. Ao defender a inacessibilidade do casamento aos homossexuais, usa um argumento de *função*, que também consideramos metodologicamente equivocado. Cf. a alínea seguinte deste parecer.

⁴⁴ Tem sentido configurar uma propriedade exclusivamente moral ou uma propriedade nos termos de um sistema prescritivo assumidamente terrorista (um *latrocinium*, no exemplo de St. Agostinho, em *A Cidade de Deus*, Livro IV, Cap. IV). Sobretudo quando não se tenha em vista apenas a propriedade sobre coisas corpóreas, são pensáveis propriedades lúdicas, heráldicas, rituais e na maioria das restantes instituições com regras desenvolvidas.

⁴⁵ Evidentemente, nunca se pensou o contrário em face da parte final do art. 62.º, n.º 1, CRP, já que a Constituição não contém qualquer regime da propriedade. O inciso reporta-se aos reflexos na propriedade das disposições constitucionais em matéria económica e social.

⁴⁶ *A Justificação...*, cit. *supra*, n. 43. O autor acrescenta as suas críticas às surgidas na Alemanha ao longo dos últimos 50 anos. Reporta-se a estudos de inúmeros autores e à jurisprudência do BVerfG, que veio a abandonar as consequências distintivas da garantia de instituto.

e um conteúdo de certa posição jurídica, quando outros modos de formação e outros conteúdos ainda reconhecidos como configurando a mesma posição jurídica, ou mesmo já outras posições jurídicas, podem carecer de idêntica tutela, sem que o seu conteúdo seja nalgum momento recebido pela Constituição. A garantia de instituto, ao apoiar-se na tradição, na história desse instituto, conduz à protecção de um sistema passado *com a única justificação de ser passado*, diminuindo as suas configurações presentes. A petrificação desse passado na Constituição exigiria uma revisão constitucional para alargar a garantia de situações jurídicas que o legislador ordinário é livre de alterar.

A garantia de instituto — vejamos aqui um traço mais subtil comum à propriedade e ao casamento — vem *preservar uma ordem económica e social pretérita* em relação à qual a Constituição pode ser neutra ou mesmo adversa. Os institutos jurídicos, entre outras coisas, configuram-se de modo mais ou menos adequado a produzir certos efeitos na vida social. Dar guarda constitucional apenas a certa modalidade originária do instituto é um modo de conservadorismo social que a Constituição pode não querer ou, pelo menos, não querer privilegiar. Apesar das diferentes versões, é ainda constante na teoria da garantia de instituto a ideia de protecção de uma parte do direito objectivo *independentemente das posições subjectivas dos respectivos titulares*. Este aspecto é pouco consentâneo com a redacção constitucional e com a inteligibilidade da garantia, que se vê intuitivamente como um modo de tutela das *peçoas* que são ou pretendem vir a ser titulares de certa posição jurídica (cf. a redacção dos arts. 36.º e 62.º CRP).

Dispensamo-nos de elencar argumentos específicos da tutela constitucional da propriedade. Há um, não obstante, que merece ser transposto. A propriedade é reconhecida como um *modo*, um *instrumento* para a realização da pessoa, para a sua formação responsável e para o exercício de liberdade (essencialmente patrimonial). Esses fins últimos reclamam o acesso das massas à propriedade, facilitando a sua aquisição, e porventura ainda o surgimento de novas formas da propriedade em sentido constitucional. O privilégio proprietário de uma minoria, a que o direito civil é pouco sensível, pode e deve ser corrigido ou atenuado através de intervenções legislativas. Uma garantia do *status quo* normativo embarçaria a correcção. O casamento, por seu turno, é também um *instrumento* para a realização da pessoa, para a sua formação responsável e, de modo notório na liberdade de casar ou não casar, para o exercício de liberdade (essencialmente pessoal). Estes fins últimos reclamam que o acesso ao casamento não seja restringido à maioria heterossexual. Impõe-se que a minoria homossexual possa, pelo menos *de iure*, ter o mesmo acesso. O estado social de direito, tal como obriga a que as massas tenham maior acesso ao que foi privilégio de uma minoria, proíbe que a maioria retenha para si modos jurídicos de cada um se sentir privilegiado.

O defeito mais visível da anotação de Rui Medeiros é a ausência de uma argumentação substancial. Na verdade, mesmo no espaço curto de uma anotação, exigir-se-ia que se considerasse quais os *valores, princípios ou objectivos* constitucionais que apontariam contra o casamento homossexual. O autor refugia-se num argumento de definição, sem dúvida lícito à partida, mas muito insuficiente. É preciso *tomar posição* no quadro constitucional, não basta dizer que o assunto já estava «resolvido» no Código Civil e na tradição, porque assim não se faz mais do que deslocar a pergunta para os valores, princípios ou objectivos (constitucionalmente aceitáveis)⁴⁷ que fundariam a «solução» da lei civil. Este defeito ainda resulta do arbítrio conatural à tese da garantia de instituto, mas incita-nos também a repensar o tipo de definição de casamento que foi usado. O autor tomou como definição de casamento a fórmula de uma *concepção* do casamento, em vez de olhar ao *conceito* de casamento. Ora, as diferentes concepções, seja do que for, *discutem-se* com argumentos normativos, de substância. Ao contrário do conceito, não são um dado analítico inerente ao bom uso de um termo. Como está demonstrado há algumas décadas, só são

⁴⁷ Se se perguntasse só pelas motivações historicamente subjacentes à tradição civil, como vimos, ficaríamos pela homofobia ou, com optimismo, por um preconceito mais suave resultante da ausência de informação disponível. Cf. *supra*, als. *b)* e *d)*, nesta a propósito da «natureza».

imediatamente imputáveis às constituições e às leis os conceitos, não as múltiplas concepções que eles permitem, pois só os conceitos são *significado* dos termos usados.

A distinção entre «conceitos» e «concepções» remonta a um muito citado estudo filosófico de W. B. Gallie, de 1956,⁴⁸ que também popularizou a ideia de «conceitos essencialmente contestados». O uso na linguagem corrente das palavras «conceito» e «concepção» dá já alguma ideia da diferença. Uma coisa é, por exemplo, o conceito de «bom livro»; outra coisa são as diferentes concepções com que se concretiza o que é um bom livro. Um bom livro é um livro emocionante, original, informado, provocador, divertido, que distraia? Um pouco de tudo isso? Um equilíbrio?... Gallie usou como exemplos principais de «conceitos essencialmente contestados», que seria necessário distinguir das respectivas concepções, os seguintes: «arte», «doutrina cristã», «democracia» e «justiça social». Todos estes conceitos são perspectivados pelo autor como conceitos valorativos (ou normativos), ao identificar em todos um sentido «positivo», envolvendo, pois, a ideia de bem. O estudo termina questionando se não farão parte do grupo os «conceitos normativos e apreciativos centrais da ética», a saber os conceitos de «dever» e de «bondade moral».

Uma das preocupações principais de Gallie foi a de discutir a *possibilidade* de se partilharem conceitos divergindo nas concepções.⁴⁹ O resultado prático desta possibilidade é que grupos distintos de pessoas aplicam sistematicamente certa palavra a categorias diferentes de objectos ou situações e, ainda assim, não estão a usar a palavra em sentidos diferentes. A *discordância* entre esses grupos de pessoas é verdadeira, não é uma logomaquia de trocar alhos com bugalhos. A distinção entre conceitos e concepções, note-se, não é um problema de vaguidade nem de ambiguidade das palavras. Pelo contrário, sem equívocos, o debate entre concepções pode ser um debate quanto a aspectos *centrais* da aplicação daquele conceito.⁵⁰ Trata-se do aspecto fulcral dos conceitos que admitem várias concepções, que incluem todos os conceitos normativos ou valorativos. Um aspecto também decisivo para a própria filosofia da linguagem e para uma série de pressupostos lógicos, visto demonstrar que o significado (a «intensão») de um termo nem sempre basta para determinar os casos da sua aplicação (a «extensão»).

A importância de separar as várias concepções de um conceito ficou famosa com a *Teoria da Justiça* de Rawls.⁵¹ O conceito de justiça admite concepções distintas, correlativas ao desacordo entre os membros de uma sociedade quanto aos princípios de atribuição de direitos e deveres básicos e de determinação do que seja uma distribuição adequada dos bens. O conceito de justiça é distinto das suas várias concepções e define-se pelo *papel* que os diversos conjuntos de princípios desempenham em comum. Permanece possível, pois, o acordo quanto a uma definição de justiça, desde que deixe em aberto as concretizações de ideias como as de discriminação arbitrária e de «equilíbrio adequado», de modo a que cada um possa interpretá-las de acordo com os «princípios de justiça» que aceita. A procura de harmonia e compatibilidade entre concepções encontra-se num passo seguinte.

Devemos perceber que a admissibilidade de concepções debatidas não respeita só a ideias profundas e centrais como a de justiça. Todas as palavras cuja aplicação seja determinada por valores ou regras, para lá das regras da linguagem, consentem diferentes concepções. Assim os termos «bem educado», «bonito», «ganhar um jogo», «negócio válido», «proprietário», «casado», «nacional», etc. Trata-se de palavras que medeiam entre certas realidades do mundo e certas reacções humanas adequadas. A aplicação destes termos é razão justificativa, é *fundamento* de certas reacções humanas.

⁴⁸ *Essentially contested concepts*, nos *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 56, 1956, pp. 167-198. A distinção entre conceitos e concepções é autónoma da ideia de haver «conceitos essencialmente contestados», *i.e.*, conceitos justamente com a função social e intelectual de promover o debate contínuo e humanamente *infindável* entre as suas concepções. Por nós, rejeitamos a contestabilidade essencial de alguns conceitos e temos por decisivamente iluminadora a distinção entre conceitos e concepções.

⁴⁹ A ideia do autor é que essa possibilidade se concretiza quando há um «modelo» ou «protótipo» indiscutível, mas passível de várias descrições razoáveis (acrescente-se: como todo o caso concreto) que, depois, levem a tentativas diferentes de aproximação ao modelo.

⁵⁰ Sugere-se a leitura muito clara de J. Waldron, *Vagueness in Law and Language. Some Philosophical Issues*, na *California Law Review*, n.º 82, 1994, pp. 509-540.

⁵¹ J. Rawls, *Uma teoria da justiça*, com *Prefácio à edição portuguesa*, trad. Carlos Pinto Correia, Presença, Lisboa, 1993 (1971). Cf. esp.¹⁶ as pp. 27-9, 33-4, mas a distinção perpassa todo o livro.

Especificamente em direito, estes termos medeiam entre os factos previstos nas normas e os respectivos efeitos. Vale a pena notar que tal especificidade semântica foi também assinalada pela tradição filosófica escandinava relativa ao tema a que hoje se chama dos «termos intermédios». Alguns autores, com o exagero típico do pensamento realista, sustentaram até que tais palavras não teriam sentido.⁵² O casamento era um dos objectos visados.

Chegando finalmente ao que conta, vemos que a distinção entre conceitos e concepções é essencial para a boa *interpretação e aplicação* da lei. Aqui, os estudos de Dworkin são os mais impositivos.⁵³ Permita-se a transcrição de um trecho acessível em que se trata o exemplo do conceito de *fairness*:

Suppose I tell my children simply that I expect them not to treat others unfairly. I no doubt have in mind, or could quickly bring to mind, examples of the conduct I mean to discourage, but I would not accept that my “meaning” was limited to these examples, for two reasons. First I would expect my children to apply my instructions to situations I had not and could not have thought about. Second, I stand ready to admit that some particular act I had thought was fair when I spoke was in fact unfair, or vice versa, if one of my children is able to convince me of that later; in that case I should want to say that my instructions covered the case he cited, not that I had changed my instructions. I might say that I meant the family to be guided by the *concept* of fairness, not by any specific *conception* of fairness I might have had in mind.⁵⁴

Dworkin prossegue explicando que o uso de «termos interpretativos» na Constituição não leva à aplicação das concepções que os constituintes tinham quanto a esses termos. O que se nos impõe hoje é o respeito pelo significado das palavras — o respeito pela letra da lei, como costumamos dizer — e, num plano posterior, a discussão substancial das concepções correctas quanto à sua aplicação. Essa discussão não ficou resolvida pelos constituintes senão nos casos em que concretizaram as ideias normativas. Quando não o fizeram, por não quererem ou não saberem,⁵⁵ são precisos valores e princípios que fundamentem as respectivas consequências. Este não é um problema de vaguidade, mas sim da discutibilidade da aplicação de um termo que compreendemos para lá dessa aplicação.

De tudo isto, retira-se o erro metodológico dos autores que pressupuseram que a Constituição recebeu um conceito histórico de casamento. O *conceito* de casamento, de facto, é um produto histórico, como o significado de qualquer palavra, e entra na Constituição ao ser usada a palavra ou um seu sinónimo. Mas esse conceito não inclui a *concepção* da lei civil e da história juscultural precedente. Em linguagem comum, o que define o casamento são os seus *efeitos jurí-*

⁵² Cf. A. Wedberg, *Some Problems in the Legal Analysis of Legal Science*, *Theoria*, n.º 17, 1951, pp. 246-75, e o famoso artigo de Alf Ross, *Tû-tû*, publicado designadamente na *Harvard Law Review*, n.º 70, 1957, pp. 812-825. Os autores preocupam-se com termos jurídicos como «propriedade», «crédito», «território», «nacionalidade» e «casamento». Para uma visão actual e já aceitável nas suas consequências, cf. L. Lindahl, *Deduction and Justification in the Law. The Role of Legal Terms and Concepts*, na *Ratio Juris*, vol. 17/2, 2004, 182-202.

⁵³ Cf. *Law's Empire*, reimpr., Hart, Oxford, 1998 (1986), esp.ª pp. 45-74 e 90-112. Numa formulação simples, mas já preocupada com as questões de interpretação constitucional, a ideia já surgia em *The Jurisprudence of Richard Nixon*, um artigo na *New York Review of Books*, vol. 18/8, 1972. A este género de conceitos, Dworkin chamou «conceitos interpretativos». A ligação essencial entre normatividade e interpretação vem justamente criticada por Castanheira Neves em *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*, Coimbra Ed., 2003, com síntese nas pp. 363-8.

⁵⁴ O trecho aparece quer no artigo da NYRB quer no *Law's Empire*

⁵⁵ Cf. o paralelo das múltiplas razões para haver «lacunas da lei», *v.g.*, em B. Machado, *Introdução*, cit., pp. 192-3.

dicos, que veremos não se reduzirem a um conjunto de direitos e obrigações, não são as *situações de facto* qualificáveis como casamento. O casamento civil é casamento, apesar de ter surgido numa alteração radical dos pressupostos de facto da figura, porque mantém os direitos, as obrigações e a normatividade simbólica original. O que a Constituição garante a todos são esses efeitos deonticos e simbólicos, ou os decisivos entre eles, e não a manutenção dos requisitos do casamento. A estes, cabe avaliá-los à luz dos valores constitucionais.

Do mesmo modo, o casamento entre pessoas do mesmo sexo é casamento. Entre quem aceita o casamento homossexual e quem o recusar, não há uma falsa discussão resultante de equívocos terminológicos. As pessoas não estão simplesmente a usar a mesma palavra com um sentido diferente. Nesse caso, *a discussão seria ininteligível*. Na verdade, todos compreendemos que, na Holanda, na Bélgica, em Espanha, no estado do Massachusetts, na África do Sul e no Canadá, os homossexuais podem *casar*. Não se trata de outra instituição, de uma figura análoga ao casamento. Essa foi a saída discriminatória noutras paragens. Não há um argumento «analítico» para negação do casamento aos homossexuais pela simples razão de que todos sabemos que é *logicamente possível* que os homossexuais casem. Basta o reconhecimento de uma inconstitucionalidade nas regras do Código Civil ou uma alteração legislativa das mesmas.

Quem põe aspas no “casamento” entre pessoas do mesmo sexo não tem dúvidas sinceras quanto à aplicabilidade do termo, antes pretende distinguir pessoas numa questão que não é de *meras* palavras. Noutra maneira de dizer ainda, o objecto do *direito fundamental* é o *bem jurídico normativo do casamento*,⁵⁶ não são as condições de facto da sua aquisição. Quanto a estas, a Lei Fundamental dispõe simplesmente que todos têm o direito de casar, em igualdade, cometendo ao legislador ordinário, em respeito dos princípios constitucionais, a determinação dos demais requisitos (no art. 36.º, n.º 2).

Cumprir notar que o erro de confundir o conceito com uma sua concepção manter-se-ia mesmo que fosse correcta a tese da «garantia de instituto». O instituto a garantir seriam as regras quanto a efeitos do casamento,⁵⁷ e o seu único pressuposto conceptual é que os efeitos se estabeleçam entre *pessoas*. Em qualquer caso, além do erro da doutrina da garantia institucional, concluímos ainda que não há qualquer argumento *ex definitione* contra o casamento homossexual. Adiante se concluirá, pelo contrário, que a definição de casamento relevante para a apreciação do Tribunal Constitucional acolhe naturalmente essa solução.

⁵⁶ *Jurídico*, porque é um bem protegido pelo direito; *normativo*, porque a sua existência é já produto de normas.

⁵⁷ É muito provável que alguns dos efeitos legais do casamento façam apenas parte de uma concepção, não do conceito de casamento, levando à distinção difícil entre *essentialia* e *accidentalia negotii* e às questões de vaguidade, que também resultam da usual natureza tipológica ou prototípica de vários *nomina* legais.

f) Função, finalidade e funcionalismo

As ideias de função e finalidade são essenciais ao pensamento jurídico, como a muitos outros. A finalidade respeita principalmente a actos ou a objectos projectados no futuro; a função, sobretudo a objectos na sua realidade constante. Em qualquer dos casos, relaciona-se uma entidade com um seu efeito desejado ou desejável. Para os nossos propósitos, interessa a proximidade entre ambas, não a distinção. Não se confunde a finalidade de uma lei com o seu fundamento ou justificação, a *ratio legis*. O *porquê* da lei inclui mas ultrapassa o *para quê*⁵⁸ A respeito do casamento homossexual, devem ponderar-se eventuais finalidades ou funções do casamento ou das leis do casamento que o favoreçam ou contrariem. A dificuldade metodológica reside na tendência para ver finalidades onde elas não existem, para exigir uma finalidade onde o fundamento é de outra índole e para ver como necessárias certas funções contingentes.

Nem todas as coisas têm função. Por exemplo, o direito, a moral, a religião e a própria ciência não têm função nenhuma. São condições existenciais da pessoa e incluem em si os seus fins últimos. Tem de ter-se cuidado, decerto, com o que se quer dizer. Se virmos o direito numa perspectiva «sociológica», como práticas e atitudes de imposição e permissão que invocam referentes como «o direito», «a lei» ou «os tribunais», estaremos a considerar um *facto social delimitado* que tem patentes funções, também em sentido sociológico, de satisfação de expectativas e cooperação social, entre outras menos agradáveis. Para os juristas, porém, o direito é outra coisa. *Grosso modo*, é o conjunto de regras e princípios que devem ser feitos valer pelos juizes e entidades semelhantes. Este conjunto que ora impõe, ora permite, não tem função alguma, é apenas um problema humano inarredável da vida de uns com os outros. A tese contrária tende a acabar numa concepção instrumental ou tecnológica do direito, ingénua no que deixa passar sem ver, nociva na redução eficientista que acaba por induzir na prática jurídica.⁵⁹ A ingenuidade simétrica de entender que o direito teria por fins «a justiça» e «a segurança» ignora que a segurança e a confiança são princípios jurídicos como muitos outros, *internos* ao sistema, e que a justiça ou é a totalidade dos valores e princípios juridicamente atendíveis,⁶⁰ ou é a parte desses princípios que oferece soluções independentemente de algum facto empírico com significado regulativo.

Do mesmo modo, alguns conceitos incluem, e outros conceitos não incluem uma ideia de função. O conceito de «berbequim» inclui uma função, os conceitos de «pentágono» e de «anémoma» não incluem função alguma. Dir-se-ia haver aqui uma distinção profunda entre artefactos e objectos naturais ou matemáticos, mas a verdade é que também com frequência se conceptualizam as criações humanas sem intermédio de uma função,⁶¹ umas vezes por serem referidas apenas em resultado da substância que as compõe (como o «aço», uma invenção com poucos séculos), outras vezes por as palavras que as designam indicarem uma estrutura de maior complexidade cuja utilização é deixada em aberto (como a «roda» e o «computador»).

Quanto às normas jurídicas — evidentemente, o que nos preocupa — a ideia de que a todas e cada uma delas subjazeria uma função ou uma finalidade pode hoje ter-se por anacrónica.⁶² A regra do art. 795.º, n.º 1, CC, para usar um exemplo importante para os civilistas, não tem finalidade

⁵⁸ A finalidade (teleologia) da lei é assim rigorosamente delimitada, *v.g.*, por O. Ascensão, *O Direito*, cit., pp. 399-403.

⁵⁹ Cf. Castanheira Neves, *Metodologia jurídica. Problemas fundamentais*, Coimbra Ed., Coimbra, 1993, pp. 54-70.

⁶⁰ Por isso mesmo, as referências constitucionais à «justiça» ou designam outra coisa (como porventura no art. 202.º), ou são as mais radicalmente abertas de todas as cláusulas gerais (como talvez no art. 266.º).

⁶¹ Sugerem-se os artigos de Grandy, Sperber e Bloom em E. Margolis e S. Lawrence (org.), *Creations of the Mind. Theories of Artifacts and their Representation*, Oxford Univ., Oxford, 2007, pp. 18-32, 124-137 e 150-6, respectivamente.

⁶² Cf. K. Engisch, *Introdução ao pensamento jurídico*, 6.ª ed., trad. J. B. Machado da 8.ª ed., FCG, Lisboa, 1988 (1983), p. 141. Recolhe-se de J. Esser, *Grundsatz und Norm*, 4.ª ed., Mohr Siebeck, Tubinga, 1990 (1.ª ed. de 1956), 90-1, a noção do erro que estaria tb. em pensar que, para cada norma, se disponibilizaria um princípio.

alguma. Impossibilitando-se a prestação devida, fica igualmente desobrigada a contraparte da relação sinalagmática, com direito à restituição se já tiver prestado. Esta solução, tanto quanto se sabe universal, *não tem a finalidade* de permitir à contraparte realizar outros contratos ou aplicar o seu tempo e património de outras maneiras. Isso é o que decorre conceptualmente⁶³ de se extinguir a obrigação, e a extinção da obrigação é o *estatuído*, não o *visado* por aquela regra. O art. 795.º, n.º 1, procede directamente do sinalagma, com considerações jurídicas de razoabilidade e bom-senso em seu apoio. Em última análise, funda-se na autonomia privada e noutros princípios que atribuam competência para o estabelecimento de relações sinalagmáticas, mas não num qualquer projecto de intervenção social. Por sua vez, se quisermos ser insistentes, a autonomia privada decorre da liberdade e auto-responsabilidade, está longe de ser um mero instrumento para o mercado.

A ausência de função também é detectável em institutos jurídicos no seu todo e nos objectos por eles criados. As sociedades anónimas estão para o direito patrimonial como os computadores para as nossas profissões e vidas privadas. Uma sociedade anónima é um dispositivo de produção de efeitos jurídicos. Assim estatui a lei. As suas funções, pelo contrário, ficam muito em aberto,⁶⁴ indo desde a limitação de responsabilidade dos empresários seus donos à formalização de processos decisórios respeitantes a várias pessoas, à separação de actividades dos sócios e à estruturação de clubes desportivos, para não falar de funções menos nobres como a evitação fiscal ou a ocultação de interesses, que podem inclusive ser legítimas. Veja-se que nenhuma destas funções é necessária, podendo sempre ser suprimida num caso concreto ou conjunto de casos, nomeadamente por contrato. As sociedades comerciais são um *instrumento de utilização genérica*, disponibilizado aos sujeitos de direito enquanto houver interessados no seu aproveitamento lícito.⁶⁵

Passa-se o mesmo na esfera não patrimonial. Os direitos morais de autor não *visam* a protecção dos autores. São uma protecção dos autores em homenagem ao seu papel criador e em respeito de uma manifestação da sua personalidade. Podem depois ser usados para conseguir fins variáveis. Os direitos de personalidade propriamente ditos, na sua regulação civil, também não são funcionalizados. Decorrem mais ou menos directamente da concepção da pessoa como ser digno de respeito, concretizando alguns modos de conseguir esse respeito.

Há um aspecto do conteúdo do casamento que não custa considerar uma sua «função». O casamento *garante* cada um dos cônjuges contra o outro ou contra os sucessores do outro em caso de cessação da vida em comum. Fá-lo através dos efeitos sucessórios, do regime do divórcio, dos regimes de bens designados «de comunhão» e do chamado «dever de assistência», sobretudo pelo dever de alimentos. O aspecto tem importância prática óbvia, essencialmente patrimonial, e não deve ser ignorado. A ideia de «garantia» ou «segurança» dada pelo casamento surge inclusive no senso comum. Trata-se de uma função de cada casamento, sujeita a alguma variação devido à diversidade dos regimes de bens. Na perspectiva da lei, a garantia é disponibilizada aos eventuais nubentes, conforme opção destes. Não pode, então, dizer-se propriamente que a lei tenha por finalidade essa garantia, quer por deixar aos casais a liberdade de criá-la e conformá-la, conforme decidam ou não casar e conforme o regime de bens por que optem, quer por se tratar directamente de *efeitos* das regras legais, e não de uma teleologia.

⁶³ Dispensamo-nos de considerar pormenores como o das prestações inaproveitáveis, insusceptíveis de restituição, não patrimoniais, etc., que agora não vêm ao caso.

⁶⁴ Dada a possibilidade de «sociedades civis sob forma comercial», só podiam originariamente surgir problemas de licitude a partir do momento em que a sociedade não se destinasse a gerar lucros. Hoje, provavelmente, nem isso.

⁶⁵ Não é impossível dizer-se o mesmo sobre a propriedade, que se inseriu nos sistemas económico-sociais mais variados e cujos objectos abrangem historicamente desde os escravos às obras de arte, aos terrenos agrícolas e aos objectos de valor estritamente pessoal. Certas argumentações sobre a propriedade ficaram presas a alguns desses objectos, designadamente aos escravos (cf. M. Nogueira de Brito, *A Justificação*, cit., no Cap. II da Parte I).

Para além disso, o casamento, na sua feição jurídica, não tem função nenhuma que o individualize. Podem agora utilizar-se as precisões dos parágrafos antecedentes e ainda a distinção entre um sentido normativo de função⁶⁶ e um sentido meramente histórico ou explicativo. Se quiséssemos explicar as origens, no séc. XVI, do casamento obrigatoriamente formalizado, que hoje temos em vista, não seria difícil ver-lhe uma função de controlo régio⁶⁷ sobre os relacionamentos familiares e os mecanismos sucessórios, nomeadamente através da distinção entre filhos legítimos e bastardos. Um ponto de vista análogo sobre o casamento civil, no séc. XIX, levaria a ponderar a função de limitação do poder das igrejas pelos estados, certamente mais significativa do que uma eventual resposta a reivindicações de minorias religiosas ou ateias. Noutros casamentos, noutros espaços históricos ou geográficos, outras funções políticas e sociais avultariam. Para compreender hoje as leis na sua validade normativa, tais explicações contam pouco ou nada. A função do casamento teria de ser um elemento operativo para a boa decisão dos casos, revelando-se nas próprias leis ordinárias ou noutros lugares do sistema. Em direito, interessa o que o casamento deve ser, muito mais do que aquilo que é ou foi.

Seria um lapso ver como função ou finalidade da instituição legal do casamento o incentivo à criação de «comunhões plenas de vida», na expressão legal. A começar, pelo motivo óbvio de que o casamento não é um bónus legal feito de privilégios e benesses. O art. 1672.º CC, num tom meio sombrio, até apresenta o conteúdo da relação matrimonial apenas pelo lado dos *deveres* dos cônjuges. Logo, o casamento não é um incentivo. Depois, porque a comunhão de vida é, normalmente, o que desejam nubentes e candidatos à união de facto. Não é de esperar que se sintam incentivados a isso por causa do casamento. Acima de tudo, não pode reconhecer-se aquela finalidade legal porque a comunhão de vida *não é um valor em si*, tendo apenas o valor que lhe queira ser atribuído pelos respectivos sujeitos para a sua realização pessoal. Em cada concreto casamento, a comunhão de vida também não é uma finalidade normativa perceptível. No seu correlato jurídico de imperativo e simbologia, e no que caiba dentro desse correlato, a comunhão de vida é o *conteúdo* do contrato matrimonial, expresso nos deveres dos cônjuges e no sentido simbólico que os acompanha. Para lá desse conteúdo, a maior ou menor comunhão de vida fica à liberdade individual e conjunta dos cônjuges, no espaço protegido da sua privacidade e intimidade, não fazendo o direito projectos à margem de tal liberdade.

De qualquer maneira, ser ou não a comunhão de vida função do casamento pouco importa para os casais do mesmo sexo. Eles reclamam, justamente, para as comunhões plenas de vida que têm ou planeiam ter, a juridicidade que o casamento dá. O tema da função do casamento, quando usado contra as pretensões dos casais *gay* ou lésbicos, é a invocação de uma *função procriativa*. «Procriativa», no sentido restrito da geração de filhos biologicamente comuns.

⁶⁶ Que é o sentido próprio de função. Assim é notado por J. Searle mesmo quando falamos de funções biológicas ou técnicas (*The construction of social reality*, Free Press, Nova Iorque, 1995, pp. 13-23). Teses em sentido contrário acabam em reduções demasiado restritivas e, em última análise, deslocadas. Um exemplo será R. Millikan, *Language. A Biological Model*, Oxford Univ., Oxford, 2005, pp. 139-165, que reduz a função a uma cadeia causal histórica com efeitos selectivos.

⁶⁷ Ou, em qualquer caso, pelo *status quo* social dominante.

Como se sabe, há vários obstáculos na lei à tese da função procriativa do casamento, que aqui se arrolam sem desvio dos ensinamentos tradicionais:

- i) Os subefeitos jurídicos do casamento, sejam eles sucessórios, de segurança social, no direito do arrendamento ou outros, não ficam prejudicados pela inexistência de filhos, mesmo que intencional;
- ii) A Constituição de 1976 veda a distinção entre filhos legítimos e ilegítimos;
- iii) A esterilidade de um ou ambos os cônjuges, ou mesmo de um cônjuge *com* o outro,⁶⁸ não é impedimento matrimonial, dirimente ou impediante, nem mesmo quando declarada ou do conhecimento público; o mesmo vale para a impotência sexual e para as incompatibilidades por razões eugénicas;
- iv) Não é motivo de anulação o erro quanto à esterilidade do outro cônjuge, quando indesculpável ou presumivelmente irrelevante para a formação da vontade de casar;
- v) A esterilidade superveniente não é fundamento de divórcio litigioso;
- vi) O uso de contraceptivos contra a vontade do cônjuge, por si, também não fundamenta o divórcio litigioso;⁶⁹
- vii) O acordo entre os nubentes no sentido de não ter filhos não vale como *pactum simulationis*;
- viii) Não há idade limite para casar;
- ix) Reconhecem-se os casamentos urgentes por perigo de morte e *in articulo mortis*.

Valerá a pena frisar um ou dois aspectos. A vontade inicial e constante dos cônjuges no sentido de não terem filhos não é um acordo simulatório, porque não nega o próprio casamento. A irrelevância da esterilidade *stricto sensu* ou eugénica não pode ser vista como «exceção», motivada pelo respeito da privacidade dos nubentes ou cônjuges, a uma suposta função procriativa do casamento, já que se mantém em sede de anulação ou divórcio, quando toda a privacidade conjugal é devassada. Os casamentos em idades estéreis são frequentes e, pela sua relevância, têm inclusive previsão legal (cf. art. 1720.º, n.º 1, al. b), CC).

Contra a tese de uma função procriativa do casamento argumentativamente atendível, importa sobretudo explorar a falta de consequências da inexistência de filhos nos efeitos directos e indirectos do casamento. Na verdade, toda a tentativa de dar importância argumentativa a uma *função* do casamento ou de outro instituto jurídico está comprometida com, pelo menos, um módico de utilitarismo. Ora o utilitarismo, na sua busca incessante pela eficiência, exige alguma espécie de «remuneração pelos resultados», *i.e.*, justamente o contrário do que se passa com a falta de reflexos da inexistência de filhos nos subefeitos do casamento.

Isto traz-nos aos óbices mais directos a esta doutrina. Como vimos quanto a um pensável incentivo à comunhão de vida, o casamento não é incentivo legal a coisa nenhuma, pois não consiste numa soma de benefícios com que possa incentivar-se alguém quanto a um resultado pré-identificável. O casamento é um bem jurídico, sim, mas radicalmente neutro quanto às finalidades dos nubentes. Perante cada concreto casamento, a intenção de ter filhos é juridicamente irrelevante.

⁶⁸ Pensamos nas popularmente chamadas «incompatibilidades de sangue», que têm uma etiologia clínica variada.

⁶⁹ Só o fundamentaria como eventual violação do «dever de respeito», o que sempre dependeria de factores acrescidos, designadamente da injustificabilidade, no caso concreto, do recurso à contracepção. A contracepção é justificável por razões eugénicas, pelo acordo prévio do cônjuge ou por quaisquer complicações objectivamente compreensíveis que os filhos trouxessem à vida de quem opta pela contracepção.

Acentuemos que não é certo que a criação e educação dos filhos biologicamente comuns seja um bem em si mesmo, alvo possível de uma intenção legal, ou pelo menos um bem distintivo. Lembre-se que a homossexualidade não limita as capacidades reprodutivas. Muitos homens homossexuais e talvez a maioria das lésbicas têm filhos biológicos. O facto de estes filhos terem sido gerados numa relação heterossexual, num acto heterossexual isolado, numa fertilização *in vitro* ou serem adoptivos em nada releva para a sua dignidade de protecção. Filhos de homossexuais ou de heterossexuais, a adequação do casamento para a sua criação e educação não poderia restringir-se aos casos em que os cônjuges são os seus progenitores. Se alguma finalidade devesse imputar-se ao casamento quanto a filhos, em termos legal e valorativamente dignos de menção, sempre *teria de respeitar à criação e educação de quaisquer filhos*, mesmo que não biologicamente comuns aos cônjuges. A isso impõe, aliás, a consagração legal e constitucional da superioridade do interesse das crianças em litígios quanto à tutela de menores.

Mas deve abalar-se mais profundamente a compreensão funcionalista do casamento. A simples consagração de um direito fundamental ao casamento vai enquadrar o nosso instituto em fins últimos de realização da pessoa e de livre desenvolvimento da sua personalidade. Estes fins últimos, comuns a várias criações legais, excluem o acantonamento do matrimónio numa instrumentalização ao serviço de fins sociais visados pelo legislador. Excluem, por assim dizer, uma visão consequencialista social do casamento. Daí que o casamento se sujeite em absoluto à liberdade comum dos cônjuges, salvo eventuais direitos de terceiros. O casamento é instrumental, de facto, mas instrumental de uma pluralidade aberta de fins que cabe aos cônjuges escolher. Não tem, pois, nenhuma função inerente.

Daqui resulta ainda a possibilidade de voltar a olhar para os casos de alguma forma menos típicos, que ainda há pouco listámos, de casamento sem filhos. A crença erradíssima de que esses casos seriam «excepcionais» provém de o casamento com filhos, nascidos de uma relação amorosa pública e duradoura, ser um protótipo cultural,⁷⁰ ou seja, uma imagem preferencialmente associada ao conceito de casamento, desde logo em descrições ficcionais ou de embelezamento do real. Contudo, o casamento não é nem nunca poderia ter sido o seu protótipo positivo, e o protótipo não precisa do casamento. O fundamento admissível da figura legal do casamento, no nosso quadro valorativo,⁷¹ é o de *pôr à disposição dos casais* um qualificativo de auto-identificação que traz associada aquela representação positiva, acrescido da atribuição por atacado de um conjunto de efeitos jurídicos comuns, a maior parte deles com a natureza de «garantia» que indicámos. O casamento não tem função porque o direito o entrega à livre determinação dos cônjuges para sua realização pessoal.

⁷⁰ Sobre protótipos, a título muito introdutório, sugere-se a entrada *Concepts*, na justamente famosa *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (<http://plato.stanford.edu>), as páginas 27-32 de P. Pais de Vasconcelos, *Contratos atípicos*, Almedina, Coimbra, 1995, ou, aprofundadamente, a Parte I de G. Lakoff, *Women, Fire and Dangerous Things. What Categories Reveal about the Mind*, University of Chicago, Chicago, 1987.

⁷¹ Ou seja, se quisermos, como devemos, excluir da compreensão jurídica presente do casamento, inclusive como direito fundamental, as cruzeiras do seu processo histórico.

g) *Terminologia: contrato e consenso*

Concluimos esta parte, que tem a argumentação como tema, com algumas linhas muito breves de chamada de atenção terminológica e de afastamento de confusões dispensáveis.

Pelo menos na linguagem dos direitos civis continentais, o casamento é a todos os títulos um contrato.⁷² Fora da dogmática comum, quem pretenda que o casamento não é um contrato não demonstra desconhecer o conceito de casamento, mas sim o de contrato. Em alternativa, evidentemente legítima, fica o uso do termo «contrato» num sentido mais próximo do da linguagem do senso comum, aliás corrente na filosofia política.

Falar de «contrato» envolve uma ambiguidade inócua. «Contrato» tanto designa o acto jurídico que produz certos efeitos quanto os efeitos por ele produzidos. À parte essa subtilidade, dizer que o casamento é um contrato exprime duas ideias muito simples. Em primeiro lugar, o casamento não surge de um acto de autoridade, nem de um facto involuntário, nem de uma situação prolongada no tempo. O casamento constitui-se num *acto*, mais ou menos instantâneo, de duas pessoas que ficam como sujeitos dos efeitos ou da relação jurídica assim criados. Esse acto é um acto *de linguagem*, faz-se por palavras ou outros sinais, e o sentido dessas palavras é justamente o de os seus dois autores se tornarem sujeitos daquela relação. Em segundo lugar, o casamento é um contrato porque *a falta de liberdade* dos nubentes,⁷³ sobretudo em casos de coacção ou de erro importante, leva à *invalidade* do acto praticado. Note-se que «consenso» não é um substituto perfeito para «contrato», na terminologia comum, porque o casamento está sujeito a uma *forma especial*, designadamente com a presença de um oficial público, não sendo, portanto, um contrato «meramente consensual».

O termo «contrato» não está, então, associado ao arbítrio na determinação dos efeitos do acto. Ou, se se preferir, isso não está aqui em causa. Pelo mesmo motivo, não há nenhuma incompatibilidade entre o casamento ser um contrato e ser uma instituição. O casamento é, obviamente, também uma instituição, e quem quiser dar ao termo «instituição» algum sentido mais carregado deve explicitá-lo com rigor. Não se julgue, no entanto, que o termo «contrato» esteja desprovido de alcance ideológico ou valorativo. Todo o contrato é *autodeterminação vinculativa em liberdade*, ou seja, determinação de efeitos jurídicos que se prolongam para além daquele momento, vinculam os autores da determinação, e que não se produzem ou que podem ser destruídos na falta factual de um mínimo liberdade. Nada impede, acresce, que os titulares de direitos correspondentes à vinculação sejam terceiros ou também terceiros.

⁷² Cf. autores tão diferentes como cf. M. Cordeiro, *Tratado*, cit., p. 254, e F. de Almeida, *Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico*, Almedina, Coimbra, 1992, v.g., 252-3.

⁷³ Permita-se sintetizar assim o problema dos «vícios da vontade ou da declaração», embora, p. ex., a simulação não seja um problema de falta de liberdade dos contraentes.

h) Distinção: casamento heterossexual e vida heterossexual em comum

Aparentemente, ninguém se lembraria de confundir o casamento heterossexual com a vida em comum de duas pessoas de sexo diferente afectiva e/ou sexualmente unidas. Referimo-nos *ao facto* da comunhão de vida, seja ela entre casados ou entre pessoas em «união de facto», facto esse que sempre se distingue da «relação jurídica» entre os casados. Contudo, essa confusão tem por vezes ocorrido. Alguma argumentação, contra a qual nos devemos precaver, apresenta razões respeitantes à vida heterossexual em comum como se se referissem ao casamento heterossexual. Diz-se, por exemplo, que é lícito ao Estado privilegiar situações em que os filhos sejam criados e educados pelos seus pais biológicos, vivendo estes numa comunhão plena. Passa-se em seguida, imperceptivelmente, para a afirmação de que seria lícito ao Estado privilegiar o casamento heterossexual. Não pode aceitar-se a equiparação das ideias. O casamento é um acto e os efeitos desse acto, não é a vida em comum. Uma compreensão do casamento, quer a esclarecer o respectivo conceito, quer a defender uma sua concepção, tem necessariamente de passar pela explicação das diferenças entre o casamento e o facto da comunhão.

Daqui resulta que o casamento é já um produto «do Estado» ou, mais correctamente, do Direito e/ou de outras normatividades. Em Portugal, o casamento constitui-se na presença do Estado, através dos seus funcionários. O que não depende do Estado é e será sempre, salvo algum totalitarismo, a comunhão de vida. Os homossexuais não pedem (hoje) que o Estado lhes conceda o direito à comunhão de vida, e ainda menos à vida em comum. Pedem apenas que o Estado lhes conceda a mesma normatividade que concede aos heterossexuais. Pedem-no, em nossa opinião, porque o Direito assim o exige.

i) Terminologia: indivíduo e pessoa

Esta questão terminológica poderia ocupar centenas de páginas. Contudo, em qualquer caso, «indivíduo» e «pessoa» designam as mesmas entidades. Não pode, pois, aceitar-se que certas posições sejam pejorativamente identificadas como «individualistas», por oposição a outras valorizadas como «personalistas», sem que se diga cuidadosamente o que é que as distingue.

O BEM JURÍDICO DO CASAMENTO E AS NORMAS VIOLADAS PELA SUA RECUSA

a) *Um bem jurídico simbólico*

Como começámos por dizer, o problema da constitucionalidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo não se reduz à opção de atribuir ou não certos direitos e deveres a certas pessoas. O fundo do problema, que na verdade gera o calor do debate público, é um dado tipo de reconhecimento e de legitimação, que passa pela admissibilidade de certa linguagem. A linguagem não é neutra, e ainda menos em direito,⁷⁴ do que decorrem, aliás, exigências do «moralmente correcto» e do «juridicamente correcto», para parafrasear o *slogan* ambivalente do «politicamente correcto». A própria Constituição proíbe «designações discriminatórias» (cf. art. 36.º, n.º 4), e a punição da injúria (cf. art. 181.º CP) exprime uma tradição ancestral do reconhecimento jurídico do peso das palavras, para não referir a relevância de actos de linguagem promissivos e directivos como a maioria dos contratos e das leis.⁷⁵

Demonstra-se a importância da *questão das palavras* nas posições mais depuradas e informadas contra o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Não se defende, agora, que os casais homossexuais tenham direitos e deveres diminuídos por comparação com os heterossexuais, embora talvez se lhes recuse ainda o automatismo de uma aquisição em conjunto num acto só, que não deixa de ter grande relevância.⁷⁶ O último reduto da tese oposta às exigências dos homossexuais é unicamente que estes casais não se *identifiquem* como pessoas casadas ou, numa derradeira subtilidade, como *propriamente casadas*. A luta pelas palavras não é constitucionalmente neutra, pois as palavras não são juridicamente neutras.

O casamento tem efeitos deonticos⁷⁷ variáveis. No plano patrimonial, p. ex., admite regimes no espectro completo desde a separação de bens à comunhão geral, embora mantendo sempre algum efeito de «garantia», como se viu.⁷⁸ Sendo o casamento um acto eminentemente pessoal, cabe então considerar estes efeitos. Ferreira de Almeida tem uma posição doutrinal muito significativa, ao defender na sua principal obra que o casamento é um negócio jurídico *sem objecto*.⁷⁹ A afirmação apoia-se nalguns aspectos específicos da construção do autor, mas, ainda assim, surpreende os juristas habituados à dogmática civil, que sempre esperam ver os contratos e outros negócios obrigarem a certos comportamentos ou, noutros casos, incidirem sobre coisas existentes para lá do direito. Nos quadros comuns das teorias civis, o objecto do casamento seria

⁷⁴ Cf. Menezes Cordeiro, *Tratado*, cit., 35-7, e *Introdução* a C.-W. Canaris, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, intr. e trad. M. Cordeiro, FCG, Lisboa, 1989 (1983), pp. XLII-XLIV e LXVII-LXX.

⁷⁵ Recordar-se que a primeira teoria compreensiva dos actos de linguagem («actos sociais») se deve a um jurista filósofo. Cf. A. Reinach, *Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechtes*, no *Jahrbuch für Philosophie und phänomenologische Forschung* n.º 1, 1913, pp. 685-847.

⁷⁶ Acabou por ser essa, com pouca felicidade, a posição do Tribunal Constitucional alemão a propósito do casamento homossexual. Cf. o sumário em R. Medeiros, anot. ao art. 36.º, in J. Miranda e R. Medeiros, cit.

⁷⁷ «Deonticos» tem o sentido de relativos a permissões e imperativos ou, na linguagem corrente, relativo a direitos e deveres (ou «obrigações»).

⁷⁸ *Supra*, na alínea f).

⁷⁹ *Texto e Enunciado*, cit., p. 382, n. 114. Cf. tb. p. 467, ainda no vol. I.

o «respeito», a «fidelidade», a «coabitação», a «cooperação» e a «assistência», todos constantes do art. 1672.º CC, que delimita os deveres dos cônjuges. A sensação de estranheza perante a tese de Ferreira de Almeida resulta de o autor não reconhecer esses actos e atitudes como o objecto do casamento. Pode produzir-se sensação semelhante perante os manuais de direito da família anglo-saxónicos, de um laconismo absoluto, quando não omissivos, no que toca a direitos e obrigações dos cônjuges. O casamento, nestes ordenamentos, não deixa, no entanto, de ser reconhecido como tal para efeitos de qualificação no direito conflitual português.

Na verdade, o casamento, como contrato, não se reduz aos deveres indicados no art. 1672.º, e muito menos à totalidade dos subefeitos conferidos pelas leis mais variadas, dos direitos sucessórios aos impedimentos de titulares de cargos públicos, passando por benefícios e malefícios fiscais. Estes epifenómenos jurídicos são muito contingentes, ao sabor da pena do legislador, e os deveres condensados no art. 1672.º — no que verdadeiramente acrescentem, p. ex., aos deveres que a dignidade das pessoas e uma relação de confiança recíproca podem fazer surgir entre quaisquer dois seres — esses deveres, dizíamos, também não esgotam o estado de casado. O «vínculo matrimonial» subsiste inclusive na separação judicial de pessoas e bens, quando só se mantém o «dever» de não cometer adultério. Pelo contrário, levar *demasiado a sério*⁸⁰ a imperatividade dos deveres conjugais, salvo para efeitos de divórcio litigioso e correspondentes responsabilidades, gera soluções contra-intuitivas e que autorizam invasões da esfera íntima, de constitucionalidade duvidosa.⁸¹

A redução deontológica do casamento é, pois, insuficiente. Falta o aspecto a que, não nos ocorrendo termo mais adequado, podemos chamar «simbólico». Contra o que supõem as teses imperativistas ou deonticistas,⁸² a lei e as entidades legalmente habilitadas não estabelecem apenas direitos, deveres e poderes, conferem também qualidades simbólicas. Trata-se de figuras que, para lá dos direitos e deveres que nalguns casos as acompanham, valem pelo seu reconhecimento social e pelas reacções sociais positivas, negativas ou de mera identificação que tipicamente desencadeiam. O Estado tem o poder, por vezes exclusivo, de atribuir estes bens simbólicos. Não faltam exemplos. Os «símbolos nacionais» (cf. art. 11.º CRP) são-no sem que a sua criação envolva quaisquer permissões ou deveres. Todos compreendemos o que são o hino e a bandeira nacionais, que não reduzimos a uma possível tutela protocolar ou penal. As condecorações que o Presidente da República confere (cf. art. 134.º, al. i), CRP) também não se analisam em quaisquer deveres e direitos. As muitas regras de competência quanto à atribuição de louvores ou repreensões são plenamente jurídicas. A figura da união de facto não é um *menos* em relação ao casamento apenas por produzir efeitos jurídicos diferenciados. A sua limitação verbal

⁸⁰ Para abusar do título do conhecido livro de Dworkin.

⁸¹ Esta a crítica corrente a alguns pontos mais conspícuos da construção de Jorge Pinheiro, *O Núcleo Intangível da Comunhão Conjugal. Os Deveres Conjugais Sexuais*, Almedina, Coimbra, 2004.

⁸² Exemplo das primeiras é a *Teoria Pura do Direito*, de H. Kelsen (2.ª ed., trad. J. B. Machado, Arménio Amado, Coimbra, 1984, original de 1960). As segundas são suas descendentes e têm um exemplo acabado português: cf. a primeira parte de D. Duarte, *A norma de legalidade procedimental administrativa*, Almedina, Coimbra, 2006.

ao campo do «facto», que não do direito, é uma diminuição em si mesma,⁸³ a que acresce o dizer-se «união», em vez de «comunhão».

A aparente frivolidade destes exemplos desaparece quando a distribuição de qualificativos com valor simbólico é confrontada com princípios constitucionais mais importantes. Em resposta a um pedido de esclarecimento sobre se, dado o seu juízo de inconstitucionalidade sobre a proibição do casamento entre pessoas do mesmo sexo,⁸⁴ seria suficiente um sistema de «uniões civis» com direitos e deveres iguais aos do casamento, o Tribunal Supremo do Massachusetts entendeu que «the history of our nation has demonstrated that separate is seldom, if ever, equal». O problema, na verdade, não é específico do seu país.⁸⁵

Dworkin põe o problema na unicidade das instituições, que vivem da linguagem, sustentando a admissibilidade jurídica e política do *casamento* homossexual pela impossibilidade de, de um momento para o outro, criar uma forma de compromisso entre duas pessoas com a mesma «intensidade de significado».⁸⁶

Com efeito, podemos identificar o estatuto simbólico do casamento através da *linguagem própria* que o acolhe, incluindo os termos que designam o acto ou a relação («casamento», «matrimónio», etc.) e as praxes que seguem o acto («lua-de-mel», «copo-de-água», «boda»), os que qualificam as pessoas pela relação («casado», «noivo», «padrinho», «viúvo», «divorciado», «marido», «mulher», «cunhado», «sogro», «primeira dama», etc.), a aplicabilidade aos casados de termos mais amplos com forte valor cultural («família», «afinidade») e as formas negativas ou meramente «técnicas» próprias de relações exteriores ou contrárias ao casamento («união de facto», «adultério», «bigamia», «amante», «concupino», «mancebia», etc.). A linguagem *positiva* própria do casamento participa de actos de reconhecimento pessoal.

A importância da linguagem para o casamento pode ainda confirmar-se através da *negação do casamento* que é um casamento simulado.⁸⁷ A simulação é possível mesmo a pessoas que vivam em união de facto.⁸⁸ O acordo simulatório significaria, para os concubinos, a recusa de se identificarem um perante o outro e socialmente como casados. O móbil de enganar um terceiro específico, nomeadamente algum serviço burocrático do Estado, completaria os requisitos da simulação. O casamento, na sua relevância incontestável, não deixa de viver sempre através de palavras.

Mais importante do que as palavras, o estatuto simbólico do casamento e a sua linguagem própria estão intrinsecamente *associados* — tanto na cultura popular, quanto na cultura erudita — a realidades sociais, psicológicas e afectivas de enorme relevância: o amor, o compromisso, a família e a constituição de família, a publicidade e oficialização, a exclusividade

⁸³ Incluindo este exemplo, cf. Castanheira Neves, *Questão-de-facto — questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica)*, vol. I, *A crise*, Almedina, Coimbra, 1967, pp. 30-41 (fora da nota).

⁸⁴ No caso *Goodridge v. Dept. of Public Health*, de 2003, facilmente acessível.

⁸⁵ Sem prejuízo de a validade do casamento homossexual depender, como é claro, das especificidades de cada sistema jurídico.

⁸⁶ Cf. *Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate*, Princeton Univ., Princeton, 2006, pp. 86-89, ou mesmo *Three Questions for America*, na *New York Review of Books*, vol. 53/14, 2006.

⁸⁷ O exemplo já surgiu na alínea *f) supra*.

⁸⁸ Em termos práticos, a prova teria de passar por algum documento.

sexual e amorosa, a coabitação e a economia comum são os mais notórios. Estes são elementos típicos do casamento, elementos esperáveis em pessoas casadas, embora possíveis sem ele.

A ser viável uma ponte entre o mundo normativo e o não normativo,⁸⁹ há-de fazer-se através de relações de analogia.⁹⁰ Analogia quanto ao que se faz, sente ou acredita em situações doutro modo distintas. Pode então dizer-se que o casamento *é* a relação *institucional* ou *normativa* que se define como um *análogo* à conjunção de todos ou parte destes aspectos típicos. O casamento é o análogo normativo a uma comunhão de vida sexualmente exclusiva e assumida em sociedade. Esta, ou outra semelhante, a definição de casamento que entendemos dever ter-se em vista para o problema de constitucionalidade.

Que fique claro, de novo,⁹¹ que a constituição biológica de família *é* elemento da analogia ou do protótipo cultural que constitui o símbolo-casamento. Contudo, (1) os elementos da analogia não são o símbolo que ela produz. Há comunhões de vida sem casamento e casamentos sem comunhão de vida. Depois, o aspecto decisivo de que (2) a constituição de família e o valor de família não se reduzem à família biológica. Por fim (3) nenhum dos elementos é, por si, essencial à analogia. Voltamos à questão na alínea seguinte.

Sublinhe-se ainda a importância do *amor* e a sua relação com o casamento na cultura dominante, visível não só em *clichés* como «casaram e viveram felizes para sempre» ou na oposição entre «casar por amor» e «um casamento de conveniência», mas também pela relação entre a duração possível do casamento, até à morte de um dos cônjuges, e o valor positivo atribuído ao «amor eterno». Sublinhe-se igualmente a importância da *legitimação social* conferida pelo casamento ao sexo e ao amor erótico. O estatuto simbólico do casamento está ainda associado à sua *liberdade* de celebração, embora dependente da presença de certos oficiais. A essencialidade da liberdade dos nubentes para o casamento é reconhecida em muitos passos legais, desde logo pela sua qualificação como contrato.⁹² Nada disto, é claro, define o casamento, mas trata-se de aspectos culturais que lhe *dão valor* e que, portanto, devem ser atendidos na respectiva compreensão como objecto de protecção constitucional.

A associação simbólica atribuída pelo Estado, com a sua linguagem própria, é um bem jurídico. Dadas as características desta instituição — como de outras — uma figura com os mesmos efeitos jurídicos do casamento e com forma de constituição e extinção idênticas, mas com *nome diferente*, seria uma figura jurídica distinta, atribuiria um bem jurídico diverso. Se a lei concedesse aos casais de pessoas do mesmo sexo o acesso a tal figura jurídica, mas não ao casamento, ainda estaria a negar a esses casais um bem jurídico de grande relevância.

Um casal de pessoas do mesmo sexo pode pretender a constituição da relação simbólica de casamento, num exercício de liberdade idêntico ao de um casal de pessoas de sexo diferente. Um casal que queira casar pretende a sua inclusão formal no âmbito de aplicação da linguagem própria do casamento e pretende, com isso, o acesso às representações e às expectativas sociais

⁸⁹ No aspecto mais importante, uma ponte entre o «dever» e o «ser».

⁹⁰ Nem outra era a tese principal de Kaufmann, *Analogie*, cit. *supra*, n. 21. A referência a um protótipo, na alínea *f)* *supra*, aponta no mesmo sentido.

⁹¹ Cf. *supra*, no último parágrafo da alínea *f)*.

⁹² No art. 1577.º CC e na doutrina que se referiu *supra*, na alínea *g)*.

típicas do casamento, as representações e expectativas de amor, compromisso, família e constituição de família, publicidade, oficialização, exclusividade, coabitação e economia comum. O estatuto social global correspondente a estas representações não pode ser obtido senão pelo casamento.

b) Ser igual

Não devíamos precisar de lembrar que nada impede que uma relação entre pessoas do mesmo sexo *seja*, em si mesma e à vista de todos, amor eterno, compromisso inquebrável, família e constituição de família, exclusividade sexual e amorosa, coabitação e economia comum. São conhecidas as afirmações pretensamente empíricas sobre a impossibilidade de algum ou de todos estes qualificativos nas relações entre pessoas do mesmo sexo, mas, nos dias que correm e com a informação facilmente disponível que temos, a ignorância ou má fé assim manifestada não pode ser aceite numa argumentação jurídica. Noutros casos, alega-se querer «tratar como desigual o que é desigual» com uma mera afirmação de evidência⁹³ da desigualdade. Aí, só podemos perguntar: desigual *em quê?*

O caso específico da negação da possibilidade da constituição de família numa relação homossexual assenta na redução errónea da «constituição de família» à geração em comum de filhos e, mais importante, na redução errónea da relação entre pais e filhos à dádiva dos gâmetas geradores de uma gravidez. Já expusemos os defeitos dessa visão.⁹⁴ Mesmo o legalismo mais acérrimo teria de negar estas concepções, em face das regras da filiação, do estabelecimento da filiação e da adopção. Numa perspectiva de direitos fundamentais, é ainda necessário verificar o *facto* das frequentes situações de homoparentalidade — para usar um termo das ciências sociais —, que existem estavelmente na nossa sociedade como em qualquer sociedade contemporânea não demasiado repressiva. Para mais uma analogia, não há *nenhuma* diferença entre um casamento de sexagenários heterossexuais ou homossexuais. A «constituição de família», por fim, é só um dos elementos de identificação jurídica e cultural do casamento. Os restantes não são menos valorizáveis.

Poderia alguém querer argumentar apenas com a *dúvida* quanto à possibilidade destes modos de relacionamento entre pessoas do mesmo sexo. Contudo, e por um lado, já não há hoje espaço para qualquer dúvida a este respeito. Por outro, como vimos,⁹⁵ o ónus da argumentação cabe à tese proibitiva do casamento homossexual.

Não havendo fundamento racional visível para distinguir as relações homossexuais das heterossexuais, as normas da lei ordinária que reservam o casamento para casais heterossexuais violam os arts. 13.º, n.ºs 1 e 2, e 36.º, n.º 1, da Constituição.

⁹³ *Supra*, na alínea *a)* da parte anterior.

⁹⁴ A que se soma o visto *supra*, na alínea *f)*.

⁹⁵ Alíneas *b)* e *c)* da parte sobre a argumentação, *supra*.

c) O casamento como bem de personalidade

A importância do casamento é a ligação indissociável deste, na cultura que temos, aos factores emocionais decisivos referidos ao longo do parecer. A limitação do acesso ao casamento é a supressão de uma possibilidade de sucesso emocional. A proibição do casamento homossexual viola, pois, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e o art. 26.º, n.º 1, da Constituição.

d) Proporcionalidade

O direito ao casamento é um direito, liberdade e garantia e não pode ser restringido ou, muito menos, suprimido, senão na medida necessária para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos (cf. art. 18.º, n.º 2, CRP). Ainda que assim não fosse, o princípio do estado de direito (cf. art. 2.º CRP) impõe, como é consensual, que haja um fundamento racional mínimo para a supressão de qualquer bem jurídico constitucionalmente relevante. Ora, não se consegue divisar qualquer motivo atendível para negar a um casal de pessoas do mesmo sexo o acesso ao bem jurídico do casamento. Não se imagina razão para privar os casais do mesmo sexo da linguagem positiva e das associações típicas do casamento. Não se vê justificação para recusar aos casais homossexuais este símbolo de grande relevância social. Pelo contrário, a restrição do casamento a pessoas de sexo diferente, tal como decorre das normas do Código Civil, só é *compreensível* como discriminação explícita destinada a promover uma modalidade de exclusão. Apesar de o ónus argumentativo estar com a posição oposta, negamos ainda algumas falácias que poderiam ser ensaiadas.

A atribuição do casamento aos casais homossexuais não altera o valor simbólico nem os deveres e obrigações dos cônjuges heterossexuais. Nem em Espanha, nem nos restantes países houve qualquer alteração do sentido do casamento com o seu alargamento a *gays* e lésbicas. Dada a diferença entre conceitos e concepções⁹⁶ e dada, afinal, a definição aceitável de casamento, a instituição em nada muda pela inclusão dos casais do mesmo sexo. É falacioso pensar que este bem simbólico *não pode* ser atribuído aos homossexuais porque, ao sê-lo, perderia a simbologia. Pelo contrário, a simbologia mantém-se em absoluto, e é por isso que os homossexuais pretendem o casamento.

A atribuição do casamento aos casais do mesmo sexo não contende com nenhuma função⁹⁷ que se quisesse ver associada à instituição do matrimónio. Ainda que se pensasse que a figura legal do casamento se destinaria a promover o relacionamento estável entre os progenitores biológicos e as suas crianças, o casamento homossexual em nada prejudica essa função relativamente aos casais com filhos biológicos. Nomeadamente, o facto de um dos cônjuges do

⁹⁶ Cf. *supra*, al. *e*).

⁹⁷ Cf. *supra*, al. *f*).

mesmo sexo ter um filho biológico em nada afecta a posição do outro progenitor biológico relativamente à criança. É impensável supor que o casamento homossexual viria de alguma forma diminuir o número ou a percentagem de crianças que são criadas e educadas com os seus pais biológicos.

A admissão do casamento homossexual não envolve qualquer aumento da intervenção do Estado na vida dos cidadãos. Como vimos,⁹⁸ o casamento de *gays* ou lésbicas pede apenas ao Estado a mesma intervenção nos seus projectos de vida em comum que é concedida aos heterossexuais. Os homossexuais não pretendem do Estado a comunhão de vida. Felizmente, hoje e entre nós, heterossexuais e homossexuais têm ou não vidas em comum e plenas comunhões de vida independentemente do Estado. O casamento homossexual consiste apenas na concessão pelo Estado aos homossexuais da mesma possibilidade de juridificação de projectos de comunhão de vida que é concedida aos heterossexuais.

O casamento de homossexuais também não acarreta para o Estado custos financeiros atendíveis. O aumento de valores a pagar como pensões de viuvez dificilmente será relevante, dada a presença minoritária dos homossexuais nas nossas sociedades. De qualquer modo, estes custos nunca satisfariam o requisito de proporcionalidade em relação à proibição do casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Dada a informação científica e as determinantes normativas disponíveis, não há lugar para qualquer liberdade de decisão do legislador quanto ao casamento entre pessoas do mesmo sexo.

A proibição do casamento homossexual viola, pois, o princípio da proporcionalidade em sentido próprio, tal como resulta do princípio do estado de direito democrático, constante do art. 2.º da Constituição, e a sua versão específica da exigência de fundamento constitucional para quaisquer restrições de direitos, liberdades e garantias, *ex vi* art. 18.º, n.º 2, da Constituição.

⁹⁸ Cf. *supra*, al. *h*).

CONCLUSÕES

Em síntese, cabe expor as seguintes conclusões:

1. O problema do casamento entre pessoas do mesmo sexo sujeita-se a sentimentos fortes de evidência, quer no sentido da sua inadmissibilidade, quer no da sua necessidade constitucional. O autor do presente parecer declara o seu sentimento de evidência no sentido da necessidade constitucional do casamento entre pessoas do mesmo sexo.
2. A evidência nunca é argumento válido para uma decisão jurídica.
3. Os sentimentos de evidência são, todavia, inevitáveis em questões normativas. Deve tentar assegurar-se que eles procedem do bom conhecimento dos casos a tratar.
4. À partida, as distinções normativas relativas aos homossexuais resultam, empiricamente falando, do fenómeno da homofobia, que é um enviesamento decisório.
5. Dada a causa social esperável, mas constitucionalmente proscribida, da proibição do casamento homossexual, o ónus argumentativo cabe à tese da não inconstitucionalidade da proibição. Na falta de uma argumentação segura no sentido de uma ou outra decisão, cabe decidir pela inconstitucionalidade.
6. O art. 13.º, n.º 2, CRP tem um efeito presuntivo, ao indicar os «casos flagrantes» ou «exemplos-padrão» de desigualdade ilícita.
7. Dada a menção da orientação sexual no art. 13.º, n.º 2, CRP, presume-se a inconstitucionalidade de todas as distinções legais formais ou substancialmente dependentes da orientação sexual. Por uma segunda razão, o ónus argumentativo cabe à tese da não inconstitucionalidade da proibição do casamento entre pessoas do mesmo sexo.
8. Dada a letra igualitária e permissiva do art. 36.º, n.º 1, CRP, há um terceiro fundamento jurídico para atribuir o ónus argumentativo à tese da não inconstitucionalidade do casamento homossexual.
9. O surgimento do casamento homossexual é historicamente análogo à introdução do casamento civil. Em qualquer dos casos, a alteração dos pressupostos de facto do casamento não alterou o fenómeno jurídico e social.
10. A proibição do casamento homossexual é um análogo perfeito da proibição do casamento entre pessoas de «raças» diferentes, quer nas suas circunstâncias sociais e históricas, quer nos argumentos irracionais usados, quer nos argumentos racionais disponíveis, quer nos efeitos jurídicos e de facto.

11. A analogia absoluta entre a proibição do casamento inter-racial e a proibição do casamento homossexual justifica, só por si e sem necessidade de mais argumentos, a inconstitucionalidade da proibição do casamento homossexual.
12. Não há analogia entre a proibição do casamento homossexual e a proibição do casamento incestuoso, porque o incesto não é uma condição identitária, permanente e socialmente marcada nas pessoas e porque são distintas as circunstâncias sociais e históricas da proibição do casamento incestuoso e os argumentos a seu favor.
13. A tese de que o casamento heterossexual gozaria de uma «garantia de instituto», através do art. 36.º, n.º 1, CRP é infundada por ser infundada a tese da garantia de instituto.
14. A tese da garantia de instituto gera um círculo vicioso normativo, o privilégio arbitrário de um instituto, o privilégio arbitrário do passado, um conservadorismo alheio à Constituição, a desconsideração das posições subjectivas, a desconsideração dos fins últimos dos institutos e uma vacuidade argumentativa.
15. A tese de que o conceito de «casamento» expresso no art. 36.º, n.º 1, CRP seria o casamento heterossexual, por condição histórica, confunde o conceito de casamento com as concepções de casamento.
16. O casamento exclusivamente heterossexual é uma concepção que se discute de acordo com valores e princípios jurídicos, *maxime* constitucionais.
17. Os termos normativos e institucionais, como todos, exprimem apenas um conceito. Não exprimem nenhuma das concepções que o conceito admite.
18. Dada a diferença entre conceitos e concepções, não há nenhum argumento *ex definitione* contra o casamento homossexual. Ao invés, a discussão subjacente e o presente caso seriam ininteligíveis se o casamento homossexual não fosse analiticamente possível.
19. Nem as leis do casamento nem os concretos casamentos se subordinam a uma finalidade ou função normativamente invocável, salvo um efeito de «garantia» de cada cônjuge contra o outro cônjuge e os seus sucessores para os casos de cessação da vida em comum.
20. Designadamente, nem as leis do casamento nem os casamentos têm uma função procriativa ou de produção de comunhões de vida pré-identificável e argumentativamente relevante.
21. Pelo contrário, o fundamento admissível da figura legal do casamento, no nosso quadro valorativo, é o de um dispositivo concedido para que, uma vez respeitado o seu conteúdo vinculativo, este seja livremente aproveitado pelos sujeitos do matrimónio na sua realização pessoal, relacional e social.

22. O casamento é um contrato, no sentido dogmático civil corrente de autodeterminação vinculativa em liberdade, e também uma instituição, enquanto facto social e normativo.
23. O casamento heterossexual ou homossexual não se confunde com as comunhões de vida heterossexuais ou homossexuais. Uma tese de exposição do conceito ou em defesa de uma concepção de casamento tem de lidar com esta diferença.
24. Os argumentos relativos a uma eventual bondade das uniões heterossexuais procriativas não valem como argumentos da especial bondade do casamento heterossexual.
25. A admissão do casamento homossexual só cria uma intervenção do Estado e do Direito na idêntica medida em que o faz o casamento heterossexual, naquilo que distingue ambos das comunhões de vida sem casamento.
26. Não há individualismo na mera elevação das pessoas concretas a sentido e fundamento de toda a construção jurídica.
27. O cerne da questão jurídica e política do casamento homossexual não são os efeitos jurídicos deônticos directos ou indirectos do casamento, mas sim o valor do casamento como qualificativo institucional autónomo («simbólico»).
28. O casamento é um bem jurídico simbólico pela vasta linguagem positiva que faculta e pelas reacções emocionais, práticas e epistémicas que justifica. O casamento é o análogo simbólico a uma comunhão de vida.
29. A união de um casal do mesmo sexo pode ser amor, compromisso, família e constituição de família, publicidade, oficialização, exclusividade, coabitação e economia comum, nos mesmos termos de uma união de um casal de sexos diferentes.
30. Não há nenhuma diferença validamente identificável entre os projectos de comunhão de vida homossexuais e os projectos heterossexuais.
31. Logo, a proibição do casamento entre pessoas do mesmo sexo viola directamente os arts. 13.º e 36.º, n.º 1, da Constituição.
32. Dada a natureza simbólica e o enquadramento cultural do casamento, a proibição do casamento entre pessoas do mesmo sexo viola o princípio do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, tal como resultante do art. 26.º, n.º 1, da Constituição.
33. Não há nenhum motivo racional para a proibição do casamento entre pessoas do mesmo sexo, de modo que esta proibição viola o princípio da proporcionalidade contido na ideia de estado de direito democrático e no art. 2.º da Constituição.
34. *A fortiori*, viola a norma do art. 18.º, n.º 2, CRP, conjugado com o art. 36.º, n.º 1.
35. O casamento entre pessoas do mesmo sexo não modifica em nada o estatuto simbólico e deôntico dos casamentos heterossexuais.

36. O casamento entre pessoas do mesmo sexo não atinge as vivências concretas de qualquer casamento heterossexual, presente ou futuro, motivadas por concepções religiosas, ideológicas ou institucionais próprias dos seus sujeitos.
37. O casamento entre pessoas do mesmo sexo não contende com qualquer possível finalidade do casamento civil, não prejudicando qualquer teleologia ou *ratio* legal.
38. O casamento entre pessoas do mesmo sexo não prejudica a eventual intenção legislativa de promover a criação e educação de crianças pelos seus pais biológicos, ao não fazer aumentar os casos em que as crianças não são assim criadas e educadas.
39. O casamento entre pessoas do mesmo sexo não faz aumentar a intervenção do Estado ou da Lei na sociedade, nem tem custos financeiros relevantes para o Estado.
40. Se houvesse dúvidas quanto a alguns dos efeitos ou à falta de efeitos sociais do casamento entre pessoas do mesmo sexo, o juízo de inconstitucionalidade da proibição manter-se-ia, dados os ónus argumentativos impostos à tese da constitucionalidade.

É este, s. m. j., o meu parecer.

Lisboa, 12 de Outubro de 2007