

Espaçopúblico

Igualdade é tratamento igual de realidades iguais e tratamento desigual de realidades desiguais

Discriminação e casamento: um olhar constitucional

1. O art. 13.º da Constituição proclama que todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei, acrescentando que ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual.

Os factores de desigualdade assim apresentados são-no a título enunciativo, e não taxativo. Eles equivalem aos mais flagrantemente reconhecidos pelo legislador constitucional; não os únicos susceptíveis de gerar privilégios ou discriminações e, portanto, não os únicos rejeitados.

Já era assim antes da revisão constitucional de 2004 no tocante à orientação sexual. O ser ela agora mencionada no art. 13.º (por cópia da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia) representa apenas uma explicitação.

A proibição de discriminações significa, à partida, que ninguém possa deixar de ter acesso a qualquer direito ou bem jurídico atribuído pela Constituição ou pela lei em termos gerais. Mas o princípio tem de ser entendido no contexto da Constituição, com as implicações decorrentes de outros princípios. É isso porque o princípio da igualdade não funciona por forma geral e abstrata, mas perante situações ou termos de comparação que devam reputar-se concretamente iguais - e, antes de tudo, à luz de padrões valorativos ou da ordem axiológica constitucional (parecer n.º 32/82 da Comissão Constitucional).

Enquanto conceito relacional, a medida do que é igual e deve ser tratado como igual depende da matéria a tratar e do ponto de vista de quem estabelece a comparação, em termos de determinar quais são os elementos essenciais e os não-essenciais num juízo acerca da admissibilidade ou inadmissibilidade de soluções jurídicas dissemelhantes e eventualmente mesmo discriminatórias. Ou seja, quando é que duas situações reais da vida são equiparáveis, quando as similaridades entre elas sobrelevam das diferenças e, por isso, o juízo de valor sobre a materialidade que lhes serve



**Jorge
Miranda**

de suporte conduz à necessidade de um igual tratamento jurídico (acórdão n.º 231/94 do Tribunal Constitucional).

É a esta luz que deve ser encarado o problema do casamento de homossexuais:

3. Igualdade é tratamento igual de realidades iguais e tratamento desigual de realidades desiguais. Por isso, diferenciar não é discriminar. Não diferenciar é que é (ou pode ser) discriminar.

Reducir o casamento à finalidade de procriação, como alguns sustentam, não se afigura correcto. Simplesmente, apenas o casamento de pessoas de sexos diferentes comporta a potencialidade de procriação, com tudo quanto isto envolve de direitos e deveres em relação aos filhos e à função de assegurar a subsistência (quer biológica, quer no plano da sustentabilidade da segurança social) e a renovação da comunidade. Não por acaso a Constituição qualifica a maternidade e a paternidade como "valores sociais eminentes" (art. 68.º, n.º 2).

Não admitir o casamento de dois homens ou de duas mulheres não viola o princípio da igualdade. O que o infringiria seria, sim, admiti-lo, por colocar em paridade realidade inconfundíveis.

4. A Lei Fundamental distingue o direito de constituir família e o direito de casar (art. 36.º, n.º 1) e hoje aparece à vista desarmada a pluralidade de formações familiares, designadamente, as uniões de facto, tanto heterossexuais como homossexuais (com direitos consagrados na Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio, e que bem poderão vir a ser alargados). Em contrapartida, é não menos patente, na Constituição, o enlace incindível entre filiação e casamento, necessariamente heterossexual. "Os cônjuges têm iguais direitos e deveres quanto à capacidade civil e à manutenção e educação de filhos (art. 36.º, n.º 3)." "Os filhos nascidos fora do casamento não podem ser objecto de qualquer discriminação" (art. 36.º, n.º 4). "Os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos" (art. 36.º, n.º 5). "Os filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial (art. 36.º,



n.º 6. À pluralidade de formações familiares há-de corresponder adequados regimes jurídicos.

5. Ainda mais claro se mostra a Declaração Universal dos Direitos do Homem: "A partir da idade núbil, o homem e a mulher têm o direito de casar e de constituir família, sem restrição alguma de raça ou religião (art. 16.º, n.º 2 da Constituição).

Ora, os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem" (art. 16.º, n.º 2 da Constituição).

Logo, em face do nosso ordenamento constitucional, não só não faz discriminação por se estabelecer diferenças entre o regime do casamento e o regime (ou qualquer regime) da união homossexual como o casamento é concebido exclusivamente como união heterossexual. Logo, uma lei que permitisse casamentos entre pessoas do mesmo sexo seria inconstitucional. Professor universitário

A Constituição tem de ser cumprida independentemente do que os programas de governo ofereçam aos seus leitores

Casamento entre pessoas do mesmo sexo: os falsos argumentos

No Capítulo II do Programa deste Governo pode ler-se: O Governo assume integralmente as disposições constitucionais e as orientações da União Europeia em matéria de não-discriminação com base na orientação sexual. Uma vez que a Constituição portuguesa impõe a revogação das normas do Código Civil nos termos das quais duas pessoas do mesmo sexo não podem contrair casamento e, se o fizerem, é o mesmo tido por inexistente, o PS não pode deixar de cumprir a Constituição sob o falso argumento que não tem mandato programático para tanto. Isto porque o tem. E porque, mesmo que o não tivesse, a Constituição, e particularmente os direitos fundamentais, tem de ser cumprida independentemente do que os programas de governo ofereçam aos seus leitores.

A proposta de se submeter a questão a referendo não pode ser, por seu turno, levada a sério. Os direitos fundamentais não se referendam. A Constituição já impõe o acesso dos homossexuais ao casamento civil, pelo que nada há a referendar. Por aqui também deveria ficar arrumada a falsa questão da liberdade de voto. Não há consciência, nem inteligência, a fazer de critério; há Direito a cumprir.

Está em análise no Tribunal Constitucional um recurso de constitucionalidade sobre esta questão, cuja decisão, ainda que favorável às recorrentes, as duas mulheres que pretendem contrair casamento, só terá efeitos no caso concreto. Se o PS não perder a oportunidade histórica de viabilizar um projecto de lei que consagre o casamento entre pessoas do mesmo sexo e a nova lei entrar em vigor antes de decidido o recurso, ele extinguir-se-á por inutilidade superveniente da lide.

Contra direitos fundamentais não valem, sem mais, maioria, sob pena de se funcionalizarem os primeiros; é por

isso, também, que os direitos fundamentais não admitem e devem resistir ao discurso do que diz a maioria sobre o comportamento a ele associado, ou do que é, conjunturalmente, a vontade parlamentar. Mais: é ainda pelo que se vem afirmando que as liberdades e competências, fortemente ligadas à dignidade das pessoas, não têm de esperar pelo consenso social para terem plena efectividade. Nesse sentido, aponta-se uma vocação contramajoritária dos direitos fundamentais. Numa ordem constitucional fundada na dignidade da pessoa, à qual o Estado se subordina, quando um direito expressa claramente uma liberdade ou uma competência que inscrevem o titular num universo de seres livres e iguais em dignidade, só por razões muito ponderosas, excepcionais e com claro apoio na Constituição pode o legislador afastar uma categoria de pessoas daquele direito. Este ponto é fundamental para se perceber a legitimidade do referendo.

Arrumado o falso argumento da legitimidade política e do referendo, recorda-se ainda que o direito de todos de contrair casamento consagrado no artigo 36.º da Constituição só é reforçado, na perspectiva da inadmissibilidade da exclusão dos casamentos entre pessoas do mesmo sexo, com a consagração constitucional, em 1997, do direito ao desenvolvimento da personalidade. O direito pessoal de contrair casamento, no plano constitucional, tem, do ponto de vista da excepcionalidade da negação da universalidade, uma reinterpretação obrigatória à luz de um direito que dá um sinal claro à inclusão constitucional dos planos de vida pessoais mais fragilizados pelas concepções dominantes contrárias.

Para esta exigência constitucional concorre ainda a inclusão expressa, na revisão de 2004, no artigo 13.º da Constituição, da orientação sexual como critério propositivo de



**Isabel
Moreira**

discriminações. O n.º 2 do artigo 13.º não escolhe ao acaso os factores que enumera. Eles correspondem aos que marcam de forma agravada a história das discriminações ilegitimas. As também chamadas categorias suspeitas, a que pertence a orientação sexual, funcionam, por isso, como presunções, no sentido em que qualquer discriminação estabelecida em função desses factores suspeitos será inconstitucional, a menos que demonstre que há uma justificação constitucional aceitável.

Assim, em face dos limites às restrições aos direitos fundamentais expressados no artigo 18.º da Constituição e do que se vem expondo, quais as razões fortes, excepcionais, constitucionalmente fundadas, para o legislador, perante um grupo significativo da sociedade, impedir o casamento a pessoas de sexo diferente? Certo é que as não há, ou há apenas razões falsas, como a pretensa vocação necessária para a procriação do casamento. É que nos termos da lei duas pessoas de sexo diferente, seja em que idade for, sem qualquer possibilidade de terem filhos podem casar; na realidade, podem casar-se, sem intenção mesmo de se relacionarem sexualmente, podendo mesmo uma delas estar na iminência da morte. Qual é então o fundamento constitucionalmente admissível, à luz da proibição de discriminação arbitrária contida no artigo 13.º em conjugação com o artigo 36.º, n.º 1, da Constituição na atribuição de um direito fundamental para não se conferir a titularidade do direito de contrair casamento a pessoas do mesmo sexo, quando o mesmo é conferido a pessoas de sexo diferente nas situações referidas? Chega de desculpas para não cumprir a Constituição. Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Co-autora de *O Casamento entre Pessoas do Mesmo Sexo* (Almedina, 2008)