

Proc. C.C. 109/2010 SJC – CT

Deliberação

Casamento entre pessoas do mesmo sexo. Nubente estrangeiro. Declaração de inexistência de impedimentos.

O Consulado de Portugal em B..., Brasil, atento o despacho n.º 87/2010 do Senhor Presidente do Instituto dos Registos e Notariado, mais concretamente o disposto no último parágrafo do n.º 1, vem propor que a menção prevista no art.º 136.º n.º 2 al. j) do Código do Registo Civil (CRC)¹, seja adaptada de forma a garantir a veracidade da declaração no caso de esta respeitar a casamento em que a lei da nacionalidade do nubente estrangeiro não permite a celebração de casamentos entre pessoas do mesmo sexo.

Propõe o referido Consulado que à declaração expressa legalmente prevista sejam acrescentados os seguintes dizeres: "*De harmonia com a lei interna portuguesa*", ou "*De harmonia com as normas apropriadas da lei pessoal*". Em alternativa a esta proposta, o Consulado sugere que possa ser averbado ao assento de casamento o seguinte: "*De harmonia com a Lei pessoal dos nubentes, nenhum impedimento obsta à celebração do casamento, nos termos da Ordem Pública internacional portuguesa.*", ou "*De harmonia com a Lei pessoal dos nubentes, nenhum impedimento, que exista, também, na Lei interna portuguesa, obsta à celebração do casamento.*"

Refira-se antes de mais que, muito embora os agentes diplomáticos e consulares portugueses em país estrangeiro sejam órgãos especiais do registo civil (art.º 9.º n.º 1 al. a) do CRC), a competência dos consulados deve ainda atender aos princípios constantes da Convenção sobre Relações Consulares concluída em Viena, em 24 de Abril de 1963, pelo que o casamento celebrado no estrangeiro, em consulado de Portugal, é possível desde que nenhum dos nubentes seja nacional do Estado onde o consulado se situa, um dos nubentes seja de nacionalidade portuguesa, o Estado estrangeiro não obste à celebração do acto por funcionário consular, e ainda que a celebração do casamento não contrarie as leis e os regulamentos do Estado estrangeiro.

¹ Consiste na declaração expressa do nubente estrangeiro de que de acordo com a sua lei pessoal não existem impedimentos à celebração do casamento.

É do conhecimento geral que o Brasil não admite casamentos entre pessoas do mesmo sexo, pelo que a questão colocada pelo Consulado de B... é pertinente, não para si próprio, mas para os consulados de Portugal situados em país estrangeiro que admita a celebração desses casamentos e, naturalmente, para as conservatórias do registo civil do território nacional.

O direito da família é “ ... *um ramo do direito civil muito permeável às modificações das estruturas políticas, sociais e económicas ...*”, como referem os Professores Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira².

A Lei n.º 9/2010, de 31 de Maio, veio permitir que os casamentos pudessem ser celebrados por pessoas do mesmo sexo e, na sequência da referida Lei, o despacho n.º 87/2010 do Senhor Presidente do Instituto dos Registos e Notariado esclareceu e uniformizou procedimentos na tramitação dos processos de casamento em causa.

As normas do Código do Registo Civil são normas de cariz processual, adjectivo, pelo que se impõe o seu cumprimento. E, nessa medida, a declaração do nubente de inexistência de impedimentos, prevista no art.º 136.º n.º 1 al. j) do mencionado Código, é a legalmente prevista, cabendo ao conservador, no momento da análise do processo, nomeadamente das declarações prestadas, dos documentos apresentados e na ponderação de factos que sejam do seu conhecimento officioso, aferir da existência e da relevância desses impedimentos.

O conceito de “impedimento” deve ser entendido em sentido amplo, abrangendo não só os impedimentos *stricto sensu* (aqueles que a própria lei classifica como impedimentos à celebração do acto), mas ainda os requisitos de validade ou, até, de existência do casamento, onde a heterossexualidade se incluía³. Assim, por a declaração do nubente estrangeiro implicar a remessa para ordenamento jurídico estrangeiro do qual se desconhece a caracterização e noção de casamento, o “impedimento” só pode ser aqui entendido no sentido amplo referido.

A declaração da mencionada al. j) substitui o certificado de capacidade matrimonial⁴. Esse certificado atesta a capacidade matrimonial do nubente por não existirem **quaisquer** impedimentos à celebração do acto, isto é, a declaração da al. j) não serve apenas para **um** impedimento, mas sim para **todos** os que existam na lei da nacionalidade do nubente.

O suprimento do certificado de capacidade faz-se pela declaração do nubente de que não existem quaisquer impedimentos, justificando-se pois a obrigatoriedade da declaração mesmo no casamento entre pessoas do mesmo sexo, já que outros

² “Curso de Direito da Família”, Vol. I, 3.ª edição, pág. 191.

³ “Curso de Direito da Família”, Vol. I, 3.ª edição, pág. 247.

⁴ Art.º 166.º n.º 2 do Código do Registo Civil.

impedimentos, para além da identidade de género, podem existir na lei pessoal do nubente estrangeiro.

É neste pressuposto que, em nosso entendimento, deve ser aplicado o despacho n.º 87/2010: o nubente actua de acordo com a lei ao efectuar a declaração e o conservador decide de acordo com os elementos disponíveis no processo e com outros que sejam do seu conhecimento.

Compreende-se, porém, que nos casos em que já se tem conhecimento prévio de que a lei da nacionalidade do nubente não admite a celebração de casamento entre pessoas do mesmo sexo, haja relutância em aceitar uma declaração sabendo-se de antemão que, parcialmente, a mesma não corresponde à verdade.

Mas se a norma registral determina o teor da declaração de inexistência de impedimentos, já o mesmo não se pode dizer de outras declarações do nubente que não se encontram limitadas por parâmetros normativos. Com o fim de tornar mais explícito o sentido da declaração de inexistência de impedimentos, entendemos que é possível o nubente fazer uma segunda declaração que complemente a anterior e que se sugere seja a seguinte: *“ A declaração anterior do(a) nubente é feita por impossibilidade de apresentação do certificado de capacidade matrimonial, visto que a sua lei pessoal não admite a celebração de casamento entre pessoas do mesmo sexo, o que contraria princípios da ordem pública internacional do Estado português.”*

Não cremos assim que se possa acolher a sugestão do Consulado, no sentido de alterar a menção prevista no art.º 136.º n.º 2 al. j) do CRC, bem como a sugestão de averbamento ao assento de casamento (art.º 70.º do CRC), por não existir base legal para o efeito e por o averbamento sugerido se referir não a um facto⁵, mas sim à verificação de um requisito prévio à autorização para o próprio acto e já sem reflexo directo no acto em si.

O impedimento da lei estrangeira derivado do casamento respeitar a pessoas do mesmo sexo é afastado pela aplicação do art.º 22 do Código Civil (P.º CC 58/2010 SJC-CT). Dado que a aplicação integral da respectiva lei da nacionalidade, para aferir da capacidade matrimonial do nubente estrangeiro⁶, contraria os princípios fundamentais da ordem pública internacional do Estado português, passa a funcionar a reserva da ordem pública, *“ ... reserva essa que se destina a impedir que a aplicação de uma norma estrangeira conduza, no caso concreto, a um resultado intolerável ... significando a sua*

⁵ O registo civil destina-se a registar factos relativos à identidade e capacidade do indivíduo [cfr. art.º 1.º n.º 1 do CRC: *“ O registo civil é obrigatório e tem por objecto os seguintes factos: ...”* (sublinhado nosso)].

⁶ Art.º 49.º do Código Civil.

intervenção, portanto, uma exceção à aplicação da ordem jurídica designada como competente.”⁷

O que interessa, para saber se houve ou não violação da ordem pública internacional, não são os princípios consagrados na lei estrangeira que servem de base à decisão, mas o resultado da aplicação da lei estrangeira ao caso concreto⁸.

Para o Prof. Baptista Machado⁹ a aplicação da exceção da ordem pública deve ser limitada ao mínimo, devendo sempre que possível recorrer-se ao ordenamento jurídico aplicável e só subsidiariamente à lei do foro, sendo essa a solução consagrada no n.º 2 do art.º 22.º do Código Civil.

Deste modo, não relevando a lei estrangeira quanto ao efeito impeditivo que colide com a reserva de ordem pública da lei do foro, deixam de existir impedimentos à celebração do casamento, desde que não existam na lei da nacionalidade do nubente estrangeiro outros impedimentos que obstem à celebração do casamento.

Assim, a aplicação da reserva de ordem pública não afasta inteiramente o direito estrangeiro considerado competente, mas somente as normas que são ofensivas dessa ordem pública.

A exceção da ordem pública internacional foi já invocada pelos Serviços para afastar a aplicação da lei estrangeira que proíbe a mulher muçulmana de contrair casamento com nubente português que não professa a mesma religião (P.º CC12/99 DSJ), concluindo-se pela instauração do processo de verificação de capacidade matrimonial, existente à data do caso concreto¹⁰, bem como pela emissão do respectivo certificado.

Como é referido na informação dos Serviços Jurídicos no presente processo, e para a qual remetemos¹¹, “ ... a recusa da aplicação da lei estrangeira pode limitar-se a um efeito parcial ...”, e “ ... excluído o efeito impeditivo que a lei estrangeira atribua à identidade de sexo dos nubentes para efeitos matrimoniais, o casamento passa sem mais a ser válido, desde que não haja na lei pessoal outros impedimentos que se oponham à sua validade.”

Em face do exposto, o Conselho Técnico delibera:

Na impossibilidade de apresentação do certificado de capacidade matrimonial de nubente estrangeiro que pretenda casar em Portugal com

⁷ Baptista Machado, in “*Lições de Direito Internacional Privado*”, pág. 257.

⁸ Fernando Andrade Pires de Lima e João de Matos Antunes Varela, in “*Código Civil Anotado*”, vol. I, 3.ª edição, pág. 68.

⁹ Baptista Machado, in “*Lições de Direito Internacional Privado*”, pág.s 270-271.

¹⁰ Art.ºs 261.º e ss do CRC.

¹¹ Pág. 9, 5.º §.

pessoa do mesmo sexo, a declaração para casamento, para além da menção contida na al. j) do n.º 2 do art.º 136.º do Código do Registo Civil, poderá conter ainda a seguinte:

“ A declaração anterior do/a nubente é feita por impossibilidade de apresentação do certificado de capacidade matrimonial, visto que a sua lei pessoal não admite a celebração de casamento entre pessoas do mesmo sexo, o que contraria princípios da ordem pública internacional do Estado português.”

Deliberação aprovada em sessão do Conselho Técnico de 20 de Outubro de 2011.

Maria de Lurdes Barata Pires de Mendes Serrano, relatora, Laura Maria Martins Vaz Ramires Vieira da Silva, Maria Filomena Fialho Rocha Pereira, Filomena Maria Baptista Máximo Mocica, José Ascenso Nunes da Maia.

Este parecer foi homologado pelo Exmo. Senhor Presidente em 21.10.2011.