



As sociedades europeias e o casamento entre homossexuais do mesmo sexo: factos e argumentos

Nuno de Salter Cid

RESUMO:

Centrado na Europa, mas sem evitar referências a países não europeus, este texto procura dar conta do estado da questão tratada, sobretudo do ponto de vista jurídico, e enunciar os principais argumentos que têm sido aduzidos a favor e contra o casamento entre homossexuais (do mesmo sexo).

PALAVRAS-CHAVE:

Casamento; homossexuais; uniões registadas; sociedades europeias; Direito; argumentos a favor e contra.

Introdução

A comumente designada «secularização do casamento», inscrita num movimento progressivo que a Europa conheceu a partir do século XVI e que recebeu impulso decisivo com a opção francesa de finais do século XVIII de atribuir ao casamento a natureza de contrato civil, ademais dissolúvel por divórcio, alastrou e consolidou-se ao longo dos séculos XIX e XX¹.

Pode parecer que o movimento no sentido de possibilitar o «casamento entre pessoas do mesmo sexo» visa promover uma alteração tão profunda como as que atribuíram ao casamento natureza civil e o tornaram dissolúvel por divórcio. Seria apenas um passo derradeiro no sentido da secularização do casamento. Mas a aparência será ilusória caso se tenha presente que aquelas mudanças não foram realmente novidades e, pelo contrário, apesar de diferenças marcantes reveladas através dos tempos e mundo fora, e a despeito de certos episódios históricos ou de um punhado de curiosidades antropológicas, o casamento, social e juridicamente reconhecido como tal, nunca antes foi, ou se considerou possível que fosse, uma união «entre pessoas do mesmo sexo»². Esta expressão neutra, quase asséptica, tantas vezes usada em estudos exclusivamente dedicados à matéria a que vou dedicar-me, tem a meu ver o defeito de reduzir artificialmente à unidade duas hipóteses muito distintas: a união entre «transexual operado» – objecto de intervenção cirúrgica destinada a fazer corresponder o seu «sexo morfológico» ao seu oposto «sexo psicológico» ou, talvez melhor, «psicossocial» – e pessoa do mesmo «sexo biológico», mas de diferente sexo morfológico e psicossocial; e a união «entre homossexuais do mesmo sexo»³. Para delimitar rigorosamente o objecto desta comunicação devo dizer que vou apenas referir-me ao *casamento entre homossexuais do mesmo sexo*, como o próprio título salienta. Assim também fica claro que não vou tratar de «outros casamentos» absolutamente díspares em relação ao dito «casamento entre pessoas do mesmo sexo»: o desde sempre possível *casamento entre homossexuais de sexo diferente* e o mais rebuscado, mas não impossível, *casamento entre transexuais de sexo diferente* (biológica, psicológica, social e morfológicamente diferente, seja antes seja depois da operação pela qual mudem ambos de sexo morfológico, mantendo cada qual os seus não coincidentes sexos biológico e psicossocial).

A questão do casamento entre homossexuais do mesmo sexo tem despertado divergências acesas, não apenas no seio da sociedade civil como no domínio jurídico e institucional. De facto, quem se atenha à vertente jurídica e institucional facilmente verifica as dissensões que desperta e as dificuldades que amiúde susci-

ta na convivência entre órgãos legislativos e judiciais, e até no seio de uns e outros. E quem queira perscrutar outras vertentes pode aperceber-se de que o tema convoca divergências mais profundas e porventura mais delicadas. Perante o problema, uma vez instalada a diferença de soluções legais numa Europa que alguns querem una em mais do que na esfera económica e até política, não se afigura fácil a ideia de que seja possível, ou sequer desejável, uniformidade legislativa na matéria.

Centrada na Europa quanto a *factos*, sem contudo evitar referências a países não europeus, esta comunicação procura dar resumidamente conta do estado da questão aludida, sobretudo no campo jurídico mas sem desprezar totalmente outras vertentes cuja ponderação não deve ficar excluída. Uma vez sumariamente apontados os factos que tenho por mais relevantes, enunciarei os *argumentos* a meu ver mais importantes que têm sido aduzidos a favor e contra o casamento entre homossexuais (do mesmo sexo).

Factos

O século xx, pródigo em transformações rápidas e inesperadas, anunciou, no que ao casamento concerne, a hipótese de uma alteração demasiado radical para parecer verdadeiramente possível: abrir o instituto do casamento a pares do mesmo sexo. O século xxi, porém, viria logo no começo a transformar em realidade legal esta mudança quase inimaginável poucas décadas antes. É certo que em 1989 a Dinamarca tinha dado um passo surpreendente, ao criar um sucedâneo de casamento para pares do mesmo sexo, um modelo novo, cedo adoptado pelos outros países nórdicos escandinavos e que haveria de vingar, já no século xxi, noutros países europeus⁴. Mas não era o casamento com todas as letras, por muito que fosse um sucedâneo.

Mediante lei publicada a 11 de Janeiro de 2001 e em vigor desde 1 de Abril do mesmo ano, seria a Holanda – a radical e experimental Holanda, onde quase tudo parece possível⁵ –, o primeiro país da Europa e do Mundo a concretizar a possibilidade legal de pares do mesmo sexo contraírem casamento. A ideia, que fora ali alvitrada em 1998⁶, passou de facto a letra de lei⁷. Contudo, os Países Baixos não ficaram isolados por muito tempo: na Europa, com a mesma solução, seguiram-se a Bélgica em 2003, a Espanha em 2005, a Noruega em 2008, e a Suécia em 2009⁸.

Fora da Europa a novidade foi abraçada pelo Canadá em 2005, pela África do Sul em 2006, e por alguns Estados norte-americanos: Massachusetts, em Maio de 2004; Connecticut, em Outubro de 2008; Iowa, em Abril de 2009; Vermont, também em Abril de 2009; e New Hampshire, em Junho de 2009. Pelo caminho ficaram duas experiências norte-americanas breves: na Califórnia, de Maio de 2008 até ao referendo de 4 de Novembro do mesmo ano; e no Maine, de Maio de 2009 até ao referendo de 3 de Novembro de 2009⁹.

Na Europa e fora dela progrediu entretanto a via apontada pela Dinamarca em 1989 e seguida pelos outros países nórdicos escandinavos na década seguinte: pela Noruega em 1993; pela Suécia em 1994; e pela Islândia em 1996. E a mesma via foi adoptada na Finlândia em 2001, sendo este, pois, o país nórdico que mais tardou a aderir ao modelo escandinavo¹⁰. Mas na «outra» Europa – abstraindo de caminhos diferentes traçados na Holanda (1997), na Bélgica (1998), em França (1999), no Luxemburgo (2004), no Principado de Andorra (2005), e em Espanha, ao nível das Comunidades Autónomas (de 1998 a 2005)¹¹ –, aquele tipo de solução viria a ser perfilhado na Alemanha em 2001, no Reino Unido em 2004, e na Confederação Helvética (Suíça), mediante Lei Federal de 2004, submetida a referendo em 2005 e em vigor desde Janeiro de 2007¹². E isto para me cingir à Europa Ocidental (digamos assim), sem atender, além do mais, a legislação australiana, neozelandesa e norte-americana sobre «uniões civis» ou «parcerias domésticas»¹³.

Antes de dar brevemente conta de alguns factos referentes a Portugal impor-se-ia, em rigor, que dedicasse tempo generoso ao papel desempenhado pelo Conselho da Europa e pela União Europeia em matéria de protecção dos homossexuais. No tocante àquele Conselho deveria aludir a diversas Intervenções, Recomendações e Resoluções e a algumas decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem; e quanto à União Europeia teria de apontar numerosas Directivas, Posições, Resoluções e Recomendações e algumas decisões do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias¹⁴. É evidente, porém, que esta comunicação, necessariamente curta, não pode contemplar tanto. Por isso, sem detença, limitar-me-ei a dizer pouco sobre a vertente supranacional, muito pouco.

Direi que no âmbito do Conselho da Europa, até 2000, procurou-se apenas promover a defesa dos homossexuais contra perseguições e discriminações injustas de que eram alvo. Desde 2000, contudo, passou a adoptar-se um tom também orientado para a promoção do reconhecimento legal de uniões registadas entre pessoas do mesmo sexo, mas não mais do que isso. É certo que, em dois Acórdãos de 2002, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem revelou grande «dinamismo

interpretativo», ao abandonar o seu entendimento reiterado no sentido de o artigo 12.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem ter unicamente em vista «o casamento tradicional entre duas pessoas de sexo biológico diferente». Naqueles Acórdãos o Tribunal não se mostrou convencido da possibilidade de se admitir que os termos homem e mulher impliquem a determinação do sexo segundo «critérios puramente biológicos». Todavia, esta posição teve inequivocamente como objectivo único o de promover a possibilidade de transexuais cujo «sexo morfológico» tenha sido alterado – para corresponder ao seu «sexo psicológico», oposto ao seu inalterável «sexo biológico» – contraírem casamento com pessoas de «sexo morfológico e psicológico» diferente. Quer dizer: o Tribunal reafirmou, afinal, o casamento como união entre homem e mulher, apenas sustentando que o sexo «morfo-psicossocial» daquele ou desta pode não corresponder ao respectivo «sexo biológico»¹⁵.

Também no âmbito da União Europeia, até 1994, existiu somente o intuito de promover a defesa dos homossexuais contra perseguições e discriminações injustas. O comedimento por que devem primar, em especial, as instâncias supranacionais foi no entanto pouco visível na sobejamente conhecida Resolução do Parlamento Europeu de Fevereiro de 1994¹⁶ e igualmente em muitos textos posteriores oriundos do mesmo Parlamento. Ainda assim, não será incorrecto afirmar que as instâncias comunitárias não puseram nem põem em causa o facto de o casamento ser matéria da estrita competência legislativa de cada Estado-membro. Paradigmática neste sentido é, sem dúvida, a famosa Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, onde se proíbe «a discriminação em razão, designadamente», da «orientação sexual» (artigo 21.º, n.º 1), mas onde também se dispõe claramente: «o direito de contrair casamento e o direito de constituir família são garantidos pelas legislações nacionais que regem o respectivo exercício» (artigo 9.º).

E em Portugal? Em Portugal – onde vigora uma lei de 2001 visando a protecção das uniões de facto, entre pessoas do mesmo sexo ou de sexo diferente¹⁷ – foram tomadas na legislatura passada duas iniciativas legislativas no sentido de alterar o Código Civil de modo a permitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo: um Projecto de lei do Bloco de Esquerda, apresentado a 1 de Fevereiro de 2006; e um Projecto de lei do Partido Ecologista «Os Verdes», de 2 de Março de 2006¹⁸. Além disso, a Associação ILGA – Portugal «e outros» apresentaram na Assembleia da República uma Petição com o mesmo objectivo¹⁹. A discussão (em conjunto, na generalidade) dos dois projectos de lei mencionados e, bem assim, a apreciação da dita Petição, tiveram lugar em reunião plenária realizada a 10 de Outubro de

2008 e, como é sabido e foi amplamente noticiado, as iniciativas legislativas foram rejeitadas após debate acalorado²⁰. Muito se falou do assunto, sobretudo acerca dos votos contra provindos da bancada do Partido Socialista, na sequência da opção por disciplina de voto nesse sentido, justificada pelo próprio líder do Grupo Parlamentar com a invocação de falta de legitimidade política para uma votação favorável, em virtude de, ao tempo, o Programa Eleitoral do Partido ser mudo a esse respeito e de a questão não estar suficientemente debatida no seio da Sociedade. No Parlamento, interpelado sobre o tema em Setembro de 2008, o Primeiro-Ministro havia dito: «O casamento de homossexuais não está na agenda política nem do Governo nem do PS. Não está no programa do Governo do PS e o PS não anda a reboque de nenhum outro partido»²¹. Não estava, mas passou a estar. Com efeito, já anunciada em Congresso do PS, a medida apareceu preconizada no Programa deste Partido para as eleições legislativas de Setembro de 2009²², eleições que venceu, embora com maioria relativa. E não faltam notícias sobre a intenção do Governo de apresentar em breve na Assembleia da República uma proposta de lei a condizer, desprezando a posição de quem pugna pela realização de um referendo sobre a questão²³, talvez por ser mais do que provável a resposta negativa que resultaria de tal exercício de democracia participativa, directa²⁴, um exercício desejável por envolver maior esclarecimento popular, mediante ampla difusão de informação e debate aprofundado de ideias, e por constituir fonte privilegiada de legitimação de decisões legislativas especialmente relevantes, sobre as quais se sabe não existir na Sociedade um consenso alargado, mas pelo contrário uma dissensão profunda. De todo o modo, igualmente encostados às virtudes formais da democracia representativa, o Bloco de Esquerda e «Os Verdes» anteciparam-se, apresentando logo em Outubro os seus projectos de lei sobre a matéria²⁵.

Em face da clara maioria parlamentar de esquerda, e do posicionamento conhecido dos partidos que a integram – PS, BE, PCP e «Os Verdes» –, a *conjuntura* é favorável à aprovação pela Assembleia da República de um Decreto no sentido de possibilitar o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Se assim for, fazendo uso das faculdades que lhe conferem os artigos 136.º e 278.º da Constituição da República Portuguesa, o Presidente da República pode oferecer resistência à promulgação do diploma, requerendo a apreciação preventiva da constitucionalidade das respectivas normas e ou vetando-o. Aguardemos o resultado de tudo isto, com a consciência da possibilidade de o Tribunal Constitucional, se chamado a pronunciar-se, não julgar inconstitucionais as normas submetidas à sua apreciação. E esta possibilidade existe, caso, a final, vingue a posição sustentada num Acórdão recentemente proferido pela 1.ª Secção daquele Tribunal, que, apesar de não jul-

gar inconstitucional a impossibilidade de homossexuais do mesmo sexo contraírem casamento entre si, não quis deixar de aludir, embora sem aplauso, à hipótese de o legislador ordinário redefinir o casamento, transformando-o em mera relação privada entre duas pessoas adultas destinada a satisfazer necessidades das mesmas²⁶.

Argumentos

Os defensores da possibilidade de casamento (civil) entre homossexuais (do mesmo sexo) invocam diversos argumentos em abono da sua causa: uns retoricamente apelativos mas pouco consistentes e, por isso, não convincentes; outros mais rebuscados mas nem por isso procedentes, ao menos aos olhos de quem os combate. Quem se opõe a tal possibilidade também avança diversos contra-argumentos, ora mais frágeis ora mais ponderosos e, por isso, mais poderosos. Vejamos resumidamente os argumentos principais de uns e outros²⁷. Devo no entanto antecipar que o tempo presente – do culto do «sim» e do «porque não?» – torna mais fácil sintetizar os primeiros: dizer «não» acarreta hoje ónus mais pesados, por muito que estes devessem impender sobre quem visa transfigurar o casamento.

Do lado dos partidários do «sim», em suma, diz-se que a impossibilidade legal do casamento entre homossexuais (do mesmo sexo) constitui negação do direito ao valor jurídico do casamento, enquanto estado civil portador de direitos e benefícios; e sustenta-se que tal impossibilidade é, no fundo, mera expressão de homofobia a impedir o acesso ao valor simbólico do casamento, enquanto institucionalização de afecto em que se transformou, uma vez dissociado da procriação. Afirma-se que aos homossexuais, vítimas históricas de desprezo, perseguição e punição, de humilhação e exclusão, a Sociedade e o Direito devem a satisfação histórica de abrir a porta do casamento; e acrescenta-se que, assim não sendo, com fundamentos paralelos aos outrora usados noutras paragens para vedar o chamado casamento inter-racial, resulta violado o princípio constitucional da igualdade, que proíbe a discriminação em razão do sexo e da orientação sexual, e fica cerceado o direito ao desenvolvimento da personalidade, constitucionalmente atribuído.

Para não me deter em contra-argumentação porventura menos sólida, começaria por dizer que o simples apelo à tradição, sobretudo de pendor religioso – «*God created Adam and Eve, not Adam and Steve*» –, tal como a mera alusão à procriação – a que o casamento está, ao menos potencialmente, associado –, oferecem o flanco à crítica fácil. Invocar simplesmente a tradição não demonstra o seu valor

intrínseco e, se é do casamento civil que se trata, não cabe apelar para tradição de índole religiosa. Além disso, o casamento civil está na verdade tendencialmente dissociado da procriação, à qual não se refere o conceito, sendo permitido entre quem não quer ou não pode ter filhos, nem sequer com recurso a assistência médica. É assim, por muito que os defensores da «causa *gay*» pareçam paradoxalmente esquecê-lo, ao reclamarem, a par do casamento – ou, estrategicamente, em etapa subsequente –, o «direito à adopção»²⁸ e o acesso à procriação medicamente assistida²⁹. De todo o modo, não parece correcto exagerar a cisão entre casamento e procriação, pois tanto a nossa lei civil como a própria Constituição reconhecem a estreita conexão normalmente existente entre aquele e esta³⁰.

Invocar a existência de um número muito reduzido de pessoas homossexuais e a verificação de um número reduzidíssimo de casamentos e de uniões sucedâneas entre pessoas do mesmo sexo, nos países com ordenamentos jurídicos em que tal é possível, assim como alertar para a extrema instabilidade que caracteriza a generalidade das relações entre homossexuais³¹, não sendo contra-argumentação decisiva, está longe de ser despicienda quando considerada em conjunto com o mais que se pode opor.

122

E quanto ao mais?

O facto é que o casamento não representa simples passaporte para a aquisição de direitos e benefícios, envolve igualmente deveres e responsabilidades que quem tanto e apenas reclama aqueles parece esquecer. Por outro lado, ainda que se entenda ser realmente necessário sair do terreno fértil das soluções oferecidas *a todos* pelo Direito comum, ou mesmo ir além da previsão de certos efeitos que este não pode proporcionar, existem vias legais para atribuir às uniões entre homossexuais (do mesmo sexo) um estatuto próprio: a criação das ditas uniões civis ou uniões registadas, que, *se bem pensadas*, permitem salvaguardar o princípio da igualdade preservando a diferenciação que o mesmo *exige* relativamente ao que é essencialmente distinto. Deste modo não se imitaria o casamento, sob o véu diáfano de outra denominação; cometer-se-ia «apenas» o excesso imprudente de fazer cair o seu já periclitante «monopólio institucional»³².

O valor simbólico do casamento³³ é realmente o «nó górdio» por que parece subjectivamente ansiar quem porventura vê naquele uma fonte de legitimação comportamental, de integração social; quem sente a necessidade intrínseca, consciente ou inconsciente, de que a sua diferença se dilua, ao receber da Sociedade, através do Direito, mediante acto formal desde sempre tido como fundador da família, o

reconhecimento de pertença ao padrão. O casamento seria, no fim e no fundo, «a chave do armário», para usar a expressão feliz de um Autor português defensor da causa (VALE DE ALMEIDA: 2009), por muito que fosse uma chave provisória. O problema é que este intuito mimético mais parece traduzir, afinal, uma «imaturidade homossexual», uma espécie de negação do que verdadeiramente representa «sair do armário»: assumir interiormente e perante os outros a «identidade» da orientação homossexual, com tudo o que esta tem de próprio e inconfundível³⁴. De resto, o instituto do casamento não é nem deve ser permeável à lógica dos sentimentos e da sua percepção subjectiva, impossíveis de regular mediante normas gerais e abstractas. A homofobia nada tem, obviamente, a ver com o assunto; invocá-la é pura e simplesmente deslocado, é expressão de falta de argumentos válidos, equivale quase a dizer: quem não concorda comigo está contra mim, é preconceituoso, retrógrado, pouco esclarecido, intransigente e mau. Os homossexuais foram, é certo, alvo de perseguição impiedosa e de tratamento injusto, mas o «acesso ao casamento» não pode nem deve transformar-se num «ajuste de contas» com um passado indesejável, numa espécie de compensação por «maus-tratos» outrora sofridos.

O princípio da igualdade não reclama de todo a transformação do casamento naquilo que essencialmente não é, em nome da eliminação de *alegadas* discriminações³⁵. A proibição do chamado casamento inter-racial – isto é, entre pessoas de raças diferentes – não assentava na falta de qualquer requisito essencial da própria noção de casamento, antes se fundava na discriminação racial, visando unicamente impedir a miscigenação, razão pela qual era improcedente a invocação do simples argumento de que tanto as pessoas de uma raça como as de outra estavam impedidas de se casarem com pessoa de raça diferente. Negar o casamento entre homossexuais do mesmo sexo não constitui discriminação em razão do sexo – que alegadamente resultaria da impossibilidade de optar por contrair casamento com alguém do mesmo sexo, por causa do próprio sexo –, e não constitui pela simples razão de que a proibição vigora independentemente do sexo: tanto a mulheres como a homens é negado casarem-se com pessoas do mesmo sexo. Não permitir o casamento entre homossexuais do mesmo sexo tão-pouco traduz uma discriminação em razão da orientação sexual homossexual, pois na realidade a lei não veda o casamento às pessoas homossexuais, apenas não lhes permite que o contraiam com pessoas do seu próprio sexo, e não por causa da sua orientação sexual (homossexual), mas antes porque o casamento é, na essência, uma união entre pessoas de sexo diferente, o que, de resto, também impede as pessoas heterossexuais ou bissexuais de se casarem com pessoas do mesmo sexo.

Dito de modo mais simples e conciso: independentemente do seu sexo e da sua orientação sexual, qualquer pessoa não pode casar-se com outra do mesmo sexo; e não pode unicamente porque o casamento é uma união entre duas pessoas de sexo diferente.

O casamento não é somente um instituto configurado pela lei vigente em cada momento e lugar, é uma instituição reconhecida pelo Direito e juridicamente sustentável com base na complementaridade natural, mas não meramente biológica, existente entre homem e mulher. Além disso, goza do que se pode chamar uma «garantia institucional», a qual, entre nós, lhe é conferida pela Constituição e por instrumentos internacionais cujos princípios e normas, por força daquela, fazem parte integrante do Direito português³⁶. Ora, tal garantia não se limita a impedir o legislador ordinário de suprimir o instituto do casamento; impede-o também de descaracterizar ou desfigurar o respectivo «núcleo essencial»³⁷, do qual seguramente faz parte a diferença de sexos dos contraentes.

O direito ao desenvolvimento da personalidade implicará decerto o reconhecimento do direito à vivência da orientação homossexual, no espaço da liberdade existencial do indivíduo homossexual e no seio de relações interpessoais, sem oposição legal de carácter punitivo ou de cunho orientado para injustificado tratamento de desfavor, mas naturalmente não impõe a configuração de instituições e institutos – e muito menos a respectiva transfiguração –, de modo a acomodar anseios de pessoas homossexuais ou de pessoas com outras orientações sexuais.

A estes contra-argumentos, de índole sobretudo jurídica, são associáveis mais dois.

Sob o ponto de vista cultural e civilizacional, mas sem desprezar o vocabulário jurídico, um ilustre jurista francês exprimiu de forma sucinta e particularmente eloquente o que é notado por outros, com referência expressa ou implícita ao «mundo Ocidental»:

«O casamento não é um nó de direitos subjectivos, mas, sob a égide do Direito objectivo, uma instituição que escolhas de civilização fundaram sobre três rochedos: a monogamia, a exogamia e a diferença de sexos. Não há direito subjectivo de amputar o casamento de um dos seus pilares.» (CORNU, 2003: 114)

Fazer ruir arbitrariamente o pilar diferença de sexos pode bem suscitar, entre outras, estas perguntas incómodas: porquê esse ou só esse? E se caísse o pilar monogamia, de modo a possibilitar, não apenas a poligamia, mas até o casamento em grupo? Sim, por que razão não se questiona a regra de o casamento ser uma

união entre duas pessoas apenas? Enquanto o for, como podem os bissexuais realizar plenamente a sua orientação sexual dentro do casamento? E o que dizer do incesto? Não é somente um tabu? Razões de ordem eugénica? E se um dos interessados for estéril ou ambos não quiserem ter filhos e evitarem eficazmente tê-los? Como é sabido, os métodos anticoncepcionais são hoje extremamente eficazes e a medicina, designadamente a preventiva, faz «milagres»³⁸.

Finalmente, cabe alertar para um problema muito preocupante, que converte a pretendida abertura do casamento a pares de homossexuais em aventura temerária e perfeitamente escusada: é o problema do perigo da inversão da ordem simbólica, invocado por um conceituado psicólogo no Senado belga, onde exprimiu com grande eloquência o entendimento partilhado por outros estudiosos autorizados. Esse psicólogo, que se assumiu defensor dos direitos dos homossexuais, disse, entre o mais, isto de essencial que me atrevo a tentar traduzir:

«Hoje, mais do que nunca, importa tocar com extrema prudência nas balizas da identidade (...). Confundindo diferença e discriminação, a disjunção da ética relativamente à igualdade pode levar a uma violência infinitamente mais radical do que aquela que pretende esconjurar. Com efeito, não há piores antagonismos que os nascidos da erosão das diferenças (...). Não há por cá nenhuma das cinco grandes diferenças organizadoras da identidade humana que não seja quebrada: diferença entre homens e mulheres, entre quem pode e não pode casar-se, entre filhos e pais, animais e humanos, vivos e mortos. Nenhuma destas oposições é puramente natural, nenhuma é totalmente rígida. Cada uma vê-se modulada no decurso das diversidades culturais. As suas figuras podem evoluir. Mas o seu “código genético” permanece totalmente normativo. O seu fracasso é sinónimo de ausência de sociedade humana. A ignorância de uma só destas diferenças acarreta, para um indivíduo, aquilo a que se chama a “loucura”. Isto para dizer que, para a humanidade, há cimentos culturais tão importantes como os seus alicerces naturais. Enquanto instituição organizada pela lei, o casamento não é apenas uma aliança, ele é igualmente um ponto de referência codificado servindo de baliza ao conjunto do corpo social. Ele toca nas três primeiras oposições fundadoras acima evocadas, as quais se vêem radicalmente questionadas pela problemática do casamento homossexual. O sistema simbólico, que é o nosso único suporte, é fruto delicado de uma longa gestação. (...) Tocar nas diferenças que formam o núcleo de qualquer civilização é mais do que aventureiro. A instituição chamada “casamento”, para além das suas variantes históricas e transculturais, está baseada por definição na diferença dos sexos.

Torná-la “neutra” sob este ponto de vista não é modificá-la, mas pervertê-la. Não se trata de uma petição de princípio, mas de uma invariante antropológica, presente desde a noite dos tempos. Abolir este ponto de referência (...) equivaleria a suprimir uma das balizas principais da identidade, numa época em que esta última é já vacilante. (...) Para fazer um humano são precisos dois códigos: o genético e o simbólico (...). As manipulações do código simbólico são tão delicadas como as do código genético. Não podemos empreendê-las sem imperiosas necessidades.» (MARTENS: 2002)³⁹

Haverá realmente necessidade imperiosa, ou sequer necessidade, de transfigurar o casamento para o facultar a pares de homossexuais do mesmo sexo? Em face dos argumentos que acabo de expor, modestamente penso que não. E penso que quem se propõe legislar sobre a matéria, reprimindo um certo espírito voluntarioso, alheio à noção de bem comum, deveria ponderar com redobrada cautela sobre o seu intuito, consultando previamente o saber das ciências que não deve ignorar e o sentir das sociedades que diz representar.

O que pensam os meus distintos ouvintes?

Bibliografia

- AA. VV. (2003), *A Sexologia – perspectiva multidisciplinar* (L. FONSECA, C. SOARES e J. MACHADO VAZ, Coords.), Vol. I. Coimbra: Quarteto Editora.
- (2005), *More or less together: Levels of legal consequences of marriage, cohabitation and registered partnership for different-sex and same-sex partners: A comparative study of nine European countries* (K. WAALDIJK, Ed). Paris: INED.
- (2008a), *El matrimonio: ¿contrato basura o bien social?* (G. GARCÍA CANTERO *et al.*). Navarra: Editorial Aranzadi.
- (2008b), *El nuevo régimen legal del matrimonio civil en España – Estudios en honor del profesor Víctor Reina Bernáldez* (J. A. SOUTO PAZ, Coord.). Granada: Editorial Comares.
- (2008c), *Final Report of the New Jersey Civil Union Review Commission* (J. F. VESPA-PAPALEO *et al.*). December 10.
- (2008d), *O casamento entre pessoas do mesmo sexo – três pareceres sobre a inconstitucionalidade dos artigos 1577.º e 1628.º, alínea e), do Código Civil* (Carlos PAMPLONA CÔRTEZ-REAL, Isabel MOREIRA e Luís DUARTE D’ALMEIDA). Coimbra: Edições Almedina.
- ALBUQUERQUE, Afonso de (2003), «A homossexualidade», in AA.VV. (2003), pp. 359-382.
- AXEL-LUTE, Paul (2002-2009), *Same-Sex Marriage: A Selective Bibliography of the Legal Literature*. Disponível in <http://law-library.rutgers.edu/resources/SSM.html>

BENALCAZAR, Sébastien de (2007), «Éloge de la raison juridique, ou la remontée des enfers», in *Droit de la Famille*, Janvier, pp. 16-20.

CALDEIRA BENTO, Messias José (2007), «Itinerários do Direito Matrimonial», in AA.VV., *Estudos em memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida*. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 73-104.

CONSEIL FÉDÉRAL SUISSE (2003), *Message relatif à la loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe*, 29.11.2002, in *Feuille fédérale*, pp. 1192-1275.

CONSEJO DE ESTADO (16.12.2004), *Dictamen – Expediente de Anteproyecto de ley por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio* (ref. 2628/2004).

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (26.01.2005), *Informe – Estudio sobre la reforma del Código Civil en materia de matrimonio entre personas del mismo sexo*.

CORNU, Gérard (2003), *Droit civil. La famille* (8^e éd). Paris: Éditions Montchrestien.

CUERVO, Elena y ALFAGEME, Susana (2007): *¿Me caso o convivo?* Barcelona: Editorial de Vecchi.

CURRY-SUMNER, Ian (2005), *All's well that ends registered? The substantive and private international law aspects of non-marital registered relationships in Europe. A comparison of the laws of Belgium, France, The Netherlands, Switzerland and the United Kingdom*. Antwerp – Oxford: Intersentia.

DITTMER, Alfred (1997), «Les mariages civils en Europe: histoires, contextes, chiffres», in *Droit et Société*, N.º 36/37, pp. 309-329.

ETTELBRICK, Paula L. (1997), «Since When Is Marriage a Path to Liberation?», in AA.VV., *Same-Sex Marriage: pro and con* (A. SULLIVAN, Ed. and *Introd.*, with research assistance by J. LANDAU). New York: Vintage Books, pp. 118-124.

FORDER, Caroline (2001), «To Marry or not to Marry: That is the Question», in AA.VV., *The International Survey of Family Law – 2001 Edition* (A. BAINHAM, Ed.). Bristol: Family Law – Jordan Publishing, pp. 301-320.

FULCHIRON, Hugues (2002), «Couples, mariage et différence des sexes: une question de discrimination?», in AA.VV., *Des concubinages: droit interne; droit international; droit comparé – Études offertes à J. Rubellin-Devichi*. Paris: Litec, pp. 29-52.

GAUDEMET, Jean (1987), *Le mariage en Occident. Les moeurs et le droit*. Paris: Les Éditions du Cerf.

GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio V. (2007), «La libertad de elegir como cónyuge a otra persona del mismo sexo y de optar entre el matrimonio y una unión libre (análisis crítico de la constitucionalidad del matrimonio homosexual y del llamado “divorcio Express”)», in AA. VV., *La reforma del matrimonio (Leyes 13 y 15/2005)* (ID., Coord.). Madrid – Barcelona: Marcial Pons, pp. 21-77.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim e VITAL MOREIRA (2007), *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.^a ed., Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora.

GUTIÉRREZ DEL MORAL, María Jesús (2003), *El matrimonio en los estados de la Unión Europea y la eficacia civil del matrimonio religioso*. Barcelona: Atelier.

- HARNOIS, Caroline et HIRSCH, Juliane (2008), *Note sur les développements en droit interne et droit international privé sur la cohabitation hors mariage, y compris les partenariats enregistrés*. Haia: Conferência de Haia de Direito Internacional Privado (Documento preliminar N.º 11, Março).
- KAÇAR (20.11.2002), *Rapport, fait au nom de la Commission de la Justice [du Sénat de Belgique]* (Doc. n.º 2 – 1173/3).
- LARRIBAU-TERNEYRE, Virginie (2007), «L'amélioration du Pacs: un vrai contrat d'union civile», in *Droit de la Famille*, Janvier, pp. 9-15.
- LEITE, António (1946), *Competência da Igreja e do Estado sobre o Matrimónio*. Porto: Livraria Apostolado da Imprensa.
- LIBANO MONTEIRO, Cristina (2005), «Casamento homossexual?» in *Cadernos de Bioética*, Ano XVI, N.º 39 – Dezembro, pp. 417-423.
- LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionísio (2008), «Matrimonio homosexual», in AA. VV. (2008b), pp. 3-39.
- LOBO XAVIER, Rita (2008), *Ensinar Direito da Família*. Porto: Publicações da Universidade Católica.
- (2009), «Argumentação inválida e manipulação», in *Público*, Ano XX, N.º 6952, de 15 de Abril, p. 33.
- MARTÍN SÁNCHEZ, María (2008), *Matrimonio homosexual y Constitución*. Valencia: Librería Tirant lo Blanch.
- MARTENS, Francis (2002), «Un beau miriage?», in KAÇAR (20.11.2002), pp. 14-21.
- MARTÍNEZ AGUIRRE ALDIZ, Carlos de y PABLO CONTRERAS, Pedro de (2007), *Constitución, derecho al matrimonio y uniones entre personas del mismo sexo*. Madrid: Ediciones Rialp.
- MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis (2005), *La homosexualidad y el matrimonio (Ley 1 de Julio de 2005, N.º 13-2005)*, Madrid: Ediciones Académicas.
- MAUGER-VIELPEAU, Laurence (2008), «L'autonomie du Pacs», in *Droit de la Famille*, Octobre, pp. 13-17.
- MIRANDA, Jorge (2008), «Discriminação e casamento: um olhar constitucional», in *Público*, Ano XIX, N.º 6766, de 09 de Outubro, p. 31.
- MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui (2005), *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I (com a colaboração de AA.VV.). Coimbra: Coimbra Editora.
- MÚRIAS, Pedro (2008), «Um símbolo como bem juridicamente protegido. Sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo», in Id. e NOGUEIRA DE BRITO, Miguel, *Casamento entre pessoas do mesmo sexo – sim ou não? – não ou sim?* Lisboa: Entrelinhas Editora, pp. 9[s]-55[s] – cfr. também pp. 61[n]-75[n].
- NATIONAL CONFERENCE OF STATE LEGISLATURES (2009), *Same Sex Marriage, Civil Unions and Domestic Partnerships*, in <http://www.ncsl.org/IssuesResearch/HumanServices/SameSexMarriage/tabid/16430/Default.aspx>
- NOGUEIRA DE BRITO, Miguel (2008), «Casamento civil e dignidade dos homossexuais», in Id. e MÚRIAS, Pedro, *Casamento entre pessoas do mesmo sexo – não ou sim? – sim ou não?* Lisboa: Entrelinhas Editora, pp. 9[n]-59[n] – cfr. também pp. 57[s]-67[s].

NORRIE, Kenneth Mck (2000), «Marriage is for heterosexuals – may the rest of us be saved from it», in *Child and Family Law Quarterly*, Vol. 12, N.º 4, pp. 363-369.

PEREIRA COELHO, Francisco e OLIVEIRA, Guilherme de (2008), *Curso de Direito da Família*, Vol. I (com a colaboração de R. MOURA RAMOS), 4.ª ed., Coimbra: Centro de Direito da Família / Coimbra Editora.

POLO SABAU, José Ramón (2006), *Matrimonio y Constitución ante la Reforma del Derecho de Familia* (Prólogo de J. A. SOUTO PAZ). Navarra: Editorial Aranzadi.

PULIDO ADRAGÃO, Paulo (2006), «Casamento: entre pessoas do mesmo sexo? Pressupostos fundamentais da questão», in AA.VV., *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento*, Vol. II. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa / Coimbra Editora, pp. 527-533.

REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN (01.03.2005), *Informe que emite acerca del proyecto de modificación de Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio*.

RENCHON, Jean-Louis (2003), «L'avènement du mariage homosexuel dans le Code civil belge», in *Revue trimestrielle de droit familial*, 3, pp. 439-469.

RODRIGUES, Samuel (1987), *A polémica sobre o casamento civil (1865-1867)*. Lisboa: Instituto Nacional de Investigação Científica.

ROQUE CABRAL (2007), «O casamento gay», in *Brotéria*, Vol. 165, 2/3 – Agosto/Setembro, pp. 111-118.

SALTER CID, Nuno de (1998), «Direitos Humanos e Família: quando os homossexuais querem casar», in *Economia e Sociologia*, N.º 66, pp. 189-235.

— (2005), *A comunhão de vida à margem do casamento: entre o facto e o Direito*. Coimbra: Edições Almedina.

SANTOS, Duarte (2009), *Mudam-se os tempos mudam-se os casamentos? O casamento entre pessoas do mesmo sexo e o Direito português*. Coimbra: Centro de Direito da Família / Coimbra Editora.

SANTOS JUSTO, A. (2008), *Direito privado romano – IV (Direito da Família)*. Coimbra: Universidade de Coimbra / Coimbra Editora.

SCHRAMA, Wendy M. (1999), «Registered Partnership in The Netherlands», in *International Journal of Law and the Family*, Vol. 13, pp. 315-327.

— (2002), «Reforms in Dutch Family Law during the Course of 2001: Increased Pluriformity and Complexity», in AA. VV., *The International Survey of Family Law – 2002 Edition* (A. Bainham, Ed.), Bristol: Family Law – Jordan Publishing, pp. 277-303.

SILVEIRA NUNES, Júlio (2003), «Perturbações da identidade de género», in AA.VV. (2003), pp. 383-420.

SOUTO GALVÁN, Esther (2008), «El derecho a contraer matrimonio homosexual», in AA. VV. (2008b), pp. 145-176.

SUMNER, Ian and FORDER, Caroline (2003), «Bumper Issue: All You Ever Wanted to Know about Dutch Family Law (and Were Afraid to Ask)», in AA.VV., *The International Survey of*

Family Law – 2003 Edition (A. BAINHAM, Ed.). Bristol: Family Law – Jordan Publishing, pp. 263-321.

SUMNER, Ian and WARENDORF, Hans (2003), *Family Law Legislation of The Netherlands*. Antwerp – Oxford – New York: Intersentia.

VALE DE ALMEIDA, Miguel (2006), «O casamento entre pessoas do mesmo sexo, Sobre “gentes remotas e estranhas” numa “sociedade decente”», in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, N.º 76 – Dezembro, pp. 17-31.

— (2009), *A chave do armário: homossexualidade, casamento e família*. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais.

VARANO, Edoardo (2003), «La Corte europea dei diritti dell'uomo e l'inesistenza del diritto di adottare», in *Família*, n.º 2 – aprile-giugno, pp. 537-547.

VÁSQUEZ DE CASTRO, Luis Martínez (2008), *El concepto de matrimonio en el Código Civil*. Navarra: Editorial Aranzadi.

VAZ PATTO, Pedro (2009), «“Casamento homossexual?” Salvar o casamento», in *Brotéria*, Vol. 168, N.º 3 – Março, pp. 249-277, e N.º 4 – Abril, pp. 345-362.

VERSCHRAEGEN, Bea (2003), «The right to private life, the right to marry and to found a family, and the prohibition of discrimination», in AA.VV., *Legal Recognition of Same-Sex Couples in Europe* (K. BOELE-WOELKI and A. FUCHS, Eds.). Antwerp – Oxford – New York: Intersentia, pp. 194-211.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos (2001), *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2.ª ed. Coimbra: Livraria Almedina.

WAALDIJK, Kees (2001), «Small Change: How the Road to Same-Sex Marriage Got Paved in the Netherlands», in AA.VV., *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships. A Study of National, European and International Law* (R. WINTEMUTE and M. ANDENÆS, Eds.), Oxford and Portland-Oregon: Hart Publishing, pp. 437-464.

¹ Sobre o assunto, entre muitos, GAUDEMET (1987: 375 ss. e 407 ss.), DITTGEN (1997), LEITE (1946: 131 ss.) e RODRIGUES (1987: 11 ss.), e, para a evolução mais recente, GUTIÉRREZ DEL MORAL (2003).

² Pelo contrário – como não ignora quem conhece minimamente a história do casamento, ou apenas a história do casamento no Ocidente –, sob o ponto de vista secular, ser o matrimónio «canónico» e indissolúvel por divórcio foram novidades que a história trouxe a seu tempo, e não muito cedo. Falar em secularização com referência à perda (ou diminuição acentuada) da competência da Igreja quanto à formação do vínculo matrimonial e à possibilidade (secular) de dissolução do casamento por divórcio é, pois, em boa verdade, falar em «(re)secularização». Para uma visão de conjunto autorizada em relação ao Ocidente, entre muitos, GAUDEMET (1987); sobre a formação do vínculo matrimonial em particular, com algum desenvolvimento e amplas referências bibliográficas, tomo a liberdade de citar SALTER CID (2005: 83 ss.); sobre o casamento e o divórcio no Direito Romano em especial, entre nós, ultimamente, SANTOS JUSTO (2008: 57 ss.).

³ Homossexualidade e transexualidade, em rigor, não se confundem. Do ponto de vista da sexologia, entre nós e por todos, ALBUQUERQUE (2003) e SILVEIRA NUNES (2003). Sobre transexualidade e casamento cfr. *infra* nota 15.

⁴ Cfr. *infra* notas 10 e 12.

⁵ Até a legalização do chamado Partido Caridade, Liberdade e Diversidade, que defende, entre o mais, o sexo com crianças a partir dos 12 anos e o sexo com animais (cfr., v. g., *Público*, Ano XVII, N.º 5911, de 03.06.2006).

⁶ Ano em que na Holanda já vigorava uma lei sobre a coabitação registada, aberta tanto a pessoas do mesmo sexo como a pessoas de sexo diferente: Lei n.º 324, de 05.07.1997, em vigor desde 01.01.1998.

⁷ Lei de 21.12.2000 (publicada a 11.01.2001 e em vigor desde 01.04.2001). Sobre os antecedentes e o desfecho, cfr., v. g., SCHRAMA (1999 e 2002), FORDER (2001: 301-304), WAALDIJK (2001), SUMNER and FORDER (2003: *maxime* 264-268) e SANTOS (2009: 145-157). Para consulta em inglês da legislação holandesa de Direito da Família, cfr. SUMNER and WARENDORF (2003).

⁸ **BÉLGICA**, Lei de 13.02.2003 (publicada: 28.02.2003; vigor: 01.06.2003) e Circular de 23.01.2004 (pub. 27.01.2004; substituiu Circular de 08.05.2003, pub. 16.05.2003). Quanto ao assunto é suficientemente elucidativo o Relatório feito em nome da Comissão de Justiça do Senado belga pela Sr.ª KAÇAR (2002), mas considero fundamental a leitura atenta de RENÇON (2003). Entre nós, cfr. SANTOS (2009: 157-165). **ESPAÑA**, Lei 13/2005, de 01.07 (pub. 02.07.2005; vigor: 03.07.2005). Relativamente a Espanha, depois do *Dictamen del Consejo de Estado* (16.12.2004), do *Informe del Consejo General del Poder Judicial* (26.01.2005), e do *Informe da Real Academia de Jurisprudencia y Legislación* (21.02.2005), todos com muito interesse, de entre numerosa bibliografia, podem ler-se também com especial proveito os seguintes livros: MARTÍNEZ-CALCERRADA (2005), POLO SABAU (2006), MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDIZ y PABLO CONTRERAS (2007), MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO (2008: 59 ss.) e AA.VV. (2008a). Quanto à **NORUEGA**, Lei de 11.06.2008 (vigor: 01.01.2009), e à **SUÉCIA**, Lei de 01.04.2009 (vigor: 01.05.2009), não encontrei ainda bibliografia.

⁹ Sobre a matéria, quanto ao **CANADÁ** (*Civil Marriage Act*, S.C. 2005, Ch. 33, promulgado a 20.07.2005), à **ÁFRICA DO SUL** (*Civil Union Act*, 2006; vigor: 30.11.2006) e aos **E.U.A. (Massachusetts)**, Supremo Tribunal, 18.11.2003, decisão com efeitos 180 dias depois; **Califórnia**, Supremo Tribunal, 15.05.2008, decisão ultrapassada pelo referendo de 04.11.2008; e **Connecticut**, Supremo Tribunal, 28.10.2008), com grande interesse, por todos, cfr. SANTOS (2009: 176-220). Este Autor apenas não trata das novidades norte-americanas mais recentes: **Iowa** – Decisão do Supremo Tribunal de 03.04.2009; **Vermont** – Lei confirmada a 07.04.2009 (vigor: 01.09.2009); **Connecticut** (na sequência da aludida decisão do Supremo Tribunal) – Lei de 23.04.2009 (vigor: parte de imediato e parte a 01.10.2010); **Maine** – Lei de 06.05.2009 (revogada a 03.11.2009 pelo aludido referendo); e **New Hampshire** – Leis (*Chapters* 59, 60 e 61) de 03.06.2009 (vigor: 01.01.2010). Para aceder às decisões judiciais e à legislação dos E.U.A. e de vários outros países, cfr. AXEL-LUTE (2002-2009), com actualização periódica.

¹⁰ **DINAMARCA**, Lei n.º 372, de 07.06.1989 (vigor: 01.10.1989; alterada pelas Leis n.º 821, de 1989, n.º 387, de 1995, n.º 360, de 1999, n.º 446, de 2004, e n.º 525, de 2005); **NORUEGA**, Lei n.º 40, de 30.04.1993 (vigor: 01.08.1993; alterada pelas Leis n.º 104, de 2000, e n.º 36, de 2001); **SUÉCIA**, Lei n.º 1117, de 23.06.1994 (vigor: 01.01.1995; alterada pelas Leis n.º 1245, de 1995, n.º 374, de 2000, n.os 603 e 769, ambas de 2002, n.º 767, de 2004, e n.º 213, de 2006); **ISLÁNDIA**, Lei n.º 87, de 12.06.1996 (vigor: 27.06.1996; alterada pela Lei n.º 52, de 2000); **FINLÂNDIA**, Lei n.º 950, de 28.09.2001 (vigor: 01.03.2002; alterada pelas Leis n.º 1229, de 2001, e n.º 59, de 2005). Sobre o assunto, por todos: cfr. AA.VV. (2005) e HARNOIS et HIRSCH (2008: 7-8 e 21-36), e, resumidamente e com referências bibliográficas, SANTOS (2009: 123-126).

¹¹ Refiro-me à inovadora solução **holandesa** aludida *supra* (nota 6); à original solução **belga**: *Loi instaurant la cohabitation légale*, de 23.11.1998 (vigor: 01.01.2000; e cfr. Circular de 01.12.1999, pub. 07.12.1999); à diferente solução **francesa**: *Pacte civil de solidarité*, Lei n.º 99-944, de 15.11.1999 (pub. 16.11.1999 e alterada pela Lei n.º 2006-728, de 23.06.2006; cfr. também: Decisão do Conselho Constitucional n.º 99-419, de 09.11.1999; Circular de 10.11.1999, substituída por Circular de 11.10.2000, por sua vez substituída por extensa Circular de 05.02.2007; Decretos n.º 99-1089, n.º 99-1090, n.º 99-1091, todos de 21.12.1999, pub. 24.12.1999; Decretos n.º 2000-97 e n.º 2000-98, ambos de 03.02.2000; e Decretos 2006: 1806 e 2006: 1807, ambos de 23.12.2006, que revogaram os de

1999); à solução **luxemburguesa**: *Loi relative aux effets légaux de certains partenariats*, de 09.07.2004 (pub. 06.08.2004; vigor 01.11.2004); e à solução de **Andorra**: Lei 4/2005, de 21.02 (*Llei qualificada de les unions estables de parella* – pub. 23.03.2005; vigor: dia seguinte). No tocante às soluções holandesa, belga e francesa, além da bibliografia citada na nota anterior, cfr. CURRY-SUMNER (2005), que também analisa a legislação da Suíça e do Reino Unido. Sobre as alterações francesas de 2006, além da extensa Circular de 2007, cfr. *v. g.*, LARRIBAU-TERNEYRE (2007), BENALCAZAR (2007) e MAUGER-VIELPEAU (2008). Quanto a **ESPAÑA**, referimo-nos às seguintes leis: **Catalunha**, Lei 10/1998, de 15.07 (*Ley de uniones estables de pareja*, alterada pela Lei 3/2005, de 08.04); **Aragão**, Lei 6/1999, de 26.03 (*Parejas estables no casadas*, alterada pela Lei 2/2004, de 03.05); **Navarra**, Lei Foral 6/2000, de 03.07 (*Ley Foral para la igualdad jurídica de las parejas estables*, alterada pelo Decreto Foral 250/2002, de 16.12); **Valência**, Lei 1/2001, de 06.04 (*Ley por la que se regulan las uniones de hecho*); **Ilhas Baleares**, Lei 18/2001, de 19.12 (*Ley de parejas estables*); **Madrid**, Lei 11/2001, de 19.12 (*Ley de uniones de hecho*); **Astúrias**, Lei 4/2002, de 23.05 (*Ley de parejas estables*); **Andaluzia**, Lei 5/2002, de 16.12 (*Ley de parejas de hecho*); **Canárias**, Lei 5/2003, de 06.03 (*Ley para la regulación de las parejas de hecho*, alterada pela Lei 12/2006); **Estremadura**, Lei 5/2003, de 20.03 (*Ley de parejas de hecho*); **País Basco**, Lei 2/2003, de 07.05 (*Ley reguladora de las parejas de hecho*); e **Cantábria**, Lei 1/2005, de 16.05 (*Ley de parejas de hecho*). Relativamente a esta legislação espanhola, abstraindo de muita bibliografia de cariz doutrinário, cito apenas um livro útil e completo: CUERVO y ALFAGEME (2007).

¹² **Alemanha**, Lei de 16.02.2001 (vigor: 01.08.2001; alterada por Leis de 15.12.2004 e 06.02.2005); **Reino Unido**, *Civil Partnership Act 2004* (2004 Chapter 33) (vigor: 05.12.2005); **Suíça**, Lei de 18.06.2004 (ratificada por referendo de 05.06.2005; vigor: 01.01.2007). Sobre estas soluções, por todos, cfr. SANTOS (2009: 127-139).

¹³ Sobre tal legislação, sucintamente e já parcialmente desatualizado, cfr. SALTER CID (2005: 48-52). Quanto à legislação dos E.U.A., cfr. AA.VV. (2008c) e NATIONAL CONFERENCE OF STATE LEGISLATURES (2009). Note-se que uma Lei de **New Hampshire** de 03.06.2009 (*Chapter 61*), dada a permissão do casamento entre pessoas do mesmo sexo, veio proibir o estabelecimento de uniões civis a partir de 01.01.2010, inclusive, data em que começa a vigorar tal permissão. Solução semelhante foi adotada em **Connecticut**, mediante Lei de 23.04.2009 (*Public Act 09-13 – An Act Implementing the Guarantee of Equal Protection Under the Constitution of the State for Same Sex Couples*), determinando tal proibição a partir de 30.09.2010. Em Vermont não podem estabelecer-se novas uniões civis desde 01.09.2009, data desde a qual vigora a dita permissão.

¹⁴ Sobre a matéria, com algum pormenor, permito-me citar apenas SALTER CID (2005: 705-746) e SANTOS (2009: 93-121). Com referência ao Conselho da Europa apenas acrescento a referência à Nota do Secretário-Geral de 28.01.2008, intitulada *Discriminação fundada na orientação sexual: acção eventual do Comité de Ministros*, e aludo, mas tão-somente aludo, à existência de vários documentos posteriores relacionados com o tema da Nota.

¹⁵ Cfr. Acórdãos de 11.07.2002, proferidos no caso *I. vs. Reino Unido*, §§ 77-84, e no caso *C. Goodwin vs. Reino Unido*, §§ 97-104. Compare-se com a jurisprudência anterior do mesmo Tribunal: casos *Rees*, § 49, *Cossey*, § 43, al. *a*), e § 46, e *Sheffield e Horsham*, § 66, todos também contra o Reino Unido. Sobre o assunto (aflorado em SALTER CID, 2005: 507 e 705-706), entre muitos autores, mas com particular interesse e clareza, cfr. VERSCHRAEGEN (2003: 204 ss., *maxime* 210). Sobre os diversos problemas envolvidos em sede de transexualidade e casamento, entre nós, ultimamente, cfr. PEREIRA COELHO, in *Id.* e OLIVEIRA (2008: 204-207), e SANTOS (2009: 251-282).

¹⁶ Cfr. *Resolução sobre a igualdade de direitos dos homens e mulheres homossexuais na Comunidade Europeia*, de 08.02.1994, in *J.O.*, N.º C 61, de 28.02.1994, pp. 40 ss. (*maxime* pontos 11 e 14).

¹⁷ Lei n.º 7/2001, de 11.05, que sucedeu à Lei n.º 135/99, de 28.08. Sobre estas leis, cfr. SALTER CID (2005: 636-650 e 658-674). Em 2009 o PS apresentou uma iniciativa legislativa visando alterar a lei de 2001; foi aprovada pela Assembleia da República, mas foi vetada pelo Presidente da República. Sobre a matéria, cfr.: Projecto de lei N.º 665/X (4.ª), in *D.A.R.*, II Série-A, N.º 77, de 28.02.2009; *Parer* da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, in *ibid.*, N.º 81, de 07.03.2009; *Discussão* na generalidade, in *ibid.*, I Série, N.º 53, de 06.03.2009; *Votação* na gene-

- ralidade, in *ibid.*, N.º 54, de 07.03.2009; *Votação* final global, in *ibid.*, N.º 100, de 04.07.2009; *Decreto* da AR N.º 349/X, in *ibid.*, II Série-A, N.º 168, de 28.07.2009; e *Mensagem* do PR, in *ibid.*, I Série, N.º 106, de 11.09.2009.
- ¹⁸ Cfr. Projecto de lei N.º 206/X, apresentado pelo BE, in *D.A.R.*, II Série-A, N.º 85, de 11.02.2006, e Projecto de lei N.º 218/X, apresentado por Os Verdes, in *ibid.*, N.º 93, de 11.03.2006, e cfr. *Parecer* da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, in *ibid.*, N.º 11, de 11.10.2008.
- ¹⁹ Foi apresentada a 16.02.2006 e, sem indicação de data, foi publicada como Petição N.º 109 (1.ª), in *D.A.R.*, II Série-B, N.º 35, de 11.03.2006. Cfr. também *Relatório* final da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, in *ibid.*, N.º 11, de 11.10.2008.
- ²⁰ Cfr. *D.A.R.*, I Série, N.º 12, de 11.10.2008. Além do relato da discussão, não se prescinde da leitura neste *Diário* das declarações de voto de diversos deputados, sobretudo as de deputados do PS. Sobre a matéria e acerca das iniciativas mencionadas nas duas notas anteriores, cfr. SANTOS (2009: 58-59 e 72-89 – nas pp. 78-80 o A. refere-se, ainda, a um «Anteprojecto da Juventude Socialista» que nunca passou a projecto).
- ²¹ Cfr. várias notícias de Setembro e Outubro 2008, disponíveis a partir de <http://www.publico.pt> (pesquisa «casamentos homossexuais» e «casamento de homossexuais») e de <http://www.expresso.pt> (pesquisa *idem*).
- ²² Cfr. «PS: A Força da Mudança – Moção Política de Orientação Nacional ao XVI Congresso Nacional do Partido Socialista» (28.12.2007), onde, como «segunda prioridade na promoção da igualdade», se apontou «a remoção, na próxima legislatura, das barreiras jurídicas à realização do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo» (p. 18), e cfr. «Programa de Governo do Partido Socialista – Avançar Portugal – 2009-2013» (29.07.2009), onde se assumiu o compromisso de, «durante a próxima legislatura», «remover as barreiras jurídicas à realização do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo». Os documentos citados estão disponíveis in <http://www.ps.pt>
- ²³ Cfr. várias notícias de Outubro e Novembro 2009, disponíveis nos sítios indicados *supra* na nota 21.
- ²⁴ Sobre o instituto do referendo, cfr. artigos 115.º e 167.º da C.R.P. e Lei Orgânica do Regime do Referendo (Lei Orgânica n.º 15-A/98, de 03.04, alterada pela Lei Orgânica n.º 4/2005, de 08.09). Os últimos dados «indirectos» parecem ser os que resultam de um inquérito sobre saúde e sexualidade – intitulado «Comportamentos sexuais e a infecção por HIV/Sida em Portugal» –, realizado em 2007 pelo Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa: das 3643 pessoas inquiridas, representativas da população portuguesa continental, cerca de 70% consideraram erradas as relações sexuais entre adultos do mesmo sexo: no tocante às relações sexuais entre homens, 78,4% dos homens e 63,6% das mulheres consideraram-nas erradas; quanto às relações sexuais entre mulheres, 77,4% dos homens e 64,2% das mulheres também as consideraram erradas; as percentagens descem se consideradas algumas variáveis, mas é sempre maioritária a posição dos que consideraram errada a homossexualidade. Sobre estes dados, com algum pormenor, cfr. *Público*, Ano XIX, n.º 6607, de 03.05.2008. Os resultados apontados condizem com todos os dados conhecidos resultantes de inquéritos científicos respeitantes à população portuguesa: para dados colhidos em inquéritos de 1983, 1990, 1995 e 1999, cfr. SALTER CID (2005: 489-490), com indicação dos números e citações pertinentes. Com referência a dados «directos», pode dizer-se que, em resposta a inquérito promovido em 1993 pela Comissão das Comunidades Europeias, com referência à população portuguesa com 15 ou mais anos de idade, cerca de 68% dos inquiridos pronunciaram-se contra o casamento de pares homossexuais. Sobre este inquérito, cfr. *Id.* (2005: 464-469 e 490).
- ²⁵ Cfr. Projecto de lei N.º 14/XI (1.ª), apresentado pelo BE a 15.10.2009, e Projecto de Lei N.º 24/XI (1.ª), apresentado por «Os Verdes» a 30.10.2009 (novidade em relação ao anterior do mesmo Partido: não exclui a adopção), ambos in *D.A.R.*, II Série-A, N.º 4, de 12.11.2009.
- ²⁶ Cfr. Acórdão TC N.º 359/2009 (1.ª Secção), de 09.07.2009 (texto integral disponível in <http://www.tribunalconstitucional.pt>). Este Acórdão, muito extenso no relatório e na descrição de decisões judiciais tomadas em jurisdições não portuguesas, foi proferido em sede de fiscalização concreta, suscitada no âmbito do tão noticiado «caso Teresa e Helena», duas jovens mulheres que tentaram sem êxito contrair casamento civil. Sobre este caso, com pormenor, embora não incluindo o des-

fecho no TC, cfr. SANTOS (2009: pp. 60-72). Entre o mais, este A. refere-se às decisões judiciais que precederam a intervenção do TC e que, mantendo firme uma decisão da 7.^a Conservatória do Registo Civil de Lisboa, haviam negado a pretensão das interessadas: sentença da 2.^a Secção do Tribunal Cível da Comarca de Lisboa e Acórdão da Relação de Lisboa de 15.02.2007, este disponível na íntegra a partir de <http://www.dgsi.pt> (Proc. 6284/2006-8). A dita posição sustentada no TC corresponde, no fundo, à que figura no citado Acórdão da Relação e é defendida em GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2007: 568).

- ²⁷ É imensa bibliografia disponível sobre o tema. Permito-me citar apenas alguns Autores portugueses e espanhóis. «**Pelo sim**»: VALE DE ALMEIDA (2006 – texto praticamente reproduzido in Id., 2009: 105 ss.); AA. VV. (2008d); MÚRIAS (2008); GAVIDIA SÁNCHEZ (2007); MARTÍN ZÁNCHEZ (2008); e LLAMAZARES FERNÁNDEZ (2008). «**Pelo não**»: PEREIRA COELHO, in Id. e OLIVEIRA (2008: 112-114 e 201-204); MEDEIROS, in MIRANDA e Id. (2005: 395-398 e 405-406); LÍBANO MONTEIRO (2005); PULIDO ADRAGÃO (2006); ROQUE CABRAL (2007); CALDEIRA BENTO (2007: 99-104); NOGUEIRA DE BRITO (2008); LOBO XAVIER (2008: 75); SANTOS (2009); VAZ PATTO (2009); SOUTO GALVÁN (2008); e títulos espanhóis citados *supra* na nota 8 (incluindo o *Dictamen e os Informes*). «Pelo não», permito-me ainda citar dois artigos publicados em jornal, escritos por prestigiados Professores de Direito e cuja leitura me despertou particular interesse: MIRANDA (2008) e LOBO XAVIER (2009).
- ²⁸ Um direito subjectivo que verdadeiramente não existe na esfera jurídica de quem pretende adoptar, porquanto «a adopção visa realizar o superior interesse da criança» (na expressão do art. 1974.º, n.º 1, do nosso Código Civil). Sobre a matéria, em sede supranacional, cfr. Acórdão de 26.02.2002 do TEDH, proferido no caso *Fretté vs. França*, *maxime* § 42, e, entre muitos, VARANO (2003).
- ²⁹ Em Portugal, a PMA é regulada pela Lei n.º 32/2006, de 26.07. Nos termos do art. 4.º, n.º 1, desta lei «as técnicas de PMA são um método subsidiário, e não alternativo, de procriação», e de acordo com o art. 6.º, n.º 1, da mesma lei, somente as pessoas casadas e não separadas de pessoas e bens ou de facto e, bem assim, as pessoas *de sexo diferente* que vivam em união de facto há pelo menos dois anos, podem recorrer a técnicas de PMA.
- ³⁰ No nosso Código Civil cfr., *v. g.*, artigos: 1105.º, n.º 2, 1670.º, n.º 2, 1673.º, n.º 1, 1676.º, n.º 1, 1776.º, n.º 1, 1778.º-A, n.º 2, 1791, n.º 2, 1793.º, n.º 1, e 1826.º, n.º 1. Na C.R.P. cfr., *maxime*, artigo 36.º, n.º 3.
- ³¹ Sobre o assunto, com citações pertinentes, cfr. SALTER CID (2005: 748-749), onde por lapso não citei CONSEIL FÉDÉRAL SUISSE (2003: 1196-1998 e 1203-1205). Mais recentemente, cfr., *v. g.*, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ (2007: 33-34 e 48-49). Relativamente aos Países Baixos, actualmente com população ligeiramente superior a 16,5 milhões, os últimos dados disponíveis (Setembro 2009 – <http://statline.cbs.nl/StatWeb/selection/?DM=SLEN&PA=37772ENG&LA=EN&VW=T>) são, em resumo, os seguintes: casamentos entre pessoas do mesmo sexo, 2001-2008, inclusive – 12102 (entre homens 6056; entre mulheres 6046); parcerias registadas entre pessoas do mesmo sexo, 1998-2008, inclusive – 11012 (entre homens 5613; entre mulheres 5399).
- ³² Esta expressão foi usada por CORNU (2003: 113).
- ³³ Como procurei salientar há mais de 10 anos (SALTER CID, 1998: 230-231).
- ³⁴ Por todos, cfr. ALBUQUERQUE (2003). Deve notar-se que, mesmo entre os defensores «militantes» da «causa gay», há quem, não se opondo à criação de um estatuto jurídico para os pares homossexuais, seja firmemente contra a abertura a estes do instituto do casamento: para um exemplo opinativo, cfr. ETTELBRIK (1997); para um estudo sucinto, mas importante e com pistas para aprofundamento, cfr. MCK NORRIE (2000).
- ³⁵ Quanto à falta de fundamento das alegadas discriminações, entre muitos, com especial interesse, cfr. FULCHIRON (2002). Sobre o aditamento da «orientação sexual» à lista de factores com base nos quais é expressamente proibida a discriminação pelo art. 13.º, n.º 2, da C.R.P. (revisão de 2004), explicando a razão pela qual não serve de apoio a uma alegada imposição constitucional do casamento entre homossexuais do mesmo sexo, cfr. MIRANDA, in Id. e MEDEIROS (2005: 120-121), PEREIRA COELHO, in Id. e OLIVEIRA (2008: 203), ROQUE CABRAL (2007: 114-115), VAZ PATTO (2009: 249-252), e, com referência adicional ao processo legislativo que levou ao aditamento, SALTER CID (2005: 564-566) e SANTOS (2009: 306 ss. *maxime* 310-315, 320-324, e 338-341). De resto, cfr. a disposição

conjugada dos artigos 9.º e 21.º, n.º 1, da *Carta dos direitos fundamentais da União Europeia* (*supra* citados no texto) e os Acórdãos TC e RL citados *supra* nota 26 (e Autores citados nesta, *in fine*).

³⁶ Tal garantia parece resultar, não apenas do artigo 36.º, n.º 1, 2.ª parte, da C.R.P. – que confere o direito fundamental de contrair casamento, não definindo este mas tendo sem dúvida como referente o conceito pré-constitucional de casamento, inalterável no essencial pelo legislador ordinário –, mas também dos aludidos textos internacionais incorporados no Direito interno por força do art. 8.º, n.os 1 e 2, da Constituição: como Direito Internacional geral ou comum, aponto a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de harmonia com a qual, nos termos do art. 16.º, n.º 2, da nossa Constituição, devem ser interpretadas e integradas as normas constitucionais e legais relativas aos direitos fundamentais; como Direito Internacional convencional, aponto a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, hoje mais rigorosamente designada Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, e aponto o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos. Quer a DUDH (art. 16.º, n.º 1), quer a CEDH (art. 12.º), quer o PIDCP (art. 23.º, n.º 2), referem-se claramente ao casamento como união entre homem e mulher.

³⁷ Para usar a expressão de PEREIRA COELHO, in ID. e OLIVEIRA (2008: 113-114 e 204). Cfr. também VIEIRA DE ANDRADE (2001: 138-141).

³⁸ Não se pense que a alusão ao incesto é deslocada. Para não ir mais longe nem recuar muito no tempo, cfr., v. g. – a partir de <http://www.expresso.pt> (pesquisa) – as seguintes notícias: *Irmãos partilham a vida e têm quatro filhos*; *Pai e filha assumem relação incestuosa*; e *Incesto: amores proibidos*. Notícias do género aparecem de quando em vez na imprensa: há uns anos o jornal *Público*, Ano VIII, N.º 2581, de 06.04.1997, em «destaque», sob o título *Daniel e Rosa, um incesto feliz*, dedicou várias colunas a um caso de união incestuosa entre dois irmãos, já com dois filhos.

³⁹ Em nota ao título da intervenção de Martens (*Un beau miriage?*) lê-se o seguinte: «*Miriage: engagement fondé sur l'illusion*».