



UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA
DEPARTAMENTO DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO
ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

**Mudanças Sociais com Mudanças Jurídicas e Mudanças Sociais
sem Mudanças Jurídicas no âmbito do Direito da Família**

Autora: Cristiana Marilzine da Silva Conde

Orientadora: Professora Doutora Maria Constança Dias Urbano de Sousa

Lisboa, 2014

UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA
DEPARTAMENTO DE DIREITO

**Mudanças Sociais com Mudanças Jurídicas e Mudanças Sociais
sem Mudanças Jurídicas no âmbito do Direito da Família**

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito,
Especialidade em Ciências Jurídicas.

Autora: Cristiana Marilzine da Silva Conde

Orientadora: Professora Doutora Maria Constança Dias Urbano de Sousa

*A presente Dissertação foi redigida segundo as normas do novo
Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa.*

Lisboa, 2014

Para os meus pais

Agradecimentos

Agradeço especialmente aos meus pais (Jorge Conde da Silva e Aldina José da Silva Conde), por todo o incondicional apoio e por todos os valores que me transmitiram e que me moldam, sem eles este labor científico jamais seria possível. Eis-me também grata aos meus irmãos sempre muito presentes e incentivadores do meu percurso pessoal e académico: Tânio Jorge da Silva Conde, Leda Patrícia da Silva Conde, Albertino Romer da Silva Conde e Mário Pagny da Silva Conde.

À Professora Doutora Maria Constança Urbano de Sousa, pelo privilégio que me concedeu em ser minha orientadora, e sobretudo, por me ter apoiado em aprofundar e, desde a primeira hora, jamais deixar de incentivar a prossecução de uma análise temática que não deixa de ostentar alguns pontos mais polémicos ou chamados fraturantes em virtude de paradigmas sociojurídicos dominantes. Muito lhe agradeço o incentivo, a confiança, a douda orientação que muito enriqueceu este estudo.

Agradeço a amizade, as orientações e sugestões do Professor Luís Filipe Pereira; a sua valiosa e construtiva dedicação.

Agradeço igualmente às minhas amigas (Jacqueline Branco, Yolanda Fernandes, Erika Fabiana) que, mesmo distantes, sempre me apoiaram nesta caminhada.

Agradeço a colaboração, ao nível bibliográfico, do Centro de Documentação Gonçalo Diniz (Associação ILGA), em especial a gentileza e disponibilidade da responsável daquele departamento Exma. Fátima Santos.

A Todos o meu Bem-haja.

Vivemos hoje em sociedades obscenamente desiguais e, no entanto, a igualdade não se impõe como ideal emancipatório. A igualdade, entendida como equivalência entre iguais, acaba por excluir o que é diferente. Tudo o que é homogêneo à partida tende a transforma-se em violência exclusivista. Daí que as diferenças, por carregarem consigo visões alternativas de emancipação social, devam ser respeitadas.

Boaventura de Sousa Santos

A responsabilidade da tolerância está com os que têm a visão mais ampla.

George Eliot
(Pseudónimo de Mary Ann Evans)

ÍNDICE

Agradecimentos.....	4
Siglas e acrónimos.....	8
Resumo/Palavras-Chave.....	9
Abstrat/Keewords.....	9
Résumé/Mots Clés.....	10

INTRODUÇÃO.....	11
------------------------	-----------

CAPÍTULO 1: O DIREITO DA FAMÍLIA COMO PARADIGMÁTICO DAS MUDANÇAS SOCIAIS

1. Evolução histórica da instituição da família: Da sociedade patriarcal do Código de Seabra até à versão original do Código Civil de 1966.....	19
1.1. O Código de Seabra de 1867.....	19
1.2. As reformas republicanas.....	21
1.3. O Código Civil de 1966.....	23
2. A importância da reforma do Código Civil de 1977, em especial a paridade de género.....	27
3. O instituto da adoção e sua evolução no ordenamento jurídico português.....	37
3.1. A noção de adoção.....	37
3.2. A evolução legislativa.....	39
3.3. A adoção como instituto ao serviço da criança.....	46

CAPÍTULO 2: ÂMBITO CONSTITUCIONAL E EUROPEU DO DIREITO DA FAMÍLIA

1. O regime constitucional das matérias disciplinadas pelo direito da família.....	49
1.1 Princípios constitucionais.....	49
1.2 A questão da existência de um direito constitucionalmente garantido à procriação medicamente assistida.....	56
2. O direito europeu da família.....	59
2.1 Uniformização/unificação versus harmonização do Direito da Família na União Europeia.....	59

2.2 A proteção do direito ao respeito pela vida familiar na CEDH.....	62
---	----

CAPÍTULO 3: MUDANÇAS SOCIAIS COM MUDANÇAS JURÍDICAS NO DOMÍNIO DO DIREITO DA FAMÍLIA

1. Direito convivencial: a regulação da união de facto.....	67
2. Os casamentos entre pessoas do mesmo sexo.....	77
2.1. Perspetiva constitucional e revisão das posições doutrinárias divergentes sobre a matéria.....	77
2.2. Posição defendida.....	90
2.3. Referências ao direito comparado.....	93
3. Transexualidade e direito: o direito à identidade.....	99
3.1. Revisão das posições doutrinárias divergentes sobre a matéria.....	99
3.2. A jurisprudência do TEDH.....	102
3.3. Referências ao direito comparado.....	106
3.4. Posição defendida.....	107

CAPÍTULO 4: MUDANÇAS SOCIAIS SEM MUDANÇAS JURÍDICAS NO DOMÍNIO DO DIREITO DA FAMÍLIA: ADOÇÃO HOMOPARENTAL

1. A questão da adoção por casais de pessoas do mesmo sexo.....	110
2. O processo em curso da coadoção em Portugal.....	119
3. Revisão das posições doutrinárias divergentes sobre a matéria.....	129
4. Posição defendida.....	138
5. Referências ao direito comparado.....	143

CONCLUSÕES.....	149
------------------------	------------

BIBLIOGRAFIA.....	157
--------------------------	------------

Siglas e Acrónimos

AAFDL- Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa

AAVV- Autores vários

Ac.- Acórdão

Al.(s)- Alínea(s)

Art.- Artigo

CC- Código Civil

CDFUE- Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

CE- Comissão Europeia

CEDH- Convenção Europeia dos Direitos do Homem

Cit.- Citado(a)

Cf.- Confira

CJ- Coletânea de Jurisprudência

CRC- Código do Registo Civil

CRP- Constituição da República Portuguesa

CP- Código Penal

CPC- Código de Processo Civil

DL- Decreto-Lei

DR- Diário da República

DUDH- Declaração Universal dos Direitos do Homem

Ed.- Editora

ISS- Instituto de Segurança Social

LEC-Lei da Economia Comum

LUF-Lei da União de Facto

N.º- Número

OA- Ordem dos Advogados Portuguesa

OMS- Organização Mundial de Saúde

ONU- Organização das Nações Unidas

Op.- Obra

PACS- *Pacte Civil de Solidarité*

PMA- Procriação Medicamente Assistida

Proc.- Processo

S/d.- Sem data

Ss.- Seguintes

TC- Tribunal Constitucional

TEDH- Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TFUE- Tratado sobre o funcionamento da União Europeia

Vol.- Volume

v.g. – *verbi gratia*, por exemplo

UE- União Europeia

Resumo: Neste estudo procura-se analisar as mudanças sociais acompanhadas de mudanças jurídicas e refletir sobre certas mudanças sociais que aguardam por mudanças jurídicas que as regulamentem. Pretendeu-se demonstrar a permanente relação de interdependência que existe entre os domínios social e jurídico e defender, sobremaneira, a permeabilidade do Direito às mudanças sociais e o que representam para o escopo evolutivo do Direito. Realçou-se a importância duma proximidade estreita do legislador, julgador e juristas face às dinâmicas da sociedade, especialmente no Direito da Família. Ficou demonstrado que a família atual tem mudado ao ritmo duma nova consciência da dignidade da pessoa humana, da igualdade de género e da emergência dos novos direitos, o que se manifesta, por exemplo, no reconhecimento do direito à identidade dos transexuais, do casamento e da adoção entre pessoas do mesmo sexo (esta última ainda não reconhecida no ordenamento português), entre outros. Visa-se mostrar os aspetos evolutivos da família; a perda de terreno da sua compreensão exclusivamente em sentido biológico em favor do direito dos afetos e da integração dum novo paradigma de par na instituição familiar. Abre-se, assim, o conceito de família a outras formas de convivialidade. Além dum enquadramento da evolução histórica da instituição da família e da sua contextualização ao nível constitucional e europeu, analisaram-se as mudanças sociais com mudanças jurídicas: regulação da união de facto, casamentos homossexuais, direito à identidade dos transexuais. Ao nível das mudanças sociais desacompanhadas de mudanças jurídicas incide-se na problemática da adoção por casais do mesmo sexo.

Palavras-chaves: mudanças, família(s), afetos, parentalidade, adoção homoparental.

Abstract: The current investigation aims to analyze the social changes which were followed for legal changes and to reflect on certain social changes which are still waiting for legal changes to discipline and regulate them. It was intended to demonstrate the permanent interdependence relationship that exists between the legal and social spheres and defend, specially, the permeability of Law in relation to social changes and what it represents to the evolutionary scope of Law field. The study emphasized the importance of a close relationship between the legislator, the judges and the legal experts and the social dynamics, especially in the branch of Family law. It was made clear that, actually, the concept of family has changed, due to the emergence of a new and deeper conscience of human dignity, the gender equality and the increment of new rights which is for instance promoted by the recognition of transsexual's right of a identity, the matrimony and the adoption of children by people of the same sex (this one still not yet recognized by the Portuguese law), just to mention a few. The study also focuses the evolutionary aspects of family: loss of its mainly biological field giving new way to the importance of affection and the inclusion of a new pair paradigm in family institution. In this sense, the concept of family is more and more enlarged to other manifestations of conviviality. In addition of an historical framework about the family institution and its contextualization in Portuguese Constitution and in European Law sphere, some social changes with legal changes were analyzed: the non-marital partnership regulation, homosexual matrimony and transsexual's right to identity. Regarding social changes which still have not been object of a legal change, this study focused on the adoption of children by homosexual's couples.

Keywords: changes, family(ies), affection, parenthood, homoparental adoption.

Résumé: Dans cette investigation on vise analyser les changements sociaux qui sont accompagnées de changements juridiques, bien comme réfléchir sur certains changements sociaux qui attendent encore par changements juridiques que puisse faire leur règlement. Dans cette étude on a prétendu démontrer la permanente relation d'interdépendance qui se vérifie entre les domaines social et juridique, mais aussi défendre, d'une manière spéciale, la perméabilité du Droit aux changements sociaux et ce que ceux-ci représentent pour la finalité évolutive du Droit. On a aussi essayé de détacher l'importance décisive d'une forte proximité du législateur, des juges et des spécialistes en Droit aux dynamiques sociales, surtout en ce qui concerne au Droit de la Famille. Au long de cette étude on a montré que la famille de nos jours se trouve dans un processus de changement au rythme d'une conscience, de plus en plus profonde, de la dignité de la personne humaine, de l'égalité de genre ainsi que de l'émergence de nouveaux droits, ce qui se manifeste, à titre d'exemple, dans la reconnaissance du droit à l'identité des transsexuels, dans les mariages des homosexuels ou dans l'adoption par personnes du même sexe (cette dernière modification, n'est pas encore reconnue par l'ordre juridique portugaise, parmi d'autres exemples. Cette investigation a eu une autre préoccupation, à savoir : rendre compte des aspects évolutifs de la famille comme soient la perte du privilège du vœu biologique en faveur de l'affectivité et de l'intégration d'un nouveau paradigme de couple dans l'institution familiale. Ainsi, on a cherché d'ouvrir le concept de la famille à d'autres modalités de convivialité. Au-delà d'un encadrement de l'évolution historique de la famille et de sa compréhension des points de vue constitutionnel et européen, on a analysé les changements sociaux avec changements juridiques : l'union de fait, les matrimoines homosexuels, le droit à l'identité des transsexuels. Au niveau des changements sociaux qui n'ont été pas accompagnés de changements juridiques on a mis l'accent sur la problématique de l'adoption par les couples du même sexe.

Mots-clés : changements, famille (s), affections, parentalité, adoption homoparentale.

INTRODUÇÃO

Este estudo tem como objetivo fundamental analisar, compreender e refletir sobre as mudanças sociais que foram acompanhadas de mudanças jurídicas e, simultaneamente, realçar mudanças sociais que aguardam ainda por mudanças jurídicas que as regulamentem e tutelem. Dentro deste âmbito genérico, pretendo inscrever na dimensão jurídica a consciência da constante interdependência entre o plano social e o plano jurídico, dando-se dessa forma um contributo para o entendimento abrangente e multidisciplinar do Direito. Essa interdependência entre a realidade social e o universo jurídico conexas-se com a própria problemática genética do Direito, com a ação causal deste. Isto porque as dinâmicas sociais não deixam de produzir ou influenciar o Direito e ter impacto neste, porquanto o papel indispensável que o Direito representa dentro da sociedade tem como complemento a permeabilidade do Direito às mudanças sociais e o que elas representam para o *corpus* do Direito e para sua evolução. É, pois, a elasticidade da dogmática jurídica que se pretende enfatizar, ou seja, a importância decisiva de uma aproximação do legislador, do julgador e dos juristas às circunstâncias sociais.

Com efeito, o direito pode ser condicionado e/ou condicionar a realidade social e se, apoditicamente, o vislumbramos como fator de estabilidade é preciso compreendê-lo também como uma importante alavanca de mudança.

Este estudo incide, essencialmente, no âmbito do direito da família, que é, por excelência, um domínio paradigmático das mudanças sociais. Por um lado, estuda-se as mudanças sociais que se repercutirão em mudanças jurídicas e, por outro, as mudanças sociais que não foram (ainda) acompanhadas das mudanças jurídicas necessárias.

Quanto às questões reguladoras desta pesquisa, em virtude do seu objeto, serão sobretudo duas, a saber:

- Quais as mudanças sociais que foram acompanhadas de mudanças jurídicas no âmbito do direito da família?
- Quais as mudanças sociais que não foram acompanhadas de mudança jurídica no âmbito do direito da família?

No que respeita à motivação desta pesquisa, saliento que, ao longo do meu percurso académico, sempre dei especial atenção ao Direito como realidade social, ou seja, de uma ordem jurídica que constitui uma parte integrante e complementar da ordem social global, participando, portanto, da ordem social global e sendo co-constitutiva dela. Na linha do que

João Baptista Machado afirma: “Todo o social é normativo e todo o normativo é social.”¹. Esta fórmula dá conta do Direito como fenómeno eminentemente social. Numa linha próxima, Luhmann encara a institucionalização jurídica sob a perspectiva de uma institucionalização “da institucionalização” e defende, por conseguinte, que a dupla institucionalização ou “reinstitutionalização” avulta como critério distintivo do Direito².

Considera-se de grande pertinência o assunto desenvolvido nesta pesquisa, sendo possível enumerar alguns aspetos que atestam a pertinência e atualidade das temáticas abordadas e das problemáticas refletidas:

1. Em virtude da complexidade do seu objeto, o Direito da Família, que versa sobre a multifacetada realidade das instituições que a ordem jurídica e social contempla - no interior da qual as pessoas nascem, desenvolvem-se como seres humanos e fraternizam afetos fundamentais – é, por excelência, o direito da esfera íntima.
2. O Direito da Família proporciona e requer espírito crítico e uma capacidade de compreensão abrangente dos fenómenos sociais e inclusive uma capacidade de encontrar novos caminhos, sempre que as soluções que a Lei consagra não satisfaçam as solicitações dos cidadãos.
3. O Direito da Família é, porventura, o ramo do Direito Civil mais cunhado pela mudança, como salientou, Dieter Schwab, para quem em nenhuma outra área encontrou o Direito Civil tantas alterações ao longo do século XX, e, nenhum outro ramo jurídico se revelou tão favorável à acomodação das mudanças.
4. A família de hoje tem evoluído ao ritmo da nova consciência da dignidade da pessoa humana, da luta pela igualdade de género, e numa época dos novos direitos, tem evoluído em razão do reconhecimento, por exemplo, dos direitos dos homossexuais, dos transexuais, dos embriões. Ou seja, como se destaca neste estudo, o Direito da Família reflete uma realidade institucional que tem passado por grandes mutações, sobretudo porque não é mais a família exclusivamente em sentido biológico, pois ganha cada vez mais relevância o direito dos afetos.
5. Os temas abordados neste estudo abrem flanco a uma visão familiar permeável à mudança, visto que não só a identificação de cada ser humano, mas igualmente a do par humano ou de outra modalidade pela qual opte livremente cada cidadão, dependem de uma escolha social que somente a opção de cada ser humano

¹ MACHADO, João Baptista - **Introdução ao direito e ao discurso legitimador**. 13.^a Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2002. 23.

² LUHMANN, Niklas - **Sociologia do Direito I**. Trad. bras. de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

condiciona. É esse caminho que se procura trilhar ao longo desta pesquisa rumo à ênfase da escolha de formas institucionais moldáveis no seu horizonte de aplicação a outras situações que reclamam a tutela do Direito, tal como sucede com o matrimônio homossexual, que apela para a integração de outro paradigma de par na instituição matrimonial. É neste sentido que se valoriza a perspectiva da jurista Maria Berenice Dias que, ao escrever sobre Direitos das Famílias, pretende, justamente, valorizar a diversidade de perspectivas, ao integrar no conceito de entidade familiar outras formas de convívio entre as pessoas³, uma vez que o caminho legislativo deve acompanhar o sentido das mudanças sociais, como se procura ponderar.

6. A necessidade de proteção jurídica para casais do mesmo sexo é uma mudança jurídica recente no ordenamento português e a possibilidade de adoção por esses mesmos casais é uma mudança jurídica por ocorrer, tal como a possibilidade de recurso à Procriação Medicamente assistida (PMA) por casais homossexuais. Estes são temas de extrema atualidade e credores de reflexão sobre o ângulo de que o preconceito nunca pode sobrepor-se aos direitos das pessoas. Há que ver a família não tanto por via da descrição dos seus fatores constitutivos, mas antes dimensão social que exprime, independentemente do modelo sexual.
7. Outro elemento que dá conta da pertinência deste estudo é a sua abordagem que contempla o influxo interdisciplinar: a família na Ciência Jurídica, as ligações ao Direito Privado, a crescente ligação ao Direito Público, mormente constitucional, o Direito Internacional, as Convenções Internacionais, especialmente o Direito da União Europeia e ainda a abertura a outros ramos do saber como a Sociologia, a Psicologia e a Antropologia.

No que respeita à metodologia, este estudo segue uma abordagem qualitativa, assente no paradigma interpretativo, na medida em que se pretende proceder a uma análise e interpretação de elementos da realidade social e da realidade jurídica e compreender o modo como se reciprocam, se influenciam mutuamente. Dentro desse enfoque qualitativo, recorre-se, *prima facie*, ao método hipotético-dedutivo, embora também se utilize o método dialético, em virtude da discussão de diferentes posições doutrinárias sobre os itens nucleares do

³ “ Assim, na busca do conceito de entidade familiar, é necessário ter uma visão pluralista, que albergue os mais diversos arranjos vivências. É preciso achar o elemento que autorize reconhecer a origem dos relacionamento das pessoas. O grande desafio é descobrir o toque das estruturas diferenciais e permitir inseri-las em um conceito mais amplo de família.”. DIAS, Maria Berenice - **Manual de Direito das Famílias**. 9.^a Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. 10.

estudo. Além do que, como método de procedimento, ao longo desta pesquisa exploratória, utiliza-se o método histórico, de forma a mostrar aspetos inerentes tanto às mudanças sociais como às mudanças jurídicas. Utiliza-se ainda o método de procedimento comparativo, sobretudo para a explicitação das mudanças legislativas e para o direito comparado de certos institutos jurídicos (casamentos entre pessoas do mesmo sexo, matéria do direito à identidade dos transexuais e adoção homoafetiva).

Quanto às técnicas de investigação utiliza-se, em especial, a documentação indireta por via de uma pesquisa documental e bibliográfica: recurso a uma pesquisa analítica, que tem como fontes primárias: a legislação, a jurisprudência, estudos monográficos, artigos de âmbito jurídico e igualmente de outras áreas do saber, visto que as discussões doutrinárias e jurisprudenciais (tanto dos Tribunais portugueses como do TEDH), sobre os temas abordados se traduzem num elemento essencial para o entendimento de diferentes perspetivas, a que se junta um contributo pessoal para o estudo das temáticas em causa.

A arquitetura deste estudo está estruturada em quatro capítulos.

O capítulo 1 está dividido em três itens, com vista a dar conta do Direito da Família como emblemático das mudanças sociais. Procede-se, num primeiro momento, à evolução histórica da família, com destaque para a transição da sociedade marcadamente patriarcal que permeia do Código de Seabra até à versão original do Código Civil de 1966. Desta evolução resulta, em jeito de balanço, que no Código Civil de 1867 se verifica uma subalternização do papel da mulher, não só no âmbito do casamento, como ainda ao nível da regulação do poder paternal (como era então designado, e onde está cunhado o cariz patriarcal, da supremacia do marido como chefe de família e como pai). As reformas republicanas deram, por sua vez, um contributo para a mitigação dessa desigualdade de género, nomeadamente com a Lei do divórcio (1910) e a Lei de proteção dos filhos que concedia à família uma feição mais paritária no que respeita à mulher. No Código Civil de 1966, destaca-se uma prevalência de uma legislação concordatária, embora a Constituição de 1933 (*vide* artigo 11.º) tenha procurado vincar a importância decisiva no enquadramento da edificação do Estado Novo, conquanto na versão do Código Civil de 1966 se mantivesse uma desigualdade de tratamento entre os géneros e uma clara inferioridade da mulher (*vide* artigo 1664.º do Código Civil de 1966). Coube à Reforma do Código Civil de 1977 dar um contributo decisivo rumo à paridade de género, o que se arrimou na Constituição de 1976 (*vide* artigos 13.º e 36.º, n.º 3), que concede à mulher um acervo de direitos políticos, civis, laborais de que, até então, estava privada. O princípio da igualdade entre homens e mulheres teve como corolário a não discriminação na vida conjugal. É, pois, uma vida familiar em mudança que surge da

consagração do princípio da igualdade entre homens e mulheres com impacto - para lá das dimensões extrafamiliares dos direitos civis e políticos - na esfera familiar, não só ao nível da educação e manutenção dos filhos, mas também na proibição da discriminação jurídica entre os cônjuges. Esta mudança jurídica dá conta do princípio da igualdade como estruturante dos ordenamentos jurídicos, enquanto legado do constitucionalismo moderno, e que se repercute em mudanças legislativas materiais. Na última secção deste capítulo estuda-se o instituto da adoção para se analisar a evolução legislativa e para se enfatizar a criança como sujeito de direitos, o que passa pela compreensão da família como elemento socializador na proteção das crianças e no entendimento da adoção a partir do superior interesse da criança e da valorização da adoção como uma realidade afetiva e sociológica que extravasa a dimensão biológica em que se funda o parentesco. Procura-se também acompanhar as mudanças no espírito no instituto da adoção, outrora focado na pessoa do adotante e, atualmente, fundado nos interesses das crianças adotadas, o que é revelador da permeabilidade do direito da família às mudanças das estruturas sociais, em virtude do esforço de uma gradativa adequação do instituto às superiores finalidades para que foi, afinal, projetado.

No capítulo 2 procura-se atender ao regime constitucional das matérias disciplinadas pelo Direito da Família, através da análise dos princípios constitucionais mais relevantes no que concerne à família. Esta vê reconhecida, como instituição, a titularidade de um direito fundamental (*vide* artigo 67.º CRP). Ainda em sede constitucional e infraconstitucional reflete-se sobre o direito à procriação medicamente assistida. Aliás, a circunstância de, até 2006, inexistir uma legislação geral sobre a PMA, motivou alguns autores (como Jorge Miranda e Rui Medeiros) a considerarem existir uma inconstitucionalidade por omissão. No item 2 deste mesmo capítulo aborda-se o binómio uniformização *versus* harmonização do Direito da Família na União Europeia. Apresenta-se argumentos favoráveis à unificação do Direito da Família nos Estados-Membros da União Europeia e argumentos em sentido contrário que sustentam tão-somente uma harmonização jurídica tendo em conta as matrizes axiológicas do direito da União Europeia e ainda a abertura dos direitos da família nacionais à receção de princípios, de institutos, dimanados de outras ordens jurídicas, produzindo-se, assim, um efeito de contágio entre legislações. Aborda-se, concomitantemente, a proteção do direito ao respeito pela vida familiar consagrado na CEDH, com especial incidência no seu artigo 8.º e nos Acórdãos do TEDH, que revelam uma interpretação evolutiva da Convenção e uma ampliação do alcance desse mesmo artigo.

No capítulo 3, com vista a destacar mudanças sociais acompanhadas de mudanças jurídicas ao nível do Direito da Família, incide-se em três problemáticas onde tal se verifica:

regulação da união de facto, os casamentos entre pessoas do mesmo sexo e a transexualidade. No primeiro caso, dá-se conta da evolução legislativa conducente à consagração da união de facto, nomeadamente a Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, que firma a união de facto homossexual paralelamente à união de facto heterossexual, reconhecendo-lhe importantes efeitos jurídicos. Salienta-se também a mudança de perspetiva sobre o casamento, que deixa de ser encarado como via exclusiva da constituição legítima da família, e passam a ser consideradas outras comunhões de vida, como a união de facto que se encontra no artigo 26.º, n.º 1 da CRP. Manifesta-se discordância face a autores que se mostram demasiado fixados na taxatividade do artigo 1576.º do Código Civil, para, desse modo, defenderem que a união de facto não é uma relação de família para a generalidade dos efeitos. Em relação ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, a sua organização discursiva processa-se em três eixos, a saber: a perspetiva constitucional e a revisão das posições doutrinárias divergentes sobre a matéria; a posição defendida e referências ao direito comparado. Entre as posições doutrinárias controvertidas, ganham especial relevância três perspetivas: a defesa de que o casamento entre pessoas do mesmo sexo é uma exigência constitucional; a defesa da proibição, à luz da Constituição, desse tipo de casamento e, por fim, os que consideram que o casamento entre pessoas do mesmo sexo pode ser reconhecido pelo legislador ordinário. Além do esclarecimento dessas posições divergentes, apresenta-se a análise de alguns pareceres (de Pedro Múrias, de Isabel Moreira e de Carlos Pamplona Corte-Real) dedicados à questão de indagar da validade das disposições do Código Civil restritivas a pessoas de sexo diferente. Conclui-se esta matéria com a defesa de que o casamento entre pessoas do mesmo sexo é uma exigência constitucional, por a sua concretização assentar em preceitos constitucionais, como o direito de contrair casamento, o princípio de igualdade de tratamento, o direito à reserva da vida privada. O item das referências ao direito comparado serve para se proceder ao enquadramento da questão ao nível do Direito Europeu e também para apresentar os direitos concedidos aos casais homossexuais em diversos ordenamentos jurídicos. Por último, aborda-se o direito à identidade dos transexuais que, em Portugal só com a Lei n.º 7/2011, de 15 de março, teve reconhecimento jurídico, nomeadamente, a adequação dos caracteres sexuais externos. Enfatiza-se a progressiva abertura do TEDH a esse mesmo reconhecimento por força de uma interpretação ampla dos artigos 8.º e 12.º da CEDH, através da análise de alguns Acórdãos significativos. A posição defendida, neste domínio, a favor da tutela do direito à identidade género dos transexuais, apoia-se, do ponto de vista constitucional, nos artigos 1.º, 13.º e 26.º da CRP e, em sede de Direito Internacional, na Resolução de Direitos Humanos da ONU, de 2011, e na Recomendação do Comité de Ministros do Conselho da Europa, de 2010.

No capítulo 4, que funciona como o reverso dialético do capítulo anterior, analisa-se mudanças sociais desacompanhadas de mudanças jurídicas e incide-se na problemática da adoção homoparental. Subdivide-se esse capítulo em 5 itens: a questão da adoção por casais do mesmo sexo - para explicitar o enquadramento de uma questão muito controversa, embora seja uma das mais prementes no Direito da Família contemporâneo; - o processo em curso da coadoção em Portugal para analisar esse processo, desde a apresentação de um projeto de diploma legislativo na Assembleia da República, em maio de 2013, a sua aprovação na generalidade, em 17 de maio de 2013 até à votação final global. Esta foi marcada pelo incidente da proposta do referendo sobre a questão da coadoção, que foi remetida pelo Presidente da República para o Tribunal Constitucional, que se pronunciou pela inconstitucionalidade e ilegalidade do mesmo, em decisão de 19 fevereiro de 2014, o que levou o Presidente da República a devolver à Assembleia da República a proposta de referendo. Em 14 de março de 2014, a coadoção para casais de pessoas do mesmo sexo regressou ao Parlamento, tendo sido chumbada o que, como se defende, se traduziu numa derrota para as crianças, cujo futuro ficou adiado pelo menos até à próxima sessão legislativa, ficou gorada a oportunidade de uma mudança jurídica fundamental que, em Portugal, tarda em realizar-se, mesmo à revelia do apelo da UNICEF e da condenação do TEDH da Áustria em virtude de uma discriminação resultante da orientação sexual, por não poder um elemento do casal do mesmo sexo adotar o filho do outro, e ainda do consenso, cada vez mais generalizado, dos mais relevantes estudiosos da matéria; revisão das posições doutrinárias sobre a matéria, com recurso, designadamente, a pareceres como o Relatório da Ordem dos Psicólogos Portugueses, parecer da Ordem dos Advogados e Carta Aberta ao ex-Bastonário da Ordem dos Advogados portuguesa, bem como posições doutrinárias, nomeadamente, as favoráveis (Carlos Pamplona Corte-Real, Maria Clara Sottomayor e Isabel Moreira), e desfavoráveis (Rita Lobo Xavier, Xavier Lacroix, Luís Villas-Boas, entre outros). Segue-se a posição defendida: a coadoção por casais do mesmo sexo afigura-se como uma imposição decorrente do enquadramento dos direitos humanos ao nível europeu em que Portugal se insere, da recusa de uma parentalidade somente adstrita a fatores biológicos e da defesa de uma parentalidade sócio-afetiva e ainda por se tratar de uma mudança jurídica que vem ao encontro do interesse superior das crianças. Advoga-se, pois, que a coadoção por casais de pessoas do mesmo sexo encontra amparo no princípio fundamental da isonomia, cujo corolário é a proibição de discriminações iníquas. Por último, as referências ao direito comparado servem para elencar os vários países em que a coadoção e a adoção plena se

encontram consagradas, casos da Holanda, Islândia, França, Espanha, muitos Estados dos EUA, entre outros.

CAPÍTULO 1: O DIREITO DA FAMÍLIA COMO PARADIGMÁTICO DAS MUDANÇAS SOCIAIS

1. Evolução histórica da instituição da família: Da sociedade patriarcal do Código de Seabra até à versão original do Código Civil de 1966

1.1. O Código de Seabra de 1867

O Código Civil de 1867, da autoria do jurista Visconde de Seabra, auxiliado por uma comissão revisora da qual fazia parte Alexandre Herculano, no seu artigo 7.º proclamava: “A lei civil é igual pra todos, não faz distinção de pessoa nem de sexo, salvos os casos expressamente enumerados.”.

A negação de direitos à mulher decorria, precisamente, dessa exceção cujo artigo já continha.

Na linha do que já se encontrava enumerado nas Ordenações, à mulher estava vedada a possibilidade de prestação de fiança, de ser testemunha instrumentária ou de ser procuradora em juízo. Além disso, a mulher não podia ser tutora nem vogal do conselho de família, um instituto criado no princípio do século XIX e exclusivamente composto por varões: três parentes da linha paterna do menor e dois da linha materna, cujo objetivo era prestar auxílio ao tutor.

O artigo 1184.º desse Código estipulava que ambos os cônjuges deviam guardar mutuamente fidelidade conjugal, viver juntos, socorrerem-se e ajudarem-se mutuamente. No entanto, o artigo 1885.º proclamava que, ao marido competia em especial a obrigação de defender a pessoa e os bens da mulher, enquanto à mulher incumbia a obrigação de prestar obediência ao marido, daqui resultando que a mulher tinha o domicílio do marido e este tinha o direito de a fazer regressar, inclusive pela força.

Segundo os artigos 1115.º, 1117.º, 1193.º e 1194.º do Código Civil de 1867, a mulher ficava impedida de dispor dos seus bens e tampouco podia praticar quaisquer atos sem que tivesse a autorização do marido, sob pena de nulidade.

Tais regras aplicavam-se independentemente de qualquer que fosse o regime de bens e mesmo o de separação, sendo que, na altura, a maioria dos casamentos se celebrava pelo regime legal de comunhão de bens.

Friso, neste contexto, a dependência financeira da mulher relativamente ao marido, uma situação que se manteve, aliás, até ao Código Civil de 1966. Durante esse hiato de um

século, o direito conservou-se contrário ao acolhimento de qualquer mudança da sociedade no que respeita à situação da mulher, bem como à natureza dos bens.

A única garantia, que já se encontrava vertida nas Ordenações, concedida pela lei à mulher casada era a impossibilidade do marido dispor de bens imóveis sem a autorização daquela. Acresce-se que o divórcio era inexistente, apenas se admitindo a separação judicial de pessoas e bens, sendo esta decretada pelo Tribunal, uma vez escutado o conselho de família, ainda assim composto por três parentes de cada cônjuge. Essa separação apenas podia ser pedida pelo cônjuge inocente, caso um dos cônjuges houvesse sido condenado à pena perpétua, por sevícias e injúrias graves e ainda por adultério. Todavia, a respeito deste último, a situação de flagrante desigualdade também aqui era evidente, na medida em que, ao marido lhe era suficiente alegar o adultério da esposa, enquanto esta (artigo 1204.º do Código Civil de 1867) só podia fazer a alegação caso o adultério do marido houvesse sido perpetrado com escândalo público ou “completo desamparo da mulher ou concubina teúda e mateúda no domicílio conjugal”.

Uma inovação significativa Código do Seabra prende-se com a associação da mãe ao poder paternal. Conquanto a igualdade não fosse estabelecida, ainda assim poderei assinalar como um avanço o que se encontra vertido no artigo 138.º, segundo o qual:

“As mães participam do poder paternal e devem ser ouvidas em tudo que respeita ao interesse dos filhos. Mas é ao pai que especialmente compete durante o matrimónio, como chefe de família, dirigir, representar e defender os filhos.”.

Ora, a locução adversativa que ressalta nesta disposição dá um claro testemunho da natureza ou matriz patriarcal da família que o direito legitimava, até porque enquanto durasse o casamento o poder da mãe se encontrava praticamente esvaziado, o que era ainda reforçado pela possibilidade de o pai fazer findar os direitos da mãe sobre os filhos, emancipando-os, para o que não carecia da autorização da mãe.

O Código de 1867, em sede de situação jurídica das mulheres, conservava duas principais ordens de razões de incapacidade que as discriminavam: por um lado, as provenientes do próprio sexo, por outro lado, as incapacidades em razão da família como as concernentes à mulher casada e à mãe. Sobre estas últimas permito-me destacar a perda da nacionalidade que o casamento com estrangeiro desencadeava; o dever de obediência ao marido, considerado chefe de família; a administração dos bens do casal como sendo uma competência exclusiva do marido, inclusive em relação aos próprios bens. Do artigo 1204.º n.º 1 e n.º 2 do Código de Seabra destaca-se a ausência de respeito da igualdade de género no que toca à separação de pessoas e bens.

1.2. As reformas republicanas

Com a implantação da República, onde sobressaiu o papel desempenhado pela Liga das Mulher Republicanas, o que de mais significativo pretendo salientar na mitigação dessas inúmeras e injustas limitações, foi a abolição, por uma Lei de 1917 e ratificada em 1918, das restrições em razão do sexo, cabendo à reestruturação do Código Civil, em 1930, fornecer uma nova formulação aos artigos onde tal restrição figurava, eliminando-a do texto.

Não obstante, em matéria atinente à tutela, o artigo 200.º apresentava na sua redação, a seguinte regra claramente discriminatória:

“Concorrendo varões e mulheres no mesmo grau, prefeririam aqueles a estas, excepto sendo notoriamente menos idóneos.”.

Assim sendo, comprova-se uma manifesta prevalência da família paterna sobre a materna.

Cerca de um mês depois de proclamada a República, a 3 de novembro de 1910, foi promulgada, pela primeira vez, a Lei do Divórcio. Nesta, embora sem uma declaração expressa, verifica-se o estabelecimento da igualdade entre os cônjuges, por exemplo, o adultério do marido era regulamentado nos mesmos termos que o da mulher, prescindindo das agravantes requeridas pelo Código Civil; igualmente inexistia discriminação, subsequente ao divórcio ou à separação de pessoas, no que concerne aos direitos dos pais em relação aos filhos.

Uma outra mudança jurídica reporta-se à promulgação, em 25 de dezembro de 1910, das designadas Leis da Família, as quais eram compostas por dois Decretos, a saber: o n.º 1, titulado “O casamento como contrato civil” e o n.º 2 com o título “Lei de protecção dos filhos”, que, de algum modo, concediam à família uma feição mais equitativa ou paritária no que respeita à mulher.

O artigo 1.º do Decreto n.º 1 definia o casamento como: “Um contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente com o fim de constituir legitimamente família”, o que pouco inovava face à redação do Código Civil, com a exceção da omissão da fórmula “contrato perpétuo” (artigo 1056.º). Essa diferença encontra a sua *ratio* no artigo 2.º que estipula ser o casamento um contrato puramente civil e que se presume perpétuo salvo a possibilidade do recurso ao divórcio.

Já quanto aos deveres impostos aos cônjuges, nada se altera face ao artigo 1184.º do Código Civil.

Enfatizo, no entanto, o artigo 39.º do Decreto agora em apreço, em virtude de conter um novo princípio de igualdade, nos seguintes termos:

“A sociedade conjugal baseia-se na liberdade e na igualdade, incumbindo ao marido, especialmente, a obrigação de defender a pessoa e bens da mulher e dos filhos e à mulher, principalmente, o governo doméstico e uma assistência moral tendente a fortalecer a unidade da família.”.

Entre as consequências legais desta disposição, destaco por exemplo, a impossibilidade de o marido obrigar a mulher a regressar ao domicílio conjugal; se bem que a mulher continuasse a adotar a residência do marido.

Fora as inovações apontadas, a base legal do casamento permanecia alicerçada nas mesmas restrições de capacidade infligidas à esposa pelo Código Civil, mas acabava, enfim, a degradante obrigação que impedia sobre a mulher de obediência ao marido, pelo que, por mais que esta incipiente proclamação jurídica de igualdade tivesse um pendor marcadamente simbólico, não deixava de ser, ao menos do ponto de vista moral, um assinalável progresso.

Quanto ao Decreto n.º 2 relativo à proteção dos filhos, não modificou o poder paternal, embora facilitasse à mãe ilegítima a investigação da paternidade ilegítima.

Não obstante as marcadas diferenças entre a legislação do Visconde de Seabra e a legislação da primeira República, no que respeita a certas características do contrato de casamento, não deixa também de ser verdade que existe um escopo que permanece comum em relação aos seguintes aspetos: a qualificação e caracterização do casamento como contrato, a necessidade de o mesmo ser celebrado entre pessoas de sexo diferente, decorrência de que com o casamento se constituía a família.

Entre as diferenças mais visíveis, assinalo que o Código Civil de 1867 mencionava, como elemento essencial, a perpetuidade do casamento, ao passo que a primeira República, apesar de presumir a perpetuidade matrimonial, previa a possibilidade do divórcio. O Código Civil Monárquico previa a existência de duas modalidades de casamento, o civil e religioso, enquanto a legislação da primeira República reconhecia, exclusivamente, o casamento celebrado perante o oficial do registo civil (em conformidade com o artigo 3.º do Decreto n.º 1, de 25 de dezembro, que estipulava que “Todos os portugueses celebrarão o casamento perante o respetivo oficial do registo civil, com as condições e pela forma, estabelecidas na lei civil, e só esse é válido”). Através do Decreto n.º 19.126, de 16 de dezembro de 1930, seria alterado o artigo 1057.º que passaria a ter a redação seguinte: “O casamento será celebrado perante o oficial do registo civil, com as condições e pela forma estabelecida na lei civil”.

1.3. O Código Civil de 1966

No período do Estado Novo (de 1926 a 1974), que cimentou o sistema patriarcal, o diploma jurídico mais relevante foi o novo Código Civil de 1966.

Assinalo, a este propósito, o carácter equívoco e contraditório do artigo 5.º da *Constituição da República Portuguesa* de 1933:

“A igualdade perante a lei envolve o direito de ser provido nos cargos públicos, conforme a capacidade os serviços prestados, e a negação de qualquer privilégio de nascimento, nobreza, título nobiliárquico, sexo, ou condição social, salvas quanto à mulher, as diferenças resultantes da sua natureza e do bem da família[...]”.

Ao mesmo tempo que este artigo consagrava o princípio da igualdade de género, fazia exceções relativamente à mulher. Essa mesma ambiguidade e a consideração dos direitos da mulher que se mostrassem contrários ao “bem da família” acarretou o restabelecimento, no Código de Processo Civil de 1939, do direito outorgado ao marido de poder exigir o regresso da esposa ao domicílio conjugal, nem que para isso tivesse de recorrer à força, o que representava uma revogação, nesta questão em concreto, das Leis da Família de 1910, as quais se conservaram praticamente inalteradas.

Ainda neste período considero importante destacar a Concordata entre Portugal e a Santa Sé datada de 1940. Segundo esse diploma, os casais vinculados canonicamente, depois da sua promulgação, não podiam divorciar-se.

Perante a crescente desorganização das famílias portuguesas, foi promulgada, em 1952, uma lei criadora do “crime de abandono de família”, punindo com prisão a falta de assistência ao cônjuge e aos filhos menores, uma lei que acabava por deixar de fora a proteção dos filhos ilegítimos.

Também no âmbito do direito da família, Portugal como que permanecia *orgulhosamente só* perante os avanços jurídicos europeus relativamente ao respeito pelos direitos individuais, designadamente a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão aprovada pela ONU em 1948 que, desde o seu preâmbulo, afirmava a igualdade entre homem e mulher, proclamando no seu artigo 2.º a não distinção de sexo. Ao invés, em Portugal, as mudanças sociais, os factos impunham-se, mas esbarravam com leis retrógradas e obsoletas.

Na sequência da instauração da República em Portugal, como salientei antes, foram revogadas, por via do Decreto n.º 1 de 25 de dezembro de 1910, diversas disposições do Código Civil de 1867, nomeadamente os artigos 1056.º a 1095.º, 1184.º a 1188.º e 1192.º.

No que respeita ao casamento essa legislação aprovada no início do regime republicano levou a uma significativa mudança no rumo que tinha sido seguido até então.

Desde logo, alterava-se o carácter de perpetuidade do casamento, o qual não previa qualquer disposição quanto à dissolução do matrimónio por divórcio, apesar de, no artigo 1121.º, ser mencionado que “a comunhão acaba com a dissolução do matrimónio”.

“O Código Civil de 1966 acabou por reflectir, em parte, a legislação concordatária, pelo menos no que concerne aos sistemas matrimoniais que consagrava.”⁴.

A Constituição de 1933, dedicava o título III à família e essa centralidade conferida ao conceito de família, constituía, aliás, o eixo de uma das fundamentais premissas políticas do Estado Novo, o que não deixou de repercutir-se na Lei Fundamental. Com efeito, como afirma Gomes Canotilho:

“A Constituição política não podia nem devia romper com o tecido orgânico da constituição social. Pelo contrário: devia reconhecer os grupos intermédios entre o indivíduo e o Estado, como a família, os organismos corporativos, as autarquias locais e a Igreja.”⁵.

Nesta linha, o artigo 11.º da Constituição de 1933 estipulava que:

“O Estado assegura a constituição e defesa da família como fonte de conservação de desenvolvimento da raça, com base primária da educação, da disciplina e harmonia social, e como fundamento de toda a ordem política pela sua agregação e representação na freguesia e no município.”.

Fica assim bem vincada a importância crucial que a família assumia no enquadramento sociopolítico da edificação do Estado Novo.

“Em suma, a noção de casamento [...] do Código Civil de 1966- na sua versão original- reflete uma concepção tradicionalista e conservadora do que se entendia por matrimónio, com claros indícios da influência da doutrina social da Igreja.”⁶.

O artigo 1672.º do Código Civil de 1966 mantinha a desigualdade de tratamento entre os géneros, uma situação que só haveria de ser corrigida- como no tópico seguinte explicitarei- com a reforma de 1977, que consagraria o equilíbrio entre os cônjuges na escolha de residência da família , ao dar nova redação a essa disposição:

“N.º 1: Os cônjuges devem escolher de comum acordo a residência da família, atendendo, nomeadamente, às exigências da sua vida profissional e aos interesses do filho e procurando salvaguardar a unidade familiar;

⁴ NUNES, Filipe de Arede - **Estado Novo, Casamento e Código Civil. Contributo para o estudo da história do pensamento político português**. Lisboa: Ed. Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2011. 75.

⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes - **Direito Constitucional**, 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 2003. 178.

⁶ NUNES, Filipe de Arede - **Estado Novo, Casamento e Código Civil. Contributo para o estudo da história do pensamento político português**. Lisboa: Ed. Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2011. 172.

N.º 2: Salvo motivos ponderosos em contrário, os cônjuges devem adoptar a residência da família;

N.º 3: Na falta de acordo sobre a fixação ou alteração da residência de família, decidirá o tribunal a requerimento de qualquer dos cônjuges.”⁷.

Outro sinal da desigualdade e inferioridade da mulher surgia no artigo 1664.º da versão final do Código Civil de 1966: “O marido é o chefe de família competindo-lhe nessa qualidade representá-la e decidir em todos os actos da vida conjugal comum, sem prejuízo do disposto nos artigos seguintes”.

Havia, assim, uma clara subordinação da mulher ao homem, ao poder marital.

Uma leitura das Encíclicas papais sobre a família e o casamento⁸ também é reveladora do modo como o homem assume a liderança da vida conjugal, sendo mesmo uma das premissas essenciais da doutrina social da Igreja e, como mostrei, aplicada na legislação portuguesa acerca da família e do casamento.

O artigo 1686.º, n.º 1 do Código de 1966, demonstrador da desigualdade de género, estipulava que “A mulher não pode exercer o comércio sem o consentimento do marido, salvo se for administradora de todo o património do casal ou revigorar o regime de separação de bens.”.

Como afirma Filipe de Arede Nunes:

“ Fica ainda claro que a doutrina da Igreja na qual existe, para assegurar o bem família uma dependência da mesma face ao homem como chefe de família, está bem presente nas opções doutrinárias e ideológicas do legislador aquando da elaboração, primeiro do anteprojecto e depois da própria versão final do texto do Código Civil.”⁹.

O Código de 1966 acabou por ser um retrocesso em relação às Leis da Família de 1910 que estabeleceram, abstrata e formalmente, a igualdade no casamento, se bem que, concretamente, a esposa se encontrasse subordinada ao marido no que toca à capacidade e administração de bens. Face a essas leis, o Código de 1966 acabou por proceder a um processo inverso, ao restabelecer, em abstrato, o poder marital (artigo 1674.º) e a qualidade do marido e pai de chefe de família, mas alargou, em concreto, a capacidade e os direitos da esposa. Por exemplo, a mulher continuava a ter a residência do marido porém, esta obrigação

⁷ Disponível em: http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/pdf-leis2/dl-47344-1966/downloadFile/file/DL_47344_1966.pdf?nocache=1182950433.0 (consultado em: 21.05.2013).

⁸ Cf. NUNES, Filipe de Arede - **Estado Novo, Casamento e Código Civil. Contributo para o estudo da história do pensamento político português**. Lisboa: Ed. Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2011. 135-156.

⁹ NUNES, Filipe de Arede - **Estado Novo, Casamento e Código Civil. Contributo para o estudo da história do pensamento político português**. Lisboa: Ed. Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2011. 192.

ficava dispensada caso a mulher tivesse justificada repugnância pela vida em comum ou se tivesse obrigações sociais de natureza profissional (artigo 1672.º).

Uma das mais significativas mudanças introduzidas no Código de 1966 foi no domínio do regime legal de bens, consagrando o de comunhão de adquiridos como regime supletivo. Este é um regime que se afigura, do meu ponto de vista, bem mais equitativo para a esposa e para o marido do que o da comunhão geral.

A argumentação levada a cabo por Antunes Varela em relação ao projeto do Código Civil de 1966, é paradigmática do pendor tradicionalista que enforma esse Código:

“Os moralistas que esgrimem contra o princípio tradicional da chefia do marido com o florete demagógico da igualdade jurídica dos cônjuges só encontram uma escapatória coerente com a crítica de que arrancam, para a resolução da dificuldade: a do recurso ao Estado, através dos tribunais, sempre que haja discordância entre os cônjuges. Simplesmente, essa orientação teria os mais perniciosos efeitos na harmonia da vida conjugal e poria em grave risco a estabilidade do agregado familiar” acrescentando ainda que “o princípio da chefia do marido não se impõe só porque corresponde a uma das tradições sociais milionárias que a necessária estabilidade e fortaleza das instituições familiares manda salvaguardar; ele exprime ainda uma regra salutar de boa psicologia, assente no perfeito conhecimento da natureza humana e ditada, pelo bem da família, no dizer feliz da Constituição, ou seja pelo superior interesse da paz conjugal e da boa educação dos filhos.”¹⁰.

Como balanço crítico do Código de 1966, promulgado no regime do Estado Novo, saliento o seu carácter fortemente conservador, em que o marido é sempre o chefe de família. Apesar de, em certos aspetos o Código Civil ampliar os poderes da mulher casada, conserva ainda os traços tradicionais de uma inequívoca desigualdade jurídica entre os cônjuges, havendo uma supremacia nítida do marido na família, aspeto que se revelava, aliás, em franca contradição com alguns dos mais relevantes documentos internacionais, como é o caso da Declaração Universal dos Direitos do Homem e caminhando em sentido oposto ao consagrado em importantes legislações estrangeiras como, a francesa, a belga ou a alemã¹¹.

¹⁰ VARELA, Antunes - Do projecto do Código Civil. **BJM**. N.º 161, 1966. 62, 64- 65.

¹¹ Este aspeto é salientado por SOTTOMAYOR, Maria Clara - A situação das mulheres e das crianças 25 após a reforma de 1987. **CELEBRAÇÕES DOS 35 ANOS DO CÓDIGO CIVIL E DOS 25 ANOS DA REFORMA DE 1977**. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. 75-125.

2. A importância da reforma de 1977 do Código Civil, em especial a paridade de género

Pretendo neste tópico realçar a reforma de 1977 do Código Civil no âmbito da igualdade na relação matrimonial, vincando o forte contraste com o Código de Seabra e que a versão original de 1966 do Código Civil ainda conservou em relação à desigualdade entre marido e mulher, em claro desfavor desta última.

Nos últimos anos, com efeito, o direito da família em Portugal assistiu a variadas transformações que ocorreram a dois níveis: por um lado, no contexto social e, por outro, na estrutura normativa. Quanto às mudanças no estófo social ligaram-se, nas últimas décadas, desde logo, à transformação do paradigma político, especialmente com a transição de um modelo autoritário para um modelo de sociedade democrático e que originou, no quadro das vicissitudes de mudança Constitucional, uma revolução¹², uma vez que se gerou uma nova constituição. Além disso, deu-se a consolidação de um espaço mais amplo com a emergência de uma economia de mercado, desde 1986 (data da adesão de Portugal à União Europeia) e entrada significativa da mulher no mundo laboral.

Com a reforma de 1977 do Código Civil, não nasce, em rigor, o atual Código Civil, no entanto há como que o renascimento do mundo do direito da família, em convergência com a constituição de 1976. Na verdade, até ao 25 de abril de 1974, a estrutura familiar baseava-se numa prevalência social e jurídica da figura masculina, modelo este que entra em crise. Com a Constituição de 1976 surgem, entre o elenco dos direitos fundamentais, o direito a constituir família, bem como o direito a contar com o regime igualitário da relação matrimonial. Na reforma de 1977 do Código Civil ficou firmada uma consonância com o direito dos países europeus que, há muito, consagravam o princípio da igualdade entre os cônjuges¹³. Enquanto vigorou o Código de Seabra e inclusive na versão original do atual Código Civil, o direito legitimou, do ponto de vista normativo, a distinção de papéis entre homem e mulher, cabendo a esta a confinação ao espaço doméstico e a responsabilidade pela educação dos filhos.

¹² A noção de revolução como fenómeno constituinte é explicitado por Jorge Miranda, nos seguintes termos: “Na revolução há necessária sucessão de Constituição- materiais e formais. A ruptura com o regime precedente determina logo o nascimento duma nova Constituição material, a que se segue, a médio ou a longo prazo a adequada formalização.”. MIRANDA, Jorge - **Teoria do Estados e da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. 529-530.

¹³ Sobre esta questão, cf... BRANCO, Patrícia & PEDROSO, João - Mudam-se os tempos mudam-se as famílias. As mutações do acesso ao direito e à justiça de família e das crianças em Portugal. In: **Revista crítica de ciências sociais**. N.º 82. Setembro, 2008. 53-83; COELHO, Francisco Pereira & OLIVEIRA, Guilherme de- **Curso de Direito da Família**. Vol. I. 4.ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. 126-127; ABOIM, Sofia - **Conjugalidades em mudança. Percursos e dinâmicas da vida a dois**. Lisboa: ISC/ Imprensa de Ciências Sociais, 2006. 63-90; e OLIVEIRA, Guilherme de - Transformações do direito da família. **COMEMORAÇÕES DOS 35 ANOS DO CÓDIGO CIVIL E DOS 25 ANOS DA REFORMA DE 1977**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. 763-779.

A Constituição de 1976 veio consagrar, nos artigos 13.º e 36.º, n.º 3, uma rutura com os dispositivos normativos anteriores, concedendo à mulher toda uma série de direitos políticos, civis e laborais de que estava privada. Neste sentido, e como salienta Magalhães Collaço :

“Foi a reforma de 1977, imposta pela necessidade de adoptar o Código Civil de 1966 aos novos parâmetros introduzidos na ordem jurídica portuguesa pela Constituição de 1976, com reflexos profundos designadamente no Direito da Família e das Sucessões até aí em vigor [...]”¹⁴.

O princípio da igualdade entre homens e mulheres veio determinar a não discriminação na sociedade conjugal, passando os cônjuges a liderar essa mesma sociedade de forma conjunta, sendo mesmo inconstitucional uma norma de acordo com a qual o marido delegasse na mulher, ou o contrário, (sendo este contrário o mais previsível, uma vez que era essa a realidade que correspondia à experiência anterior que vinha desde o Código de Seabra), a orientação dos assuntos familiares, o modo de educação dos filhos, os princípios de vida a que devem respeito, como por exemplo, a escolha da casa de morada.

Deste modo, seguindo a consagração constitucional e o artigo 36.º, n.º 1 segunda parte, e o 36.º, n.º 3 CRP (“Os cônjuges têm iguais direitos e deveres quanto à capacidade civil e política e à manutenção e educação dos filhos”), a reforma de 1977 do Código Civil deu expressão legal ao facto de ambos os cônjuges regerem a vida em comum, sendo o papel de ambos considerado em igual dignidade, inclusivamente na sua expressão financeira. Do que resulta dos n.º 3 e 4 do artigo 36.º da CRP é que, face a esses preceitos caducavam normas como as do n.º 1 do artigo 1678.º do Código Civil, que confiava ao marido a administração dos bens do casal, abrangendo os bens próprios da mulher e os bens dotais, salvo as restrições mencionadas no n.º 2 desse artigo. Ora, essa caducidade, abria flanco a várias soluções, se bem que todas elas convergentes com o preceito constitucional da igualdade entre os cônjuges.

De acordo com o padrão dos “bons costumes” de 1966, em pleno Estado Novo, em que o papel da mulher era desvalorizado, considerava-se que somente se constituía a família a partir do casamento o que, desaparece com a reforma de 1977, uma vez que já não consta no Código Civil a expressão “constituírem legalmente família” através do casamento, de onde decorria, aliás, a distinção entre filhos legítimos e ilegítimos.

¹⁴ COLLAÇO, Isabel de Magalhães - Reforma de 1977 do Código Civil de 1966. Um olhar 25 anos depois. **COMEMORAÇÕES DOS 35 ANOS DO CÓDIGO CIVIL E DOS 25 ANOS DA REFORMA DE 1977**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. 17-40. Ainda nesse sentido, considera a autora que “ [...] foram os novos princípios consagrados na constituição em matéria de família, casamento e filiação que constituíram a fonte do maior numero de alterações introduzidas no Código de 66 pela reforma de 1977.”. *Ibidem*, 22.

Um outro exemplo vem a ser que, ao abrigo do Código de Seabra, não podiam contrair casamento os menores de 14 anos (sendo do sexo masculino) ou de 12 anos (sendo do sexo feminino), o que atesta uma clara discriminação entre sexos. Na atualidade, a idade núbil para ambos os sexos é de 16 anos (1601.º Código Civil), o que é uma aplicação prática do princípio da igualdade (artigo 13.º, n.º 2 CRP). Enquanto de acordo com o artigo 1716.º do Código de Seabra, a mulher não podia contrair dívidas sem a prévia autorização do marido, nos termos do artigo 1117.º daquele Código a administração dos bens do marido só a este pertence. Com o atual artigo 1671.º Código Civil, o casamento passou a basear-se na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

Desta comparação resulta com clareza que, sendo o direito eminentemente um fenómeno social, deve o legislador espelhar as mudanças sociais, visto que, até a reforma de 1977, a estrutura patriarcal fundamentava-se no predomínio social e jurídico da figura masculina e, enquanto vigorou o Código de Seabra, o direito concedia legitimidade normativa à diferenciação de papéis entre homem e mulher. Coube à Constituição de 1976 e à reforma de 1977 do Código Civil o importante mérito de operar uma rutura com as leis anteriores, concedendo à mulher uma paridade, uma dignidade de que estava privada anteriormente. Como ensinam Gomes Canotilho e Vital Moreira:

“O princípio da igualdade abrange obviamente não só as esferas extrafamiliares direitos civis e políticos, mas também a esfera familiar (e não apenas a educação e manutenção dos filhos), interditando qualquer discriminação jurídica entre os cônjuges. Sendo os cônjuges iguais, não pode estabelecer-se nenhuma relação juridicamente relevante de comando ou dependência entre eles, o que implica a direção conjunta da família [...]”¹⁵.

Da leitura do preâmbulo da reforma de 1977 do Código Civil, resulta que os temas axiais da mesma incidem sobre a igualdade e suas consequências na família, sobre a proibição de discriminação entre filhos nascidos dentro e fora do casamento e sobre a questão do divórcio e suas novas formas e pressupostos de concretização, passando a ser possível não só nos casos de incumprimento dos deveres conjugais, como ainda se inexistir um mútuo consentimento, caso a separação ocorra há pelo menos seis anos (enquanto o Código de Seabra estipulava, a este propósito, um prazo de dez anos).

Desde meados da década de 1970- e cujo grande marco foi a reforma de 1977 do Código Civil-, urge assinalar que ocorreu uma transformação acelerada ao nível da regulação

¹⁵ CANOTILHO, J. Gomes e MOREIRA, Vital - **Constituição da Republica Portuguesa** Vol. 1. 4º ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. 564.

jurídica da(s) família(s), em muito decorrente da privatização, secularização e desinstitucionalização das relações familiares.

Em concordância com Sofia Aboim, sublinho a seguinte perspetiva:

“É, com efeito, uma vida familiar em mudança a que se nos apresenta no dealbar do século XXI, atravessada pelos movimentos de modernização da sociedade portuguesa que ocorreram nas últimas décadas, as vezes a um ritmo quase vertiginoso, aproximando os padrões demográfico e familiares dos que mais cedo se observaram noutras sociedades ocidentais.”¹⁶.

Um outro exemplo de mudança introduzida pela reforma, reporta-se ao facto do artigo 970.º do Código Civil estipular a revogabilidade das doações por superveniência filhos legítimos, o que, sem dúvida, era um preceito inconstitucional, na medida em que tinha como corolário na discriminação dos filhos nascidos fora do casamento.

Outro elemento que a reforma introduziu, obedecendo aos novos princípios constitucionais, foi a substituição da prevalência atribuída pela Código à lei do marido ou do pai nas relações entre os cônjuges ou entre pais e filhos, quando marido e mulher não tinham a mesma nacionalidade nem a mesma residência habitual comum, assim como a distinção entre filhos nascidos no ou fora do casamento, no que respeita, tanto à constituição do vínculo, como à disciplina dos seus efeitos. Também em sede de pessoas singulares, é introduzida uma nova disciplina do poder paternal, reconhecendo-se a igualdade dos pais perante os direitos e deveres para com os filhos, implicando a modificação do regime do domicílio legal dos menores (artigo 85.º do Código Civil), a par da revogação do preceito que impunha que a mulher casada tivesse como domicílio *legam* o do marido (artigo 86.º).

Ainda na linha da igualização de géneros, menciono o artigo 1676.º da versão final do Código Civil de 1966, segundo o qual:

“N.º 1: A mulher não carece do consentimento do marido para exercer funções liberais ou funções públicas, ou para publicar ou fazer representar as suas obras e dispor da propriedade intelectual;

N.º 2, [primeira parte]: O exercício de quaisquer outras actividades lucrativas com terceiros, não pode depender também do consentimento marital”. Tal não obstava a que o marido pudesse, a todo tempo, caso não tivesse dado consentimento, denunciar o contrato.”.

Desta forma, permanecia, embora de maneira mitigada a subordinação da esposa ao marido, dado o seu poder de desfazer um certo negócio para o qual não haja dado o seu

consentimento. Ora, também este artigo foi revogado em virtude da reforma no direito da família operado em 1977. Por outro lado, como já frisei antes, desaparecia a regra de que o marido seria o chefe de família detentor do poder marital, cabendo-lhe nessa qualidade a representação da família e a deliberação em todos os atos da vida conjugal comum, salvas as limitações impostas no artigo 1674.º do Código de 1966.

De acordo com a proposta da Comissão incumbida da reforma do Código Civil a direção da família transfere-se para ambos os cônjuges, que deveram estar de acordo quanto a orientação da vida em comum, ponderando o bem da família e os interesses de cada cônjuge (artigo 1671.º, n.º 2 do Código Civil).

Por conseguinte, um notável avanço produzido por esta reforma na regulação da família foi que a organização da vida familiar tornou-se numa matéria confiada a autonomia dos cônjuges, à revelia do conservadorismo de feição patriarcal da definição dos papéis- tipo que o Código Civil de 1966 distribuía entre o marido e a mulher, com evidente domínio dos poderes concedido ao marido tal como venho demonstrando. Nessa linha, refiro o desaparecimento do domicílio legal da mulher casada já que passa a caber aos cônjuges a escolha de comum acordo da residência da família (artigo 1673.º, n.º 1 do Código Civil). Ainda assim:

“A necessidade de consenso conjugal para certas decisões- como a da fixação ou a alteração da residência da família- pode fundar, e caso dissentimento, o recurso ao tribunal (artigo 1673.º n.º 3) mas reduziram-se ao mínimo os casos em que tal recurso é admitido.”¹⁷.

Como defende Horster:

“ [...] no que respeita ao casamento passou a vigorar o princípio da igualdade entre os cônjuges e da direcção conjunta da família por eles e isto tanto a respeito dos direitos pessoais como patrimoniais.”¹⁸.

Em virtude da reforma de 1977, o artigo 1676.º foi alterado com a exclusão do artigo n.º 1 que mencionava o governo doméstico, passando esse n.º 1 a ter a seguinte redação, bem reveladora de uma evolução normativa visando a igualização entre marido e mulher:

“N.º 1: O dever de contribuir para os encargos da vida familiar incumbe a ambos os cônjuges de harmonia com as possibilidades de cada um, e pode ser cumprido por

¹⁷ COLLAÇO, Isabel de Magalhães - Reforma de 1977 do Código Civil de 1966. Um olhar 25 anos depois. **COMEMORAÇÕES DOS 35 ANOS DO CÓDIGO CIVIL E DOS 25 ANOS DA REFORMA DE 1977.** Coimbra: Coimbra Editora, 2004. 28.

¹⁸ HORSTER, Henrich Ewald - Evoluções legislativas no direito da família depois da reforma de 1977. **COMEMORAÇÕES DOS 35 ANOS DO CÓDIGO CIVIL E DOS 25 ANOS DA REFORMA DE 1977.** Coimbra: Coimbra Editora, 2004. 62.

qualquer deles, pela afectação dos seus recursos àqueles encargos e pelo trabalho despendido no lar ou na manutenção e educação dos filhos.”.

Outra alteração imposta pelo Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de novembro, foi a inexistência da limitação para os indivíduos que houvessem celebrado o casamento católico de se divorciarem.

Esta reforma introduziu, ainda, outras alterações relevantes no que diz respeito à regulação no direito da família inserto no livro IV Código Civil.

Relativamente ao casamento é afixada a idade núbil aos 16 anos, quer para o homem quer para mulher, havendo que realçar que a elevação dos 14 para os 16 anos na idade núbil da mulher é, do meu ponto de vista, salutar a vários níveis: garantir a paridade formal entre os requisitos de idade para ambos os nubentes; garantir que a celebração do casamento se consuma por quem haja já atingido o nível de maturidade física imprescindível para o cabal entendimento do significado adstrito a esse ato e ainda garantir a possibilidade a mulher concluir a sua formação ou profissionalização, mitigando dessa forma, eventuais discriminações futuras no casal.

Não obstante, creio que se poderia ter ido mais longe nessa matéria, elevando a idade núbil para os 18 anos para ambos os nubentes. Não foi tão longe, talvez “ [...] por se temer a inaceitabilidade social dessa medida.”¹⁹. Ainda assim, as mudanças sociais acabariam por corrigir essa prudência excessiva que norteou o legislador de 1977.

Outro elemento introduzido por esta reforma reporta-se à suscetibilidade de arguição pelos próprios cônjuges da simulação como fundamento de anulação de casamento (artigo 1640.º do Código Civil), o que vem ao encontro da salvaguarda da estabilidade formal do vínculo e da verdade substancial em que ele se deve fundamentar.

Uma outra decorrência do princípio constitucional da igualdade de direitos e deveres dos cônjuges foi a nova disciplina concernente aos efeitos do casamento. Com efeito, a reforma de 1977 veio expurgar aquela que, de forma discriminatória, se tinha imposto enquanto regra de ouro segundo a qual o marido era chefe de família, concedendo a direção da família a ambos os cônjuges em favor do bem da família e dos interesses de cada um dos cônjuges (artigo 1671.º, n.º 2 do Código Civil). Assim se garantia a autonomia indeclinável dos cônjuges, que era, como anteriormente frisei, recusada pelo Código Civil de 1966.

¹⁹ COLLAÇO, Isabel de Magalhães - Reforma de 1977 do Código Civil de 1966. Um olhar 25 anos depois. **COMEMORAÇÕES DOS 35 ANOS DO CÓDIGO CIVIL E DOS 25 ANOS DA REFORMA DE 1977**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. 27.

Um outro elemento que merece destaque está associado à administração dos bens do casal: alargou-se o conjunto de bens sobre os quais cada cônjuge dispõe do poder de administração; atribuiu-se legitimidade a cada cônjuge para realizar atos de administração corrente de bens pertencentes a ambos os cônjuges; passou a exigir-se o consentimento de ambos os cônjuges, exceto se entre eles vigorar o regime de separação de bens, para a alienação, oneração, arrendamento ou constituição de outros direitos pessoais de gozo, face a bens imóveis próprios ou comuns.

Neste sentido, manifesto a minha concordância com o espírito que presidiu a essa significativa mudança, pois nas palavras de Magalhães Collaço:

“O novo regime geral instituído para a administração dos bens do casal não parece que tenha perturbado, como alguns receavam, a segurança do comércio jurídico, tutelada pelo n.º 3 do art. 1687.º. Neste domínio, como muitas vezes sucede, as regras efetivamente vividas já não estavam em consonância com as prescrições legais.”²⁰.

Eis, mais um exemplo de como o sistema jurídico deve, à revelia do mito positivista da plenitude, ser maleável, ou seja, ser dotado da plasticidade necessária para adequar-se as mudanças sociais em curso no seio da coletividade, que o direito tem por *telos* regular. Daí que defenda a necessidade de um direito da família mais aberto, mais permeável, mais capaz de acomodar as profundas mudanças paradigmáticas típicas do devir social, o que passa, inclusivamente, por uma maior incorporação da interdisciplinaridade, nomeadamente de contributos emanados da filosofia, da psicologia, da sociologia e da antropologia.²¹

Ultrapassado ficou, igualmente, por via da reforma de 1977, o regime dotal, notoriamente contraditório com o princípio fundamental da igualdade dos cônjuges.

Um outro elemento, profundamente modificado pela reforma de 1977, reporta-se à filiação já que, por imposição constitucional, veda-se a discriminação entre filhos nascidos do matrimónio e fora do casamento, enquanto o Código Civil de 1966 assentava nessa dualidade a constituição e efeitos de filiação. A solução encontrada pela reforma passou pela distinção de vínculo e os seus efeitos, expurgando a referência à discriminação entre filhos legítimos e

²⁰ COLLAÇO, Isabel de Magalhães - Reforma de 1977 do Código Civil de 1966. Um olhar 25 anos depois. **COMEMORAÇÕES DOS 35 ANOS DO CÓDIGO CIVIL E DOS 25 ANOS DA REFORMA DE 1977**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. 29.

²¹ Neste sentido destaco o pioneirismo de CARBONNIER, **Flexible droit**, 8 Ed Paris: LDDDJ, 1995. Este autor logrou amplificar a compreensão do direito civil à luz dos contributos da sociologia jurídica, sem dúvida aclaradora de muitos dos institutos jurídicos. É, então, essa maior flexibilidade que defendo nesta investigação; uma maior incorporação da mudança de costumes, da emergência de novos sujeitos de direito. Neste sentido, urge, porventura, um “dispensar” o direito rumo a um “direito pós-moderno” que abale as verdades dogmáticas, sendo que utilizo estas expressões na acessão de SANTOS, Boaventura de Sousa, nomeadamente, na obra **Crítica da razão indolente. Contra o desperdício da experiência**. Vol. I Porto: Edições Afrontamento, 2000.

ilegítimos, sendo de destacar, ao nível dos efeitos da filiação, o dever de respeito mútuo entre pais e filhos com precedência face ao auxílio e à assistência (artigo 1874.º do Código Civil).

Quanto ao poder paternal é de lamentar a manutenção dessa designação que, ao invés de uma conceção personalística, vai mais no sentido da remota *patria potestas* dos romanos que era:

“ [...] um poder absoluto rígido e duradouro; prendia-se tanto ao vínculo natural de parentesco à pertença a uma sociedade fechada, como o *pater* como suprema autoridade.”²².

Neste sentido ainda, considera M. Clara Sottomayor:

“ [...] rejeitamos a expressão poder paternal, na mediada em que a palavra “poder” significa posse, domínio e hierarquia e, nós defendemos de acordo com a concepção de família atualmente pressuposta pela Constituição e pelo Código Civil, uma família participativa e democrática na igualdade entre os seus membros em deveres mútuos de colaboração. A palavra “paternal” refere-se à preponderância do pai que caracteriza a família patriarcal, definida pela posição hierarquicamente superior do chefe masculino, em relação à mulher e aos filhos.”²³. [Sublinhado meu], para justificar que, ao manter a designação de “poder paternal”, ficou a reforma em apreço muito aquém desse avanço que só mais tarde haveria de surgir, até porque a sua supressão seria bem mais coerente com a afirmação decisiva da paridade de género que a reforma veio consagrar no Código Civil.

Quanto aos princípios retores do exercício do poder paternal, são os que derivam do artigo 36.º, n.º 5 CRP, em obediência aos quais veio a reforma estipular que, na constância do casamento, o exercício desse poder é uma incumbência de ambos os cônjuges. Ainda na sequência da eliminação da discriminação entre filhos legítimos e ilegítimos, a reforma suprimiu a tutela legítima e criou novas regras acerca da escolha dos vogais do conselho de família.

Destaco, ainda, a eliminação da procriação e da educação da prole na definição do casamento no Código Civil de 1967, ainda que esses avanços não tenham, em rigor, posto em causa o quadro axiológico do legislador em favor de um modelo de família cristão, o que se conformava com a Constituição de 1933. Foi a mudança de regime em 1974 que veio a conduzir a profunda reforma de 1977, como por exemplo à permissão do divórcio para os casados catolicamente. Até porque no que toca à religião a nova Constituição de 1976 é neutra, pelo que não impõe orientações ao modelo familiar a seguir, sendo nesse âmbito que se avançou para o princípio da igualdade entre os cônjuges e para o princípio da direção

²² MIRANDA, Jorge - **Escritos vários sobre direitos fundamentais**. Estoril: Princípia Editora, 2006. 17.

²³ SOTTOMAYOR, Maria Clara - **Exercício do poder paternal**. Porto: Publicações Universidade Católica, 2003. 22.

conjunta da família, quer quanto aos efeitos pessoais quer quanto aos patrimoniais. Nas palavras de Maria Clara Sottomayor:

“O conteúdo da Reforma de 1977, que conduziu a modernizações profundas em comparação com o texto do Código Civil de 1966, merece aplauso [...]”²⁴.

A reforma de 1977 traduziu uma adaptação do universo jurídico às novas realidades sociológicas, designadamente à alteração do estatuto do pai de família, que abandona o primeiro plano, já que se assiste à entrada em cena de outra protagonista que é a mulher. Com efeito, essa reforma assentou nas mudanças sociais conducentes a um novo papel social e profissional e, principalmente, na nova dignidade e cidadania ativa das mulheres em matéria da titularidade de bens e na sua administração, no compromisso na educação dos filhos partilhada em coresponsabilidade.

Na sequência da evolução, para a qual tanto concorreu a reforma de 1977, no sentido da paridade de género, importa ainda, de modo breve, atender ao modo como a mudança social relativa a emancipação da mulher, foi sendo acomodada por via de mudanças ao nível jurídico.

O princípio da igualdade afigura-se como estruturante e conformador das ordens jurídicas, como legado do constitucionalismo moderno, sendo que a conquista da igualdade, no que respeita às mulheres não se bastou com proclamações de natureza mais ou menos formal, antes se firmou em alterações legislativas substantivas ou materiais. Como refere Jorge Miranda:

“Que a conquista da igualdade não se tem conseguido tanto em abstrato quanto em concreto, por meio da eliminação ou da redução de sucessivas desigualdades; e que tem sido fruto quer da difusão das ideias, quer das lutas pela igualdade travadas por aqueles que se encontravam em situações de marginalização, opressão e exploração.”²⁵.

É importante neste domínio, frisar a receção formal da DUDH e a proclamação expressa de que todos têm direito a proteção igual contra qualquer discriminação (artigo 16.º n.º 2 da CRP e artigo 7.º DUDH)²⁶.

Em Portugal, embora haja sido a Constituição 1933 a primeira a ter em conta expressamente a situação da mulher, não é menos verdade que o tenha feito em quadros

²⁴ HORSTER, Heinrich Ewald - Evoluções legislativas no direito da família depois da reforma de 1977. **COMEMORAÇÕES DOS 35 ANOS DO CÓDIGO CIVIL E DOS 25 ANOS DA REFORMA DE 1977**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. 62-63.

²⁵ MIRANDA, Jorge - **Escritos vários sobre direitos fundamentais**. Lisboa: Princípia, 2006. 417.

²⁶ Subsequentemente à DUDH, destaco ainda, relevantes textos nacionais: a Convenção sobre os direitos políticos da mulher (1952) e a Convenção sobre a eliminação de todas as discriminações contra a mulher (1979).

marcadamente conservadores, como ilustram os seguintes exemplos: apesar da garantia da igualdade de direitos e deveres dos cônjuges na sustentação e na educação dos filhos (artigo 12.º n.º 2) não deixava de admitir “quanto às mulheres, as situações resultantes da sua natureza e do bem da família” (artigo 5.º), como já salientei antes, previa a figura do “chefe de família” (artigo 17.º).

Esta situação acaba por se alterar na Constituição de 1976, enaltecendo-se a revisão Constitucional de 1982, que passa a aludir o valor eminente da paternidade (artigo 68.º CRP), o que é um elemento inovador importante ao nível da divisão das tarefas entre pai e mãe.

Por outro lado a Constituição de 1976 fez significativos aditamentos nesta matéria, destacando-se os seguintes: tornou-se tarefa fundamental do Estado promover a igualdade entre homem e mulher (artigo 9.º alínea h)), a organização do trabalho deverá garantir a conjugação da atividade profissional com a vida familiar (artigo 59.º n.º 1 alínea b)) e consagrou-se a participação direta e ativa de homens e mulheres na vida política (artigo 109.º).

3. O instituto da adoção e sua evolução no ordenamento jurídico português

3.1. A noção de adoção

A noção de adoção encontra-se vertida no artigo 1586.º Código Civil. É um vínculo que se estabelece de forma legal entre duas pessoas à semelhança de filiação natural, mas independentemente de laços de sangue, tal como estipulam os artigos 1973.º e ss. Código Civil. Daqui resulta o entendimento da adoção como um parentesco legal criado à semelhança do parentesco natural. No entanto, é de afastar a ideia de que se trata de uma ficção da lei, pois “o que acontece é que a adopção a assenta em *outra verdade*, uma verdade afectiva e sociológica, distinta da verdade biológica em que se funda o parentesco.”²⁷.

Como veremos a seguir, a evolução do regime legal da adoção, comprova essa peculiar permeabilidade do direito da família às mudanças das estruturas sociais, já que se verificou um esforço de gradativa adequação do instituto em revisão às superiores finalidades para que foi, afinal, projetado em contextos de incessantes transformações. Ainda assim, é de atender ao importante repto constante do preâmbulo ao Decreto-Lei 120/98, de 8 de maio:

“Mas se é inquestionável esta premência em actualizar a legislação por forma a corresponder aos legítimos anseios e necessidades de toda a comunidade, é imperioso que as soluções adoptadas traduzam pontos de equilíbrio, consideradas as múltiplas variantes que, de forma mais ou menos directa, confluem numa área tão sensível como esta.”²⁸.

Enquanto processo complexo a diversos níveis, a adoção é um processo que desejavelmente envolve todas as partes, começando com a identificação e avaliação da criança que carece de uma nova família, sucedendo-lhe o pedido dos candidatos a pais adotivos e o ajustamento das capacidades de uma certa família às necessidades de uma determinada criança, prolongando-se nos procedimentos legais e ao longo da vida da família adotiva.

A adoção tem vindo a ser cada vez mais defendida como um dos instrumentos mais eficazes de proteção das crianças em risco, podendo, ao nível do Direito Internacional Público, destacar a Declaração sobre princípios sociais e jurídicos aplicáveis à proteção e ao bem estar das crianças de 1986 e a Convenção de Haia de 20 de maio de 1993, para lá de um vasto enquadramento legal consagrador dos direitos da criança, destacando-se a Declaração

²⁷ COELHO, Francisco Pereira & OLIVEIRA, Guilherme de - **Curso de Direito da Família**. Vol. 1. 4ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2008. 49.

²⁸ Disponível em: http://www.cnpejr.pt/preview_documentos.asp?r=1041&m=PDF (Consultado em 13.05.2013).

dos Direitos da Criança (1959) e a Convenção dos Direitos da Criança (1989) que Portugal ratificou em 1990.

De entre os direitos da criança, são de enfatizar o direito a uma parentalidade responsável, capaz de acompanhar, nas palavras de A. Leandro um:

“Desenvolvimento sem descontinuidades graves, o direito a nascer e a crescer numa família em que seja amado, respeitado e ajudado como filho biológico ou adoptivo ou, na impossibilidade do tal o direito de ser apoiado no seu crescimento e aquisição de autonomia mediante soluções de tipo familiar ou institucional que garantam o acompanhamento individualizado e dinâmico, com qualidade afectiva e educacional.”²⁹.

Como venho analisando as transformações da sociedade acarretam, como não deverá deixar de acontecer, implicações ao nível do conceito de família. Não apenas a família tradicional de alargada foi perdendo terreno para a família nuclear, como haverá que atender aos novos modelos de família emergentes na sociedade atual, nomeadamente, as famílias nucleares de casais heterossexuais vivendo em união de facto, como também as famílias monoparentais a que acrescento as famílias constituídas por casais homossexuais.

Ao facultar a adoção singular, a lei não veda que um homem ou uma mulher erijam, por adoção, uma família monoparental. Neste âmbito, é importante salientar o reconhecimento da união de facto, por força das Leis n.º 135/99, de 28 de agosto e da Lei n.º 7/2001, de 11 de maio. A primeira disciplinou a situação jurídica de sexo diferente a viverem em união de facto há mais de dois anos, facultando em conformidade com o artigo 3.º alínea e), a adoção conjunta de menores, em termos similares aos previstos, no artigo 1979.º Código Civil para a adoção por cônjuge. Uma solução que foi mantida no artigo 7.º da Lei n.º 7/2001, 11 de maio.

Bem mais controversa- e dela me ocuparei mais detalhadamente, mais adiante neste estudo- é a admissibilidade da adoção por casais homossexuais, isto é, caso venha a ser permitida, embora a Assembleia da República tenha discutido a co-adoção muito recentemente (aspeto que também será desenvolvido mais adiante) dando lugar à situação de homoparentalidade. Desde já antecipo que totalmente contra essa possibilidade tem-se manifestado a Igreja Católica. Porém, tomando posição nesse debate de grande atualidade, Clara Sottomayor, defende a tese favorável à adoção por casais do mesmo sexo, apoiando essa posição em estudos que atestam que crianças americanas a viverem com casais de lésbicas, têm análogo grau de adaptação social que as crianças a viver com famílias

²⁹ LEANDRO, A. - Protecção dos direitos da criança em Portugal. **Direitos das crianças**, Coimbra: Coimbra Editora, 2004. 109.

heterossexuais, revelando aquelas inclusivamente um sentido maior de tolerância e respeito pela diferença, o que indicia a falta de sustentação de quem defende que as crianças que vivam com casais homossexuais sejam influenciadas na sua orientação sexual³⁰.

3.2. A evolução legislativa

A idealização e a prática da adoção seguiram sempre em paralelo com a evolução das sociedades e com a evolução do conceito de família, assim como do papel que a criança foi desempenhando no seu interior.

Centralizada na defesa e promoção do interesse da criança e enquadrando-se no conjunto dos mecanismos previstos para proteção de crianças desprovidas de um meio familiar normal, visa a adoção caucionar a constituição ou reconstituição de vínculos similares aos resultantes da filiação biológica, o que se me afigura de grande importância no contexto dos processos de desenvolvimento social e psicológico típicos da formação da autonomia individual.

Em termos de contextualização histórica destaco a alteração substancial, decorrente da Revolução Francesa, levando a que o instituto da adoção tivesse um forte renascimento no século XIX como parte integrativa do universo jurídico, passando a ponderar-se as necessidades do adotado, mormente a sua proteção e carência de afeto. No fundo, a adoção vem em favor do que se pode designar como os filhos dos laços afetivos, já que:

“O que acontece é que a adoção assenta em *outra verdade*, uma verdade afectiva e sociológica, distinta da verdade biológica em que se funda o parentesco.”³¹.

Foi, contudo, no século XX que se operou uma mudança de paradigma no espírito desse instituto na medida em que este deixou de centrar-se, preferencialmente, na pessoa do adotante, para passar a focalizar-se, principalmente, no superior interesse dos menores desprovidos de meios familiares normais, proporcionando-lhes um ambiente propício ao pleno desenvolvimento de que estavam impedidos na família de origem.

Como defendem Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira:

³⁰ Cf. SOTTOMAYOR, Maria Clara - A adoção singular nas representações sociais e no direito. **Lex familiae**. Ano 1. N.º 1, 2004. 41-50. - A nova lei da adoção. **Direito e justiça**. Vol. XVIII. T. II, 2004. 241- 258.

³¹ COELHO, Francisco Pereira & OLIVEIRA, Guilherme de - **Curso de Direito da Família**. Vol. 1. 4.ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. 49. Neste sentido defendo que é necessário maximizar os [...] sentimentos de solidariedade “afectos disponíveis” que têm sido desperdiçados.”. GERSÃO, Eliana - Adopção- mudar o quê?. **COMEMORAÇÕES DOS 35 ANOS DO CÓDIGO CIVIL E DOS 25 ANOS DA REFORMA DE 1977**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. 848.

“Este novo interesse pela adoção corresponde, de resto, a uma modificação no espírito do instituto, o qual, centrado antigamente na pessoa do adoptante e ao serviço do seu interesse de assegurar através da adoção a perpetuação da família e a transmissão do nome e do património, visa hoje servir sobretudo o interesse dos menores desprovidos de meio familiar normal.”³².

O instituto da adoção com fundas raízes históricas, que ganhou um forte impulso na sequência das duas guerras mundiais em virtude das elevadas perdas humanas e grande quantidade de órfãos, viu a sua importância variar em conformidade com os conceitos vigentes em cada época, sendo o acento colocado, ora em garantir a continuidade da família do adotante, ora em suprir as situações de carência espiritual ou material dos adotantes.

A progressiva agilização e simplificação da adoção vai, sobretudo, no sentido de que o interesse superior da criança é o de ter direito a uma família.

Relativamente à evolução do regime jurídico da adoção em Portugal e apesar dessa revitalização inspirada no ideário da revolução francesa, o Código Civil de 1867 (Código de Seabra) não previa o instituto da adoção por o autor do código conceber a adoção como uma *mimeses* dos laços verdadeiros e, por essa razão não existiria fundamento para que fosse tutelada pelo direito³³.

Somente com a aprovação- pelo Decreto-Lei n.º 45/344, de 25 de novembro de 1966- do Código Civil de 1966 (que entrou em vigor em 1 de junho de 1967) é que o instituto veio a ser reconhecido enquanto fonte de relações jurídicas familiares, embora houvesse ainda um longo caminho a trilhar, até porque a adoção restrita constituía a regra e a adoção plena era a exceção. Veio, assim, a ser reconhecida a adoção enquanto fonte de relações jurídicas familiares, por considerar-se as relações dela emergentes como relações de família, ao lado da relação matrimonial, do parentesco e da afinidade.

Ao incorporar a adoção como fonte de relações familiares em linha, aliás, com a generalidade dos direitos modernos, o Código Civil de 1966, marcou uma rutura de grande alcance com o Código de Seabra que havia quebrado a tradição do antigo direito português em matéria de adoção e que já remontava à época das Ordenações.

Ao nível da adoção plena, a versão original do Código Civil foi demasiadamente restritiva, ao impor que, para que fosse possível, deveriam os casais estar casados há mais de dez anos, não estando separados, em termos judiciais, em matéria de pessoas e bens, além do

³² COELHO, Francisco Pereira & OLIVEIRA, Guilherme de - **Curso de Direito da Família**. Vol. 1. 4ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. 50.

³³ Cf. RAMIÃO, Tomé d’Almeida - **A adoção- Regime jurídico actual**. 2.ª Ed. Lisboa: Quid Juris, 2007. 13 e ss.

que não poderiam ter filhos legítimos. Os adotantes tinham de ter mais de 35 anos, salvo nos casos em que o adotando fosse filho ilegítimo de um dos cônjuges.

Foi, no entanto, com a reforma de 1977 do Código Civil que foram criadas as condições para uma flexibilização do instituto tanto em relação ao adotante, como em relação ao adotado. Saliento que uma tal valorização, que a reforma de 1977 veio consagrar, foi, em larga medida, determinada pela nova ordem constitucional, lendo-se no ponto 39 do Preâmbulo ao Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de novembro, que:

“A revisão do instituto de adopção impôs-se por força do preceito constitucional, que proscreeu a distinção entre filhos legítimos e ilegítimos. Logo se deu conta de que havia que levar cabo neste domínio uma renovação mais profunda que tenta-se dar resposta as solicitações surgidas de muitos lados. Fundamente, reclamava-se o alargamento do campo de aplicação da adopção plena: os pressupostos que actualmente a condicionam retiram ao instituto quase todo o significado prático. As alterações adoptadas vão exactamente no sentido de possibilitar a adopção plena para além dos limites em que ela é hoje admitida, ao lado da adopção plena manteve-se, todavia, a adopção restrita, que guarda o seu significado e vantagens próprios.”³⁴.

Nessa linha, a adoção plena ganha uma mais vasta cobertura. Entre os aspetos de flexibilização introduzidos, elenco designadamente os seguintes: a diminuição da idade mínima dos adotantes e o tempo de duração do casamento; o fim da exigência de que não existissem filhos do casal; a permissão da adoção plena a qualquer pessoa, independentemente do estado civil do requerente, estabelecendo, no entanto, para os não casados uma idade superior à dos casados (35 anos para os primeiros e 25 anos para os segundos, de acordo com o artigo 1979.º do Código Civil). Já no que respeita ao adotando, passou a admitir-se a adoção plena, não apenas, do filho do cônjuge do adotante ou de pais incógnitos ou falecidos, mas igualmente, dos menores declarados, judicialmente, abandonados e ainda os que há mais de um ano residissem com o adotante e estivessem a seu cargo. Foi abolida a distinção entre a adoção plena e a restrita (artigo 1993.º), já que passaram a poder ser igualmente adotadas plenamente as crianças que, anteriormente, só podiam beneficiar da adoção restrita, momento a partir do qual a adoção restrita começou a cair num certo desuso, porquanto:

“Sendo as mesmas as crianças que podem ser adoptadas plena ou restritamente a adopção plena tem sido naturalmente preferida, por ser mais susceptível de realizar os interesses da criança e as aspirações dos pais adoptivos e por impedir eventuais conflitos entre a família natural e a adoptiva.”³⁵.

³⁴ Disponível em: http://www.igf.min-financas.pt/inflegal/bd_igf/bd_legis_geral_docs/DL_496_77.htm (consultado em: 30.05.2013).

³⁵ GERSÃO, Eliana, *Adopção- mudar o quê?. COMEMORAÇÕES DOS 35 ANOS DO CÓDIGO CIVIL E DOS 25 ANOS DA REFORMA DE 1977*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. 836.

Foi ainda regulamentada a declaração judicial de abandono e foram instituídos o consentimento prévio e a dispensa de consentimento. Verifica-se, pois, que o instituto da adoção foi significativamente modificado por esta reforma. Em relação a qualquer das modalidades, para além da consideração do interesse do adotando e da legítima motivação do adotante, passou a exigir-se a não existência de sacrifício injusto para outros filhos do adotante, bem como a suposição fundada de que entre o adotante e o adotado viria a criar-se um vínculo em tudo semelhante ao da filiação (artigo 1974.º, n.º 1 Código Civil).

Embora continuasse a ser exigida sentença judicial para a constituição do vínculo, estabeleceu-se a necessidade de um inquérito que permitisse ao juiz certificar-se da verificação dos requisitos legalmente exigidos para que, desse modo, pudesse alicerçar as suas convicções em bases mais sólidas a respeito do mérito do pedido (artigo 1973.º Código Civil).

Realço outro contributo marcante, que se verificou com a revisão constitucional de 1982, designadamente a introdução do n.º 7 do artigo 36.º CRP, segundo o qual “a adopção é regulada e protegida nos termos da lei” tornando-se, assim, a adoção objeto de uma verdadeira garantia constitucional. Sublinho aqui a vontade do legislador constitucional que acentuou a tónica na adoção como objeto de uma garantia institucional, vedando retrocessos no que respeita à celeridade (o que foi uma conquista da Revisão Constitucional de 1997) em sede de tramitação dos processos atinentes ao instituto.³⁶ O artigo 36.º da CRP deve, aliás, ser harmonizado com o artigo 69.º, n.º 2 CRP, considerando ser dever do Estado proteger as crianças por qualquer forma privadas de um ambiente familiar salutar.

Outro mecanismo muito relevante para atualização do regime da adoção foi o Decreto-Lei n.º 185/ 93, de 22 de maio, que incidiu nos domínios da intervenção administrativa e judicial nas várias fases do processo de adoção, implicando alterações ao Código Civil, à Organização Tutelar de Menores e ainda a revogação do Decreto-Lei n.º 274/80, de 13 de agosto. Foi, com efeito, uma importante reforma legal, nos contextos das novas alterações geradas pela ratificação, em 1990, da Convenção das Nações Unidas sobre os direitos das crianças, (aprovada pela ONU em 1989) e, no ano seguinte, pela criação das comissões de proteção de menores (Decreto-Lei n.º 189/91, de 17 de maio). Igualmente a adesão à Convenção Europeia em matéria de adoção de criança, com o Decreto-Lei n.º 185/93, de 22

³⁶ “Além de ser uma refracção do *princípio da celeridade e prioridade* para a defesa de direitos, liberdades e garantias pessoais [...] verifica-se aqui a necessidade de observância de momentos temporais relevantes (idade do adoptando, idade dos pais adoptandos, caducidade do consentimento)” CANOTILHO, J. J. Gomes & MOREIRA, Vital - **Constituição da República Portuguesa Anotada** Vol. I Coimbra: Coimbra Editora, 2007. 566-567.

de maio, foi importante para esta reforma, que veio alterar de cinco para quatro anos a duração mínima do casamento dos adotantes e, na adoção singular a idade mínima diminuiu de 35 anos para 30 anos, enquanto a idade máxima baixou para os 50 anos salvo os casos de filho do cônjuge do adotante. Quanto ao adotando, a idade máxima passou para os 15 anos, prevendo-se a possibilidade de adoção de quem tivesse menos de 18 anos ou ainda não estivesse independente na data da petição judicial de adoção, desde que tivesse sido confiado aos adotantes ou a um deles com idade não superior à 15 anos, ou se fosse filho do cônjuge do adotante.

O Decreto-Lei 185/93 levou a cabo uma revisão global do regime da adoção, tendo em vista a sua modernização e, denotando, uma vez mais, a permeabilidade do direito às mudanças sociais entretanto verificadas.

Este diploma alargou o âmbito das situações em que se tornou possível prescindir do consentimento dos pais ou dos ascendentes a cargo de quem se encontravam.

Foi ainda ao abrigo desse Decreto-Lei que foi criado o instituto da confiança do menor visando a futura adoção, tendo sido modificadas as idades previstas para adotantes e adotados. Igualmente ficou garantido o segredo da identidade dos adotantes e dos pais naturais, permitindo-se ainda, conquanto a título excecional, a alteração do nome próprio do adotado. É preciso acrescentar a alteração da Organização Tutelar de Menores (cuja Lei n.º 147/99, de 1 de setembro- Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo- parcialmente revogou, embora sem uma afetação das disposições acerca da adoção), que regulou a intervenção dos organismos da segurança social e deu importantes passos na adoção internacional.

A 18 de março de 1997, um despacho conjunto dos Ministros da Justiça e da Solidariedade e Segurança Social instituiu o “Programa Adoção 2000”, visando uma reforma da legislação, uma reestruturação dos serviços da segurança social e uma mais eficaz articulação entre os serviços públicos e privados, com base no princípio de que o Estado e a sociedade civil têm o dever de proteger as crianças. Assim, era o propósito deste Programa chegar a uma definição dos critérios de acolhimento, de diagnóstico e de elaboração do projeto de vida desenquadrados familiarmente, propugnando que o encaminhamento para a adoção é mais adequado para as medidas destinadas à colocação familiar do que à institucionalização.

Outra importante reforma ocorreu com a publicação do Decreto-Lei n.º 120/98, de 8 de maio³⁷. Com vista a uma mais precoce convivência do menor com o seu adotante, foi

³⁷ “Em 1998, o Decreto-Lei n.º 120/98 de 8 de maio, animado pelo escopo do interesse do menor e pela responsabilidade que a comunidade tem para com as crianças que se encontram privadas de um meio familiar

consagrada a possibilidade de, uma vez requerida a confiança judicial com vista à futura adoção, o menor ser colocado à guarda provisória do candidato a adoção, sempre que seja de inferir a probabilidade séria de procedência da ação (artigo 166.º da O.T.M). Esse Decreto-Lei veio ainda acrescentar ao elenco das circunstâncias capazes de determinar a dispensa do consentimento, os casos em que, tendo os pais sido inibidos do exercício do poder paternal, tenham decorrido 6 a 18 meses sobre o trânsito em julgado, não se tendo em conta as razões conducentes à decretação da inibição, aspeto que merece a seguinte perspetiva crítica de Eliana Gersão:

“Esta evolução mostra-nos que se levou a adoção plena até aos limites do aceitável no quadro dos valores de uma sociedade democrática e respeitadora dos direitos humanos e não vemos como, dentro desse quadro, se possa ir mais longe. Num ponto ou noutro podemos até perguntar-nos se não se terá ido longe de mais, nomeadamente quando se permite a adoção plena nos casos de inibição do poder paternal que não resultam de culpa dos pais no não cumprimento dos seus deveres para com os filhos, como é o caso das situações de doença de inexperiência ou mesmo, por vezes, de ausência.”³⁸.

Esta reforma operada em 1998 introduziu a suscetibilidade de, após decisão sobre a confiança administrativa do menor ao candidato a adoção, este poder vir a ser designado como curador provisório do adotando. Eis uma significativa alteração, na medida em que se procurou, deste modo, pôr termo à discrepância existente até então entre quem tinha a confiança administrativa e quem exerce o poder paternal. Por outro lado, facultou-se que, uma vez requerida a confiança judicial do menor com vista à subsequente adoção, este fosse colocado à guarda provisória a adoção sempre que, perante os elementos constantes dos autos, for de concluir pela probabilidade séria de procedência da ação. Foi, com efeito, um passo importante na regulação deste instituto, pois tornou-se exequível com base nas garantias provenientes do controlo judiciário, uma mais precoce e segura, com mais fortes laços de vinculação, convivência do menor com o seu adotante, reduzindo, por outro lado, o período de estada das crianças adotáveis em estabelecimento público ou particular de acolhimento. Ficava assim instituído o que, face ao sistema legal português, se poderá designar como guarda de facto do menor. Igualmente essa reforma deu uma especial atenção às questões respeitantes ao consentimento, nomeadamente com a previsão da possibilidade de uma ampliação do consentimento prévio a todos aqueles que o devam prestar, tornando-se, desse

normal, adequou a soluções encontradas a evolução entretanto a vida. HORSTER, Heinrich Ewald - Evoluções legislativas no direito da família depois da reforma de 1977. **COMEMORAÇÕES DOS 35 ANOS DO CÓDIGO CIVIL E DOS 25 ANOS DA REFORMA DE 1977**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. 64.

³⁸ GERSÃO, Eliana, Adopção- mudar o quê?. **COMEMORAÇÕES DOS 35 ANOS DO CÓDIGO CIVIL E DOS 25 ANOS DA REFORMA DE 1977**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. 838.

modo, desnecessária a sua citação no processo de confiança judicial. Também ao nível do direito registal veio esta reforma reforçar o segredo de identidade do nubente adotado plenamente, estipulando-se, de modo expresso que no processo preliminar de publicações, a existência de impedimentos decorrentes da filiação natural deverá ser averiguada pelo conservador com exclusão de publicidade.

A Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, veio estabelecer algumas medidas de proteção das uniões de facto reconhecendo as pessoas de sexo diferente que vivam em união de facto há mais de dois anos o direito de adoção em condições análogas às previstas para os cônjuges no art. 1979.º do Código Civil, sem prejuízo das disposições legais aplicáveis à adoção por pessoas não casadas.

Por fim, a Lei n.º 31/2003, de 22 de agosto, pretendeu tornar mais rápida a adoção e veio enfatizar o requisito geral do superior interesse da criança, em sintonia com os diplomas internacionais neste âmbito, tais como a Convenção sobre os direitos da criança (artigo 21.º) e a Convenção Europeia em matéria de adoção de crianças (artigo 8.º n.º 1). No que respeita à confiança judicial tendente à futura adoção (artigo 1978.º Código Civil), reforça-se o princípio de que nessa confiança o que está prioritariamente em causa é a qualidade e a continuidade de vínculos afetivos próprios da filiação. Consagra-se de forma expressa que os direitos e interesses dos menores, são os critérios principais a considerar. Além disso, desenvolveu-se a noção de “menor em risco” com remissão para o conceito da Lei n.º 147/99 de 1 de setembro, reduzindo-se ainda de seis para três meses o prazo relevante para avaliar do manifesto desinteresse dos pais pelos filhos acolhido em instituição ou por um particular.

3.3. A adoção como instituto ao serviço da criança

Apesar de terem sido dados passos muito significativos quanto à adoção, e estarem muitos outros ainda por dar, muitíssimo longe estamos do abandono de crianças à sua precária sorte, tal como foi prática usual durante séculos e que esteve na génese da designada Carta Régia em 1543, que concedeu à Santa Casa da Misericórdia de Lisboa a função de recolher os “expostos”: a roda dos expostos que somente em 1870 foi extinta. Nas Ordenações Afonsinas e Manuelinas, a adoção foi regulado com a finalidade de atribuir ao adotado a qualidade de herdeiro. Por sua vez, o Código Civil na sua versão original veio, enfim, após o silêncio ensurdecedor sobre esta matéria no Código de Seabra, considerar a adoção num âmbito geral de proteção a criança sem um meio familiar normal, privilegiando o interesse do adotado, tal como se lê no Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 185/93, de 22 de maio. Contudo até à reforma de 1977, a regra foi a adoção restrita, enquanto a adoção plena apenas se aplicava aos órfãos e aos filhos de pais incógnitos. Dessa reforma de 1977, reforço a importância da diferença instaurada, face à versão original do Código Civil que contemplava sobretudo o abandono físico, no sentido da importante consideração do abandono afetivo.

Começando por ser um instituto dirigido, predominantemente, para os interesses do adulto a adoção foi se tornando, paulatinamente, um instituto da criança, garantindo, uma cada vez mais eficaz tutela dos seus interesses e direitos. No fundo, na feliz expressão de Almiro Rodrigues: “A adopção é, assim, a consagração legal da paternidade psico-afectiva.”³⁹.

Para além desta aclaração sucinta, em que procurei desenhar uma resenha histórica sobre a regulação do instituto da adoção, outro interesse, no âmbito da problemática deste meu estudo, diz respeito ao modo como este instituto nos oferece um relevante ensejo para se por em causa a prevalência que o ordenamento jurídico português ainda vai conferindo ao biologismo na constituição do vínculo da filiação, não obstante, concordar com Pamplona Corte-Real e José Silva Pereira que estamos perante:

“ [...] um instituto difícil porque se pertence capaz de desempenhar uma função de cariz social e não individualista, mas que é complexo na sua orgânica e estruturação, acabando, por força de um processo constitutivo burocratizado e controlador, por se perder em eficácia e funcionalidade.”⁴⁰.

³⁹ RODRIGUES, A. - A adopção: um antes; e um depois?. **Infância e juventude**. N.º 2, 1997. 49.

⁴⁰ CORTE-REAL, Carlos Pamplona & PEREIRA, José Silva - **Direito da Família. Tópicos para uma reflexão crítica**. 2.ª Ed. Actualizada, Lisboa: AAFDL, 2011. 213.

Ainda há passos a dar no sentido de uma maior autonomia na constituição do vínculo adotivo, em favor da dimensão socializante, afetiva, altruísta e livre na motivação que lhe subjaz e que deverá, com efeito, constituir o cerne da intenção adotiva. Outro aspeto a que o direito deve estar atento, ponderando o interesse e sentido da figura, é à questão do consentimento prévio⁴¹. Além disso, existe na doutrina um conjunto de críticas aos bloqueios impeditivos de um instituto que se deverá pautar pela celeridade, destacando-se a opinião de Pamplona Corte-Real e José Silva Pereira:

“Reconhece a complexidade do processo prévio a constituição do vínculo adoptivo, com intervenção de entidades administrativas e judiciais, como sobreposição funcional de institutos plúrimos conducentes também a constituição do referido vínculo, para não falar já no cruzamento com as medidas de promoção e protecção de menores em perigo. Prazos, funcionalidades dispares, formalismos entrecruzados e de difícil aplicação concomitante índole diversa de entidades interventoras e sua imbrincada articulação, num instituto que se pretenderia célere e pragmático em nome dos prementes interesses das crianças adoptandas. É que os pressupostos da adopção, elencados no artigo 1978.º do Código Civil (na sua nova redacção) correspondem a situações de uma sub-existência carecidas de soluções eficazes, o que está longe de poder acontecer.”⁴².

Uma das dificuldades é, sem dúvida, os atrasos verificados nos processos de adoção, sendo umas das razões para um tal bloqueio o facto de os técnicos e os tribunais portugueses persistirem na preferência do retorno das crianças às famílias, com as quais, não raro, não possuem qualquer ligação e pelas quais são, inclusive, vítimas de maus tratos e abandonadas em instituições. Daí que, percorrido um longo caminho, com abundantes e significativas mudanças legislativas, não possa deixar de mencionar que, apesar dos progressos⁴³ continua a triunfar a ideia de que o direito à transmissão de bens é, afinal, mais importante que o bem estar das crianças, pelo que, sob os mais dispares pretextos subsista a aposta na família biológica e, muitas vezes, só em casos-limite, é que se avança para adoção. Se é verdade que o direito precisa de mudar, não é menos, no que respeita a esta matéria, essencial uma mudança das mentalidades para que seja possível vencer a ideia segundo a qual as crianças possam estar em instituições enquanto aguardam a conclusão do – moroso e excessivamente

⁴¹ Sobre as perplexidades geradas por essa figura do consentimento prévio *vide* por todos: CORTE-REAL, Carlos Pamplona & PEREIRA, José Silva - **Direito da Família. Tópicos para uma reflexão crítica** 2.ª Ed. Actualizada, Lisboa: AAFDL, 2011. 215-216.

⁴² CORTE-REAL, Carlos Pamplona & PEREIRA, José Silva - **Direito da Família. Tópicos para uma reflexão crítica** 2.ª Ed. Actualizada, Lisboa: AAFDL, 2011. 217.

⁴³ Destacando tais progressos: “adiante-se, desde já, que o sentido e o alcance a evolução legislativa que o instituto sofreu, máxime na década de 90, muito tem a ver com a forma como se perspectivou o equilíbrio entre os interesses (legítimos) de todos os intervenientes.” EPIFÂNIO, Rui Lisboa & LEANDRO, Armando Gomes - **Adopção- sentido e alcance da evolução legislativa. COMEMORAÇÕES DOS 35 ANOS DO CÓDIGO CIVIL E DOS 25 ANOS DA REFORMA DE 1977**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. 852-853.

burocrático- processo, uma vez que a adoção tardia acaba por colidir com o propósito fundamental deste instituto. Outro aspeto a melhorar reporta-se à qualidade da intervenção técnica na seleção os pais adotantes com a finalidade de evitar que as crianças acabem por ser devolvidas às instituições e nomeadamente à alçada do Instituto de Segurança Social, vendo, dessa forma, interrompido o seu processo de pré-adoção, em virtude da constatação da inexistência de viabilidade na concretização do projeto. Por outro lado, o facto de o número de candidatos ser manifestamente superior ao de crianças e jovens que aguardam por uma família, deve-se em larga medida, à dificuldade em encontrar candidatos que desejem adotar crianças com mais idade ou com problemas mentais ou comportamentais.

CAPÍTULO 2: ÂMBITO CONSTITUCIONAL E EUROPEU DO DIREITO DA FAMÍLIA

1. O regime constitucional das matérias disciplinadas pelo direito da família

1.1. Princípios constitucionais

A CRP acolhe a grande maioria dos princípios constitucionais da família reconhecidos nos direitos europeus, e, além disso, é dotada de grande plasticidade, o que lhe permite uma gradativa acomodação das normas ao ritmo da própria evolução social. Um entendimento semelhante a este ponto de vista que defendo, é propugnado por Diogo Leite de Campos.⁴⁴ Ainda de acordo com este autor os princípios constitucionais do direito da família podem ser repartidos por dois grupos principais, a saber: a proteção dos direitos da pessoa humana, visto que a proteção do ser humano não se eclipsa pelo facto de este se encontrar enraizado numa unidade familiar, significando que cada cidadão possui uma esfera inalienável de liberdade para o desenvolvimento autónomo da sua personalidade; por outro lado, são garantidos variados direitos da família, já que os membros de um agregado familiar dispõem de prerrogativas face ao Estado, designadamente de cariz económico. Ao nível do primeiro grupo, atinente aos direitos da pessoa humana, elenco, a título exemplificativo, os seguintes: o direito à celebração do casamento; o direito a constituir família; a competência da lei civil para disciplinar e regular os requisitos e os efeitos do casamento e da sua dissolução; a admissibilidade do divórcio para quaisquer casamentos; a igualdade dos cônjuges, quer quanto à sua capacidade civil, quer quanto à manutenção e educação dos filhos (responsabilidades parentais); o poder-dever de educação dos filhos pelos pais.

Destaco neste contexto a evolução legislativa conducente à transição do modelo de guarda única ou unilateral, em geral concedida judicialmente às mães, para o modelo da guarda conjunta, tendo sido mérito da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, o seu estabelecimento como regime regra do exercício das responsabilidades parentais, mesmo depois de uma situação de dissociação familiar e o exercício conjunto no que tange às questões de particular importância na vida das crianças.

Esta evolução é muito positiva, pois promove um maior envolvimento dos pais na vida dos filhos e mitiga os efeitos perversos da guarda única, nomeadamente pela tendência de um

⁴⁴ CAMPOS, Diogo Leite de - **Lições de Direito da Família de das Sucessões**. 2.ª Ed. Coimbra: Almedina, 2010. 99 e ss.

aumento do afastamento da figura paterna do exercício da suas indeclináveis parentais e correlativa fragilização do relacionamento afetivo com os seus filhos) ou ainda a não discriminação entre filhos nascidos no e fora do casamento. Quanto ao segundo grupo, referente aos direitos do ser humano face a outrem, destaco os princípios basilares da proteção da família; da proteção da paternidade e da maternidade e da proteção da infância, a que deveria acrescentar-se, assim o defendo, a proteção da velhice, mas um longo caminho ainda terá de ser percorrido.

Embora extravase o âmbito desta minha pesquisa, não posso deixar de dar nota do desajustamento que se verifica na realidade entre muitos dos preceitos programáticos plasmados na CRP e as lacunas facilmente detetáveis a nível da legislação ordinária. Esta é, aliás, uma preocupação claramente enunciada por Diogo Leite de Campos, com a qual manifesto concordância:

“Nesta matéria [relativa aos direitos do ser humano perante outrem] existem graves lacunas a nível da legislação ordinária. Devendo estar preocupada com a sucessiva desagregação da família e com a queda da natalidade prevê escassíssimas medidas de proteção à família seja qual for o campo que consideremos: tributário, da segurança social, financeiro etc. Em termos de violar sistematicamente o dever de *justiça* de compensar os pesados encargos económicos da maternidade, da paternidade, etc.”⁴⁵.

O regime jurídico-constitucional da família é composto pelos preceitos dos artigos 36.º, 67.º, 68.º, 69.º e 72.º e de parte do artigo 26.º da CRP. Estas normas apresentam-se como orientadoras da intervenção do legislador ordinário, além de desempenharem um importante papel na interpretação e na integração da lei, assim como ao nível do preenchimento de conceitos indeterminados.

Antes mesmo da explicitação do conteúdo de tais dispositivos constitucionais, importa ter presente o artigo 18.º n.º 1 da CRP, visto integrar o fundamental do regime constitucional específico dos direitos, liberdades e garantias. O primeiro elemento do seu regime é o reconhecimento e a garantia de que tais direitos, liberdades e garantias, são diretamente aplicáveis, o que constitui uma cláusula de imediatividade aplicativa.

Como referem Gomes Canotilho de Vital Moreira:

“Os direitos, liberdades e garantias não estão, *prima facie*, dependentes de lei concretizadora. Em termos jurídico-dogmáticos, os direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis porque: (1) concebem-se e valem constitucionalmente como norma concretamente definidora de posições jurídicas (*norma normata*) e não apenas como norma de produção de outras normas jurídicas (*norma normans*); (2) *prima facie*, isto é, numa primeira aproximação, aplicam-se sem necessidade de interposição

⁴⁵ CAMPOS, Diogo Leite de - **Lições de Direito da Família de das Sucessões**. 2.ª Ed. Coimbra: Almedina, 2010. 100.

conformadora de outras entidades, designadamente do legislador (*inter positio legislatoris*); (3) também em princípio, constituem direito *actual e eficaz* e não apenas directivas jurídicas de aplicabilidade futura.”⁴⁶.

Quanto ao artigo 36.º CRP, temos a afirmação constitucional de que “(1) Todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade”. Desde logo emerge a questão de saber se essa norma concede apenas um direito fundamental a contrair casamento ou, simultaneamente, traduz uma norma de garantia institucional. Segundo o entendimento de Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, apesar de a CRP não formular explicitamente um princípio de proteção de casamento:

“ [...] a instituição do casamento está constitucionalmente garantida pois não faria sentido que a constituição concedesse o direito a contrair casamento e, ao mesmo tempo, permitisse ao legislador suprimir a instituição ou desfigurar o seu núcleo essencial.”⁴⁷.

Nesse artigo consagram-se: o direito das pessoas a constituírem família e a casarem-se; os direitos dos cônjuges a nível familiar e extrafamiliar; os direitos dos pais relativamente aos filhos e ainda os direitos dos filhos. Este artigo deverá ainda ser conjugado com os artigos 67.º e 68.º CRP, sendo que no artigo 67.º é a própria família como tal que surge com o direito à proteção da sociedade e do Estado, enquanto que no artigo 68.º passam a ser também titulares os progenitores, sendo o destinatário desse direito a sociedade e o Estado.

O direito de constituir família e o de contrair casamento não significam a redução do conceito de família à união conjugal fundada no casamento. A noção constitucional de família não contempla apenas a família baseada no matrimónio, na medida em que estamos face a uma abertura da CRP para facultar o necessário relevo jurídico às uniões familiares de facto. No entanto, tem sido controversa na doutrina a questão de o direito de constituir família abranger a união de facto. Certo é que a Lei Fundamental não formula explicitamente uma noção de família, apenas indicando que ela é um “elemento fundamental da sociedade”. É preciso pois ter em conta estoutra posição doutrinária:

“Numa óptica que procura dar sentido ao esforço e às prioridades do poder constituinte, a família tem de ser uma realidade potencialmente dotada de estabilidade e projecção externa. Assim sendo, não cabem por enquanto no conceito constitucional de família a união de facto, formada por pessoas de sexo diferente ou do mesmo sexo, nem a convivência em economia comum. Tais relações para familiares formam-se e dissolvem-se pela mera vontade das partes sem os constrangimentos impostos pela necessidade da intervenção do Estado, e não estão sujeitas a publicidade registal. [...] Não significa isto que a união de facto e a convivência em economia comum careçam em absoluto de

⁴⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital - **Constituição da Republica Portuguesa Anotada**. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. 382.

⁴⁷ COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de - **Curso de Direito da Família**. Vol. I. 4.ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. 113-114.

fundamento constitucional. São formas de organização devida que traduzem o exercício do direito ao desenvolvimento da personalidade, consagrado no artigo 26, n.º 1 da CRP.”⁴⁸.

A doutrina tem debatido a norma consagrada na primeira parte do n.º 1 do artigo 36.º CRP, quanto à sua interpretação. Segundo Diogo Leite Campos, a separação entre as expressões “constituir família” e “constituir família fundada no casamento”, sendo colocada a constituição da família previamente à celebração do casamento, manifesta uma independência entre os dois princípios:

“ [...] em termos de o Direito a procriar ser reconhecido independentemente de se enquadrar ou não no casamento.”⁴⁹.

Relativamente o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, corresponde a uma situação jurídica fundamental relativa à família, e está consagrado no artigo 26.º n.º 1 da CRP, e igualmente no artigo 8.º da CEDH. Neste artigo temos como objetivo fundamental impedir a interferência arbitrária das autoridades públicas na esfera pessoal e familiar do indivíduo. Trata-se de um artigo que tem sido objeto de interpretação dinâmica e evolutiva, o que revela a sua constante adaptação às condições de vida do presente.

A CDEH vigora na ordem interna portuguesa, vinculando o Estado Português, conforme o artigo 8.º da CRP, que consagra o que a doutrina maioritária denomina de cláusula geral de receção automática plena.

O artigo 36.º, n.º 1 da CRP impede os casamentos forçados e as restrições ao casamento fundadas na raça, religião ou na nacionalidade dos nubentes, conforme artigo 16.º DUDH. Segundo Jorge Duarte Pinheiro é questionável a proibição civil do casamento entre pessoas do mesmo sexo, entretanto eliminada, embora contra essa posição se encontrem Jorge Miranda e Rui Medeiros, que consideram que o casamento de duas pessoas do mesmo sexo colide com o núcleo da garantia institucional do casamento que se retira da CRP. Igualmente o acórdão do TC n.º 359/2009, de 09/07/2009, veio pronunciar-se pela rejeição do direito ao casamento entre duas pessoas do mesmo sexo, concluindo essa decisão judicial não existir inconstitucionalidade nos então artigos 1577.º e 1628.º do Código Civil. Contra manifesta-se Duarte Pinheiro, invocando o princípio da não discriminação em razão da orientação sexual, consagrado no artigo 13.º, n.º 2 da CRP e ainda o facto de o casamento civil não vincular os cônjuges ao dever de procriação.

⁴⁸ PINHEIRO, Jorge Duarte - **O Direito da Família contemporâneo**. 2.ª Ed. Lisboa: AAFDL, 2009. 106.

⁴⁹ CAMPOS, Diogo Leite de - **Lições de Direito da Família de das Sucessões**. 2.ª Ed. Coimbra: Almedina, 2010. 102.

O artigo 36.º da CRP consagra ainda o princípio da igualdade dos homens e das mulheres, afirmando a igualdade entre os cônjuges, uma matéria que já aprofundei no capítulo anterior. Já o n.º 4 desse mesmo artigo estipula a não discriminação entre filhos, independentemente dos progenitores se encontrarem ou não casados, o que demonstra uma importante mudança jurídica face à anterior distinção entre os filhos legítimos e ilegítimos. Por sua vez, o n.º 5.º dessa mesma norma estipula o direito e o dever dos pais de educação e manutenção dos filhos como um verdadeiro direito-dever subjetivo, no âmbito das responsabilidade parentais. Por sua vez, o n.º 7 desse artigo dispõe que a adoção é disciplinada e protegida nos termos da lei, salientando, tal como já referido supra neste estudo, que esta norma foi introduzida pela revisão constitucional de 1992.

Decorre, por conseguinte, do artigo 36.º da CRP, que o direito de contrair casamento se afigura com um direito fundamental, sendo de enfatizar que as garantias institucionais, são também direitos, embora nelas se acentue “ [...]o carácter instrumental de protecção dos direitos”⁵⁰. Igualmente Jorge Miranda dá como exemplo o casamento face às garantias institucionais⁵¹.

Quanto à noção de garantias institucionais, considero de acolher a seguinte definição:

“ [...] são realidades jurídicas não subjectivadas onde obtêm protecção, através de uma norma constitucional, determinadas figuras típicas de um sector da realidade económica ou social.”⁵².

Assim sendo, tais garantias manifestam o reconhecimento de instituições da realidade social, mormente da família, que, pela sua importância, são credoras de uma protecção constitucional, visando, *prima facie*, garantir aos cidadãos o gozo efetivo dos seus direitos.

Por imposição constitucional, incumbe, assim, à lei civil proceder à modelação do conteúdo do casamento, devendo fazê-lo, necessariamente, no respeito pela Constituição, à qual se encontra submetida em virtude da estrutura hierárquica da ordem jurídica. Por força do artigo 36.º, n.º 2 CRP. Retira-se ao direito canónico a competência para regular as matérias aí consagradas, ficando a competência para regular os requisitos e os efeitos do casamento e a sua dissolução reservada à lei civil.

O artigo 67.º da CRP engloba não apenas a família conjugal, mas também a natural e a adotiva, sendo que por família natural se entende a que é constituída pelos filhos e pelo

⁵⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ª Ed. Coimbra: Almedina, 2002. 410.

⁵¹ MIRANDA, Jorge - **Manual de Direito Constitucional**. 5ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. 69.

⁵² ALEXANDRINO, José de Melo - **Direitos Fundamentais. Introdução geral**. Cascais: Princípia, 2011. 36.

progenitor biológico, sendo uma família unilinear.⁵³ Destaco que essa norma se enquadra no capítulo II da CRP (direitos e deveres sociais), possuindo uma dimensão notoriamente programática.

Este preceito reconhece à família, como instituição, a titularidade de um direito fundamental, sem que esteja em causa a realização pessoal dos seus membros. Enquanto o artigo 36.º CRP garante o direito das pessoas a constituir família, por seu lado, o artigo 67.º CRP garante o direito das próprias famílias a beneficiarem da proteção da sociedade e do Estado para que fique assegurada a realização pessoal dos seus membros, pelo que se trata, nas palavras de Gomes Canotilho e Vital Moreira:

“ [...] de um típico “direito social” ou seja, de um direito positivo que se analisa numa imposição de actividade ou de prestações por parte do Estado, que não goza de exigibilidade directa [não possuindo pois a força jurídica que o art. 18º CRP concede aos normativos concernentes aos direitos liberdades e garantias, não sendo de aplicação imediata], carecendo de implementação legislativa, cuja falta, porém, pode dar lugar a inconstitucionalidade por omissão.”⁵⁴.

A ideia da família como elemento nuclear da sociedade é o que cauciona a intervenção disciplinadora do Estado, restringindo o impacto da proclamação do direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar. Decorre do n.º 2 do artigo 67.º uma enumeração exemplificativa das tarefas a desenvolver pelo Estado para proteger a família, incluindo apoio material à maternidade e paternidade. Saliento a alínea e) deste artigo que foi acrescentada na revisão constitucional de 1997, competindo ao Estado regulamentar a procriação medicamente assistida em termos que garantam a dignidade da pessoa humana, como veremos no ponto seguinte.

Também o artigo 68.º CRP está ao serviço da proteção da maternidade e da paternidade, considerando-os valores sociais eminentes, concedendo aos progenitores, unidos ou não pelo matrimónio, um direito à proteção da sociedade e do Estado na realização da sua ação face aos filhos sobretudo quanto à educação destes. Saliento, que foi a revisão constitucional de 1982 que teve o mérito de equiparar a paternidade à maternidade, visto que na Constituição de 1976, anteriormente à revisão, apenas a maternidade era considerada “valor social eminente”, embora a equiparação já tivesse sido realizada no Decreto Lei n.º 503/80 de 20 de outubro. Assim sendo, na formulação que foi dada pela primeira revisão constitucional o artigo 68.º passou a reconhecer e a garantir um verdadeiro direito fundamental dos progenitores enquanto tais. Fica

⁵³ CAMPOS, Diogo Leite de - **Lições de Direito da Família de das Sucessões**. 2.ª Ed. Coimbra: Almedina, 2010. 108.

⁵⁴ CANOTILHO, J. Gomes & MOREIRA, Vital - **Constituição da Republica Portuguesa**. Vol. 1. 4.ª Ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. 856.

ainda implícito o direito de ter filhos de acordo com os projetos pessoais de cada um, o direito de planeamento familiar e a garantia de uma maternidade e paternidade consciente” (artigo 67.º, n.º 2 alínea b) CRP). A paternidade e a maternidade são então reconhecidas como garantias constitucionais e protegidas como valores sociais e constitucionais objetivos, sendo ainda de enaltecer a clara afirmação da igualdade do pai e das mães quanto às tarefas em relação aos filhos e ainda a consideração social e constitucional do valor da maternidade e da paternidade, o que é uma decorrência do princípio da igualdade entre homens e mulheres (artigo 13.º, n.º 2 CRP) e, especialmente, da igualdade dos cônjuges quanto à manutenção e educação dos filhos (artigo 36.º, n.º 3, segunda parte). Na categoria constitucional de filhos incluem-se não só os gerados pelos pais mais igualmente as crianças adotadas.

O artigo 69.º da CRP, consagra um direito das crianças à proteção, tratando-se de um típico direito social que integra deveres de legislação e de ação administrativa para a sua concretização, mas também o direito negativo das crianças a não serem abandonadas, discriminadas ou oprimidas. O n.º 2 do artigo 68.º impõe ao Estado o dever de especial proteção as crianças órfãs, abandonadas ou privadas de um ambiente familiar normal.

Por fim, o artigo 72.º consagra específicos direitos das pessoas idosas como típicos direitos sociais. Não posso, neste contexto deixar de assinalar a insuficiência da proteção civil dos idosos, não obstante as disposições constitucionais, dado que é manifesta a falta de relevância dos idosos na legislação ordinária do direito civil da família ao contrário do que acontece com a proteção de jovens crianças em perigo. Esta é uma lacuna, até porque no contexto português se assiste a um acentuado envelhecimento da população, não bastando deixar nas mãos da espontaneidade da solidariedade a resposta das situações de dependência dos idosos. Daí que concorde com a perspetiva de Jorge Pinheiro:

“Falta uma intervenção legislativa profunda de índole jusfamiliar. Alargar a legitimidade para propor uma acção de alimentos contra descendentes [...] pode ser um contributo útil. Tal como há responsabilidade parentais, talvez fizesse sentido no Código Civil um instituto *responsabilidade filial*. Por fim, seria importante a introdução da Lei do Idoso, que poderia prever medidas de protecção similares às previstas para a protecção de crianças e jovens em perigo, com as necessárias adaptações, nomeadamente, na configuração da hierarquia das providências. [...] o grau de civilização não se afere apenas pela forma como ela trata as suas crianças, mas também pela forma como ela trata os seus idosos.”⁵⁵.

⁵⁵ PINHEIRO, Jorge Duarte - **O direito da família contemporâneo**. 2.ª Ed. Lisboa: AAFDL, 2009. 396-397.

1.2. A questão da existência de um direito constitucionalmente garantido à procriação medicamente assistida

Somente em 2006, pela Lei 32/2006, é que foi regulamentada a procriação medicamente assistida (PMA) em Portugal, o que veio solucionar um vazio legal que existia nesta área. Tal revela, mais uma vez, o modo como o direito acolhe uma mudança social e procura dar-lhe uma resposta, uma vez que o impacto da infertilidade não pode ser ignorado, nomeadamente o psicológico, a que se acrescenta a pressão social que envolve o casal infértil.

Com efeito, não obstante a referência, vertida no artigo 1939.º n.º 1 do Código Civil, a uma situação consentida de inseminação artificial, determinante da constituição do vínculo da paternidade, verificava-se uma lacuna neste domínio. Saliento ainda a quarta revisão constitucional de 1997, que veio introduzir alguns elementos relevantes nesta matéria, tal como consta do artigo 67.º n.º 2 alínea e) CRP e o artigo 26.º na nova redação do seu n.º 3, postulando a garantia legal da “identidade genética”. A lei considera as técnicas de PMA como método subsidiário de procriação e avança como pressuposto do acesso a essas técnicas que os beneficiários sejam casados e não separados judicialmente de pessoas e bens ou facto. Nos termos do artigo 6.º da Lei 32/2006, a PMA é acessível às pessoas que “sendo de sexo diferente” vivam em condições análogas as dos cônjuges há pelo menos dois anos. Este preceito colide com os artigos 13.º, n.º 2, 26.º e 27.º da CRP, na medida em que veda o acesso a PMA a casais homossexuais e mesmo a mães solteiras. Igualmente a lei em apreço impede a maternidade de substituição, definida no seu artigo 8.º como “qualquer situação em que a mulher disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem” e o artigo 39.º, n.º 1 considera que “quem celebrar contratos de maternidade a título oneroso é punido com pena de prisão de 2 anos ou pena de multa até 240 dias”⁵⁶.

Enfatizo que a PMA introduz uma rutura com o ponto de vista tradicional que conserva uma perspectiva preferencialmente biologista do vínculo da filiação. Daí que não possa deixar de concordar com a análise de Stela Barbas:

⁵⁶ Pronunciando-se contra a técnica das soluções defendidas nos artigos 8.º e 39.º da Lei da PMA, Carlos Pamplona Corte-Real e José Silva Pereira, argumentam da seguinte forma: “O acordo entre a mãe hospedeira e a mãe ou casal de recepção que, embora declarado nulo pela lei, predetermina comportamentos e gera expectativas, por outro lado, se a doutrina discute a natureza do direito ao corpo, certo é que no caso da mãe hospedeira, aquilo que se presta é um serviço de gestação de uma criança tão somente, o que parece até encontrar alguma legitimação no lugar paralelo no regime de transplante de órgãos admitidos [...] (Cfr. artigo 6.º, n.º 4 da Lei n.º 12/93 de 22 de abril, com a redação dada pela Lei n.º 22/2007, de 22 de junho); por fim, não parece aceitável a solução contida no artigo 8.º, n.º 3, da LPMA, ao determinar que a mãe hospedeira é havida sempre como mãe da criança que tiver dado à luz, porque é obvio que tal solução não pode ir ao encontro do interesse superior da criança, aqui também o único critério relevante”. CORTE-REAL, Carlos Pamplona & PEREIRA, José Silva - *Op. Cit.*, 2011. 245.

“A solidariedade, o afecto, a tutela de subcondições existenciais das crianças, a superação de questões de infertilidade e dir-se-ia o exercício do direito à liberdade com responsabilidade (também relevantes na ponderação do exercício à procriação por casais homossexuais e, do mesmo modo por mães solteiras), são valores que cada vez mais se impõem ao legislador ordinário.”⁵⁷.

Embora ultrapasse o âmbito desta pesquisa, não posso deixar de assinalar que a PMA coloca relevantes questões éticas e morais que são objeto de debate nos vários sectores da sociedade. Entre essas questões limito-me a elencar algumas, como sejam: aumento do número de gravidez múltiplas devido à implantação de vários embriões ou de medicação para estimular a ovulação, o que pode dar origem a complicações durante a gravidez e aumentar a probabilidade de nascimentos prematuros; a doação de ovócitos e embriões; a maternidade de substituição e suas implicações legais e emocionais; a criopreservação de gâmetas e embriões e ainda a possibilidade de acesso às técnicas de PMA por famílias não tradicionais como mães solteiras ou casais homossexuais.

Stela Barbas assinala a este propósito⁵⁸ que, com os novos avanços na área da PMA, emerge um acervo de questões a pedirem resposta pelo direito, designadamente: quais os riscos e vantagem da crioconservação de embriões?; Que destino para os embriões excedentários?; Direito à identidade genética ou anonimato do doador?; Quem é considerada mãe no caso de maternidade substituição, a que deu o óvulo ou a que gestou ou a que “encomendou”?; Será correto falar em paternidade se uma mulher se clonar e der à luz o próprio clone e este receber a informação genética apenas de um progenitor?; O ser humano pode ser discriminado com base no património genético ou por ter nascido em resultado de técnicas de PMA?.

Com efeito, as mudanças provocadas pelo avanço da biotecnologia, designadamente quanto às técnicas de PMA, foram sendo introduzidas na esfera do direito, mostrando que este procura alargar os seu domínios aos novos avanços e realidades sociais, tornando-se pois necessário regulamentar uma série de inovações biotecnológicas e normatização do fenómeno, tal como já é prática em países como a Espanha, França, Itália, Bélgica, Alemanha, E.U.A, Grã-Bretanha, Suécia ou Suíça. Também Oliveira Ascensão trata o fenómeno⁵⁹ da PMA questionando-se nos seguintes termos: “Se se dá um nascimento, que é fruto de procriação assistida quais as consequências no plano jurídico?”. Este tema é deveras importante na medida em que os direitos fundamentais de uma pessoa vão estar necessariamente em causa face às

⁵⁷ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves - **Direito ao património genético**. Coimbra: Almedina, 2006.

⁵⁸ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves - **Direito ao património genético**. Coimbra: Almedina, 2006.

⁵⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira – Procriação assistida e o direito. **Estudos em homenagem ao professor Doutor Pedro Soares Martinez**, 645-646.

diversas técnicas de reprodução assistida, como sejam os valores da vida, da liberdade, da intimidade, da dignidade da pessoa humana e terão de ser garantidos para que não ocorram práticas com soluções que colidam com a ética. O facto de, até 2006, não ter existido qualquer legislação geral sobre PMA motivou alguns autores como Jorge Miranda e Rui Medeiros, a considerarem existência de uma inconstitucionalidade por omissão. Por conseguinte, a regulamentação da procriação assistida é uma imposição constitucional de regulação, reconhecendo-se a liberdade de procriação como liberdade negativa sem interferência do Estado, embora sejam excluídas formas de procriação assistida que violem a dignidade da pessoa humana, como por exemplo, a procriação por intermédio de técnicas de clonagem. Sobre esta questão ainda é de atender à seguinte ressalva:

“A Constituição não consagra, porém, o direito a procriar artificialmente como direito positivo a prestações estaduais. Contudo, isto não impede a assumpção de políticas públicas de tratamento da infertilidade e de reanimação do tecido demográfico.”⁶⁰.

⁶⁰ CANOTILHO, J. Gomes & MOREIRA, Vital - **Constituição da República Portuguesa**. Vol. 1. 4ª Ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. 860.

2. O direito europeu da família

2.1. Uniformização/unificação versus harmonização do Direito da Família na União Europeia

Não obstante a formação de um núcleo comum entre os países europeus, em virtude de uma crescente homogeneidade das várias sociedades nacionais, assim como de uma tendência para incorporar nos ordenamentos jurídicos internos determinadas soluções oriundas de ordenamentos jurídicos externos mais avançados, e sendo uma realidade a existência de várias convergências entre os diversos Estados Europeus em certos regimes como o casamento, divórcio, e os estatutos dos filhos, certo é que, inevitavelmente, os direitos da família, tão fundamente enraizados nas sociedades, ostentam uma grande diversidade. Desde logo, acentuo as divergências nomeadamente quanto à questão do casamento entre pessoas do mesmo sexo e da homoparentalidade nos vários ordenamentos europeus.

Várias são, no entanto, as razões que legitimam as tentativas de uniformização, o que decorre da própria evolução das sociedades e da mobilidade social, presente, por exemplo, nos casamentos binacionais e no aumento das famílias recombinações. São essas razões que estão na base de procura da unificação de direito da família, embora esta espécie de “casamento” entre os vários países europeus tenha sido contrariado pelo discurso tradicional da família europeia e dos patriarcas nacionais; os motivos que hoje se apresentam a justificar o “casamento” não têm conseguido ser mais convincentes do que a tradição contrária.”⁶¹.

Essa tentativa uniformizadora foi desencadeada pela Resolução de 1994, através da qual o Parlamento Europeu solicitou à Comissão que fossem realizados trabalhos incidentes sobre a possibilidade de elaboração de um Código Europeu Comum de Direito Privado. Para o efeito, foi criado, em 1998, o Grupo de Estudos sobre o Código Civil Europeu. No entanto, esse grupo não deixou de manifestar reservas à imediata uniformização do direito da família, defendendo que a mesma só seria possível sacrificando a identidade jurídica dos Estados membros. Em 1 de setembro de 2001, foi criada a Comissão de Direito da Família Europeia, com o propósito de harmonização de direito da família na Europa, tendo elaborado princípios nas áreas do divórcio e de alimentos entre ex cônjuges e ainda sobre responsabilidades parentais, tendo os primeiros sido publicados em 2004. Os princípios do Direito da Família Europeu sobre as responsabilidades parentais, de 2007, não são vinculativos para o Estado dos

⁶¹ OLIVEIRA, Guilherme - Um direito da família europeu?. **Temas de direito da família**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. 323.

peritos que participaram na sua formulação, visando persuadir os legisladores nacionais a adotar o mesmo modelo. Neste sentido, a Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, veio marcar o sucesso dessa Comissão ao acolher muitos daqueles princípios⁶².

Já os regulamentos da UE com incidência familiar de natureza vinculativa para os Estados-membros restringem-se a facilitar o reconhecimento e a execução nos Estados-membros de decisões que foram tomadas noutro Estado-membro, ou então a determinar qual o Estado-membro com competência para decidir matérias que exibam elementos de ligação com ordens jurídicas de dois ou mais Estados-membros, sendo, assim,

“ [...] instrumentos Europeus de Direito Internacional Privado das Famílias e não actos que definam um regime material de Direito Europeu da Família. Apesar disso, são muito importantes num espaço vasto em que é grande a mobilidade transnacional dos cidadãos.”⁶³.

A este propósito destaco o Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho, de 22 de dezembro de 2000, sobre a competência judiciária e a execução de decisões em matéria civil e comercial e ainda o Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho de 27 de novembro sobre a competência, o reconhecimento e a execução de decisões acerca de questões matrimoniais e sobre responsabilidade parental, que veio revogar o Regulamento (CE) n.º 1347/2000. Refiro ainda o Regulamento (CE) n.º 4/2009 do Conselho de 18 de dezembro de 2008 sobre obrigações alimentares.

Pronunciando-se sobre a unificação do direito da família em termos dos Estados-membros da União Europeia, Guilherme de Oliveira aduz alguns argumentos em favor da progressiva harmonização, tais como: a fragilidade da tese segundo a qual não é possível unificar o direito da família, em virtude da pluralidade de tradições nacionais que o arrimam, considerando este autor que essa posição não é decisiva, tendo em conta que as tradições internas do espaço europeu também sofreram modificações relevantes, acabando por confluir em determinados regimes essenciais, como o do casamento, do divórcio ou do estatuto dos filhos. Por outro lado, os sistemas nacionais mostram-se cada vez mais abertos para uma

⁶² Essa tentativa de criação de áreas de direito uniforme foi sugerida por Katharina Boele-Woelki, em *The road towards a european family law*. Vol. 1.1. In: **Electronic journal of comparative law**. (November 1997) (<http://law.kub.nl/ejcl/11-1.html>); também Jo C 158, de 26.6.1989 (Resolução A 2-157/89); Jo C 205, de 25.7.1994 (Resolução A 3-0329/94); Jo C 255, de 13.9.2001 Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu sobre o Direito Europeu dos Contratos; Resolução do Parlamento Europeu (A 5-0384/2001) sobre a aproximação do direito civil e comercial dos Estados-Membros (Jo C 140E); Jo C 241, 7.10.2002; BOELE-WOELKI, Katharina - **A harmonização do direito da família na Europa: Uma comparação entre a Nova Lei Portuguesa do Divórcio com os Princípios da CEFL sobre Direito da Família Europeu**. Disponível em: http://www.fd.unl.pt/docentes_docks/ma/ct_MA_12524.pdf (consultado em: 17.08.2013)); sobre o enquadramento da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, cf. **Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities** - Antuérpia/Oxford, Intersentia, 2007.

⁶³ PINHEIRO, Jorge Duarte - *Op. Cit.*, 2009. 119.

convergência que integre o direito da família: “A construção da União Europeia dá aos sistemas nacionais- mais do que nunca- a oportunidade, os meios, e os motivos para tentar a unificação do direito da família.”⁶⁴.

Sobre a questão da harmonização jurídica do direito da família europeu, concordo com a posição doutrinária assumida por Marta Costa⁶⁵, que distingue entre harmonização e unificação jurídica, rejeitando esta última, considerando-a muito difícil de realizar, especialmente em domínios adstritos a questões sensíveis, como é o caso exemplar do direito da família. Tal encontra fundamento no preâmbulo da Carta dos Direitos Fundamentais da UE, onde se lê: “A União contribui para preservação e o desenvolvimento destes valores comuns, no respeito pela diversidade das culturas e das tradições dos povos da Europa, bem como da identidade nacional dos Estados-Membros.”.

Por sua vez, a harmonização jurídica não visa uma total convergência de normatividade, mas somente uma concordância substancial, veiculando o respeito por elementos da herança individual, sendo que, no quadro da UE essa harmonização se efetua, sobretudo, mediante diretivas, já que estas fixam o resultado a atingir, embora não os meios para o alcançar, conciliando assim a competência da UE com a soberania dos Estados-membros. Não obstante, defendo a necessidade e desejabilidade de harmonização jurídica no âmbito do direito da família, tendo presente o grau de convergência que se vem construindo, em diversas matérias, num significativo número de Estados-Membros da UE, como por exemplo o princípio da igualdade entre cônjuges. Acrescento que os direitos da família nacionais não deixam de ser amplamente permeáveis à receção de princípios, conceitos, institutos, mecanismos, oriundos de outras ordens jurídicas, o que em muito contribui para o processo de harmonização jurídica.⁶⁶

Outro exemplo demonstrativo dessa harmonização é o efeito de contágio entre legislações, como acontece no contexto Escandinavo, designadamente quanto à tutela dos conviventes homossexuais. Tal como destaca Marta Costa, em 1989 a Dinamarca, pela Lei n.º 372, de 7 de junho que concedeu proteção jurídica aos conviventes de orientação homossexual; em 1993, com a Lei n.º 40, de 30 de abril, a Noruega criou um regime idêntico, seguindo-se a Suécia (Lei n.º 17/1994) de 23 de junho de 1994, a Islândia em 1996 e a Finlândia, em 2001. Ora como o direito está eminentemente ao serviço da realidade e das suas

⁶⁴ OLIVEIRA, Guilherme - Um direito da família europeu?. **Temas de direito da família**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. 330.

⁶⁵ COSTA, Marta - **Convivência More Uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: União Homossexuais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

⁶⁶ WATSON, Alan - Legal transplants and European private law. **European journal of comparative law**, 2000. 44.

inerentes mutações, por ser um fenómeno marcadamente social, as alterações legislativas escandinavas foram seguidas por outros países, contribuindo para a relativa harmonização jurídica.

Igualmente, a Comissão nacional de Estado Civil tem dado importantes passos no sentido de harmonização jurídica no domínio do direito da família, por intermédio de várias Convenções. No entanto, como salienta Marta Costa:

“ [...] o seu êxito não tem sido desejado, uma vez que apenas uma minoria de Estados as têm vindo a ratificar. Tal é o caso de Portugal, que das vinte e nove convenções multilaterais vinculativas apenas ratificou onze [...] ”⁶⁷.

2.2. A proteção do direito ao respeito pela vida familiar na CEDH

Neste ponto pretendo destacar a importância da CEDH, nomeadamente o artigo 8.º da CEDH que garante o respeito pela vida privada e familiar e a sua aplicação no ordenamento jurídico português.

O artigo 8.º dessa Convenção consagra o direito ao respeito pela vida privada e familiar, impedindo a ingerência da autoridade pública no exercício desse direito. Tem sido sobretudo mérito do TEDH operacionalizar a concessão de tutela jurídica às novas formas de vida familiar. Este Tribunal tem revelado uma particular atenção às mudanças dos padrões socioculturais relativas à vida familiar, através duma interpretação dinâmica e evolutiva desta disposição da CEDH. Por outro lado, o TEDH tem reduzido a fronteira que separa os conceitos de vida privada e de vida familiar, o que vem permitindo um alargamento do campo de aplicação do artigo 8.º e, assim, do âmbito de tutela do direito em causa. Se é certo que os redatores do artigo 8.º da Convenção tiveram especialmente em conta a tutela da vida familiar do casal unido pelo matrimónio e dos filhos, já o labor interpretativo tem dilatado as fronteiras de proteção dessa dispositivo, para proteger, por exemplo, a vida familiar de um transexual sua companheira e um filho nascido por inseminação artificial, tal como se verifica no Acórdão X e Z Reino Unido de 22 de abril de 1997⁶⁸. Paulatinamente, foi-se consolidando o critério da efetividade dos laços interpessoais para aferir a existência de vida familiar. Com efeito:

⁶⁷ COSTA, Marta - *Op. Cit.* 2011. 691.

⁶⁸ Acórdão disponível em: <http://www.gdc.pt/direitos-humanos/sist-europeu-dh/TEDH-sumarios-2002.pdf> (consultado em: 17.09.2013).

“ [...] a jurisprudência do TEDH reconhece existir vida familiar nas relações familiares *de jure* nas relações familiares *de facto*, comprovadas pelos critérios da efetividade das relações interpessoais ou da aparência de uma família.”⁶⁹.

Como aconteceu com os demais instrumentos convencionais internacionais, a CEDH vigora na ordem interna portuguesa, nos termos do artigo 8.º, n.º 2 da CRP, que contém uma cláusula geral de receção automática plena. Assim, as normas da CEDH são diretamente aplicáveis e dotadas de efeito direto, traduzindo-se este na emergência direta de efeitos e obrigações para os particulares e na suscetibilidade de estes as invocarem perante as autoridades públicas para a tutela dos seus interesses.

Ao nível da tutela dos direitos dos homossexuais, é preciso ter em conta a queixa apresentada contra Portugal por desrespeito da vida familiar no caso Silva Mota (Acórdão Salgueiro da Silva Mota de 21 de dezembro de 1999)⁷⁰. Este caso mostra a mobilização judicial em torno do reconhecimento do direito à homoparentalidade que se havia iniciado nos Tribunais portugueses em 1991, tendo sido encaminhado para o TEDH em 1996. Trata-se de um caso paradigmático, ao configurar uma situação de discriminação por orientação sexual, ocorrendo uma posição contraditória dos Tribunais portugueses perante o direito de um pai homossexual exercer a parentalidade. Além disso, este caso patenteia a maneira como a mobilização judicial transnacional junto do TEDH, pode dar um importante contributo para a reconstrução dos direitos humanos e sexuais. Em 1999, o Estado português foi condenado pelo TEDH por discriminação em função da orientação sexual, uma vez que o TEDH entendeu existir violação do artigo 8.º da CEDH e do artigo 14.º da mesma Convenção, vindo a determinar uma indemnização por danos morais. Este caso produziu jurisprudência e foi inclusive um marco importante na justiça europeia, revestindo-se ainda de forte relevância ao nível dos argumentos em favor da homoparentalidade.

Na justiça portuguesa, a decisão do Tribunal de 1.ª Instância relativa a este caso revelou-se inovadora face aos discursos dominantes, porém, por via de recurso da mãe da menor, o Tribunal da Relação de Lisboa veio atribuir a guarda da menor à mãe. Do acórdão deste Tribunal constata-se que a decisão se baseou no facto de o pai ser homossexual e viver com outro homem, sendo o interesse da criança definido segundo uma interpretação subjetiva sobre os valores dominantes da sociedade e não o melhor para a criança. Aliás, os juízes do Tribunal da Relação vincularam a defesa dos interesses da menor à ponderação da

⁶⁹ALMEIDA, Susana - **O respeito pela vida (privada e) familiar na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: a tutela das novas formas de família**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. 80.

⁷⁰ Acórdão disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/portugal-dh/acordaos/salgueirodasilva.pdf> (consultado em: 17.09.2013).

homossexualidade do pai como fator negativo decisivo para a decisão sobre a atribuição do poder paternal. Lendo-se no Acórdão (processo n.º 441/94) que:

“ [...] a menor deve viver no seio de uma família tradicional portuguesa, e esta não é, certamente, aquela que o seu pai decidiu constituir, uma vez que vive com outro homem como se de marido e mulher se trata-se. [...] estamos perante uma anormalidade e uma criança não deve crescer à sombras de situações anormais.”.

O que este trecho do Acórdão revela é uma falta de revisão do direito da família ao nível jurídico e judiciário e um claro desfasamento em relação a situações reais, ou seja, entre as normas jurídicas e as práticas sociais, não se mostrando assim o direito permeável ao desafio da problemática da homoparentalidade. Neste contexto, Silva Mota teve a iniciativa de enviar o seu caso ao TEDH. Este considerou a anulação da decisão do Tribunal de 1.ª Instância, pelo Tribunal da Relação como uma ingerência no direito ao respeito pela vida familiar contrária ao artigo 8.º da CEDH e ainda violadora do artigo 14.º da CEDH, que proíbe discriminação em função da orientação sexual, salvo justificação objetiva e razoável. Entendeu o TEDH que ocorreu uma diferença de tratamento operada pelo Tribunal da Relação entre Silva Mota e a sua ex-mulher, a qual não se fundou numa justificação objetiva e razoável. Deste modo, a decisão do TEDH veio ao encontro das mudanças no plano jurídico face à homossexualidade e segundo Borrillo⁷¹ “ [...] passou-se da penalização da homossexualidade à penalização da discriminação dos/as homossexuais.”. Com efeito, a decisão do TEDH deu um importante contributo em favor da consolidação da proibição de discriminação em função da orientação sexual, representando ainda um avanço importante no enquadramento dos direitos das minorias sexuais como direitos humanos.

Destaco ainda o Acórdão KEEGAN c. Irlanda, de 26 de maio de 1994⁷², no qual o TEDH sublinhou que a noção de família contemplada no artigo 8.º da CEDH não se restringe às relações baseadas no casamento, podendo integrar outros vínculos familiares de facto, o que vem ao encontro da ideia segundo a qual o TEDH tem conciliado o critério de efetividade de laços interpessoais com o critério de aparência de família.

Ainda no âmbito do labor da interpretação evolutiva, o TEDH enveredou por uma noção alargada de família, outorgando a tutela do artigo 8.º da CEDH aos vínculos familiares gerados fora do casamento, vindo assim ao encontro das mudanças sociais e afastando-se, progressivamente, da distinção entre família legítima e família ilegítima, não só no que

⁷¹ BORRILLO, Daniel - O individuo homossexual, o casal de mesmo sexo e as famílias homoparentais: análise da realidade jurídica francesa no contexto internacional. **Revista da faculdade de direito de Campos, XI (7)**, 2005. 68.

⁷² Acórdão disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/sist-europeu-dh/TEDH-sumarios-2002.pdf> (consultado em: 17.09.2013).

respeita à igual proteção concedida a filhos nascidos fora e dentro do casamento, como ainda no tratamento entre casais *de facto* e casais *de jure*. Neste último aspeto, o mesmo Tribunal tem dado passos significativos rumo ao reconhecimento de que os casais unidos pelo matrimónio e os casais em união de facto estão numa posição análoga, motivo pelo qual a diferença de tratamento terá de fundar-se numa justificação objetiva e razoável para não incorrer em discriminação, contrariando assim, o artigo 14.º da Convenção. Não obstante, trata-se de um domínio onde prevalece uma margem de apreciação dos Estados contratantes que poderão apontar a garantia da família tradicional como uma finalidade legítima.

Ainda assim, apesar da evolução da posição dos órgãos de Estrasburgo

“ [...] tem consentido o tratamento diferenciado dos membros da união de facto sob a divisa da proteção do casamento e da família tradicional, procedendo, deste modo, a uma explícita hierarquização dos modelos de vida conjugal, com a atribuição de um estatuto privilegiado.”⁷³.

De forma sucinta, uma vez que esta matéria será desenvolvida com maior profundidade mais adiante nesta pesquisa, refiro a questão do transexualismo, salientando que a situação de vulnerabilidade dos transexuais foi conduzida até Estrasburgo ao longo de vários anos, sem que o TEDH concordasse em realizar a interpretação evolutiva da Convenção, de modo a ampliar o alcance do artigo 8.º da CEDH, em defesa do respeito pela vida privada e, neste caso, a obrigação positiva de reconhecimento jurídico, pelas várias legislações nacionais, da adequação sexual empreendida pelos transexuais. Entre as queixas para a defesa do reconhecimento jurídico da nova identidade sexual do transexual, salientam-se as apresentadas contra os Estados demandados pela violação do direito de casar e de constituir família tal como estipulado no artigo 12.º da CEDH. Só em 2002, o princípio da imutabilidade do sexo veio a ser recusado pelo TEDH, designadamente nos Acórdãos *Christine Goodwin* e *I. c. Reino Unido*, 11 de Julho de 2002, fixando-se a obrigação positiva para os Estados contratantes de reconhecimento jurídico da nova identidade sexual dos transexuais sujeito a cirurgia de conversão sexual, fazendo sair de cena o referencial criteriológico do sexo biológico para definir o casamento. Assinalo e valorizo esta interpretação verdadeiramente construtiva da Convenção levada a cabo pelo TEDH, mostrando uma grande abertura para acolher as mudanças sociais e convocando o direito para a adoção de medidas jurídicas ajustadas e compagináveis não só com os desenvolvimentos das sociedades como ainda com os avanços científicos no que respeita ao transexualismo. Dos Acórdão acima referidos, destaco as seguintes considerações:

⁷³ ALMEIDA, Susana - *Op. Cit.*, 2008. 211., que considera o casamento “enquanto pilar da família ela mesma pilar de todas as sociedade”.

“ [...] discordância entre a posição assumida na sociedade por um transsexual operado e o estatuto imposto pela Lei que recusa o reconhecimento da mudança de sexo, podendo levar o transsexual a experimentar sentimentos de vulnerabilidade, humilhação e ansiedade. Consubstanciando-se numa séria interferência na vida privada do transsexual. [além disso, o TEDH vinha reconhecer] uma tendência internacional continua não apenas no sentido de uma crescente aceitação social dos transsexuais, mas igualmente no sentido do reconhecimento jurídico da nova identidade sexual dos transsexuais operados. [...] no século XXI não pode ser considerada uma questão controversa a faculdade dos transsexuais gozarem plenamente, nos mesmo termos dos seus concidadãos, do direito ao desenvolvimento pessoal e à integridade física e moral. [...] a situação insatisfatória dos transsexuais operados, que vivem em dois mundo, dado que não pertencem verdadeiramente a um sexo, nem a outro, não pode mais ser sustentada.”⁷⁴.

O direito ao casamento e união de facto homossexuais foi objeto de sumária pronuncia pela Comissão na Decisão de 9 de outubro de 1989 (queixa n.º 14753/89 de C. e L. M. c. Reino Unido) tendo esta considerado que o artigo 12.º da CEDH somente integrava o direito ao casamento tradicional entre duas pessoas de sexo diferente, indeferindo a queixa apresentada. Defendo que da letra do artigo 12.º da CEDH não se conclui a exigência que um homem e uma mulher de idade núbil se casem, o que dá grande margem de flexibilidade a esse dispositivo para facultar a sua interpretação dinâmica e salvaguardar o direito ao casamento homossexual.

⁷⁴ Acórdãos Christine Goodwin e I. c. Reino Unido, 11 de Julho de 2002. *Apud* ALMEIDA, Susana - *Op. Cit.*, 2008. 236-237.

CAPITULO 3: MUDANÇAS SOCIAIS COM MUDANÇAS JURÍDICAS NO DOMÍNIO DO DIREITO DA FAMÍLIA

1. Direito convivencial: a regulação da união de facto

Uma união de facto é, como ensina Jorge Duarte Pinheiro:

“ [...] reconduzível a uma coabitação, na tripla vertente de comunhão de leito, mesa e habitação.”⁷⁵.

Neste tópico, é meu objetivo principal enfatizar, em torno desta figura de convivência, que o direito se mostrou permeável, aberto, ao acolhimento das dinâmicas da própria sociedade, uma vez que a união de facto, paulatinamente, passou a constituir-se como uma opção de vida de muitos casais, em desfavor da escolha pelo casamento. Daí que o direito, enraizado nas forças vivas da realidade social, não tenha deixado de intervir, o que atesta bem a preocupação social do mundo jurídico face à figura da união de facto.

Alterado pelo Decreto-Lei 496/77, o Código Civil, introduziu o artigo 2020.º, que veio reconhecer, apesar dos requisitos atinentes à verificação e às dificuldades inerentes à prova, a atribuição da prestação de alimentos às pessoas vivendo em condições análogas às dos cônjuges por um lapso de tempo não inferior a 2 anos.

Posteriormente, ocorreram determinações nas matérias do arrendamento, da Segurança Social e coube à Lei n.º 135/99, de 28 de agosto, concatenar os vários efeitos atribuídos à união de facto, além de exigir novos requisitos para que ela possa verificar-se. Tais elementos encontram-se plasmados na Lei n.º 7/2001, de 11 de maio.

Para uma melhor clarificação da figura em apreço, importa, sucintamente, distinguir a união de facto do casamento, quer ao nível da constituição, quer dos efeitos e da extinção. Tal como geralmente descrita pela maioria da doutrina, a união de facto constitui-se desde que os sujeitos vivam em coabitação, excluindo-se a necessidade de quaisquer formalismos solenes ou especiais. Para João Parracho Coelho, a união de facto:

“Carece de uma exteriorização formal do acto da sua constituição, resultando na maioria das vezes de um movimento volitivo (expresso ou não) dos seus membros conducente a um processo de iniciação.”⁷⁶.

⁷⁵ PINHEIRO, Jorge Duarte - **O direito da família contemporâneo**. 2.ª Ed. Lisboa: AAFDL, 2009. 674.

⁷⁶ COELHO, João Parracho Tavares - A família: perspectiva evolutiva do conceito tradicional. **Revista do sindicato dos magistrados do Ministério Público**. N.º 54, 3.º trimestre, 1993. 116. No Brasil denomina-se “união estável”, a qual possui uma natureza de entidade familiar e por isso se distingue, claramente, da expressão “sociedade de fato”: “Esta deixa o campo do direito das famílias para ingressar nas esferas do direito das obrigações mais especificamente na área do direito societário.” DIAS, Maria Berenice - **Manual de Direito das Famílias**. 9.ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. 179. Quanto às características, seguindo a mesma autora, da união estável, são: convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de

Segundo Telma Carvalho, apesar da inexistência, na união de facto, de uma vontade expressa e solenizada, ocorre, indiscutivelmente, um acordo de vontades entre os membros conviventes, mesmo que na maioria das vezes se reporte a uma declaração tácita:

“ [...] o acordo que resulta das declarações de vontade pode ser qualificado como um *contrato* [...] Ao considerarmos a união de facto como um contrato, estaríamos perante uma aproximação à natureza jurídica do casamento, embora, mesmo no casamento a contratualidade não seja um entendimento pacífico na doutrina.”⁷⁷.

Uma posição diversa da anterior é defendida por Castro Mendes e Teixeira de Sousa, que consideram que a união de facto não é equiparável ao casamento enquanto contrato. Afirmam estes autores:

“Nada obsta à qualificação da união de facto como uma relação contratual de facto, ou [...] conjunto de relações contratuais de facto [...] embora naturalmente a sua eficácia nunca possa ser equiparada à do contrato de casamento.”⁷⁸.

Acrescento que a lei não prevê, em rigor, direitos e deveres que vinculem reciprocamente os membros da união em causa⁷⁹, assim como não estipula regras específicas ao nível da administração e disposição de bens ou de dívidas. No que respeita à ligação entre os companheiros, ela dissolve-se pela simples vontade de uma das partes, não carecendo de intervenção estatal ou de um especial formalismo. Outra distinção a operar é entre a união de facto e o concubinato duradouro, referenciado no artigo 1871.º, n.º 1 alínea c) do Código Civil, sendo a principal diferença a seguinte:

constituição de família: “preocupa-se em identificar a relação pela presença de elementos de ordem objetiva, ainda que o essencial seja a existência de vínculo de afetividade, ou seja, o desejo de constituir família”. *Ibidem*, 180.

⁷⁷ CARVALHO, Telma - A união de facto: a sua eficácia jurídica. **COMEMORAÇÕES DOS 35 ANOS DO CÓDIGO CIVIL E DOS 25 ANOS DA REFORMA DE 1977**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. 221-255.

⁷⁸ MENDES, Castro e SOUSA, Miguel Teixeira de - **Direito da família**. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990/1991. 14.

⁷⁹ Cf. PINHEIRO, Jorge Duarte - **O direito da família contemporâneo**. 2ª Ed. Lisboa: AAFDL, 2009. 674. Pamplona Corte-Real tem uma diversa interpretação relativamente à inexistência de deveres para os membros da união de facto, considerando que: “A Lei 7/2001 transporta para a união de facto, homo e heterossexual os impedimentos dirimentes conjugais (art. 2.º), exige, com singular rigor ante uma situação que “tem” por ajurídica, dois anos perdurabilidade de comunhão vivencial; impõe, aliás, a exclusividade da união de facto, já que para relevar ela não poderá coexistir com outra; e sendo embora omissa no que concerne à enunciação de quaisquer efeitos ou deveres pessoais, afirmando mesmo a dissolubilidade da união de facto “por vontade de um dos membros”, tal “vazio legislativo” está longe de inculcar a ausência de deveres similares aos dos cônjuges e constante do art. 1672.º [Código Civil], entre unidos de facto- como indubitavelmente terá de decorrer do teor do art. 3.º e dos benefícios que a Lei 7/2001 nele confere, que implicam v.g., deveres de cooperação e cohabitação (v.d., também, os arts. 4.º e 5.º, conexos com a tutela da casa de morada, que pode, inclusive, no caso de ruptura, ser atribuído ao unido de facto não proprietário- cfr., n.º 4 do art. 4.º”. CORTE-REAL, Pamplona Carlos. Disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/PamplonaCR.pdf (consultado em: 20.09.2013).

“Na união de facto há comunhão de leito, mesa e habitação; no concubinato duradouro, não há comunhão de mesa e habitação, verificando-se apenas um relacionamento sexual estável.”⁸⁰.

A união de facto também não se confunde com a convivência em economia comum, dado que, nos termos do artigo 2.º da Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, economia comum surge definida do seguinte modo, avultando nessa definição a falta na convivência em economia comum do elemento da comunhão sexual:

“1- Entende-se por economia comum a situação de pessoas que vivem em comunhão de mesa e habitação há mais de dois anos e tenham estabelecido uma vivência em comum de entajuda ou partilha de recurso.

2- O disposto na presente lei é aplicável a agregados, constituídos por duas ou mais pessoas, desde que pelo menos uma delas seja maior de idade.”.

Antes da reforma do Código Civil (Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de novembro), a definição de união de facto encontrava-se impregnada de preocupações associadas ao estabelecimento da filiação. Após a reforma, os elementos da união de facto eram aqueles que decorriam do artigo 2020.º do Código Civil⁸¹.

No que respeita aos requisitos da união de facto protegida, terão de estar preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos: duração superior a 2 anos (n.º 1 da LUF); inexistência dos impedimentos estipulados no artigo 2.º da LUF. Neste artigo, o acervo de circunstâncias que impedem a aplicação dos efeitos típicos da união de facto protegida são: a idade inferior a 16 anos; demência notória e interdição ou inabilitação por anomalia psíquica; casamento anterior não dissolvido a não ser que tenha sido decretada separação de pessoas e bens; parentesco na linha recta ou no 2.º grau da linha colateral; condenação anterior de um dos membros como autor ou cúmplice por homicídio doloso consumado ou tentado, contra o cônjuge do outro. A este propósito, considera Jorge Duarte Pinheiro:

“Os impedimentos à relevância da protecção jurídica correspondem aos impedimentos dirimentes ao casamento, com uma alteração quanto ao impedimento da bigamia (art. 1601.º alínea c)) uma vez que é atribuída protecção à união de facto composta por uma pessoa casada quando ela esteja separada de pessoas e bens (art. 2.º alínea c) da LUF).”⁸².

Nos termos do artigo 8.º LUF, uma união de facto dissolve-se pela morte de um dos membros, por vontade de um dos companheiros ou com o casamento de um deles.

⁸⁰ PINHEIRO, Jorge Duarte - **O direito da família contemporâneo**. 2.ª Ed. Lisboa: AAFDL, 2009. 675.

⁸¹ PITÃO, França - **União de facto no direito português (a propósito da Lei n.º 135/99, de 28/08)**. Coimbra: Almedina, 2000. 25.

⁸² PINHEIRO, Jorge Duarte - **O direito da família contemporâneo**. 2.ª Ed. Lisboa: AAFDL, 2009. 677.

Já quanto à prova dos requisitos, quem deseje beneficiar do regime da união de facto protegida terá de fazer prova de que vive ou viveu nessa modalidade convivencial há mais de dois anos, fazendo-se a prova nos termos gerais.

Relativamente aos efeitos genéricos da união de facto, destaco a suscetibilidade de benefício das medidas protetoras da convivência em economia comum (nos termos do artigo 1.º n.º 3 da LEC). Segundo Jorge Duarte Pinheiro:

“ [...] o regime da união de facto protegida é mais favorável do que o da convivência em economia comum, mas pode haver um interesse atendível na invocação da protecção própria do último instituto. [...] lembre-se que a valorização social do relacionamento homossexual não é idêntica à do relacionamento heterossexual e que a tolerância em matéria de orientação sexual é algo de relativamente recente. É natural que os membros de casais homossexuais mais antigos prefiram manter o máximo de discrição, seja por receio de reacções de terceiros seja por força do hábito.”⁸³.

O artigo 7.º da LUF reconhece às pessoas de sexo diferente que vivam em união de facto protegida de adoção conjunta em circunstâncias análogas às vertidas no artigo 1979.º do Código Civil. Também as técnicas de PMA podem ser usadas em favor dos membros da união de facto protegida de sexo diferente.

Um aspeto muito controverso na doutrina e na jurisprudência diz respeito à qualificação da união de facto como relação familiar, baseando-se os autores que não a consideram como tal sobretudo no artigo 1576.º do Código Civil que enumera as fontes das relações familiares. Entre os autores que rejeitam a qualificação da união de facto como relação familiar, destaco França Pitão, que considera que a união de facto se realiza fora do quadro legal onde assenta o casamento, apoiando-se em alguma da jurisprudência portuguesa, designadamente no Acórdão da Relação de Lisboa de 19.12.85⁸⁴, no qual se lê:

“O texto constitucional não pode ser interpretado de forma a tornar extensível à união de facto o regime jurídico do direito de família, nem às situações daquele tipo podem ser analogicamente aplicadas as regras estabelecidas pela lei para o casamento.”.

França Pitão estriba ainda a sua posição no Acórdão da Relação de Lisboa de 17.03.92⁸⁵ de que cito o seguinte trecho:

“As uniões de facto têm a protecção da lei apenas nos casos específicos nela mencionados e com a amplitude aí definida, não sendo possível, pois, operar qualquer equiparação com a relação familiar matrimonial nos seus efeitos sociais, pessoais, familiares e patrimoniais.”.

⁸³ PINHEIRO, Jorge Duarte - **O direito da família contemporâneo**. 2.ª Ed. Lisboa: AAFDL, 2009. 681.

⁸⁴ Cf. **Coletânea de jurisprudência** (1985), Tomo 5, 115.

⁸⁵ Cf. **Boletim do Ministério da Justiça**, 415.º, 717.º.

Também o Professor Antunes Varela nega a qualidade de constituição de família às uniões de facto, argumentando que:

“A união concubinária, distinguindo-se da união matrimonial precisamente por essa falta de tecido injuntivo, não constitui portanto uma forma de organização familiar.”⁸⁶.

Na mesma linha, embora se afigure como uma posição mais mitigada, Pereira Coelho⁸⁷ sustenta que, uma vez avaliados os efeitos atribuídos à união de facto, esta modalidade de convivência, de comunhão de vida, desfruta de dignidade para que lhe seja reconhecida a qualificação de relação familiar, conquanto ela se restrinja aos efeitos reconhecidos por lei. Afirma Pereira Coelho:

“Tendo em conta os efeitos reconhecidos à união de facto [...] não excluo que a união de facto seja qualificada como relação de família para determinados efeitos.”⁸⁸.

Todavia, na doutrina também se defende a posição que reconhece a união de facto como fonte de relações familiares, colocando-se a questão, justamente, pela consideração de taxatividade do artigo 1576.º do Código Civil, no que diz respeito às relações jurídico-familiares. Diferentemente da ordem prevista nesse artigo do Código Civil o artigo 36.º n.º 1 da CRP estipula que “Todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade”, intuindo-se neste preceito constitucional uma clara distinção entre constituir família e o direito a casar, a qual é sublinhada por Gomes Canotilho e Vital Moreira, nos termos seguintes:

“O conceito constitucional de família não abrange, portanto, apenas a “família matrimonializada”, havendo assim uma abertura constitucional- se não mesmo uma obrigação- para conferir o devido relevo jurídico às uniões de facto. Constitucionalmente, o casal nascido da união de facto juridicamente protegida *também é família* e, ainda que os seus membros não tenham os estatuto de cônjuges seguramente que não há distinções quanto às relações de filiação daí decorrentes.”⁸⁹.

Não obstante, estes dois autores consideram que as uniões de facto homossexuais não são relações de família, distinguindo o direito à autodeterminação e liberdade sexual, da proteção constitucional à constituição de família.

Diversamente tanto à posição de Pereira Coelho, como à de Gomes Canotilho e Vital Moreira, Almeida Lopes, segundo a interpretação que faz do artigo 36.º, n.º 1 da CRP,

⁸⁶ VARELA, Antunes - **Direito da Família**, vol. I. Lisboa: Petrony, 1999. 31.

⁸⁷ COELHO, Pereira - Casamento e família no direito português. **Temas de direito da família**. Coimbra: Almedina, 1996. 9.

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ CANOTILHO, Gomes e MOREIRA, Vital - **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Vol. I. 4.ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. 561.

considera que o conceito de família não pode ser encarado como um conceito aberto e submetido às regulações do legislador ordinário, sob pena de tal conceito se encontrar “ [...] sempre pronto a albergar qualquer realidade que a lei ordinária lá queira meter.”⁹⁰.

Uma vez apresentadas algumas das principais divergências doutrinárias, considero que a tipificação das relações que a lei tem por familiares em nada tem contribuído para o ajustamento do direito à dinâmica jurídico-evolutiva da família, antes levando a uma leitura historicista como a que revelam autores como Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira e Duarte Pinheiro, ao considerarem que a união de facto não constitui uma forma de família. Neste sentido, concordo com Pamplona Corte-Real para quem:

“ [...] não deveria falar-se numa taxatividade do artigo 1576.º [do Código Civil] mas de uma mera tipologia delimitativa, permissiva da chamada analogia *juris* na detecção de outros vínculos familiares.”⁹¹.

Por conseguinte, concordo com a seguinte posição de Telma Carvalho:

“ [...] a união de facto não pode deixar de ser reconhecida como uma relação jurídico familiar, face à actual redacção do artigo 36.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa e face aos efeitos que são e vão sendo reconhecidos à própria união de facto.”⁹².

A Lei n.º 7/2001, de 11 de maio (LUF), que revogou a Lei n.º 135/199, de 28 de agosto, veio consagrar a união de facto homossexual paralelamente à união de facto heterossexual, reconhecendo-lhe importantes efeitos jurídicos. Ainda assim, considero pertinente a seguinte reflexão de Pamplona Corte-Real:

“ [...] o nosso sistema jurídico, ultrapassando qualquer constrangimento face a um relacionamento pleno de cariz homossexual, reconhece-lhe praticamente os mesmo efeitos que atribui à união de facto heterossexual, ainda que subsistam alguns aspectos discriminatórios. O legislador mais longe não terá talvez ido por cedência ao atávico preconceito homofóbico que socialmente vai sobrevivendo... cada vez menos! Ou seja, o direito reconhece a realidade jurídica da comunhão plena de vida, afectiva, sexual e patrimonial, mantida por dois homossexuais como relação jurídica familiar, e

⁹⁰ LOPES, José Joaquim Almeida - A união de facto no direito português. **Separata da Revista Española de Derecho Canónico**. Vol. 50, n.º 134, Salamanca, 1993. 246.

⁹¹ CORTE-REAL, Carlos Pamplona - O conceito de família e as famílias no direito português. **Famílias no plural: alargar o conceito, largar o preconceito- atas da conferência**. Lisboa: ILGA Portugal, 2013. 156.

⁹² CARVALHO, Telma - A união de facto: a sua eficácia jurídica. **COMEMORAÇÕES DOS 35 ANOS DO CÓDIGO CIVIL E DOS 25 ANOS DA REFORMA DE 1977**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. 226. Acrescenta a autora que: “esta qualificação não se deve apenas a uma clara e evidente evolução social apreendida pelo direito, mas também à própria função teleológica da união de facto de comunhão plena de vida de mesa, de leito e habitação, permitindo, tal como no casamento a realização pessoal de cada sujeito familiar. A união de facto afasta-se assim das qualificadas relações furtivas e passageiras, que não se coadunam como uma qualificação de relação familiar. A união de facto encontra-se na esfera de protecção constitucional prevista no artigo 67.º da Constituição da República Portuguesa que prevê a protecção à família.” , *Ibidem*.

homogeneiza-a com a dos que, podendo casar, o não fazem (não obstante a diferença de planos em causa).”⁹³.

Considero que é relevante neste âmbito, refletir acerca do que Canaris denomina como “proibição de insuficiência”⁹⁴, ou seja, a impossibilidade de não assegurar um determinado mínimo de proteção, havendo que questionar se a LUF outorga aos cidadãos homossexuais esse mínimo de proteção. Basta que contrastemos os direitos conferidos pelo casamento em relação aos conferidos pela união de facto para testemunharmos que o nível de proteção insito nessa modalidade convivencial é, flagrantemente, mais reduzido, como indiciam os seguintes elementos: a inexistência da comunhão de bens; o impedimento de prestação de assistência na doença; a existência apenas de sucessão testamentária (e não de sucessão hereditária tal como acontece no casamento); a impossibilidade de aquisição comum de préstimos; a impossibilidade para requerer a incapacidade ou ausência do companheiro; a inexistência de suceder no contrato de arrendamento.

Face a estas diferenças⁹⁵, não posso deixar de concordar com Isabel Baptista:

“Como se constata da comparação, [...] os direitos das relações estabelecidas entre casais homossexuais não gozam de igual tutela à conferida aos casais heterossexuais, pois o regime da união de facto continua a ser diferente do casamento em aspectos fundamentais.”⁹⁶.

Insurgindo-se contra a diferenciação que venho apontando, Pamplona Corte-Real e José Silva Pereira advogam que carece de sentido a consagração legal, em paralelo, com regimes diversos, de dois institutos (casamento e união de facto), considerando-os similares no seu significado intersubjetivo e social. Consideram assim os autores:

⁹³ CORTE-REAL, Pamplona Carlos. Disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/PamplonaCR.pdf (consultado em: 24.09.2013), 9.

⁹⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm - **Direitos fundamentais e Direito privado**. Coimbra: Almedina, 2006. 60.

⁹⁵ Essa mesma diferenciação tem, segundo a perspectiva seguinte dominado o direito da União Europeia até recentemente: “ [...] os órgãos de Estrasburgo têm consentido o tratamento diferenciado dos membros da união de facto sob a divisa da proteção do casamento e da família tradicional, procedendo, desse modo, a uma explícita hierarquização dos modelos de vida conjugal, com a atribuição de um estatuto privilegiado ao casamento “enquanto pilar da família, ela mesma pilar de todas as sociedades.”” ALMEIDA, Susana - **O respeito pela vida (privada e) familiar na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: a tutela das novas formas de família**. Coimbra: Almedina, 2008. 211. Essa mesma constatação, já havia sido destacada por França Pitão: “Daqui resulta que, no estado actual do direito no seio da Comunidade as relações estáveis entre as pessoas do mesmo sexo não são equiparadas a relações entre pessoas casadas nem a relações estáveis entre pessoas de sexo diferente não casadas entre si.” PITÃO. França - **União de facto no direito português (a propósito da Lei n.º 135/99, de 28/08)**. Coimbra: Almedina, 2000. 220. Este mesmo autor avança alguns aspectos que deveriam ser acrescentados à LUF no sentido de uma tutela mais efectiva da união de facto homossexual: “ [...] entendemos que o legislador deveria estender pelo menos, o reconhecimento da união de facto homossexual quanto à protecção do que designamos por casa de morada do casal, bem como em matéria fiscal e de protecção social quer em vida, quer por morte de um dos seus membros, como equiparação nestas matérias ao que se encontra já regulamentado quanto às uniões heterossexuais.” *Ibidem*, 233.

⁹⁶ BAPTISTA, Isabel - **Casamento homossexual e o ordenamento jurídico-constitucional português**. Chamusca: Edições cosmos, 2010. 61.

“ [...] sustentável, perante a impossibilidade de reconhecer um sentido útil distinto às duas figuras, que se possa ler de uma forma analogicamente integradora sobre posição conceitual das mesmas.”⁹⁷.

Não obstante, a tutela dos casais homossexuais não ser análoga à conferida aos casais heterossexuais- como procurei explicitar supra- permanece, ainda assim, um núcleo de direitos que facultam proteção jurídica aos unidos de facto, independentemente das suas orientações sexuais, pelo que, nesta matéria, a mudança jurídica introduzida pela LUF se ajustou à dinâmica evolutiva da realidade social. Por conseguinte:

“A figura da união de facto não é um menos em relação ao casamento apenas por produzir efeitos jurídicos diferenciados.”⁹⁸.

Esse avanço, do ponto de vista legislativo, teve um marco importante na reforma do Código Civil 1977, dado ter sido a partir dessa altura que o casamento deixou de ser vislumbrado como a via exclusiva de constituir legitimamente uma família, passando a ser consideradas, para efeitos de constituição da família, outras comunhões de vida, sobretudo a união de facto.

Conquanto o casamento se afigure como a forma predominante de constituição de família no subsolo social e cultural português, a união de facto tem sido credora de uma importante evolução jurídica, aproximando-se essa juridicalização da união de facto em Portugal do que tem ocorrido na União Europeia, nomeadamente em países como a Holanda e a Dinamarca⁹⁹. No que respeita mais especificamente à união de facto homossexual, a legislação portuguesa harmoniza-se com as tendências das legislações mais modernas na adoção de normas que consubstanciam uma equiparação, destacando-se os casos da Dinamarca (desde 1986), da Noruega (desde 1992) e da Suécia (desde 1995)¹⁰⁰.

Por conseguinte, a união de facto não pode ser qualificada como um território não tutelado pelo direito, já que, como salienta Telma Carvalho:

“ [...] dificilmente uma forma de organização de convivência em comum pode escapar à regulação do Direito [...] A legislação portuguesa, nomeadamente o legislador português tem demonstrando que reconhece a união de facto como uma realidade

⁹⁷ CORTE-REAL, Carlos Pamplona & PEREIRA, José Silva - **Direito da família. Tópicos para uma reflexão crítica**. Lisboa: AAFDL, 2011. 152.

⁹⁸ BAPTISTA, Isabel - **Casamento homossexual e o ordenamento jurídico-constitucional português**. Chamusca: Edições cosmos, 2010. 61.

⁹⁹ CARVALHO, Telma - A união de facto: a sua eficácia jurídica. **CELEBRAÇÕES DOS 35 ANOS DO CÓDIGO CIVIL E DOS 25 ANOS DA REFORMA DE 1977**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. 153.

¹⁰⁰ PITÃO, França - **União de facto no direito português (a propósito da Lei n.º 135/99, de 28/08)**. Coimbra: Almedina, 2000. 218.

social que cada vez toma mais relevância no seio da organização societária e tendo sempre em conta que a célula da sociedade é a família.”¹⁰¹.

Em síntese, valorizo como muito importante a Lei da união de facto por constituir uma abertura do direito ao dinamismo intrínseco da realidade social e, sobremaneira, o enquadramento legal das uniões de facto homossexuais.

Por outro lado, defendo a existência de uma semelhança estrutural entre a convivência dos cônjuges e dos parceiros da união de facto, a qual não é significativamente posta em causa pela diferença formal constitutiva, pelo que subscrevo a seguinte posição de Pamplona Corte-Real e José Silva Pereira:

“E por mais que se queira ignorar ou fragilizar tal relação, não será nunca possível negar uma analogia indesejável no plano convivencial entre a situação dos companheiros e a dos cônjuges. É o mesmo afecto, são os mesmos valores de respeito e assistência, é a mesma modelação dia a dia de uma vida a dois.”¹⁰².

Acresce que, ao contrário do que defendem, entre outros, Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira¹⁰³, para além da proteção da união de facto entroncar no artigo 26.º, n.º 1 da CRP (“Direito ao desenvolvimento da personalidade”), à união de facto não devem deixar de ser reconhecidos efeitos similares aos que o legislador confere ao casamento. Por isso, considero não ser de acolher em toda a sua extensão a seguinte posição de Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira:

“Casamento e união de facto são situações materialmente diferentes: os casados assumem o compromisso de vida em comum; os membros da união de facto não assumem, não querem ou não podem assumir esse compromisso. O desfavor ou desprotecção da união de facto relativamente ao casamento é assim objectivamente

¹⁰¹ CARVALHO, Telma - A união de facto: a sua eficácia jurídica. **COMEMORAÇÕES DOS 35 ANOS DO CÓDIGO CIVIL E DOS 25 ANOS DA REFORMA DE 1977**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. 253-254. Esta autora condensa na seguinte súmula, o seu pensamento e as suas preocupações face aos avanços ainda necessários para uma legislação mais adequada em relação à união de facto: “Não consideramos a união de facto como uma figura totalmente equiparada ao casamento, por isso não defendemos a aplicação analógica do regime do casamento em bloco à união de facto. O que falta à união de facto é uma regulação própria dos vários aspectos lacunares que apresente nesse momento, por exemplo os próprios efeitos patrimoniais e o regime das dívidas têm uma relevância fundamental numa qualquer organização, muito mais tratando-se de uma relação familiar. [...] a união de facto tendencialmente aproxima-se do casamento, não se equiparando a ele, apresenta-se como a criação de uma alternativa ao casamento, no sentido de permitir uma organização jurídico familiar. Mas, para que esta opção de vida se torne clara é necessário que o legislador tome em consideração uma outra orientação de regulação, pois parece-nos que a regulação desta relação tem sido uma constante resposta à questões políticas e não uma verdadeira preocupação com esta nova relação familiar.” *Ibidem*, 254-255.

¹⁰² CORTE-REAL, Carlos Pamplona & PEREIRA, José Silva - **Direito da família. Tópicos para uma reflexão crítica**. Lisboa: AAFDL, 2011. 152.

¹⁰³ COELHO, Pereira & OLIVEIRA, Guilherme de - **Curso de direito da família**. Vol. I 4.ª Ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. 55 e ss.

fundado, justificando-se até onde seja um meio *proporcionado* de favorecer uniões estáveis, no interesse geral.”¹⁰⁴.

Igualmente discordo da posição destes dois autores por se manterem demasiado estribados na taxatividade do artigo 1576.º do Código Civil para concluírem: “ [...] que a união de facto não é uma relação de família para a generalidade dos efeitos.”¹⁰⁵.

Por último, discordo, pelos argumentos que aduzi ao longo deste tópico e também porque abre flanco a um tratamento discriminatório das uniões de facto homossexuais perante as heterossexuais, da posição desses dois autores ao defenderem que “ [...] a heterossexualidade continua a ser condição de eficácia da união de facto no direito português.”¹⁰⁶.

¹⁰⁴ COELHO, Pereira & OLIVEIRA, Guilherme de - **Curso de direito da família**. Vol. I 4.ª Ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. 57.

¹⁰⁵ *Ibidem*, 59.

¹⁰⁶ *Ibidem*, 66.

2. Os casamentos entre pessoas do mesmo sexo

2.1. Perspetiva constitucional e revisão das posições doutrinárias divergentes sobre a matéria

“A defesa do casamento entre pessoas do mesmo sexo é uma consequência lógica da dinâmica das práticas de parentesco nas sociedades ocidentais.”

Miguel Vale de Almeida. In: *A tempestade e o copo de água*.

Pretendo refletir neste tópico acerca da problemática jurídico-constitucional do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Eis, sem dúvida, um tema controverso, complexo, fraturante e extremamente desafiante, até porque é um tema impregnado de um forte pendor político e social, a exigir opções legislativas. Estas não podem, com efeito, alhear-se da dimensão social e da proteção àqueles que Rui Rangel denomina como “filhos de um deus menor”¹⁰⁷. O mesmo autor defende- e subscrevo esse ponto de vista- que: “O direito das minorias, seja em que contexto for, tem que ser reconhecido, não obstante os preconceitos religiosos, morais e ideológicos.”¹⁰⁸

Apesar de o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo já se encontrar plenamente consagrado no ordenamento jurídico português tal não deixa de constituir ensejo para procurar expor a controvérsia que lhe esteve- e está ainda- associada.

Desde logo, não posso deixar de invocar o facto de a Constituição Portuguesa proibir, de maneira explícita, a discriminação com base na orientação sexual. Esse aspeto não eliminou, contudo, durante tempo excessivo, a existência da discriminação na lei ordinária, a qual, só muito recentemente, veio permitir o casamento civil para casais homossexuais e, desse modo, veio, não apenas colmatar uma inconstitucionalidade superveniente que passou a emergir após a incorporação no artigo 13.º da CRP do princípio da proibição da discriminação em função da orientação sexual, como também veio ultrapassar a situação- abordada no tópico anterior- de um casal constituído por pessoas do mesmo sexo ter apenas acesso à união de facto. Ora, esta situação limitava muitos desses casais, designadamente, ao nível do registo das heranças, dos regimes de propriedade e também vários outros aspetos da vida quotidiana em que o estado civil se apresenta como crucial.

Daí que, a equiparação do casamento, tal como existe na atualidade em Portugal, é sobretudo uma questão de civilidade e de modernidade¹⁰⁹ da lei, no sentido de deixar de

¹⁰⁷ RANGEL, Rui - Prefácio a BAPTISTA, Isabel, **O casamento homossexual e o ordenamento jurídico-constitucional português**. Chamusca, Edições Cosmos, 2010. 8.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ “Eduardo Bittar [In: **O direito na pós modernidade**] afirma que o respeito à **dignidade humana** é o melhor legado da modernidade, que deve ser temperado para a realidade contextual em que se vive. Assim, se há de se

considerar o casamento como um privilégio de casais heterossexuais, como ocorria com o anterior artigo 1577.º do Código Civil que determinava “O casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendam constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código.”. Ademais, o artigo 1628.º alínea e) do Código Civil sancionava com o grau máximo da invalidades (a inexistência jurídica), o casamento contraído por pessoas do mesmo sexo.

Acrescento, como defendi anteriormente, que entendo como injustificado o tratamento diferenciado do casamento e da união de facto, já que, no essencial, o casamento é uma acordada convivencialidade plena entre duas pessoas, pelo que não se distingue substancialmente da união de facto, pois a “plena comunhão de vida” tanto ocorre no casamento como na união de facto.

Por outro lado, o casamento impõe-se como um direito fundamental (artigo 36.º, n.º 1 CRP) e que, até há pouco tempo, era negado a um certo número de pessoas em virtude das suas orientações sexuais. A questão é, afinal, de saber se o casamento constitui um instituto especificamente heterossexual. Respondo-lhe negativamente, apoiando-me, entre outras, na seguinte posição de Pamplona Corte-Real:

“O casamento não pode ou deve ser visto como um instituto especificamente heterossexual, mas sim como um instrumento do direito ao desenvolvimento coerente e inerente da personalidade de cada parceiro e no respeito pelo direito à reserva da intimidade vida privada (vd. art. 26.º da Constituição), necessariamente salvaguardadas num Estado de Direito Democrático (art. 2.º da Constituição), como garantes dos valores da dignidade pessoal (art. 26.º da Constituição) e da liberdade (art. 27.º).”¹¹⁰.

Ora, o regime até há pouco tempo consagrado na lei civil portuguesa, quando submetido ao escrutínio da sua constitucionalidade, não deixava de provocar dissensos,

postular por um sentido do mundo, por um sentido de direito, por uma perspectiva, em meio a tantas contradições, incertezas, inseguranças, distorções, e transformações pós-moderna, este sentido é dado pela noção de dignidade da pessoa humana. [...] Diante das garantias constitucionais que asseguram o Estado Democrático de Direito, é impositiva a inclusão de todos os cidadãos sob o manto da tutela jurídica. A constitucionalização da família implica assegurar proteção ao indivíduo em suas estruturas de convívio, independentemente da sua orientação sexual.” DIAS, Maria Berenice - **Manual de Direitos das Famílias**. 9.ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. 207.

¹¹⁰ CORTE-REAL, Pamplona - **Da índole pretensamente heterossexual do instituto do casamento**. Disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/PamplonaCR.pdf (consultado em: 20.09.2013). Pronunciando-se sobre a defesa da igualdade real dos titulares dos direitos fundamentais considera Jorge Reis Novais: “Na garantia dos direitos fundamentais (a sua dimensão objectiva) vem sempre implicada a necessidade de toda uma actuação positiva destinada, não apenas, à sua protecção e ao reconhecimento do seu efeito irradiante, mas também à criação das condições objectivas possibilitadoras de um exercício efectivo em condições de igualdade real entre os seus titulares, o que, no que ao Estado se refere, não apenas permite como até mesmo pode exigir o desenvolvimento da correspondente a acção politicamente transformadora.” NOVAIS, Jorge Reis - **Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. 50.

havendo quem defendesse que o casamento entre pessoas do mesmo sexo era uma exigência constitucional; outros, defendiam que esse casamento se encontrava constitucionalmente proibido e, ainda outros, consideravam que o casamento entre pessoas do mesmo sexo poderia ser reconhecido pelo legislador ordinário.

Numa análise sucinta destas três posições em confronto, para aqueles que defendem que o casamento entre pessoas do mesmo sexo é uma exigência constitucional, a sua não previsão configura uma clara violação do direito de contrair casamento (artigo 36.º, n.º 1 CRP); do princípio da proibição de discriminação em função da “orientação sexual”, nos termos do artigo 13.º, n.º 2 CRP, (essa categoria resultou da revisão constitucional de 2004); do direito ao desenvolvimento da personalidade (artigo 26.º, n.º 1 CRP); e ainda do direito à reserva da vida privada (artigo 26.º, n.º 1 CRP).¹¹¹

O cerne desta posição doutrinária radica na dimensão predominantemente simbólica do casamento, concebido este enquanto uma comunhão de afetos plena e enraizada num conjunto de deveres recíprocos e com o correspondente reconhecimento social e consequentes efeitos jurídicos. Neste sentido, defende Pedro Múrias: “O problema político e jurídico do casamento entre pessoas do mesmo sexo é o problema de um dado tipo de reconhecimento e de legitimação.”¹¹².

Igualmente esta posição- aquela que adoto- apoia-se na recusa da teoria da garantia institucional, assim como na defesa do carácter exclusivamente privado do casamento, do qual a procriação não é um elemento fundamental. A seu favor pode invocar-se que o artigo 1601.º do Código Civil não estabelece uma idade limite para o casamento, pelo que não obsta a este a infertilidade ou impotência de qualquer nubente. Além disso, admitem-se outras modalidades de constituição de famílias fora do casamento, seja no domínio das famílias monoparentais, por via da adoção ou ainda por intermédio da PMA.

Assim sendo, o corolário adstrito a esta posição é que a proibição do casamento entre pessoas do mesmo sexo não passa de uma clara atestação de uma perspetiva heteronormativa, a qual se encontra, desde há muito, sedimentada na sociedade portuguesa onde não deixa de proliferar o sentimento homofóbico.

¹¹¹ Neste sentido, destaco, entre outros, Pamplona Corte-Real/Isabel Moreira & Luís Duarte D’Almeida - **O casamento entre pessoas do mesmo sexo: Três pareceres sobre a inconstitucionalidade dos artigos 1577.º e 1628.º alínea e), do Código Civil**. Coimbra: Almedina, 2008; MÚRIAS, Pedro - Um símbolo como bem protegido. Sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo. **Um sim e um não sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo**. Lisboa: Entrelinhas, 2008.

¹¹² MÚRIAS, Pedro - Um símbolo como bem protegido. Sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo. **Um sim e um não sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo**. Lisboa: Entrelinhas, 2008. 11.

Para os defensores de que o casamento homossexual se encontra constitucionalmente vedado, apenas a união entre pessoas de sexo diferente é suscetível de representar uma “plena comunhão de vida”¹¹³. Segundo Jorge Miranda e Rui Medeiros¹¹⁴:

“Da própria garantia institucional do casamento resultam limites, como a proibição da poligamia ou do casamento entre pessoas do mesmo sexo [...] a Constituição não consagra um direito dos homossexuais a contraírem casamento. Pelo contrário [...] a Constituição impõe que sejam respeitados pelo legislador os princípios estruturantes do casamento na ordem jurídica portuguesa e, entre esses princípios dificilmente se pode deixar de encontrar a exigência da diferença de sexo entre os dois cônjuges.”¹¹⁵.

Para Jorge Miranda e Rui Medeiros, a modificação introduzida ao artigo 13.º CRP, pela VI revisão constitucional (2004), na parte final do n.º 2. (acrescentando ao conjunto de discriminações a “orientação sexual”), não teria acarretado qualquer mudança significativa. Esta visão motiva a crítica dirigida a esses autores por Pamplona Corte-Real:

“Jorge Miranda e Rui Medeiros acabam por sustentar, na falta de uma opção alternativa pelo casamento (só viável para unidos de facto homossexuais) *a aplicação de um estatuto “retirado” do casamento*, pois os destinatários do referido estatuto são *diferentes* e o casamento, tal como está definido por lei, permanece inalterado.”¹¹⁶.

¹¹³ Defendem esse entendimento, entre outros, os seguintes autores: COELHO, Pereira & OLIVEIRA, Guilherme de - **Curso de Direito da Família**. Vol. I. 4.º Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. 203-204; MIRANDA, Jorge & MEDEIROS, Rui - **Constituição Portuguesa Anotada**. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. 405-406; CID, Nuno de Salter - Direitos humanos e família: quando os homossexuais querem casar. In: **Separata da revista economia e sociologia**, n.º 66, Évora, 1998. 232-235; IDEM, - **A comunhão de vida à margem do casamento: entre o facto e o direito**. Coimbra: Almedina, 2005. 724; PITÃO, França - **Unões de facto e economia comum**. 2.ª Ed. Coimbra: Almedina, 2006. 68-70; ADRAGÃO, Paulo Pulido - Casamento: entre pessoas do mesmo sexo? Pressupostos fundamentais da questão. In: **Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento**. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. 527-533; MONTEIRO, Cristina Líbano - Casamento Homossexual?. In: **Cadernos de bioética**. Ano XVI, 39, dezembro, 2005. 417-423; XAVIER, Rita Lobo - **Ensinar direito da família**. Lisboa: Publicações Universidade Católica, 2008. 75.

¹¹⁴ MIRANDA, Jorge & MEDEIROS, Rui - **Constituição Portuguesa Anotada**. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. 396-405.

¹¹⁵ O constitucionalista Jorge Miranda reiterou em 16.03.2010, que o casamento entre pessoas do mesmo sexo está ferido de inconstitucionalidade, considerando o casamento homossexual como contrário à Constituição, defendendo que “ [...] não pode invocar-se a norma que foi acrescentada no artigo 13.º a respeito da orientação sexual como fator de discriminação, uma vez que não há fator de discriminação. Os homossexuais têm todos os direitos dos cidadãos portugueses, inclusive o direito de casar o que não podem é casar com pessoas do mesmo sexo. O artigo 13.º não envolve o direito de casar dos homossexuais. Estes poderão eventualmente constituir família e poderá haver um regime jurídico civil adequado a essa situação, como acontece na França o que não podem é contrair casamento”. O autor acrescentou que o casamento não tem de ter necessariamente por fim específico a procriação, mas enfatizou que “ [...] só através do casamento ou da união de facto entre heterossexuais é que há filiação e a Constituição no seu artigo 68.º, fala na paternidade e maternidade como valores fundamentais que a Constituição deve proteger [...] todo o sentido da Constituição e da Declaração Universal, sem falar sequer na tradição civilizacional, é no sentido de o casamento ser restrito a heterossexuais. O que não impede que possa haver um regime adequado de união civil entre homossexuais, mas não o casamento.” Os excertos citados surgiram no **Jornal de Notícias**, publicado em 2010- 03-16. Disponível em: http://www.jn.pt/paginaInicial/Nacional/Interior.aspx?content_id=1520635&page=-1 (consultado em: 08.10.2013).

¹¹⁶ CORTE-REAL, Pamplona - Da inconstitucionalidade do Código Civil- artigos 1577.º, 1628.º alínea e), e disposições conexas- ao vedar o acesso ao instituto da casamento a casais do mesmo sexo. **O casamento entre**

Por conseguinte, para os autores que defendem que o casamento entre pessoas do mesmo sexo está constitucionalmente proibido, eis uma síntese de Nuno de Salter Cid, que dá conta das suas objeções de fundo:

“A concessão do estatuto do casamento a uniões entre pessoas do mesmo sexo é[...] contrária ao princípio da igualdade, põe em causa na sua essência o próprio conceito de casamento; compromete a “garantia institucional” que ao casamento deve ser reconhecida e que veda a possibilidade de descaracterizar ou desfigurar o seu núcleo essencial.”¹¹⁷.

Para os autores que defendem que o casamento entre pessoas do mesmo sexo pode ser reconhecido pelo legislador ordinário, o casamento não se enquadra no âmbito de proteção consignado no artigo 36.º, n.º 1. CRP, embora não possa entender-se como sendo por ele excluído, visto que o legislador ordinário dispõe da faculdade de estender o regime do matrimónio a casais formados por pessoas do mesmo sexo. É essa a posição, no essencial, de Gomes Canotilho e Vital Moreira:

“A recepção constitucional do conceito histórico de casamento como união entre duas pessoas de sexo diferente radicado intersubjectivamente na comunidade como instituição não permite retirar da Constituição um reconhecimento directo e obrigatório dos casamentos entre pessoas do mesmo sexo (como querem alguns a partir da nova redacção do art. 13.º, n.º 2.), sem todavia proibir necessariamente o legislador de proceder ao seu reconhecimento ou à sua equiparação aos casamentos.”¹¹⁸.

peças do mesmo sexo. Três pareceres sobre a inconstitucionalidade dos artigos 1577.º e 1628.º, alínea e), do Código Civil. Coimbra: Almedina, 2008. 19.

¹¹⁷ CID, Nuno de Salter - **A comunhão de vida à margem do casamento: entre o facto e o direito.** Coimbra: Almedina, 2005. 724.

¹¹⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes & MOREIRA, Vital - **Constituição da Republica Portuguesa Anotada.** Vol. I. 14.ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. 568. No mesmo sentido: BRITO, Miguel Nogueira de - **Comentários a Pedro Múrias. Um sim e um não sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo.** Lisboa: Entrelinhas, 2008. 59. Criticando a posição de Gomes Canotilho e Vital Moreira, eis os argumentos expendidos por Pamplona Corte-Real: “Simplismo excessivo, talvez, que se reflecte na conclusão principal: a Constituição seria *neutra* no tocante à noção de casamento, pelo que caberia ao legislador ordinário recortar o instituto como bem entendesse!... Ser e não ser hetero- e/o homossexual o casamento seria indiferente para o legislador constituinte, que cometeria, pois, ao legislador ordinário- qual “cheque em branco”- a definição do mesmo, que é sabido ser tido como base da família, por sua vez “elemento fundamental da sociedade” (artigo 67.º CRP). Como se por se tratar precisamente de um instituto social estruturante, o acesso ao mesmo não fosse necessariamente *colidir* com os ditos princípios e direitos fundamentais que Gomes Canotilho e Vital Moreira mencionam. *Neutralidade constitucional a este nível seria, crê-se, invia...*”, CORTE-REAL, Pamplona - Da inconstitucionalidade do Código Civil- artigos 1577.º, 1628.º alínea e), e disposições conexas- ao vedar o acesso ao instituto da casamento a casais do mesmo sexo. **O casamento entre pessoas do mesmo sexo. Três pareceres sobre a inconstitucionalidade dos artigos 1577.º e 1628.º, alínea e), do Código Civil.** Coimbra: Almedina, 2008. 21.

Em sentido convergente ao defendido por estes autores, se pronunciou o Tribunal da Relação de Lisboa, na decisão tomada acerca do recurso apresentado no caso Teresa e Helena (15.02.2007).¹¹⁹

Esse mesmo entendimento foi sendo incrementado pelo Parlamento Europeu, cujas resoluções acerca desta matéria, propõem aos Estados-Membros o reconhecimento, de modo alternativo, do casamento entre pessoas do mesmo sexo ou então um estatuto equiparado.¹²⁰

Do artigo 1.º da CRP infere-se uma visão marcadamente personalista da Constituição da República Portuguesa, arrimada na dignidade da pessoa humana, assim como no respeito pelos direitos fundamentais (artigo 2.º CRP), na autodeterminação individual (artigo 26.º CRP) e ainda na igualdade no acesso ao casamento (artigo 36.º, n.º 1. CRP). Saliento ainda que o direito de contrair casamento se insere no âmbito do regime referente aos direitos, liberdades e garantias, pelo que, conforme artigo 18.º, n.º 1. CRP, beneficia de aplicabilidade direta,¹²¹ o que faz com que o direito de contrair casamento seja uma prerrogativa de concretização constitucional. Daqui não pode inferir-se, porém, ser despicienda a intervenção do legislador ordinário¹²². A questão que se impõe- até porque tem sido o núcleo comum dos argumentos dos autores que recusam, do ponto de vista constitucional, o acesso das uniões homossexuais ao casamento- é a de saber se a “plena comunhão de vida” exclui a possibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Respondendo favoravelmente a essa questão, argumenta Antunes Varela: “A comunhão de vida a que aponta o casamento só pode ser obtida por duas pessoas de sexo diferente, nunca através de uniões mórbidas de pessoas do mesmo sexo (homossexuais ou lésbicas) a que possam conduzir as taras ou aberrações sexuais. O casamento tem como conteúdo ou objeto imediato a plena comunhão de

¹¹⁹ Lê-se no Acórdão que: “E reitera-se, entre núcleo essencial figura a celebração do contrato de casamento por pessoas de sexo diferente [...] todavia o legislador constitucional, ao relegar para o legislador ordinário- não obstante a delimitação da noção de casamento ínsita na ordem jurídica portuguesa- a regulamentação dos requisitos e dos efeitos, não fechou as portas às eventuais alterações que o legislador ordinário entende-se útil efectuar, em face das exigências decorrentes da própria sociedade portuguesa.”. In: <http://dre.pt/pdf2sdip/2009/11/214000000/4497044989.pdf> (consultado em: 11.10.2013).

¹²⁰ A título de exemplo, destaco a Resolução sobre a igualdade de direitos dos homens e mulheres homossexuais na Comunidade Europeia, de 08.02.1994, in: **Jo C61**, de 28.02.1994, 40 e ss..

¹²¹ “Em termos muito simples, *aplicabilidade directa* (aplicação imediata ou imediatividade aplicativa) significa que o preceito que enunciam direitos, liberdades e garantias (normas *de* direitos, liberdades e garantias) são normas susceptíveis de execução imediata (constituem direito *actual* e *eficaz*), podendo ser directamente invocadas pelos seus beneficiários.” ALEXANDRINO, José Melo - **Direitos fundamentais. Introdução geral**. 2.ª Ed. Lisboa: Princípa, 2011. 93.

¹²² Com efeito, essa intervenção justifica-se para garantir “ [...] procedimentalmente o seu exercício ou até para concretizar o respectivo conteúdo [...] a determinação ou determinabilidade significam apenas uma densidade essencial autónoma ao nível constitucional, que exclui a liberdade de conformação política pelo legislador do conteúdo principal dos direitos, liberdades e garantias.” ANDRADE, José Carlos Vieira de - **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3.ª Ed. Coimbra: Almedina, 2004. 188-189.

vida, que assenta numa dádiva profunda e permanente de cada um dos cônjuges ao outro [...]

»,¹²³

Ora, do meu ponto de vista esta argumentação, além de conter uma adjetivação manifestamente discriminatória é, a vários títulos, inaceitável. Desde logo, porque se firma numa visão excessivamente conservadora e traz à colação argumentos como as leis da natureza ou o determinismo histórico. Rebato esse ponto de vista, por considerar que o direito jamais pode ficar enclausurado numa espécie de *Huis clos* da peça teatral, de 1944, de J.-Paul Sartre, onde a voz da personagem principal afirma “o inferno são os outros”¹²⁴, ou seja, o direito não pode fechar-se às mudanças sociais. A este propósito cito a constitucionalista Isabel Moreira:

“A análise do quadro constitucional deve partir do direito fundamental que tem por lei, a respectiva titularidade restringida. O direito é o de contrair casamento em condições de plena igualdade, previsto no n.º 1 do artigo 16.º da CRP, sistemática e materialmente inserido na categoria dos direitos, liberdade e garantias, e, por isso, beneficiário do respectivo regime agravado de protecção. Com efeito, trata-se de um direito das pessoas e não de uma qualquer prestação atribuída a uma instituição, como a família, que, noutra sede é, enquanto tal beneficiária¹²⁵ de prestações estaduais.”.

Centrar-me-ei, doravante, na análise sinóptica de alguns pareceres que se dedicaram à questão de saber se seriam válidas as disposições do Código Civil restritivas do casamento a pessoas de sexo diferente. A pertinência deste breve escopo analítico decorre do facto de tais pareceres enunciarem uma série de argumentos nos quais estribo, em larga medida, a posição que defendo acerca desta matéria.

O primeiro parecer, da autoria de Pedro Múrias, é titulado “Um símbolo como bem juridicamente protegido”¹²⁶ e defende que a negação do bem jurídico simbólico do casamento aos casais do mesmo sexo é constitucionalmente inadmissível. Desde logo, o autor entende

¹²³ VARELA, Antunes - **Direito da família**. 5.ª Ed. Vol. I. Lisboa: Petrony, 1999. 181-182.

¹²⁴ SARTRE, Jean-Paul - **Huis clos/Mouches**. Paris: Galimard, 1993.

¹²⁵ MOREIRA, Isabel - Da inconstitucionalidade das normas resultantes da leitura conjugada do artigo 1577.º do Código Civil e da alínea e) do artigo 1628.º do mesmo Código, nos termos das quais duas pessoas do mesmo sexo não podem contrair casamento e, se o fizerem, é o mesmo tido por inexistente. **O casamento entre pessoas do mesmo sexo. Três pareceres sobre a inconstitucionalidade dos artigos 1577.º e 1628.º, alínea e) do Código Civil**. Coimbra: Almedina, 2008. 36. A mesma autora contesta ainda o pseudo- argumento da moral dominante, neste termos: “Para além de ser duvidoso que a sociedade ainda seja a que suportou a actual solução legislativa, já sabemos que esta fundamento à luz do princípio da dignidade da pessoa humana é constitucionalmente inadmissível, por isso outros análogos como concepções maioritárias, sofrem o mesmo juízo.”. IDEM, *Op cit*, 47.

¹²⁶ MÚRIAS, Pedro - Um símbolo como bem protegido. Sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo. **Um sim e um não sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo**. Lisboa: Entrelinhas. [Em linha]. 2008. Disponível em: <http://muriasjuridico.no.sapo.pt/PMuriasParecerCPMS.pdf> (consultado em: 20.10.2013).

como indispensável uma ultrapassagem da homofobia como enviesamento¹²⁷. Por outro lado, insurge-se contra quem defende que a inclusão da “orientação sexual” no artigo 13.º, n.º 2 CRP em nada teria alterado o respetivo regime, considerando que:

“Ela faz *presumir* que toda a distinção legal em função da homossexualidade é inconstitucional. Em *princípio* viola a igualdade toda a lei que faça a aplicação de um preceito seu depender da homossexualidade ou da heterossexualidade.”¹²⁸.

Além disso, o autor recusa a ideia de garantia de instituto (ou garantia institucional), afastando-se, assim, dos autores que partiram do pressuposto que a Constituição acolheu um conceito histórico de casamento¹²⁹. Outro argumento rejeitado por Pedro Múrias reporta-se à pretensa falta de comunhão de vida nos casamentos homossexuais, asseverando que:

“De qualquer maneira, ser ou não a comunhão de vida função do casamento pouco importa para os casais do mesmo sexo. Eles reclamam, justamente, para as comunhões plenas de vida que tenham ou planeiam ter a juridicidade que o casamento dá.”¹³⁰.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Pedro Múrias repudia a tese de uma função procriativa do casamento (“procriativa” no sentido restritivo da geração de filhos biologicamente comuns), defendendo que:

“O casamento é um bem jurídico sim, mas radicalmente neutro quanto às finalidades dos nubentes. Perante o caso concreto casamento, a intenção de ter filhos é juridicamente irrelevante. [...] o casamento não tem função porque o direito o entrega à livre determinação dos cônjuges para sua realização pessoal.”¹³¹.

Pedro Múrias conclui que a proibição do casamento homossexual traduziria uma violação do direito ao livre desenvolvimento da personalidade (artigo 26.º, n.º 1 da CRP) e, no que toca à defesa da proporcionalidade, a restrição do casamento a pessoas de sexo diferente

¹²⁷ “Em problemas jurídicos relacionados com a orientação sexual, *maxime* a homossexualidade, devemos acautelar-nos contra um enviesamento em específico, a homofobia, que é um preconceito e uma atitude equivalente, por exemplo ao machismo e à xenofobia. As sociedades que concebemos são homofóbicas, a educação de todos nós foi homofóbica, a linguagem corrente é homofóbica.” *Ibidem*, 5.

¹²⁸ *Ibidem*, 9.

¹²⁹ “O casamento civil é casamento, apesar de ter surgido uma alteração dos pressupostos de facto da figura, porque mantém os direitos, as obrigações e a normatividade simbólica original. O que a Constituição garante a todos são esses efeitos deonticos e simbólicos, ou os decisivos entre eles, e não a manutenção dos requisitos do casamento. A estes, cabe avaliá-los à luz dos valores constitucionais. [...] Em qualquer caso além do erro da doutrina da garantia institucional, concluímos ainda que não há qualquer argumento *ex definitione* contra o casamento homossexual.” *Ibidem*, 20.

¹³⁰ *Ibidem*, 23.

¹³¹ *Ibidem*, 24-25. Esta é a razão substancial pela qual Pedro Múrias se afasta a posição de Miguel Nogueira de Brito para quem o problema que encerra o casamento entre pessoas do mesmo sexo é o da presença de dados ético-sociais ou de valores no direito, considerando o casamento como uma instituição intergeracional com uma ligação necessária com a procriação. Ao invés, para Pedro Múrias o que está verdadeiramente em causa é um determinado tipo de reconhecimento e de legitimação, uma vez que o casamento é um bem jurídico simbólico e, como tal, à luz da Constituição portuguesa, pode ser atribuído a qualquer pessoa independentemente da sua orientação sexual, além do que a conexão entre a procriação e o casamento não passa de uma invenção arbitrária cuja função retórica é impedir o acesso de pessoas do mesmo sexo ao bem jurídico simbólico do casamento.

não tornaria senão visível uma “discriminação explícita destinada a promover uma modalidade de exclusão.”¹³² E, *a fortiori* essa restrição violaria a norma do artigo 18.º, n.º 2 CRP, conjugado com o artigo 36.º, n.º 1 CRP, acrescentado o autor, por último, que:

“Se houvesse dúvidas quanto a alguns dos efeitos ou à falta de efeitos sociais do casamento entre pessoas do mesmo sexo, o juízo de inconstitucionalidade da proibição manter-se-ia, dados os ónus argumentativos impostos à tese da constitucionalidade.”¹³³.

Também Luís Duarte d’Almeida¹³⁴ defende a inconstitucionalidade das revogadas normas infraconstitucionais plasmadas nos artigos 1577.º e 1628.º alínea e) do Código Civil, invocando que estes dois artigos violavam o comando da igualdade, previsto no artigo 13.º da CRP e especificado no artigo 36.º CRP no que concerne ao direito de constituir família e o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1.º CRP).

Além disso, esses artigos mostravam-se desconformes com o direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade e ainda à reserva da intimidade da vida privada (artigo 26.º CRP). Pronunciando-se sobre a vedação da instituição do casamento a pessoas homossexuais, o autor discorda de quem propugnava outra designação que não o casamento para união de pessoas do mesmo sexo, criticando, nomeadamente, os autores que qualifica como “partidários do jusnaturalismo contemporâneo”¹³⁵ e, assim, deslocando a questão do domínio da moral para o plano jurídico. Neste, segundo o autor:

“ [...] o casamento emerge [...] como um construtor jurídico-constitucional, e não como “reconhecimento” de qualquer “realidade” ou “essência” *pré-* jurídica ou *pré-* constitucional.”¹³⁶.

Desse ponto de vista, a noção restrita de casamento como união de pessoas de sexo diferente constitui uma “discriminação inconstitucional”¹³⁷. Eis, em suma, o principal argumento- que subscrevo- apresentado por Luís Duarte d’Almeida:

¹³² *Ibidem*, 33.

¹³³ *Ibidem*, 38.

¹³⁴ D’ALEMIDA, Luís Duarte - Casamento Civil e “Sexo Diferente”. Sobre a inconstitucionalidade das normas expressas pelos artigos 1577.º e 1628, alínea e), do Código Civil. **O casamento entre pessoas do mesmo sexo. Três pareceres sobre a inconstitucionalidade dos artigos 1577.º e 1628.º, alínea e), do Código Civil.** Coimbra: Almedina, 2008. 55-79.

¹³⁵ “Os partidários deste jusnaturalismo contemporâneo, apesar de nem sempre ostentarem na lapela o emblema das estirpes canónicas e eclesiásticas das ideias que defendem, não deixam de assumir expressamente que os seus argumentos *contra* o reconhecimento jurídico em condições de igualdade de casais compostos por pessoas que não seja de “sexo diferente” radicam num pressuposto de *inferioridade moral* quer das relações afectivas desses casais, quer mesmo [...] de qualquer relação ou expressão de sexualidade que não satisfaça, conjuntamente, os testes da maritalidade em sentido “próprio” e o da potencialidade procriadora.” *Ibidem*, 62-63.

¹³⁶ *Ibidem*, 65.

¹³⁷ *Ibidem*, 66.

“Em geral, o desejo de uma pessoa de integrar uma união familiar em “plena comunhão de vida” com outra pessoa não depende do sexo de nenhuma das duas; o amor por alguém não depende da diferença de sexo, e isto é um facto que a lei não decreta nem logrará proibir alguma vez. Mas, mais do que isso, o “sexo” ou o “género” não são constitutivos do conceito juridicamente relevante de pessoa e o direito a contrair casamento configura-se constitucionalmente como um direito das pessoas. A discriminação decorrente da lei civil, violando o princípio da igualdade, viola também, por conseguinte, o princípio do respeito pela dignidade da pessoa humana.”¹³⁸.

De destacar, ainda, o parecer da constitucionalista Isabel Moreira¹³⁹, autora da proposta da lei da aprovação do casamento entre pessoas do mesmo sexo na Assembleia da República, como deputada independente do partido socialista. Contra a posição de Gomes Canotilho e Vital Moreira, Isabel Moreira sustenta que a Constituição não acolhe qualquer conceito de casamento, não fazendo sentido invocar que a Lei Fundamental recebe o conceito histórico de casamento entre pessoas de sexo diferente. Deste modo, defende que:

“Perante as alterações da constituição e da sociedade de que a mesma é estatuto, não pode continuar a ter-se por certo que tudo muda (a realidade e as normas constitucionais), mas que a constituição continua a receber, *como se nada se tivesse passado*, o conceito de casamento que desconsidera uma parte substancial da população.”¹⁴⁰.

Alega Isabel Moreira que o direito de contrair casamento (à luz do artigo 36.º, n.º 2 CRP) é, primordialmente, uma expressão normativa do princípio da dignidade da pessoa humana (conforme artigo 1.º CRP). Encarado aquele direito como fundamental, fica então acautelado para o indivíduo um reduto de não intervenção alheia, designadamente, nas palavras da autora: “ [...] uma moral colectiva maioritária, ditada ou votada, decidida ou eleita, que lhe não permitisse esse acontecimento único que é ser-se, em liberdade, o que se é.”¹⁴¹ Em apoio da sua posição, a autora chama à colação o direito ao livre desenvolvimento da personalidade (consagrado na revisão constitucional de 1997), corolário da dignidade da

¹³⁸ *Ibidem*, 76-77.

¹³⁹ MOREIRA, Isabel - Da inconstitucionalidade das normas resultantes da leitura conjugada do artigo 1577.º do Código Civil e da alínea e) do artigo 1628.º do mesmo Código, nos termos das quais duas pessoas do mesmo sexo não podem contrair casamento e, se o fizerem, é o mesmo tido por inexistente. **O casamento entre pessoas do mesmo sexo. Três pareceres sobre a inconstitucionalidade dos artigos 1577.º e 1628.º, alínea e) do Código Civil**. Coimbra: Almedina, 2008. 35-54.

¹⁴⁰ *Ibidem*, 37.

¹⁴¹ *Ibidem*, 39. Mais acrescenta a autora que: “Por isso mesmo, contra direitos fundamentais não valem, sem mais, maiorias, sob pena de se funcionalizarem os primeiros; é por isso, também, que os direitos fundamentais, sendo a asserção mais efectiva nas liberdades e nas competências, como é o caso, 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 a liberdades e competência, fortemente ligadas à dignidade das pessoas, não têm de esperar pelo consenso social para terem plena efectividade.”, *ibidem*.

pessoa humana, considerando-o mesmo como um princípio jusfundamental, daí resultando a inadmissibilidade de: “ [...] à luz deste novo direito fundamental [...] ter por inalterada a opção valorativa da Constituição relativamente aos direitos dos homossexuais.”¹⁴². Isabel Moreira destaca também a inclusão expressa, na revisão constitucional de 2004, no artigo 13.º da CRP, da orientação sexual enquanto critério impeditivo de discriminação, significando: “ [...] que passou a ser agravado, desde 2004 o dever de fundamentar materialmente uma discriminação legal em função da orientação sexual.”¹⁴³ Por outro lado, Isabel Moreira defende que o legislador está obrigado a perseguir o comando constitucional da igualdade e respeitar o princípio da proporcionalidade. Eis a argumentação da autora:

“Enquanto se não permite aos casais homossexuais a acederem ao casamento, o legislador está em manifesta inconstitucionalidade por deixar a descoberto, sem fundamentação para tanto uma categoria de pessoas. Se o legislador não confere o direito de contrair casamento aos homossexuais e, de forma avulsa, consagra algumas garantias que *compensem* aquela exclusão, neste caso viola o princípio da adequação, já que, ao criar, sem fundamentação plausível, uma categoria à parte da do casamento para os homossexuais está a prosseguir da pior forma o objetivo e o comando constitucionais da igualdade, por, na solução encontrada, mais uma vez traçar uma discriminação.”¹⁴⁴.

Para sustentar a sua posição sobre a inconstitucionalidade das normas que estavam em apreço, a autora conclui que:

“A CRP [...] exige que façamos a leitura conjugada do princípio da igualdade com o direito para cujo tratamento legislativo o primeiro exige a desconsideração de diferenciações arbitrárias.”¹⁴⁵.

Relevante, por último, é a argumentação expendida por Carlos Pamplona Corte-Real no seu parecer realizado em 2007.¹⁴⁶

O autor começa por contestar a doutrina civil jurídico-familiar, mormente as posições de Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, por restringirem o âmbito do direito a constituir família às situações conexas com o chamado direito a procriar, estendendo a sua crítica às

¹⁴² *Ibidem*, 43. Acrescenta Isabel Moreira: “O Estado, através do Direito, não tem de dar resposta jurídica a todos os modos de vida que a sociedade, na sua diversidade, albergue. Simplesmente, se consagra na Constituição o direito de contrair casamento num momento em que o fenómeno social traduzido nas ligações homossexuais sem proteção jurídica equivalente se manifesta em número e visibilidade, a dispensarem amostragem, não pode deixar de intervir no sentido da igualdade.” *Ibidem*, 45.

¹⁴³ *Ibidem*, 46.

¹⁴⁴ *Ibidem*, 49.

¹⁴⁵ *Ibidem*, 54.

¹⁴⁶ CORTE-REAL, Pamplona - Da inconstitucionalidade do Código Civil- artigos 1577.º, 1628.º alínea e), e disposições conexas- ao vedar o acesso ao instituto da casamento a casais do mesmo sexo. **O casamento entre pessoas do mesmo sexo. Três pareceres sobre a inconstitucionalidade dos artigos 1577.º e 1628.º, alínea e), do Código Civil**. Coimbra: Almedina, 2008. 11-33.

perspetivas da doutrina jus-constitucionalista, designadamente às posições de Jorge Miranda e Rui Medeiros, Gomes Canotilho e Vital Moreira.

O primeiro argumento, que sustenta a posição deste autor a favor da constitucionalidade do casamento celebrado por pessoas do mesmo sexo, é o da necessidade de um “ [...] afastamento de qualquer sustentação de uma perspectiva historicista de leitura das leis.”¹⁴⁷. Em segundo lugar, defende que o enquadramento exige o entendimento da sua essência enquanto “acto jurídico profundamente livre e íntimo.”¹⁴⁸.

Procurando encontrar a *ratio legis* do casamento no Código Civil, defende o autor que:

“ [...] começa a vislumbrar-se a incongruência axiológica da lei ordinária, presa de um preconceito homofóbico entrevisível, uma vez que, afinal, não se pode ou deve ter a finalidade procriativa como essencial ao casamento.”¹⁴⁹.

Por outro lado, o autor invoca a sexta revisão constitucional (de 2004) e a alteração da redação do artigo 13.º, n.º 2 CRP, que veio acrescentar à enumeração de proibições que expressam o princípio da igualdade, a proibição de se ser “*privilegiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão [...] da orientação sexual.*”. Por isso, defendo que:

“ [...] não reconhecer o direito ao casamento dos homossexuais, *direito fundamental* enunciado no artigo 36.º, n.º 1 da CRP- sobretudo porque o casamento, como se viu à face do Código Civil, *não é um acto finalisticamente conexo com uma expectável perspectiva procriadora*- é inequívoca e materialmente inconstitucional.”¹⁵⁰.

Mais acrescenta o autor, considerando que a modelação sexual do casamento é sempre livre e:

“ [...] personalizadamente feita por cada casal, no contexto e na privacidade da *comunhão de vida* que lhe é inerente, e na qual radica [...] a sua essência jurídica. Seja ou não o casal heterossexual.”¹⁵¹.

Argumenta ainda Pamplona Corte-Real que a pretensão de defender o exclusivo acesso de um casal de duas pessoas do mesmo sexo à união de facto não deixa de incorrer numa clara discriminação, tendo em vista o artigo 13.º, n.º 2 da CRP. Finalmente, rejeita a margem de concretização de princípios constitucionais fundamentais chamados abertos,

¹⁴⁷ *Ibidem*, 24.

¹⁴⁸ Acrescenta o autor o seguinte: “Tenho para mim que o casamento não pode deixar de ser um *acto complexo* mas específico, resultante de *mero encontro, solenemente formalizado*, de duas declarações de vontade, de dois actos jurídicos individuais auto-vinculante.”, *ibidem*, 25.

¹⁴⁹ *Ibidem*, 26.

¹⁵⁰ *Ibidem*, 30.

¹⁵¹ *Ibidem*, 30.

porquanto tal se traduziria numa ideia de discricionariedade. Neste sentido, advoga o autor que:

*“O princípio da igualdade, tal como outros princípios e direitos fundamentais acolhidos no texto constitucional, têm conteúdos e limites vinculados, sob pena de poder ser praticamente desdito pelo legislador ordinário, hierarquicamente subalterno. Nem se compreenderia que de outro modo fosse, estando em causa o campo garantístico indeclinável num Estado de Direito.”*¹⁵²

A Lei n.º 9/2010, de 31 de maio, acabou por resistir juridicamente ao pedido do Presidente da República da fiscalização preventiva da constitucionalidade, tendo o Acórdão n.º 121/2010, Processo 192/2010 (relator: Conselheiro Vítor Gomes), deixado claras as razões pelas quais decidiu o Tribunal Constitucional não se pronunciar pela inconstitucionalidade das normas do artigo 1.º, artigo 2.º- este na medida em que alterava a redação dos artigos 1577.º, 1591.º e 1690.º, n.º 1 Código Civil- do artigo 4.º e do artigo 5.º do Decreto n.º 9/XI, da Assembleia da República, que permitiu o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, do qual é pertinente citar os principais argumentos- que, aliás, vêm mostrar como eram ajustados os pareceres antes explicitados- em que se fundou a decisão:¹⁵³

1. “ [...] o núcleo essencial da garantia constitucional do casamento não é franqueado pelo abandono da regra da diversidade de sexos entre os cônjuges [...] ”;
2. “ [...] a extensão do casamento a pessoas do mesmo sexo não contende com o reconhecimento e protecção da família como “elemento fundamental da sociedade””;
3. “ [...] a Constituição não define o perfil dos elementos constitutivos do instituto a que o n.º 1 do artigo 36.º se refere, relegando no n.º 2 do mesmo preceito para o legislador a incumbência de manter a necessária conexão entre direito e realidade social [...] ” (sublinhado meu para enfatizar esse que é o núcleo essencial deste trabalho de investigação, apontando para a íntima ligação entre o Direito e as mudanças sociais);
4. “ [...] a atribuição do direito ao casamento a pessoas do mesmo sexo não afecta a liberdade de contrair casamento por pessoas de sexo diferente, nem altera os deveres e direitos que para estas daí resultam a representação ou imagem que elas ou a comunidade possam atribuir ao seu estado matrimonial.”;

¹⁵² *Ibidem*, 33.

¹⁵³ Acórdão in: <http://dre.pt/pdf2sdip/2010/04/082000000/226722383.pdf> (consultado em: 29.10.2013).

5. “ [...] sendo embora certo que, na perspectiva biológica, sociológica, ou antropológica, constituem realidades diversas a união duradoura entre duas pessoas do mesmo sexo e duas pessoas de sexo diverso, no aspecto jurídico a equiparação de tratamento não é destituída de fundamento material.”.

Em síntese, neste item, procurei analisar o casamento entre pessoas do mesmo sexo de um ponto de vista constitucional. Para tal, em primeira instância, procedi ao enquadramento das principais posições doutrinárias que sobre a temática têm sido defendidas em Portugal.

2.2. Posição defendida

A posição que defendo é a de que o casamento entre pessoas do mesmo sexo é uma exigência constitucional, porquanto a sua concretização converge com indeclináveis preceitos constitucionais, a saber: o direito de contrair casamento; o princípio da igualdade de tratamento; o direito ao desenvolvimento da personalidade e ainda o direito da reserva da vida privada. Daí que considere o reconhecimento e concretização do *ius nubendi* para casais homossexuais¹⁵⁴ como emblemáticos da abertura do Direito às mudanças sociais e, além disso, um corolário do direito moderno assente na vontade livre e consciente dos sujeitos, a qual não poderá ser tolhida pelo género. Trata-se ainda de um caso paradigmático da imbricação do direito com uma “*sociedade aberta*”¹⁵⁵, pautada pelo respeito pela diferença, pelo pluralismo, pela vontade individual e pela vida privada; uma sociedade pontilhada de dinâmicas onde radica a sua constante evolução, da qual o direito, como fenómeno eminentemente social, deve participar. Daí que concorde com a seguinte análise de Daniel Borrillo:

¹⁵⁴ Justificando a mudança jurídica nesta matéria, a Assembleia da República aprovou, com 126 votos a favor 97 contra e 7 abstenções, no dia 8 de janeiro de 2010, o acesso ao casamento civil entre pessoas do mesmo sexo em Portugal (com exclusão da adoção), e que foi aprovada na especialidade a 11 de fevereiro de 2010 e analisada pelo Tribunal Constitucional que se pronunciou pela constitucionalidade em 8 de abril de 2010 e que o Presidente da República promulgou a 17 de maio.

¹⁵⁵ Uso o célebre título de POPPER, Karl - **Sociedade aberta e seus inimigos**. Vol. I e II. Lisboa: Edições 70, 2013. Com efeito, a “sociedade aberta” caracteriza-se pela fragmentaridade e por ter na sua base a individualidade, o diálogo e a mudança, contra o imobilismo das sociedades fechadas”, cristalizadas nos tabus e na “ordem natural das coisas”. Partindo das teses basilares deste filósofo austríaco, *vide* igualmente HABERLE, Peter - **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Porto Alegre. Fabris Sergio Antônio, 2002.

“O matrimónio novo rende homenagem à modernidade pela abolição das hierarquias e dos privilégios das sexualidades (heterossexual/ homossexual) que o matrimónio heterossexual traz consigo. Da mesma forma que a raça, as opiniões políticas não podem constituir barreiras para o exercício dos direitos, a orientação sexual dos indivíduos não deveria impedir o acesso a uma liberdade fundamental como é o caso do casamento. Finalmente, a união entre pessoas do mesmo sexo radicaliza a laicidade da instituição civil do matrimónio ao ser dissociada completamente da instituição do velho sacramento canónico. Assim, a produção do efeito civil do sacramento matrimonial, vestígio do Estado confessional, é hoje mais que nunca anacrónico.”¹⁵⁶.

A posição que defendo, abstraindo de preconceitos homofóbicos- que lentamente se vão esbatendo na sociedade portuguesa e também dos argumentos doutrinários toldados por excessos de tradicionalismo e de conservadorismo- decorre, por um lado, como referido supra, da sua conformidade com o texto constitucional e, por outro, da conceção que advogo neste estudo acerca do casamento em cuja génese se encontra a oficialização voluntária de uma vida em comum. Por esse motivo, a negação do acesso a pessoas do mesmo sexo ao casamento civil constituiria uma inaceitável negação da cidadania e do direito à dignidade e à felicidade de muitas pessoas, uma vez que me parece indiscutível que no projeto do casamento, seja hetero ou homossexual, está ínsita a vontade de comunhão de vida. Aliás, julgo que *o direito a ser feliz*, como acontece noutros textos constitucionais, deveria estar consagrado da Constituição portuguesa. Contra os argumentos que consideram que o casamento entre pessoas do mesmo sexo traduz uma ameaça que faz perigar a vida social, defendo que uma tal cautela, de pendor conservador, acabaria por redundar numa paralisia do direito face à dinâmica da vida social.

Em face do exposto, considero lapidar a seguinte síntese de Pedro Múrias, a qual subscrevo, extravasando-a do caso espanhol que é referenciado para, *mutatis mutandis*,

¹⁵⁶ BORRILLO, Daniel “Matrimônio entre pessoas do mesmo sexo e homoparentalidade: uma nova etapa da modernidade política e jurídica”. Conferência realizada no fórum do casamento entre pessoas do mesmo sexo- Centro de Estudos de Antropologia Social/ Associação ILGA Portugal. Disponível em: <http://pwp.netcabo.pt/0170871001/DanielBorrillo.pdf>, 8-9 (consultado em: 15.10.2013). Conclui Daniel Borrillo essa sua comunicação, afirmando que: “Os argumentos usados contra a igualdade dos casais homossexuais não são novos, eles foram já usados contra os matrimônios interracialais, contra a livre disposição para as mulheres, contra o voto universal, contra o Estado de providência... Todas estas evoluções também foram consideradas pelos conservadores como situações apocalípticas. Mas só os conservadores têm um medo irracional da modernidade. Habermas define a modernidade como um projeto inacabado, uma questão ainda pendente, com um potencial utópico.”. *Ibidem*. Vendo a pós-modernidade como portadora de um saber que aponta para as tarefas da cidadania, no sentido da afirmação de uma *era da cidadania*, como repto e gérmen de esperança para o século XXI dou nota do seguinte ponto de vista de Viriato Soromenho-Marques: “Por tudo isto uma das poucas certezas que firmemente nos restam consiste em reconhecer que o compromisso, individual e colectivo, como uma cidadania alargada [sublinhado meu], aprofundada e reinventada é uma aposta necessária e vital.”, SOROMENHO-MARQUES, Viriato - **A Era da Cidadania- de Maquiavel a Jefferson**. Mem Martins: Publicações Europa-América, 1996. 204. Igualmente Lyotard refina a nossa sensibilidade para as diferenças e ainda nos convoca para uma genuína *civilização da dignidade*, LYOTARD, Jean-François - **A condição pós-moderna**. Lisboa: Gradiva, 9.

acomodá-lo ao panorama da sociedade portuguesa, em relação à qual o direito não poderá deixar de contribuir para o repensar da sua essência:

“O casamento entre espanhóis do mesmo sexo não alterou o casamento dos Reis de Espanha. A igualdade no casamento significa apenas que as famílias compostas por um casal homossexual têm de ter o mesmo reconhecimento oficial e a mesma dignidade de cidadania que as restantes. Isto não é atacar a “família”, é defender todas as famílias mesmo aquelas que certa “tradição” sempre perseguiu.”¹⁵⁷.

Assim sendo, esta é a posição que melhor converge para os alicerces indispensáveis de uma sociedade democrática, pautada pela abertura e pelo respeito, pela matriz axiológica da liberdade, da igualdade e da não discriminação, protegendo a titularidade da personalidade adulta e consciente, a sua indefetável autonomia perante as opções de vida. Daí que esta mudança social acompanhada de mudança jurídica- embora não possa deixar de questionar o próprio instituto do casamento tal como foi, durante tanto tempo, plasmado na ordem jurídica portuguesa¹⁵⁸- se inscreva numa lógica mais ampla e em cujo lastro histórico é possível apontar a igualdade de direitos entre cônjuges, o direito ao divórcio, o reconhecimento legal das uniões de facto e até a descriminalização da homossexualidade (pois não podemos esquecer que, até 1982, a homossexualidade era crime previsto e punido no Código Penal). Desta forma, do meu ponto de vista, a Lei que consagra a possibilidade de celebração do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo vem, no fundo, reparar uma injustiça, sem que, por essa via, seja cometida qualquer injustiça sobre as outras pessoas, uma vez que impede a negação de direitos a cidadãos sem que tal diminua nenhum direito aos demais cidadãos.¹⁵⁹

¹⁵⁷ MÚRIAS, Pedro - Casamento, argumentos e tretas. In: **Jornal Público**, (28.09.2008).

¹⁵⁸ Neste âmbito é de destacar a seguinte reflexão de Miguel Nogueira de Brito: “ [...] nenhum defensor do direito a casar dos homossexuais pode por seriamente em causa que a reivindicação desse direito é acompanhada, de forma mais ou menos assumida pela pretensão de repensar radicalmente o casamento [...]. Tais pretensões devem ser trazidas para a primeira linha da discussão. Só desse modo se honrarão os encargos da razão pública, entendida nos moldes de Rawls ou em boa verdade, em quaisquer moldes.” BRITO, Miguel Nogueira de - Casamento civil e dignidade dos homossexuais. **Casamento entre pessoas do mesmo sexo- sim ou não?** Lisboa: Entrelinhas, 2008. 51.

¹⁵⁹ Destaco nesta sede a pertinente reflexão da filósofa Hannah Arendt, para quem: “O direito de casar com quem se quiser é um direito humano elementar [...] mesmo os direitos políticos, como o direito de voto, e quase todos os outros direitos enumerados na Constituição, são secundários em relação aos direitos humanos invioláveis à vida, liberdade e busca da felicidade proclamados na Declaração da Independência, a esta categoria pertence inquestionavelmente o direito ao lar e ao casamento.” ARENDT, Hannah - **Reflections on Little Rock**, 1959. *Apud* BRITO, Miguel Nogueira de - Casamento civil e dignidade dos homossexuais. **Casamento entre pessoas do mesmo sexo- sim ou não?** Lisboa: Entrelinhas, 2008. 52.

Por isso mesmo, esse passo histórico não se projetou apenas sobre uma minoria, na medida em que se dirigiu a toda sociedade que ficou mais robustecida em termos de dignidade.¹⁶⁰

Por conseguinte, defendo não existir fundamento racional e sólido (havendo que enfatizar o princípio do Estado de Direito- artigo 2.º CRP- impondo que haja um fundamento racional mínimo para a supressão de qualquer bem jurídico constitucionalmente relevante) para que se distingam as relações homossexuais das heterossexuais, pelo que as alterações da lei ordinária que reservavam o casamento para casais heterossexuais apenas vieram conformar-se com os artigos 13.º, n.º 1 e n.º 2 CRP e 36.º, n.º 1 CRP, que se encontravam violados, feridos de inconstitucionalidade material.

2.3. Referências ao direito comparado

Previamente a uma explicitação mais concreta de alguns países e Estados que transformaram os seus ordenamentos jurídicos para acomodar o casamento entre pessoas do mesmo sexo, em que referirei a alguns casos a título exemplificativo, procederei, em primeiro lugar, a um enquadramento da questão ao nível do Direito Europeu.

No âmbito do Conselho da Europa, a Assembleia Parlamentar foi muito inovadora na defesa da situação jurídica dos homossexuais, sendo de destacar desde logo a Resolução 756 (1981), de 1 de outubro de 1981¹⁶¹, que demandou a Organização Mundial de Saúde a retirar do seu elenco de doenças a homossexualidade, e ainda a Recomendação 924 (1981), que veio solicitar ao Comité de Ministros que exercesse influência nos Estados-Membros onde as práticas homossexuais consentidas entre adultos eram sujeitas a perseguição penal. Mais diretamente ligadas com a união entre pessoas do mesmo sexo, refiro dois importantes contributos: a Recomendação 1470 (2000), de 30 de junho, vocacionada para a eliminação da

¹⁶⁰ Por essa razão, realço a intervenção do deputado independente do partido socialista Miguel Vale de Almeida, em 08.01.2010, aquando do debate da proposta da lei do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. Dela destaco o seguinte excerto: “Aprovando o acesso ao casamento civil por parte dos casais de pessoas do mesmo sexo em igualdade de circunstâncias com os casais de pessoas de sexo diferente estaremos a trazer mais cidadãos e cidadãs para o pleno usufruto dos seus direitos, sem retirar direitos a outrem e sem alterar a natureza contratual do casamento civil. Estaremos, como já se fez em várias democracias avançadas e modernas, a alargar e a incluir, sem excluir ninguém e sem criar institutos específicos que, tal como actualmente se configura o casamento civil, aceitariam a discriminação e o apartheid social entre hetero e homossexuais”. AA.VV - **Uma lei a favor de todos. Lei do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo**. Lisboa: Ed. Partido Socialista, 2010. 23.

¹⁶¹ Referenciada no Acórdão n.º 121/2010, processo n.º 192/2010 do Tribunal Constitucional. Disponível em: <http://dre.pt/pdf2sdip/2010/04/08266666/2236722383.pdf> (consultado em 12.11.2010).

discriminação das políticas de imigração relativamente aos homossexuais ao nível dos Estados-Membros.

Ainda é importante referir o artigo 12.º, conjugado com o artigo 14.º da CEDH. De acordo com o disposto no artigo 14.º “O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas e outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação.”¹⁶².

Ao nível da UE, o artigo 19.º, n.º 1 do TFUE prescreve que: “Sem prejuízo das demais disposições do presente Tratado e dentro dos limites das competências que este confere à União, o Conselho, deliberando por unanimidade, sob proposta da Comissão e após consulta ao Parlamento Europeu, pode tomar as medidas necessárias para combater a discriminação em razão do sexo, raça ou origem étnica, religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual.”.

Na Europa, foram vários os países que implementaram medidas legislativas com vista ao reconhecimento e tutela jurídica das uniões entre pessoas do mesmo sexo, se bem que essa intervenção tenha optado por configurações diversas. Em certos países traduziu-se numa consagração de regime de união civil entre pessoas do mesmo sexo ou parcerias de vida registada, enquanto noutros ocorreu uma redefinição do conceito de casamento, como é o caso da Holanda em 2001, da Bélgica em 2003, da Espanha em 2005 e, posteriormente, da Noruega e da Suécia.

Na Holanda, em 1998, entrou em vigor uma lei de parceria registada (*geregistreerd partnerschap*) para casais homossexuais e heterossexuais que não optassem por contrair matrimónio. Foi em 2001 que a Holanda aprovou a lei do casamento entre pessoas do mesmo sexo. A Holanda formalizou três alternativas ao casamento civil para a união de pessoas do mesmo sexo: a parceria registada; o contrato de co-habitação (que só tem consequências legais para as partes contratantes); co-habitação não contratual (co-habitação informal com certos efeitos nos benefícios tributários e na segurança social). Temos assim que a Holanda foi pioneira na autorização do casamento de pessoas do mesmo sexo, na sequência da aprovação de uma união civil aberta a todos sem exceção.

Na Bélgica, o casamento entre pessoas do mesmo sexo entrou em vigor em junho de 2003 e, em 2006, os casais homossexuais conquistaram o direito a adotar. A Bélgica já tinha introduzido no seu ordenamento jurídico a figura da co-habitação legal.

¹⁶² Disponível em: http://www.echr.coe.int/documents/convention_POR.pdf (consultado em 12.11.2010).

Na Noruega, desde janeiro de 2009, os casais homossexuais encontram-se em situação de igualdade com os heterossexuais, tanto em questões como casamento ou adoção como ainda podem beneficiar de fertilização assistida, se bem que, desde 1993, já pudessem celebrar a união civil.

Já a Suécia, que foi pioneira no direito a adoção, o casamento homossexual é permitido desde 2009, tanto no religioso como no civil (desde 1995).

A Dinamarca foi o primeiro país a oficializar as uniões civis de casais homossexuais (1989), com efeitos materialmente análogos aos do casamento (*Lov om registeret partneska* n.º 372, de 7 de junho de 1989).

Também a Alemanha, onde o casamento entre pessoas do mesmo sexo ainda não foi aprovado, adotou o regime da união registada, em 16 de fevereiro de 2001, apenas para duas pessoas do mesmo sexo. É de frisar que se levantou a questão da constitucionalidade desta aprovação, porém o Tribunal Constitucional Federal, em 17 de julho de 2002, pronunciou-se pela não inconstitucionalidade da lei, considerando que a Lei Fundamental não contém em si mesma nenhuma definição do casamento, pelo que o legislador dispõe de uma significativa margem de configuração quanto a determinar a forma e o conteúdo do casamento. Igualmente o Reino Unido, optou pelo instituto da união registada em novembro de 2004.

Em Espanha, a Ley 13/2005, de 18 de julho, aprovou o matrimónio homossexual e o direito de adotar. Num país com fortes tradições católicas, surgiram vários argumentos contra, afirmando que a família é, historicamente, a base biológica e cultural da sociedade, havendo ainda um conceito de casamento muito arreigado à ideia de procriação. Gabriel Garcia Cantero, catedrático da Universidade de Zaragoza, apontou a inconstitucionalidade da reforma, defendendo que a instituição constitucional do casamento surge como uma expressa garantia constitucional do matrimónio, considerando que a norma assegura a existência de uma instituição, além do que enfatiza a questão procriativa¹⁶³, argumentos que revelam afinidade com os expendidos por juristas portugueses opositores do casamento entre pessoas do mesmo sexo, como foquei anteriormente.

A França começou por adotar o *Pacte Civil de Solidarité* (PACS), Lei n.º 99-944 de 15 de novembro. Como refere Miguel Vale de Almeida¹⁶⁴, a adoção de um estatuto legal do

¹⁶³ GIORGIS, José Carlos Teixeira - O casamento igualitário e o direito comparado. AAVV [Coord. Maria Berenice Dias] **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. 64-86.

¹⁶⁴ ALMEIDA, Miguel Vale de - **Até que a lei vos una... O casamento homossexual e a antropologia do parentesco, do gênero e sexualidade**. [Seminário “Masculinidades/feminilidades”, Encontros da Arrábida, Fundação Oriente]. [Em linha]. 2004. Disponível em: <http://miguelvaledalmeida.net/wp-content/uploads/2008/05/ate-que-a-lei-vos-una.pdf> (consultado em: 12.11.2013).

concubinatus (designação francesa para a situação de união de facto) para casais hetero e homossexuais encontrava-se já em discussão desde os inícios dos anos 90. Embora o PACS não criasse um verdadeiro estatuto de união de facto, concedia vantagens, sobretudo fiscais e sucessórias, pelo que constituía um quadro jurídico e intermediário entre o concubinatus e a instituição do casamento. A aprovação do casamento entre pessoas do mesmo sexo viria a ser, depois de muita polémica, aprovada pelos deputados franceses em abril de 2010. A evolução do ordenamento jurídico francês também foi lenta no que toca a esta matéria, já que resultava do artigo 75.º do *Code Civil* a previsão segundo a qual a celebração do casamento é entre “*le mari et la femme*”. Na verdade, os mentores do *Code Civil*, em 1804, não imaginavam a extensão do casamento à união de duas pessoas do mesmo sexo.

Estados da U. E	Direitos concedidos aos casais homossexuais pelos Estados da U.E					
	Casamento	União Civil	Adoção	Adoção de criança de um dos cônjuges	P.M.A	Gestão por outrem
França		•				
Irlanda		•				
Reino Unido		•	•		•	•
Bélgica	•	•	•	•	•	•
Luxemburgo		•				
País de Gales	•	•	•	•	•	•
Dinamarca	•			•	•	
Suécia	•			•	•	
Finlândia				•	•	
Letónia					•	
Grécia						•
Hungria		•				
Áustria		•				
Alemanha		•	•	•		
Espanha	•			•	•	
Portugal	•	•				

Fonte: Adaptado de- RECH, Olivier - Síntese da conferência da Associação Perspectives et actions: **Marriage pour tous: Le Point Juridique**. 2012.

Disponível em: <http://perspectives-et-actions.e-monsite.com/medias/files/synthese-juridique-mariage-pour-tous-1.pdf> (consultado em: 15.11.2013).

Nos EUA, 10 Estados em 50 reconheceram o casamento homossexual: Connecticut (2008, decisão do Supremo Tribunal do caso *Kerrigan v. Department of Public Health*, de 28.10.2008, e *Marriage Codification Act*, 23.04.2009); Iowa (2009, decisão do Supremo

Tribunal no caso *Varnum v. Brian* de 03.04.2009, com efeitos a partir de 24.04.2009); Maine¹⁶⁵; Massachusetts (2004); Maryland (2012); New-Hampshire (2010); Estado de New-York (2011); Vermont (Lei de 07.04.2009); Washington D.C. (2012) e o Estado de Washington (2012).

É de salientar que nos EUA, como no Canadá (o *Civil Marriage Act* data de 20 de julho de 2005) e na África do Sul (a *Civil Union Act*, de 20 de novembro de 2006), o impulso conducente à institucionalização das uniões entre pessoas do mesmo sexo foi desencadeado por decisões judiciais. Entre a jurisprudência dos tribunais dos EUA, onde cada Estado define os requisitos do casamento, destaca-se a do Supremo Tribunal do Hawai, em 1993.¹⁶⁶ O Massachusetts foi o primeiro Estado dos EUA a conceder licenças de casamentos a casais do mesmo sexo, segundo a decisão do caso *Hillary Goodridge and others vs Department of Public Health*. Em Massachusetts, o governador republicano Romney reagiu à decisão do Tribunal invocando uma lei de 1913, que visava impedir casamentos inter-raciais¹⁶⁷. Na outra costa dos EUA, em São Francisco, a 12 de fevereiro de 2004, o *county clerk* emitiu licenças de casamentos a casais do mesmo sexo, mas dois processos foram rapidamente instaurados, pedindo ao *California Superior Court* que parasse o processo de atribuição dessas licenças. A 12 de agosto de 2004, o *State Supreme Court* decidiu que a cidade de São Francisco não dispunha de autoridade para a emissão dessas licenças e que os milhares de casamentos que já se tinham realizado deixavam de ter efeito legal.¹⁶⁸

¹⁶⁵ Neste Estado, o casamento homossexual fora autorizado, pela lei de 06.05.2009 com entrada em vigor em 06.09.2008, porém um referendo tornou-o novamente ilegal. No entanto, os apoiantes do casamento entre pessoas do mesmo sexo avançaram então com uma petição, conseguindo reunir assinaturas suficientes para garantir um novo referendo, que resultou na legalização do casamento entre pessoas do mesmo sexo em 2012.

¹⁶⁶ “ [...] considerou que a constituição do Estado apenas permitiria a restrição do casamento aos casais heterossexuais se o Estado pudesse demonstrar interesses relevantes justificando a exclusão dos homossexuais (*compelling interest*). Todavia, a Constituição Estadual foi revista, permitindo ao legislador ordinário reservar o casamento aos casais de sexo diferentes. [...] num plano diferente coloca-se a decisão do Supremo Tribunal do Estado do Massachusetts de 2003, sustentado que as garantias da igualdade e da liberdade protegidas pela Constituição Estadual tornam inconstitucional o casamento apenas entre homem e mulher, porque não existe uma “base racional” para o manter. In: Acórdão n.º 121/2010, processo n.º 192/2010, publicado no Diário da República, 2.ª série- n.º 82-28 de abril de 2010, 22373.

¹⁶⁷ Cf. ALMEIDA, Miguel Vale de - **Até que a lei vos una... O casamento homossexual e a antropologia do parentesco, do gênero e sexualidade**. [Seminário “Masculinidades/feminilidades”, Encontros da Arrábida, Fundação Oriente]. 2004. Disponível em: <http://miguelvaledalmeida.net/wp-content/uploads/2008/05/ate-que-a-lei-vos-una.pdf> (consultado em: 15.11.2013).

¹⁶⁸ Segundo Miguel Vale de Almeida: “Estes dois extremos geográficos e sociais do liberalismo estadunidense- a área metropolitana de Boston e a cidade de San Francisco- abalaram fortemente os EUA, onde muitas medidas preventivas contra os direitos, reivindicados pelos movimentos e populações LGBT vinham já sendo aplicadas. [...]seja qual for a decisão final em relação ao reconhecimento pelo Estado (sejam ao nível estadual ou federal) dos casamentos entre pessoas do mesmo sexo, certo é que a sociedade estadunidense está envolvida numa disputa de valores e regras cujos precedentes podem apenas ser encontrados na questão da igualdade de gênero (por exemplo, o direito de votos e outros) e na questão dos direitos civis afro-americanos. A sexualidade tornou-se finalmente e de forma geral uma das grandes variáveis de discriminação para a regulação da relação entre identidades e contrato social universal.” *Ibidem*.

Em 11 de novembro de 2013, o Brasil aprovou no Conselho Nacional de Justiça o casamento de homossexuais, por maioria (14 votos a favor e 1 contra).

Não obstante estes avanços na legalização das uniões homossexuais, o direito comparado também nos permite perceber que ainda, em vários países, a homossexualidade é punida com severas sanções penais, que vão mesmo até a condenação à morte como acontece na Mauritânia, na Somália, na Nigéria ou no Sudão, havendo ainda a pena de prisão no Uganda, nos Barbados, em que a pena de prisão é perpétua; pena de multa em Marrocos, na Tunísia, no Senegal, na Serra Leoa, nos Camarões ou no Togo.¹⁶⁹

No que toca à celebração do casamento religioso entre pessoas do mesmo sexo, ela é reprovada pela maioria das confissões religiosas, conquanto se encontrem autorizações pontuais em alguns países como Suécia, Estados Unidos, Canadá e mesmo no Brasil.

¹⁶⁹ GIORGIS, José Carlos Teixeira - O casamento igualitário e o direito comparado. In: AAVV [Coord. Maria Berenice Dias] **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. 64-86.

3. Transexualidade e direito: o direito à identidade

3.1. Revisão sobre a consagração legal desta matéria

Segundo a definição de Susana Almeida:

“O transsexualismo consubstancia-se na síndrome caracterizada pelo facto de um indivíduo genotípica e fenotipicamente de um sexo ter a profunda convicção de que pertence ao sexo oposto o que determina o insistente desejo de se transformar numa pessoa desse sexo morfológico, adequando, deste modo, a contradição de que padece entre o sexo físico aparente, determinado genética e hormonalmente, e o sexo psicológico-social.”¹⁷⁰.

Em Portugal, até à promulgação da Lei n.º 7/ 2011, de 15 de março, era negado aos transexuais o reconhecimento jurídico da adequação dos caracteres sexuais externos, o que levava a uma situação de grande vulnerabilidade nomeadamente de marginalização social, gerada pela necessidade de revelar o sexo de nascença, inscrito em documentos, como por exemplo certidões de nascimento, bilhete de identidade ou passaporte. Tal mostrava uma não mudança jurídica face à nova identidade sexual. Mesmo que alguns juristas interpretem as referências na Constituição e na legislação portuguesas à orientação sexual como extensivas à identidade de género, considerando ter sido esse o espírito do legislador, todavia, as duas noções são formalmente diversas.

Para uma melhor contextualização desta matéria é preciso mencionar a Recomendação n.º 1117 da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, de 29 de julho e ainda a Resolução do Parlamento Europeu, de 12 de setembro de 1989, recomendando aos Estados-Membros que tomassem a iniciativa de legislarem no sentido de reconhecerem às pessoas transexuais o direito ao processo de transição do sexo do nascimento para o correspondente à sua identidade de género. Ainda assim, lembro que, até 1995, o Código Deontológico da Ordem dos Médicos, proibia a intervenção médica para reatribuição de sexo, sendo essa proibição levantada mediante uma resolução do Conselho Nacional Executivo da Ordem, aprovada em 19 de maio de 1995, mas em que ainda subsistia um procedimento demasiado complexo que pouco facilitava a resolução da situação dos transexuais.

Antes da aprovação da Lei n.º 7/ 2011, de 15 de março, as pessoas transexuais, após a cirurgia genital, para verem o seu nome e sexo alterados no registo, teriam de interpor uma ação contra o Estado português. Esta ação tramitava-se como forma de processo comum ordinário de declaração, tendo os transexuais que peticionar a criação de uma norma

¹⁷⁰ALMEIDA, Susana - *O respeito pela vida (privada e) familiar na jurisprudência do tribunal europeu dos direitos do homem: a tutela das formas de família*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. 223.

casuisticamente. Muitas vezes, os Tribunais recorriam ao artigo 10.º, n.º 3 do Código Civil, conquanto tal forma de recurso à justiça se afigurasse muito morosa para o avanço do processo, o que lesava as pessoas transexuais do ponto de vista social e laboral. A este respeito foi importante o Acórdão da Relação de Lisboa, de 10/06/86, que estabeleceu um conjunto de pressupostos para essa mudança ao nível do registo: ser o autor maior de idade; não estar em condições de procriar; ter-se submetido a intervenção cirúrgica para modificar os caracteres sexuais do sexo morfológico de origem; serem irreversíveis as modificações em causa; ter vivido durante um ano no papel social do sexo para o qual transitou; não ter filhas/os.

Quanto ao ordenamento jurídico português face à transexualidade, o artigo 104.º, n.º 2 do CRC permite a alteração do nome inscrito no assento de nascimento, embora o legislador português tenha mantido em silêncio as demais matérias de relevo jurídico respeitantes à mudança do sexo. Por seu lado, o julgador nacional, visto estar impedido de se abster de julgar perante lacunas da lei, por força do artigo 8.º, n.º 1 do Código Civil, tem respondido, ora favorável, ora desfavoravelmente, às solicitações dos transexuais. No entanto, dado o primado do Direito Europeu, as sentenças do Tribunal de Estrasburgo impõem uma atuação das autoridades nacionais em conformidades com estas sentenças, exigindo-se ao julgador a aplicação direta do artigo 8.º em conformidade com a interpretação dada pelo TEDH, em pretensões semelhantes dos transexuais.

Em Portugal, a Lei n.º 7/ 2011, regulamentou a situação jurídica das pessoas transexuais, para as quais a identidade de género não corresponde ao sexo que lhes foi atribuído e registado no assento do nascimento e que corresponde ao chamado sexo morfológico. Esta é uma situação que, no ordenamento jurídico português tem sido mal enquadrada, até porque a maior parte da doutrina e jurisprudência tem advogado a prevalência da aparência sexual, exigindo que o transexual para obter a mudança de sexo deve realizar uma intervenção cirúrgica. Antes da Lei n.º 7/ 2011, um aspeto discutido pela doutrina era se estaríamos perante uma ação de estado em processo ordinário que conduzisse a uma retificação por averbamento do assento do nascimento ou uma simples ação de retificação do registo como processo de justificação judicial.

Ora, uma intervenção cirúrgica sexualmente amputadora, configurava uma “solução violenta, lesiva dos mais elementares direitos a integridade física e psicológica, o que a presente lei visa evitar.”¹⁷¹.

¹⁷¹CORTE-REAL, Carlos Pamplona & PEREIRA, José Silva - **Direito da Família- Tópicos para uma reflexão típica**. 2ª ed. atualizada. Lisboa: AAFDL, 2011. 100.

A Lei n.º 7/ 2011, nos seus artigos 2.º e 3.º, define quem tem legitimidade e capacidade para requerer no registo civil o procedimento de mudança de sexo e correspondente alteração do nome. Segundo o artigo 3.º, para lá do requerimento tem de ser apresentado um relatório que comprove um diagnóstico de perturbação de identidade de género “elaborado por uma equipa clínica multidisciplinar de sexologia clínica em estabelecimento público ou privado, nacional ou estrangeiro”. Esse relatório subscrito pelo menos por um médico e um psicólogo é suficiente para justificar a decisão de mudança de sexo pelo conservador (artigo 4.º), não sendo exigida qualquer amputação genital. As exigências anteriores a esta lei, baseadas numa visão exclusivamente biológica, revelavam-se atentatórias dos direitos de personalidade fundamentais do transexual, pelo que se manifesta concordância com a seguinte posição:

“Há pois que ir ao encontro de uma garantia de que “ todos sejam o que são”, independentemente do sexo morfológico que se lhe atribua, sendo certo que, via de regra, o transsexual buscará no ajuste assim mesmo a alteração ou alterações mais ou menos profundas, que, a nível corporal que não forçosamente a nível genital, tenha por adequadas.”¹⁷².

Destaco da lei em apreço o seu artigo 5.º, na nova redação que deu ao artigo 69.º, n.º 4, alíneas a) e b), do CRC, que permitiu que os factos mencionados na alínea o) do n.º 1 fossem averbados aos assentos de nascimento dos filhos maiores da pessoa que mudou de sexo e a requerimento daqueles ou ainda ao assento do nascimento do outro cônjuge com o consentimento deste, prestado através de declaração perante o oficial do registo civil ou de documento autêntico ou autenticado. Também o artigo 70.º, n.º 1 alínea i) do CRC admite o averbamento da mudança de sexo e do nome próprio ao assento de casamento, se existir consentimento legal do outro cônjuge. Daí que, com efeito, segundo Pamplona Corte-Real e José Silva Pereira:

“ [...] seja esta a primeira vez que numa Lei da República, embora cautelosamente porque apenas quanto a filhos maiores ou cônjuge podem surgir situações de homoparentalidade mantida sem qualquer retificação da eficácia jurídica *ex ante*, apesar da mudança de sexo do progenitor ou cônjuge.”¹⁷³.

¹⁷² *Ibidem*, 102.

¹⁷³ *Ibidem*, 103.

3.2. A jurisprudência do TEDH

A situação de vulnerabilidade dos transexuais foi várias vezes levada a Estrasburgo, tendo decorrido muito tempo até que o TEDH consentisse em realizar uma interpretação dinâmica da Convenção para extrair do artigo 8.º a obrigação positiva de reconhecimento jurídico desta realidade pelas legislações dos Estados-Membros. Igualmente, a reivindicação de reconhecimento jurídico da nova identidade sexual do transexual em relação à constituição de família, por força do artigo 12.º da Convenção TEDH, considerava apenas o direito ao casamento entre duas pessoas de sexo biológico diferente, pelo que não era concedido aos transsexuais o exercício da liberdade matrimonial. Só em 2002, o TEDH recusou o princípio da imutabilidade do sexo, nomeadamente nos Acórdãos *Christine Goodwin e I. c. Reino Unido*, de 11 de julho, de 2002, em que é abolida a referência ao critério biológico para definir o casamento. Saliento que já em 1977 a Comissão tinha declarado inaceitável, por força do artigo 8.º (direito ao respeito pela vida privada), uma queixa motivada pela recusa das instâncias nacionais alemãs em permitir a alteração do nome próprio de um transexual. No entanto, só no Acórdão *Van Oosterwijck c. Bélgica*, de 6 de novembro de 1989¹⁷⁴, a Comissão admitiu a queixa deduzida por um transsexual por as autoridades belgas terem recusado a retificação dos dados referentes ao sexo no assento de nascimento do requerente. Uma vez mais, o Tribunal veio a declarar a queixa inadmissível por não terem sido esgotados todos os meios internos. A primeira vez que o Tribunal esteve em convergência com a Comissão quanto à violação do direito da vida privada do transexual foi no Acórdão *B. c. França*, de 25 de março de 1992¹⁷⁵, em que a requerente veio arguir que a recusa pelas autoridades francesas de reconhecimento da sua verdadeira identidade sexual- dado a obrigar a revelar informações do foro íntimo a terceiros causando ainda sérias dificuldade na sua vida profissional- configurava uma violação do seu direito ao respeito pela vida privada que o artigo 8.º CEDH consagra. A decisão do Tribunal em considerar que existia uma violação do artigo 8.º representou uma mudança significativa na orientação jurisprudencial, mas a rutura só ocorreu verdadeiramente, no Acórdão *Christine Goodwin e I. c. Reino Unido*, de 11 de Julho de 2002. Realço o juízo do Tribunal nesses Acórdãos no sentido de a Convenção dever ser interpretada em conformidade com as condições de vida atuais, o que demonstra que os

¹⁷⁴ Cfr. Relatório da Comissão, de 1 de Março de 1979, sobre a queixa n.º 7654/76 de *Van Oosterwijck c. Bélgica*, B 36, §§ 59-60. E cfr. Acórdão *Van Oosterwijck c. Bélgica*, de 6 novembro de 1980, A 40, §§ 33, 39 e 41.

¹⁷⁵ In: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/sist-europeu-dh/TEDH-sumarios-2002.pdf> (consultado em: 22.11.2013).

documentos legislativos devem permitir uma interpretação que dê conta das mudanças sociais.

O Acórdão *Goodwin c. Reino Unido* foi emblemático para o reconhecimento dos direitos dos transexuais na Europa. Neste acórdão o TEDH considerou que, perante o caso concreto, o Reino Unido tinha agido contra a CEDH, uma vez que não garantiu os direitos a que a autora tinha direito como alguém do sexo oposto.

Deste modo, enfatizo o modo como o TEDH atendeu às reivindicações dos transexuais e foi sensível à grande vulnerabilidade destas pessoas. Pelo que concordo com a seguinte perspetiva de Susana Almeida:

“Na temática da transsexualidade, o Juiz de Estrasburgo acedeu aos apelos do drama transsexual e extraiu do artigo 8.º o direito ao reconhecimento jurídico da nova realidade sexual do transsexual submetido a cirurgia de conversão sexual e reconheceu-lhe o direito ao casamento plasmado no artigo 12.º. Resta-nos aguardar pela regulação jurisprudencial das “relações familiares sociais” que enlaçam os membros de uma família integrada por um transsexual operado.”¹⁷⁶.

Estimou ainda o Tribunal que era urgente harmonizar a prática administrativa reconhecedora da condição do transsexual com o reconhecimento jurídico das consequências da transsexualidade, tendo acrescentado que, apesar da falta de consenso europeu sobre a questão transsexual, considerava:

“ [...] um tendência internacional continua não apenas no sentido de uma crescente aceitação social dos transexuais, mas igualmente no sentido do reconhecimento jurídico da nova identidade sexual dos transexuais operado. [...] não pode ser considerada uma questão controversa a faculdade dos transexuais gozarem plenamente, nos mesmos termos dos seus concidadãos, do direito ao desenvolvimento pessoal e a integridade física e moral [...] a situação insatisfatória dos transexuais operados, que vivem entre dois mundos, dado que não pertencem verdadeiramente a um sexo, nem a outro, não pode mais ser sustentada.”¹⁷⁷.

Com base nessas premissas veio o Tribunal de Estrasburgo salvaguardar, sob a previsão do artigo 12.º CEDH, o direito de casar e constituir família dos transexuais submetidos a cirurgia de conversão sexual de acordo com a sua nova condição. Saliento a este propósito a bondade da decisão do Tribunal por avançar que a incapacidade dum casal procriar não pode, *per se*, privá-lo do direito de contrair casamento não obstante o artigo 12.º se referir expressamente ao direito de casar de um homem e de uma mulher, o Tribunal

¹⁷⁶ALMEIDA, Susana - **O respeito pela vida (privada e) familiar na jurisprudência do tribunal europeu dos direitos do homem: a tutela das formas de família**. Coimbra: Coimbra editora, 2008. 266.

¹⁷⁷ Acórdãos *Christine Goodwin e I. c. Reino Unido*, de 11 de Julho, de 2002, R02-VI, § 90; I.c. Reino Unido, de 11 de Julho de 2002, § 70.

considerou: “Não estava convencido que, atualmente, se pudesse continuar a admitir que estes termos implicam que o sexo deva ser determinado por critérios puramente biológicos.”. Nesta formulação o Tribunal chamou à colação as transformações e a evolução social na instituição do casamento, o que mostra bem como as mudanças sociais devem ser acompanhadas por mudanças jurídicas. Acresce que, nesta questão em específico, há ainda que salientar as assinaláveis mudanças que a medicina e a ciência aportaram para o domínio da transexualidade. Na decisão em apreço, embora o Tribunal considerasse ser incumbência do Estado contratante a definição das condições em que um transexual poderia obter o reconhecimento jurídico do novo sexo assim como as condições em que um anterior casamento perdia validade ou ainda os formalismos aplicáveis a um futuro casamento, o Tribunal não identificava qualquer razão para impedir um transexual de contrair casamento.

Neste domínio existem outros Acórdãos relevantes do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos: o Acórdão de 12 de junho de 2003¹⁷⁸, em que o Tribunal decidiu que o Estado alemão teria de pagar ao queixoso despesas ligadas ao processo de retribuição de sexo; o Acórdão de 25 de março de 2002¹⁷⁹, em que o Tribunal decidiu que o Estado francês teria de permitir o casamento de uma pessoa transexual após a reatribuição de sexo com outra pessoa de sexo diferente; o Acórdão de 17 de junho de 2006¹⁸⁰ em que o Tribunal decidiu que uma transexual estava a ser discriminada, nomeadamente por lhe ter sido recusada uma pensão estatal.

Nestas decisões, o Tribunal canalizou o justo equilíbrio em favor da causa transexual, rompendo, assim, com as premissas jurisprudenciais anteriores, substituindo o argumento do denominador comum pela referência à tendência internacional a favor da aceitação social cada vez maior da transexualidade bem como do reconhecimento jurídico da nova identidade sexual do transexual operado¹⁸¹. Fora a inexistência de tal denominador comum entre os Estados contratantes que havia impedido o Tribunal, em casos anteriores, de proceder a uma interpretação mais progressista que tutelasse os direitos dos transexuais. Assim, o Tribunal foi realizando a chamada interpretação consensual, ficando em aberto a suscetibilidade de uma mudança da sua jurisprudência quando existisse um consenso mais evidente entre os Estados contratantes. Foi esse mesmo consenso que o Tribunal antecipou, inspirado nos direitos

¹⁷⁸ Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/sist-europeu-dh/TEDH/Sum%E1rios%002003.pdf> (consultado em 06.12.2013)

¹⁷⁹ Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/sist-europeu-dh/TEDH-sumarios-2002.pdf> (consultado em 06.12.2013).

¹⁸⁰ Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/sist-europeu-dh/TEDH/Sum%201006.pdf> (consultado em: 06.12.2013).

¹⁸¹ A este propósito Cf. BEATE, Rudolf - European Court Of Human Rights: legal status of postoperative transsexuals. *International journal of constitutional law*. Vol. 1, n.º 4, Oct., 2003. 720.

humanos, ao propor a teoria da margem de apreciação para operar uma interpretação construtiva.

Por força desta jurisprudência entrou em vigor, em 1 de julho de 2004, no Reino Unido, o *Gender Recognition Act 2004*¹⁸², o qual veio facultar o reconhecimento jurídico da nova identidade sexual.

Um outro Acórdão que merece referência é o *Van Kuck c. Alemanha*, de 12 de junho de 2003¹⁸³, em que as autoridades alemãs haviam questionado a opinião de um perito sobre a necessidade da cirurgia de uma requerente. Ora, a identidade sexual é um dos elementos mais íntimos da vida privada, vindo o Tribunal a considerar ser desproporcional exigir de uma pessoa a prova do carácter medicamente necessário do tratamento.

Também o Reino Unido se viu confrontado por uma condenação por desrespeito da vida privada do transexual no Acórdão *Grant c. Reino Unido* de 26 de maio de 2006¹⁸⁴, em que a requerente tentou junto das autoridades nacionais a reabertura do processo que lhe tinha negado a atribuição da pensão de reforma, dado que perante a lei ela ser ainda considerada um homem. Defendia a requerente que a ausência de reconhecimento jurídico da nova identidade sexual e a recusa da pensão da retribuição da reforma na idade exigida violavam o artigo 8.º da Convenção, vindo o Tribunal a considerar não existir nenhuma justificação pelo não reconhecimento jurídico da nova identidade requerente, concluindo ter-se verificado uma violação do preceito invocado.

¹⁸² Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/7/notes/contents> (consultado em: 06.12.2013).

¹⁸³ Cfr. Acórdão *Van Kuck c. Alemanha*, de 12 de junho de 2003, RO3, §§ 73-81. A decisão definitiva data de 12 de setembro de 2003.

¹⁸⁴ Cfr. Acórdão *Grant c. Reino Unido*. Disponível em: <http://www.echr.coe.int> (consultado em 06.12.2013).

3.3. Referências ao direito comparado

Ao nível do direito comparado, de forma breve, saliento a crescente tendência favorável ao reconhecimento da transexualidade e dos direitos inerentes a ela, quer pela via judicial, quer pela legislativa.

A legislação sueca foi pioneira na Europa ao estabelecer uma lei para regular a matéria, em 1972, reconhecendo, por via normativa, aos indivíduos insatisfeitos com o seu estado sexual original, recorrerem à autoridade administrativa competente, para que esta reconheça os seus direitos de modo pleno.

Também em Itália, logo em 1980, foi adotada uma proposta de lei para reconhecer os direitos dos transexuais, mas foi só com uma lei, de 1982, que ficou garantido o direito à adequação sexual.

Na Holanda, foi em 1885 que entrou em vigor a lei sobre a mudança de nome e sexo no registo civil dos transexuais. Na Alemanha, esse reconhecimento jurídico vigora desde 1981.

Por sua vez, a Espanha aprovou, em 2007, a lei da identidade de género, permitindo aos transexuais adequarem o seu nome e sexo no registo civil, com ou sem cirurgia, bastando que o médico constate a necessidade dessas alterações para determinados indivíduos.

Nos EUA, vários Estados têm meios jurídicos de reconhecimento dos direitos dos transexuais, como ocorre no Estado da Louisiana ou no do Illinois.

3.4. Posição defendida

A matéria respeitante ao enquadramento jurídico da transexualidade mostra, que nem sempre o direito se revela capaz de acompanhar a factualidade social com a mesma celeridade com que esta se gera. Como defende Ihering¹⁸⁵ não raro a luta para conformar realidade jurídica às circunstâncias de facto torna-se mesmo imprescindível como é o caso das lutas travadas por minorias sociais com o propósito de alcançarem uma efetivação dos seus direitos. A comprovar esse desfasamento ou hiato temporal, temos que, no caso português, só com a Lei n.º 7/2011, de 15 de março, é que se concretizou a regulação da situação jurídica das pessoas transexuais. Também no direito brasileiro, se é certo que, desde a década de 70, se permitiu o acesso a meios cirúrgicos para adequar a situação física à mental e emocional, todavia o reconhecimento jurídico de tal direito não ocorreu imediatamente, antes começou por ser considerada uma prática criminosa no ordenamento brasileiro¹⁸⁶. É imprescindível que a situação jurídica das pessoas que procuram esse tipo de alteração tenha correspondência na sua situação de facto, uma concretização que se realiza, por exemplo, através do registo civil ou, em particular, o direito à adequação do nome e sexo no registo civil, pois só assim essas pessoas gozam plenamente dos seus direitos na sua nova condição como alguém do sexo oposto. Ora, este é um debate que atravessa a própria categoria jurídica dos direitos de personalidade e também dos direitos fundamentais.

Para apoiar a posição que defendo, favorável à tutela do direito à identidade de género dos transexuais, evoco a Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos, postulando que todos beneficiam do direito ao respeito pela sua dignidade, independentemente das suas características diretas, de modo a respeitar a singularidade e diversidade.

Destaco, a Lei 7/2011, aprovada na Assembleia da República, resultante de um trabalho na especialidade, no âmbito da Comissão de assuntos constitucionais, direitos, liberdades e garantias. O grande contributo dessa Lei foi o de permitir uma agilização e simplificação de procedimentos, destacando-se o facto de separar o processo cirúrgico e hormonal da parte jurídica. Ou seja, deixou de ser obrigatório ter concluído o processo médico de alteração de sexo para se poder alterar o nome e o sexo no bilhete de identidade ou no cartão de cidadão. Enfatizo, assim, esta mudança jurídica, sendo que de acordo com a Lei

¹⁸⁵ IHERING, Rudolf Von - **A luta pelo direito**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 2002.

¹⁸⁶ FERNANDES, Eric Baracho Dore - Os direitos da personalidade e a problemática dos transexuais. **Revista de direito dos monitores da UFF**. Disponível em: <http://www.rdm.uff.br/indes.php/rdm/article/download/133/80> (consultado em: 26.11.2013).

n.º 7/2011, passaram a ter legitimidade para requerer a mudança de género as pessoas de nacionalidade portuguesa, maiores de idade e que não se mostrem interditas ou inabilitadas por anomalia psíquica a quem seja diagnosticada perturbação de identidade de género. Foi sem dúvida um passo significativo, se bem que existam aspetos a melhorar, designadamente a eliminação do trâmite adicional da obrigatoriedade de pedir um parecer à Ordem dos Médicos para lá do diagnóstico das equipas multidisciplinares, por ser, em certo sentido, redundante e por vir retardar a celeridade do processo.

Outra questão a ser melhorada prende-se com o facto de inexistir acesso à PMA, através da preservação de gâmetas antes do início do processo de transição (que em geral leva à esterilidade irreversível) ficando assim vedada a possibilidade de pessoas transexuais virem a ter filhas/os geneticamente ligados/as a si.

De mencionar ainda que a recomendação da Ordem dos Médicos de que as pessoas transexuais sejam maiores de idade, civilmente capazes e não casadas, também é motivo de crítica, na medida em que impede o acesso aos cuidados de saúde a pessoas transexuais por motivos não substanciais. Para além disso, a duração do processo é manifestamente excessiva até que venha a transitar em julgado, acarretando insegurança junto das pessoas transexuais e dificultando a sua desejável integração social, podendo também estar na base da exclusão laboral de certas pessoas.

A posição que defendo é ainda suportada pelos artigos 13.º e 26.º da CRP, sendo que, no primeiro caso, a base constitucional do princípio da igualdade é a igual dignidade social de todos os cidadãos (n.º 1), o que vem na esteira do artigo 1.º da CRP da igual dignidade humana de todas as pessoas e cujo sentido imediato se traduz na consagração da “ [...] idêntica “validade cívica” de todos os cidadãos, independentemente da sua inserção económica, social, cultural e política, proibindo desde logo formas de tratamento ou de consideração social discriminatórias.”¹⁸⁷.

Também a inserção da proibição de discriminação baseada na orientação sexual (pela LC n.º 1/ 2004, que acolheu reivindicações das designadas minorias sexuais), veio ramificar-se no direito à identidade sexual, o qual vem sendo crescentemente reconhecido nos ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros da União Europeia, além de ser sufragado quanto às refrações mais importantes pelos Tribunais Europeus.¹⁸⁸

¹⁸⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes & MOREIRA, Vital - **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. 337-338.

¹⁸⁸ *Ibidem*. Os dois constitucionalistas elencam alguns dos acórdãos- na sua maioria já realçados no item anterior- como sejam: “Caso *Goodwin*, de 11-07-2002, do TEDH, reconhece o direito à mudança de sexo consequente possibilidade de casamento de transexuais, abandonando o princípio civil e constitucional da

Por sua vez, do artigo 26.º sublinho que o direito à identidade de género vem ao encontro do desenvolvimento da personalidade o que pressupõe a exigência de proibição de ingerências dos poderes públicos ou de poderes privados dotados de poderes públicos além do direito à autoafirmação em relação a si mesmo contra quaisquer imposições de terceiros ou de poderes públicos. Além disso, dá guarida constitucional a diversos direitos de personalidade inominados, como por exemplo direito ao segredo das fichas médicas ou direito à autodeterminação sexual. Por outro lado, destaco desse artigo o direito à proteção legal, uma vez que o Estado não pode discriminar as pessoas (artigo 13.º CRP), mas está ainda obrigado a proteger legalmente as pessoas contra discriminações públicas ou privadas¹⁸⁹.

Neste âmbito, realço a aprovação em votação final global na Assembleia da República, em janeiro de 2013, da revisão do Código Penal que veio consagrar a identidade de género como uma categoria de discriminação que é atendida pela Lei, sendo que a par da expressão “orientação sexual”, a expressão “identidade de género” foi acrescentada aos artigos atinentes ao homicídio qualificado e ofensas à integridade física qualificada, firmando-se a especial censurabilidade ou perversidade destes atos e o consequente agravamento penal, caso a motivação seja o ódio em função da orientação sexual ou identidade de género da vítima. Saliento ainda que esta mudança jurídica vem na linha de uma resolução do Conselho de Direitos Humanos da ONU, de 2011, e ainda da recomendação CM/Rec. (2010) do Comité de Ministros do Conselho da Europa.

Porém, outros passos terão ainda de ser dados no sentido de garantir uma proteção eficaz contra a discriminação no acesso à saúde, educação e habitação, que o direito já incorporou face a outras categorias de discriminação, mas permanece ausente não só no que respeita à orientação sexual, como também à identidade de género. Ainda assim, os passos dados são relevantes no sentido de garantir às pessoas transexuais o acesso à cidadania plena a que têm direito, até porque em causa acaba por estar o gozo dos seus direitos essenciais e o cabal cumprimento do disposto na CRP no que concerne ao direito à inviolabilidade da integridade moral e física do indivíduo, à identidade das pessoas e ao desenvolvimento da sua personalidade.

intangibilidade do estado civil; caso *D e Suécia v. Concelho*, do TJCE, de 31-05-2001; caso *K. B.*, de 07-01-2004, que, ao conceder ao transexual o sexo por ele reclamado, conduz logicamente a recentrar o princípio da igualdade de tratamento de transexuais, dado que o direito ao casamento não é concedido ao transexual em si mesmo mas a uma mulher ou a um homem que operaram legitimamente a sua conversão sexual [...]”.349.

¹⁸⁹ “Entre os meios de proteção podem contar-se a nulidade de actos jurídicos discriminatórios e a punição dos comportamentos discriminatórios. Este dever de proteção configura-se, em primeiro lugar, como um dever objectivo de proteção das entidades públicas contra forma de discriminação. Ao direito à proteção legal sexo também a existência de um direito subjectivo a emanação de medidas (constantes de leis ou promovidas por actos legais) [...]”. *Ibidem*. 471.

CAPÍTULO 4: MUDANÇAS SOCIAIS SEM MUDANÇAS JURÍDICAS NO DOMÍNIO DO DIREITO DA FAMÍLIA: A ADOÇÃO HOMOPARENTAL

1. A questão da adoção por casais de pessoas do mesmo sexo

Este capítulo trata da questão muito controversa da homoparentalidade, que é uma das questões mais prementes no âmbito do Direito da família contemporâneo. Esta é, aliás, uma das questões em que o mundo jurídico se tem confrontado com múltiplas resistências e, no caso português, se tem mostrado pouco aberto às mudanças sociais. Com efeito, estudos antropológicos dão conta das mudanças sociais conducentes à seguinte conclusão:

“[...] os indivíduos já não precisam de se definir socialmente apenas ou sobretudo em termos de parentesco, prestando-se atenção não só às estruturas (aquilo que se herda) como também às práticas, à relação entre interesses e emoções, ou a conceitos como o de *relatedness*- significa também abordar a rede de pessoas com que alguém tem relações, na prática e emocionalmente, mais sólidas, duradouras e próximas (e que podem perfeitamente não ser os parentes que lhe foram atribuídos pela regra da estrutura, pais incluídos).”¹⁹⁰.

As mudanças sociais também geram mudanças linguísticas ou terminológicas e é isso que verificamos com o neologismo da parentalidade por contraste com o tradicional termo da paternidade. Isto mostra bem o modo como o Direito vai acomodando as transformações sociais, buscando novas concetualizações e reestruturando o seu corpo semântico. A parentalidade designa em especial o exercício de funções, enquanto o termo paternidade é cunhado pela procriação. O primeiro termo vai, pois, ao encontro das dimensões plurais da filiação, ou seja, aponta para famílias e não para um convencional direito da família. Até porque, como lemos no Projeto de Lei n.º 278/XII¹⁹¹:

“De facto, estamos a pensar no que já existe e o que já existe não é a *família*, mas *famílias*: aquela expressão não passa de um pretensão ideal-tipo que nada tem de ideal: ainda ninguém conseguiu provar que um determinado formato de família gera mais bem-estar nos seus elementos do que outro. E nada tem de típico: dados estatísticos, por menos informação desagregada que contenham, comprovam a diversidade das estruturas familiares atuais.”¹⁹²

¹⁹⁰ ALMEIDA, Miguel Vale de - **A Chave do Armário. Homossexualidade, Casamento, família**. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais, 2009. 210.

¹⁹¹ Disponível em: <http://mediaserver2.rr.pt/NEWRR/projectops14848d1a.pdf> (consultado em: 04.02.2014).

¹⁹² *Ibidem*. Ainda em sentido convergente, saliento o seguinte ponto de vista: “Cabe à Lei portuguesa atentar e reger em moldes mais ajustados a latente tensão entre perspectiva biológica e a perspectiva afetiva no âmbito da parentalidade. Sublinhe-se como os institutos do apadrinhamento civil, da adoção restrita e do acolhimento institucional ou familiar comprovam claramente, face ao sub-estatuto das crianças aos mesmos sujeitas, a preocupação de não elevar a uma posição e relevo paralelo ao dos vínculos da parentalidade biológica, a parentalidade afetiva [sublinhado meu]. Não há memória de a parentalidade biológica, quantas vezes menos expressiva face à criança tem sido cerceada no seu estatuto pleno jurídico-tradicional.” CORTE REAL, Carlos

O Direito da Família português só em termos muito limitados tem feito relevar juridicamente a inter-relação afetiva e de comunhão de vida entre duas pessoas do mesmo sexo, o que aliás configura na lei ordinária uma discrepância com a própria CRP. Como tive ocasião de referir, e a título ilustrativo, evoco o artigo 1628.º alínea e) do Código Civil que considerava inexistente o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Por outro lado, a Lei n.º 7/2001, que admite a união de facto homossexual, acaba por reconhecer-lhe efeitos jurídicos limitados, além de discriminar a união de facto homossexual da heterossexual. Acresce que os casais homossexuais não encontram razões suficientes, do ponto de vista jurídico, para se poderem sentir plenamente realizados não apenas ao nível interpessoal como em termos parentais. Isto porque a recusa, pelo Direito da constituição de qualquer vínculo, juridicamente reconhecido, de parentalidade, seja pela via da adoção, seja pela da procriação medicamente assistida, veda aos casais homossexuais o direito à liberdade, à tutela do desenvolvimento da personalidade e mesmo, tendo em conta o valor supremo do interesse da criança, viola o princípio da igualdade e da não discriminação em função da orientação sexual.

Quanto à capacidade para adotar, no que toca à adoção plena, o artigo 1979.º, n.º 1, alínea d) veda a adoção plena por duas pessoas do mesmo sexo, só a admitindo quando a adoção for conjunta (relativa a ambos os membros do casal), para pessoas casadas (para heterossexuais) há mais de 4 anos. Embora o n.º 2 desse artigo, pareça admitir a adoção plena singular sem restrições, a verdade é que, esse preceito deve ser interpretado conjugadamente com o artigo 1973.º, n.º 2, que impõe um inquérito sobre a idoneidade do adotante, para criar e educar o adotando, para que possa ser proferida a sentença adotiva. Através de uma leitura sistemática do artigo 7.º da LUF e o artigo 6.º da PMA, verifica-se que a adoção plena parece ser vedada pelo legislador ordinário, mesmo singularmente, aos homossexuais. Já quanto à adoção restrita, por inexistir uma remissão do artigo 1992.º do Código Civil para o artigo 1979.º, seria de crer a viabilidade da adoção conjunta por um casal hetero ou homossexual, além da possibilidade de uma adoção singular. No entanto, conforme Pamplona Corte-Real e José Silva Pereira:

“A verdade é que, do artigo 1977, n.º 2, em conjugação com o artigo 1973, n.º 2, parece inferível, também a nível da lei comum, uma resposta negativa quanto ao acesso por um casal homossexual à adoção restrita, quer conjunta, quer singular, até

porque o artigo 7.º da LUF veda o acesso dum casal homossexual unido de facto ao instituto da adoção [...]”.¹⁹³

Como diz Jorge Duarte Pinheiro adoção é o:

“vínculo constituído por sentença judicial proferida no âmbito de um processo especialmente instaurado para o efeito, que, independentemente dos laços de sangue cria direitos e deveres paterno-filiais (em sentido lato) entre duas pessoas.”¹⁹⁴

Por oposição ao parentesco natural, a adoção emerge com um parentesco legal, criado à semelhança daquele, conquanto, não se trate de uma ficção da lei, como consideram Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira¹⁹⁵.

Tem sido no instituto da adoção que mais alterações se têm operado, sendo que é preciso destacar a mudança profunda do seu espírito, no sentido em que se funda, atualmente, sobremaneira, no interesse dos menores desprovidos de meios familiares.

De notar ainda o facto de a Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, ter regulado a situação jurídica de duas pessoas, independentemente do sexo, que vivam em união de facto há mais de dois anos, embora reconheça apenas às pessoas de sexo diferente que vivam nessas condições o direito de adoção em condições análogas às previstas no Código Civil, sem prejuízo das disposições legais atinentes à adoção por pessoas não casadas. Daí se infere que os casais homossexuais ficam excluídos de adotarem. A favor desta exclusão pronunciou-se Luís Villas-Boas, Presidente da Comissão de Acompanhamento da Lei de Adoção¹⁹⁶. Por sua vez, Pedro B. Ferreira Dias considera que esta questão deve ser reequacionada noutros

¹⁹³ CORTE-REAL, Carlos Pamplona e PEREIRA, José Silva - **Direito da Família- Tópicos para uma reflexão típica**. 2.ª Ed. atualizada. Lisboa: AAFDL, 2011. 257.

¹⁹⁴ PINHEIRO, Jorge Duarte - **Direito da família e das sucessões**. Vol. I. 3.ª Ed. Lisboa: AAFDL, 2007. 160. Guilherme de Oliveira sustenta a seguinte e interessante perspectiva que traduz bem o que está verdadeiramente em causa no instituto da adoção: “O que acontece é que a adoção assenta em *outra verdade*, uma verdade afetiva e sociológica, distinta da verdade biológica em que se funda o parentesco.” COELHO, Francisco Pereira & OLIVEIRA, Guilherme de - **Curso de Direito da Família**. Vol. I. 4º Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. 262. Evoco que a regulamentação da adoção se encontra distribuída por vários diplomas, nomeadamente o Código Civil, a Constituição da República Portuguesa, a Organização Tutelar de Menores, o Decreto-Lei n.º 185/93 e a Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, sendo ainda de referir que a adoção singular emergiu com a reforma de 1977 do Código Civil, ao mesmo tempo que o reconhecimento da adoção como fonte de relações jurídicas familiares em paralelo com a relação matrimonial e com as relações de parentesco e de afinidade o Código Civil de 1966 ajustou-se à generalidade dos direitos modernos, tornando-se o instituto cada vez mais norteado pela proteção das crianças e dos jovens, tal como configura no artigo 4.º alínea a) da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, anexa à Lei n.º 147/99 de 1 de setembro, que concretiza o princípio do interesse superior da criança e do jovens da seguinte forma: “a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos das crianças e dos jovens, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade nos interesses presentes no caso em concreto”. A este propósito cf. EPIFÂNIO, Rui Lisboa & LEANDRO, Armando Gomes - Adopção- sentido e alcance da evolução legislativa. **COMEMORAÇÕES DOS 35 ANOS DO CÓDIGO CIVIL E DOS 25 ANOS DA REFORMA DE 1977**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. 851-859.

¹⁹⁵ COELHO, Francisco Pereira & OLIVEIRA, Guilherme de - **Curso de Direito da Família**. Vol. I. 4º Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. 262.

¹⁹⁶ In: **Jornal Público**, de 17 de fevereiro de 2004.

moldes, nomeadamente pela acentuação do interesse geral de proteção da infância desfavorecida¹⁹⁷, sendo o seu argumento-chave o facto de considerar que a sociedade ainda não está devidamente preparada para a admissão da adoção por casais homossexuais, isto apesar da CRP, no seu artigo 13.º, consagrar o princípio da igualdade dos cidadãos. Considera este autor:

“ [...] ainda existe na sociedade uma certa discriminação relativamente das pessoas que têm uma orientação sexual desta natureza[homossexual]. É errado, mas não deixa de ser uma realidade. Pelo que poderíamos ser tentados a argumentar que uma criança que fosse adoptada por um casal com tal orientação sexual poderia, no futuro, vir a sofrer reflexamente alguns problemas de exclusão social, o que traduziria que a adopção, caso tivesse sido decretada, não lhe tinha trazido reais vantagens deste ponto de vista.¹⁹⁸”.

A conclusão a que chega este autor é a seguinte:

“De *jure constituto*, não temos grandes dúvidas que está vedado aos casais homossexuais poderem adoptar uma criança. De *iure constituendo*, tudo dependerá da evolução da nossa sociedade.”¹⁹⁹.

Seguindo outra linha de raciocínio sobre a matéria em causa, Carla Amado Gomes²⁰⁰, considera que, embora os artigos 13.º, n.º 2 e 26.º, n.º 1 da CRP impeçam a discriminação em razão da orientação sexual e plasmem o direito ao livre desenvolvimento da personalidade dos parceiros, já a possibilidade de adotar como concretização do direito a constituir família, (artigo 36.º, n.º 1 da CRP) se mostra mais controversa, tendo em conta a visão tradicional da paternidade e da maternidade como sendo as duas figuras referenciais de uma criança em crescimento. Assim, um argumento frequentemente utilizado contra a adoção por casais homossexuais é a inserção de crianças num meio familiar onde a construção da identidade sexual será potencialmente mais complexa, além de que a criança terá dificuldade na sua integração social, em função do juízo social que sobre ela incidirá. A conclusão apontada por esta autora é a seguinte:

“Um argumento de precaução- na dúvida sobre os reais efeitos da adopção por casal homossexual sobre a criança adoptanda, é melhor proibir- tem-se imposto, embora apoiado num consenso social cada vez mais fragmentado e resistindo mal as comparações e presumíveis perigos da família homossexual e os efectivos riscos da família monoparental e heterossexual. O tempo dirá se a concepção de família (adoptiva) resiste a mais este factor de erosão. Ponto é que, com equilíbrio e

¹⁹⁷ DIAS, Pedro Branquinho Ferreira - A adopção por casais homossexuais: sim, não ou talvez?. **Lex Familiae**. N.º 5, 2005. 101.

¹⁹⁸ *Ibidem*.

¹⁹⁹ *Ibidem*, 102.

²⁰⁰ GOMES, Carla Amado - Filiação, adopção e proteção de menores- Quadro constitucional e notas de jurisprudência. **Lex Familiae**. 2007. 15-39.

adequação se acautele o interesse das crianças e a sua indelével expectativa à felicidade pessoal e familiar.²⁰¹”

No que respeita às mudanças sociais, esta problemática que agora me ocupa não pode deixar de mergulhar as suas raízes no contexto de uma progressiva desinstitucionalização do modelo familiar, a qual determina inovações na interpretação e aplicação dos normativos legais, havendo que destacar o afeto e o cuidado como relevantes valores jurídicos na conformação familiar da atualidade. Neste sentido dá-se uma recuperação pela família da sua função mais fundamental, que segundo Jacqueline Filgueiras Nogueira, é a seguinte:

“ [...] a de servir como comunidade de laços afetivos e amorosos em perfeita união, envolta na solidariedade e no respeito familiar, o lugar em que são exaltados, observados e tutelados os interesses e direitos fundamentais dos cidadãos-familiares, em detrimento de valores, interesses e direitos patrimoniais.”²⁰²

A necessidade de uma mudança jurídica nesta matéria da adoção por casais homossexuais liga-se, do meu ponto de vista, à necessidade de avançar contra o vazio legal que, nesta situação em concreto, acaba por não acolher o superior interesse da criança. Com efeito, não apenas a família, mas igualmente a filiação tem sido objeto de uma profunda mudança, obrigando a repensar as relações paterno-filiais e os valores que as matriciam. Uma mudança que passa pela enfatização do afeto como o elemento identificador das entidades familiares, tornando-se mesmo o parâmetro definidor dos vínculos parentais. É deste modo que a doutrina mais moderna deixou de definir o vínculo de parentesco exclusivamente em função da identidade genética, para o que muito contribuiu a fecunda interação do direito com outros ramos do saber, nomeadamente as ciências psicossociais. Assim sendo, a família deixou claramente de ser uma unidade de cariz económico, social para se tornar sobretudo um grupo de afetividade, sendo neste âmbito que é preciso enquadrar a questão sobre as estruturas familiares constituídas por pessoas do mesmo sexo. A própria realidade se impõe, pois existem crianças e adolescentes a viver em lares homossexuais, não se podendo escamotear essa realidade com a finalidade de negar direitos, o que seria uma atitude discriminatória. Impedir a faculdade de juridicizar essa mesma realidade não deixará de acarretar prejuízos para a criança e estando presentes todos os requisitos para o

²⁰¹ *Ibidem*, 39.

²⁰² NOGUEIRA, Jacqueline Filgueiras - **A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico**. São Paulo: Memória Jurídica, 2001. 43. Na mesma linha: “O elo que une as pessoas, em relação de parentalidade, é mais do que o elo de sangue [...] é um elo de confiança, conquistado com os anos. Nessa realidade, o vínculo biológico se transforma em um detalhe.” TARTUCE, Flávio - As verdades parentais e a ação vindicatória de filho. **Revista brasileira de direitos das famílias e sucessões**, 4/40, Porto Alegre, junho-julho, 2008.

reconhecimento de uma filiação sócio-afetiva, negar a sua presença seria toldar a realidade pelo *Véu de Maya* do preconceito, o qual deve ser combatido também pelo direito em favor do bem da criança, do que melhor atende aos interesses do menor. Seguindo esta linha de análise, destaco o ponto de vista de Viviane Pereira, com o qual, no essencial, discordo por não deixar de conter ingredientes de estereótipos e mesmo de preconceitos:

“Tecnicamente não há nada que impeça a adoção por um homossexual, senão a moral, a ética, enfim valores que são alterados no tempo. Pode haver uma presunção de que o homossexual não é uma pessoa adequada a cuidar de uma criança, mas essa presunção não pode ser absoluta, pois deve ser analisada em cada caso concreto.”²⁰³

Nesta matéria são de mencionar três cenários possíveis em que uma pessoa homossexual possa pretender adotar uma criança:

1. A adoção singular, em que uma pessoa tenta adotar singularmente uma criança num estado onde adoções por pessoas não casadas são permitidas e o/a companheiro/a que essa pessoa tenha não adquire quaisquer direitos em virtude dessa adoção;
2. A coadoção, no caso em que a criança só possua uma figura parental legal, ou no caso de a criança ter duas figuras parentais legais, incumbe ao Tribunal decidir se o/a companheiro/companheira da figura parental legal deve substituir a outra figura parental, com o seu consentimento ou porque tal decisão se revelaria no interesse superior da criança;
3. O terceiro cenário será aquele em que ambos os membros de um casal de pessoas do mesmo sexo pretendem adotar conjuntamente uma criança (adoção conjunta) com a qual não existe nenhuma situação genética ou legal com os/as companheiros/as, de modo a que ambos/as possam beneficiar simultaneamente das responsabilidades parentais sobre a criança.

O TEDH pronunciou-se favoravelmente à adoção singular no Acórdão E. B. v. França (22 de janeiro de 2008)²⁰⁴, argumentando que não é possível excluir uma pessoa homossexual de adotar uma criança enquanto pessoa solteira, somente em razão da sua orientação sexual, por constituir uma discriminação violadora do artigo 14.º e do artigo 8.º do CEDH. Quanto à coadoção por casal de pessoas do mesmo sexo, menciono a decisão do caso Gas e Dubois v. França (15 de março de 2012)²⁰⁵, não tendo o Tribunal encontrado qualquer diferença de tratamento, considerando não ter existido discriminação, nem violação do artigo 14.º da

²⁰³ PEREIRA, Viviane Patrícia Gonçalves - **Adoção: Novas famílias e o interesse da criança. Alguns aspectos**. Dissertação de mestrado em Ciências Jurídicas- Civilísticas, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2002.

²⁰⁴ Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=press/factsheets&c> (consultado em: 10.02.2014).

²⁰⁵ Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=press/factsheets&c> (consultado em: 12.02.2014).

CEDH combinado com o artigo 8.º da CEDH²⁰⁶. De referir ainda o Acórdão Mota v. Portugal (21 de dezembro de 1999)²⁰⁷, em cujo arresto está implícito que o TEDH não encontrou qualquer razão para uma criança não poder ser criada por uma pessoa homossexual que viva com o/a seu/sua companheiro/companheira, inferindo-se também que o Tribunal refutou as preocupações que mais frequentemente são expendidas acerca do bem-estar das crianças com figuras parentais homossexuais, embora não tenha rejeitado explicitamente essas preocupações.

Destaco ainda, que em 1993, o Supremo Tribunal de Vermont considerou que:

“A nossa preocupação primordial deve ser o efeito nas nossas leis da realidade da vida das crianças [...] negar a protecção legal a relação entre o/a filho/a de uma mãe lésbica e a sua companheira, por uma questão de direito, não é consistente com o interesse superior das crianças [...]”²⁰⁸.

Contra a resistência face à concessão da adoção conjunta, é importante realçar as seguintes considerações de Maria Berenice Dias, no julgamento do caso pioneiro no Brasil de concessão de guarda a um casal de mulheres homossexuais:

“É chegada a hora de acabar com a hipocrisia e atender ao comando constitucional de assegurar a proteção integral de crianças e adolescentes. Como há enorme resistência de admitir a adoção por um par homossexual, mas não há impedimento a que uma pessoa sozinha adote alguém, resolvendo o casal constituir família, somente em busca a adoção. Não revela sua identidade sexual e nos estudo social que é levado a efeito, não são feitos questionamento a respeito disso. A companheira ou companheiro não é submetido à avaliação e a casa não é visitada. Via de consequência, o estudo social não é bem feito. Para a habilitação deveria atender-se a tudo isso, para assegurar a conveniência da adoção.”²⁰⁹

Ao nível da controvérsia que enforma os argumentos a favor e contra a adoção por pessoas do mesmo sexo- que abordarei com maior detalhe mais adiante-, é importante ter em conta a análise realizada por um estudo, publicado em fevereiro de 2002, pela American Academy of Pediatrics²¹⁰, que veio contrariar uma argumentação recorrente segundo a qual as crianças adotadas por casais do mesmo sexo acabariam por desenvolver problemas de desenvolvimento ou ficaram mais propensas a tornarem-se homossexuais. Ora, as conclusões

²⁰⁶ “69. [...] o Tribunal deve examinar a sua situação [das requerentes] em comparação com aquela que é aplicável aos casais de pessoas heterossexuais não casadas [...] casais heterossexuais em igualdade de circunstâncias, em PACS [contrato de solidariedade civil], enfrentam [...] a mesma recusa de adoção simples [...] [o Tribunal] não encontra portanto qualquer diferença de tratamento fundada sobre a orientação sexual das requerentes.” Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-109571> (consultado em: 12.02.2014).

²⁰⁷ Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=press/factsheets&c> (consultado em 12.02.2014).

²⁰⁸ Disponível em: *Adoption of B.L V.B.*, 628 A. 2d 1271 (Supremo Tribunal de Vermont, 1993).

²⁰⁹ Disponível em: TJRS, 7.ª C. Cível, AC 70013801592, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 05/04/2006.

²¹⁰ Disponível em: <http://www.aap.org/en-us/about-the-aap/aap-press-room/pages/American-Academy-of-Pediatrics-Supports-Same-Gender-Civil-Marriage.aspx> (consultado em: 07.02.2014).

desse estudo vieram valorizar a similitude entre hetero e homossexuais no exercício dos papéis parentais em dimensões como atitudes parentais, comportamento, personalidade e ajustamentos dos pais, asseverando ainda a existência de um similar desenvolvimento emocional e social da criança, bem como a identidade de género e a orientação sexual da mesma. Por conseguinte, o argumento segundo o qual filhos de homossexuais tenderão a sê-lo também encontra-se toldado pelo preconceito, pois se, desde logo, pressupõe generalizadamente que ser homossexual é negativo, tal como demonstrado por esse estudo os factos desmentem esse argumento. Outra conclusão relevante desse relatório é que as crianças são aparentemente muito mais influenciadas pelas sinergias familiares do que propriamente pela estrutura familiar. Ou seja, é sem dúvida preferível proporcionar uma atmosfera familiar estável para o desenvolvimento integral da criança, na qual os pais, independentemente da sua orientação sexual, dedicam afeto, amor pelas crianças, do que as abandonar em orfanatos e outras instituições onde não existe a criação de vínculos, onde não se proporciona o carinho e a atenção que a criança carece.

Na mesma linha, relevo a conclusão de pesquisas realizadas por Maria Berenice Dias, para quem:

“Diante de tais resultados não há como prevalecer o mito de que a homossexualidade dos genitores é geradora de patologias, eis não ter sido constatado qualquer efeito danoso para o desenvolvimento moral ou a estabilidade emocional da criança conviver com pais do mesmo sexo. [...] assim, nada justifica a visão estereotipada de que o menor que vive em um lar homossexual será socialmente estigmatizado e terá prejudicado seu desenvolvimento, o que a falta de modelo heterossexual acarretará perda de referências ou tornará confusa a identidade de género.”²¹¹.

Ainda no mesmo sentido da argumentação a favor da homoparentalidade, saliento o estudo, em sede de tese de doutoramento, de Vanessa Ramalho, que defende que a identidade sexual da criança é formada muito precocemente e antes de conseguir fazer a distinção entre um homem e uma mulher e o que conhece são os cuidadores. Para esta psicóloga:

“ [...] verificam-se características idiossincráticas e comportamentos educativos adequados, promotores de boa parentalidade, que assim assumem índice desenvolvimentais e relacionais, indutores de adaptação emocional e maturidade psicológica.”²¹².

²¹¹ DIAS, Maria Berenice - **União homossexual- O preconceito e a justiça**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000. 100.

²¹² Disponível em: <http://temasdepsicologia.wordpress.com/category/familia/> (consultado em: 21.01.2014).

Segundo a mesma investigadora é a estigmatização da sociedade que cria, afinal, escolhos à homoparentalidade ou à adoção por homossexuais, advogando, nessa linha de raciocínio, campanhas de sensibilização sobre estas novas famílias.

Independentemente dos argumentos a favor ou contra a adoção por casais homossexuais, considero que o conflito nuclear não é somente se deverá ou não ser concedida a adoção a estes casais, na medida em que os requisitos fundamentais para adotar não se reportam à preferência sexual dos adotantes, mas antes a questões bem mais profundas cuja amplitude extravasa em muito a orientação sexual, sempre colocando-se a criança envolvida como o centro, devendo a solução a encontrar atender sobretudo ao seu superior interesse. Sem dúvida que seria completamente irresponsável defender que qualquer casal, seja homossexual, seja heterossexual, possa adotar uma criança. Mas não menos irresponsável é excluir *a priori* potenciais adotantes somente com fundamento no critério da orientação sexual, uma vez que crianças que necessitam de figuras parentais, não podem ser impedidas de tê-las com base em preconceitos, devendo a informação do legislador ser arrimada nos contributos científicos e transdisciplinares sobre esta relevante matéria. De acordo com Carlos Pamplona Corte-Real:

“É demasiado óbvia a inconstitucionalidade do artigo 7.º da Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 23/2010, tal como o teor do artigo 3.º da Lei n.º 9/2010, que veda a adoção aos casais de pessoas do mesmo sexo, casados ou unidos de factos. Despreza-se aprioristicamente a proteção do interesse superior da criança, colocada em situações de sobrevivência (veja-se o art. 1978.º do CC), de uma forma no mínimo minada pelo preconceito homofóbico. Urge alterar tais dispositivos legais, por isso.”²¹³.

²¹³ CORTE-REAL, Carlos Pamplona - O conceito de família e as famílias no direito português. **Família no plural. Atas da conferência**. Lisboa: ILGA Portugal, 2013. 160.

2. O processo em curso da coadoção em Portugal

Em maio de 2013 foi apresentado um projeto de diploma legislativo na Assembleia da República sobre coadoção por casais (ou unidos de facto) do mesmo sexo que teve como primeiros subscritores os deputados do partido socialista Isabel Moreira e Pedro Delgado Alves. O objetivo desta alteração é permitir a extensão do vínculo de parentalidade de um dos elementos do casal (pai ou mãe biológica ou adotante) ao seu cônjuge que ainda não o possuía em relação à criança.

Segundo este projeto lei:

“Quando duas pessoas do mesmo sexo sejam casadas ou vivam em união de facto, exercendo um deles responsabilidades parentais em relação a um menor, por via da filiação ou adoção, pode o cônjuge ou o unido de facto coadotar o referido menor.”²¹⁴.

De acordo com este projeto fica ainda limitado o direito de coadoção a pessoas com mais de 25 anos e quando não exista um segundo vínculo de filiação em relação ao menor. Nesse projeto de lei consta também que a coadoção de uma criança maior de 12 anos requer o seu consentimento, tal como impõe o Código Civil para a adoção. Por sua vez, deputados do Bloco de Esquerda e do Partido Ecológico os Verdes apresentaram projetos sobre adoção plena por casais homossexuais, tendo esses projetos sido chumbados. Recorda-se que a lei em vigor não permite a adoção a pessoas do mesmo sexo casadas ou a viver em união de facto, pelo que as propostas apresentadas na Assembleia da República pretendiam pôr termo a estas restrições legais.

Com efeito, a coadoção, ou adoção plena do filho do cônjuge ou unido de facto, encontra-se consagrada na Lei Civil portuguesa somente para casais de sexo diferente tal como estipulam o artigo 1979.º, n.º 2 do Código Civil e o artigo 7.º da LUF (Lei 7/2001, com a redação que lhe foi dada pela Lei 23/2010, de 30 de agosto). Ora, na perspetiva de Pamplona Corte Real:

“Tal circunstância envolve uma clara discriminação em função da orientação sexual, violando de forma inequívoca nomeadamente os artigos 1.º, 13.º, n.º 2, 26.º, 36.º, n.º 1 e 69.º da Constituição da República portuguesa. Além disso, tal regime conflitua com os artigos 8.º e 14.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos que Portugal subscreveu.”²¹⁵.

²¹⁴ Disponível em: <http://mediaserver2.rr.pt/NEWRR/projectops14848d1a.pdf> (consultado em: 21.02.2014).

²¹⁵ Disponível em: <http://www.publivo.pt/opiniaojornal/e-os.direitos-humanos-26859848> (consultado: 23.01.2014). Acrescenta o mesmo autor: “O Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, de 19 de fevereiro de 2013 condenou a Áustria por não ter admitido a aplicação do instituto da coadoção no caso de um casal de duas mulheres vivendo em união registada, relativamente ao filho biológico da primeira. Esta condenação não resultou de qualquer cotejo valorativo entre filiação adotiva e biológica, mas tão-só da circunstância de nas mesmíssimas condições um casal heterossexual poder recorrer ao instituto da coadoção na

O que pretende o referido projeto, em primeira instância, é dar uma solução a casos reais já consumados, isto é, permitir que numa família constituída por duas pessoas do mesmo sexo, casadas ou vivendo em união de facto e uma delas seja pai ou mãe biológico(a) ou adotivo(a) de uma criança, o outro cônjuge ou unido de facto beneficie da possibilidade de adotar essa criança. Assim sendo, o projeto vem ao encontro da ideia segundo a qual o mais relevante fator na base da legalização da coadoção é que a criança passe a desfrutar de um adequado exercício das responsabilidades que defenda o seu superior interesse. Como considera o juiz de direito António José Fialho:

“Esta realidade não é exclusiva de nenhuma raça, credo, género, orientação sexual, condição económica e social ou de qualquer outra circunstância. Os bons pais e as boas mães não são exclusivos de nenhum grupo particular.”²¹⁶.

Saliento que não obstante visar situações já constituídas, o Projeto de Lei em apreço não deixa de ser aplicável a situações futuras. Por exemplo, a possibilidade de um homem ou uma mulher adotar singularmente uma criança (algo que é já permitido por lei) e se, posteriormente, casar ou viver em união de facto com outro homem ou com outra mulher, possa essa criança ser coadotada pelo seu cônjuge ou pela pessoa que viva consigo. Deste modo, o que é pretendido é garantir um vínculo jurídico estabelecido com o filho(a) que ambos estão a educar e a cuidar. Ignorar essa situação de famílias já integradas (ao invés da adoção plena) e manter tudo como está, será escamotear que essas famílias existem e, por isso, comungo da mesma inquietação manifestada na seguinte questão de António José Fialho: “Não será uma forma de perpetuar e incentivar a discriminação?”²¹⁷.

Mais, acrescento que o superior interesse da criança deve ser avaliado em função da criança, mas, simultaneamente, de uma família responsável, pelo que esse projeto de vida é vantajoso para essa criança, não se podendo deixar de evocar que essa determinação é sempre realizada por um Tribunal, por intermédio de uma avaliação prévia.

legislação austríaca. Independentemente do regime conjugal ou paraconjugal, e dentro de cada instituto, não admitem os artigos 8.º e 14.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, na óptica do TEDH, qualquer margem de livre apreciação em matéria de coadoção sempre que ela possa envolver o acolhimento de uma solução discriminatória do ponto de vista de orientação sexual. Nenhuma dúvida, portanto, poderá suscitar-se quanto à virtual e/o futura condenação e Portugal nesta matéria da coadoção. Daí o alcance positivo do Projeto de Lei 278/XII que veio estender a coadoção ao cônjuge ou unido de facto do mesmo sexo. Trata-se de um regime ponderado, até porque judicialmente decretado, que elimina uma óbvia discriminação no campo de famílias que já existem e que permite que cada criança possa ver legitimadas as duas figuras parentais que reconhece e com as quais vive. Qualquer outra solução seria inequivocamente inviável.”.

²¹⁶ Disponível em: <http://familias.ilga-portugal.pt/wp-content/uploads/2013/07/2013.07.22-António-José-Fialho-Ainda-o-superior-interesse-da-criança.jpg> (consultado em: 24.01.2014).

²¹⁷ *Ibidem*.

Manifesto pois concordância com a posição de António José Fialho:

“Causa estranheza que uma criança tenha dois pais ou duas mães na medida em que não é essa a solução encontrada pelos laços biológicos que lhe dão origem, mas esse é um pobre argumento para impedir que uma criança que reconhece a esses dois homens e a essas duas mulheres o papel de pais e de mães não o possa fazer, à luz de uma lei que deve proteger e combater a discriminação a que possa estar sujeita. Esta é também uma função do Direito.” (Sublinhado meu).²¹⁸

Numa linha de entendimento próxima desta, estão as considerações da investigadora em antropologia Margarida Moz²¹⁹ que, a favor da coadoção, aduz um conjunto de argumentos com os quais concordo, a saber:

1. A coadoção não vem, substancialmente, alterar nada do que já traduz a funcionalidade das famílias de casais do mesmo sexo, onde já existe uma divisão de tarefas com base nas capacidades de cada um dos cuidadores, o que nada tem a ver com uma divisão de género;
2. Não se pode privar as crianças do direito ao reconhecimento das pais e mães que sempre aceitaram como tais, pois, no fundo, está-se a reconhecer, afinal, uma situação de facto;
3. A coadoção é uma forma de legalizar situações que já existem e o Direito não pode deixar de acompanhar essa factualidade da esfera social, ou seja, não pode votar ao esquecimento situações já existentes;
4. Famílias compostas por casais do mesmo sexo são tão capazes como as famílias de sexo diferente de promover o desenvolvimento integral das crianças que precisam de ver reconhecida a figura parental com quem já vivem;
5. As crianças a viverem e a desenvolverem-se de maneira salutar nestas circunstâncias estão confrontadas com um vazio legal, em virtude da sua não proteção jurídica e, por isso, ficam mais expostas a vulnerabilidades e a discriminações, justamente por não verem reconhecido o direito a outro pai e a outra mãe;

²¹⁸ *Ibidem.*

²¹⁹ Disponível em: <http://familias.ilga-portugal.pt/coadocao-depoimento-de-margarida-moz> (consultado em: 24.01.2014). Releva-se a Recomendação 41 elaborada no Relatório das Nações Unidas/ Direitos Humanos (**Office of the high commissioner of human rights**): “Urgently legislate on adoption, allowing that same sex couples may legally engage in their parenting projects by applying for adoption, as different sex couples and individuals can apply, and that the adoption process and the couples/individuals social conditions be judged in an equal way without any interference based in sexual orientation.”. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/UPR/Pages/PTsession6.aspx> (consultado em: 24.01.2014).

6. A questão nuclear é de direitos humanos, mormente da criança que já reconheceu emocionalmente os pais com quem vive, com quem aprendeu a crescer do ponto de vista emocional e psicológico, pelo que esse vazio legal constitui uma afetação intolerável da vida de crianças concretas, na medida em que o que mais importa é o modo como a criança vive com qualidade junto da família que reconhece como tal e não tanto a estrutura dessa família, uma vez que o mundo de hoje é feito de novas famílias, não podendo o Direito eximir-se da legislação desta realidade;
7. A coadoção vem solucionar uma série de problemas práticos associados à divisão de responsabilidades, de direitos e deveres parentais.

Acresce que esta alteração jurídica vem colmatar situações de grande vulnerabilidade como nos casos de famílias homossexuais em que há crianças, pois no caso extremo de morte do progenitor, o seu cônjuge não terá qualquer poder legal em relação a uma criança com quem, afinal, vive, sendo essa uma situação extrema, mas que também se põe em casos de separação. Por outro lado, em nome do princípio da igualdade individual, deve, com efeito, cessar a distinção entre famílias em virtude da orientação sexual, uma vez que a capacidade de cuidado, de acolhimento, de envolvimento no bem-estar pleno dos menores e do seu desenvolvimento integral é que se devem constituir como critério fundamental para a adoção e não a opção sexual dos pais. Esta não pode, defendo, figurar como critério impeditivo da adoção, a qual terá sempre de ser equacionada casuisticamente pelo juiz, sendo mesmo uma matéria de reserva de jurisdição.

Dado o aumento considerável do número de crianças que são criadas e educadas por casais de pessoas do mesmo sexo, elas necessitam urgentemente que os direitos fundamentais, que a CRP lhes confere, lhes sejam assegurados por intermédio do reconhecimento legal das suas figuras parentais. Só desse modo pode ser tutelado o seu bem-estar e segurança, designadamente em caso de divórcio e separação. Com efeito, essas crianças encontram-se numa situação fragilizada no que respeita ao exercício dos seus direitos fundamentais, até porque no registo civil inexistente o reconhecimento legal da parentalidade por parte dos casais do mesmo sexo, com impactos práticos relevantes, como sejam: ausência desse reconhecimento legal nas escolas, nos hospitais, nos centros de saúde e na segurança social, para além de ser uma situação claramente lesiva da qualidade de vida dos casais do mesmo sexo, por não gozarem como casal, do reconhecimento legal da situação de facto de coparentalidade, atentando, em última instância, contra o valor jurídico da dignidade da

pessoa humana que constitui uma esfera absolutamente constitutiva da República Portuguesa.

Segundo Gomes Canotilho:

“[...] a propósito da dignidade da pessoa humana, que trata-se de um “princípio antrópico que acolhe a ideia pré-moderna e moderna da dignitas-hominis (Pico della Mirandola), ou seja, do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida o seu próprio projecto espiritual (plastes et fctor).”²²⁰.

Assim, o que está verdadeiramente em causa é a proteção dos laços afetivos das crianças, o que exige que o Direito não possa continuar a ignorar as situações fácticas que existem em famílias constituídas. Sendo o critério essencial a ser observado o da defesa do melhor interesse da criança, ele em nada se conexas com a orientação sexual de quem se propõe adotá-la, mas, sobremaneira, com a sua capacidade de exercer a função parental. Por conseguinte, uma aprovação da coadoção por homossexuais não pode deixar de ser encarada como um triunfo dos direitos humanos, das crianças e das famílias. Até porque o interesse das crianças e o respeito pelos direitos humanos não pode deixar de sobrepor-se aos preconceitos ou mesmo à rigidez de paradigmas familiares, além do que o preconceito paralisa o vigor da palavra igualdade.

Esta visão, é, no entanto, fortemente contestada pela Conferência Episcopal portuguesa que, a 17 de maio de 2013, através do seu porta-voz proferiu o seguinte comentário sobre a aprovação na generalidade do Projeto de Lei do partido socialista da coadoção:

“Independentemente do resultado das votações que hoje tiveram lugar na Assembleia da República, a Igreja reafirma, por motivos simplesmente antropológicos, que adoção de uma criança não é um direito de qualquer pessoa adulta, solteira ou casada, heterossexual ou homossexual [...] Com todo o respeito pelas pessoas de qualquer identidade sexual, é patente que toda a criança, na sua evolução para o estado adulto, necessita da complementaridade da masculinidade e da feminilidade que lhe dão, em primeiríssimo lugar, o pai e a mãe biológicos ou a família que os substitui. [...] Só um casal constituído por uma mulher e um homem, tem a estrutura antropológica objetiva para a educação harmoniosa de uma criança.”²²¹.

O Projeto Lei, que permite a coadoção de crianças por casais do mesmo sexo, foi aprovado na generalidade no dia 17 de maio de 2013. A proposta do PS passou com 99 votos

²²⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.^a Ed. Coimbra: Almedina, 2002. 225.

²²¹ Disponível em: http://www.dn.pt/politica/interior.aspx?content_id=3225829 (consultado em: 17.01.2014). Contra esta visão da antropologia heterossexista, Miguel Vale de Almeida defende que: “Tal como a experiência social da homossexualidade desafia alguma heteronormatividade implícita na antropologia, sobretudo no domínio do gênero, da sexualidade, da família e do parentesco, também a antropologia- se levar a sério o seu programa de vaivém entre especificidade culturais e universalismo- poderá ser umas das “chaves do armário””. ALMEIDA, Miguel Vale de - **A Chave do Armário. Homossexualidade, Casamento, família**. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais, 2009. 213.

a favor e 94 contra e 9 abstenções, tendo votado a favor as bancadas do BE, PCP, PEV, a maioria dos deputados do PS e 16 deputados do PSD. Abstiveram-se 3 deputados do PS, 3 do PSD, e 3 do CDS-PP e votaram contra a maioria das bancadas do PSD e do CDS-PP e 2 deputados do PS.

Essa mudança jurídica procurada em sede parlamentar vem, aliás, na linha de uma decisão do TEDH que condenou a Áustria²²² pela não coadoção por uma parceira em união de facto com a mãe de uma criança. Considerou o TEDH existir uma violação dos artigos 14.º (não discriminação) e 8.º (direito à vida privada e familiar) CEDH. O Tribunal considerou existir uma discriminação resultante da orientação sexual, por não poder um elemento do casal do mesmo sexo adotar o filho do outro, sendo isso possível nas relações heterossexuais. Na mesma decisão, o TEDH cita Portugal como um dos exemplos em que a mesma violação acontece, pelo que aponta para a necessidade de uma aprovação com celeridade da coadoção, para permitir que as crianças criadas por casais do mesmo sexo em Portugal beneficiem do direito à mesma proteção legal que as demais. Com efeito, é imprescindível acautelar o futuro de crianças que já vivem de facto no interior de famílias homoparentais, pelo que o Direito não pode alhear-se da plurivocidade da realidade, já que essa pluralidade de modelos é o que, afinal, valoriza a República. Esta é incompatível com direitos vedados a crianças bem como às famílias homoparentais, pelo que urge, sem dúvida, encontrar um enquadramento jurídico mais seguro e que acolha a ideia central de que a capacidade de parentalidade não tem, na verdade, qualquer conexão com a orientação da sexualidade, além do que não pode o Estado desconsiderar os direitos e interesses superiores da criança.

Na sequência daquela decisão do TEDH, entrou em vigor na Áustria, em 1 de agosto de 2013, a lei que permite que um segundo progenitor do mesmo sexo adote os filhos do seu(sua) parceiro(a), e, para isso, o Parlamento austríaco aprovou uma reforma do Código Civil.

Em Portugal, após ter sido aprovado na generalidade, o Projeto de Lei a permitir a coadoção em casais do mesmo sexo foi objeto de um intenso debate na especialidade concertado entre todos os partidos. Quando chegou o momento da votação final global, o deputado do PSD Hugo Soares propôs um referendo a convocar a população para decidir sobre a coadoção em casais do mesmo sexo e a adoção por casais do mesmo sexo (esta chumbada duas vezes na Assembleia da República). Para muitos, a proposta do referendo não

²²² Acórdão de 19 de fevereiro de 2013 (AFFAIRE X ET AUTRES c. AUTRICHE, Requête no 19010/07) (consultado em: 17.01.2014).

passou de um expediente dilatatório.²²³ Nessa proposta de referendo constavam duas perguntas: “Concorda que o cônjuge ou unido de facto do mesmo sexo possa adotar o filho do seu cônjuge ou unido de facto?” e “Concorda com a adoção por casais, casados ou unidos de facto do mesmo sexo?”. Esta proposta foi votada e aprovada na Assembleia da República em 17 de janeiro de 2014. A proposta contou com os votos a favor do PSD, a abstenção do CDS-PP e de dois deputados do PS e com os votos contra das restantes bancadas, embora vários deputados tivessem feito declarações de votos e o PSD teve disciplina de voto a favor.

Enviada a proposta para o Presidente da República, o mesmo remeteu-a para o Tribunal Constitucional. As posições dos constitucionalistas divergiram sobre a constitucionalidade do projeto de referendo sobre a adoção e coadoção de crianças por casais homossexuais.

Os constitucionalistas Tiago Duarte e Bacelar Gouveia defenderam que o projeto de referendo era legal e constitucional, contrariando os argumentos que alegavam que a segunda pergunta prevista dizia respeito ao direito puro e simples de adoção, uma matéria sem suporte legislativo na Assembleia da República e chumbada duas vezes. Aqueles dois constitucionalistas²²⁴ defenderam não ser necessário haver projetos de lei associados e que as questões em causa são apenas sobre uma matéria, a adoção por parte de casais homossexuais. Em sentido contrário, a deputada e constitucionalista Isabel Moreira²²⁵ defendeu não existirem referendos sem projetos de leis associados e ainda que a resolução que propõe o referendo em causa é ilegal, visto querer-se referendar duas matérias ao mesmo tempo, que são distintas, o que não é permitido pela Lei Orgânica do Referendo, que restringe a sua possibilidade a uma só matéria e ainda por se propor um referendo sobre duas matérias quando só uma delas tem um processo legislativo em curso, o da coadoção. Outro argumento aduzido é tratar-se de um referendo sobre direitos fundamentais de minorias o que poderia abrir um procedimento ético muito perigoso.

²²³ Entre outros, foi esse o entendimento de Isabel Moreira. Disponível em: <http://p3.publico.pt/actualidade/politica/10943/uma-trama-politica-desmascarada-pelo-tc#.Uwat3B7qyXg.facebook> (consultado em: 21.02.2014).

²²⁴ Disponível em: <http://www.publico.pt/sociedade/noticia/constitucionalistas-defendem-que-projecto-de-referendo-sobre-adopcao-gay-e-legal-1620002> (consultado em: 22.02.2014). Igualmente o constitucionalista Jorge Miranda considerou não existirem motivos para o Tribunal Constitucional recusar a proposta apresentada pelo PSD, por considerar não existir inconstitucionalidade na proposta de referendo sobre a coadoção e adoção de crianças por casais homossexuais, considerando que “a Constituição diz quais são as matérias que não podem ser objeto de referendo e esta matéria não está excluída”. Sobre o facto de uma das perguntas propostas (sobre a adoção plena) não ter qualquer iniciativa legislativa associada, Jorge Miranda sustentou que “não é necessário que tenha”. MIRANDA, Jorge. Disponível em: <http://www.publico.pt/politica/noticia/jorge-miranda-considera-que-proposta-de-referendo-a-coadopcao-nao-e-inconstitucional-1624372> (consultado em: 18.03.2014).

²²⁵ Disponível em: <http://www.publico.pt/sociedade/noticia/coadopcao-tres-razoes-para-se-votar-contrum-referendo-1619763> (consultado em: 22.02.2014).

O Tribunal Constitucional pronunciou-se pela inconstitucionalidade e ilegalidade do referendo, em decisão de 19 de fevereiro de 2014 (Acórdão n.º 176/2014, processo n.º 100/2014), em sede de fiscalização preventiva da constitucionalidade e da legalidade da proposta de referendo aprovada pela Resolução n.º 6-A/2014 da Assembleia da República (publicada no Suplemento da 1ª Série do Diário da República n.º 13 de 20 de janeiro de 2014). Considerou o Tribunal Constitucional que:

“ [...] a cumulação no mesmo referendo das duas perguntas propostas dificulta a perfeita consciencialização, por parte dos cidadãos eleitores, da diversidade de valorações que podem suscitar, sendo suscetível de conduzir à contaminação recíproca das respostas, não garantindo uma pronúncia referendária genuína e esclarecida. Por outro lado, entendeu que a proposta de referendo, ao prever apenas a participação dos cidadãos eleitores recenseados no território nacional, restringia injustificadamente o universo eleitoral, impondo-se a abertura do referendo aos cidadãos recenseados residentes no estrangeiro.”²²⁶

Segundo o Tribunal Constitucional, e na base de jurisprudência anterior, no caso de existir mais de uma pergunta, as mesmas têm de permitir um conjunto unívoco de respostas ou uma resposta global unívoca. Assim, os juízes consideraram que isso não estava salvaguardado em virtude das duas questões apresentadas. Isto porque, no caso de existir um “não” à primeira pergunta (1. Concorda que o cônjuge ou unido de facto do mesmo sexo possa adotar o filho dos seu cônjuge ou unido de facto?) e “sim” à segunda pergunta (2. Concorda com a adoção por casais, casados ou unidos de facto, do mesmo sexo?), os eleitores obrigam o legislador a permitir o estabelecimento de relações de parentalidade, por intermédio da adoção, relativamente a todos os casais do mesmo sexo e, ao mesmo tempo, sem poder permitir o estabelecimento de relações de parentalidade em relação a apenas alguns casais do mesmo sexo. Como bem interpretou o Tribunal, essa situação é incompatível com a necessária unidade do ordenamento normativo do Estado de Direito, na medida em que o resultado jurídico resultante do referendo conduziria a um resultado em si mesmo discriminatório, independentemente das valorações que se possam fazer sobre a adoção por casais do mesmo sexo. É neste sentido que o referendo faria perigar “a genuinidade do resultado do escrutínio referendário”. Outro elemento importante do Acórdão diz respeito ao facto dos juízes terem considerado que a coadoção e a adoção por casais homossexuais são

²²⁶ Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/imprensa02-bd2504.html?impressao=1> (consultado em: 25.02.2014). No sumário do Acórdão temos a base legal em que se fundamentou a decisão do Tribunal Constitucional, a saber: [...] [a] Resolução da Assembleia da República n.º 6-A/2014, de 17 de janeiro, não respeita os requisitos exigidos pelos artigos 115.º, n.º 6, da Constituição da República Portuguesa e 7.º, n.º 2 da Lei Orgânica do Regime do Referendo[...]. [...] a mesma Proposta não respeita o requisito exigido pelos artigos 115.º, n.º 12 e 223.º, n.º 1, alínea f), da Constituição da República Portuguesa e 37.º, n.º 3, da Lei Orgânica do Regime do Referendo. Disponível em: <http://www.datajuris.pt/dataj/328560.html> (consultado em: 25.02.2014).

conceitos distintos, pelo que a conjugação das duas perguntas não deixaria de gerar ambiguidade. Quanto à base legal, o Tribunal Constitucional considerou que a proposta de referendo não respeita o n.º 6 do artigo 115.º da CRP, que prevê que “cada referendo recairá sobre uma só matéria, devendo as questões ser formuladas com objetividade, clareza e precisão para as respostas de sim ou não”, além de não respeitar o n.º 2 do artigo 7.º da Lei Orgânica do Regime do Referendo que estabelece que “as perguntas são formuladas com objetividade, clareza e precisão” e “sem sugerirem direta ou indiretamente o sentido das respostas”. Este Acórdão foi aprovado pelos 13 juízes conselheiros, quatro dos quais apresentaram declarações de voto, nomeadamente, o relator do Acórdão, Lino Rodrigues Ribeiro, que defendeu que “a resposta afirmativa a uma das perguntas e negativa à outra é uma votação contraditória, equívoca e incoerente.”.

Na sequência desta decisão do Tribunal Constitucional, o Presidente da República devolveu à Assembleia da República a proposta de referendo. Fica então aberta a possibilidade de uma reapreciação parlamentar e posterior reformulação da proposta de consulta popular emanada do grupo parlamentar do PSD, depois de expurgá-la da inconstitucionalidade ou da ilegalidade. Sublinho ainda que, ao abrigo do artigo 28.º da Lei Orgânica do Regime do Referendo, “sempre que o Tribunal Constitucional verifique a inconstitucionalidade ou a ilegalidade da proposta de referendo, designadamente por desrespeito das normas respeitantes ao universo eleitoral, o Presidente da República não pode promover a convocação”. Caso venha a ser aprovada uma nova proposta, o Presidente da República terá oito dias para suscitar, de novo, a apreciação preventiva da constitucionalidade.

No dia 14 de março de 2014, a coadoção de crianças por casais do mesmo sexo regressou ao parlamento e foi chumbada. O diploma do PS subiu a plenário, para votação na especialidade. Acabou por não haver votação final global. Dois deputados do PS abstiveram-se e as bancadas do PSD e do CDS-PP votaram maioritariamente contra. Quinze deputados do PSD votaram a favor, mas foi insuficiente: 112 votos contra, 4 abstenções, e 107 votos a favor. Havia liberdade de voto na bancada do PS, mas também nas do PSD e nas do CDS-PP. Nos casos dos deputados do PSD e do CDS-PP foram dadas indicações para o voto contra.

Considero que este chumbo foi, sobretudo, uma derrota para as crianças, crianças estas cujo futuro ficou adiado, pelo menos, à partida, até à próxima sessão legislativa. Por conseguinte, esta mudança jurídica ainda não se realizou, o que não deixa de merecer a minha crítica, pois dos diversos temas de costumes, este da coadoção é o que causa menores dilemas morais, na medida em que essas crianças já existem integradas numa família e continuam sem

qualquer proteção caso morra o pai ou a mãe. O que mostra essa votação, para lá do incidente que motivou a proposta de referendo, é que em nome de manobras político-partidárias, foram as crianças que permaneceram desprotegidas, crianças que ficaram obrigadas a continuar numa espécie de limbo, ignoradas pelo Estado, tendo o Parlamento inclusive ignorado o apelo da UNICEF para que a lei fosse aprovada. O que lamento nessa votação é que ela não se deveu a falta de estudos científicos, à ausência de paradigma já estabelecido pelo TEDH no que respeita à coadoção tendo-se verificado um desprezo pelo Instituto de Apoio à Criança, pela Ordem dos Psicólogos, pelo Comunicado da UNICEF e pelo consenso dos maiores estudiosos mundiais na matéria, tal como não se deveu a ignorância sobre o facto de as famílias monoparentais já existirem e que continuarão a existir, ficando um dos progenitores por reconhecer em desvantagem grave dos direitos das crianças. Por essa razão manifesto concordância com Isabel Moreira que, com um estilo contundente, acaba por tocar nos pontos fundamentais:

“Um ano depois de fazerem famílias concretas assistirem a um circo, decidem isto: as crianças em Portugal não são todas iguais; entre todos os países do Conselho da Europa preferimos o exemplo da Rússia, da Ucrânia e da Roménia ao de todos, todos os outros; as crianças filhas de casais homossexuais só podem ter uma menção no registo, devem estar desprotegidas em todas as decisões que se colocam a um casal todos os dias; se o progenitor reconhecido ficar doente, azar; se o progenitor reconhecido estiver ausente e for necessário tomar uma decisão urgente, azar; se o progenitor reconhecido morrer, pois que o outro pai ou mãe se submeta a humilhação de abrir um processo e que reze muito, muito, para ter a sorte de um juiz lhe atribuir a “guarda” do seu próprio filho. O caminho é inevitável. Estas famílias foram adiadas e cada dia é uma chaga.”²²⁷.

Embora o mais certo é que essa mudança jurídica só venha a ser implementada na próxima sessão legislativa, ainda assim a deputada do PS Isabel Oneto comunicou a intenção de preparar um projeto-lei sobre a responsabilidade parental das crianças e que visa regular todas as situações de facto existentes em relação à responsabilidade sobre crianças e que passa pela atribuição de responsabilidade parental. Segundo Isabel Oneto, que se absteria na votação da lei apresentada pelo seu partido em maio de 2013 e que esteve ausente do Parlamento na votação na especialidade:

“ O que efetivamente importa neste momento é a salvaguarda dos direitos das crianças. O que é importante é saber quem tem o poder-dever de educar a criança, independentemente de se tratar de casais heterossexuais ou homossexuais.”²²⁸.

²²⁷ MOREIRA, Isabel - **Monstruosamente simples**. [Em linha]. 2014. Disponível em: <http://aspirinab.com/isabel-moreira/monstruosamente-simples/> (consultado: 20.03.2014).

²²⁸ Disponível em: <http://www.publico.pt/politica/noticia/deputada-do-ps-prepara-projectolei-sobre-a-responsabilidade-parental-das-criancas-1628452> (consultado em: 18.03.2014).

3. Revisão das posições doutrinárias divergentes sobre a matéria

Entre as posições doutrinárias favoráveis à adoção por casais homossexuais, é de destacar que, segundo Sarlet²²⁹ é preciso ter em conta o princípio da igualdade e da não discriminação da orientação sexual²³⁰ no que respeita à possibilidade de adoção por casais homoafetivos. Caso o casal possua equilíbrio emocional, estabilidade profissional, capacidade de amar e educar a criança, a sua orientação sexual não pode servir de pretexto para indeferimento da adoção. Igualmente Marcia Buhning e Michelon²³¹ defendem que o equilíbrio harmónico do ambiente familiar nada tem a ver com a orientação sexual.

Argumentos contrários, que revelam resistência na aceitação da homoparentalidade, passam pela consideração de que as relações entre casais de pessoas do mesmo sexo não propiciam um ambiente saudável ao pleno desenvolvimento de uma criança. Outro argumento muito invocado é o facto de a construção de identidade da criança exigir uma dupla referência masculina e feminina, pois só dessa forma se torna possível à criança a construção da sua identidade, nomeadamente a sua identidade de género²³². Assim, os defensores deste ponto de vista alegam que a falta de referências comportamentais masculinas e femininas pode abrir flanco a disfunções de natureza psicológica e dificuldades da identificação sexual da criança, embora muitos estudos recentemente realizados demonstrem que essas crenças são falsas. Aliás estudos menos recentes, como o de Lacan, consideram que a família não é um grupo

²²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang - **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8.^a Ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010. 50 ss.

²³⁰ Inclusive no âmbito de processos de regulação do poder paternal, verificam-se fenómenos de discriminação dos pais homossexuais. Sobre esta questão *vide*: NOTES, Custody Denials - Parents. **Same-Sex Relationships. An Equal Protection Analysis. Harvard Law Review**. Vol. 102, n.º 3, 1989. 617-636. Neste contexto é preciso referir que as decisões de guarda que envolvem homossexuais, em especial nos tribunais americanos, as questões mais discutidas prendem-se com a formação de identidade sexual da criança, a infelicidade ou trauma psicológico causado à criança devido aos estigma social, cf. J.L.H. - Child custody. In: **Journal of Family Law**, Vol. 21, 1982. 149. No entanto, quanto ao estigma social e às eventuais dificuldades de adaptação da criança ou jovem ao meio social, a relevância de tais fatores “ [...] pode ser criticada em virtude de implicar a perpetuação de estereótipos e de se usar a discriminação social relativa à homossexualidade como critério de decisão. [...] A invisibilidade da homossexualidade, a falta de informação relativamente à adaptação e ao desenvolvimento de crianças que vivem com homossexuais unidos de facto e a falta de experiência da nossa sociedade e situações deste tipo, conduzem a que a homossexualidade seja encarada pelos juízes, tal como pela população em geral, com desconfiança. Contudo, este contexto não autoriza o poder judicial a fazer especulação sobre o desenvolvimento sexual e social da criança, pois, nestas previsões estão necessariamente englobadas os medos e os sentimentos homófobos de uma sociedade que continua a identificar socialmente as pessoas pelas suas preferências sexuais, confundindo o valor ético das pessoas, enquanto tal, com a sua orientação sexual.”. SOTTOMAYOR, Maria Clara - **Exercício do poder paternal**. Porto: Publicações Universidade Católica, 2003. 143-144.

²³¹ BUHRING, Marcia Andrea & MICHELON, Mariana - Amor e afeto- o preconceito da adoção para casais homossexuais: A lacuna jurídica e social. **Afeto e estruturas familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

²³² Pondo em causa a capacidade de homossexuais femininos e masculinos para serem bons pais e desempenharem eficazmente o papel parental, cf. PATTERSON, C. - Children of Lesbian and Gay Parents: Psychology, Law and Policy. **American Psychologist**, 2009. 727-736.

natural, mas antes um grupo cultural; a família é sobretudo uma estruturação psíquica onde cada um dos seus membros ocupa um determinado lugar e desempenha uma função, sem estarem necessariamente ligados biologicamente²³³.

Uma vez que- e especialmente em matérias como esta- o direito deve ser permeável a outras áreas do saber, passo a elencar algumas das mais relevantes conclusões do Relatório da Ordem dos Psicólogos Portugueses²³⁴, que foi apresentado ao grupo de trabalho de coadocção (Projeto Lei n.º 278/XII/1ª (PS)) :

1. Em virtude dos resultados das investigações psicológicas, inexistem diferenças em relação ao impacto da orientação sexual no desenvolvimento das crianças e nas competências parentais;
2. As crianças e adolescentes de famílias homoparentais não diferem significativamente das crianças e adolescentes de famílias heteroparentais no seu bem-estar, tal como em nenhuma dimensão do desenvolvimento psicológico, emocional, cognitivo, social e sexual²³⁵;

²³³ Neste sentido cf. PEREIRA, Rodrigo da Cunha - **Direito de família: uma abordagem psicanalítica**. 2.ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. Na mesma linha cf. DIAS, Maria Berenice - **Família Homoafetiva**. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/28_-_fam%EDlia_homoafetiva.pdf (consultado em: 28.01.2014).

²³⁴ Ordem Dos Psicólogos Portugueses - **Relatório de Evidência Científica Psicológica sobre Relações Familiares e Desenvolvimento Infantil nas Famílias Homoparentais**. Lisboa, 2013. Também a mesma perspectiva é defendida pela investigadora em psicologia clínica Sofia Arriaga, para quem: “[...] não há mais filhos de pais homossexuais a serem homossexuais do que, comparativamente, em lares heterossexuais; não há mais perturbações de identidade de género, as crianças não são menos inteligentes ou com uma personalidade bem estruturada ou com mais problemas psicológico. Não há mais meninos, filhos de duas mães, a quererem brincar com bonecas ou a verem Princesa Sofia, ou mias meninas, filhas de dois pais, a quererem jogar à bola ou a verem os Vingadores. [...] não há qualquer fundamento empírico que aprove ou suporte que há deficits no desenvolvimento pessoal de filhos de pais homossexuais. Não há um único estudo que mostre ou indique uma só desvantagem em qualquer aspecto significativo. Sim, a qualidade de relação entre os pais é sem dúvida considerada a variável mais importante. E sim, há um ponto negativo. O único ponto negativo são as percepções sociais. ARRIAGA, Sofia - 2014. Disponível em : <http://familias.ilga-portugal.pt/sofia-arriaga-forcas-resiliencias-e-dados-a-minha-posicao-sobre-a-co-adopcao-por-casais-do-mesmo-sexo> (consultado em: 07.02.2014).

²³⁵ No mesmo sentido segue a seguinte declaração da Academia Americana de Psiquiatria da Criança e do Adolescente - 2009: “All decisions relating to custody and parental rights should rest on the interest of the child. There is no evidence to suggest or support that parents who are lesbian, gay, bisexual, or transgender are per se superior or inferior from or deficient in parenting skills, child-centered concerns, and parent-child attachments when compared with heterosexual parents. There is no credible evidence that shows that a parent’s sexual orientation or gender identity will adversely affect the development of the child”. Disponível em: http://www.aacap.org/AACAP/Policy_Statements/2008/Gay_Lesbian_Bisexual_or_Transgender_Parents.aspx (consultado em: 25.03.2014). Também o Colégio Oficial de Psicólogos de Madrid 2004- declarou que: “Según los estudios científicos existentes en la actualidad no puede afirmarse que los niños educados por familias homoparentales sufran perjuicios en su desarrollo psicológico.”. Disponível em: <http://www.copmadrid.org/webcopm/resource.do> (consultado em: 01.02.2014).

3. Um desenvolvimento harmonioso não depende da orientação sexual dos pais, mas antes da qualidade da relação entre pais e filhos e da vinculação de afetos seguros que estabelecem entre eles;
4. A orientação sexual parental e a configuração familiar homoparental não constituem um fator determinante do desenvolvimento da criança nem tampouco da competência parental;
5. Além de serem igualmente bons pais, os pais homossexuais também revelam estilos parentais e vivem experiências de parentalidade muito similares às dos pais heterossexuais;
6. A homoparentalidade não põe em causa o desenvolvimento psicológico das crianças: as crianças e adolescentes de famílias homoparentais têm relações sociais normais com os membros da família, com os pais e com adultos fora do seu ciclo familiar, com redes sociais ativas e laços familiares próximos;
7. A orientação sexual dos filhos não depende da orientação sexual parental;
8. Independentemente de provirem ou não de uma família homoparental as crianças podem ser alvo dos mais diversos tipos de discriminação, por exemplo baseado na etnia, na xenofobia, na incapacidade ou deficiência, entre outros, o que rebate o argumento segundo ao qual as crianças que vivam no seio de uma família homoparental terem maiores problemas relacionados com a discriminação;
9. Os resultados do estudo que comparam crianças a viverem em meio familiar homoparental com crianças institucionalizadas são claramente desfavoráveis para estas últimas.

Há no entanto autores que contestam a fiabilidade destes estudos e dos inquéritos para conhecerem a vivência das crianças junto de pais homossexuais. Por exemplo, Caroline Eliacheff, denuncia a instrumentalização da criança, referindo como negativo o facto de essas crianças “ [...] carregarem a responsabilidade de validar as escolhas sexuais dos pais como se fosse o mais natural.”²³⁶. Também Xavier Lacroix critica o que entende ser manipulação da filiação. Defende que:

“Dito de outra forma e no essencial, a pergunta não é: as crianças são suficientemente resistentes para se adaptarem aos desejos e à imaginação dos adultos? Mas: Quais as

²³⁶ ELIACHEFF, Caroline - Malaise dans de la psychanalyse. **Sprit**. n.º 273, março-abril, 2001. 74. A mesma autora destaca as limitações de conteúdo dos questionários, por considerar que todos esses estudos se apresentam exclusivamente como estudos empíricos e seguindo uma perspetiva comportamentalista e funcionalista.

condições que lhes darão mais oportunidade de desenvolver todas as dimensões da sua humanidade?”²³⁷.

Além disso, Xavier Lacroix apresenta uma objeção relativamente à adoção por casais homossexuais com base num pensamento institucionalista. Argumenta que não se pode flexibilizar a instituição da filiação segundo os caprichos e as opções particulares:

“Com efeito, poderemos encontrar casais homossexuais cuja estruturação psíquica e qualidades morais ofereçam à criança mais oportunidades de crescimento do que junto de determinados casais heterossexuais. Porém, a questão que se coloca não tem nada a ver com casos particulares, não tem a ver com a psicologia ou com a ética pessoal. Ela é institucional.”²³⁸.

Luís Villas-Boas membro da comissão de acompanhamento da Lei de adoção é também contra a adoção por casais homossexuais. Considera que:

“Uma criança que seja educada em ambiente homossexual tenderá a interiorizar atitudes, aprendizagem, reações dos ambiente onde está, o que poderá interferir com a sua “sexualidade natural””²³⁹.

Também contra a coadoção por casais do mesmo sexo, está o Parecer da Ordem dos Advogados que se pronunciou sobre o Projeto de Lei n.º 278/XII/1ª (apresentado pelo PS). Esse parecer foi solicitado pela Assembleia da República. Entre os argumentos aduzidos nesse parecer, destaco os seguintes:

1. O projeto de lei “ [...] parte da criação de um direito a adotar quando, em bom rigor, esse direito não existe nem pode existir [...] há, isso sim um direito da criança a ser adotada com vista a recriar a família biológica que perdeu, o qual deve sempre prevalecer e iluminar a atividade do legislador.”;

²³⁷ LACROIX, Xavier - **La confusion des genres. A confusão dos gêneros**. Trad. bras. Alberto Júlio Silva. Prior Velho: Paulina Editora, 2009. 35.

²³⁸ *Ibidem*, 44. A crítica deste autor em relação à adoção por casais homossexuais liga-se ainda às questões das identificações e diferenciações e, como tal, aos modelos de referência necessários ao desenvolvimento integral da criança. Argumenta o autor: “O miolo do que discutimos não está na aptidão para educar, como não está na aptidão para amar. Não são as aptidões subjetivas que estão em jogo, mas situações objetivas, estruturas relacionais. A diferença sexual está aquém da orientação sexual, é-lhe anterior. O primeiro problema não é a homossexualidade, mas a sexuação. O desafio de base é o de que o casal parental seja heterossexuado. Ter pais de sexos diferentes é ter diante de si a imagem viva de uma diferença irreduzível, que favorece a interiorização da diferença sexual. Ora, é difícil negar que esta interiorização não seja essencial ao desenvolvimento psico-afetivo. [...] quer se trate de rapaz ou rapariga, a criança terá necessidade de duas referências identificadoras para, através dum jogo subtil de identificações e de diferenciações descobrir a sua personalidade de homem ou de mulher.” *Ibidem*, 87. Acrescenta ainda o mesmo autor que: “Privar uma criança da diferença sexuada entre o seu pai e a sua mãe, não é só privá-la das aptidões individuais, é privá-la da diferença estrutural entre a posição paterna e a posição materna. É privá-la dum espaço, duma distância: da diferença entre dois lugares, duas funções. É também privar a criança de um significante: o significante “pai” ou o significante “mãe”.” *Ibidem*, 88.

²³⁹ Disponível em: **Jornal Público**, 18 de fevereiro de 2004, <http://www.publico.pt/sociedade/noticia/opus-gay-pede-demissao-de-luis-villasboas-1186444> (consultado em: 28.03.2014).

2. “As crianças têm direito a um pai e a uma mãe e não a dois pais (sem a mãe) ou a duas mães (sem o pai) ou, pior do que isso, um homem substituir a mãe ou uma mulher a substituir o pai. O desenvolvimento harmonioso da personalidade de uma criança (um dos seus direitos fundamentais) implica e exige referências masculinas e femininas no seu processo de crescimento.”;
3. “ [...] o que preocupa os partidos políticos que patrocinam este projeto lei [...] não são os direitos das crianças, mas sim os privilégios de alguns adultos que querem ser pais ou mães a força.”;
4. “ [...] nenhum legislador pode reconhecer ou atribuir um direito que não existe: o de acrescentar um “segundo pai” ou uma “segunda mãe” à vida de uma criança [...] ”;
5. “Esse experimentalismo social é ilegítimo à luz dos princípios elementares do Direito e da Democracia, pois traduz-se numa alteração profunda dos modelos de organização social[...] adotar esta seleção administrativa constitui, nas presentes circunstâncias, uma violência cultural e moral contra o povo português bem maior do que o benefício que se pretende dar aos casais do mesmo sexo.”²⁴⁰.

Contra este Parecer, aprovado no Conselho Geral da Ordem dos Advogados insurgiu-se uma centena de advogados que dirigiram uma carta aberta ao ex-Bastonário da Ordem dos Advogados Portuguesa. As críticas àquele parecer estribam-se nos seguintes argumentos:

1. “Os artigos 13.º, 36.º, 67.º e 68.º da CRP [...] não podem ser analisados separadamente, como fez o parecer da OA, senão como um todo um *continuum* jurídico interligado e interdependente que não determina qualquer concepção da família ou que a maternidade e a paternidade sejam valores analisados enquanto complemento [...] ”;
2. “ [...] não existe [nos artigos 1979.º e ss. do CC] qualquer referência à orientação sexual de quem pretende adotar, conquanto preencham os requisitos ali determinados.”;
3. “ [...] nada no artigo 69.º da Constituição estabelece ou permite inferir que a proteção do superior interesse da criança e dos seus direitos justifique a discriminação dos pais e adotantes homossexuais ou bissexuais [...] e em nenhuma disposição dos artigos 67.º a 69.º da Constituição é feita qualquer

²⁴⁰ PINTO, António Marinho - Não tirem o sol às crianças. **Boletim da ordem dos advogados**, n.º 101/102, abril/maio, 2013. 4-5.

referência à orientação sexual dos pais ou adotantes, o que só pode significar que esta é irrelevante para os efeitos destes mesmos preceitos inconstitucionais.”;

4. “[...] nada no referido parecer permite sustentar a conclusão de que a coadoção ou a adoção por casais homossexuais ou bissexuais coloque em perigo, prejudique ou afete de forma negativa o superior interesse da criança e o seu desenvolvimento integral.”;
5. “[...] os estudos e os relatórios dos técnicos competentes para avaliar esta problemática, demonstram, com toda a clareza, que não existe justificação para a manutenção desta discriminação legal.”²⁴¹.

Solicitada pela Assembleia da República para dar um parecer sobre o Projeto de Lei n.º 278/XII (na audição de 4 de julho na Comissão de Assuntos Constitucionais e Garantias da Assembleia da República) a Sociedade Portuguesa de Sexologia Clínica manifestou-se contra este Projeto de Lei por considerar que:

“A solução normativa proposta pelo legislador é, porém, incompatível com a estrutura teleológica do instituto da adoção, lesa objetivamente os direitos à filiação materna e paterna da criança, é gravemente incoerente com o sistema jurídico vigente e é passível de gerar situações de fraude à lei.”²⁴².

Igualmente Rita Lobo Xavier argumenta contra o Projeto de Lei n.º 278/XII, em texto que serviu de base à sua intervenção na audição realizada na Assembleia da República. Para Rita Lobo Xavier:

²⁴¹ Disponível em: <http://arrastao.org/2819451.html> (consultado em: 14.03.2014).

²⁴² Disponível em: <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a5355786c5a793944543030764d554e425130524d5279394562324e31625756756447397a5357357059326c6864476c3259554e7662576c7a633246764c7a677a59546b34596a426a4c5751774f4467744e446c6a5a693169596a426c4c54526d4d6d51354d6a5533596d49344e7935775a47593d&fich=83a98b0c-d088-49cf-bb0e-4f2d9257bb87.pdf&Inline=true> (consultado em: 20.03.2014). A mesma perspectiva é defendida por Pedro Maria Godinho Vaz Patto. Disponível em: <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a5355786c5a793944543030764d554e425130524d5279394856454e7651575276593246764c305276593356745a57353062334e4259335270646d6c6b5957526c5132397461584e7a595738764e6a6c6b4e6a55795a5745744f47566b596930304d3255344c5749324e444d744d544177595451304f4459774d6d51784c6e426b5a673d3d&fich=69d652ea-8edb-43e8-b643-100a448602d1.pdf&Inline=true> (consultado em: 21.03.2014). Ainda para este juiz desembargador do Tribunal da Relação do Porto: “[...] independentemente de o Projeto de Lei em discussão abrir as portas a resultados equiparáveis aos que resultariam da eliminação da proibição da adoção conjunta, por uma lado, e da proibição do recurso à procriação artificial fora do âmbito patológico da infertilidade, por outro lado; mesmo para situações já existentes de crianças com filiação estabelecida em relação a um dos progenitores que vive numa união homossexual, a coadoção longe de beneficiar essas crianças, para elas acarreta grandes danos. Danos que afetam o núcleo essencial do seu direito à identidade pessoal (artigo 26.º, n.º 1 da Constituição da República)”. PATTO, Pedro Vaz - Coadoção por que digo não. **Boletim da Ordem dos Advogados**. N.º 111, fevereiro, 2014. 28.

“A aprovação do projeto representa uma enorme violência sobre o sistema jurídico, na medida em que admite que uma lei avulsa crie uma espécie de enclave abrangido por um regime particular, em manifesta contradição com os princípios substanciais de solução decorrentes do regime geral que regula a questão da mesma natureza, quebrando o postulado da sua unidade. [...]faço ainda notar que a solução proposta não é necessária para proteção dos direitos de crianças envolvidas, antes pelo contrário: implica restrições aos direitos fundamentais das crianças, sobretudo quanto ao direito à identidade pessoal e ao direito a constituir relações de filiação, e originará discriminações relativamente às crianças que não ficarão abrangidas pelo regime.”²⁴³.

Por sua vez, o parecer de Eduardo Sá, vai no sentido de concordar com o Projeto de Lei em causa. Eduardo Sá apresenta a seguinte argumentação:

“Ao permitir a coadoção, o Estado reconheceu que os direitos duma criança diante dum casal do mesmo sexo não estarão em risco. [...] Sendo assim, ao permitir a coadoção de crianças ligadas a um dos pais pelos vínculos de filiação ou de adoção, o Estado terá deixado, tacitamente, de ter argumentos que inviabilizem a adoção por casais homossexuais. Seja como for, serão um pai e uma mãe mais-valias para o desenvolvimento duma criança? Em princípio, sim, se daí resultar uma hetero-parentalidade. Isto é, se existir co-parentalidade e se o exercício parental dos pais for distinto, por mais que haja mínimos denominadores comuns, em relação a princípios e regras fundamentas, que os unam. Mas nem sempre às funções paterna e materna corresponderem, obrigatoriamente, os géneros masculino e feminino. Ter um pai e uma mãe pode não significar dispor de uma função paterna e duma, outra, materna. [...] A questão que se coloca é a seguinte: pode um casal homossexual proporcionar experiências de hetero- parentalidade? A resposta é sim. [...] Podem, por fim, as crianças magoar-se com os comentários de outras crianças diante de um casal homossexual que exerça a co-parentalidade? Podem. Mas poderiam magoar-se mais se a homossexualidade de um dos pais fosse vivida através de uma relação paralela ou duma “falsa” adoção singular, e à margem da verdade que deve sustentar a parentalidade.”²⁴⁴.

243

Disponível

em:

<http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a5355786c5a793944543030764d554e425130524d5279394856454e7651575276593246764c305276593356745a57353062334e4259335270646d6c6b5957526c5132397461584e7a595738765a54497a4e4441784d5441744f54646d4e793030595755774c5749774d474d745a4445314e6a64694d44686d4e6d51354c6e426b5a673d3d&fich=e2340110-97f7-4ae0-b00c-d1567b08f6d9.pdf&Inline=true> (consultado em: 20.03.2014). Carlos Pamplona Corte-Real está diametralmente contra a ideia de um atentado à coerência do sistema jurídico português, “ [...] porque o nosso ordenamento conjuga valores plúrimos todos eles tendencialmente conducentes ao respeito pelo interesse superior da criança. Desde a Constituição da República Portuguesa, artigos 1.º a 3.º, 13.º n.º 2, 26.º, 36.º, n.º 1, 69.º, até à própria legislação de índole europeísta que nos vincula, é naturalmente salvaguardada pelo Projeto Lei em apreço a unidade global do nosso sistema jurídico. Unidade que se concretiza, partindo dos princípios básicos internacionais e constitucionais para os princípios gerais de direito e lugares paralelos de menor relevância hierárquica.”. Disponível em: <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a5355786c5a793944543030764d554e425130524d5279394856454e7651575276593246764c305276593356745a57353062334e4259335270646d6c6b5957526c5132397461584e7a595738764d574e6c4d444d35597a49745a544e6d4d4330304d4459774c546c6b4e4459744d7a67355a44686d59574e684d6d59774c6e426b5a673d3d&fich=1ce039c2-e3f0-4060-9d46-389d8faca2f0.pdf&Inline=true> (consultado em: 21.03.2014).

244

Disponível

em:

<http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.PDF?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567>

Relativamente à influência da orientação sexual dos pais na educação das crianças, é de acolher o seguinte argumento favorável de Maria Clara Sottomayor pelo facto dessa orientação sexual não influir negativamente no processo educativo:

“Em relação à orientação sexual ou ao comportamento sexual dos pais, julgamos que estes factores não devem ser considerados como uma presunção de incapacidade educativa dos pais, nem como uma presunção de efeitos prejudiciais ao desenvolvimento sexual e psicológico do menor.”²⁴⁵.

Igualmente favorável à aprovação do Projeto Lei n.º 278/XII manifesta-se Carlos Pamplona Corte-Real, enfatizando o autor que ela é mesmo uma questão premente, já que nenhuma situação *ex novo* ocorre, até porque a criança já tem referências parentais. Considera Carlos Pamplona Corte-Real:

“Achar-se que violaria o espírito do regime atual da adoção não consentir na extensão da parentalidade, é não perscrutar a candência de problemas do dia a dia – saúde, escola, hospital, decisões do mais variado teor, para não falar até na eventual morte do único progenitor- que exigem uma proteção não apenas monoparental da criança em causa.[...] nem se percebe como poderia ir ao encontro do interesse superior da criança que vive com duas mães ou com dois pais negar-se a parentalidade a um deles, pois só por preconceito homofóbico se pode se sustentar tal asserção. Insiste-se porém que, de momento, se está apenas a fazer face a um problema já existente, em que são

[a4c31684a5355786c5a793944543030764d554e425130524d5279394562324e31625756756447397a5357357059326c6864476c3259554e7662576c7a633246764c7a45774f54417a595441334c5752684f444d744e44526b4e5330344f474a6a4c54566859574e6a4f44646c4e44497a4e6935515245593d&fich=10903a07-da83-44d5-88bc-5aacc87e4236.PDF&Inline=true](http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a5355786c5a793944543030764d554e425130524d5279394562324e31625756756447397a5357357059326c6864476c3259554e7662576c7a633246764c7a45774f54417a595441334c5752684f444d744e44526b4e5330344f474a6a4c54566859574e6a4f44646c4e44497a4e6935515245593d&fich=10903a07-da83-44d5-88bc-5aacc87e4236.PDF&Inline=true) (consultado em: 20.03.2014).

²⁴⁵ SOTTOMAYOR, Maria Clara - **Exercício do poder paternal**. Porto: Publicações Universidade Católica, 2003. 142. A mesma perspectiva é defendida por Mário Cordeiro: “[...] revendo a literatura e com base unicamente nas necessidades irredutíveis da criança, não creio haver nenhuma razão científica que justifique impedir-se a coadoção e até a adoção por casais homossexuais. Não existe nenhum dado que mostre ser lesivo para criança, e há inúmeros dados- cerca de 700 estudos meta-analisados- que apontam exatamente para o contrário. Neste sentido se têm pronunciado os organismos científicos, pediátricos, designadamente a Academia Americana de Pediatria, através da sua revista *Pediatrics* e dos pareceres de várias das suas comissões especializadas.

Disponível

em:

<http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a5355786c5a793944543030764d554e425130524d5279394562324e31625756756447397a5357357059326c6864476c3259554e7662576c7a633246764c7a686d5a6a6c6c4e325a6d4c5467345a6a41744e4755795a4330344d7a4d784c544d784e544531593252694d6d51344f4335775a47593d&fich=8ff9e7ff-88f0-4e2d-8331-31515cdb2d88.pdf&Inline=true> (consultado em: 21.03.2014).

Igualmente Isabel Moreira destaca os estudos científicos para sustentar a sua posição favorável à coadoção: “As evidências científicas demonstram que as crianças que crescem com duas mães ou dois pais se desenvolvem tão bem a nível emocional, cognitivo, social e sexual como as crianças com uma mãe e um pai e mostram ainda que o desenvolvimento das crianças é decisivamente influenciado pela natureza das relações e demais interações dentro da unidade familiar e não pela sua forma estrutural particular. As investigações que comparam mães e pais homossexuais a mães e pais heterossexuais, e os filhos de mães e pais heterossexuais aos filhos de mães e pais homossexuais, demonstram claramente que os apriorismos sobre a adequação de pessoas lésbicas, gays, bissexuais ou transgénero ao exercício da parentalidade não têm qualquer fundamentação ou base científica. Nenhuma investigação de bases científica apurou quaisquer riscos ou desvantagens para as crianças que crescem no seio de famílias com uma ou mães ou pais homossexuais.” MOREIRA, Isabel - Coadoção: da exigência da extensão do instituto a casais do mesmo sexo. **Boletim da Ordem dos Advogados**. N.º 111, fevereiro, 2014. 34.

denegados elementares direitos fundamentais as crianças com enquadramento homoparental.”²⁴⁶.

Por último, refiro a perspetiva de Isabel Moreira- que bem pode servir como ponte para o item seguinte deste estudo- favorável à coadoção para casais do mesmo sexo:

“Não podemos ter por solução acertada para os filhos de casais de sexo diferente a coadoção e, depois, através de raciocínio enviesado pelo preconceito que o legislador constituinte derivado identificou em 2004- inscrevendo no n.º 2 do artigo 13.º da CRP a orientação sexual como categoria suspeita-, advogar soluções alternativas. Tal como os filhos de casais de sexo diferente, os filhos de casais do mesmo sexo são melhor protegidos pela coadoção e não por mistificações alternativas como a tutela ou o apadrinhamento civil. Esses institutos representam uma proteção aligeirada, inútil mesmo, em face da existência de um outro progenitor legalmente reconhecido, e diferenciadora destas crianças, não as protegendo como a coadoção e sendo, em bom rigor, simbolicamente insultuosas.”²⁴⁷.

246

Disponível em: <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a5355786c5a793944543030764d554e425130524d5279394856454e7651575276593246764c305276593356745a57353062334e4259335270646d6c6b5957526c5132397461584e7a595738764d574e6c4d444d35597a49745a544e6d4d4330304d4459774c546c6b4e4459744d7a67355a44686d59574e684d6d59774c6e426b5a673d3d&fich=1ce039c2-e3f0-4060-9d46-389d8faca2f0.pdf&Inline=true> (consultado em: 21.03.2014).

²⁴⁷ MOREIRA, Isabel - Coadoção: da exigência da extensão do instituto a casais do mesmo sexo. Disponível em: **Boletim da Ordem dos Advogados**. N.º 111, fevereiro, 2014. 32.

4. Posição defendida

Entendendo a coadoção como uma extensão da parentalidade de um dos progenitores ao outro com ele casado ou unido de facto, mediante recurso ao mecanismo adotivo. Considero ainda que o artigo 7.º da LUF deveria merecer da parte do legislador uma mudança jurídica no sentido de permitir a adoção conjunta por pessoas do mesmo sexo no ordenamento português, quer estejam casadas ou vivam em união de facto. Embora defenda que a adoção plena deve vir a ser aprovada, para combater a discriminação a que são votados os homossexuais a quem resta a adoção singular, ainda assim, de forma mais veemente, defendo que a coadoção deveria ter sido aprovada e que, recentemente, se perdeu uma possibilidade de combater o preconceito homofóbico e de defender a coerência do nosso sistema jurídico, que não deixa de ser abalada pela circunstância de a coadoção em casais do mesmo sexo não ter sido aprovada. Trata-se de uma coerência que se averigua do topo da hierarquia normativa (CRP) para sua base (Leis ordinárias). Do meu ponto de vista, a coadoção em casais do mesmo sexo afigura-se como uma imposição que decorre do enquadramento de direitos humanos em que Portugal se insere, até porque a recente condenação da Áustria pelo TEDH- aspeto já desenvolvido supra- não pode deixar de vaticinar uma condenação de Portugal por parte do TEDH. Por outro lado, defendo que a coadoção em casais do mesmo sexo constitui uma imposição da lógica interna ao próprio ato de legislar, justamente na medida em que o direito não pode- como ao longo deste estudo venho defendendo- deixar de acompanhar a realidade social, as suas forças vivas e as suas mudanças, ao mesmo tempo que deve proteger essa mesma realidade social. No caso vertente da coadoção essa proteção dirige-se à segurança de crianças concretas que têm sido ignoradas, em manifesto prejuízo da CRP e da CEDH.

Apoio esta posição em estudos que têm demonstrado a inexistência de razões cientificamente fundamentadas para que prevaleça a mistificação segundo a qual a homossexualidade dos genitores é propiciadora de patologias, uma vez que, esses estudos não corroboram qualquer efeito lesivo para o desenvolvimento pleno ou para a estabilidade emocional das crianças a conviverem com pais do mesmo sexo. Por conseguinte, entendo que nada cauciona a visão estereotipada de que o menor a viver num lar homoparental será socialmente estigmatizado e prejudicado no seu desenvolvimento ou que a ausência do modelo heterossexual terá como efeito inevitável a perda de referências ou que tornará confusa a identidade de género. À luz do pensamento pós-moderno, o direito sente como premente a necessidade de revelar uma maior fluidez paradigmática que proporcione ao

legislador uma certa distanciação crítica que não o tolde para enfrentar a atual crise de paradigmas. Daí que o legislador não pode mais ser maniqueísta, preconceituoso ou dogmático, antes deve comparticipar no âmbito de uma modificação histórica, mantendo, para tal, um pensamento é aberto, permeável às mudanças para poder reagir face às solicitações existências e a mudanças sociais.

Não obstante, as divergências que não deixei de assinalar do ponto de vista jurídico relativamente a uma paternidade que deixa de ser intrínseca aos fatores puramente biológicos, o que defendo é a ideia de que o pai ou a mãe é aquele que é capaz de construir um dia a dia sólido, estável, duradouro com a criança, fortalecendo laços que vão muito para lá do empréstimo do nome da família e que, portanto, ultrapassam o nascimento biológico com o “nascimento emocional”²⁴⁸ (sublinhado meu). Neste sentido, concordo com o seguinte ponto de vista:

“A parentalidade deixou de ser uma obrigação para se tornar uma opção. Numa nova tendência e realidade social o chamando instinto materno e a filiação biológica são colocados em xeque pela paternidade sócio-afetiva. [...] O convívio e a disponibilidade para cuidar de uma criança e acompanhar o seu desenvolvimento são os aspectos cruciais na construção do amor e do vínculo com o filho. [...] o que está em questão no caso da paternidade sócio-afetiva (sublinhado meu) não é o género, tampouco a orientação sexual dos pais, mas a capacidade de vinculação dos envolvidos na situação de adoção.”²⁴⁹

Contra os argumentos desfavoráveis à coadoção por falta da referenciação masculina e feminina, defendo que a coadoção já é uma realidade, não em termos legais, mas em termos práticos, até porque é preciso ter em conta que há adoções singulares que são decretadas e que não são verdadeiras adoções singulares. Se é certo que uma mudança jurídica incidente numa matriz axiológica de uma sociedade gera sempre um conjunto de vozes discordantes, aquilo que defendo- e tenho defendido ao longo deste estudo- é que a lei deve sobretudo andar a frente e não a reboque da evolução social.

Contra a não aprovação em sede parlamentar da coadoção, evoco a facto de estar em causa um conjunto amplo de famílias com as suas crianças integradas na sociedade, mas que permaneceram ignoradas pelo direito²⁵⁰, não obstante o significado nítido conferido pelos

²⁴⁸ WELTER, B. P. - Investigação de paternidade sócio-afetiva. **Revista brasileira de Direito de Família**, 2 (6) 50, 2000.

²⁴⁹ FUTINO, Regina Silva & MARTINS, Simone - Adopção por homossexuais- uma nova configuração familiar sobre os olhares da psicologia e do direito. **Alethleia**, 24, julho/dezembro, 2006. 153-154.

²⁵⁰ Essa omissão por parte do direito acerca de crianças criadas por casais do mesmo sexo é também criticada por Miguel Vale de Almeida, que considera: “ [...] (como antropólogo eu diria: omite o real etnográfico) e cujo supremo interesse é escamoteado, uma vez que essas crianças se encontram na situação de não terem o direito ao reconhecimento de uma das suas figuras parentais. Este é justamente o exemplo da incompletude dos processos de transformação ou de transmutação, a que tenho aludido. E repete-se em duas outras situações: no acesso à

artigos 1.º, 13.º, n.º 2, 26.º, 36.º, n.º 1, 67.º e ainda o artigo 69.º da CRP. Deste modo, o legislador não ousou encarar a urgência de acautelar direitos e deveres de pais e mãe que já o são de facto, e os correspondentes direitos das crianças, pois é o superior interesse da criança que, em última análise, deverá sempre prevalecer. Por isso, concordo com a seguinte perspetiva:

“Se o receio do deferimento de uma adoção por homossexual, oficialmente registrada como uma família monoparental, é um possível relacionamento homoafetivo, esta união deve ser avaliada pela respeitabilidade e estabilidade, bem como pela oferta de um ambiente familiar adequado à educação da criança. Se o fundamental é atender às necessidades da criança e sendo o adotante cumpridor dos seus deveres, sua orientação sexual não pode ser utilizada como condição de veto. O chamado “comportamento desajustado” do candidato a pai deve ser o impeditivo e não sua homo-afetividade-comportamento desajustado este que pode ser apresentado por todo e qualquer heterossexual.”²⁵¹.

Por muita controvérsia que esta matéria suscite, considero que se trata de uma temática que deve merecer amplo acolhimento pelo direito, que não pode, à semelhança das expressões utilizadas por Lassale, no final do século XIX, para definir o Estado liberal como um *vigilante noturno*, escusando-se a dar solução jurídica aos problemas que a realidade social lhe apresenta.

Considero que a discussão acerca da questão de saber se os casais homossexuais podem ou não adotar, não é a melhor via perante a situação de impasse nesta matéria²⁵², porquanto, julgo, a discussão sobre a adoção de uma criança deve partir de questões mais profundas como sejam: O que é melhor para a criança?; O que a criança tem a ganhar ao ser adotada por este par?; O que ela tem a perder?, uma vez que inverter a ordem das questões

procriação medicamente assistida em que o acesso é restrito a mulheres em união com um homem, o que é contraditório com o princípio da igualdade de género e da autonomia reprodutiva das mulheres, e na impossibilidade de prefilhação pelo/a companheiro/a ou cônjuge num casal do mesmo sexo, dos filhos ou das filhas que legalmente sejam apenas do/a outro/a.” ALMEIDA, Miguel Vale de - *Mães como as outras, pais como os outros*. Ou o fundamental da antropologia, da história da sociologia para entender a parentalidade de lésbicas e gays. **Famílias no Plural: Alargar o Conceito, Largar o Preconceito**. Lisboa, ILGA Portugal, 2013. 57.

²⁵¹ FUTINO, Regina Silva & MARTINS, Simone - Adopção por homossexuais- uma nova configuração familiar sobre os olhares da psicologia e do direito. *Alethleia*, 24, julho/dezembro, 2006. 157.

²⁵² A este propósito é importante mencionar o seguinte ponto de vista de natureza antropológica: “Trata-se, pois, como quase sempre em antropologia, de pensar “às avessas”: não começar pelas estruturas formais (a família como instituição que teria a reprodução como uma das suas funções, mas pelos processos (as parentalidades realmente existentes) não começar pela “biologia” [...], mas sim pelas crianças realmente existentes e perguntar: de que precisa uma criança, esta criança?; Ou seja trata-se de levar a sério não a ideia abstrata de “supremo interesse da criança” (no singular), que tem sido usada para de facto, defender o “supremo interesse da norma”, como é típico dos processos ideológicos, mas sim a ideia de “supremo interesse das crianças” (no plural), concretas [...] no entanto, a adoção em muitos contextos, como é o caso português, pretende outrossim imitar a consanguinidade e a filiação com base na narrativa cultural da biologia. Na realidade devíamos pensar a parentalidade, todas as parentalidades, como baseadas no modelo ideal da adoção: vontade e capacidade. ALMEIDA, Miguel Vale de - *Mães como as outras, pais como os outros*. Ou o fundamental da antropologia, da história da sociologia para entender a parentalidade de lésbicas e gays. **Famílias no Plural: Alargar o Conceito, Largar o Preconceito**. Lisboa, ILGA Portugal, 2013. 56.

levaria a cometer uma violência contra os direitos da criança, salutarmente valorizados na Lei de Proteção de Menores e na Constituição. Deste modo, não deverá a opção sexual de quem adota tornar-se no ponto central a ser analisado, pois o equilíbrio emocional, a disponibilidade afetiva para receber o encargo de educar uma criança, a estabilidade emocional, a consciência do papel a desempenhar, constituem-se como fatores absolutamente prioritários na base da decisão da possibilidade ou não de um processo de adoção. Neste sentido pronuncia-se Isabel Moreira:

“ [...] à luz de uma impositiva ultrapassada concessão estritamente biológica da parentalidade-, a nossa ordem jurídica prevê o instituto da coadoção em casais de sexo diferente em nome do superior interesse da criança, nos casais de sexo diferente pode haver a extensão da parentalidade arts. 1979.º n.º 2 e 1980.º, n.º 2 do Código Civil e art. 7.º Lei 7/2001, de 11 de maio, com a redação dada pela Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto.”²⁵³

Igualmente Carlos Pamplona Corte-Real defende que:

“Não se percebe como poderia ir ao encontro do interesse superior da criança que vive com duas mães ou com dois pais, negar-se a parentalidade a um deles, pois só por preconceito homofóbico se pode sustentar tal asserção. Insiste-se porém que, de momento, se está apenas a fazer face a um problema já existente, em que são denegados elementares direitos fundamentais às crianças com enquadramento homoparental. Nem se diga que a proteção dessa criança seria suficientemente acautelada pela figura do tutor (cfr. artigo 1921.º e ss) porque este só surge na carência de parentalidade (extinção, inibição), é óbvio que o tutor não é um pai, nem quando surge aos olhos da criança como tal poderá ser tido (atende-se no próprio regime específico da tutela, v.g. artigos 1942.º 1943.º e 1046.º do Código Civil, claramente denunciadores que não se está perante uma relação familiar.”²⁵⁴

Por conseguinte, do meu ponto de vista o conflito basilar não é se deve ou não ser concedida a adoção aos pares homossexuais, uma vez que os requisitos essenciais para adotar não se reportam à referência sexual dos adotantes, mas sim às questões bem mais relevantes de uma atitude que extravasa em muito a orientação sexual, pois é a criança envolvida que deve ser sempre o centro e é o seu interesse que deve ser primacialmente protegido.

Relativamente às vozes que defendem que a adoção por casais do mesmo sexo acarretaria desvios de personalidade, ou mesmo sexual, ao desenvolvimento do adotado,

²⁵³ MOREIRA, Isabel - Coadoção: da exigência da extensão do instituto a casais do mesmo sexo. **Boletim da Ordem dos Advogados**. N.º 111, fevereiro, 2014. 32.

²⁵⁴ Disponível em:

<http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a5355786c5a793944543030764d554e425130524d5279394856454e7651575276593246764c305276593356745a57353062334e4259335270646d6c6b5957526c5132397461584e7a595738764d574e6c4d444d35597a49745a544e6d4d4330304d4459774c546c6b4e4459744d7a67355a44686d59574e684d6d59774c6e426b5a673d3d&fich=1ce039c2-e3f0-4060-9d46-389d8faca2f0.pdf&Inline=true> (consultado em 04.04.2014).

tendo em conta os estudos científicos disponíveis- e já focados no item anterior- sublinho a posição de França Pitão:

“ [...] realizados com êxito nos países nórdicos europeus estudos e experiências quanto à formação da personalidade do menor criado e educado no seio de um lar homossexual. Efetivamente, esses menores não demonstraram, na generalidade, qualquer afetação na sua formação por virtude de haverem sido criados por um “pai” e uma “mãe” do mesmo sexo, reagindo e comportando-se em termos idênticos aos menores educados no seio de um casal tradicional [...] Pensamos, contudo, que o cerne da questão estará na forma como o menor seja tratado e encarado no meio em que se insere [...]”²⁵⁵

Cumpro-me ainda realçar que tecnicamente não há nada que impeça a adoção por homossexuais que vivam com cônjuge ou unidos de facto, a não ser a moral, os valores que não obstante o seu peso e a sua ação conformadora do próprio direito, são alterados no tempo.

Em suma, defendo a coadoção de casais de pessoas do mesmo sexo e também o seu direito à adoção plena, já que o direito à homoparentalidade está claramente amparado pelo princípio fundamental da isonomia, cujo corolário é a proibição de discriminações iníquas, uma vez que vedar a adoção aos casais homossexuais configura um claro desrespeito ao princípio da igualdade e da dignidade humana, matriz fundamental em sede constitucional. Com efeito, preconceitos infundados e atitudes homofóbicas não podem legitimar restrições de direitos, até porque isso apenas fortaleceria ainda mais os estigmas sociais.

Na verdade não se trata, em rigor, de “ [...] uma questão de consciência, mas de uma questão de direitos humanos”²⁵⁶.

²⁵⁵ PITÃO, França - **União de facto no direito português (a propósito da Lei n.º 135/99, de 28/08)**. Coimbra: Almedina, 2000. 226.

²⁵⁶ MOREIRA, Isabel - Coadoção: da exigência da extensão do instituto a casais do mesmo sexo. **Boletim da Ordem dos Advogados**. N.º 111, fevereiro, 2014. 33.

5. Referências ao direito comparado

Ao longo de muito tempo os pais homossexuais debateram-se com diversos problemas ligados à filiação. Até muito recentemente, em casos de litígios familiares, quando se tratasse da guarda dos próprios filhos, do direito de visita ou do exercício das responsabilidades parentais, era comum a justiça decidir em desfavor do pai ou da mãe homossexual. Esta situação foi posta em causa quando, em 1999, um julgamento do TEDH considerou que essa discriminação é contrária ao respeito e proteção da vida privada e familiar, por violação dos artigos 8.º e 18.º do CEDH (Processo Salgueiro da Silva Mota c. Portugal, 21 de dezembro de 1999²⁵⁷). Atualmente, já não se trata tanto do reconhecimento de uma vida familiar preexistente, mas da instituição dos laços de filiação *ex nihilo*.

Ao nível mundial, assiste-se a uma tendência crescente para a valorização do respeito pelos direitos humanos e muitos países já autorizam a adoção por casais homossexuais, como é o caso da Holanda, que foi o primeiro país a legalizar a adoção homossexual, a partir da Lei de 21 de dezembro de 2000, que alterou o Livro I do Código Civil, que entrou em vigor a 1 de abril de 2001. Neste país, caso pretenda requerer a adoção conjunta, o casal homoafetivo deverá ser casado, com coabitação de no mínimo 3 anos, sendo ainda possível a possibilidade de adoção individual²⁵⁸.

A Suécia foi o segundo país que aprovou a adoção por casais de pessoas do mesmo sexo em, 2002.

O Parlamento Islandês aprovou, a 12 de junho de 2012, um conjunto de medidas para pôr fim à discriminação dos casais de pessoas do mesmo sexo. Destaca-se o estatuto da coabitação registada- inicialmente reconhecida em 1996- e que passou a assegurar direitos totais de adoção- reforçando, assim, a coadoção que tinha sido introduzida em 2000 (Lei n.º 52/2000, alterando a Lei n.º 87/1996)²⁵⁹- e ainda o acesso à procriação medicamente assistida. A nova Lei entrou em vigor no dia 27 de junho de 2006 e fez da Islândia o segundo país escandinavo a reconhecer integralmente os deveres e os direitos da homoparentalidade²⁶⁰.

²⁵⁷ Rec. N.º 33290/96. Disponível em: <http://www.echr.c.eu.int/hudoc> (consultado em: 28.03.2014).

²⁵⁸ FERRARI, Adriana, OLIVEIRA, Flora Pereira de & PROENÇA, Soraya Àguida Brandão de - Adoção conjunta por casais homoafetivos. **Revista eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET**. Curitiba PR- Brasil. Ano IV, n.º 10, junho-dezembro, 2013. 53.

²⁵⁹ WINTEMUTE, Robert - Igualdade na parentalidade de casais de mesmo sexo em Portugal: Co-adoção e adoção conjunta. **Famílias no plural. Alargar o conceito, largar o preconceito. Atas da conferência**. Lisboa: ILGA Portugal, 2013. 145.

²⁶⁰ Disponível em: http://www.ilgaeurope.org/home/guide_europe/country_by_country/iceland/important_improvements_in_gay_and_lesbian_rights_in_iceland (consultado em: 08.04.2014).

A Lei belga permite, desde 2006, que os casais homossexuais possam adotar crianças nacionais ou de países estrangeiros, além do que esses casais podem recorrer, desde a mesma altura, à procriação medicamente assistida. Assim, 3 anos após a aprovação do casamento entre pessoas do mesmo sexo, a Bélgica legalizou a adoção por casais homossexuais. A Lei foi votada, na generalidade, no Parlamento, em dezembro de 2005, com 7 abstenções, 77 votos a favor e 72 contra, a que se seguiu a apreciação na especialidade. O diploma foi aprovado com 34 votos a favor, 33 contra e 2 abstenções na votação final no Senado. A Lei de 18 de maio de 2006 alterou certas disposições do Código Civil, justamente para permitir a adoção por pessoas do mesmo sexo²⁶¹.

A Noruega foi o terceiro país escandinavo a conceder os mesmos direitos de conjugalidade e parentalidade aos cidadãos homossexuais. O Parlamento norueguês aprovou, a 11 de julho de 2008, uma nova Lei do casamento que também permite a adoção por homo-/bissexuais. A Lei entrou em vigor a 1 de janeiro de 2009.

No Reino Unido, a adoção é permitida na Inglaterra e no País de Gales, desde 2005, após a entrada em vigor do *Adoption and Children Act* de 2002 (artigos 50.º, 51 n.º 2, 144.º, n.º 4 e n.º 7)²⁶², e na Escócia, desde 2009 (*Adoption and Children Act* de 2007, artigo 29.º, n.º 3, com entrada em vigor em 29 de setembro de 2009), após a promulgação do Diploma homónimo em 2007.

Em Espanha²⁶³, para terminar com discriminações existentes, foi apresentada, em 2004, no Congresso, uma proposta do Governo a defender para o casamento os mesmos requisitos e efeitos, independentemente do sexo dos intervenientes. A proposta foi aprovada e levada ao Senado. Foram chamados peritos na matéria, que apresentaram argumentos contra e a favor da adoção homoparental. O Senado acabou por vetar a proposta que fora aprovada pelo Congresso e devolveu-lhe o Diploma. A 30 de junho de 2005, foi, de novo, aprovada com 187 votos a favor, 147 contra e 4 abstenções, que anulou o veto do Senado. A Lei²⁶⁴ entrou em vigor no dia 3 de julho de 2005 e consagrou a adoção por casais de pessoas do mesmo sexo sem quaisquer restrições. Ao nível das Comunidades Autónomas, com legislação própria de Direito da família, destacam-se nesta matéria: Aragão (Ley 2/2004, de 3 de maio

²⁶¹ Disponível em: http://www.ejustice.just.fgov.be/mopdf/2006/06/20_2.pdf (consultado em: 21.04.2014).

²⁶² WITEMUTE, Robert - Igualdade na parentalidade de casais de mesmo sexo em Portugal: Co-adoção e adoção conjunta. **Famílias no plural. Alargar o conceito, largar o preconceito. Atas da conferência**. Lisboa: ILGA Portugal, 2013. 145.

²⁶³ Disponível em: http://www.encyclopediaspana.com/Matrimonio_homosexual_en_Espa%C3%B1a.html (consultado em: 08.08.2014).

²⁶⁴ Ley 13/2005, de 1 de julio. **Boletín Oficial del Estado**, n.º 157, 2 de julio de 2005. Disponível em: <http://www.boe.es/boe/dias/2005-07-02/pdfs/A23632-23634.pdf> (consultado em: 21.04.2014).

de 2004), Catalunha (Lley 3/2005, 8 de abril de 2005), País Basco (Ley 2/2003, 7 de maio de 2003) e Navarra (Ley Foral 6/2000, 3 de julho de 2000).

Na Suíça, o processo legislativo para abrir a possibilidade de adoção aos casais homossexuais iniciou-se em 2011, com a apresentação, na Assembleia Federal, Conselho dos Estados e Comissão para os assuntos jurídicos uma moção com o título: “Direito de adoção: as mesmas possibilidades para todas as famílias” (15 de novembro de 2011).²⁶⁵ A reposta do Conselho Federal verificou-se em 22 de fevereiro de 2012 e permitiu a coadoção. Cito um trecho dessa resposta do Governo suíço:

“O Conselho Federal considera [...] no interesse da criança, permitir aos membros de um casal homossexual adotar o filho do seu companheiro/a (art. 264a, al. 3, CC): é preciso que as crianças nascidas de uma relação anterior ou adotadas por uma pessoa singular (art. 246b CC) possam depois ser adotadas pelo companheiro/a registado/a da sua mãe ou do seu pai. A abertura deste tipo de adoção aos parceiros registados levará em linha de conta o facto que muitas crianças crescem já com os seus pais/mães homossexuais. [...] Abrir esta adoção aos parceiros registados [homossexuais] porá todas as crianças em pé de igualdade jurídica.”²⁶⁶ [Tradução do francês minha].

Em França, a aprovação do Projeto-Lei que permitiu o casamento e, simultaneamente, a adoção aos casais homossexuais aconteceu em 12 de fevereiro de 2013 com 329 votos a favor e 229 votos contra. Em 12 de março de 2013, o Senado francês aprovou esse Projeto-Lei e o documento seguiu para Câmara Baixa do Parlamento- onde já tinha sido aprovado- para uma segunda votação. Essa Câmara aprovou o Projeto-Lei, em 23 de abril de 2013. Assinalo que à luz da Lei francesa, a adoção é inerente ao casamento a pessoas do mesmo sexo, pelo que a abertura do casamento homossexual autoriza necessariamente a adoção, seja a adoção conjunta ou apenas por parte de um dos cônjuges. Assim, os casais homossexuais passaram a poder adotar num quadro idêntico ao vigente para os casais heterossexuais, com a possibilidade de adoção em nome individual ou em conjunto. De fora do Projeto-Lei - aprovado no Senado, a 23 de abril, que contemplou, de uma só vez, o casamento homossexual e a adoção por casais do mesmo sexo - ficou a regulamentação do direito à procriação medicamente assistida. Refiro que essa decisão não foi, porém, isenta de forte contestação interna, inclusive com manifestações violentas e gerou críticas externas, como a da Rússia. Lembro que no caso Gas e Dubois c. França (Acórdão de 31 de agosto de 2010), o

²⁶⁵ Disponível em: http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20114046 (consultado em: 25.04.2014).

²⁶⁶ WINTEMUTE, Robert - Igualdade na parentalidade de casais de mesmo sexo em Portugal: Co-adoção e adoção conjunta. **Famílias no plural. Alargar o conceito, largar o preconceito. Atas da conferência.** Lisboa: ILGA Portugal, 2013. 146. Sublinho que esta resposta do Governo suíço indica com clareza os motivos para aprovar a coadoção, em favor da proteção jurídica de crianças que já vivem com pais homossexuais, o que, infelizmente, não foi contemplado no Parlamento português.

TEDH considerou que a comunidade de vida firmada entre duas mulheres e o filho biológico de uma delas, concebido por intermédio de métodos de procriação medicamente assistida, constituía “vida familiar” para os efeitos do artigo 8.º da CEDH, em virtude da relação estável estabelecida entre os três com o decurso do tempo²⁶⁷.

Em sentido contrário, em 11 de junho de 2013, o Presidente da Câmara dos Deputados da Rússia²⁶⁸, Sergei Narishkim anunciou que proibirá por Lei a adoção de crianças russas por casais homossexuais e Vladimir Putin defendeu que a Rússia tudo fará para que, nesse país não se repita os passos da Espanha, Canadá ou França que permitam aos casais do mesmo sexo adotar crianças.

Em 12 de março de 2014, o Governo alemão aprovou um Projeto-Lei que autoriza os casais homossexuais a adotarem os filhos do seu parceiro (coadoção), embora a adoção de crianças por um casal de homossexuais continue a ser ilegal na Alemanha. O Projeto-Lei alemão surge na sequência de uma decisão de fevereiro de 2013 do Tribunal Constitucional alemão. Evoco que na Alemanha o casamento homossexual não é autorizado, se bem que, desde 2001, exista o chamado contrato de comunhão de vida. Este faculta aos casais homossexuais a oficialização da sua união e concede-lhes direitos análogos aos de um casamento, exceto relativamente à adoção. Em junho de 2013, o Governo alemão foi obrigado a equiparar o regime fiscal dos casais do mesmo sexo aos dos casais heterossexuais, também em virtude de uma decisão do Tribunal Constitucional.

Para além dos países europeus, a adoção por casais do mesmo sexo também é possível noutros países, como nos Estados Unidos da América, Canadá, África do Sul, Austrália, Uruguai, Argentina, México (em 16 de agosto de 2010 o Supremo Tribunal do México manteve a Lei da Cidade do México que permite a adoção por casais homossexuais. A Lei que permite a adoção de casais homossexuais só se aplica na capital mexicana), Brasil.

Nos Estados Unidos da América, em pelo menos 19 dos 50 Estados dos EUA (e no Distrito de Colúmbia) é possível a adoção para casais de pessoas do mesmo sexo, especialmente o regime da coadoção. Em termos legislativos destaca-se: os California Statutes, Capítulo 893 (14 de outubro de 2001); no Colorado, os Revised Statutes, 2007; no Connecticut, os General Statutes Annotated de 2000, os Revised Statutes do Hawai; os Compiled Statutes do Illinois 2011. Outros Estados com alterações legislativas ou

²⁶⁷ Diário da República 1.ª Serie- n.º 44- 4 de março de 2014, 1711 [no âmbito do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 176/2014, processo n.º 100/14].

²⁶⁸ Disponível em: <http://portugues.christianpost.com/news/parlamento-russo-proibira-adocao-por-casais-homossexuais-17023/> (consultado em: 08.04.2014).

jurisprudenciais, em favor da adoção por casais homossexuais, são: Iowa; Massachusetts; Nevada; New Jersey; New York; Vermont; Washington; Indiana; Maine; Pensilvânia²⁶⁹.

No Canadá é possível a adoção por pessoas do mesmo sexo em todas as 13 regiões e províncias²⁷⁰.

Na América Latina, o Uruguai foi o primeiro país a aceitar a adoção de crianças por casais homossexuais, desde a votação realizada no Senado a 9 de setembro de 2009. O texto foi aprovado pela Frente Amplio (coligação de esquerda) e pelo Partido Colorado (de direita). A modificação das disposições relativas à adoção foi promulgada (Ley 18.590) em 18 de setembro de 2009 e publicada no *Diario Oficial* em 16 de outubro de 2009²⁷¹.

Na Argentina o alargamento da coadoção a casais de pessoas do mesmo sexo, implicou a alteração do Código Civil, pela Lei 26.218, promulgada a 21 de julho de 2012.

No Brasil, a adoção por casais de pessoas do mesmo sexo ainda não se encontra consagrada na Lei. No entanto, a jurisprudência tem dado passos significativos no sentido dessa possibilidade. Invoco o Acórdão do Supremo Tribunal Federal que, em maio de 2011, reconheceu a união estável entre casais de pessoas do mesmo sexo, o que abriu um importante precedente a ser seguido pelas outras instâncias da justiça e da administração. Deste modo, o Supremo reconheceu a união estável homoafetiva²⁷². Esse Acórdão abriu, com efeito, a possibilidade dos casais homoafetivos, que vivem em união estável, adotarem conjuntamente, tendo em conta o melhor interesse de quem aguarda ocasião para ser inserido numa família substituta. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na apelação civil n.º 70031574833²⁷³ decidiu sobre a possibilidade de adoção por um casal homoafetivo, realçando que tais uniões são consideradas como entidades familiares e que não existe qualquer prejuízo para a criança por ser adotada por um casal do mesmo sexo. Cito ainda o Acórdão 529.976-1 do Tribunal do Estado do Paraná²⁷⁴, cuja decisão proferida em 2009 afirmou que as uniões homoafetivas devem ser reconhecidas como entidade familiar e, por isso, são merecedoras de tutela legal, inexistindo, portanto, entraves para a adoção por casais de pessoas do mesmo sexo. Estes

²⁶⁹ WINTEMUTE, Robert - Igualdade na parentalidade de casais de mesmo sexo em Portugal: Co-adoção e adoção conjunta. **Famílias no plural. Alargar o conceito, largar o preconceito. Atas da conferência**. Lisboa: ILGA Portugal, 2013. 151.

²⁷⁰ *Ibidem*, 149.

²⁷¹ Disponível em: <http://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=18590&Anchor> (consultado em: 25.04.2014)

²⁷² Disponível em: <http://www.sonjur.com.br/2011-mai-05/supremo-tribunal-federal-reconhece-uniao-estavel-homoafetiva> (consultado em: 25.04.2014).

²⁷³ Disponível em: http://tjrs.jus.br/busca/?as_que=&tb=proc (consultado em: 25.04.2014).

²⁷⁴ Disponível em: <http://www.tjpr.jus.br/jurisprudencia> (consultado em: 25.04.2014).

exemplos ilustram o facto dos Tribunais brasileiros dispensarem um tratamento respeitoso e ajustado às novas realidades no que respeita à adoção por casais do mesmo sexo.

Embora não tenha pretendido ser exaustiva no elenco dos muitos países que já permitem a adoção por casais de pessoas do mesmo sexo, julgo que os exemplos apresentados, em sede de direito comparado, mostram bem que o caminho percorrido em Portugal- como tive a ocasião de desenvolver antes- se afasta do da maioria dos países europeus onde, em muitos casos, a adoção foi reconhecida em simultâneo com o casamento (por exemplo na Holanda e na Espanha) ou ainda casos em que a adoção precedeu o reconhecimento do direito ao casamento.

Por conseguinte, nesta matéria, Portugal não pode ficar, usando aqui uma expressão de má memória, *orgulhosamente só*, ou então acompanhado por países como a Rússia, a Roménia e a Ucrânia. É por isso que o ordenamento jurídico português deverá rapidamente ultrapassar a derrota que infligiu aos direitos das crianças que já existem de facto inseridas em famílias de pessoas do mesmo sexo. Além disso, a adoção plena, que defendo, permitirá também em Portugal ir ao encontro do quadro normativo constitucional, do princípio da igualdade e da não discriminação, desbloqueando a adoção homoparental para pôr fim à discriminação e para defender o superior interesse de tantas crianças que têm visto adiada a oportunidade de uma família disponível para as acolher e conceder-lhes todos os cuidados e afetos a que têm direito.

CONCLUSÃO

Este estudo teve como horizonte temático preferencial a consideração da ordem jurídica como parte integrante e complementar da esfera social global.

A ordem social arrima-se em instituições permissivas do carácter identitário e duradouro da sociedade e se bem que estas comportem uma ideia de permanência não são imutáveis. Antes variam e, por vezes, com grande rapidez, como é típico da sociedade atual em que nos integramos e onde as estruturas tradicionais são, paulatinamente, erodidas e transmutadas, quando não destruídas, pelo contato com modelos de vida diferentes.

Quando se abordou a questão das mudanças sociais acompanhadas de mudanças jurídicas, salientou-se que, embora, em certos casos, as mudanças no estófo social tenham catalisado as mudanças jurídicas, todavia também o Direito é um instrumento suscetível de provocar mudanças na sociedade. Por exemplo, o rompimento com uma sociedade patriarcal com flagrante desigualdade de género, em que o Direito contribuiu decisivamente para o caminho conducente à igualdade de género e à valorização do papel social e jurídico da mulher. O mesmo se pode dizer em relação ao instituto da adoção. Não obstante, essa confluência entre as mudanças sociais e as mudanças jurídicas é, não raro, perpassada de resistências e dificuldades, até porque “é mais fácil destruir uma comunidade do que fazê-la evoluir”²⁷⁵, especialmente no que concerne à evolução das mentalidades. Estas, inscrevendo-se num plano estrutural e não conjuntural, acarretam sempre um processo moroso de alteração.

Apesar dessas resistências sentidas na esfera do Direito perante o fluir da vida social, nunca se descurou neste estudo a afirmação do Direito como uma ordem necessária e do Direito como um fenómeno eminentemente social.

Por conseguinte, as mudanças sociais não são apenas uma condicionante extrínseca do Direito, e, por seu lado, o Direito encontra-se ancorado no âmago de toda ordem social, até porque a estruturação dessas mudanças sociais não é possível sem o Direito.

Contemporaneamente é possível salientar a valorização da dimensão social ou sociológica do direito, que ganha a sua máxima expressão no pensamento de Roscoe Pound, que concebe a dimensão prática do Direito como uma via para dar corpo às reformas sociais e guiar a interpretação dos complexos normativos pelos padrões sociais formados a partir de renovados ideais de justiça.

²⁷⁵ ASCENSÃO, José Oliveira – **O Direito. Introdução e Teoria Geral**. 13.^a Ed. Coimbra: Almedina. 2006. 36.

Nesta investigação enfatizou-se que o âmbito do Direito da Família é um campo fértil para se compreender a permeabilidade do Direito relativamente às mudanças sociais. Por isso realçou-se que melhor seria falar de um Direito das Famílias (Berenice Dias) em substituição do Direito da Família, pois com esta alteração, muito mais do que meramente semântica, abre-se a possibilidade do ordenamento jurídico português abarcar uma multiplicidade de realidades familiares, numa sociedade em mutação acelerada, onde, nomeadamente, o casamento já não tem que ser obrigatoriamente heterossexual; onde a união de facto passa a ter uma natureza familiar – não obstante vozes contrárias a esta posição como as de Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira, Duarte Pinheiro -; onde o biologismo se harmoniza com a procriação medicamente assistida e onde se vislumbra um binómio, não isento de controvérsia, entre o biologismo e a afetividade no campo da parentalidade. Daí que o estudo tenha advogado uma perspetiva que conflui com a seguinte:

“Liberdade e responsabilidade deverão ser os critérios que nortearão o jurista na detecção de normatividade jurídico-familiar, enquadrados sempre no bom senso empírico (...) na leitura das situações do quotidiano da vida. Conceptualizar, formalizar, enredar-se em elaborações interpretativas distantes do prosaico das formas mais simples da convivência humano inerente à família (ou às famílias), é meio caminho para dificultar o acesso ao âmago do Direito da Família.”²⁷⁶.

Conquanto este estudo contenha momentos potenciadores de controvérsia jurídica, dadas as resistências a certas matérias a que, por vezes, se acrescentam padrões axiológicos e mesmo preconceitos esterilizantes, fi-lo com o escopo de um humílimo contributo para a reflexão e aprofundamento das temáticas abordadas. Tendo em conta que este estudo procurou estabelecer dialeticamente um cruzamento entre mudanças sociais acompanhadas de mudanças jurídicas e mudanças sociais, mormente a matéria da adoção homoparental, que ainda aguardam por regulamentação jurídica.

A divisão em quatro capítulos reflete essa mesma ideia retora que presidiu à presente dissertação.

²⁷⁶ CORTE-REAL, Carlos Pamplona & PEREIRA, José Silva - **Direito da Família- Tópicos para uma reflexão típica**. 2.^a Ed. atualizada. Lisboa: AAFDL, 2011. 121. Mais acrescentam os autores: “Concluindo a “riqueza” das situações da vida familiar, na sua complexidade e heterogeneidade, devem legitimamente ter uma acrescida influência interpretativo-normativa. Estar-se-á ante um sector normativo, quiçá particularmente aberto. E no sentido que se vem propugnando é bem expressiva a ideia de Jemolo que escreve que a família “não pode ser reduzida a uma construção jurídica, (pois) lembra sobretudo afectos, diz mais respeito ao coração que à razão” sendo que o Direito só é plenamente eficaz “quando se trata de prescrever em matéria de valores económicos, do meu e do teu”; ora pertencendo ao domínio dos valores imateriais, a família “seria” um instituto pré-jurídico, que “aparece sempre como uma ilha que o mar do Direito pode tocar, mas apenas tocar”... Em suma e rematando, o ser e dever ser no Direito da Família interferem reciprocamente, justapondo-se, sem se poder falar, em rigor, de perda das respectivas essências [...]”. *Ibidem*, 122.

Com efeito, após o enquadramento do Direito da Família como *locu preferencial* do acolhimento das mudanças sociais (Capítulo 1) e da integração do Direito da Família ao nível constitucional e do Direito Europeu (Capítulo 2), visou o Capítulo 3 apontar, como paradigmáticas, três mudanças sociais que se transferiram para o campo jurídico, a saber: a regulação da união de facto; os casamentos entre pessoas do mesmo sexo e o direito à identidade dos transexuais.

Por sua vez, o Capítulo 4 destacou a adoção homoparental como situação exemplar de uma mudança social que – pelo menos no ordenamento jurídico português se tivermos em linha de conta o Direito comparado – ainda se confronta com escolhos do ponto de vista jurídico para a sua plena consagração e regulamentação.

Foi a consciência do dissenso doutrinário à volta de determinadas matérias, que levou a que se apresentassem, relativamente às mesmas, os principais argumentos controvertidos, embora, com base numa reflexão sobre essas divergências e à luz da investigação revista, não tenha deixado de comprometer-me com as posições defendidas.

Neste sentido, relativamente ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, como um corolário de dinâmicas sociais atinentes às modalidades de parentesco nas sociedades ocidentais, foram apresentadas posições que defendem que o casamento entre pessoas do mesmo sexo se encontra vedado pela Constituição. Entre esses argumentos desfavoráveis ao instituto do casamento homossexual, advogam certos autores que esse casamento contraria o princípio da igualdade e põe em causa a essência do próprio conceito de casamento (por exemplo, Nuno de Salter Cid); para outros autores (casos de Gomes Canotilho e Vital Moreira) o casamento entre pessoas do mesmo sexo não se encontra abrangido pelo artigo 36.º, n.º 1 CRP, embora nada obste a que o legislador ordinário alargue o regime do matrimónio a esses casais. Em sentido contrário, argumentando a favor do casamento entre pessoas do mesmo sexo - tendo por fio condutor a ideia de Rui Rangel que defende: “Os direitos das minorias seja em que contexto for, têm que ser reconhecidos, não obstante os preconceitos religiosos, morais e ideológicos.”²⁷⁷ - destacou-se, designadamente, as posições de Pamplona Corte-Real- que defende que o casamento não pode ser encarado como um instituto especificamente heterossexual, mas antes como uma proteção do Direito em relação ao desenvolvimento da personalidade de cada parceiro, no respeito pelo direito à reserva da intimidade da vida privada, tal como é apanágio dum Estado de Direito Democrático, norteado pelos valores da dignidade pessoal e da liberdade-; Pedro Múrias- que defende a

²⁷⁷ RANGEL, Rui - Prefácio a BAPTISTA, Isabel. **O casamento homossexual e o ordenamento jurídico-constitucional português**. Chamusca, Edições Cosmos, 2010. 8.

ideia segundo a qual o problema jurídico entre o casamento de pessoas do mesmo sexo se traduz numa questão de determinado tipo de reconhecimento e de legitimação, repudiando a tese de uma função puramente procriativa do casamento, encarado este como um bem jurídico eminentemente neutro quanto aos fins dos nubentes e ainda que da sua proibição resultaria uma violação do artigo 26.º, n.º 1 CRP e redundaria numa “discriminação explícita destinada a promover uma modalidade de exclusão”²⁷⁸ - ; Luís Duarte D’Almeida que considera que os preceitos dos artigos 1577.º e 1628.º al. e) do Código Civil entretanto revogados, se afiguravam como inconstitucionais, em virtude da violação do princípio da igualdade e da desconformidade com o direito fundamental a desenvolvimento da personalidade-, por sua vez, Isabel Moreira defende que o casamento entre pessoas do mesmo sexo vem ao encontro da expressão normativa dos princípios consagrados nos artigos 36.º, n.º 2 e 13.º da CRP.

Sobre esta temática defendi a seguinte posição: a concretização do direito ao casamento para casais homossexuais é paradigmática da elasticidade do direito e da sua abertura às mudanças sociais; da imbricação do direito com uma sociedade em constante mudança, exigindo daquele uma abertura aos valores da diferença, do pluralismo, do respeito pela vontade individual e pela vida privada, o que é uma atestação do direito como fenómeno eminentemente social. Por conseguinte, a posição defendida colige dois vetores, a saber: a conformidade com o texto constitucional e a génese do casamento situada na oficialização voluntária de uma vida em comum.

Relativamente à transexualidade e ao direito à identidade, enfatizou-se neste estudo o marco fundamental representado pela promulgação da Lei n.º 7/2011, de 15 de março, que veio firmar o reconhecimento jurídico da adequação dos caracteres sexuais externos e, em larga medida, mitigar a situação de extrema vulnerabilidade – inclusive a marginalização social – em que se encontravam até então as pessoas transexuais. Com efeito, antes da promulgação dessa Lei, as pessoas transexuais, após a cirurgia genital só poderiam ver o seu nome e sexo alterados no registo por via de uma interposição de uma ação contra o Estado português. Destacou-se também o Acórdão da Relação de Lisboa de 10/06/86, que estabeleceu um conjunto de pressupostos para a concretização de mudança ao nível do registo.

²⁷⁸ MÚRIAS, Pedro - Um símbolo como bem protegido. Sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo. **Um sim e um não sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo**. Lisboa: Entrelinhas. [Em linha]. 2008. 33. Disponível em: <http://muriasjuridico.no.sapo.pt/PMuriasParecerCPMS.pdf> (consultado em: 20.10.2013).

A posição que defendi neste âmbito foi que o direito, ao acomodar o reconhecimento do direito à identidade dos transexuais, veio ao encontro de uma visão que rompe com a anterior perspetiva biologistica e atentatória de direitos de personalidade. Frisou-se ainda evolução do TEDH no sentido de uma interpretação dinâmica da CEDH, nomeadamente, os Acórdão *Christine Goodwine* e I. C. Reino Unido, de 11 de julho de 2002, e, sobretudo o Acórdão *Van Oosterwijk* c. Bélgica, de 6 de novembro de 1989.

Em relação ao Capítulo 4, procedeu-se a uma reflexão sobre uma mudança social que continua a aguardar- nomeadamente no ordenamento jurídico português- por uma mudança jurídica, a saber: a adoção homoparental.

Com efeito, ao contrário de grande maioria dos outros países europeus, o legislador português ainda mostra resistência no que respeita ao reconhecimento da diversidade de formas de família. Após o marco da legalização do casamento homossexual, a ordem jurídica portuguesa ficou aquém dos reptos que essa mudança potenciava, nomeadamente haveria que romper o modelo hegemónico da família nuclear.

Por outro lado, tal como foi argumentado, é preciso afastar a conceção de que a maternidade e a paternidade são implicativas de capacidades mutuamente exclusivas em termos de género, o que seria permanecer numa visão estereotipada em termos de género enquadrável à luz de um paradigma essencialista.

Em virtude dos estudos científicos revistos foi possível concluir que a consideração da família heterossexual, com uma divisão tradicional e estanque de papéis, enquanto modelo desejável de parentalidade, não é tanto uma factualidade cientificamente provada, mas antes um projeto ideológico. Neste sentido, é de realçar o seguinte ponto de vista:

“No que diz respeito ao desenvolvimento *psicossocial* as avaliações dos comportamentos das crianças não revelaram diferenças entre as famílias homoparentais e heteroparentais. [...] os estudos descritos mostram de forma consistente que, apesar do preconceito e da discriminação, as crianças educadas em contexto homoparentais desenvolveram-se tão bem como os pares psicossociais.”²⁷⁹

O desafio que nesta matéria se suscitou foi considerar que as famílias de pessoas do mesmo sexo no seio das quais se desenvolvem as crianças é um pretexto para se refletir a forma como o género possui um carácter dinâmico e socialmente construído, levando à formulação da questão de saber até que ponto a presença de dois progenitores de sexo diferentes é ou não essencial para o desenvolvimento das crianças, tendo em conta a convicção generalizada que as crianças precisam de uma mãe e de um pai, o que é uma

²⁷⁹ GATO, Jorge & FONTAINT, Anne Marie – Impacto da orientação sexual e do género na parentalidade: Uma revisão dos estudos empíricos com famílias homoparentais. **Revista Ex aequo**, n.º 23, 2011. 89, 92.

interpretação pouco rigorosa, tal como se procurou enfatizar. A este propósito destaca-se a posição da ordem dos psicólogos portuguesa, de 2013:

“Deste modo, parece haver convergência da comunidade científica sobre o facto da configuração familiar (seja ela homoparental ou heteropaterntal) não ser um aspecto determinante para o desenvolvimento das crianças, mas sim a dinâmica relacional familiar. O fundamental é que o contexto familiar ofereça afecto e comunicação, seja sensível às necessidades da criança, viva de modo estável e impondo normas adequadas, no seio de relações harmoniosas. Se estas funções parentais forem cumpridas, a orientação sexual dos pais, em si mesma, não parece ser a variável mais relevante quando se tem de determinar o modo de construção do desenvolvimento psicológico das crianças.”²⁸⁰.

Destacou-se neste âmbito a mudança terminológica associada ao neologismo da parentalidade por contraste com o termo tradicional de paternidade, o que mostra que a elasticidade do Direito também vai incorporando as transformações sociais por via da reestruturação do seu próprio corpo semântico.

A parentalidade vai ao encontro das dimensões plurais da filiação, aponta para famílias e não para um convencional e heteronormativo Direito da Família, uma vez que, na atualidade, o que verdadeiramente existe é uma diversidade das estruturas familiares. A questão da adoção homoparental entronca-se numa parentalidade de pendor afetivo, o que o Direito da Família português só em termos muito limitados tem relevado juridicamente, em especial a relação afetiva gerada por via da adoção, a qual se funda, verdadeiramente, numa realidade afetiva e sociológica, diversa realidade biológica em que se funda o parentesco. Também neste aspeto, se enfatizou a necessidade de o Direito acomodar uma progressiva desinstitucionalização do modelo familiar tradicional.

Entre os argumentos aduzidos a favor da adoção homoparental, são de destacar: a necessidade de ultrapassar o vazio legal que, nesta situação em concreto, acaba por não atender ao superior interesse da criança; a valorização do afeto como identificador das entidades familiares e como parâmetro dos vínculos parentais; a defesa da coadoção por casais do mesmo sexo enquanto imposição da lógica intrínseca ao próprio ato de legislar, justamente porque o Direito não pode alhear-se da realidade social, ao invés deve protegê-la e regulamentá-la.

No caso vertente da coadoção essa proteção que se reclama do direito dirige-se, prioritariamente, à proteção de crianças concretas que têm sido ignoradas, em manifesta discrepância face à Constituição da República Portuguesa e à Convenção Europeia do

²⁸⁰ AAVV – Ordem dos psicólogos Portugueses. **Relatório de Evidência Científica Psicológica sobre Relações Familiares e Desenvolvimento Infantil nas Famílias Homoparentais**. Lisboa. 2013. 30.

Direitos Humanos. Com efeito, negar-se a parentalidade a uma mãe ou um pai que vive com uma companheira ou com um companheiro, não poderá ir ao encontro do superior interesse da criança e somente por preconceito homofóbico é possível sustentar essa discriminação.

Por último, defendi a coadoção por casais de pessoas do mesmo sexo e igualmente o seu direito à adoção plena, porquanto o direito à homoparentalidade está perfeitamente amparado pelo princípio fundamental da isonomia, cujo corolário é a proibição de discriminações iníquas, pois vedar esse direito aos casais homossexuais configura um desrespeito ao princípio da igualdade e da dignidade humana, matriz axiológica fulcral em sede constitucional.

Assim, preconceitos infundados não podem legitimar restrições de direito, sob pena de fortalecer os estigmas sociais. Na verdade: “não se trata, em rigor, de uma questão de consciência, mas de uma questão de direitos humanos.”²⁸¹.

Em relação ao chumbo na Assembleia da República do Diploma do PS sobre a coadoção de crianças por casais de pessoas do mesmo sexo, considerou-se que foi, eminentemente, uma derrota para as crianças, cujo futuro ficou adiado *sine die*, além do que das diversas temáticas do costume, a da coadoção é, afinal, a que causa menores dilemas morais, porquanto, essas crianças já existem integradas numa família e permanecem sem qualquer proteção.

Como se enfatizou ao longo deste estudo, o Direito da Família é, por excelência, um domínio pautado pela elasticidade, pela pluralidade. É um ramo do Direito sempre convocado a responder a novos desafios com que a realidade social, por natureza mutável, o interpela. Contemporaneamente, a igualdade de género; as profundas alterações em matéria de adoção – tendo-se destacado o contributo essencial da reforma do Código Civil de 1977 –; a mutação do regime do poder paternal – realçou-se neste âmbito a Lei 61/2008, de 31 de outubro, e a expressão “responsabilidades parentais” que marca uma desvinculação do pendor da sociedade patriarcal e a viragem para um comprometimento paritário dos progenitores na vida dos filhos –; a desinstitucionalização das relações familiares e o divórcio; o fim da heterossexualidade como requisito do casamento; a rotura com o biologismo na constituição do vínculo de filiação e o acento tónico posto ao nível da estrutura dos afetos; o questionamento da hegemónica heteroparentalidade e consequente permeabilidade à coadoção e à adoção homoparental; eis um acervo de problemáticas sobre as quais incidiu esta investigação. Esta procurou, sobremaneira, focar-se no potencial evolutivo – e controverso –

²⁸¹ MOREIRA, Isabel - Coadoção: da exigência da extensão do instituto a casais do mesmo sexo. **Boletim da Ordem dos Advogados**. N.º 111, fevereiro, 2014. 33.

do Direito da Família, inclusive das relações nominadas que este contempla, e no alargamento do seu objeto (v.g., a inclusão de realidades similares às relações familiares, designadas como parafamiliares, como a união de facto), no sentido de acompanhar-se o abandono de uma conceção meramente formal do Direito da Família. Isto, em favor de uma visão substancial, material da família; em favor de um Direito da Família que incorpore a dinâmica da vida social, porquanto, di-lo de forma lapidar Jorge Duarte Pinheiro:

“A turbulência em torno do Direito da Família é sinal da sua preponderância não só simbólica como prática. Não é o mero prazer intelectual da discussão e da contestação que anima movimentos e críticas. O Direito da família influi ou pretende influir, de modo amplo, na vida de cada indivíduo.”²⁸².

Em suma, procurou-se, em certo sentido, dar um contributo para o “des-pensar do direito”²⁸³ (mormente do Direito da Família), reinventando o valor do direito do afeto, que mais se adequa às “[...] reivindicações normativas dos grupos sociais subalternos e dos seus movimentos [...]”²⁸⁴ e cujos direitos devem ser acautelados, o que exige uma ultrapassagem dos ditames da heteronormatividade e do biologismo hegemónicos no ordenamento jurídico português. Este, como pretendeu mostrar a parte final deste estudo, permanece vulnerável à lógica da exclusão e que carece de abrir-se mais a uma inclusiva “sociologia das emergências”²⁸⁵, já que “tudo o que é homogéneo à partida tende a transformar-se em violência exclusivista”²⁸⁶.

²⁸² PINHEIRO, Jorge Duarte - **O Direito da Família Contemporâneo**. 2.ª Ed. Lisboa: AAFDL, 2009. 36.

²⁸³ SANTOS, Boaventura de Sousa - Poderá o direito ser emancipatório?. **Revista crítica de ciências sociais**, n.º 65, maio de 2003. 2003. 12.

²⁸⁴ *Ibidem*, 12.

²⁸⁵ *Ibidem*, 35.

²⁸⁶ *Ibidem*, 30.

BIBLIOGRAFIA

AAVV - **O direito da família e das sucessões: na perspectiva do século XXI. Family and Sucession Law in the Portuguese Civil Code of 1867: A 21st Centrory Approach.** Lisboa: AAFDL, 2008.

AAVV - **Escritos de direito das famílias- Uma perspectiva luso-brasileira.** Coords. Maria Berenice Dias & Jorge Duarte Pinheiro. Porto Alegre: Magister, 2008.

AA.VV - **Uma lei a favor de todos. Lei do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.** Lisboa: Ed. Partido Socialista, 2010.

AAVV - [Coord. Maria Berenice Dias] **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

AAVV - **Famílias no plural. Alargar o conceito largar o preconceito. Atas da conferência.** Lisboa: ILGA Portugal, 2013.

AAVV – Ordem dos psicólogos Portugueses. **Relatório de Evidência Científica Psicológica sobre Relações Familiares e Desenvolvimento Infantil nas Famílias Homoparentais.** Lisboa. 2013.

ABOIM, Sofia - **Conjugalidades em mudanças percurso e dinâmicas da vida a dois.** Lisboa-ICS/Imprensa de Ciências Sociais, 2006.

ADRAGÃO, Paulo Pulido - Casamento: entre pessoas do mesmo sexo? Pressupostos fundamentais da questão. **Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento.** Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

ALEXANDRINO, José Melo - **Direitos fundamentais. Introdução geral.** 2.^a Ed. Lisboa: Princípia, 2011.

ALMEIDA, Miguel Vale de - Homoparentalidade- Uma perspectiva antropológica. Org. E. Ferreira, **Homoparentalidade** (Actas do Encontro sobre Homoparentalidade). Lisboa: ISPA, 2006.

ALMEIDA, Miguel Vale de - **A Chave do Armário. Homossexualidade, Casamento, família.** Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais, 2009.

ALMEIDA, Miguel Vale de - Mães como as outras, pais como os outros. Ou o fundamental da antropologia, da história da sociologia para entender a parentalidade de lésbicas e gays. **Famílias no Plural: Alargar o Conceito, Largar o Preconceito.** Lisboa, ILGA Portugal, 2013. 51-57.

ALMEIDA, Susana - **O respeito pela vida (privada e) familiar na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: a tutela das formas de família.** Coimbra: Coimbra editora, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de - **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.** 3.^a Ed. Coimbra: Almedina, 2004.

ANDRESEN, Sophia de Mello Breyner - A mulher na sociedade contemporânea. **Colóquios na A.A. Faculdade de Direito**. 1969.

ARAÚJO, António - Saindo do armário, mas (Ainda) Atrás da porta: o estatuto jurídico-constitucional dos homossexuais e a Decisão Lawrence v. Texas. **Revista brasileira de Direito Constitucional**. Janeiro/ Junho, n.º 3, 2004. 589 e ss.

ARENDT, Hannah - Reflections on Little Rock. **Responsibility and Judgment**. Nova Iorque: Schocken Books, 1959.

ARENDT, Hannah - **The Origins of Totalitarianism**. Nova Iorque: Schocken Books, 2004.

ARRIBAS, Santiago Cañamares - **El matrimonio homosexual en derecho Español y comparado**. Madrid: Lusttl, 2007.

ASCENSÃO, José Oliveira – **O Direito. Introdução e Teoria Geral**. 13.ª Ed. Coimbra: Almedina. 2006.

BAPTISTA, Isabel - **Casamento homossexual e o ordenamento jurídico-constitucional português**. Chamusca: Edições cosmos, 2010.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves - **Direito ao patrimônio genético**. Coimbra: Almedina, 2006.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves - **Direito do genoma humano**. Coimbra: Almedina, 2011.

BEATE, Rudolf - European Court Of Human Rights: legal status of postoperative transsexuals. **International journal of constitutional law**. Vol. 1. N.º 4, 2003.

BÉNABENT, Alain - **Droit Civil. La famille**. 8ème édition. Paris: Editions Litec, 1996.

BOFF, Leonardo - **A voz do arco-íris**. Rio de Janeiro: Sextante, 2004.

BOLIEIRO, Elena Isabel Dias - O menor em perigo, a sua promoção e o encadeamento para a adopção: quando e em que caso?. AA.VV. **Trabalhos do curso de Pós-graduação “Protecção de menores-Prof. Doutor F. M. Pereira Coelho”**. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. 5-79.

BORRILLO, Daniel - La protection juridique des nouvelles formes familiales: le case des familles homoparentales. **Mouvements**. 8, 2000. 54-59.

BORRILLO, Daniel - O indivíduo homossexual, o casal de mesmo sexo e as famílias homoparentais: análise da realidade jurídica francesa no contexto internacional. **Revista da faculdade de direito de Campos**. XI (7), 2005. 63- 112.

BORRILLO, Daniel - **Matrimônio entre pessoas do mesmo sexo e homoparentalidade: uma nova etapa da modernidade política e jurídica**. Conferência realizada no fórum do casamento entre pessoas do mesmo sexo.

BRITO, Miguel Nogueira de - Casamento civil e dignidade dos homossexuais. **Casamento entre pessoas do mesmo sexo- sim ou não?**. Lisboa: Entrelinhas, 2008. 9-60.

BUHRING, Marcia Andrea & MICHELON, Mariana - Amor e afeto- o preconceito da adoção para casais homossexuais: A lacuna jurídica e social. **Afeto e estruturas familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

CAMPOS, Diogo Leite De - **Lições de Direito da Família e das Sucessões**. 2.^a Ed. actualizada, Coimbra: Almedina, 2012.

CANARIS, Claus-Wilhelm - **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Almedina, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.^a Ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes & MOREIRA, Vital - **Constituição da República Portuguesa** vol. 1. 4.^a Ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CARBONNIER, Jean - **Flexible Droit**. 8.^a Ed. Paris: LDDD, 1995.

CARBONNIER, Jean - **Sociologie Juridique**. Vendôme: P.U.F, 1994.

CARVALHO, Telma - A união de facto: a sua eficácia jurídica. **COMEMORAÇÕES DOS 35 ANOS DO CÓDIGO CIVIL E DOS 25 ANOS DA REFORMA DE 1977**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CEBALLOS, Fernández M. - Ser Madres y Padres en Familias Homoparentals: Análises del Discurso de sus Percepciones sobre la Educación de sus Hijos e Hijas. **ENSAYOS, Revista de la Facultad de Educación de Albacete**, 27, 2012. 143-158.

CID, Nuno de Salter - Direitos humanos e família: quando os homossexuais querem casar. **Separata da revista economia e sociologia**, n.º 66, Évora, 1998.

CID, Nuno de Salter - **A comunhão de vida à margem do casamento: entre o facto e o direito**. Coimbra: Almedina, 2005.

CLEMENTE, Rosa - **Inovação e modernidade no direito de menores: a perspectiva da lei proteção de crianças e jovens em perigo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

COELHO, Francisco Pereira & OLIVEIRA, Guilherme De - **Curso de Direito da Família**. Vol. I. 4.^o Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

COELHO, João Parracho Tavares - A família: perspectiva evolutiva do conceito tradicional. **Revista do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público**. N.º 54, 3.^o trimestre, 1993.

COLLAÇO, Isabel de Magalhães - Reforma de 1977 do Código Civil de 1966. Um olhar 25 anos depois. **COMEMORAÇÕES DOS 35 ANOS DO CÓDIGO CIVIL E DOS 25 ANOS DA REFORMA DE 1977**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

COSTA, P., PEREIRA, H. & LEAL, I. - Homoparentalidade: O Estado da Investigação e a Procura de Normalização. **Psicologia**, XXVI(1), 2012. 55-69.

CORDEIRO, António Menezes - Evolução do direito europeu das sociedades. **Revista da Ordem dos Advogados**. Ano 66. Vol. I, 2006.

CORTE-REAL, Carlos Pamplona & PEREIRA, José Silva - **Direito da Família- Tópicos para uma reflexão típica**. 2.^a Ed. atualizada. Lisboa: AAFDL, 2011.

CORTE-REAL, Pamplona - Da inconstitucionalidade do Código Civil- artigos 1577.º, 1628.º alínea e), e disposições conexas- ao vedar o acesso ao instituto da casamento a casais do mesmo sexo. **O casamento entre pessoas do mesmo sexo. Três pareceres sobre a inconstitucionalidade dos artigos 1577.º e 1628.º, alínea e), do Código Civil**. Coimbra: Almedina, 2008. 11-33.

CORTE-REAL, Carlos Pamplona - O conceito de família e as famílias no direito português. **Famílias no plural: alargar o conceito, largar o preconceito- atas da conferência**. Lisboa: ILGA Portugal, 2013. 155-162.

CORTE-REAL, Paulo - **A lei e a parentalidade. Reinventar Portugal**. Lisboa: Estampa, 2012.

COSTA, Marta - **Convivência More Uxorio na perspectiva de harmonização do Direito da Família Europeu: Uniãos Homossexuais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

COSTA, Teresa Maria Machado Lagrota -**Adoção por Pares Homossexuais: uma abordagem jurídica e psicológica**. Espírito Santo: Juiz de Fora.

D'ALMEIDA, Luís Duarte - Casamento Civil e “Sexo Diferente”. Sobre a inconstitucionalidade das normas expressas pelos artigos 1577.º e 1628, alínea e), do Código Civil. **O casamento entre pessoas do mesmo sexo. Três pareceres sobre a inconstitucionalidade dos artigos 1577.º e 1628.º, alínea e), do Código Civil**. Coimbra: Almedina, 2008. 55-79.

DELGADO, Paulo - A reforma do acolhimento familiar de crianças: conteúdo, alcance e fins do novo regime jurídico. **Análise Social**, Vol. XLV, 2010. 555-580.

DISLIVRO, **Da adoção- Novo Regime Jurídico**, Lisboa: Dislivro.

DIAS, Pedro Branquinho Ferreira - A adoção por casais homossexuais: sim, não ou talvez?. **Lex Familiae**. N.º5 , 2005. 99-102.

DIAS, Maria Berenice - **União homossexual- O preconceito e a justiça**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000.

DIAS, Maria Berenice - União homossexual- Aspectos sociais e jurídicos. **Revista Brasileira de Direito de Família**. N.º 2, Porto Alegre, 2000.

DIAS, Maria Berenice - **Manual de Direito das Famílias**. 9.^a Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, S. - **Este meu filho que eu não tive- A adoção e os seus problemas**. 2.^a Ed. Porto: Edições Afrontamento, 1997.

ECO, Umberto - **Como se faz uma tese em Ciências Humanas**. Trad. Ana Falcão Bastos e Luís Leitão. 13.^a ed. Lisboa : Editorial Proença, 2007.

ELIACHEF, Caroline - Malaise dans de la psychanalyse. **Sprit**. N.º 273, março-abril, 2001.

EPIFÂNIO, Rui Lisboa & LEANDRO, Armando Gomes - Adopção- sentido e alcance da evolução legislativa. **COMEMORAÇÕES DOS 35 ANOS DO CÓDIGO CIVIL E DOS 25 ANOS DA REFORMA DE 1977**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. 851-859.

ERIBON, Didier - **Reflexions sur la Question Gay**. s.l., Fayard, 1999.

ESKRIDGE JR., William N. - The Ideological Structure of the Same-Sex Marriage Debate (and some postmodern arguments for same-sex marriage). **Legal Recognition of Same-Sex Partnerships: A Study of National, European and International Law**, 2001. 113-129.

HABERLE, Peter - **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos interpretes da Constituição para interpretação pluralista e “procedimental” da constituição**. Porto Alegre. Fabris Sergio Antônio, 2002.

HAMMARBERG, Thomas - **Discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in Europe**. 2an Ed. Paris- Cauncil of Europe Publishing, 2011.

HORSTER, Henrich Ewald - Evoluções legislativas no direito da família depois da reforma de 1977. **COMEMORAÇÕES DOS 35 ANOS DO CÓDIGO CIVIL E DOS 25 ANOS DA REFORMA DE 1977**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. 59-74.

GATO, Jorge & FONTAINE, Anne Marie - **Parentalidade lésbica e gay: Mitos e evidências**. In: M. Magalhães, M. Tavares, S. Coelho, M. Góis e E. Seixas (Orgs.), Quem tem medo dos feminismo? Congresso Feminista 2008- **Actas**, (415-422). Funchal: Nova Delphi, 2010.

GATO, Jorge & FONTAINE, Anne Marie - Impacto da orientação sexual e do gênero na parentalidade: Uma revisão dos estudos empíricos com famílias homoparentais. **Revista Ex-Aequo**, 2011. 83-89.

GATO, Jorge – **Homoparentalidade: Perspetivas Psicológicas**. Almedina. 2014.

GERSÃO, Eliana - Adopção- mudar o quê?. **COMEMORAÇÕES DOS 35 ANOS DO CÓDIGO CIVIL E DOS 25 ANOS DA REFORMA DE 1977**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. 833-849.

GIORGIS, José Carlos Teixeira - O casamento igualitário e o direito comparado. In: AAVV [Coord. Maria Berenice Dias] **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. 64-86.

GIRARDI, Viviane - **Famílias contemporâneas filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GOLOMBOK, S., TASKER, F., & MURRAY, C. - Children raised in fatherless families from infancy: Family relationships and socioemotional development of lesbian and heterosexual mothers. **Journal of child Psychology and Psychiatry**, 38(7), 1997. 783-791.

GOMES, Carla Amado - Filiação, adoção e proteção de menores- Quadro constitucional e notas de jurisprudência. **Lex Familiae**, 2007. 15-39.

GONZÁLEZ, Maria del Mar et al - **El desarrollo infantil y adolescente en familias homoparentales**. Sevilla: Universidad de Sevilla, 2002.

GONZÁLES, M., CHACÓN, F., GÓMEZ, A., SÁNCHEZ, M., & MORCILLO, E. - Dinámicas familiares, organización de la vida cotidiana y desarrollo infantil y adolescente en familias homoparentales. **Estudios e Investigaciones Madrid: Oficial del Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid**, 2003.

IHEIRING, Rudolf Von - **A luta pelo direito**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 2002.

FLAVIGNY, Christian - **Je veux papa et maman “pèpe-et-mere” congédiés par la loi**. Salvador, 2013.

FERNANDES, Candice - Direitos dos Homossexuais. **Direito das Minorias**. Ed. Forense, 2001.

FUTINO, Regina Silva & MARTINS, Simone - Adoção por homossexuais- uma nova configuração familiar sobre os olhares da psicologia e do direito. **Alethleia**, 24, julho/dezembro, 2006. 149-159.

JARDIM, Monica - Breve análise da nova lei de adoção (Lei N.º 31/2003, de 22 de agosto). **Direito da infância, da juventude e do envelhecimento**. Actas do Congresso Realizado na Faculdade de Direito na Universidade de Coimbra em 2 e 3 de abril de 2004. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. 129-164.

J.L.H. - Child custody. **Journal of Family Law**. Vol. 21, 1982. 149.

JEMOLO, A.C. - La Famiglia e il Diritto. **Pagine Sparse di Diritto e Storiografia**, Giuffrè, 1957. 222 e ss.

LACROIX, Xavier - **La confusion des genres. A confusão dos gêneros**. Trad. Port. Alberto Júlio Silva. Prior Velho: Paulina Editora, 2009.

LAROCHE-GISSEROT, F., - L’adoption ouverte (open adoption) aux États-Unis: règles, pratiques. **L’adoption**. Avenir en Europe, RIDC, 1998. 1095-1123.

LAVALLÉE, Carmen - Homoparenté, parentalité et filiation en droit québécois: une égalité à géométrie variable. **Revue internationale de droit comparé**. Paris. 64, n.º 1, 2012. 13-34.

LEANDRO, A. - Protecção dos direitos da criança em Portugal. **Direitos das crianças**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

LEITE, Fernando & GRAÇA, Alexandre - Transexualidade. **Questões de bioética**. Vol. 3º, Assembleia da República, divisão de informação legislativa e parlamentar, 1992.

LIMA, Pires de - Anteprojecto de um dos Livros do futuro Código Civil- Constituição do estado de casado. **BMJ**. Nº 89/ Outubro, 1959. 123-197.

LOPES, José Joaquim Almeida - A união de facto no direito português. **Separata da Revista Española de Derecho Canónico**. Vol. 50, n.º 134, Salamanca, 1993.

LUHMANN, Niklas - **Sociologia do Direito I**. Trad. bras. de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

LUHMANN, Niklas - **Introducción a la teoría de sistemas**. Barcelona: Anthropos, 1996.

LYOTARD, Jean-François - **A condição pós-moderna**. Lisboa: Gradiva.

MACHADO, João Baptista - **Introdução ao direito e ao discurso legitimador**. 13.^a Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2002.

MARTINS, João Zenha - O novo regime jurídico da adopção na encruzilhada reformista do Direito da Família e dos Menores. In: AA. VV. **Estudos em memória do Professor Doutor António Marques dos Santos**. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2005. 713-751.

MAYER, Catherine-Anne - **Homosexualités et droit: de tolerance sociale à reconnaissance juridique**. Daniel Borrilo (dir.), Paris, Presses Universitaires de France, 1998, 155-182.

MIRANDA, Jorge & MEDEIROS, Rui - **Constituição Portuguesa anotada**. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

MIRANDA, Jorge - **Teoria do Estado e da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MIRANDA, Jorge - **Escritos vários sobre Direitos Fundamentais**. Estoril: Princípia Editora, 2006.

MONTEIRO, Cristina Líbano - Casamento Homossexual?. **Cadernos de bioética**. Ano XVI, 39, dezembro, 2005. 417-423.

MOREIRA, Isabel - Da inconstitucionalidade das normas resultantes da leitura conjugada do artigo 1577 do Código Civil e da alínea e) do artigo 1628º do mesmo Código, nos termos das quais duas pessoas do mesmo sexo não podem contrair casamento e, se o fizerem, é o mesmo tido por inexistente. **O casamento entre pessoas do mesmo sexo. Três pareceres sobre a inconstitucionalidade dos artigos 1577.º e 1628.º, alínea e) do Código Civil**. Coimbra: Almedina, 2008. 35-54.

MOREIRA, Isabel - Coadopção: da exigência da extensão do instituto a casais do mesmo sexo. **Boletim da Ordem dos Advogados**. N.º 111, fevereiro, 2014. 32-34.

MOTA, Helena & GUIMARÃES, Maria Raquel - O direito da família na União Europeia: formação efeitos e crise da vida comum: relatório português. **Revista da faculdade de Direito da Universidade do Porto**. Coimbra: Coimbra editora, 2006. 267- 302.

MOZ, Margarida & LIMA, Antónia Pedrosa de - Pais, mães e filhos: Construir famílias na pluralidade. **Famílias no plural. Alargar o conceito largar o preconceito. Atas da conferência**. Lisboa: ILGA Portugal, 2013. 37-49.

MÚRIAS, Pedro - Um símbolo como bem protegido. **Um sim e um não sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo**. Lisboa: Entrelinhas, 2008.

MÚRIAS, Pedro (2008)- Casamento, argumentos e tretas. In: **Jornal Público**, em 28.09.2008.

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueiras - **A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico**. São Paulo: Memória Jurídica, 2001.

NOVAIS, Jorge Reis - **Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

NOTES, Custody Denials - Parents. **“Same-Sex Relationships. An Equal Protection Analysis”**. **Harvard Law Review**. Vol. 102, n.º 3, 1989. 617-636.

NUNES, Filipe de Arede - **Estado Novo, Casamento e Código Civil. Contributo para o estudo da história do pensamento político português**. Ed. Associação académica da faculdade de direito de Lisboa, 2011.

Ordem Dos Psicólogos Portugueses - **Relatório de Evidência Científica Psicológica sobre Relações Familiares e Desenvolvimento Infantil nas Famílias Homoparentais**. Lisboa, 2013.

OTERO, Paulo - **Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: Um papel constitucional da bioética**. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

PAES, Sofia Oliveira & SOUSA, António Frada de - A união de facto e as uniões registadas de pessoas do mesmo sexo- uma análise do direito material e conflitual. **Revista da ordem dos advogados**. Ano 59 abril, 1999. 703 e ss.

PATTERSON, C. - Children of Lesbian and Gay Parents: Psychology, Law and Policy. **American Psychologist**, 2009. 727-736.

PATTERSON, C. - Children of Lesbian and Gay Parents. **Current Directions in Psychological Science**. 15 (5), 2006. 241-244.

PATTERSON, C. - Families of the Lesbian Baby Boom: Maternal Mental Health and Child Adjustment. **Journal of Gay & Lesbian Psychotherapy**, 4 (3/4), 2001. 91-107.

PATTO, Pedro Vaz - Coadoção por que digo não. **Boletim da Ordem dos Advogados**. N.º 111, fevereiro, 2014. 28-29.

PEGADO, Isilda - Coadoção: o que está em causa- alguns apontamentos. **Boletim da Ordem dos Advogados**. N.º 111, fevereiro, 2014. 30-31.

PEREIRA, Viviane Patrícia Gonçalves - **Adoção: Novas famílias e o interesse da criança. Alguns aspectos**. Dissertação de mestrado em Ciências Jurídicas- Civilísticas, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2002.

PEREIRA, R. da Cunha - **Direito da família. Sexualidade vista pelos Tribunais**. 138-141.

PICHARDO, José Ignacio - **Entender la diversidad familiar. Relaciones homosexuales y nuevos modelos de familia**. Barcelona: Bellaterra, 2009.

PINHEIRO, Jorge Duarte - **O Direito da Família Contemporâneo**. 2.^a Ed. Lisboa: AAFDL, 2009.

PINHEIRO, Jorge Duarte - **Direito da Família e das Sucessões**. Vol. I. 3.^a Ed. Lisboa: AAFDL, 2007.

PINTO, António Marinho - Não tirem o sol às crianças. **Boletim da Ordem dos Advogados**, n.º 101/102, abril/maio, 2013. 4-5.

PITÃO, França - **União de facto no direito português (a propósito da Lei n.º 135/99, de 28/08)**. Coimbra: Almedina, 2000.

POPPER, Karl - **Sociedade aberta e seus inimigos**. Vol. I e II. Lisboa: Edições 70, 2013.

QUIÑONES ESCÁMEZ, Ana - Conjugalité, parenté et parentalité: la famille homosexuelle en droit espagnol comparé. **Revue internationale de droit comparé**. Paris. A. 64, n.º 1, 2012. 57-91.

RANGEL, Rui - Prefácio a BAPTISTA, Isabel. **O casamento homossexual e o ordenamento jurídico-constitucional português**. Chamusca, Edições Cosmos, 2010. 7-10.

RENCHON, Jean-Louis - L' homoparentalité en droit belge. **Revue internationale de droit comparé**. Paris. A. 64, n.º 1, 2012. 35-56.

RODRIGUES, A. - A adoção: um antes; e um depois?. **Infância e juventude**. N.º 2, 1997. 31-70.

RODRIGO, M. J. & PALÁCIOS, J. - **Família y desarrollo humano**. Madrid: Alianza Editorial, 1998.

ROSENTHAL, J. A. & GROZE, U. - Behavioral problems of special needs adopted children. **Children and youth service review**. 13. 1991. 343-361.

SARLET, Ingo Wolfgang - **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8.^a Ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa - **Crítica da razão indolente. Contra o desperdício da experiência**. Vol. I. Porto: Edições Afrontamento, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa - **Uma reforma da justiça civil em avaliação. A adopção: bloqueios de um processo administrativo e jurídico complexo**. Coimbra: Universidade de Coimbra, Centros de estudos sociais, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa - Poderá o direito ser emancipatório?. **Revista crítica de ciências sociais**, n.º 65, maio de 2003, 2003. 3-76.

SANTOS, Cecilia MacDowell; SANTOS, Ana Cristina; DUARTE, Madalena & LIMA, Teresa Maneca, - Homoparentalidade e desafios ao direito: o caso Silva Mota na justiça portuguesa e no Tribunal Europeu de Direitos Humanos. In: **Revista Crítica de Ciências Sociais**. 2012.

SANTOS, Eduardo Dos - **Direito da Família**. Coimbra: Almedina, 1999.

SINGER, L., BRODZENSKY, D., STEIER, M., IWATERS, E. - Mother- infant in a adoptive families. **Child Development**. 1985.

SOROMENHO-MARQUES, Viriato - **A Era da Cidadania- de Maquiavel a Jefferson**. Mem Martins: Publicações Europa-América, 1996.

SOTTOMAYOR, Maria Clara - **Exercício do poder paternal**. Porto: Publicações Universidade Católica, 2003.

SOTTOMAYOR, Maria Clara - A adopção singular nas representações sociais e no Direito. **Lex Familiae- Revista Portuguesa do Direito da Família**. Ano 1, n.º 1., 2004. 41-50.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. - A nova lei da adopção. **Direito e Justiça**. Vol. XVIII. T. II, 2004. 241- 258.

SOTTOMAYOR, Maria Clara - Adoção ou o direito ao afeto. **Scientia Iuridica**, n.º 301, Ano Jan/2005, Tomo LIV, 2005.

STACEY, J., & BIBLARZ, J. - (How) Does the Sexual Orientation of Parents Matter?. **American Sociological Review**, 66(2), 2001. 159-183.

TARTUCE, Flávio - As verdades parentais e a ação vindicatória de filho. **Revista Brasileira de Direitos das Famílias e Sucessões**. 4/40, Porto Alegre, junho- julho. 2008.

TORRES, Anália Cardoso - Casamento e gênero: mudanças nas famílias contemporâneas a partir do caso português. **Interseção**. Ano 3, n.º 2, Julho/Dezembro, Rio de Janeiro, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2001. 53-70.

TRISELIOTIS, J., SHIREMAIN, J., & IHUNDLBY, M. - **Adoption, theory, policy and practice**. London: Cassel, 1987.

VAN GOOZEN, S.H. KUIPER, A.J. COHEN-KETTENJS, P.T. - Sex reassignment: outcomes and predictors of treatment for adolescent and adult transexuais. **Psychol Med.** Jan; 35(1), 2005. 89-99.

VARELA, Antunes - **Direito da Família**. 5ª Ed. Vol. I. Lisboa: Petrony, 1999.

VARELA, Antunes - Do projecto do Código Civil. **BJM**. N.º 161, 1966.

XAVIER, Rita Lobo - **Ensinar Direito da Família**. Lisboa: Publicações Universidade Católica, 2008.

WATSON, Alan - Legal transplants and European private law. **European journal of comparative law**, 2000.

WELTER, B. P. - Investigação de paternidade sócio-afetiva. **Revista Brasileira de Direito de Família**, 2 (6), 2000. 50-52.

WINTEMUTE, Robert - Igualdade na parentalidade de casais de mesmo sexo em Portugal: Co-adoção e adoção conjunta. **Famílias no plural. Alargar o conceito, largar o preconceito. Atas da conferência**. Lisboa: ILGA Portugal, 2013. 129-154.

Webgrafia

ALMEIDA, Miguel Vale de - **Tempestade num copo d'água: Perspectivas antropológicas sobre o casamento de pessoas de mesmo sexo**. [Em linha] 2007. Disponível em: http://miguelvaledealmeida.net/wpcontent/uploads/2007/10/mvda_tempestadadenumcopodeagua.pdf , (consultado em: 05.11.2013).

Academia Americana de Psiquiatria da Criança e do Adolescente – [Em linha]. 2009. Disponível em: http://www.aacap.org/AACAP/Policy_Statements/2008/Gay_Lesbian_Bisexual_or_Transgender_Parents.aspx (consultado em: 25.03.2014).

ARRIAGA, Sofia – [Em linha] 2014. Disponível em: <http://familias.ilga-portugal.pt/sofia-arriaga-forcas-resiliencias-e-dados-a-minha-posicao-sobre-a-co-adopcao-por-casais-do-mesmo-sexo> (consultado em: 07.02.2014).

BORRILLO, Daniel - **Centro de Estudos de Antropologia Social/ Associação ILGA Portugal**. Disponível em: <http://pwp.netcabo.pt/0170871001/DanielBorrillo.pdf> (consultado em: 15.10.2013).

CHAVES, Marianna - **Adoção homoafetiva: panorama brasileiro e luso-hispânico**. 2010. [Em linha]. Disponível em:

http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/artigo/chaves%2C_marianna_ado%E7%E3o_homoafetiva_panorama_brasileiro_e_luso-hisp%E2nico.pdf (consultado em: 01.04.2014).

Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid - **Adopción por Parte de Familias Homoparentales**. [Em linha]. 2004. Disponível em: <http://www.copmadrid.org/webcopm/resource.do> (Consultado em: 01.02.2014).

CORTE-REAL, Pamplona - **Da índole pretensamente heterossexual do instituto do casamento**. Disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/PamplonaCR.pdf (consultado em: 20.09.2013).

DIAS, Maria Berenice - **Família Homoafetiva**. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/28_-_fam%EDlia_homoafetiva.pdf , (consultado em: 28.01.2014).

FERNANDES, Eric Baracho Dore - Os direitos da personalidade e a problemática dos transexuais. **Revista de direito dos monitores da UFF**. Disponível em: <http://www.rdm.uff.br/indes.php/rdm/article/download/133/80> (consultado em: 26.11.2013).

Ley 13/2005, de 1 de julio. **Boletín Oficial del Estado**, n.º 157, 2 de julio de 2005. Disponível em: <http://www.boe.es/boe/dias/2005-07-02/pdfs/A23632-23634.pdf> (consultado em: 21.04.2014).

MIRANDA, Jorge. Disponível em: <http://www.publico.pt/politica/noticia/jorge-miranda-considera-que-proposta-de-referendo-a-coadopcao-nao-e-inconstitucional-1624372> (consultado em: 18.03.2014).

MOREIRA, Isabel - **Monstruosamente simples**. [Em linha]. 2014. Disponível em: <http://aspirinab.com/isabel-moreira/monstruosamente-simples/> (consultado: 20.03.2014).

MOREIRA, Isabel. Disponível em: <http://p3.publico.pt/actualidade/politica/10943/uma-trama-politica-desmascarada-pelo-tc#.Uwat3B7qyXg.facebook> (consultado em: 21.02.2014).

MÚRIAS, Pedro - Um símbolo como bem protegido. Sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo. **Um sim e um não sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo**. Lisboa: Entrelinhas. [Em linha]. 2008. Disponível em: <http://muriasjuridico.no.sapo.pt/PMuriasParecerCPMS.pdf> (consultado em: 20.10.2013).

PATTO, Pedro Maria Godinho Vaz. Disponível em: <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a5355786c5a793944543030764d554e425130524d5279394856454e7651575276593246764c305276593356745a57353062334e4259335270646d6c6b5957526c5132397461584e7a595738764e6a6c6b4e6a55795a5745744f47566b596930304d3255344c5749324e444d744d544177595451304f4459774d6d51784c6e426b5a673d3d&fich=69d652ea-8edb-43e8-b643-100a448602d1.pdf&Inline=true> (consultado em: 21.03.2014).

RECH, Olivier, - **Marriage pour tous: Le Point Juridique**. [Em linha]. 2012. Disponível em : <http://perspectives-et-actions.e-monsite.com/medias/files/synthese-juridique-mariage-pour-tous-1.pdf> .

Rec. N.º 33290/96. Disponível em: <http://www.echr.c.eu.imt/hudoc> (consultado em: 28.03.2014).

Disponível em: <http://www.publico.pt/sociedade/noticia/constitucionalistas-defendem-que-projecto-de-referendo-sobre-adopcao-gay-e-legal-1620002> (consultado em: 22.02.2014).

Disponível em: <http://www.publico.pt/sociedade/noticia/coadopcao-tres-razoes-para-se-votar-contra-um-referendo-1619763> (consultado em: 22.02.2014).

Disponível em: **Jornal Público**, 18 de fevereiro de 2004, <http://www.publico.pt/sociedade/noticia/opus-gay-pede-demissao-de-luis-villasboas-1186444> (consultado em: 28.03.2014).

Disponível em:
<http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a5355786c5a793944543030764d554e425130524d5279394856454e7651575276593246764c305276593356745a57353062334e4259335270646d6c6b5957526c5132397461584e7a595738764d574e6c4d444d35597a49745a544e6d4d4330304d4459774c546c6b4e4459744d7a67355a44686d59574e684d6d59774c6e426b5a673d3d&fich=1ce039c2-e3f0-4060-9d46-389d8faca2f0.pdf&Inline=true> (consultado em 04.04.2014).

Disponível em: http://www.ilgaeurope.org/home/guide_europe/country_by_country/iceland/important_improvements_in_gay_and_lesbian_rights_in_iceland (consultado em: 08.04.2014).

Disponível em: http://www.ejustice.just.fgov.be/mopdf/2006/06/20_2.pdf (consultado em: 21.04.2014).

Disponível em: http://tjrs.jus.br/busca/?as_que=&tb=proc (consultado em: 25.04.2014).

Disponível em: http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/pdf-leis2/dl-47344-1966/downloadFile/file/DL_47344_1966.pdf?nocache=1182950433.0 (consultado em: 21.05.2013).

Disponível em: http://www.enciclopediaspana.com/Matrimonio_homosexual_en_Espa%C3%B1a.html (consultado em: 08.08.2014).

Disponível em: <http://www.tjpr.jus.br/jurisprudencia> (consultado em: 25.04.2014).

Disponível em: <http://portugues.christianpost.com/news/parlamento-russo-proibira-adocao-por-casais-homossexuais-17023/> (consultado em: 08.04.2014).

Disponível em: http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20114046 (consultado em: 25.04.2014).

Páginas Electrónicas

<http://www.cnpcjr.pt>

<http://www.datajuris.pt>

<http://www.dgpj.mj.pt>

<http://www.dn.pt>

<http://www.ilga-portugal.pt>

<http://familias.ilga-portugal.pt>

<http://www.gddc.pt>

<http://www.oa.pt>

<http://www.ohchr.org>

<http://www.parlamento.pt>

<http://www.publico.pt>

<http://www.tribunalconstitucional.pt>

Jurisprudência Nacional

Acórdão de Relação de Lisboa de 10/12/85

Acórdão de Relação de Lisboa de 17/03/92

Acórdão processo n.º 441/94

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 176/2014, processo n.º 100/14

Acórdão Salgueiro da Silva Mota, de 21 de dezembro de 1999

Acórdão 25 de março de 2002

Acórdão de 17 de junho de 2006

Acórdão n.º 121/2010

Jurisprudência Internacional

Acórdão KEEGAN c. Irlanda, 26 de maio de 1994

Acórdão X e Z Reino Unido, de 22 de abril de 1997

Acórdão *Christine Goodwine* e I. C. Reino Unido, de 11 de julho de 2002

Acórdão *Van Kuck* C. Alemanha, de 12 de junho de 2003

Acórdão Grant c. Reino Unido de 26 de maio de 2006

Caso *Hillary Goodridge and others vs Department of Public Health*

Caso Kerrigan V. Department of Public Health de 28/10/2008

Caso Varnum V. Brian de 03/04/2009

Caso Gas e Dubois v. França, 15 de março de 2012

Acórdão E. B. v. França, de 22 de janeiro de 2008

Acórdão *Van Oosterwijck c. Bélgica*, de 6 de novembro de 1989

Legislação Nacional

Código Civil de 1867

Código Civil de 1966

Código Processual Civil de 1939

Código Deontológico da Ordem dos Médicos

Código do Registo Civil

Constituição da República Portuguesa de 1910

Constituição da República Portuguesa de 1933

Constituição da República Portuguesa de 1976

Declaração Universal dos Direitos do Homem

Decreto-Lei n.º 227/94, 8 de setembro

Decreto-Lei n.º 120/98, de 8 de maio

Decreto-Lei n.º 45/344, de 25 de novembro

Decreto-Lei n.º 185/93, de 22 de maio

Decreto-Lei n.º 274/80, 13 de agosto

Decreto-Lei n.º 182/91, de 17 de maio

Decreto-Lei n.º 19/126, 16 de dezembro

Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de novembro

Decreto-Lei n.º 189/91, de 17 de maio

L. C. n.º 1/2004

Lei n.º 372, 7 de junho

Lei n.º 40, de 30 de abril

Lei n.º 503/80, 20 de outubro

Lei n.º 12/93, de 22 de abril

Lei n.º 135/99, de 28 de agosto

Lei n.º 147/99 de 1 de setembro

Lei n.º 7/2001, de 11 de maio

Lei n.º 31/2003, de 22 de agosto

Lei n.º 22/2007, de 22 de junho

Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro

Lei de 06/05/2009

Lei n.º 23/2010
Lei n.º 9/2010, 31 de maio
Lei n.º 7/2011, 15 de março
Lei do Divórcio
Leis da Família de 1910
Lei n.º 147/99 de 1 de setembro
Lei da Proteção dos Filhos
Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo
Lei n.º 99-944, de 15 de novembro (PACS)
Lei da Economia Comum
Lei da União de Facto
Lei Orgânica do Regime do Referendo
Projeto de Lei n.º 278/XII
Regulamento (CE) n.º 44/2001, do Conselho de 22 de dezembro de 2000
Regulamento(CE) n.º 1347/2000
Regulamento (CE) n.º 2201/2003, do Conselho de 27 de novembro
Regulamento (CE) n.º 4/2009, do Conselho de 18 de dezembro 2008
Resolução n.º 6-A/2014 da Assembleia da República
Organização Tutelar de Menores

Legislação Internacional

Adoption and Children Act de 2002
Adoption and Children Act de 2007
Civil Marriage Act data de 20 de julho de 2005
Civil Union Act, de 20 de novembro de 2006
Convenção Europeia dos Direitos do Homem
Gender Recognition Act 2004
Marriage codification Act, 23/04/2009
Ley 13/2005, de 18 de julho
Lov om Registered Partnerska n.º 372, de 7 de junho de 1989
Ley 2/2004, de 3 de maio de 2004
Lley 3/2005, 8 de abril de 2005
Ley 2/2003, 7 de maio de 2003
Ley Foral 6/2000, 3 de julho de 2000