

UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FACULDADE DE DIREITO
2º CICLO DE ESTUDOS EM DIREITO

**“CONTRIBUTOS PARA UM REGIME JURÍDICO
DA CO-ADOPÇÃO”**

Maria André Rigueiro de Morais Lobo

Dissertação apresentada no âmbito do 2º
Ciclo de Estudos em Direito da Faculdade
de Direito da Universidade de Coimbra.

Área de Especialização: Ciências Jurídico-
Forenses.

Orientador: Professor Doutor Francisco
Pereira Coelho.

Coimbra

“A palavra ‘progresso’ não terá qualquer sentido enquanto houver crianças infelizes”, Albert Einstein



INDICE

ABREVIATURAS E SIGLAS.....	6
INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO I – EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA: INFLUÊNCIAS HISTÓRICAS, CULTURAIS, ECONÓMICAS, SOCIAIS E POLÍTICAS. A FILIAÇÃO NA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL PORTUGUESA. O PARADIGMA ACTUAL	11
CAPÍTULO II – A PREOCUPAÇÃO COM A FAMÍLIA E AS CRIANÇAS, NA LEGISLAÇÃO NACIONAL E INTERNACIONAL	15
CAPÍTULO III – O INSTITUTO DA ADOÇÃO: A SUA EVOLUÇÃO E ENTENDIMENTO GENERALIZADO. COMPREENSÃO ACTUAL	20
CAPÍTULO IV – A EVOLUÇÃO DA HOMOSSEXUALIDADE: O PERCURSO. AS DIVERSAS ETAPAS PELA VISÃO DA SOCIEDADE	23
CAPÍTULO V – A CO-ADOÇÃO: INTRODUÇÃO AO TEMA. CONCEITOS ESSENCIAIS PARA UMA DISCUSSÃO INFORMADA. AS DIFERENTES PERSPECTIVAS A RESPEITO DO TEMA	25
CAPÍTULO VI - PARECERES E OPINIÕES QUE FORAM RECEBIDOS NA CPACDLG QUE SE MOSTRARAM CONTRA A CO-ADOÇÃO POR HOMOSSEXUAIS	27
CAPÍTULO VII - A NOSSA POSIÇÃO. ANÁLISE E INTRODUÇÃO DE ALGUNS PARECERES E OPINIÕES QUE FORAM RECEBIDOS NA CPACDLG, QUE SE MOSTRAM FAVORÁVEIS À CO-ADOÇÃO POR CASAS HOMOSSEXUAIS	44
CONCLUSÃO	60
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	65

AGRADECIMENTOS

Aos meus Pais,

pelo apoio incondicional e constante,

por todo o amor e educação,

pela noção de esforço e conquista,

tendo a certeza que

sem eles, nada seria possível;

Ao namorado Tiago Costa,

pelo carinho, compreensão,

paciência, tolerância, ajuda e

constante estímulo nesta etapa;

Aos meus avós,

pelos ensinamentos ao longo da vida;

Ao meu avô Rigueiro,

Pelo orgulho que teria e por me acompanhar sempre, em pensamento;

Ao meu orientador,

Sr. Professor Doutor Francisco Pereira Coelho, desde logo,

pela honra de aceitar

o acompanhamento da investigação, mas também

nos sábios ensinamentos ao longo do 1º Ciclo de Estudos em Direito;

Ao Senhor Dr. Ricardo Marques Candeias e a todos os que integram o seu escritório,

Pelo privilégio de iniciar ao vosso lado a carreira profissional;

À minha patrona, Dra. Lara Duarte Ramos,

Pela amizade, pelos ensinamentos e pela fantástica relação

mestre-discípulo, formando-me em tão nobre profissão;

Aos U'14,

Pela amizade edificada sob o olhar atento da Cabra;

A todos aqueles, colegas e amigos, que de alguma forma

contribuíram para que tudo fosse possível,

MUI GRATA SOU!

ABREVIATURAS E SIGLAS

Ac. - Acórdão

Adm. - Administração

AR - Assembleia da República

Art. - Artigo

Art.s - Artigos

CC - Código Civil

CEDH - CEDH

CPACDLG - Comissão Parlamentar de Assuntos Constitucionais, Dtos., Liberdades e Garantias

CP - Código Penal

CRP- Constituição da República Portuguesa

CT - Código do Trabalho

DL - Decreto-Lei

DN - Diário de Notícias

DR - Diário da República

DUDH - Declaração Universal dos Dtos. Humanos

Ex. - Exemplo

LGBT - Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros

LPCJP - Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo

PIDCP - Pacto Internacional dos Dtos. Cívicos e Políticos

PL - Projecto-Lei

N.º - Número

N.ºs - Números

OA - Ordem dos Advogados

OIT - Organização Internacional do Trabalho

OP - Ordem dos Psicólogos

OTM - Organização Tutelar de Menores

PE - Parlamento Europeu

Rev. - Revolução

Sec. - Século

STJ - Supremo Tribunal de Justiça

TEDH - Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TRC - Tribunal da Relação de Coimbra

TRG - Tribunal da Relação de Guimarães

TRL - Tribunal da Relação de Lisboa

TRP - Tribunal da Relação do Porto

UE - União Europeia

UNICEF - The United Nations Children's Fund

INTRODUÇÃO

Ao longo da presente dissertação irá ser abordado o tema da co-adopção por casais do mesmo sexo, pretendo contribuir para um exequível regime jurídico que contemple esta figura no ordenamento jurídico português.

Para ser dado cumprimento àquele objectivo irá ser feita uma breve inserção ao Direito da Família. Centrando-nos na evolução que esta área do direito tem sofrido ao longo dos tempos, passando por diferentes fases históricas que indiscutivelmente se entrecruzam com o direito. Seguidamente passarão a ser introduzidos uma série de conceitos base que serão indispensáveis para a compreensão do tema. Posteriormente seguir-se-á o desenvolvimento central do tema. Neste momento irá ser feito um breve percurso sobre a evolução da homossexualidade no contexto histórico-jurídico. Importa alcançar quais são as razões que justificam que esta temática esteja na ordem do dia. O aprofundamento do instituto impõe-se de forma premente, avaliando o seu conteúdo, as necessidades que visa responder, as posições que têm sido tomadas ao nível doutrinal quanto à sua defesa ou recusa, os estudos que têm sido desenvolvidos a respeito da temática, que áreas não jurídicas podem servir de contributo para formar uma opinião clara e esclarecida a este respeito. Serão apontados fundamentos que permitem oPortugalar pela aquisição desta figura no nosso ordenamento jurídico. Assim como, aquelas razões essenciais e explicativas que levam ao seu repúdio.

Não poderá ser esquecido, na abordagem que se segue, um pequeno resumo do percurso legislativo que tem sido registado no nosso país. Se assim não fosse, a actualidade do tema estaria seriamente comprometida. Tendo em consideração o contributo do TEDH deu nesta matéria, com o Ac. resultante do *Case of x and others V. Austria – Application* nº. 19010/07 de 19 de Fevereiro de 2013.

Fazendo-se o percurso descrito anteriormente, irá ser possível colocar algumas questões cruciais que pretendem servir de fio condutor às respostas que irão ser dadas. No entanto, só o estudo intensivo e profundo do tema, olhando-se a todos os pontos de vista considerados cruciais, tanto num sentido a favor ou contra o instituto, é que permitem, verdadeiramente, compreendê-lo, e por fim, dar uma opinião cabal sobre o mesmo.

A pretensão é que o leitor desenvolva um espírito crítico que lhe permita obter o esclarecimento necessário, formando a sua posição livremente, conhecendo toda a envolvimento, as características essenciais e demarcando as posições diversas.

A actualidade do tema é indiscutível. Com avanços e recuos ao nível legislativo, a verdade é que a realidade está diante os nossos olhos. Especificamente porque sabemos que já existem pessoas, crianças, famílias, casais, homens ou mulheres, a escolherem esta constituição familiar. Quer se aceite ou não esta forma de viver, ela merece uma abordagem correcta ao nível jurídico.

Um ponto de crucial relevância nesta abordagem são os menores que se encontram nesta realidade. Estamos perante uma incongruência legal nesta matéria. O que se traduz numa contradição: por um lado estas famílias existem, cumprem o papel tradicional atribuído a uma família, mas são proibidas em termos legais. Com o inteiro prejuízo de todos os intervenientes, que se vêm colocados em situações dramáticas, sem que o direito vá de encontro às suas pretensões.

O tema não permite uma postura passiva para aqueles que se preocupam com as questões do direito da família.

A admissibilidade ou não da figura, só se coaduna com um estudo dos princípios do ordenamento jurídico que sustentam uma ou outra posição.

Será o direito comparado, europeu e internacional, crucial na abordagem. As fronteiras são ténues, os ordenamentos jurídicos bebem uns dos outros e as realidades confundem-se. Um passo como o que se pretende dar, não se reflecte apenas internamente. Estamos enquadrados num contexto social, político, económico, sociológico e religioso que não pode ser omitido. A evolução da sociedade reflecte-se igualmente na abordagem.

Haverá ainda tempo para recomendações, com pontos de vista a considerar para a necessária estabilização desta matéria.

Finalmente irá ser apresentada uma conclusão onde se enunciam os aspectos centrais que devem ficar estabelecidos, como um resumo deste longo caminho até à

solução. Esperamos, deste modo, prestar um contributo para o regime jurídico da co-
adopção por casais do mesmo sexo.

CAPÍTULO I – EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA: INFLUÊNCIAS HISTÓRICAS, CULTURAIS, ECONÓMICAS, SOCIAIS E POLÍTICAS. A FILIAÇÃO NA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL PORTUGUESA. O PARADIGMA ACTUAL

O Homem é marcado pelo *apetitus societatis*, pela necessidade de se reunir e de viver com os seres da sua espécie, numa sociedade organizada¹. A influência que a sociedade tem – as características de que se reveste num dado momento – é inequívoca.

Assistimos a um entrecruzar da sociedade e do direito. A vida em sociedade sempre foi disciplinada por costumes e regras², que posteriormente se passou a designar por Direito. O direito exprime a sociedade, de modo a representá-la da forma mais fiel possível, operando-se assim a (necessária) auto-regulação. A sociedade e a família são o produto de forças sociais, biológicas, políticas, económicas e culturais, que tem evoluído ao longo dos tempos e que o direito tem tentado acompanhar.

A noção jurídica de família encontra-se no art. 1576.º do CC: *São fontes das relações jurídicas familiares, o casamento, a afinidade e a adopção*. A família abrange não apenas o outro cônjuge como ainda os seus parentes, afins, adoPortugalantes e adoPortugalados.

O direito da família, segundo FRANCISCO PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA³, é o *conjunto das normas jurídicas que regulam as relações de família (a relação matrimonial e as relações de parentesco, afinidade e adopção), as relações “parafamiliares” e ainda as que, não sendo em si mesmas familiares ou parafamiliares, todavia se constituem e se desenvolvem na sua dependência*.

No direito romano a família natural, baseada no casamento e no vínculo de sangue, traduzia a concepção da ideologia familiar. Nos países da Europa, a produção industrial apoiava-se na mão-de-obra familiar, sendo por isso considerada uma verdadeira estrutura industrial. Na Idade Média, a concepção mantinha-se sob a égide da família alargada. A partir de então, devido ao aumento demográfico e aos movimentos

¹ HUGO GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, Paris, Prolegomenès, VI, 1999.

² MÁRIO REIS MARQUES, *Introdução ao Direito*, Volume I, 2ª edição, Almedina, p.18, 2007.

³ FRANCISCO PEREIRA COELHO E GUILHERME DE OLIVEIRA, Centro de Direito da Família, *Curso de Direito da Família*, Volume I, 4ª edição, 2008.

de arroteamento, a família centrou-se num pequeno núcleo. A importância da família não é idêntica nas várias fases de evolução da sociedade. A preocupação com a infância e a consciência da necessidade afectiva sofreram alterações. Na Idade Média, os afectos não tinham uma expressão societária que merecesse atenção. Muitas crianças não conheciam as progenitoras e estabeleciam vínculos afectivos, com outras mulheres. A instabilidade no seio família era notória, com repercussões no desenvolvimento, que podiam crescer afastadas da família.

Alguns autores incluem na noção de família a necessidade de protecção da criança. Na sociedade ocidental, esta é uma ideia instituída. Este não era o entendimento em tempos passados. As noções de cuidado e educação eram totalmente desfasadas das actuais, sendo praticamente inexistentes. Verificava-se, uma prática social constante de abandono ou entrega de filhos a terceiros, para que estes os educassem e criassem, o que implicava a transferência familiar de muitas crianças. As condições de vida eram drasticamente diferentes das actuais: falta de salubridade, problemas graves de saúde pública, inexistência de condições de habitabilidade, reduzidas estruturas educativas e escolares e graves défices na saúde da população são apenas algumas das desgraças que assolavam os nossos antepassados. Tendo como consequência uma taxa de mortalidade infantil elevada e uma esperança média de vida extremamente reduzida. O espaço físico onde as pessoas residiam não proporcionava um ambiente saudável e arejado, que fomentasse o desenvolvimento integral. O papel de pai e mãe eram diversos. No Sec. XVIII, à medida que a figura da mulher meiga, terna e afectuosa se torna o padrão da sociedade, o pai mantém o poder e a autoridade. O objectivo da acção paterna centra-se na construção de metas e valores, sendo praticamente inexistentes os afectos.

Os textos constitucionais revelam a evolução da estrutura familiar. Analisando a temática da filiação nas sucessivas Constituições portuguesas, seguiremos de perto CARLA AMADO GOMES.⁴ O Direito Constitucional de 1933 não era atento à realidade da família. As relações familiares e o vínculo da filiação ficavam de fora do elenco dos dtos. ou garantias constitucionais. A única família a que as Constituições de 1822 e 1838 e a Carta Constitucional de 1826 se referiam era à Família Real e à sua dotação.

⁴ CARLA AMADO GOMES, *Filiação, Adopção e Protecção de menores – quadro constitucional e notas de jurisprudência*, Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra Ano 4, nº8, 2007.

Na CRP de 1911 foram abolidos os privilégios de nascimento. A CRP de 1933 foi a primeira Lei Fundamental portuguesa a dar relevo à instituição familiar, com uma noção corporativa de família. O cariz conservador de 1933 determinava que a família assentasse exclusivamente no casamento e na filiação legítima. Sobre os filhos ilegítimos impendia um estigma intenso. O último aspecto representa o modo de encarar as crianças e os seus dtos., que se encontravam dependentes do vínculo que possuíam em relação ao casamento do progenitor. Trata-se de uma noção restrita de família, geradora de desigualdade jurídica e de traumas psíquicos, que foi radicalmente posta em causa pela CRP de 1976. A Rev. de 1974 deu um contributo essencial na noção de família e dos dtos. e deveres associados à paternidade e maternidade. Duas realidades, em plena igualdade: a família e o casamento. Para o desdobramento, foi decisiva a equiparação entre filhos nascidos dentro e fora do casamento. Passámos para uma época moderna, onde a família era entendida como o grupo social caracterizado por um progenitor homem e outro mulher, com a presença dos avós (família mais alargada) com crianças e algumas delas adoPortugaladas. Posteriormente, pelos movimentos migratórios, assiste-se à redução do nº de elementos do agregado familiar, tornando-se as famílias cada vez mais reduzidas, ficando a estrutura nuclear.

Indiscutível é a evolução alcançada. Os comportamentos da taxa de mortalidade infantil, da escolaridade, do nível de formação, do abandono escolar, são representativos do progresso. A preocupação crescente com as crianças é notória. A forma como a mulher é encarada na construção social, altera a realidade familiar.

Assistimos a uma transformação do conceito de família e ao surgimento de novos tipos de família, motivados por uma alteração dos valores sociais. À família tradicional constituída através do casamento, mistura-se a família edificada nas uniões de facto, as famílias monoparentais e as famílias reconstituídas (emergentes dos divórcios dos progenitores). O aumento do nº de filhos resultantes de vários relacionamentos dos progenitores é reflexo da mudança ideológica. Deixou de existir pressão social para a manutenção dos casamentos, por com medo de retaliações ou sentimentos de inferioridade, por isso, proliferam os divórcios⁵. Assim como não se

⁵ Uma notícia do DN (21.05.2014) dá conta que Portugal é o 2º país da União Europeia com mais divórcios - por cada 100 casamentos 74 divórcios – logo atrás da Letónia. Do lado oposto está Malta, com apenas dois divórcios como cada 100 casamentos.

sentem coagidas a permanecerem casadas, também não se sentem forçadas a casar. A instituição do casamento tem vindo a perder peso social e jurídico. A forma como a religião passou a ser encarada, teve uma grande influência na mudança de atitude. Uma população fortemente religiosa, ligada intimamente às tradições, deu lugar a sujeitos mais desligados da religião, que não a seguem cegamente.

Os parâmetros demográficos indicam que a sociedade portuguesa se alterou consideravelmente no que tange à família⁶. O n.º médio de filhos por mulher ronda os 1,28. A idade média com que a mulher engravida acompanha a tendência dos portugueses em quererem cada vez menos filhos. Em PORTUGAL, a idade média da mãe ao nascimento de um filho é de 30 anos. Com um país cada vez mais envelhecido, as estatísticas de 2012, apontavam para a existência de 129,4 idosos por cada 100 jovens – Portugal ocupa o 6º lugar entre os países da UE. A emancipação da mulher e a sua entrada no mundo do trabalho, a ideia tradicional de família com um pai austero e a mãe benevolente estão afastados. A equiparação entre homens e mulheres, ao nível legal como no divórcio, nos salários, no acesso ao emprego, etc. são impressionantes.

As consequências nos modelos familiares tradicionais não se fizeram esperar. Nasceram novas construções familiares, novas formas de família. Abre-se espaço à família afectiva e a consanguinidade deixa de ser determinante.

⁶ Informações consultadas em:
<http://www.pordata.Portugal/Portugal/Idade+media+da+mae+ao+nascimento+do+primeiro+filho-805>;
<http://www.pordata.Portugal/Portugal/Taxa+bruta+de+natalidade-527>;
<http://www.pordata.Portugal/Portugal/Divorcios-323>.

CAPÍTULO II – A PREOCUPAÇÃO COM A FAMÍLIA E AS CRIANÇAS, NA LEGISLAÇÃO NACIONAL E INTERNACIONAL

São vários os diplomas legais que servem o Direito da Família, com uma preocupação constante de protecção. Tudo aquilo que pertence ao nosso ordenamento jurídico resulta do direito internacional. A dignidade que o ordenamento jurídico confere aos ideais proclamados pela DUDH, tem consequência um sistema jurídico enriquecido pelo constante cuidado no respeito por um documento crucial como aquele. Desta forma se enquadram os arts. 1.º e 2.º da CRP - dignidade da pessoa humana, respeito e garantia de efectivação dos dtos e liberdades fundamentais - impulsionando a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. A Lei Fundamental trata nos arts. 7.º e 8.º das Relações Internacionais e do Direito Internacional, respectivamente. Sendo PORTUGAL um estado de direito democrático, seria inaceitável que o Direito Internacional fosse ignorado.

A Convenção das Nações Unidas sobre os Dtos. da Criança estabelece que todas as decisões relativas às crianças, impostas por instituições públicas ou privadas de protecção social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão primacialmente em conta o superior interesse da criança (art. 3.º n.º 1). O art. 9.º n.º 1 da Convenção estabelece que a criança não será separada dos seus pais contra a vontade destes, a menos que esta se mostre necessária. Encontram-se correspondências entre estes preceitos e os que vigoram na nossa ordem jurídica.

A garantia dos dtos. e liberdades fundamentais constitui tarefa fundamental do Estado, tal como a promoção da igualdade entre homens e mulheres (art. 9.º alíneas b) e h)). Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei, não podendo ser privilegiados ou privados de qualquer direito, ou isentos de qualquer dever, designadamente em razão do sexo, raça, território de origem ou religião (art. 13.º - princípio da igualdade).

O art. 36.^{o7} reconhece e garante os dtos. relativos à família, ao casamento e à filiação. Este art. está entrecruzado com diplomas de direito internacional e europeu: art. 16.^o da DUDH, a Convenção Europeia em matéria de adopção de crianças de 24-4-1967, a Convenção sobre a lei aplicável às obrigações alimentares de 2-10-1973, entre muitos outros diplomas. Nas palavras de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA *estão contemplados todos os titulares dos vários «papéis» que integram a referência familiar*. Temos uma protecção directa da sociedade e do Estado, para com a família. Um aspecto importante é que o texto constitucional não admite a redução do conceito de família à união conjugal baseada no casamento ou à família “matrimonializada”. Existe uma abertura constitucional para outras formas de organização familiar, como por ex. as uniões de facto –vieram a ser protegidas pela Lei 135/99 de 28 de Agosto. Garantindo-se a todos, em condições de plena igualdade, o direito a contrair casamento. Em relação a este n.^o do art. em análise, tivemos modificações importantes. A previsão legal do casamento entre pessoas do mesmo sexo foi um desses passos⁸. No n.^o 2 encontramos o reconhecimento do direito ao divórcio, como forma de dissolução do casamento, para ambos os cônjuges. O princípio da igualdade entre cônjuges encontra-se consagrado no n.^o 3 do art. 36.^o. Durante um largo período de tempo a ideia era oposta a esta. Existia uma primazia do marido, tanto no quadro conjugal e familiar, assim como na própria sociedade. Outro passo importante ocorreu com o princípio da não discriminação entre filhos, independentemente de os progenitores estarem ou não casados (n.^o 4). Deixou de estar contemplada a aterradora distinção entre filhos legítimos e ilegítimos. No n.^o 5 temos o direito e o dever dos pais de educação e manutenção dos filhos. Descodificando-se aqui a importância crescente que foi sendo dada às crianças e/ou adolescentes, traduzindo uma *obrigação de cuidado parental*. Reflecte também uma vertente ético-social, consistindo num verdadeiro dever jurídico na nossa lei civil assim como nas convenções internacionais. O n.^o 6 garante o direito de não privação dos filhos em relação aos pais, sendo apenas permitidas as restrições necessárias que acautelem os dtos. e interesses das crianças (como a adopção ou o apadrinhamento civil, exemplificativamente). A referência à adopção encontra-se no n.^o 7 daquela regra

⁷ JOSÉ GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA, *CRP Anotada*, Volume I, 4ª edição revista, pp.559-568, 2010.

⁸ Com a Lei 9/2010 de 31 de Maio.

constitucional. Tornou-a um instituto jurídico garantido, que necessita de um cuidado especial pela lei adjectiva.

Passando de seguida para o art. 67.º que se relaciona directamente com diplomas de direito internacional e europeu: o art. 9.º da Carta dos Dtos. Fundamentais da UE, o art. 16.º da Carta Social Europeia e o art. 18.º n.ºs 2 e 3 da Convenção sobre o Direito da Criança. *Aqui garante o direito das próprias famílias à protecção da sociedade e do Estado e à realização das condições propiciadoras da realização pessoal dos seus membros*⁹. Encarando-se a família como elemento fundamental da sociedade. Atendendo às explicitações daqueles constitucionalistas, que defendem que não existe um conceito de família constitucionalmente definido, sendo por isso um conceito relativamente aberto, conseguindo comportar as diversas concepções existentes na colectividade. Englobando a chamada família tradicional, resultante do matrimónio entre duas pessoas de sexo diferente, da qual surgem filhos. Assim como as famílias modernas e actuais. As famílias monoparentais ou famílias recompostas, tal como as que surgem do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Elenca no n.º 2 uma série de incumbências¹⁰ do Estado, para que a família seja devidamente protegida. Sendo visível a constante incumbência nacional e internacional em garantir a protecção necessária das sociedades às suas crianças e jovens, não descurando uma série de dtos. que lhe devem estar associados, de forma a permitir um crescimento equilibrado e adequado.

A CRP prossegue no âmbito do direito da família com o art. 68.º que se reporta à paternidade e maternidade. Também este preceito se inspira em normas e princípios externos: o art. 33.º n.º 1 da Carta dos Dtos. Fundamentais da UE e o art. 8.º da Carta Social Europeia. *Este preceito passou a reconhecer e a garantir um verdadeiro direito fundamental dos pais e das mães, enquanto tais*, JOSÉ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA. Este direito deverá ser respeitado não só pelo Estado enquanto garante de alguns encargos associados às famílias, mas também aos particulares, à sociedade em

⁹ JOSÉ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *CRP Anotada*, Volume I, 4ª edição revista, pp.854-861, 2010.

¹⁰ Nas palavras de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, incumbe ao estado, na protecção da família: *a independência social e económica das famílias, uma rede nacional de creches e de outras estruturas, o direito à educação, ao planeamento familiar e à maternidade e paternidade conscientes, impostos e benefícios fiscais em função da família.*

geral. Cabe à CRP as primeiras referências às matérias, incumbe depois à lei ordinária, densificar os fundamentos constitucionais.

No que directamente diz respeito às crianças temos o art. 69º da CRP. Um preceito co-relacionado com princípios de direito Internacional. *As formas de abandono, discriminação e opressão sobre as crianças (n.º 1, 2.ª parte) referem-se não apenas a formas de violência psíquica ou corporal mas também à sua exploração económica e social.* As crianças são hoje muito mais respeitadas do que antigamente. A Lei Fundamental não esquece os que se encontram desprotegidos (órfãos ou abandonados), n.º 2. Devendo ter-se como horizonte que *a partir das dimensões fundantes da dignidade da pessoa da criança e do desenvolvimento da personalidade, colocarão os interesses da criança como parâmetro material básico.* Uma outra evolução que se regista é a absoluta negação do trabalho infantil¹¹.

Por último, os jovens, no art. 70º da Lei Fundamental, merecendo uma *protecção especial*. Visando, o desenvolvimento da personalidade, a criação de condições para a sua efectiva integração na vida activa, o gosto pela criação livre e o sentido de serviço á comunidade, a integração na vida activa, a ajuda na obtenção do primeiro emprego, o acesso à habitação, são apenas alguns aspectos.

A idade com que os jovens-adultos saem de casa dos pais é um reflexo claro dessa realidade. A idade em que têm o primeiro emprego, nos dias actuais e nos anos 70, é muito diferente. O nível de escolaridade aumentou significativamente¹². O estado tem o dever prover para que nenhum menor seja sujeito a discriminação ou abuso de

¹¹ Convenção nº 138 da OIT, de 1973, no art. 2º, item 3. A UNICEF dá o seu contributo, tendo tido um papel crucial – especialmente nos países subdesenvolvidos. Em PORTUGAL é o art. 68.º do CT.

¹² A educação pré-escolar em 1961 era apenas de 0,9%, o 1º Ciclo de 80,4, o 2º Ciclo 7,5, o 3º Ciclo 6,1 e o Ensino Secundário 1,3. Em 2013 os dados são completamente opostos: 88,5 para o pré-escolar, 100,0 para o 1º Ciclo, 91,9 para o 2º Ciclo, 87,5 para o 3º Ciclo e 73,6 para o Ensino Secundário. Como referem ANTÓNIO BARRETO e JOANA PONTES no livro *Portugal, um Retrato Social - Ganhar o pão, o que fazemos, 2007: As mudanças sociais verificadas em Portugal, ao longo das últimas quatro décadas, foram profundas e mais rápidas do que na maioria dos países europeus. (...) A emigração, a guerra colonial, uma rev. política e social, a fundação do Estado democrático, a descolonização, uma contra-rev., a adesão à União Europeia e a imigração foram alguns dos acontecimentos ou fenómenos históricos que marcaram estas quatro décadas e que resultaram ou aceleraram mudanças sociais profundas.*

Os dados estatísticos retirados de <http://www.pordata.Portugal/Portugal/Taxa+real+de+escolarizacao-987>, consultado em 11 de Outubro de 2014.

autoridade por parte de qualquer instituição, pública ou privada, art. 69º nº 1 da CRP. Existindo neste plano uma extensão das obrigações a entidades privadas.¹³

PORTUGAL foi dos primeiros países a ratificar a Convenção dos Dtos. da Criança em 21 de Outubro de 1990. O facto de já anteriormente ter ratificado a DUDH traduz o espírito português em matéria de dtos. humanos. Os menores estão hoje mais protegidos, com mais dtos. e com uma maior assistência em todos os níveis essenciais.

¹³ CARLA AMADO GOMES, *Filiação, Adopção e Protecção de menores – quadro constitucional e notas de jurisprudência*, Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra Ano 4 – nº8 – 2007.

CAPÍTULO III – O INSTITUTO DA ADOÇÃO: A SUA EVOLUÇÃO E ENTENDIMENTO GENERALIZADO. COMPREENSÃO ACTUAL

O instituto da adoção encontra-se definido no art. 1586.º do CC como o vínculo que, à semelhança da filiação¹⁴ natural, mas independentemente dos laços de sangue, se estabelece entre duas ou três pessoas, constitui uma das fontes das relações jurídicas familiares, ao lado da relação matrimonial e das relações de parentesco e afinidade. Por oposição ao parentesco natural, a adoção surge como um parentesco legal, criado à semelhança daquele. Não que isto dizer, como referem FRANCISCO PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA¹⁵, que se trate de uma ficção da lei mas apenas que a adoção assenta em outra verdade, uma espécie de verdade sociológica ou afectiva, em contraponto à verdade biológica.

Assistimos a uma modificação radical no espírito da adoção, centrando-se actualmente no interesse dos menores. De acordo com o nosso sistema, podem adoPortugal – restrita ou plenamente – um casal, ou seja, duas pessoas casadas ou que vivam em união de facto (situação designada por adoção conjunta) ou uma pessoa individualmente, casada ou não (neste caso, adoção singular), observados que sejam determinados requisitos. Os casais homossexuais que tenham contraído uma relação matrimonial, estão excluídos de adoPortugal, face à nossa lei.

Historicamente foi em Roma que a adoção ganhou maior definição, tendo surgido após a Lei das Doze Tábuas, com Gaius. Inicialmente não tinha cunho afectivo, desempenhando finalidades políticas, económicas ou visando corrigir as divergências do parentesco civil ou de sangue.

Para a análise do direito português vamos seguir de perto a tese de mestrado de DANIELE CRISTINE RUA MOREIRA¹⁶. As ordenações do reino faziam referência à

¹⁴ *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, Instituto António Houaiss de Lexicografia Portugal, 2005, Adoção, s.f., é a acção ou efeito de adoPortugal, de aceitar (alguém ou algo) deriva do latim, adoPortugalió, actualmente tem o que significado de acolher ou aceitar legalmente alguém como filho concedendo-lhe direitos.

¹⁵ FRANCISCO PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, Volume I, Introdução Direito Matrimonial, 4ª Edição, 2008.

¹⁶ DANIELE CRISTINE RUA MOREIRA, *Adoção Internacional – o amor que ultrapassa fronteira: aspectos e procedimento legal*, Tese de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2011.

adopção, mas o instituto não tinha grande utilidade. O Código de Seabra de 1867 nem lhe fez referência, voltando ao ordenamento cem anos depois com o CC de 1966, que passou a encarar a adoção como medida de protecção de crianças e adolescentes. Em 1978 o DL n.º 314/78 de 27 de Outubro (OTM) contribuiu em matéria processual. Em 13 de Agosto de 1980 o DL n.º 274 conferiu aos organismos da Segurança Social participação na organização dos processos de adoção de menores. A CRP foi revista em 1982, sendo-lhe acrescido o n.º 7 ao art. 36.º, dando à adoção um carácter de garantia institucional. Posteriormente, através da IV Revisão em 1997, acrescentou-se celeridade aos processos de adoção. Em 1992, a adoção volta a ser alvo de atenção e através do DL n.º 153 de 23 de Julho, os processos tornaram-se isentos de custas. Por meio do DL n.º 185 de 22 de Maio de 1993, a matéria da adoção foi largamente revista, alterando-se o CC e a OTM, tendo-se procedido à revogação do DL n.º 271/80. No ano 1999 através da Lei n.º 135, de 28 de Agosto, permitiu-se aos casais formados por pessoas de sexo diferente que vivessem em união de facto há mais de 2 anos, pudessem adotar conjuntamente (a mesma permissão manteve-se com a Lei n.º 7/2001 de 11 de Maio, referente à protecção das uniões de facto).

Recentemente a Lei n.º 103/2009 de 11 de Setembro aprovou o regime jurídico do apadrinhamento civil.¹⁷ O apadrinhamento civil cria uma relação jurídica nova que se acrescenta à tutela e à adoção restrita. A figura do apadrinhamento civil tem em vista conceder às crianças ou jovens a integração num ambiente familiar que possibilite o seu bem-estar. Tentando evitar-se a institucionalização ou pondo termo a uma já existente. As expressões escolhidas para caracterizar este instituto: (...) *«apadrinhamento civil», «padrinho» e «madrinha» têm vantagem sobre outras quaisquer, na medida em que são conhecidas pela população com um sentido relativamente aproximado do que se pretende estabelecer na lei civil: o padrinho ou madrinha são substitutos dos pais no cuidado das crianças e dos jovens, sem, no entanto, pretenderem fazer-se passar por seus pais.*

¹⁷ *Regime Jurídico do Apadrinhamento Civil (anotado)* – observatório permanente da adoção, Centro de Direito da Família, Coimbra Editora, 2011.

CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL e JOSÉ SILVA PEREIRA¹⁸ têm uma apreciação negativa a este respeito. Consideram que está a ser criada uma relação que a própria lei qualifica de familiar, que anda paredes-meias com a adopção restrita, mas em se “afrouxa” o vínculo paterno-filial do apadrinhante com o afilhado. As dificuldades que poderão não escapa aos autores, *não é fácil estender a rede de relações íntimas tutelares de crianças menores, face à perplexidade e heterogeneidade dos assuntos sobre que há que tomar decisões, até porque o compromisso ou decisão de apadrinhamento inviavelmente desce aos pormenores do quotidiano da vida de uma criança.*

Retomando a temática da adopção. Actualmente o regime jurídico vigente é composto pelo DL n.º 185/93 de 22 de Maio que faz alusões à adopção internacional a partir do seu art. 14.º. O contributo indispensável do CC, que trata da matéria no Livro IV, Título IV, a partir do art. 1973.º. Pela OTM, que regula o processo de adopção, e a LPCJP, que cuida das medidas de confiança a pessoa seleccionada para adopção ou a instituição com vista à futura adopção. Além destes diplomas, temos também o Decreto-Regulamentar n.º 178/98 de 14 de Agosto, que dispõe acerca da intervenção das instituições particulares de solidariedade social na adopção e da mediação na adopção internacional.

Num extremo oposto à realidade dos países ocidentais temos países em que a maioria das legislações não autoriza a adopção, principalmente na modalidade plena. O *estadium* de desenvolvimento dos países permite traçar uma evolução quanto à adopção. Existem alguns países que já se encontram um passo à frente, permitindo a adopção por casais homossexuais. Convém a este respeito destacar a Espanha, o Reino Unido, os EUA e recentemente o Uruguai¹⁹.

¹⁸ CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL e JOSÉ SILVA PEREIRA, Direito da família, *Tópicos para uma Reflexão Crítica*, Associação Académica da faculdade de direito de Lisboa, 2008.

¹⁹ No Brasil, já existem decisões ao nível da jurisprudência que demonstram uma abertura a estas questões. Em 2006, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul deferiu a adopção singular à pessoa que vivia em união homoafectiva com a mãe adoPortugaliva dos adoPortugalandos, produzindo uma adopção conjunta. N.º70013801592, 7ª camara cível, relator: desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, 5 de Abril de 2006.

Em Portugal também temos casos em que a jurisprudência foi mais além do que a legislação e permitiu que duas pessoas ficassem encarregues de uma criança. Num caso, o Tribunal utilizou o instituto do apadrinhamento civil.

CAPÍTULO IV – A EVOLUÇÃO DA HOMOSSEXUALIDADE: O PERCURSO. AS DIVERSAS ETAPAS PELA VISÃO DA SOCIEDADE

A este respeito vamos acompanhar de perto as referências de VERA LÚCIA RAPOSO²⁰. Inicialmente tolerada e inclusiva sendo socialmente aceite nos Impérios Grego e Romano, a homossexualidade tornou-se mais tarde alvo de violenta condenação, sobretudo por força de certas concepções religiosas. Não podemos descurar a influência que alguns autores atribuem à relação entre a religião e a forma de pensamento da sociedade em vários domínios. Aquela autora considera que nos países em que a presença histórica da Igreja Católica é mais profunda, o preconceito é notório.

Os primeiros países do mundo a legitimar o casamento homossexual caracterizaram-se pela precoce divisão entre Igreja e Estado. Resumindo a situação que vigora actualmente, e nas palavras de VERA LÚCIA RAPOSO, *Portugal, embora se autoproclame de Estado laico, mantém demasiados resquícios de um Estado confessional*. Em 2003, o Vaticano, para combater as novas legislações que proliferavam, especialmente nos países europeus, assegurando a cidadania sexual de milhões de gays e lésbicas em diferentes países, elaborou um documento denominado *Considerações Sobre os Projectos de Reconhecimento Legal das Uniões entre Pessoas Homossexuais* onde considerava que se estava a aprovar um comportamento desviante.

Em termos cronológicos podemos destacar os seguintes marcos: em 1982, a homossexualidade é permitida no nosso país. No ano de 1999 foi declarado que homossexuais e bissexuais poderiam ingressar nas forças armadas. Os casais homossexuais viram os seus dtos. perante uma união de facto reconhecidos, em 2001. Foi em 2003 que a homossexualidade começou a ser protegida. Um passo muito relevante ocorreu em 2004 quando a orientação sexual é incluída no art. 13º na CRP Portuguesa. Seguidamente é o CP que prevê uma lei de protecção aos homossexuais quando discriminados e alvo de ofensas à integridade física. No ano de 2009 foi introduzido o tema da homossexualidade na educação sexual escolar. Finalmente o grande passo ocorreu em 2010 aquando da promulgação da lei que permite o

²⁰VERA LÚCIA RAPOSO, *Crónica de um Casamento Anunciado - o casamento entre pessoas do mesmo sexo*, Revista do Ministério Público, 2009.

casamento entre pessoas do mesmo sexo, considerado um grande passo para a aceitação da homossexualidade em PORTUGAL²¹.

Alguns autores entendem que estamos na fase do ímpeto dos afectos. As relações que se estabelecem no triângulo pai-mãe-filho (s), não deverão pautar-se pelo tradicional e dominante mas por aquilo que preconizara o melhor interesse da criança e a sua felicidade.

²¹Consulta no site da LGBT no dia 18.08.2014.

CAPÍTULO V – A CO-ADOPÇÃO: INTRODUÇÃO AO TEMA. CONCEITOS ESSENCIAIS PARA UMA DISCUSSÃO INFORMADA. AS DIFERENTES PERSPECTIVAS A RESPEITO DO TEMA

O PL n.º 278/XII pretendia consagrar na ordem jurídica nacional a co-adopção pelo cônjuge ou unido de facto do mesmo sexo, realizando a 23.^a alteração ao Código do Registo Civil. Para muitos o debate começou no momento em que foi aprovado o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Permitindo-se que duas pessoas de sexo igual casem, coloca-se a questão de saber, quais os dtos. que lhe são atribuídos. Nas situações entre casais de sexo diferente, são concedidos vários dtos. aos cônjuges. Gerando efeitos pessoais e patrimoniais.

Alguns consideraram que não pode ser dada a faculdade de casar e não serem atribuídos todos os dtos. a ele inerentes. Por oposição, outros há que defendem que não são dtos. interligados e que por esse motivo, a adopção poderá ser excluída do núcleo de dtos. que se adquirem pelo casamento. De acordo com o nosso sistema, podem adoPortugalar – restrita ou plenamente – um casal, ou seja, duas pessoas casadas ou que vivam em união de facto (situação designada por adopção conjunta) ou uma pessoa singular, casada ou não (neste caso, adopção singular), observados que sejam determinados requisitos. A Lei n.º7/2001 de 11/5 no art. 7.º reconhece, no entanto, apenas às pessoas de sexo diferente que vivam nessas condições o direito de adopção.²²

Para o primeiro grupo está em causa o art. 13.º da CRP. VERA LÚCIA RAPOSO²³ entende que o casamento é um *direito-mãe: na medida que lhe cabe o papel densificador de um leque de outros variados dtos. nele incluídos: direito à reprodução, direito ao estabelecimento de laços jurídicos de filiação, direito a adoPortugalar e a ser adoPortugalado, direito de casar, direito a viver em união factual*. Ainda no sentido das palavras daquela autora estaríamos perante uma verdadeira *castração* do direito ao casamento.

²² PEDRO BRANQUINHO FERREIRA DIAS, *Adopção de Crianças por Casais Homossexuais: sim, não ou talvez?*, Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º4, 2006.

²³VERA LÚCIA RAPOSO, *Crónica de um Casamento Anunciado - o casamento entre pessoas do mesmo sexo*, Revista do Ministério Público, 2009.

Os que se colocam ao lado da separação entre casamento e adoção, consideram que os prejuízos para a criança são óbvios. Visando a adoção o superior interesse da criança, seria difícil conceber que esta sofresse discriminações por estar ligada a duas pessoas que não são “bem vistas” na sociedade. Não tendo servido a adoção para trazer *reais vantagens*, como entende PEDRO BRANQUINHO FERREIRA DIAS.

As razões de ser da premência da aprovação do diploma supracitado encontram-se devidamente elencadas: o aumento do nº de casais do mesmo sexo, que constituem família e cujos filhos, biológicos ou adoPortugalados, crescem num contexto familiar integrado por aquelas duas pessoas, necessitam de um vínculo jurídico que os ligue à pessoa que não tem o vínculo.

Iremos tentar, ao longo da exposição, apresentar os diferentes pareceres que foram chegando a esta Comissão.

CAPÍTULO VI - PARECERES E OPINIÕES QUE FORAM RECEBIDOS NA CPACDLG QUE SE MOSTRARAM CONTRA A CO-ADOPÇÃO POR HOMOSSEXUAIS

Começamos pela Senhora Juiz de Direito, ALEXANDRA M. VIANA LOPES. No documento enviado inúmera os problemas de desprotecção jurídica:

i) Falta de benefício pela criança de dtos. sociais, através da pessoa unida de facto ou de direito com o seu progenitor;

ii) Falta de protecção de dtos. de visitas do casado ou unido de facto com a criança, com quem não tem relação jurídica de parentesco, em caso de divórcio ou de separação da união;

iii) Falta de protecção do regime alimentar;

iv) Insuficiência da sucessão testamentária para acautelar os dtos. da criança.

Rebatendo-os ao longo da exposição. Defende a juiz que na situação de morte do progenitor, o regime jurídico existente, protege esta questão.

Considera que existem dois grupos distintos de situações:

i) Crianças que residem com pessoas do mesmo sexo, quando em relação a uma delas existe um vínculo de filiação. Neste ponto concreto, as crianças estão tuteladas, tanto do ponto de vista pessoal como patrimonial, pelos mecanismos jurídicos existentes, tal como se tratasse de uma criança a viver apenas com o progenitor - com o qual tem a relação de filiação estabelecida.

Por outro lado,

ii) As crianças que têm uma relação de cuidado com uma pessoa do mesmo sexo que reside com o progenitor (por resultado de um casamento ou de uma união de facto). A este respeito, as crianças não serão mais afectadas do que noutros problemas já conhecidos - quando as relações que deram origem à convivência cessam. Não é por se tratar de uma união homossexual que cessa, que os menores vão ser mais afectados.

Considera que os dtos. da criança podem ser assegurados com o decretamento de providências judiciais de preservação das relações pessoais, que demonstradamente sejam essenciais para a sua referenciação, saúde e desenvolvimento. Não considera que seja necessário criar uma figura jurídica nova que tutele estes casos. A questão que se coloca é, não existindo um instituto jurídico que regule esta situação, estão os tribunais preparados para decretarem providências judiciais de preservação de relações entre menores e terceiros - alheios à filiação biológica - quando em causa está uma relação homossexual?

Quando se trate de uma criança que coabita com duas pessoas do mesmo sexo, as decisões que impliquem o exercício das responsabilidades parentais estão acauteladas por duas vias:

a) Aquele sujeito que tem com a criança a relação biológica exerce as responsabilidades parentais. O mesmo se verificando quando existe uma relação idêntica à adopção, o adoptante exerce aquelas responsabilidades.

b) A pessoa alegadamente excluída da relação de filiação biológica ou do vínculo de adopção pratica os actos integrantes das responsabilidades parentais por a delegação de poderes (art. 1906º n.º 4 do CC) ou utilizando a figura jurídica do contrato de mandato, previsto e regulado no art. 1157º do CC.

Quanto aos dtos. sociais que as crianças podem ser privadas por não existir uma tutela jurídica, a autora refere que as mesmas não vão ter mais ou menos dificuldades do que as outras crianças, sendo protegidas pelo art. 4º n.º 1 al.e) do DL nº 70/2010 de 16 de Junho, que permite a atribuição de prestação de subsistema de protecção familiar ou de solidariedade, desde que integradas no agregado familiar do requerente da prestação social que se encontre casado ou unido de facto com o seu progenitor.

Se existe cessação da coabitação as soluções também existem. Quando uma criança tem os cuidados de uma pessoa com a qual não está ligada por filiação biológica ou adoptiva, o menor está exactamente na mesma situação que todas as crianças que são cuidadas por terceiros com os quais não têm esse vínculo. Podem existir duas alternativas: ou a guarda da criança pode ser confiada ao cuidador não progenitor por

medida limitativa ou inibitória das responsabilidades parentais²⁴. Na segunda conjectura irão ser acautelados os contactos da criança com o cuidador com uma acção de promoção e protecção ou uma providência tutelar cível comum.

Quanto ao regime de alimentos dos menores, a dúvida está serenada. O padrasto ou a madrasta que com o menor tinham uma relação de coabitação e cuidado podem ser responsáveis pelo direito a alimentos, quando o progenitor deles se encontre impossibilitado de assegurar, total ou parcialmente.

Na situação de morte do progenitor biológico ou adoPortugalivo, ficando sobrevivente aquele que não tinha filiação estabelecida com o menor, e onde maiores dúvidas se colocam, as resoluções também existem. Sendo idêntica a regulação, como se um progenitor biológico falecesse.

Quanto à guarda e ao exercício substitutivo das responsabilidades parentais:

1) A figura da tutela, podendo ser regulado pelo progenitor biológico ou adoPortugalivo, antes da sua morte. Nomeando-se tutor ao seu filho (art. 1928º n.º 1 do CC) e excluindo determinadas pessoas da possibilidade de serem tutoras do menor (art. 1933º n.º 1 al.j) do CC). Outra solução é a atribuição do menor àquele que era titular da sua guarda de facto. A confiança pode decretada através da instituição de tutela em acção tutelar comum ou pelo mecanismo da confiança com vista à adopção.

Uma outra questão apresentada no PL nº 278/XII é a daqueles que coabitam e cuidam de uma criança, não tendo com ela nenhum vínculo efectivo de adopção ou outro semelhante, apenas existindo uma relação de casamento ou de união de facto, com a pessoa detentora daquela ligação, que precisam de ter um *direito à parentalidade*. A juíz defende o dualismo tradicional pai-mãe. A adopção deverá permitir que *entre o adoPortugalante e o adoPortugalado se estabelecerá um vínculo em tudo semelhante ao da filiação*. Concebendo-se apenas a adopção quando o adoPortugalado possa encontrar um pai e uma mãe, e não um lar, afectos, educação, saúde e carinho.

Alega que deve vigorar o princípio da primazia dos dtos. da criança, quando haja um conflito entre os seus dtos. e os dtos. dos adultos. A questão é que, da mesma forma

²⁴ Confrontar a este respeito os arts. 1918º e 1915º do Código Civil, o art. 210º do DL 314/78 de 27 de Outubro e ainda o art. 1º e seguintes da LPCJ P.

que aos pais (masculino e feminino) são atribuídos dtos. em relação aos seus filhos, esses dtos. não podem ser negados por estarmos perante duas pessoas do mesmo sexo. Se um pai ou mãe se vê privado do contacto com o seu filho, a situação tem contornos perturbadores, porque lhe está a ser reprimido um direito que faz parte da sua condição de pai ou mãe. Não se compreende que a mesma lógica não seja aplicável quando se trata de um pai ou mãe homossexual. Do que transparece das palavras desta magistrada judicial, a atribuição de dtos. de parentalidade só faz sentido com o regime tradicional pai-mãe. Mesmo que a relação que se estabeleça seja idêntica à filiação natural no que toca ao cuidado que uma criança merece.

A sua posição sobre o tema encontra-se no seguinte excerto: *no que se refere ao caso em análise, não deve o poder legislativo: conceber soluções normativas que violem os dtos. primaciais das crianças, nomeadamente em caso de adopção, o direito de estabelecimento de vínculos materno e paterno ou, em caso de impossibilidade, de manter um único vínculo de filiação materna ou paterna, em equivalência ao regime da filiação biológica de todas as crianças (...) a solução normativa proposta pelo legislador é, porém, incompatível com a estrutura e teleologia do instituto da adopção, lesa objectivamente os dtos. 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.* Não logrou apresentar um único argumento contra a proposta de Lei que tivesse por fundamento a falta de sustentabilidade da convivência entre uma criança e duas pessoas do mesmo sexo.

Seguidamente observamos o contributo de RITA LOBO XAVIER na CPACDLG. Na sua perspectiva, os titulares das responsabilidades parentais são os pais, sendo aquelas responsabilidades irrenunciáveis, intransmissíveis, imprescritíveis e indisponíveis. A proposta de lei apresentada pretende quebrar a característica da intransmissibilidade das responsabilidades parentais.

A designação atribuída ao PL é enganadora. O que se pretende conceder ao cônjuge ou unido de facto é a adopção. Apesar da distância que nos separa de RITA LOBO XAVIER, não podemos deixar de concordar com ela neste ponto concreto. Compreende-se a intenção dos criadores do PL. Infelizmente temos consciência que o preconceito e a tradição ainda fazem grande moessa no que toca a estas questões.

Avaliando o regime proposto e aquilo que se encontra no sistema jurídico, a conclusão de RITA LOBO XAVIER é clara: verificar-se-ia uma incongruência intolerável. A Lei nº 9/2010 de 31 de Maio, a Lei nº 7/2001 de 11 de Maio e a Lei nº 32/2006 de 26 de Julho, não permitem, respectivamente, a adopção plena ou restrita, conjunta - por duas pessoas do mesmo sexo -, casadas ou unidas de facto, e aquela última, proíbe que o recurso às técnicas de procriação medicamente assistida, seja efectuada entre casais do mesmo sexo. Acresce que, as responsabilidades parentais têm sido atribuídas, cada vez mais, a ambos os progenitores, o que representa a necessidade de um pai e de uma mãe.

Entende RITA LOBO XAVIER, relativamente à adopção, que (...) *a sua finalidade é a protecção da infância, através do estabelecimento de um vínculo jurídico semelhante ao da filiação natural, no interesse do adoPortugalado, para as crianças que não a têm.*

Seguidamente utiliza um argumento comum à maioria das pessoas que discordam do PL: trata-se de um capricho dos homossexuais. No nosso entendimento, o único “capricho” que aqui se exige é que se faça uma avaliação idêntica à capacidade dos hetero e homossexuais cuidarem de uma criança.

RITA LOBO XAVIER considera que, se já existem famílias constituídas desta forma, é porque foram criadas por fraude à lei, não podendo ser dada cobertura, porque isso iria romper com os usos e costumes. Para justificar que o ordenamento jurídico dá resposta a todas as situações, não existindo necessidade do PL, apresenta os institutos do testamento, do tutor e da delegação do exercício das responsabilidades parentais.

Como a própria refere a dado momento: *De qualquer modo, o instituto da adopção em PORTUGAL não tem uma natureza contratual, mas sim pública. Mesmo que viesse a admitir uma adopção neste contexto teria sempre que haver um inquérito sobre as reais qualidades humanas e sobre a idoneidade moral, social e educativa do adoPortugalante, não seria suficiente ter sido escolhido como cônjuge ou como companheiro pelo titular das responsabilidades parentais.* Quando se fala na abertura do instituto da adopção aos casais homossexuais, o que deverá ser tido em conta é que existe um controlo apertado²⁵ sob as pessoas que pretendem realizar uma adopção,

²⁵ Esta questão é discutida na sociedade, considerando várias pessoas que existe demasiada burocracia e demora no processo de adopção. Neste grupo de pessoas destacamos TERESA LEAL COELHO, LINO MAIA,

exercida por entidades públicas (válidas em todas as situações de casais heterossexuais para as adoções conjuntas). O mesmo controlo deve existir em relação a pessoas homossexuais que adoPortugalam de forma singular ou conjunta.

Um parecer que chegou à CPACDLG, foi o da OA, que tinha na data da sua emissão (9 de Outubro de 2012) MARINHO E PINTO como bastonário. Parece fácil adivinhar a posição da OA.

Considera esta entidade que a co-adoção de crianças por casais do mesmo sexo constitui um *pretense direito de adultos*. Voltamos à crítica que é feita por aqueles que são contra este PL. Transmite a ideia que a adoção deve basear-se no princípio da família natural, constituída por um pai (homem) e por uma mãe (mulher), não sendo concebível que exista um pai a fazer as duas coisas e vice-versa. Avançando ainda, para um campo que deveria ser deixado para os técnicos responsáveis pelo estudo da área. Refere que o desenvolvimento harmonioso da personalidade de uma criança implica a existência de referências masculinas e femininas no processo de crescimento. No final do curto e pobre parecer, a OA, para não ser acusada de violação do princípio da igualdade ainda tenta justificar que os casais homossexuais têm muitos dtos., alguns dos quais, ainda nem se encontram legislados, mas um dos que não lhe pode ser reconhecido é o direito a adoPortugalar, porque isso afrontaria com o direito das crianças a terem uma família tradicional. Concluindo que o PL em análise não deverá ser aprovado.

Como consta do próprio, este documento representa a OA e conseqüentemente os advogados, pelo menos aqueles que tiveram oportunidade de se manifestar a respeito do mesmo. A decisão não foi tomada isoladamente pelo Bastonário, os órgãos da Ordem tiveram de ser convocados para a questão ser apreciada e devidamente avaliada. Esta ideia é mais tenebrosa. Não nos pronunciamos a respeito dos argumentos que a OA apresenta para se considerar desfavorável a esta aprovação. O que nos cabe dizer é que é chocante que um grupo de advogados, em pleno exercício das suas funções - e independentemente da opinião de cada um deles a respeito do tema - não consiga fazer um parecer com um teor minimamente técnico-jurídico. Em nenhum momento se

presidente da Confederação Nacional das Instituições de Solidariedade (CNIS), DULCE ROCHA, vice-presidente do Instituto de Apoio à Criança e LUÍS VILLAS-BOAS, do Refúgio Aboim Ascensão.

referem ao conteúdo do diploma em análise. Fazem apenas uma análise superficial, contentando-se com uma redução aos estereótipos do preconceito. O próprio PL, as suas ideias, pretensões, objectivos, necessidades das crianças e tudo aquilo que ele tenta representar, foram ignorados do parecer. Em nenhum momento existiu a análise da proposta jurídica, a apresentação de sugestões ou pelo menos, a identificação das possíveis soluções. Num órgão com a importância da OA, expoente máximo da representação dos advogados e do exercício do direito, este último foi totalmente esquecido. A crítica que fazemos nem sequer se dirige à opinião plasmada no documento. O que aqui se tem é a impossibilidade de não ser sequer possível fazer um debate porque o documento é reduzido aos preconceitos, não tendo qualquer conteúdo jurídico, como seria expectável. A conclusão é que, infelizmente, a OA não emitiu um parecer jurídico - como lhe competia - a respeito da do PL nº 278/XII, limitando-se a introduzir uma convicção pessoal, que passou a retratar todos os advogados.

A Comissão encarregue da avaliação e discussão do PL, recebeu em 19 de Julho de 2013, outro contributo - o da Federação Portuguesa pela Vida.

Começa por relatar uma tenebrosa história, não verídica (a co-adopção ainda não se encontra em vigor no ordenamento jurídico, não estando sequer definidos os seus pressupostos e a forma de aplicação)²⁶.

A história relata a vida da Teresinha, uma menina de 6 anos que perdeu a mãe. Desde o 1 ano de idade que vivia com a mãe, perto dos avós, tios maternos e primos. Durante toda a sua infância teve sempre um relacionamento saudável com o pai. Este último vivia com o companheiro. As relações entre o progenitor e os avós maternos eram inexistentes. Passado algum tempo, a família recebeu a notificação do tribunal para comparecerem em Tribunal onde lhes foi comunicado²⁷ que a sua filha tinha sido co-adoPortugalada pelo companheiro do pai. Desta forma, a Teresinha que já tinha

²⁶ Por oposição às famílias reais que já existem e se desenvolvem na sociedade portuguesa, com casais homossexuais.

²⁷ Ignoram os autores deste parecer que ninguém é notificado para ir a Tribunal para ser lida a “sentença”. Uma pessoa notificada para comparecer em tribunal pode ser uma de três coisas: testemunha, réu ou autor de um processo. Numa situação deste tipo, os avós teriam tido oportunidade de se manifestarem judicialmente, como réus, ou de terem dado entrada com uma acção, de modo a defenderem as suas pretensões. Tendo em conta que a menina da história tinha passado tanto tempo com os avós, o próprio Tribunal iria considerá-los, quanto mais não fosse, testemunhas cruciais para a descoberta da verdade material, sendo chamados a juízo, por forma a intervirem de forma directa na decisão da causa.

perdido a mãe, passava também a perder os avós, os tios e os primos de quem tanto gostava. Na escola, via que os outros meninos tinham uma mãe e um pai, mas ela não. A dada altura, a Teresinha descobre em casa, um misterioso papel intitulado *sentença*, onde constatou que o Tribunal, no superior interesse da criança, decretou a sua co-adoção.

Para além deste extracto, existem outros pormenores importantes. Primeiro, refere-se que o pai da Teresinha vivia com um companheiro mas que *o facto de o pai viver com um companheiro (...) nunca foi motivo de comentário*, mantendo com o progenitor um relacionamento saudável. No entanto, o enredo desenrola-se e afinal já existem problemas entre a menina e o pai. Seguidamente, a conduta do pai já é colocada em causa, fazendo-se o relato de um mau pai porque *quando chegou aos 16 anos de idade foi a ginecologista, sozinha. Ficou muito embaraçada com as perguntas que lhe foram feitas sobre os seus antecedentes hereditários maternos. Nada sabia (...) nada sabia da mãe. Teria morrido? Teria abandonado a filha?*. Além de serem considerados maus pais, são rotulados de negligentes e inábeis. Não foram com a Teresinha ao ginecologista, aos 16 anos pela primeira vez e não lhe contaram nada do seu passado, nem sabia o que tinha acontecido com a sua mãe. A acrescer a tudo isto, existe ainda uma incompetência do Tribunal. Usou um princípio na sentença que decretou a co-adoção, mas na realidade não o aplicou. Temos portanto, maus pais (homossexuais, claro), um péssimo Tribunal e pior ainda, que profere uma decisão contrariado: *O que mais a impressionara naquele escrito foi o facto de que quem a escrevia parecia estar contrariado com a decisão que estava a tomar. E, a dado passo escrevia «Na verdade, quando da discussão da lei Z/2013 na AR o Conselho Superior da Magistratura e a OA emitiram parecer desfavorável à solução legislativa que agora se aplica. Porém, «dura lex sede lex»*. Uma verdadeira aberração judicial na decisão de um órgão de soberania, que inclusivamente se encontrava contrariado em se pronunciar daquela forma.

Perante todos estes desastres, os avós maternos, que tanto amor tinham pela Teresinha, estavam de pés e mãos atados, nada fizeram para evitar esta brutalidade. No entanto, os avós maternos que eram tão próximos da menina desapareceram, porque ela *durante anos procura a Família materna, em vão*. Os causadores de toda esta desgraça estão bem definidos na fábula da Teresinha: os deputados que aprovaram a lei. Esses

malvados que lhe tinham retirado tudo, inclusivamente a possibilidade de ela saber das doenças que a mãe e o pai tiveram.

Como diz o provérbio, *uma desgraça nunca vem só*, os homossexuais da história, instáveis e violentos nas relações amorosas, já estão divorciados, e a Teresa - no final da história passa de coitadinha a guerreira - tem de passar os fins-de-semana com o companheiro do pai.

Algumas das circunstâncias relatadas podem verificar-se em várias famílias, em todas elas, e não apenas nas homossexuais. Qualquer criança que seja adoPortugalada pode ver-se impedida de ter contacto com os seus avós. As informações relativas aos seus pais biológicos podem ser escassas. No entanto, os Tribunais, felizmente, não falham desta forma atroz. Para ser concedida uma adopção, o que conta verdadeiramente é o superior interesse da criança. Ninguém toma uma decisão deste tipo, contrariado. O corte que se encontra estabelecido na lei, relativamente aos entes próximos da criança, poderá ou não verificar-se. Em cada caso concreto é feita a ponderação. Os pais têm a noção que os avós fazem falta, permitindo inúmeras vezes, apesar da adopção, que ambos convivam. O que por vezes acontece (especialmente quando um dos progenitores é homossexual) é que os avós se colocam contra os pais. Impulsionando a discriminação, reprimindo comportamentos e incentivando o repúdio dos progenitores homossexuais. Seria sarcasmo acreditar que nesta história, os avós gostavam imenso do genro.

Os problemas podem acontecer tanto em famílias biológicas ditas “normais”, constituídas por pai ou mãe, como em unidos de facto, casais divorciados, adopções conjuntas ou apadrinhamentos, formados por pessoas de sexo diferente. Assim como existem dificuldades com casais homossexuais. Cônjuges ou unidos de facto divorciam-se, voltam a casar ou a ter companheiros, existem filhos de cada um deles, logo, os homossexuais não têm de ser felizes para sempre. Todos nós conhecemos processos complicados de divórcio, em que as crianças são utilizadas como moeda de troca, onde os seus dtos. não são acautelados. Sabemos de famílias destruturadas, que se mantêm unidas por puro sacrifício, com relatos de violência doméstica a dominar o dia-a-dia das crianças. Conhecemos crianças que são desprezadas pelos progenitores, não lhes dando o desenvolvimento que necessitam, passando fome, vivendo sem condições de

salubridade e que são deixadas ao abandono etc. Temos conhecimento de bebés abandonados à porta de hospitais, em casas de banho ou noutros locais. Meninos e meninas que sofrem aquilo que nenhuma criança deveria suportar. Infelizmente, histórias tristes existem, sem que as crianças sejam protegidas. Em todos estes casos os responsáveis são, na sua grande maioria, pais e mães, no conceito tradicional. A existência do género feminino e masculino para a criação de um ser, não é suficiente para que isso seja garante de uma criança feliz. Por oposição, não podemos considerar que uma criança é infeliz se tiver como pais, duas pessoas do mesmo sexo. Não podemos rotulá-los de imediato como maus pais, descuidados, cruéis ou negligentes.

O parecer prossegue apresentando um artigo de ABEL MATOS SANTOS²⁸, publicado no jornal Público a 16 de Maio de 2013, onde refere que as crianças devem ter um pai e uma mãe. Se assim não for, os dtos. das crianças não estão a ser cumpridos. Todos os estudos que tenham sido produzidos, e que considerem que as crianças que se encontram com casais homossexuais não têm problemas, estão com graves falhas metodológicas e os resultados são distorcidos.

A Federação Portuguesa pela Vida apresenta estudos de outros profissionais, como LOREN MARKS da Universidade do Louisiana - que considerou que as amostras eram muito reduzidas e pouco representativas - e REGNERUS da Universidade do Texas, que realizou um estudo mais abrangente, com uma amostra de 2988. Ambos entendem que os efeitos nas crianças são danosos, por viverem com casais homossexuais.

Quanto a esta matéria sobre os estudos, vamos deixar as nossas ilações para as conclusões da OP e para o parecer de EDUARDO SÁ. Fazemos um apenas um reparo, no direito tal como na psicologia, estamos perante ramos do conhecimento de características sociais e não exactas. Sobre uma determinada matéria existem um cem número de posições, aqui não poderia ser diferente.

No parecer é ainda mostrado um outro artigo de opinião elaborado por JÚLIA MARÇAL, psicóloga social e organizacional, que si dirige às crianças institucionalizadas,

²⁸ Psicólogo clínico e psicoterapeuta que menciona ao longo dos seus escritos a respeito do tema, R. FITZGIBBONS, *um dos maiores psiquiatras americanos*, que integra a National Association of Research and Therapy of Homosexuality (NARTH), defensora das terapêuticas de reconversão - prática "clínica" formal e deontologicamente condenável em relação aos homossexuais. Desta forma, conseguimos ter o enquadramento pleno e o fundamento das posições que apresenta.

veiculando a ideia, que o PL tem como objectivo reduzir o número de menores institucionalizados.

Em primeiro lugar, tenta JÚLIA MARÇAL avançar que não existem tantas crianças institucionalizadas como se quer fazer passar. Existem mais pedidos de adopção do que menores a Portugalos a realizar esse pedido, logo há poucas crianças em instituições. O PL em discussão, não pretende directamente, que o objectivo seja a adopção de crianças por casais homossexuais e muito menos tem como pretensão que o número de crianças institucionalizadas diminua - apesar de este ser um dos nossos objectivos. O certo é que existem muitas mais crianças institucionalizadas do que seria desejável. A este respeito refere EDUARDO SÁ²⁹, no seu livro *Abandono e Adopção*, onde releva todas as atrocidades cometidas contra as crianças institucionalizadas: *Perpetua-se, assim, um crescimento em instituição, entre afectos soltos com muitos “irmãos”, entre atenções milimetricamente partilhadas, em turnos, de adultos – o mais próximo que têm da figura parental – gerando, infelizmente, muitas vezes, com o oneroso custo de uma identidade fundada em sofrimento incalculável, a erosão do Ser para Sobreviver.* Teremos oportunidade de voltar a este ponto no momento em que a nossa posição será dada a conhecer, mas é importante não deturpar o documento base desta discussão. Como o próprio texto refere: *A co-adopção consiste em reconhecer dtos. parentais ao companheiro (a) do pai/mãe biológico que se encontra vivo (pois estando vivos ambos os pais biológicos a co-adopção não é possível, salvo raras excepções).* O que muito nos admira é que lendo as palavras de JÚLIA MARÇAL, esta parece entender o objectivo do instituto, não se concebendo as críticas que tece a respeito do mesmo.

Neste parecer surge também a prespectiva de ZITA SEABRA. Vem relembrar o calvário dos casais heterossexuais para adoPortugalarem uma criança. Primeiro começa por se referir à adopção. Não conseguindo distinguir que se trata de conceitos jurídicos diversos. Utiliza a ideia de que o objectivo da co-adopção é responder a um capricho dos homossexuais, quando menciona: *uma criança não é um objecto para uso de um adulto, nem um direito de alguém.* Parece desconhecer os dtos. que as crianças têm, nomeadamente o direito a ter uma família e que essa lhe proporcione a satisfação de

²⁹ EDUARDO SÁ em colaboração com MARIA CLARA SOTTOMAYOR, ISABEL ROSINHA e MARIA JOÃO CUNHA, *Abandono e Adopção*, Almedina, 2008.

todas as suas necessidades (pelo menos) básicas. Dtos. em relação aos pais, mas também destes em relação aos menores.

Considera que a co-adopção se destina apenas a duas situações: quando um dos elementos do casal homossexual, recorreu à adopção singular plena, adoptando uma criança institucionalizada e o outro pretende adoptar o menor. Ou ainda quando um casal de mulheres engravidou por inseminação artificial no estrangeiro. Em que é que estas situações contribuem mais ou menos para o calvário que é o processo de adopção? Na primeira situação, aquele sujeito homossexual que adoptou singularmente, não teve de passar por um processo idêntico ao casal heterossexual que adopta conjunta e plenamente? No entender de ZITA SEABRA, estamos perante uma discriminação dos homossexuais em detrimento dos heterossexuais. A discriminação está em que os heterossexuais têm direito à adopção conjunta e a adoptar o filho do seu cônjuge. Os homossexuais não têm direito nem a um instituto nem a outro.

Seguidamente vamos debruçar-nos sobre o parecer do Conselho Superior da Magistratura.

Louvamos a descrição que este órgão faz do instituto jurídico em análise, *o reconhecimento não é automático, antes está sujeito a uma apreciação concreta e individualizada sobre a personalidade, a saúde, a idoneidade a situação económica do pretendente a adoptar e, como principal requisito, o “superior interesse da criança”, ou seja, de reais vantagens para esta, quer do ponto de vista afectivo, quer educativo, social e de desenvolvimento pessoal.*

Começa por descrever a proibição do regime jurídico das uniões de facto e da Lei que permitiu o casamento entre pessoas do mesmo sexo, Lei nº 7/2001 de 11 de Maio e Lei nº 9/10, de 31 de Maio, respectivamente, que proíbem os casais do mesmo sexo de adoptarem.

Considera que não nos devemos centrar nos interesses de quem pretende adoptar mas que o enfoque esteja na *primazia absoluta dos interesses da criança*

ou jovem que esteja em condições para ser adoPortugalada - esta tem sido, ao longo do nosso trabalho, a bandeira que temos erguido, constantemente.

Sustenta que a proibição daqueles diplomas legais tem por base a consideração constitucional e sociológica que a criança precisa das referências tradicionais pai-mãe, representadas por duas pessoas de sexo diferente. Aproveitando o parecer da OA aquando do PL nº 126/XII/1^a, transcrevendo grande parte do mesmo. Este último PL defendeu em tempos que a possibilidade de adoção por casais do mesmo sexo *é querer sobrepor os interesses desses casais do mesmo sexo aos superiores interesses da criança*. Apesar de utilizar o argumento - de que os interesses dos homossexuais se estão a sobrepor ao superior interesse da criança - não utiliza o argumento (absurdo) que muitos têm vindo a utilizar, de que a orientação sexual dos casais homossexuais iria traduzir-se na orientação sexual dos menores, passando todos eles a ser homossexuais³⁰.

Termina o parecer apontando um facto que nos levantou dúvidas. Ao ser aprovado o PL sobre a co-adoção, dificilmente se entende que o regime jurídico que proíbe os casais homossexuais de adoPortugalarem conjuntamente se mantenha em vigor. A incongruência do sistema normativo torna-se por demais evidente.

Outra das posições é a de PEDRO MARIA GODINHO VAZ PATTO. O PL pretende não servir os interesses das crianças que estarão desprotegidas mas sim a *afirmação ideológica de uma nova configuração da família (de acordo com a chamada ideologia do género)*. Acrescentando que não existe desprotecção das crianças, esta é enfatizada pelos promotores do documento. O ex. que mais vezes é dado é o da morte do progenitor. Nestes casos, considera o autor, que o cônjuge ou companheiro daquele poderá adoPortugal singularmente. Questiona-mos, se na prática, isto não se traduz em co-adoPortugal? Qual a diferença entre ser antes ou depois da morte do progenitor? Será necessário o progenitor morrer para o cônjuge ou companheiro ter

³⁰ Quanto às posições que têm entendido desta forma, não podemos deixar de considerar o seguinte, se a orientação sexual dos pais, determina a orientação sexual dos filhos, e se tradicionalmente o que predomina é a constituição de famílias com o protótipo pai e mãe, de sexos distintos, como é que surgiu a homossexualidade? Se este argumento fosse válido, nenhum casal heterossexual poderia ter um filho (a) homossexual. Podemos então afirmar, ironicamente, que os casais heterossexuais estão a prestar uma má educação, porque os seus filhos deveriam ser heterossexuais e isso não acontece. Outra ideia neste tipo de discurso, muito utilizada nos pareceres da OA, é a de que os menores necessitam da referência masculina e feminina. A ser assim, o que é que falha em tantas famílias, para que haja pessoas homossexuais? O modelo perfeito fracassa?

direito a co-adoPortugalar? Teremos então um regime em que a criança pode estar toda uma vida apenas ligada biologicamente a uma pessoa, mas ser cuida por dois, e no momento da morte, como que se transforma num bem que transita para o património do (a) viúvo (a).

A juíz ALEXANDRA M. VIANA LOPES apresentou algumas sugestões, tais como a delegação das responsabilidades parentais e a designação de um tutor, na pessoa do companheiro ou cônjuge daquele que detém o vínculo biológico. Por diversas vezes este PL é acusado de tentar contornar o sistema jurídico, colocando em prática a adopção por casais do mesmo sexo, que dizer destas formas de resolver uma realidade fáctica, por linhas travessas em vez de uma solução concreta? Aquele que quer co-adoPortugalar exerce as funções de pai e/ou mãe da criança, merecendo tanto o menor como ele, que a sua condição seja titulada dessa forma e não como outra coisa qualquer, apenas porque não se quer assumir dois pais ou duas mães.

Situação particularmente problemática quando o adoPortugalar não for do mesmo sexo do falecido (não podendo, pois, substituí-lo simbolicamente) - sublinhado nosso. Primeiro, em nenhum momento a co-adopção pretende a substituição de um cuidador por outro. Ninguém é substituível, muito menos aqueles que são pai e mãe de uma criança. A co-adopção é permitida a casais de sexo diferente, não se levantando problemas, porque o instituto não pretende a substituição de ninguém. Trata-se no mínimo de uma afirmação infeliz.

Seguidamente o autor debruça-se sobre os danos que ele considera que a co-adopção causa nos menores. Considerando que a *adopção não pode ser encarada como direito dos candidatos, mas como direito da criança*, um dos argumentos mais utilizados pelos que não concordam com este instituto. Defendendo que o que tem de estar no centro das atenções é o interesse das crianças e não o dos adoPortugalantes, mesmo que isso signifique uma discriminação destes últimos. Centra também a sua exposição na necessidade que existe das crianças terem a referência masculina representada pelo pai e a feminina pela mãe, porque a adopção pressupõe que se criem *laços que se aproximam o mais possível da filiação natural*. Destacando o testemunho

de TRAYCE HANSEN^{31 32} que discorre a respeito da necessidade das crianças terem um pai e uma mãe.

Especificamente em relação ao PL considera o autor que *suscitar experimentalismos sociais é o que há de mais contrário às finalidades da adoção*.

Elenca as insuficiências dos casais homossexuais no cuidado de uma criança porque, *Não bastam os afectos para crescer, para tal são necessárias regras e autoridade (correctamente entendida, esta significa isso mesmo: ajuda a crescer). O papel da figura paterna acentua este aspecto*. Retorna-mos neste ponto a velha figura paterna distante e dura, que tinha a seu cargo apenas as palmadas e os castigos severos³³. Acentuam-se assim, de forma evidente, as funções distintas do homem e da mulher. O autor transporta-nos para realidades ultrapassadas e arcaicas.

Há da parte PEDRO MARIA GODINHO VAZ PATTO uma certa confusão. Utiliza sempre a premissa da substituição entre um pai e uma mãe e dois pais ou duas mães. Que um pai não consegue substituir uma mãe e vice-versa. Ninguém é substituível e não se pretende com este instituto, que isso aconteça. O que se pretende é que quando não existe um deles, a criança não fique desamparada, recebendo aquilo que já recebia do sobrevivente. O afecto que A e B dão a C não é igual, mas isso é independente de ser um

³¹ Psicóloga com prática clínica e forense na Califórnia refere que, *O amor materno e o amor paterno, ainda que igualmente importantes, são qualitativamente distintos e dão lugar a relações paterno-filiais diferentes. (...) Só os pais heterossexuais oferecem aos filhos a oportunidade de estabelecer relações com o progenitor do mesmo sexo e o de sexo contrário. (...) Um progenitor do sexo oposto ajuda o seu filho ou filha, conforme os casos, a controlar as suas próprias inclinações naturais, ensinando-lhe, com a palavra e de forma não-verbal, o valor das tendências contrárias*. Parece-nos que neste ponto pretende-se regressar ao argumento de que casais homossexuais não geram crianças homossexuais.

³² Vide a respeito da discussão gerada em França para aprovação do casamento e adoção por casais homossexuais, com CHRISTIAN FKAUVIGNY, pedopsiquiatra e psicanalista, em *Je veux papa et maman - «père-et-mère» congédiés par la loi*, Salvator, 2013.

³³ Vide a este respeito, RENATA HESSEL, *Adoção por Casais Homossexuais: reconhecimento do afeto como fonte das relações familiares*, Tese de mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012. A autora na introdução ao Direito da Família e a sua evolução, menciona a dado momento que a família tinha na pessoa do pai o chefe. Destacando o seguinte *Na família patriarcal, a afectividade era factor completamente desconsiderado, e portanto, dissociada da realidade jurídica da época*.

Todos nós temos conhecimento desta realidade. Cada uma das gerações que faz parte do presente num dado momento, consegue olhar para o passado e afirmar que a sua geração trata muito melhor as crianças, do que a anterior. Esta ideia é proporcional ao cuidado que os pais e a sociedade atribuem às crianças. Antigamente, a escolaridade era reduzida, as condições de vida degradadas, a formação atingia níveis demasiado baixos e por consequência as crianças eram tratadas de forma diversa da configuração actual. Se a sociedade portuguesa mudou num curto espaço de tempo, este deve ser um dos campos em que a evolução mais se faz sentir.

homem ou uma mulher e de estar numa relação homo ou heterossexual. Isso é assim em qualquer tipo de relação humana, por isso é que não gostamos de todas as pessoas da mesma forma e nem sequer gostamos de tudo numa determinada pessoa, apesar de a amar-mos muito.

Passando de seguida à estigmatização e discriminação que sofrem (ou podem sofrer) os menores. Esta ideia advém dos pré-conceitos que o próprio autor tem sobre a matéria. As pessoas que são contra este instrumento jurídico e não admitem novas formas de constituição de famílias, vão inculcar nos que os rodeiam esta ideia, inculcando por ex., noutras crianças o estigma, permitindo desta forma, que haja marginalização e abusos. Se uma criança for desde cedo habituada às diferentes realidades que compõem a sociedade, sejam elas a homossexualidade, a convivência de várias culturas, a pobreza, a deficiência etc., vai ser tolerante e não vai encarar estes aspectos com indiferença.

*Quando a criança vive num ambiente homossexual o sentimento de adultos e a vida afectiva da criança separam-se; separam-se porque a vida afectiva homossexual é alheia à geração, que dizer dos casais inférteis que têm de adoPortugalar? O autor menciona por diversas vezes que o direito a co-adoPortugalar não pode pertencer aos casais homossexuais, esse não pode ser um objectivo de vida deles, não podem ter a intenção de reprodução porque isso lhes é naturalmente vedado, mesmo que isso signifique uma discriminação dos homossexuais em relação aos heterossexuais. Que dizer dos casais heterossexuais que perseguem o direito a ter filhos como se isso fosse a última coisa à face da terra? Que recorrem a técnicas de fertilização *in vitro*, e quando esta não resulta, à adopção - como um último reduto, um escape, porque mais nada funcionou³⁴? Quem é que afinal quer vingar o ditame constitucional do direito a constituir família, seja a que custo for?*

Seguidamente o autor menciona estudos científicos que dão conta de um consenso a respeito da convivência entre crianças e casais homossexuais.

³⁴ Vide a este respeito T. Berry Brazelton e Joshua D. Sparrow, em *A Criança dos 3 aos 6 anos - o desenvolvimento emocional e do comportamento*, editorial presença, 2010, salientando o seguinte *Tratamentos de fertilidade, exames constantes e testes para apurar defeitos irão, certamente, minar a imagem que qualquer adulto tem de si próprio. Reconquistar a confiança perdida é particularmente vital para um pai que adoPortugala uma criança.*

Desvalorizando os resultados, com os argumentos da reduzida representatividade dos números, o facto de eles incidirem em crianças com laços de filiação biológica a um dos membros do “casal”, o facto de se basearem na comparação entre crianças educadas por pares de lésbicas, por um lado, e crianças a cargo de mães celibatárias heterossexuais, mas sempre na ausência do pai, por outro lado, o facto de se fazer a comparação entre um grupo de pessoas homossexuais de nível social e cultural predominantemente superior ao da população em geral e o grupo de pessoas heterossexuais representativo da população em geral, as consequências a longo prazo ainda não terem sido estudadas, a circunstância dos casos serem selecionados entre militantes dos dtos. dos homossexuais e não de forma aleatória e os dados recolhidos assentarem essencialmente nas declarações destes³⁵. Apresentando o estudo de MARK REGNEROUS³⁶, que conclui que existem diferenças significativas entre as crianças no seio da família tradicional e aquelas que vivem com casais homossexuais.

Menciona ainda o Ac. do TEDH proferido no caso X e outros contra Áustria (1901/07)³⁷. Este importante Ac. será abordado no momento em que daremos a nossa opinião crítica, guardaremos as conclusões a seu respeito.

³⁵ Vide a respeito das falhas nos estudos científicos norte-americanos, XAVIER LACROIX, *La confusion des genres - Réponses à certaines demandes homosexuelles sur le mariage et l'adoPortugalion*, Bayard, Paris, 2005, p.109 a 118.

CAROLINE ÉLIACHEFF, *Malaise dans la psychanalyse*, *Esprit*, nº 273, Março-Abril, 2001, p.74.

LOREN MARKS, *Same sex parenting and children's outcomes: a closer examination of the American psychological association's brief on lesbian and gay parenting*, *Social Science Research*, vol. 41, 4, Julho, 2012 pp.735-751.

RICHARD FITZGIBBONS, *Same Sex AdoPortugalion is not a Game*, consultado em www.mercatornet.com, no dia 18.10.14.

³⁶ Professor da Universidade do Texas, *How diferente are the adult children of parents who have same-sex relationships. Findings from the New Family Structures*, *Study Social Science Research*, vol. 41, 4, Julho 2012, pp.752-770, consultado em www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0049089X12000610, visualizado em 18.10.2014.

³⁷ Acórdão disponível em www.hudoc.echr.coe.int, visualizado e analisado no dia 20.05.14.

CAPÍTULO VII - A NOSSA POSIÇÃO. ANÁLISE E INTRODUÇÃO DE ALGUNS PARECERES E OPINIÕES QUE FORAM RECEBIDOS NA CPACDLG, QUE SE MOSTRAM FAVORÁVEIS À CO-ADOPÇÃO POR CASAS HOMOSSEXUAIS

Não nos vamos debruçar exaustivamente sobre os pareceres favoráveis que foram chegando à Comissão. Primeiro, entendemos que os aspectos negativos devem estar devidamente explanados, para não sermos acusados de tentar esconder a outra versão - oposta à nossa. Deste modo, as opiniões desfavoráveis a respeito do PL foram apresentadas no capítulo anterior, com uma extensão considerável. Um dos objectivos desta dissertação era esse. Dar a conhecer, as opiniões negativas e os argumentos utilizados para as fundar, não sentindo de necessidade de exaltar os pareceres positivos.

O debate que surgiu em redor deste tema provocou inúmeras discussões, algumas delas tornadas públicas pelos órgãos de comunicação social.

Este capítulo não poderia começar de outra forma que não fosse a referência ao então Bastonário da OA, concretamente ao parecer emitido. Importa agora a reacção àquele Parecer, através da Carta Aberta enviada por um grupo de advogados que não se revia no documento da OA. Aliás como os próprios referem o seu objectivo é *desvincular-se, em toda a medida, da posição assumida e assinada pelo Senhor Bastonário, sobre a qual nunca foram ouvidos e da qual discordam, por entenderem ser uma posição de carácter manifestamente discriminatório.*

As duas posições díspares no seio dos advogados representam as diversas posições. Dificilmente uma questão que venha alterar o *status quo* é alvo de um acordo alargado. Todas as ciências sociais são subjectivas e não exactas, aqui não se poderia esperar que fosse diferente.

Um dos argumentos utilizados pela Carta Aberta dos Advogados é a invocação do art. 13º da CRP³⁸. Esta tem sido uma das bases de sustento dos apoiantes do sim à aprovação da co-adoção por casais do mesmo sexo.

O princípio da igualdade e a proibição da discriminação em razão da orientação sexual são valores essenciais do estado de direito³⁹. Sempre que mencionamos a CRP, não podemos deixar de aludir que iremos acompanhar as palavras de JOSÉ GOMES CANOTILHO e de VITAL MOREIRA. São estes autores que referem este princípio como sendo *um dos princípios estruturantes do sistema constitucional global*. Composto essencialmente por três vertentes, a primeira remete-nos para o conceito de igual posição de todas as pessoas perante a lei, a segunda implica uma necessária proibição de discriminações e por último a terceira visa a eliminação das possíveis desigualdades que possam existir *de forma a atingir-se a «igualdade real entre os portugueses»*. A primeira das vertentes impõe de forma clara, a igualdade na aplicação do direito. Este princípio é um direito, liberdade e garantia de natureza defensiva, porque visa assegurar aos cidadãos a devida protecção contra actuações dos poderes públicos que potenciem a desigualdade, nas palavras dos autores. Será relevante na nossa discussão, a dimensão correctiva atribuída a este princípio, *através de medidas de acção afirmativa de modo a atenuar ou corrigir desigualdades reais no exercício de certos dtos. ou na fruição de certos bens públicos*. Representa este princípio a igual dignidade social de todos os cidadãos, proclamando-se a idêntica validade cívica de todos, sem atender a diferenças económicas, sociais, culturais ou políticas, proibindo formas de tratamento ou considerações discriminatórias. Não se trata apenas de uma norma que serve de base à organização da sociedade-Estado mas é igualmente norteadora das relações dos cidadãos, entre si. Um dos aspectos mais relevantes é a igualdade no plano do direito, proibindo-se quaisquer tipos de diferenciações de acordo com o nascimento, a posição social, a raça, o sexo, entre outros factores distintivos. Como os próprios referem, o princípio da igualdade *tem a ver fundamentalmente com igual posição em matéria de dtos. e deveres*. O texto Constitucional indica um “conjunto de factores de

³⁸ A este respeito JOSÉ GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA, *CRP Anotada*, Volume I, 4ª edição revista, 2010, pp.559-568., *CRP Anotada*, Volume I, 4ª edição revista, 2010, pp.333-350.

³⁹ Tal como no ordenamento jurídico Europeu, nomeadamente nos art.s 1º, 2º e 9º da DUDH, art. 2º do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP) e 14º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (a partir daqui CEDH).

discriminação ilegítimos”, elencados no nº2 do art. 13º. O que mais nos importa é o da orientação sexual. Segundo o nº2 do preceito: *Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual* (sublinhado nosso).

Actualmente estamos a permitir que a discriminação existente na sociedade, perpassa para a letra da lei. Aprofundando-se uma à outra mutuamente, sem que uma delas consiga por cobro à outra⁴⁰. Este estado não pode ser permitido, porque além de atentar contra os dtos. fundamentais destes cidadãos, está a colocar em risco inúmeros dtos. de várias crianças.

A tentativa de evitar e corrigir discriminações em razão da orientação sexual tem sido seguida pela UE. Ex. disso é Resolução do PE de 8 de Fevereiro de 1994 que estabelece, *O PE, (...) defendendo energicamente a igualdade de tratamento de todos os cidadãos, independentemente das suas preferências sexuais (...) considera que a Comunidade Europeia está obrigada a realizar o princípio da igualdade de tratamento, independentemente da orientação sexual, em todas as disposições legislativas já adoPortugaladas ou a adoPortugalar*”. Sendo responsabilidade dos estados-membros, *“em colaboração com as organizações nacionais de lésbicas e homossexuais, tomem medidas e organizem campanhas contra os actos de violência de que cada vez mais são vítimas os homossexuais (...) garantam o procedimento judicial contra os autores desses actos de violência. Devendo adoPortugalar medidas e desencadear campanhas contra todas as formas de discriminação social dos homossexuais de ambos os sexos. Medidas para garantir que as organizações sociais e culturais de homossexuais de ambos os sexos tenham acesso ao financiamento nacional em termos de igualdade com as restantes organizações sociais e culturais.*

⁴⁰ Posição diversa tem PEDRO BRANQUINHO DIAS, no art., *Adopção de crianças por casais homossexuais: sim, não ou talvez?* onde dá conta da existência de discriminação mas prefere argumentar que, *É errado, mas não deixa de ser uma realidade. Poderíamos ser tentados a argumentar que uma criança que fosse adoPortugalada 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. Preferindo manter o status quo.*

Um dos aspectos vincados pelos opositores à aprovação do PL, foi a transmissão da ideia e/ou argumento que o que estaria em causa nesta discussão, seria única e simplesmente um capricho dos homossexuais. Esta ideia é contrariada não só a nível nacional mas especialmente pelas entidades europeias, que têm demonstrado uma preocupação constante na eliminação das discriminações associadas à orientação sexual. Como todos bem sabem, a ordem jurídica portuguesa é directamente conformada pelo direito comunitário, devendo nortear-se pelas instruções da UE. Comparando as palavras e a missão da Resolução do PE e a actual legislação portuguesa, concluímos que PORTUGAL se encontra em incumprimento. As entidades europeias consideram que os estados membros devem trabalhar no sentido de procurar pôr termo às seguintes discriminações: exclusão de pares homossexuais da instituição do casamento ou de um enquadramento jurídico equivalente, devendo, igualmente salvaguardar todos os dtos. e benefícios do casamento, incluindo a possibilidade de registo de uniões, excluindo todas e quaisquer restrições impostas aos dtos. que assistem aos homens e mulheres homossexuais à paternidade, à adopção ou à educação de crianças⁴¹(sublinhado nosso).

Alguns autores entendem que a forma que o nosso direito encontrou para dar cumprimento às disposições da UE a respeito desta matéria, foi a inclusão no n.º 2 do art. 13.º da CRP, da referência à proibição de discriminação em função da orientação sexual⁴². Não podemos ter um regime jurídico que demonstra uma *décalage* entre as disposições europeias e o direito interno. A referência que o art. 13.º n.º 2 da CRP faz, não é suficiente. Um dos passos mais importantes foi a concessão do casamento a pessoas do mesmo sexo⁴³, no entanto, como depois não se reconhecem os dtos. a ele associados, caímos numa contradição.

⁴¹ NUNO DE SALTER CID, *Direitos Humanos e Família: quando os homossexuais querem casar* – N.º 66 da Revista de Economia e Sociologia (1998).

⁴² Os progressos nos direitos dos homossexuais têm-se feito gradualmente. A inclusão da expressão *orientação sexual* nas normas e princípios de direito internacional e de direito constitucional, tão relevantes em matéria igualdade, foi um desses pequenos passos e já constituiu uma vitória para aqueles que têm lutado pelos seus direitos. Ao que parece, foi a África do Sul o primeiro país do mundo a fazê-lo, e simboliza uma das frentes de batalha da “causa homossexual”.

⁴³ Tendo em consideração que alguns autores consideram que o direito a adoPortugalar não está relacionado, ou não deriva, do direito ao casamento, e por essa razão não aceitam que este seja um argumento para permitir a co-adopção e a adopção a casais do mesmo sexo. Sempre se poderá argumentar que, desta forma, seria ainda mais justo atribuir o direito a adoPortugalar a pessoas hetero e

A imposição de iguais dtos. a casais hétero ou homossexuais não é um capricho dos homossexuais mas sim uma manifestação da UE neste sentido traduzindo-se no respeito necessário pelos princípios essenciais do estado de direito.

No que toca ao direito da família temos o contributo do art. 36º da CRP, que estabelece que cabe à lei (ordinária) regular os requisitos e efeitos do casamento e da sua dissolução, independentemente da forma de celebração, respeitando o princípio da igualdade de dtos. e deveres dos cônjuges (nºs 1, 2 e 3). Reconhecem-se e garantem-se neste artigo os dtos. relativos à família, ao casamento e à filiação, segundo GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA⁴⁴, estando contemplados, todos os titulares dos vários papéis que integram a referência familiar. *O direito a constituir família implica não apenas o direito de estabelecer vida em comum e o direito ao casamento, mas também um direito a ter filhos. Direito que, embora não seja elemento essencial do conceito de família e nem sequer a pressuponha, lhe vai naturalmente associado.* Fazendo uma nota aos casais homossexuais, *dentro do sector normativo do artigo em referência articulado com as sugestões do art. 13º n.º 1 in fine que proíbe discriminações em razão da orientação sexual estão hoje as uniões homossexuais, entendidas também como comunidades de existência familiar.* Podemos aqui encontrar uma janela de oportunidade do legislador constitucional para impedir situações discriminatórias. Foi este o raciocínio seguido pelo legislador ordinário quando implementou o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

O entendimento da Constituição e dos princípios não é estático. Ao longo dos tempos temos assistido a mudanças cruciais no paradigma social que, se avaliadas há uns anos atrás, teriam sido declaradas inconstitucionalidade. A CRP engloba um conjunto de princípios norteadores que carecem de conformação do legislador. Dado o estado de evolução actual, outra não poderá ser a conclusão que não seja a necessária alteração do paradigma social instituído no que à co-adopção diz respeito.

Existem um conjunto de dtos. e deveres dos filhos em relação aos pais, nomeadamente, receber a educação básica sobre a vida em comunidade e sobre os

homossexuais. Se não se tiver em conta a existência de um vínculo matrimonial entre o casal, justifica-se a adopção com base no princípio da igualdade e da não discriminação em razão da orientação sexual.

⁴⁴ JOSÉ GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA, *CRP Anotada*, Volume I, 4ª edição revista, 2010, pp.559-568.

valores de conduta que essa socialização pressupõe (art. 36º n.º 5 da CRP), assegurar as condições de acesso e frequência de locais de instrução, durante o período de escolaridade obrigatória (art. 68º n.º 1 da CRP), o sustento enquanto não tiverem meios para garantir a sua independência económica (art. 36º n.º 5), recebendo as crianças afectos e estímulos que promovam o desenvolvimento equilibrado da personalidade e o respeito pelas opções que, no contexto da sua evolução emocional, forem tomando (art. 70º n.º 2 da CRP). Mutuamente os pais têm em relação aos seus filhos, um conjunto de dtos. e deveres: direito a dar o nome aos filhos, identificando-os como seus a partir da inserção de apelidos (art.1875º CC), direito de educar os filhos e de prover ao seu sustento, o apoio emocional de um projecto de vida e de felicidade pessoal dos pais através dos filhos, fundação da igualdade de oportunidades, pessoais e sobretudo profissionais que os filhos terão, o dever de sustento dos filhos⁴⁵. São estes dtos. e deveres que estão em jogo quando se trata da discussão sobre a co-adoção. Se não forem atribuídos aos casais homossexuais estes dtos. e deveres, é compreensível que eles não se sintam realizados ao nível pessoal e familiar. Porque diariamente fazem o papel de pai e mãe, numa convivência familiar normal⁴⁶.

O nosso entendimento é o de que *a função do Estado é defender a liberdade e não impor o código moral da maioria da população. À reprovação moral de certos actos não pode estar necessariamente associada a sua incriminação*⁴⁷. Tendo em conta este pressuposto, muitos são os países que permitem situações de adopção ou co-adoção por casais do mesmo sexo. Na Europa são oito os que permitem a adopção por casais do mesmo sexo, os Países Baixos/Holanda⁴⁸, a Suécia, Espanha, Andorra, a Bélgica, a Islândia, a Noruega e a Dinamarca - com a entrada em vigor de uma lei em Julho de 2010. No Reino Unido a adopção é permitida em Inglaterra e no País de Gales,

⁴⁵ As informações apresentadas no elenco dos direitos-deveres dos pais e dos filhos, foram retiradas do texto de CARLA AMADO GOMES, *Filiação, Adopção e Protecção de Menores – quadro constitucional e notas de jurisprudência*, in *Lex Familiae*, Revista Portuguesa de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra Ano 4 – nº8 – 2007.

⁴⁶ Quem o refere é CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL e JOSÉ SILVA PEREIRA, no livro *Direito da Família - tópicos para uma reflexão crítica*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2008.

⁴⁷ Confrontar a este respeito *O Estatuto Jurídico Constitucional dos Homossexuais e a Decisão Lawrence V. Texas*. In: *Lex Familiae*, Revista Portuguesa de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra Ano 2, nº3 – 2005. Um artigo que reproduz uma série de decisões de Tribunais de vários estados norte-americanos, a respeito dos direitos dos homossexuais, nomeadamente e para o que agora nos releva, quanto ao direito a co-adoção portuguesa e adoção portuguesa.

⁴⁸ País pioneiro na Europa na consagração legal da adopção por casais do mesmo sexo, permitindo a adopção desde 21 de Dezembro de 2000.

desde 2005, após entrada em vigor do AdoPortugalion and Children Act de 2002, e na Escócia, desde 2009, após promulgação do diploma homónimo em 2007. Quanto à co-adopção, além de ser consentida nos 11 países e jurisdições europeus mencionados, é igualmente permitida na Alemanha e na Finlândia⁴⁹. A discussão sobre esta matéria, em PORTUGAL, não é descabida, tem a influência de vários países da Europa. A consagração jurídica nos vários países, vai de encontro ao entendimento transmitido pela UE. A nível mundial existem outros países que permitem dtos. de filiação aos casais homossexuais, desde logo a África do Sul - com o marco importante em 10 de Setembro de 2002 -, Israel também permite múltiplos dtos. aos seus cidadãos homossexuais desde 2008, na América do Norte, vários são os estados dos E.U.A. e inúmeras províncias do Canadá permitem estes dtos.. Outro país pioneiro é o México, em alguns dos seus estados permite os dtos. mencionados⁵⁰.

Na CPACDLG, muitos foram os pareceres a favor do PL. Começando pelo elaborado por MÁRIO CORDEIRO⁵¹. Começa por se referir aos diversos estudos que têm sido feitos a respeito do tema desde os anos 70 do sec. XX em vários países, tanto nos EUA, como em países europeus tais como a Bélgica e o Reino Unido. Na sua abordagem menciona um estudo de 1995 realizado por TASKER F. e GOLOMBOK S., tendo estes chegado à conclusão que não existem nenhuma diferença significativa entre crianças que vivem com um casal homo ou heterossexual. O autor destaca um estudo de 2001 publicado na revista *American Sociological Review* que chegou à conclusão que as crianças de casais homossexuais não revelam sinais de ansiedade, depressão ou perturbações do foro da saúde mental, mais do que outras crianças que

⁴⁹ Para conhecer com mais pormenor os países que consagram estes direitos aos casais homossexuais, poderá ser visitado o endereço electrónico, http://Portugal.wikipedia.org/wiki/Ado%C3%A7%C3%A3o_homoparental#Europa, consultado em 15-11-2014.

Confrontar a este respeito, com uma pequena referência ao direito comparado, PEDRO BRANQUINHO DIAS
⁵⁰ Um dos argumentos invocados para não permitir a co-adopção ou adopção a casais homossexuais é a predominância da religião católica e que esse traço não permite evoluções a respeito do tema. O México é um caso paradigmático que contraria esta consideração. O cristianismo é seguido pela grande maioria da população do país, 92,4%, segundo os censos de 2010. Entre os cristãos, destacam-se os católicos que são 82,7% dos mexicanos, fazendo do México o segundo país em número de fiéis desta religião. Este não é, como se conclui, um impedimento para permitir direitos aos casais homossexuais. O que se denota é que a religião serve muitas vezes de “desculpa” para impedir a consagração de determinados direitos aos homossexuais.

⁵¹ Prestigiado pediatras é professor auxiliar de Saúde Pública na Faculdade de Ciências Médicas da Universidade Nova de Lisboa e membro da Sociedade Portuguesa de Pediatria e da British Association for Community Child Health.

tenham uma família heterossexual, as suas capacidades cognitivas eram idênticas às da população geral, naquela faixa etária. Todos os estudos têm convergido num aspecto crucial: a discriminação social⁵² é o motor da infelicidade das crianças. Alertando o para um dado importante, *tendo em conta as previsões, mais de metade das crianças nascidas a partir de 2011 terão maior probabilidade de viver com os pais separados quando tiverem 10 anos de idade, do que com eles juntos*. O que reflecte as mudanças sociais que a família está a sofrer. Bem sabendo nós que esta realidade (pais separados) não é a ideal ao crescimento de uma criança⁵³.

MÁRIO CORDEIRO foca um ponto crucial. A família tradicional (pai-mãe) não é pressuposto directo e necessário da felicidade das crianças. Não podemos considerar que basta aquela dualidade de sexos para que isso seja garante das necessidades básicas de uma criança. Muitos são, infelizmente, os casos que nos chegam de um pai e uma mãe, que só por o serem, não asseguram o mínimo de subsistência aos menores. Negligência, abuso ou exploração laboral⁵⁴, violência doméstica, alcoolismo, toxicodependência, situações de carência económica⁵⁵, neuroses ou narcisismo são só

⁵² O pediatra exemplifica questões de discriminação social que não são apenas as relacionadas com a homossexualidade dos cuidadores. Situações de racismo, ser filho de pais separados ou não ser baPortugalizado eram até há pouco tempo factores de discriminação. Sendo que aquela primeira situação, infelizmente, ainda se verifica nos nossos dias.

⁵³ Alguns progenitores consideram que os menores devem servir de escudo às suas pretensões, sendo usados para causar mais danos no seio da família. Quantos filhos ficam proibidos de ver o pai ou mãe, simplesmente porque o outro se sente demasiado magoado com o fim do casamento e precisa de vincar a sua posição? A questão da subtracção de menor por um dos progenitores. A situação prévia a um divórcio, com discussões graves e perturbadoras da infância de uma criança. A privação daquelas que eram as suas rotinas diárias, porque de repente tudo mudou na família. Vários são os estudos que apontam no sentido de que *após o divórcio, as crianças recebem menos apoio emocional, assistência financeira e ajuda dos pais. Há também uma diminuição no estímulo escolar, na auto-estima, na afectividade e no incentivo à maturidade social. Menos momentos de lazer e mais castigos físicos são outra consequência da separação dos pais para as crianças*. Menção importante para um fenómeno que tem sido abordado actualmente, designado por RICHARD GADNER como PAS (Parental alienation syndrome) ou SAP (Síndrome de alienação parental) - *um transtorno que surge principalmente no contexto da disputa da guarda e custódia das crianças. A primeira manifestação é a campanha de difamação contra um dos pais, por parte do filho, campanha sem justificação. O fenómeno resulta da combinação de um sistemático doutrinação (lavagem ao cérebro) por parte de um dos progenitores, e das próprias contribuições da criança, destinadas a denegrir o progenitor objecto desta campanha*.

⁵⁴ De acordo com EDUARDO SÁ, no seu livro *Abandono e Adopção, entre 1995 e 1999 segundo um relatório divulgado em Setembro de 2003 pelo Innocenti Research Center – UNICEF, relativo à incidência de mortes, devido a maus-tratos, em crianças até aos 15 anos, Portugal ocupava a 8ª posição, entre 23 países. Se a estas mortes se somassem as ocorridas por causas desconhecidas, Portugal deslocar-se-ia para o embaraçoso último lugar da tabela*.

⁵⁵ Sabe-se que a crise económica, presente em Portugal e nos vários países da Europa, tem afectado de forma significativa não só adultos, como também crianças. Vide a este respeito, entre outras notícias e/ou estudos, o que menciona que *“entre 2011 e 2013, aumentaram as depressões e os problemas de*

alguns dos problemas que podem afectar o seio familiar. Estes são problemas que causam danos e traumas nas crianças, contrariamente ao que se verifica nas crianças que vivem com uma família homossexual.

Cerca de 700 estudos concluíram que as crianças que vivem com casais homossexuais são menos agressivas, mais tímidas, mas com melhor capacidade de adaptação e por isso maior resiliência face à adversidade e aos obstáculos da vida. Segundo um artigo publicado em 2010 no *Journal of Marriage and Family*, as crianças educadas por casais homossexuais aprendiam melhor a tarefa de ser adulto e da parentalidade, dado que não havia nenhum estigma de divisão de “género” do trabalho de casa e das tarefas domésticas.

Para dois seres humanos serem pai e mãe, é preciso muito mais do que realizar o processo biológico de criação de um embrião. Aliás, esse é o processo mais simples. A fase seguinte, toda a dedicação e amor que é necessário prestar ao longo de uma vida, vão muito para além do biologismo. Por isso é que tantas vezes os pais e as mães falham. Nas sábias palavras de EDUARDO SÁ: *Nem sempre o corte do cordão umbilical expressa o pleno nascimento. Só quando se cria um cordão umbilical entre o coração dos pais e o coração dos filhos, podemos dizer que o verdadeiro parto ocorreu. A este parto, tecido no coração, nunca se corta o cordão – pais e filhos alimentam-se de afecto.*

Não podemos permitir que o factor decisivo na aprovação do PL seja a existência de um pai e uma mãe, de sexo diferente. Como MÁRIO CORDEIRO menciona, *se se usasse o argumento do «ser natural» viver com um pai e uma mãe, então dever-se-ia proibir imediatamente a adopção por pessoa singular, o divórcio, a vivência das crianças com um dos progenitores «visitando» o outro de 15 em 15 dias, ou mesmo a emigração de um dos pais, ou até, levando ao absurdo, a audiência dos pais em missões militares prolongadas. E que dizer, quando um dos pais morre?.*

O estigma família natural e/ou tradicional tem perdido importância. MÁRIO CORDEIRO faz uma referência importante, *Nas famílias actuais o pai também faz de mãe*

ansiedade nos centros de saúde. Os médicos deram mais consultas de psiquiatria a adultos, mas também a crianças e adolescentes, revela novo relatório da Direcção Geral de Saúde”.

e vice-versa, e essa foi uma das enormes conquistas das sociedades avançadas, livres, democráticas e igualitárias: o reconhecimento de que os homens têm, todos eles mesmo quando negam, uma forte componente feminina e maternal, e as mulheres uma componente masculina e paternal. O dualismo tradicional que se prevê perfeito na realidade, não existe. As características dos seres humanos permitem que uma criança, independentemente de ver dois homens ou duas mulheres à sua frente, reconheça e isso é que releva, um pai e uma mãe. O que se tem verificado nesta discussão é que as pessoas pretendem *confundir relações conjugais, que expressam a orientação sexual, mas que dizem respeito à relação íntima de duas pessoas, com relação parental, que é uma relação triangular com o filho, é errado.*

Outro argumento repetido por os que são contra a co-adopção é que por estarmos perante casais homossexuais, as crianças também se vão tornar homossexuais. Nem seria necessário contrapor esta ideia de forma incisiva. Basta mencionar que as pessoas homossexuais resultam, inequivocamente da chamada família tradicional, com a referência pai-mãe e com tudo o que a moral e os bons costumes determinam. Afinal, contra tudo o que se diz, a família tradicional é geradora desta nefasta realidade.

Outro problema que têm tentado colocar é, o que dizer às crianças quando elas questionam porque vivem com dois pais ou duas mães? MÁRIO CORDEIRO resolve a dúvida de forma lapidar, *deve dizer-se às crianças, sempre, a verdade, mas a verdade é progressiva, tem matizes, vai-se dando conforme a maturidade, as perguntas e o interesse da criança, e não de chofre.* Escusam de se mostrar tão preocupados com as crianças e com as respostas às suas perguntas. Aliás, quem melhor do que pediatras e psicólogos para responderem a estas dúvidas? Não são juristas, juízes, professores universitários, advogados ou a própria OA que sabe responder. Uns e outros têm de perceber o seu lugar. Não podemos esperar que um advogado seja capaz de tratar de uma criança, como uma pediatra faz e não podemos esperar deste último a redacção de um contrato. O que é errado é que aqueles que não têm competências em determinada área - porque não têm de ter - assumam determinados pressupostos como verdadeiros, quando deles não têm conhecimento empírico. Criar falsos problemas nas crianças, com o único intuito de fazer suportar os seus preconceitos, é inaceitável.

Deste modo, concluí MÁRIO CORDEIRO no seu parecer: *fica, assim, expresso o meu parecer, fundamentado em dados científicos sólidos, na parte pediátrica e psicológica do mundo da Criança, na Convenção sobre os Dtos. da Criança da ONU que PORTUGAL foi um dos primeiros países a subscrever, e do que é elementar em termos de evolução social para níveis civilizacionais mais elevados, livres e equitativos. Não se trata, repito, «da minha opinião pessoal», mas de um exercício de rigor científico, que foi o que me foi solicitado pela AR.*

Um outro parecer que chegou à Comissão é o da Ordem dos Psicólogos. Em traços largos e adiantando-se o documento apresentado, esta entidade considera que *os resultados das investigações psicológicas apoiam a possibilidade de co-adoção por parte de casais homossexuais, uma vez que não encontram diferenças relativamente ao impacto da orientação sexual no desenvolvimento da criança e nas competências parentais.* Acentuando aquilo que já foi perpassado, não é a orientação sexual dos pais que torna o desenvolvimento da criança saudável mas a qualidade da relação entre pais e filhos (exemplificativamente, de que adiante ter um pai e uma mãe de sexo diferente se se é vítima de abuso ou negligência?).

Outro preconceito dos opositores da co-adoção é que os casais homossexuais são maus pais - porque na relação não existe alguém que cumpra as características necessárias do género. Este parecer vem, desmitificar esta ideia. Ninguém é bom ou mau pai pela orientação sexual. Se assim fosse, todos os casais heterossexuais, só por o serem já tinham o pressuposto necessário para serem bons pais. Não existe nenhuma fundamentação científica que permita concluir dessa forma. Aliás, os estudos têm demonstrado o oposto, os homossexuais mostram tantas competências parentais como os heterossexuais, sendo perfeitamente capazes de oferecer o contexto sócio-familiar necessário, afectuoso, saudável e potenciador do seu desenvolvimento⁵⁶. Este parecer destaca ainda aquilo que é consensual na comunidade científica no tocante às crianças. Estas últimas precisam de ser protegidas, cuidadas e educadas, mencionando que *a*

⁵⁶ Deverá ter-se em conta que os aspectos relacionados com as famílias homossexuais são aqui falados num contexto de certo modo teórico - ou pelo menos, poderá ser essa a impressão transmitida - dando a perspectiva errónea de que ainda não existem. Esta ideia não corresponde à verdade e/ou realidade. Existem actualmente inúmeras famílias que são constituídas por casais homossexuais sexuais, com crianças no seu seio e já se encontra por demais evidenciado que tudo corre pelo melhor. Em Portugal deverá rondar entre os 3% e os 10%, o número de pessoas homossexuais com filhos.

instituição do parentesco, que não decorre apenas da biologia, deve ser fundamentada em princípios como o cuidado, o amor, a protecção e a responsabilização na criação das crianças.

O que tem de ser aferido para determinar se uma criança deve ou não ser objecto de co-adoção não é a orientação sexual daqueles que pretendem a criação desse vínculo. A análise deverá centrar-se, acima de tudo, nas condições que dois seres humanos são capazes de oferecer a uma criança.

CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL⁵⁷ defende a aprovação do PL. Apesar de concluirmos no mesmo sentido do seu parecer, não convergimos num determinado aspecto que menciona, (...) *há que reconhecer que a questão é um tanto diversa, porque na adopção, vedada aos casais do mesmo sexo, se enceta um processo adPortugalivo, enquanto que no presente projecto a preocupação se centra no interesse superior da criança (...).* No nosso entendimento, tanto na situação de adopção como neste PL, deve estar sempre presente e em primeiro plano, o superior interesse da criança. A distinção entre uma e outra situação, não é, a nosso ver essa.

Este autor utiliza ainda o fundamento da monoparentalidade, como argumento para contrariar a não-aceitação da co-adoção. Na sua perspectiva, existem inúmeras situações que demonstram que o normal não é a monoparentalidade como fórmula adequada para o *quadro afectivo de uma criança*, exemplificando com a adopção plena, a adopção restrita, o apadrinhamento civil ou mesmo o divórcio ou extinção da união de facto. No nosso entender, este não deverá ser um argumento a prevalecer. De forma alguma nos choca que uma criança seja educada e cuidada só por um dos progenitores ou por outra pessoa que até nem o seja. Aliás, no seguimento de situações de divórcio ou ruPortugalura da união de facto, poderá ser mais conveniente a uma criança, ficar privada do contacto com um dos progenitores. Ou até situações extremas em que uma criança fica melhor com uma avó ou um avô. No nosso entendimento, não nos choca que estas decisões tenham de ser tomadas. O que nos incomoda é a forma como certas pessoas - encarregues de tomar conta de uma criança, de lhe darem amor, carinho, atenção, cuidado, afecto e educação - conseguem fazer mal a uma criança.

⁵⁷ Professor na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, leccionando especialmente as áreas de Direito da Família e Sucessões.

Não obstante existem vários pontos em que convergimos com CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, nomeadamente quando refere que a negação da co-adopção resulta do preconceito homofóbico. No nosso entender, tal como na do autor, a figura do tutor não resolve os problemas que seriam resolvidos com a aprovação da co-adopção. O tutor *só surge na carência de parentalidade (extinção, inibição) (...)*. Na co-adopção não é necessário que morra alguém, muito pelo contrário, pretende-se proteger situações reais com a existência de dois cuidadores⁵⁸.

CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL destaca um aspecto crucial a respeito desta matéria. O contributo do TEDH, através do Ac. de 19 de Fevereiro de 2013⁵⁹. No nosso entender, este foi um ponto crucial para se dar início à discussão sobre a matéria. O que perturba a nossa compreensão é a forma como este Ac. é desvalorizado por aqueles que debatem este tema. Basta fazer uma leitura diagonal sobre o documento, para se entender o que está em causa e a posição em que PORTUGAL se encontra neste momento. A situação fáctica descrita no Ac. é igual à que se verifica no ordenamento jurídico português. Existe uma discriminação em razão da orientação sexual que impede que um (a) unido (a) de facto ou cônjuge daquele que tem o vínculo biológico se veja impedido de co-adoPortugalar, apenas por ser homossexual. Porque esta possibilidade é concedida a casais de sexo diferente.

Este é, no nosso entender um dos argumentos mais ponderosos que justificariam a aprovação do diploma legal sobre a co-adopção. PORTUGAL encontra-se a incumprir a CEDH, enquanto não alterar o regime jurídico nesta matéria.

⁵⁸ Não se trata de criar um vínculo jurídico entre uma criança e uma pessoa que está unida de facto ou casada com o seu/sua progenitor (a). O que se pretende é que a criança que desenvolveu um vínculo semelhante à filiação natural - dando e recebendo como se de pai-mãe se tratasse - com aquela pessoa, veja essa relação sentimental idêntica à paternidade, reconhecida legalmente. Em suma, que se traduza aquela afectividade no contexto jurídico-normativo.

⁵⁹ Neste Ac., veio o Tribunal condenar a Áustria, *por não acolher legalmente a possibilidade de co-adopção pelo membro do casal do mesmo sexo, quando exista união registada, quando permitia já tal co-adopção - nas mesmíssimas condições - se o casal fosse heterossexual*. O Tribunal entendeu que estávamos perante uma situação de discriminação em razão da orientação sexual, e como tal, esse comportamento era gerador da violação os art.s 8º e 14º da CEDH.

Como refere CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, a Áustria, por forma a dar cumprimento ao estabelecido pelo Tribunal, *já revogou a sua legislação a este respeito*.

Aliás, a discussão em Portugal a respeito deste tema não surge de forma inusitada. A prolação do supra mencionado Ac., teve uma influência decisiva para que se iniciasse o debate.

Tal como a Áustria, também Portugal, se encontra a incumprir os ditames estabelecidos por aquele Tribunal, porque é um dos países abrangidos pela sua jurisdição que permite uma discriminação em razão da orientação sexual, quando se trata de co-adopção.

Apesar de EDUARDO SÁ já ter sido mencionado no nosso texto, não poderíamos deixar de apresentar o seu parecer, porque os seus contributos para o debate são preciosos. Começa desde logo por fazer a seguinte referência, *não sendo o exercício da parentalidade um direito que o Estado tenha de garantir; deve perguntar-se se, em relação ao seu acesso, pode permitir que um cidadão seja discriminado em função da sua orientação sexual*. O estado está a vedar a dois seres humanos que lhe seja reconhecida uma das funções mais nobres do ser-humano: ser pai ou mãe⁶⁰. O estado não actua de forma paritária nesta questão. Trata de forma diversa uns e outros, apenas pela orientação sexual. O correcto seria, tal como defendemos, que exista um processo de verificação que afira se o candidato a co-adoPortugalante cumpre os requisitos necessários em relação à criança, mormente, se isso vai de encontro ao seu superior interesse. Em caso afirmativo, esse processo de avaliação estaria cumprido, permitindo-se a co-adoção pelo unido de facto ou cônjuge daquele que detém o vínculo biológico. Se a situação não se encaixar de forma no superior interesse da criança, esse vínculo não se estabelecerá. Em nenhum momento da nossa proposta nos referimos à orientação sexual daquele que pretende estabelecer o vínculo. Fizemo-lo de consciência perfeita, porque esse dado não interessa. O superior interesse da criança não se afere por aqueles que a rodeiam terem ou não um relacionamento hétero ou homossexual. Não é essa característica que distingue os bons pais dos maus. O processo para constituição do vínculo de co-adoção consideraria inaPortugalos, aqueles que verdadeiramente o fossem - ao contrário da realidade jurídica que actualmente vigora, que veda a análise do superior interesse da criança quando se tratem de homossexuais.

Quanto à dúvida persistente de que uma criança, por ter como referências, dois pais ou duas mães fica confundida, não assimilando as diferenças, tornando-se no limite homossexual, EDUARDO SÁ, explicita *ter um pai e uma mãe pode não significar dispor duma função paterna e duma, outra, materna. Ainda assim, as crianças distinguem-nas às duas*. As crianças sabem lidar com esta diferença, não perdendo os pólos de referência. A pergunta que se impõe é *pode um casal homossexual proporcionar experiências de heteroparentalidade?*. No seu entender, a resposta é afirmativa.

⁶⁰ Quando a crescer a esta situação, os envolvidos já exercem essas funções com mérito e dedicação.

Este autor encara de forma sublime as preocupações das crianças que os adultos insistem em criar. As crianças são alvo, ao longo da sua infância, e muitas das vezes por outras crianças, de comentários que as magoam. Cada um de nós já teve destas experiências e não estava em causa um relacionamento homossexual dos nossos progenitores. Apesar de não ser uma situação deste tipo, isso não diminui o sofrimento. Todos passam por isto. Claro que as crianças cuidadas por um casal homossexual podem sofrer comentários que as magoem. No entanto, EDUARDO SÁ considera que *poderiam magoar-se mais se a homossexualidade de um dos pais fosse vivida através duma relação paralela ou duma “falsa” adopção singular, e à margem da verdade que deve sustentar a parentalidade.*

No entanto, o seu texto não é, a nosso ver isento de críticas. A dada altura fala da co-adopção ou da adopção entre pessoas do mesmo sexo como uma realidade jurídica já em vigor. A dada altura parece dar a entender que já vigora em PORTUGAL um sistema em que duas mulheres podem estar a cuidar de uma criança, *ao permitir que uma mãe reparta a responsabilidade parental com outra mulher (com quem esteja casada ou com quem viva em união de facto), o Estado não pode inviabilizar que um pai, que se encontre em situação semelhante com outro homem, o reclame, também.* Não compreendemos o sentido destas palavras. Em PORTUGAL, não é permitido a duas pessoas de sexo igual - casadas ou unidas de facto - terem ao seu cuidado uma criança.

Por fim, apresentamos o parecer que chegou à CPACDLG, o da Sociedade Portuguesa de Sexologia Clínica⁶¹. Baseia a sua opinião nos afectos⁶², *não fazer depender o reconhecimento legal dos vínculos afectivos de parentalidade do sexo dos pais das crianças revela uma preocupação em dar primazia à segurança das relações emocionais (...).* Neste sentido pronuncia-se igualmente CARLA PATRÍCIA PEREIRA OLIVEIRA, referindo-se a esta nova realidade social como a *ascensão dos afectos.*

⁶¹ Um dos vice-presidentes desta Associação é JÚLIO MACHADO VAZ, médico psiquiatra e sexólogo, nasceu no Porto, a 16 de Outubro de 1949. Foi premiado, em 2005, com o Prémio Arco-íris, da Associação ILGA Portugal, pelo seu contributo na luta contra a discriminação e homofobia. Participa em vários programas de televisão e de rádio. Tem várias publicações na sua área de intervenção.

⁶² Confrontar a respeito da evolução dos afectos nas relações familiares, CARLA PATRÍCIA PEREIRA OLIVEIRA, na sua dissertação de mestrado, *Entre a Mística do Sangue e a Ascensão dos Afectos: o conhecimento das origens biológicas*, Coimbra 2010.

Enquanto alguns se encontram (falsamente) preocupados com as crianças, a Direcção da Sociedade Portuguesa de Sexologia Clínica acredita que a aprovação da co-adoção vai contornar os problemas que possam existir nas crianças, combatendo a discriminação, o isolamento e o bullying. Acreditando este órgão que a aprovação do PL servirá para *potenciar o desenvolvimento saudável da criança*, estando verdadeiramente em causa os dtos. humanos tanto das crianças como dos casais homossexuais que pretendem exercer este direito.

CONCLUSÃO

Apesar da nossa posição ser clara, temos consciência que desconhecíamos alguns dos aspectos agora estudados. Tanto as opiniões convergentes ao nosso entendimento, como aquelas que não seguem a nossa posição, são importantes. Nenhum debate é possível sem ter duas posições divergentes. Um estudo sério e competente tem de comportar os dois lados, inevitavelmente.

Dada a importância do tema, não podemos deixar de referir aquilo que mais nos move: a felicidade das crianças. Esse estado de desenvolvimento pleno só é tangível se aquelas forem colocadas no centro do litígio.

Antes de mais começamos por lamentar que o PL n.º 278/XII não tenha chegado a ser aprovado⁶³. Este seria um passo de extrema importância para dar guarida jurídica a situações de facto já criadas e que carecem de uma conformação normativa, sob pena de deixarem desprotegidas as crianças e os próprios cuidadores, quando tanto uns como outros têm dtos..

No entanto, este não era um PL isento de críticas. Essencialmente porque o objectivo e a tradução prática em que ele resultaria iria ficar a meio passo da adopção por casais do mesmo sexo. Parece-nos mais adequado que quando a questão for aprovada definitivamente - o que se espera que aconteça o mais rapidamente possível - sejam tuteladas todas as situações em que há discriminação. Tanto a questão da co-adopção como a da adopção.

⁶³ A co-adopção de crianças por casais do mesmo sexo foi chumbada na manhã do dia 14 de Março de 2014, na especialidade, não chegando à votação final global. Dos 224 deputados presentes no Parlamento, 112 votaram contra, 107 a favor e quatro abstiveram-se. Votaram contra 89 deputados do PSD e 23 deputados do CDS. A favor votaram 69 deputados do PS, 15 do PSD, 13 do PCP, os oito deputados do Bloco de Esquerda e os dois deputados dos Verdes. Houve duas abstenções do PS, os deputados João Portugal e Isabel Oneto, e duas do PSD, as deputadas Conceição Caldeira e Maria José Castelo Branco. No PSD, os 15 deputados que votaram a favor foram Nuno Encarnação, Francisca Almeida, Cristóvão Norte, Teresa Leal Coelho, Paula Cardoso, Ângela Guerra, Ana Oliveira, Joana Barata Lopes, Gabriel Goucha, Odete Silva, Sérgio Azevedo, Pedro Pinto, Mónica Ferro, Luís Menezes e Miguel Frasquilho. Já a presidente da AR, Assunção Esteves, oPortugalou por não votar. Informação retirada do site <http://expresso.sapo.Portugal/chumbado-diploma-da-coadocao=f860818>, consultado em 20 de Dezembro de 2014.

Nesta fase final vamos limitar-nos a enumerar de forma sucinta os argumentos que nos levam a decidir no sentido da aprovação da co-adoção por casais do mesmo sexo.

Começando pelos afectos. A relação que se pretende criar entre pai-filho-mãe não decorre simplesmente do elo biológico que liga estes três seres. A realidade comprova-nos que não basta o processo biológico para que alguém se torne pai ou mãe. Tudo aquilo que se segue ao nascimento condiciona a criação da relação de forma plena. Por vezes aqueles que são pais não o conseguem ser. Ficando outros a ocupar aquele lugar, tornando-se verdadeiros pais, não pela ligação do sangue mas pelos afectos. Pelo carinho, atenção, cuidado, mimo e educação que dão a uma criança. São estes afectos, que permitem a uma criança reconhecer que alguém é pai ou mãe. Os afectos e o papel de pai e mãe podem ser exercidos por duas pessoas do mesmo sexo. Tratam-se de dois seres humanos que tanto individual como conjuntamente sabem cuidar de uma criança, dar-lhe amor e fazerem tudo aquilo que os pais devem fazer.

Seguidamente temos a questão da adopção singular plena. Com este tipo de adopção, uma pessoa homossexual consegue adoptar uma criança. Esta última vai fazer parte da vida de duas pessoas do mesmo sexo, criando-se assim uma família. A não aprovação da co-adoção por se considerar que os homossexuais não devem ter ao seu cuidado crianças, cai por terra com a existência da adopção singular plena.

Um dos aspectos cruciais para a aprovação da co-adoção é o *Ac. do Case of x and others V. Austria – Application n.º. 19010/07* de 19 de Fevereiro de 2013, do TEDH. Trata-se de um órgão jurisdicional, com autoridade sob todos os países da UE e que foi claro na decisão. Foi violado o art. 14º da CEDH - relativo à proibição de discriminação⁶⁴. Se uma pessoa heterossexual tem direito a co-adoptar o filho do seu companheiro ou cônjuge, esse direito não pode ser vedado a um casal homossexual que esteja em igualdade de circunstâncias. Se assim acontecer trata-se de uma discriminação. Consideramos que tanto no ordenamento jurídico português como no direito comunitário permitir que casais heterossexuais possam co-adoptar o filho

⁶⁴ O Ac. faz ainda referência ao art. 8º, que regula o direito à vida privada e familiar, que terá igualmente sido violado ao decidir-se atribuir um direito a um casal heterossexual e não o fazer em relação a um homossexual.

biológico daquele com quem vivem em união de facto ou com quem estão casados, e não permitir esse mesmo direito aos casais homossexuais em união de facto ou casados, é uma discriminação e uma violação do princípio da igualdade. Deste modo, tendo em consideração a decisão do Tribunal Europeu, PORTUGAL⁶⁵ está em incumprimento de uma decisão jurisdicional, ao qual PORTUGAL se encontra vinculado⁶⁶.

No seguimento da ideia da discriminação aos casais homossexuais, e em consequência desses actos, as próprias crianças são discriminadas. Aquelas que têm a possibilidade de crescer numa família heterossexual são protegidas, sendo reconhecidos dtos. não só a si mas também aos seus progenitores. Por oposição, aquelas que fazem parte de uma família homossexual, não vêm reconhecidos os seus dtos.. Face ao estatuto jurídico actual, são famílias inexistentes, com um vazio legal que não protege as crianças nem os seus cuidadores, pais e mães, tal como nos casais heterossexuais.

Por último, o ponto-chave de todo o entendimento reside no superior interesse da criança. Independentemente de todas as questões já apontadas que merecem toda a nossa atenção, este tem de ser o factor determinante.

⁶⁵ Quanto à discriminação em função da orientação sexual, o Ac. referido não foi o único que se pronunciou relativamente a esta matéria e que determinou o incumprimento de Portugal. O Ac. resultante do *Caso Salgueiro da Silva Mouta contra Portugal*, de 21 Dezembro 1999 - condenou directamente o estado português. O TRL, pretendendo anular a decisão do Tribunal de Família de Lisboa, atribuindo o poder paternal à mãe ao invés do pai, introduziu um elemento novo na discussão. A mãe deveria ter o poder paternal, entre outros motivos, porque o pai era homossexual e vivia com outro homem.

Este Ac. é paradigmático na discriminação - não apenas na sociedade mas, mais gravosamente, nos próprios órgãos jurisdicionais, onde deveria imperar a imparcialidade - entre pessoas hétero e homossexuais. Aliás o Tribunal Europeu concluí neste sentido, considerando que houve uma discriminação, através da utilização de uma diferença de tratamento entre a mãe e o pai, baseando-se em relação a este último na sua orientação sexual, violadora do art. 14º.

As declarações do TRL são chocantes: *a menor deve viver no seio (...) de uma família tradicional portuguesa e não é este o lugar próprio para averiguar se a homossexualidade é ou não uma doença ou uma orientação sexual que preferências as pessoas do mesmo sexo. Em qualquer dos casos, estamos perante uma anormalidade e uma criança não deve crescer à sombra de situações anormais.* Quando temos um órgão superior dos Tribunais Judiciais a descrever uma situação desta forma, só podemos considerar que estamos perante um atentado aos direitos fundamentais dos cidadãos. Inclusivamente, o TEDH entendeu que as expressões utilizadas pelo TRL, além de serem infelizes, demonstram que a homossexualidade pesou de modo determinante na decisão final. O Tribunal Português fez uma distinção com base na orientação sexual do pai. O TEDH entendeu que este comportamento não é tolerável perante os princípios e normas da CEDH.

⁶⁶ Relativamente aos aspectos de legislação e jurisprudência europeia sobre a matéria, não podemos deixar de referir a Resolução do Parlamento Europeu de 04 de Setembro de 2003, contra a abolição de qualquer discriminação legal ou de facto de que ainda são vítimas os homossexuais, nomeadamente em matéria de direito ao casamento e à adopção de crianças, exortando Portugal, a Irlanda e a Grécia a alterarem as suas legislações.

O horizonte dos técnicos deve ser sempre a criança, ponderando se os cuidados daquelas duas pessoas lhe trazem bem-estar e se o seu crescimento será sã e adequado. São princípios simples. Não estamos a pedir nada mais do que uma criança tem direito: estar rodeada daqueles que a amam e que ela ama. O superior interesse do menor⁶⁷ é um conceito aberto que carece de concretização pelo decisor. Têm sido várias as decisões jurisprudenciais que se referem a este conceito.

O Ac. do STJ⁶⁸ de 04-02-2010⁶⁹ preenche o superior interesse do menor do seguinte modo: *devendo tomar-se em linha de conta a disponibilidade afectiva demonstrada pelos progenitores, ou terceira pessoa, a capacidade, ou não, dos progenitores em promoverem o harmonioso desenvolvimento do menor e de se adequar às suas necessidades. É o superior interesse da criança que norteia toda a regulação do exercício do poder paternal, e, modernamente, tem-se entendido que o factor relevante para determinar esse interesse é constituído pela regra da figura primária de referência, segundo a qual a criança deve ser confiada é pessoa que cuida dela no dia-a-dia. Por outro lado, este critério está em harmonia com as orientações legais acerca do conteúdo do poder paternal e com as que consideram a vontade da criança como um factor decisivo na resolução de questões que dizem respeito á sua vida. A regra da figura primária de referência é um critério objectivo e funcional, relacionado, como se disse, com o dia-a-dia da criança, ou seja, com a realização de tarefas concretas prestadas ao menor, no quotidiano.* Refira-se em sentido idêntico o Ac. do TRL de 07-11-2013⁷⁰.

⁶⁷ O conceito resulta da Lei n.º 61/2008 de 31 de Outubro que alterou consideravelmente o Direito da Família. Substituição da expressão *poder paternal* por *responsabilidade parental*, pretendendo focar o instituto na criança e nos seus superiores interesses como sujeito de direito. Operou-se uma evolução no conteúdo e características dos direitos pessoais familiares, agora “direitos-deveres” ou “poderes funcionais”, atribuindo um poder ao titular, mas impondo igualmente, um verdadeiro dever.

⁶⁸ Em Setembro de 2012, foi nomeada a juíza conselheira MARIA CLARA SOTTOMAYOR. Antes de ocupar este cargo já era conhecida pelas causas que abraçava, principalmente na defesa dos direitos das crianças e das mulheres. A respeito da co-adopção, a sua posição é favorável, *ser pai ou ser mãe é algo muito profundo. Tem que ver com valores morais, afetivos e emocionais que tanto têm os casais de sexo diferente como os do mesmo sexo. E a ciência confirma que as crianças que vivem com pais do mesmo sexo estão tão bem como as outras.*

⁶⁹ Processo n.º 1110/05.3TBSCD.C2.S1, 2ª Secção, Relator Oliveira Vasconcelos.

⁷⁰ Processo n.º 7598/12.9TBCSC-A.L1-6, Relatora Maria de Deus Cordeiro.

Quanto ao superior interesse do menor, vide o Ac. do TRP, de 14-01-2014, Processo n.º 21/05.7TBVLP-A.P1, Relator Vieira e Cunha. Ac. do TRG, de 19-02-2013, Processo n.º 119/08.0TMBRG.G1, Relator Maria da Purificação Carvalho. Ac. do TRL, de 08-07-2008, Processo n.º 5895/2008-1. Ac. do TRC, de 02-06-2009, Processo n.º 810/08.0TBCTB.C1.

O conceito em apreço é aplicável a um cem número de situações. No nosso entender, tendo em conta a interpretação que tem sido feita pela doutrina e jurisprudência, é uma noção que pode ser aplicada quando em causa esteja um casal homossexual que pretenda adoPortugalar ou co-adoPortugalar uma criança. Os pressupostos são os mesmos, a avaliação a realizar é igual. Não existe qualquer tipo de impedimento que trave a mesma avaliação a casos distintos.

Deste modo, apesar de termos avaliado e estudado cuidadosamente todos os argumentos contra a co-adoção, estes não foram suficientemente fortes para nos convencerem. Assim, deverá surgir novamente no poder legislativo a vontade de aprovação de um PL que permita conferir iguais dtos. a pessoas homossexuais unidas de facto ou casadas, prevendo tanto a co-adoção como a adoção por casais do mesmo sexo.

Apenas com este entendimento conseguimos atingir dois vectores cruciais no desenvolvimento jurídico e legal necessários: proteger as crianças que já se encontram a viver com casais de sexo igual e atribuir a igualdade a quem dela se vê privado, os homossexuais.

Em suma, a aprovação de um PL relativo à co-adoção e adoção por casais homossexuais é urgente. O critério avaliativo, utilizado na prática para permitir a criação do vínculo, seria idêntico àquele que já se verifica nas situações de adoção plena conjunta e singular. Uma análise cuidada dos candidatos, com parâmetros pré-estabelecidos mas com um contexto prático concreto. Com equipas multi-disciplinares que avaliem se naquela situação e naquele caso concreto, aquela criança sairia beneficiada ou não com a efectivação do vínculo. No entanto, a avaliação a realizar não pode partir de ideias pré-estabelecidas. O facto de se estar perante um casal homossexual, não pode ser o ponto de partida para não realizar - ou realizar de forma mais severa - a apreciação, porque *o preconceito é filho da ignorância*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARLA AMADO GOMES, *Filiação, Adopção e Protecção de menores – quadro constitucional e notas de jurisprudência*, Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra Ano 4, nº8, 2007;

CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL e JOSÉ SILVA PEREIRA, *Direito da família, Tópicos para uma Reflexão Crítica*, Associação Académica da faculdade de direito de Lisboa, 2008;

CAROLINE ELIACHEFF, *Malaise dans la psychanalyse, Esprit*, nº 273, Março-Abril, 2001;

CHRISTIAN FKAUVIGNY, pedopsiquiatra e psicanalista, em *Je veux papa et maman - «père-et-mère» congédiés par la loi*, Salvator, 2013;

DANIELE CRISTINE RUA MOREIRA, *Adopção Internacional – o amor que ultrapassa fronteira: aspectos e procedimento legal*, Tese de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2011;

Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, Instituto António Houaiss de Lexicografia PORTUGAL, 2005;

EDUARDO SÁ em colaboração com MARIA CLARA SOTTOMAYOR, ISABEL ROSINHA e MARIA JOÃO CUNHA, *Abandono e Adopção*, Almedina, 2008;

FRANCISCO PEREIRA COELHO E GUILHERME DE OLIVEIRA, *Centro de Direito da Família, Curso de Direito da Família*, Volume I, 4ª edição, 2008;

HUGO GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, Paris, Prolegomenès, VI, 1999;

JORGE GATO, *Homoparentalidades - Perspectivas Psicológicas*, Coimbra, Almedina, 2014;

JOSÉ GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA, *CRP Anotada*, Volume I, 4ª edição revista, 2010;

Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, *O Estatuto Jurídico Constitucional dos Homossexuais e a Decisão Lawrence V. Texas*. Ano 2, nº3 – 2005;

LOREN MARKS, *Same sex parenting and children's outcomes: a closer examination of the American psychological association's brief on lesbian and gay parenting*, Social Science Research, vol. 41, 4, Julho, 2012;

MARIA BERENICE DIAS, Manual de Direito das Famílias, 6ª edição, São Paulo, editora revista dos tribunais, 2010;

MARK REGNEROUS, *How diferente are the adult children of parents who have same-sex relationships. Findings from the New Family Structures*, Study Social Science Research, vol. 41, 4, Julho 2012, pp.752-770, consultado em www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0049089X12000610, visualizado em 18.10.2014;

MÁRIO REIS MARQUES, *Introdução ao Direito*, Volume I, 2ª edição, Almedina, 2007;

PEDRO BRANQUINHO FERREIRA DIAS, *Adopção de Crianças por Casais Homossexuais: sim, não ou talvez?*, Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º4, 2006;

Regime Jurídico do Apadrinhamento Civil (anotado) – observatório permanente da adoção, Centro de Direito da Família, Coimbra Editora, 2011;

RENATA HESSEL, *Adoção por Casais Homossexuais: reconhecimento do afeto como fonte das relações familiares*, Tese de mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra;

RICHARD FITZGIBBONS, *Same Sex AdoPortugalion is not a Game*, consultado em www.mercatornet.com, no dia 18.10.14;

T. Berry Brazelton e Joshua D. Sparrow, em *A Criança dos 3 aos 6 anos - o desenvolvimento emocional e do comportamento*, editorial presença, 2010;

VERA LÚCIA RAPOSO, *Crónica de um Casamento Anunciado - o casamento entre pessoas do mesmo sexo*, Revista do Ministério Público, 2009;

XAVIER LACROIX, *La confusion des genres - Réponses à certaines demandes homosexuelles sur le mariage et l'adoPortugalion*, Bayard, Paris, 2005.