

Aspectos constitucionais do regime do casamento em Direito português¹

ALBERTO DE SÁ E MELLO*

Resumo: Trata-se neste texto das incidências constitucionais no regime do casamento em direito português. Procura determinar-se, face ao quadro constitucional vigente, em que medida o casamento subsiste como célula social nuclear no ordenamento jurídico português. Busca-se, também, aferir quais os limites constitucionais à regulação jurídica ordinária do casamento: em que medida é deixado pela Constituição à liberdade do legislador ordinário delinear o quadro jurídico do casamento em direito português. Traça-se, a final, os princípios constitucionais indeclináveis na regulação jurídica das relações matrimoniais.

JURISMAT, Portimão, 2022, n.º 16, pp. 329-334.

* Doutor em Direito. Professor catedrático convidado na Faculdade de Direito da Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias (ULHT – Lisboa) e no Curso de Direito do Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes (ISMAT – Portimão). Advogado. E-mail: albsamello@netcabo.pt

¹ Este texto é baseado em comunicação, proferida pelo autor, na Conferência internacional «Aspectos jurídicos do casamento em direito português e em direito marroquino», realizada pelo Curso de Direito do ISMAT, em Portimão, em Maio de 2022.

1. Casamento e família

Nos termos do art. 1576º do Código Civil português, o casamento é uma das fontes das situações jurídicas familiares. Veremos que não é, de modo algum, o único modo de constituir família, mas é, decididamente, uma das origens desta. Tem a família ainda importância como célula social? Num mundo em que as relações interpessoais se estabelecem de tantos modos, típicos e atípicos, faz sentido realçar a família como entidade social?

A resposta encontra-se na Constituição da República Portuguesa (CRP). O art. 67º CRP enuncia a «família como célula fundamental da sociedade, com direito à protecção da sociedade e do Estado e à efectivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros».

A família é, assim, eleita como entidade social nuclear, «realidade social objectiva», como lhe chamam Vital Moreira e Gomes Canotilho,² «instituição jurídica necessária» (*ibidem*), não uma mera construção do Direito, mas elemento vivo da sociedade.

A família não se constitui apenas pelo casamento, nem este é, já, a fonte principal das relações intersubjetivas procriativas: estatística recente do INE aponta que 60% dos nascidos vivos em 2021 nasceram fora do casamento. Que pensar?

2. Direito à celebração de casamento

I. Em norma cuja leitura meramente enunciativa pode enganar, o art. 36º/1 da Constituição consagra a par os direitos de constituir família e de contrair casamento. Não nos iludamos, porém, pois daqui não decorre qualquer preferência constitucional pela família conjugal sobre outras modalidades familiares. Mas precisamos de analisar *todo* este preceito constitucional para percebermos o enquadramento jurídico actual do casamento no direito português.

II. Os direitos relativos à família, ao casamento e à filiação merecem consagração constitucional paralela. Ou seja, a par do dever de protecção *social* da família, a Constituição consagra o direito *individual* a casar: o casamento surge, assim, como depositário de garantia constitucional individual, direito individual dos cidadãos. Mas que significa e que implica estabelecer um direito individual a casar?

² Vital Moreira / Gomes Canotilho, *Constituição da República Portuguesa (Anotada)*, Coimbra, 2007, anotação *sub* artigo 67º-II.

III. Em primeiro lugar – reiteramo-lo –, consagrar constitucionalmente o direito a casar não implica admitir o casamento como única (ou principal) fonte familiar. É, contudo, verdade que a ligação matrimonial é a única que aparece mencionada como tal quer no texto constitucional quer na legislação ordinária civil, onde a união de facto, por exemplo, não surge referida como instituição familiar, não obstante dar origem a complexos de direitos e deveres quase tão densos e intrincados como os que resultam do casamento.

Deve, contudo, assinalar-se que a norma constitucional garante os direitos a constituir família e a casar em paralelo e não como sucedâneo um do outro (o direito a constituir família *pelo* casamento). Qual, então, o conteúdo do direito constitucional a casar?

IV. A consagração do direito de contrair casamento significa, mais simplesmente, que todos têm direito a casar sem que se admitam discriminações em função da raça, nacionalidade ou religião. Apesar de certas culturas e credos o imporem hoje, é, em Portugal, inconstitucional limitar o casamento a modelos religiosos (católicos ou outros), ou impedir o casamento entre pessoas de raças, nacionalidades ou religiões diferentes; repetimo-lo: qualquer discriminação imposta pelos costumes, credos ou religiões contrária a esta proibição é inválida no ordenamento jurídico português.

Mais, se é verdade que a Constituição portuguesa não admite limitações aos modos de constituir família para além do casamento, também é certo que não se descortina a preferência constitucional nem por um modelo de constituir família nem por um figurino de casamento em detrimento de outros, como nada na Constituição impõe um tratamento jurídico inteiramente igual às várias modalidades de constituição de família (matrimonial e não matrimonial). Expliquemo-lo bem.

3. Limites gerais à celebração de casamento

I. A liberdade de casar, mais do que isso o direito de todos a casar não impede que, sendo, pela lei civil, o casamento um contrato, existam requisitos para casar. Só podem casar aqueles a quem a lei civil reconhece capacidade matrimonial. Nada na Constituição impede que existam limitações geradoras de incapacidades matrimoniais: estão impedidos de casar os que não tenham 16 anos de idade, existem impedimentos decorrentes da consanguinidade, parentesco e afinidade, não podem casar os já casados; são inválidos os casamentos em que a vontade esteja viciada por erro ou coacção, são inexistentes os casamentos celebrados perante quem não tenha competência funcional para o acto. Nada disto é

inconstitucional por uma simples razão: a Constituição não veda à lei civil escolher os modelos de casamento que admite. Vejamos.

II. Não é constitucionalmente vedado que a lei civil admita o casamento entre pessoas do mesmo sexo, mas também não decorre da Constituição a imposição da sua admissibilidade – e, durante vários anos e já com esta Constituição só era admitido o casamento heterossexual.

Não é vedado que a lei civil admita casamentos múltiplos, poligâmicos ou poliândricos (de uma pessoa com várias), mas também não está constitucionalmente consagrada a proibição de que a lei civil imponha que o casamento é um contrato entre apenas duas pessoas.

Do mesmo modo, nada impede que o legislador ordinário consagre a eficácia civil apenas dos casamentos celebrados entre oficiais do Estado ou nuncio da Igreja católica. A Constituição deixa à lei ordinária a escolha dos modelos de casamento que admite.

A família pode constituir-se matrimonial, extramatrimonialmente (nomeadamente pela união de facto ou pela adopção), ou até de modo não institucional: não é admitida nenhuma discriminação aos filhos nascidos fora do casamento, sejam ou não fruto de relações estáveis dos progenitores. Mas as modalidades de união conjugal a que a lei reconhece efeitos jurídicos análogos aos do casamento civil estão tipificados e isto não é inconstitucional: como dissemos, nada impede que a lei civil restrinja os efeitos conjugais a uniões que obedeçam ao figurino ou figurinos descritos nessa lei, sejam estes conjugais ou não conjugais.

Afirma-se – com razão – que não podem resultar do regime do casamento católico efeitos jurídicos diferentes daqueles que a lei civil estabelece para os casados civilmente: da união conjugal católica não podem resultar direitos e deveres incompatíveis com a Constituição; não pode, por exemplo, resultar de qualquer tipo de casamento a que a lei civil venha a reconhecer eficácia (católico ou outro) nenhum modo de desigualdade dos cônjuges no seio conjugal ou de limitações ao seu estatuto jurídico como cidadãos (com excepção, talvez, dos limites impostos pelo dever de fidelidade à sua liberdade sexual).

Já não é inconstitucional que a lei religiosa (a lei canónica, no caso dos casamentos católicos) reserve para si não os efeitos civis, mas o escrutínio da validade e eficácia *religiosa* de uniões celebradas segundo esse rito. Assim, não pode a lei religiosa (*maxime* a lei canónica) consagrar a subordinação de um dos cônjuges ao outro, pois isto ofende um preceito constitucional autónomo (art. 36º/3 CRP) que impõe a igualdade destes, mas nada na Constituição se afigura

vedar que, como nos termos do art. 1625º C. Civil, esteja reservado aos tribunais eclesiásticos apreciar a validade *canónica* de um dado casamento. Como não pode a lei religiosa impedir que os casados segundo o seu rito se divorciem e contraíam novo casamento com eficácia jurídica civil, mas já pode impedir que contraíam novo casamento *religioso* (segundo o rito católico ou outro) os que houverem celebrado casamento *religioso* anterior ainda válido e não dispensado segundo o rito dessa religião. Por outras palavras, nada na Constituição impede que uma lei religiosa fixe os pressupostos e efeitos religiosos de um casamento, salvo se isso colidir com qualquer princípio ou preceito constitucional.

Em suma, é, nos termos da Constituição (art. 36º/2), à lei ordinária civil que cabe em exclusivo fixar os requisitos e efeitos civis do casamento. Podem as leis religiosas fixar efeitos e pressupostos outros com incidência meramente religiosa, desde que não vão bulir com princípios e regras constitucionais. E quais são os mais relevantes de entre eles?

4. A igualdade e plena capacidade dos cônjuges e dissolubilidade do vínculo

I. É inconstitucional todo o preceito civil, religioso ou derivado da tradição geral ou de um grupo que estabeleça para os cônjuges (aqueles que a lei civil reconheça casados) um qualquer tipo de desigualdade na sua capacidade para praticar quaisquer outros actos jurídicos ou políticos ou na manutenção e educação dos filhos (art. 36º/1 e /3) em consequência do casamento.

Daquele axioma resulta a proscrição constitucional da existência de diferentes idades núbéis para homens e mulheres, de subordinação da vontade da mulher à do homem, ou vice-versa, de diferentes poderes quanto à educação dos filhos, da inibição ou limitação ao exercício de profissão ou qualquer outro direito de qualquer dos cônjuges em resultado do casamento; ou, como já se expôs, está vedada a limitação do direito de casar em função da raça ou do sexo, na medida em que isto contraria outros preceitos constitucionais que impõem a igualdade material de todos perante a lei.

II. A lei constitucional também impede que uma lei religiosa, um costume ou uma tradição imponham estatutos jurídicos pessoais diferentes aos casados e não casados. Mas a Constituição já não impede que, em consequência do casamento, o estatuto pessoal ou patrimonial dos cônjuges resulte alterado, desde que em condições de perfeita igualdade entre estes.

Impendem sobre os cônjuges deveres pessoais recíprocos (em plena igualdade) que não afectam os não casados (de fidelidade, coabitação, assistência mútua,

cooperação). O casamento, por si só, também afecta o estatuto patrimonial dos elementos do casal: mesmo que não celebrem convenção antenupcial autónoma, é-lhes aplicável supletivamente um regime patrimonial específico diferente do estatuído antes do casamento. E, como se disse, a Constituição não impede isto, só proíbe que esse estatuto pessoal ou patrimonial difira entre os cônjuges.

III. Curiosamente, a Constituição e a lei entregam à autoimposição a regulação das relações intersubjectivas dos cônjuges. Só em caso excepcionais pode o tribunal ser chamado a dirimir o litígio ou mero dissenso sobre a condução da vida conjugal. Apenas no caso de morada de família (art. 1673º C. Civil), sobre o nome próprio ou apelido dos filhos (art.1875º/2) ou sobre questões importantes relativas ao exercício das responsabilidades parentais (art. 1901º) é admissível a intervenção judicial na vida do casal, ressalvadas, evidentemente, as violações grosseiras dos deveres conjugais.

Significa isto que existe uma esfera da regulação que é deixada à autocomposição dos cônjuges. Como enunciar, então, a regra aqui aplicável derivada dos princípios e preceitos constitucionais?

Sustentamos: a regulação das relações entre os cônjuges e destes com os seus filhos é deixada, pela Constituição, à autocomposição destes em tudo o que não contrarie a regra segundo a qual os cônjuges são formal e materialmente iguais na sua relação e nas relações intersubjectivas com os descendentes de ambos, que não coarcte a sua capacidade cívica e jurídica e que não limite a livre dissolubilidade do vínculo matrimonial. Estes são os únicos limites constitucionais aos poderes de auto-regulação das relações conjugais pelos próprios cônjuges.