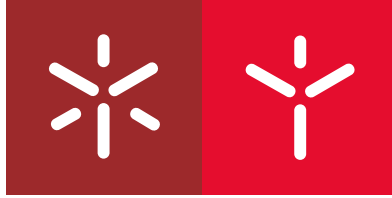




Universidade do Minho
Escola de Direito

Mariana Martins Ferreira Ribas

**A Adoção por Casais do Mesmo Sexo:
Fundamentos e Implicações de uma Lei
Desigual**



Universidade do Minho
Escola de Direito

Mariana Martins Ferreira Ribas

**A Adoção por Casais do Mesmo Sexo:
Fundamentos e Implicações de uma Lei
Desigual**

Dissertação de Mestrado
Mestrado em Direitos Humanos

Trabalho efectuado sob a orientação da
Professora Doutora Benedita F. da Silva Mac Crorie

DECLARAÇÃO

Nome: Mariana Martins Ferreira Ribas

Endereço electrónico: marianamfr@gmail.com

Cartão de Cidadão: 13218130

Título da dissertação: A Adoção por casais do mesmo sexo: Fundamentos e implicações de uma lei desigual

Orientador: Professora Doutora Benedita Ferreira da Silva Mac Crorie

Ano de conclusão: 2016

Designação do Mestrado: Mestrado em Direitos Humanos

É AUTORIZADA A REPRODUÇÃO INTEGRAL DESTA DISSERTAÇÃO APENAS PARA EFEITOS DE INVESTIGAÇÃO, MEDIANTE DECLARAÇÃO ESCRITA DO INTERESSADO, QUE A TAL SE COMPROMETE;

Universidade do Minho, ____/____/____

Assinatura:

Agradecimentos

Aos meus pais António e Marta, em especial à minha mãe por ter sempre a palavra certa nos momentos difíceis, e pela sua dedicação e apoio incansável na realização desta tese.

À minha Joana, pela inspiração e pela partilha do sonho que juntas tornaremos o mundo melhor e mais igualitário

Agradeço à Doutora Benedita por toda a orientação e ensinamentos disponibilizados ao longo deste trabalho, sem os quais não teria sido possível concluir esta Dissertação.

Título: A Adoção por casais do mesmo sexo: Fundamentos e implicações de uma lei desigual

Resumo:

A Lei n.9/2010 que permite o acesso ao casamento civil entre pessoas do mesmo sexo e a Lei nº2/2016 que passou a permitir a adoção por casais do mesmo sexo colocaram Portugal no pelotão da frente dos países ditos progressistas em matéria de Direitos Humanos. A esses avanços civilizacionais vieram juntar-se maioritariamente vozes de apoio, mas igualmente, vozes que colocam dúvidas e questões de várias ordens no que concerne à procura do superior interesse da criança, norteador de todos os processos que lhe digam respeito. Esta dissertação trata dessas dúvidas e dos argumentos que as suportam, ou que lhes estão associados, quando se trata do acesso de casais homossexuais ao instituto da adoção, procurando desmontá-las de forma sustentada, apoiados em tomadas de posição que resultam de estudos científicos produzidos pelas mais respeitadas instituições nacionais e mundiais que se ocupam destes temas.

Title: Adoption by same-sex couples: Fundamentals and implications of an unequal law

Abstract:

The Law n. 9/2010 that allows access to civil marriage by same-sex couples and the Law n. 2/2016 which now allows children adoption by same-sex couples placed Portugal at the forefront of the said progressive countries on Humans Rights. These civilizational advances have been mostly supported, but there are also voices that put doubts and questions of various kinds concerning the search for the best interest of the children that guides all the processes concerning them. This paper addresses those doubts and the reasoning that supports them, or that they are associated with when it comes to the access of same-sex couples to the institute of adoption, trying to dismantle them in a sustained and argumentative way, supported by papers that resulted from scientific studies produced by the most respected national and global institutions dealing with these issues.

Índice:

Introdução	13
1º Capítulo	
A Adoção e a procura do Superior interesse da criança	17
1) O Direito das Crianças.....	17
2) O Instituto da Adoção	22
3) O Superior Interesse da Criança	32
2º Capítulo	
Os Direitos das Minorias Sexuais.....	39
1) O Princípio da igualdade e a defesa das minorias sexuais	39
2) O casamento civil na ordem jurídica portuguesa	49
3) A adoção por homossexuais na ordem jurídica portuguesa	63
3º Capítulo	
Análise da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.....	67
1) Caso Salgueiro da Silva Mouta contra Portugal (Queixa nº 33290/96)	68
2) O caso X and Others v. Austria	75
4º Capítulo	
Argumentos a favor e argumentos contra a adoção e co-adoção por casais do mesmo sexo.....	79
Considerações finais:	93
Bibliografia:	97

Introdução

Segundo a informação constante na página da Segurança Social Portuguesa, constituída como autoridade central portuguesa para a adoção, esta consiste num processo “gradual que leva a que uma pessoa, individualmente ou um casal, se tornem pai, mãe ou pais de uma ou mais crianças, permitindo a estas concretizar o seu direito fundamental de crescer num ambiente familiar, em clima de felicidade, amor e compreensão”¹.

Tendo por horizonte esta definição e o seu conteúdo formal, este processo que se quer gradual e, inevitavelmente, lento e supervisionado, permitiria a uma criança institucionalizada, ser acolhida por alguém que esteja disposto a aceitar criá-la como seu filho legítimo, proporcionando-lhe um ambiente familiar saudável e que lhe possibilite crescer e ser educada num ambiente estável, tanto económica como afetivamente. A condição primordial, como se constata, é colocada na tónica do afeto, da segurança do “amor e da compreensão”, condições que poderão estar ao alcance de muitos candidatos e que se poderão aferir, com maior ou menor certezas, após análise pessoal e processual do perfil de cada um dos aspirantes a adotar².

À criança, eixo principal deste processo, é-lhe reconhecida, em qualquer circunstância, o seu superior interesse e o seu direito a ser adotada e de ter acesso a uma família, ou a alguém que reúna as condições de acolhimento previstas e tuteladas na lei que enquadra a adoção em Portugal.

Olhando, inicialmente, de forma simplificada para este processo, parece-nos evidente que os dois direitos em causa, o de adotar e o de ser adotado, convergem para uma situação de benefício mútuo e de enorme conveniência social. A lei que tutela a adoção, ao assegurar o direito da criança a ser adotada, de se desenvolver num contexto familiar mais personalizado que uma instituição e a possibilidade dada a uma ou mais pessoas de alargar a constituição da sua família, parece convergir para um benefício recíproco e, portanto, deve ser promovido e salvaguardado pelas entidades competentes.

¹ Ver: Texto para consulta disponível em <http://www4.seg-social.pt/adocao> [Acesso: 26-08-2016].

² Ver: Texto para consulta disponível em <http://www4.seg-social.pt/adocao> [Acesso: 26-08-2016].

Sendo esta uma situação que se concretiza apenas após uma apertada, demorada e atenta análise financeira, familiar e psicológica, e perante uma criança cuja situação pede uma intervenção o mais precoce possível, em face do seu desenvolvimento diário e cumulativo, considera-se de todo conveniente, não descurar nenhuma candidatura proposta, já que o tempo urge e muitos serão os que não conseguirão reunir parte ou a totalidade dos requisitos acima, sumariamente, enunciados.

Nessa linha, e por princípio, durante anos, ter excluído à partida, o acesso de uma parte dos candidatos à adoção, a não ser pelos critérios de seleção aceites como válidos pelas entidades competentes, afigurasse-nos como uma decisão, no mínimo discutível e de difícil fundamentação quer jurídica quer social e humana, que felizmente já se encontra ultrapassada em contexto nacional. A relevância da orientação sexual dos candidatos deixou de ser um critério de seleção ou de escolha para a atribuição da guarda de crianças, e tornou relevantes competências que realmente importam: a estabilidade afetiva, relacional e financeira.

Porque subsistem ainda alguns preconceitos e ao mesmo tempo demasiadas crianças à espera da oportunidade para serem adotadas, e porque as leis entretanto aprovadas podem ser alvo de revogação ou alterações, parece-nos da maior conveniência, fundamentar e sublinhar as razões que fundamentaram a suportaram os aspetos da lei entretanto aprovada.

Sublinhamos ainda que teremos sempre por horizonte incontornável a Constituição da República Portuguesa, que consagra no seu artigo 13º o princípio da igualdade, e onde se garante que todos os cidadãos são iguais perante a lei e a proibição de discriminação de um indivíduo em função da sua orientação sexual.

Pretendemos também com esta dissertação, apresentar os argumentos invocados por aqueles que defendem e por aqueles que se opõem à adoção ou co-adoção por casais do mesmo sexo e, reforçar o princípio de igualdade por forma a clarificar a possível discricionariedade que pode surgir de decisões que, muitas vezes, se apoiam de forma marcada, em opiniões e considerações de cariz pessoal e social. Tentaremos, dentro das limitações humanas que também nos habitam, fazer uma abordagem o mais isenta possível, procurando ler e analisar estas posições por forma a entender os pontos de vista que os sustentam e a rebater, de forma sustentada e objetiva, os que nos

pareçam insuficientemente alicerçados ou que possam no futuro, fazer perigar a lei e o progresso civilizacional que acolhemos com confiança.

Desta forma, igualmente se intentará ler, analisar e integrar opiniões divergentes e, no confronto destas posições antagónicas, aferir da justiça e da utilidade social dos argumentos apresentados, num país ainda com demasiadas crianças institucionalizadas em espera e com candidatos a ser discriminados, senão pela lei, por decisores, ainda que de uma forma velada, com base na sua orientação sexual.

A abordagem ao tema foi programada no sentido de tentar responder a um conjunto de considerações que se podem alinhar em quatro pilares fundamentais:

- Explicitação da génese e fundamentação da lei n.º 9/2010 de 31 de maio, que regula o casamento entre pessoas do mesmo sexo e onde se proibia, por altura do início da redação desta dissertação, expressamente a adoção de crianças, por casais do mesmo sexo, entretanto revogada;

- Aferir se, de facto, perante esta análise e ponderação, estará salvaguardado e respeitado o superior interesse da criança, candidata a ser adotada, no enquadramento de um agregado familiar que a deseja acolher. Esta aferição será também analisada à luz do previsto na Convenção sobre os Direitos das Crianças;

- Conferir, apesar da sua aprovação, da existência ou não, de discriminação na lei, ou na sua aplicação, face aos casais homossexuais candidatos à adoção analisando, ao mesmo tempo, a pertinência dos estudos científicos disponíveis sobre esta mesma temática, a posição de psicólogos, psiquiatras, pareceres e artigos de opinião, com particular enfoque na posição defendida sobre a capacidade e apetência para o exercício da parentalidade e do direito dos homossexuais a candidatarem-se à adoção, no pleno exercício dos seus direitos como cidadãos e indivíduos.

1º Capítulo

A Adoção e a procura do Superior interesse da criança

1) O Direito das Crianças

O direito das crianças é um ramo de direito recente, mas que procura refletir a crescente preocupação da sociedade em proporcionar a este grupo uma proteção especial e específica. O reconhecimento do direito das crianças como um ramo de direito autónomo deve muito a um movimento da comunidade internacional que veio reconhecer direitos a esta especial categoria de indivíduos que, até esse momento, não tinham sido ainda alvo dessa preocupação. De facto, falamos dos direitos das mulheres, minorias, raças, trabalhadores, entre outros, estando até há poucos anos, por abranger também este grupo social. Este reconhecimento, expresso em legislação específica, assinala a passagem do estatuto da criança de objeto de proteção dos adultos para sujeitos de direitos.

O reconhecimento da especificidade da infância, como um tempo caracterizado por requerer cuidados especiais e pela titularidade de direitos específicos, fez surgir uma abordagem dos assuntos que a envolvem, de acordo com uma perspetiva centrada nos seus interesses e direitos. O direito das crianças veio finalmente a ser reconhecido como parte integral dos direitos humanos que necessitavam de tutela jurídica, em contexto autónomo e em função do estatuto de fragilidade e dependência das que lhes é inerente.

Percebe-se assim que a “autonomização do direito das crianças para além de uma importância prática tem também uma importância simbólica, na promoção do valor e da dignidade humana das crianças” e que tal facto deve pesar e ser ponderado pelos futuros profissionais do direito, assim como na promoção de uma nova cultura do tratamento da infância nos tribunais.³

³ Maria Clara SOTTOMAYOR, *Temas dos Direitos das Crianças*, Almedina, Coimbra. 2004. p. 44.

O direito da criança ao seu integral desenvolvimento e o reconhecimento das especiais exigências que isto acarreta, impõem a promoção do respeito por essas mesmas condições, consideradas essenciais a esse seu concreto desenvolvimento, tendo em consideração as diferentes fases da sua vida, mas que implicam sempre a ponderação do seu superior interesse em cada momento.

O reconhecimento da criança, como sujeito autónomo ao nível do direito internacional e nacional garante a sua dignidade, e atribui a consideração do seu interesse de forma autónoma ainda que em correlação com outros interesses em causa. Percebe-se pois, as razões que levaram a ordem jurídica a entender que nesta fase da vida, os indivíduos, no caso as crianças, carecem de proteção especial para se desenvolverem a nível físico, emocional e intelectual.

As Nações Unidas adotaram, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que enuncia direitos de carácter civil, político, económico, social e cultural de que todos os seres humanos são beneficiários, incluindo as crianças. Em 1959, foi aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, a Declaração dos Direitos da Criança. Esta Declaração constituiu durante muito tempo o principal instrumento de referência para os direitos da criança, apesar de não criar obrigações jurídicas para os estados signatários. De acordo com o referido documento a criança deve gozar de proteção especial e beneficiar de oportunidades e facilidades para se desenvolver de maneira saudável e normal e em condições de liberdade e dignidade. De acordo com a Convenção, a criança tem direito a uma alimentação adequada, a alojamento e a cuidados médicos entre outros direitos. A criança, física e mentalmente diminuída, ou socialmente desfavorecida, deve receber o tratamento, a educação e os cuidados especiais que o seu estado ou situação exigem. A Declaração reconhece ainda, o dever dos poderes públicos prestarem especiais cuidados às crianças sem família ou sem meios de subsistência suficientes. A criança tem direito a uma educação que deve ser gratuita e obrigatória pelo menos ao nível elementar. Deve beneficiar de uma educação que contribua para a sua cultura geral e lhe permita, em condições de igualdade de classes, desenvolver as suas faculdades, opiniões pessoais, sentido das responsabilidades morais e sociais e de se tornar um membro útil à sociedade.⁴

⁴ Ver: http://www.gddc.pt/atividade-editorial/pdfs-publicacoes/BDDC8384/8384Dir_Crianca.pdf (Acesso: 15/05/2016).

Trinta anos mais tarde a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança a 20 de Novembro de 1989 e entrou em vigor a 2 de Setembro de 1990.

A Convenção dos Direitos da Criança (CDC), de 1989, é um documento internacional, que reconhece de forma inovadora, uma criança como pessoa titular de direitos e liberdades fundamentais. As crianças como sujeitos de direito são dotadas de uma progressiva autonomia no exercício dos seus direitos em função da sua idade, maturidade e desenvolvimento das suas capacidades.⁵

O referido documento foi o primeiro instrumento de direito internacional a conceder força jurídica internacional aos direitos da criança. A principal e fundamental diferença entre esta Convenção e a Declaração dos Direitos da Criança, adotada em 1959, consiste no facto de estas disposições tornarem os Estados, que nela são partes juridicamente, responsáveis pela salvaguarda e realização dos direitos da criança e por todas as ações e decisões que tomem em relação a este grupo social. Ao contrário, a Declaração de 1959 impunha apenas recomendações e obrigações sem carácter vinculativo para os estados.⁶

A Convenção sobre os Direitos da Criança tem constituído uma fonte de inspiração para a adoção de novos instrumentos jurídicos e de promoção do reforço do quadro normativo de proteção da criança. São disso exemplos tratados internacionais recentemente adotados nesta área, os quais se encontram imbuídos dos princípios fundamentais que regem a CDC, tais como: A Convenção de Haia de 1993 relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em matéria de Adoção Internacional, a Convenção n.º 182 para a Eliminação Imediata das Piores Formas de Trabalho Infantil, adotada em 1999 pela Organização Internacional do Trabalho (OIT). O Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional incluiu na sua jurisdição crimes de especial relevância em matéria de proteção dos direitos da criança, tais como a violência sexual, a prostituição forçada, o recrutamento de crianças com idade inferior a 15 anos ou os

⁵ Maria Clara SOTTOMAYOR, *Temas dos...*, *Ob. Cit.*, pp. 34 e 35

⁶ Catarina ALBUQUERQUE, "Direito das Crianças - As Nações Unidas, a Convenção e o Comité", in *Documentação e Direito Comparado*, nº 83/84, 2000. p. 32.

ataques contra escolas e hospitais onde a proteção da criança deve ser sempre salvaguardada.⁷

Portugal foi um dos países pioneiros na adesão à Convenção sobre os Direitos da Criança, tendo ratificado este documento a 12 de Setembro de 1990, através do Decreto do Presidente da República n.º 49/90, sem que tenha sido formulada qualquer reserva. A adoção da convenção sobre os direitos da criança por parte de Portugal permitiu alterar a legislação nacional sobre menores, garantindo assim uma melhor adequação às ideias e normas consagradas na convenção e à adoção de algumas soluções que garantiram um maior respeito pelos direitos das crianças.⁸

A convenção dos direitos da criança no seu artigo primeiro⁹ define a criança como todo o ser humano até aos 18 anos de idade.

O nosso código civil, no seu artigo 122.º, define menoridade como o período de tempo da vida humana que começa no dia do nascimento de um sujeito e termina no dia em que completa o décimo oitavo ano de vida.¹⁰ A Constituição da República Portuguesa de 1976 veio também reconhecer um espaço de autonomia das crianças perante os pais, de acordo com a sua maturidade, fundando-se o instituto da adoção não na incapacidade geral de agir mas na proteção e promoção do desenvolvimento integral das crianças.¹¹

O direito das crianças refere-se a uma determinada noção de criança, assim o direito define a infância como uma fase da vida do ser humano que dura até aos 18 anos, e onde esta se encontra numa situação de dependência, cujo grau esta relacionado com a idade, e que exige do Estado e da sociedade cuidados especiais de proteção. Contudo, a lei para alguns efeitos prevê limites de idade inferiores a 18 anos. Por exemplo, para efeitos de trabalho a idade mínima de admissão é de 16 anos, artigo 68, nº 2 do CT.

A doutrina designa estas situações em que antes da maioridade, os menores são tratados como adultos como maioridades antecipadas, as quais se encontram dispersas

⁷http://www.gddc.pt/actividade-editorial/pdfs-publicacoes/BDDC8384/8384Dir_Crianca.pdf (Acesso: 28/07/ 2016)

⁸ Paulo GUERRA, Leonor FURTADO, “O Novo Direito das Crianças e Jovens – um Recomeço”, in *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, 2001. p. 19.

⁹<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dc-conv-sobre-dc.html> (Acesso: 29 de Julho de 2016)

¹¹ Ver: Maria Clara SOTTOMAYOR, *Temas dos ..., Ob. Cit.*, p. 33.

na lei, variando a idade em que são admitidas consoante o tipo de decisão que está em causa. Alguns destes limites etários tendem a subir para uma proteção dos menores e defesa dos seus direitos humanos.¹² Deste modo, a noção de criança apresenta-se como um período pelo qual passa o indivíduo antes de atingir a maioridade e que se caracteriza por uma distinção biológica, emocional e psicológica entre o adulto e a criança.

O direito das crianças não é apenas uma parte do direito da família, tendo ramificações no direito constitucional, nos direitos humanos, no direito penal e direito processual penal, no direito civil, no direito da educação e, por fim, no direito da medicina. Neste contexto surgiu o Direito das Crianças (DC), consolidando assim os temas relacionados com as crianças num ramo de direito autónomo. A autonomização do DC tem assim um significado cultural, social e político. Este ramo do direito centraliza-se na pessoa da criança, como um indivíduo e não apenas como membro de uma família ou um objeto passivo de proteção e simboliza um aumento da importância das crianças e da preocupação do estado e da sociedade com o seu bem-estar.¹³

O DC engloba, portanto, normas de todos os ramos de direito que incidem sobre a situação das crianças, quer de direito privado quer de direito público, e reflete o avanço de algumas medidas propostas pelo estado no âmbito das vivências familiares.

Por fim, atentemos nas palavras de Maria Clara Sottomayor que, a esse propósito afirma de forma esclarecedora: “A autonomização do direito das crianças para além de uma importância prática tem também uma importância simbólica, na promoção do valor e da dignidade humana das crianças, como pessoas, na mentalidade dos futuros profissionais do direito e na criação de uma nova cultura da infância nos tribunais”.¹⁴

¹² Maria Clara SOTTOMAYOR, *Temas dos...*, *Ob. Cit.*, pp. 42 a 44.

¹³ Maria Clara SOTTOMAYOR, *Temas dos...*, *Ob. Cit.*, p.45.

¹⁴ Maria Clara SOTTOMAYOR, *Temas dos...*, *Ob. Cit.*, p.44.

2) O Instituto da Adoção

O artigo 1586º do Código Civil (CC) oferece a seguinte noção da adoção:

“Adoção é o vínculo que, à semelhança da filiação natural, mas independentemente dos laços de sangue se estabelece legalmente entre duas pessoas nos termos dos artigos 1973º e seguintes.”

A adoção é, também, nos termos do artigo 1576.º CC, uma das fontes das relações familiares. De acordo com o artigo 1586.º, constitui um vínculo que se estabelece legalmente entre duas pessoas nos termos dos artigos 1973.º e seguintes, visando o superior interesse da criança. Equipara-se, portanto, a adoção com a filiação sendo pressuposto fundamental para que seja decretada a existência de uma ligação afetiva entre os requerentes da adoção e a criança. A adoção, como foi referido, é uma fonte de relações familiares, mas como se depreende do instituto, não está em causa uma relação consanguínea, ou biológica, mas sim um vínculo legal. Significa isto que a adoção é um parentesco legal, criado à semelhança da filiação biológica ou natural. Por parentesco entende-se a ligação entre duas pessoas em consanguinidade, por uma descender de outra ou por descenderem de um progenitor comum.¹⁵

Fica então claro que foi intenção do legislador ao lado da filiação natural ou biológica estabelecer um vínculo semelhante, mas de cariz legal cujo fundamento seja não a partilha do mesmo sangue, mas do afeto e da vontade expressa, conferindo uma proteção legal à criança desprovida de um meio familiar normal.

Para tal, naturalmente, é necessário que se verifique alguma das situações elencadas nas diversas alíneas do n.º 1 do artigo 1978.º do C.C., designadamente: pais incógnitos ou falecidos; progenitores que prestaram consentimento prévio para a adoção; abandono do menor; incapacidade dos progenitores relativamente ao cumprimento das suas responsabilidades parentais, colocando em perigo grave a criança; e por último, acolhimento do menor por um particular ou por uma instituição sendo que, aquando deste, os pais revelem desinteresse pelo filho em termos de comprometer, seriamente, a qualidade e continuidade dos vínculos afetivos.

¹⁵ Ver: Laura Sofia Correia de SOUSA, *A Homoparentalidade à luz do direito Português*, Tese de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2014. p. 11.

Infere-se pelo exposto, que estas crianças, já por si, transportam algum sofrimento, intrínseco, em resultado das experiências pelos quais tenham passado e que, inevitavelmente, se encontram sofridas e desprovidas de um seio familiar adequado ao seu crescimento e necessidades. Ora, é, precisamente isto que se pretende assegurar e colmatar, com a adoção. Igualmente se tem presente e devidamente acautelado que “Quanto mais cedo se iniciar a ligação da criança com a família adotiva melhor equilíbrio conseguirá ser atingido no seio deste ser humano tão indefeso e que espera ainda a oportunidade de ser feliz.”¹⁶

Acresce ainda que a adoção incorpora também uma janela temporal e de oportunidade de intervenção que deve ser aproveitada, sendo certo que o excesso de tempo que pode levar este mecanismo concorre para aumentar um possível desequilíbrio emocional na criança que aguarda ser acolhida, como é referido por Maria Clara Sottomayor, afirmando que tal mecanismo se reveste de um carácter de urgência, “porquanto a personalidade da criança se constrói nos primeiros tempos de vida, revelando-se imprescindível para que a criança seja feliz e saudável e permitindo que para quem exerce funções parentais lhe preste os adequados cuidados e afetos”, no tempo adequado, acrescentaríamos nós.¹⁷

Sendo absolutamente tido por certo que toda a criança necessita de “figuras parentais que a confortem, a estimulem e a amem de um modo especial, sejam ou não os pais biológicos”, o importante é que o núcleo familiar que acolhe esta criança, deva ter “no seu cerne um projeto de promoção do bem-estar e do desenvolvimento de crianças”, preocupando-se em lhe criar condições de crescimento e amadurecimento, de exemplo e de socialização. Assim, e segundo Emílio Salgueiro, “Ser família é sentir a capacidade de construir projetos sólidos de futuro para as crianças e para os jovens”, independentemente do seu grau de relacionamento genético.”¹⁸

Tal como com a noção de casamento, também a adoção tem sofrido mudanças com a evolução social. Se inicialmente se centrava na pessoa do adotante e nas suas necessidades ou exigências, agora foca-se na criança e no seu superior interesse, digno

¹⁶ Paulo GUERRA, Helena BOLIEIRO, *A criança e a família, uma questão de direitos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014. p.329.

¹⁷ Maria Clara SOTTOMAYOR, “Adopção ou o Direito ao Afecto” in *Revista Scientia IURIDICA*, janeiro – março, 2015. p. 122.

¹⁸ Emílio SALGUEIRO, “A Criança e o seu futuro, a criança e os seus riscos”, in *Stress e Violência na Criança e no Jovem*, Ed. da Faculdade de Medicina da Universidade de Lisboa, 1999.

e objeto de proteção jurídica cada vez mais alargada. Fruto das mudanças sociais, a pluralidade de famílias existentes hoje em dia encontra-se patente através das famílias monoparentais, do número de divórcios, dos casais em que uma das figuras é um padrasto ou madrasta e os unidos de facto que, não sendo casados, formam também famílias. Esta evolução da ideia de família, da noção de casamento e adoção reflete e procura acompanhar, desta forma, a alteração de dogmas sociais e jurídicos.¹⁹

Nos dias de hoje, o instituto da adoção está centrado na promoção e proteção da criança desprovida de meio familiar normal, visando-se com ele proporcionar a integração daquela numa família substituta, gerando nesse exercício, laços afetivos em tudo semelhantes aos que resultam da filiação biológica. Nessa linha a “família é um lugar de afeto dependendo a qualidade dos afetos da potencialidade afetiva da pessoa que cuida da criança no dia-a-dia, que acompanha os seus sonhos e vive as suas alegrias” e é isso que se espera em igualdade de circunstâncias de uma família de adotantes.²⁰

A adoção garante e salvaguarda a concretização de um direito fundamental da criança - o direito a uma família onde tenha a qualidade e situação de filho sendo criada num ambiente que lhe permita um desenvolvimento integral rumo a uma vida autónoma e saudável. Neste pressuposto, o valor da adoção assenta na possibilidade de dar uma família normal a crianças desprovidas de meio familiar, que lhe possa dar carinho, afeto e amor, promovendo a sua educação, e que zele pela sua saúde, sustento e promova o seu desenvolvimento afetivo e psíquico, ou seja o seu desenvolvimento harmonioso e integral. E que se insira numa clara perspetiva de “uma modificação radical no espírito do instituto, centrado antigamente na pessoa do adotante e que visa hoje servir sobretudo o interesse dos menores “em causa.”²¹

A adoção enquanto instituto constitucionalmente protegido é, deste modo, uma forma de constituição de família que apenas pode ser decretada se apresentar reais vantagens para a criança. Certamente o realismo da lei tem de ponderar outros legítimos interesses e direitos presentes em cada situação concreta, mormente os dos adotantes. Mas sublinha a prioridade absoluta dos da criança e do jovem face a

¹⁹ Ver: Laura Sofia Correia de SOUSA, *A Homoparentalidade à luz...*, *Ob. Cit.*, p. 10.

²⁰ Maria Clara SOTTOMAYOR, *Temas dos...*, *Ob.Cit.*,p.123.

²¹ Francisco Pereira COELHO, Guilherme de OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família Vol. I*, 4ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2008. p.50.

quaisquer outros individuais ou coletivos em correlação. O que significa que o ponto de vista não deve ser, não pode ser simplesmente, o desejo de quem adota por mais legítimo e respeitável que seja. O direito a ser adotada é da criança e este direito não está no mesmo plano do pretense direito de adotar por parte de quem quer que seja.

O CC de 1966 reconhece a adoção como fonte de relações jurídicas familiares, acautelando estas considerações, mas foi sobretudo após as alterações verificadas no direito da família, por ocasião da revisão de 1977, na sequência da aprovação da atual Constituição da República de 1976, que o instituto da adoção se veio a desenvolver entre nós.²² Na persecução desse objetivo, a redação do artigo 1978º do código civil, alterada pela lei nº31/03 veio expressamente garantir que o superior interesse da criança passa a ser o critério fundamental para ser decidida a adoção. Todas as decisões relativas a crianças nos termos do artigo 3º da convenção sobre os direitos da criança de 1989 devem ter primacialmente em conta, tal como já foi referido, o interesse superior da criança.²³

O artigo 1974º, nº1 repete algo que já estava contido no espírito das normas, que a adoção visa realizar o superior interesse da criança, contudo a sua consagração expressa no artigo, tem o poder de fornecer orientações ao intérprete e de o vincular a uma conceção da adoção, como um instituto totalmente baseado nos interesses da criança e no seu direito a ter uma família. No mesmo sentido o legislador especificou que no nº 2 do artigo 1978º do código civil no caso de situações que dão origem a uma decisão de confiança judicial, o tribunal deve dar primazia aos direitos e interesses do menor.

A adoção visa realizar o superior interesse da criança, nos termos do disposto no artigo 1974.º do C.C., e será decretada quando: Apresente reais vantagens para o adotando, se baseie em motivos legítimos, quando não envolva sacrifício injusto para os outros filhos do adotante e seja razoável supor que entre o adotante e o adotando se estabelecerá um vínculo semelhante ao da filiação. Independentemente das considerações que se possam, eventualmente, fazer sobre qualquer um dos três primeiros requisitos, é claro, com o disposto no ponto quatro, que a adoção é válida se o vínculo estabelecido for semelhante ao da filiação biológica. Este é, aliás, o

²² Ver: Paulo GUERRA, Helena BOLIEIRO, *A criança e a família...*, Ob. Cit. pp. 332 a 334.

²³ <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dc-conv-sobre-dc.html> (Acesso: 5/08/ 2016).

entendimento plasmado no n.º 7 do artigo 36.º da Constituição da República Portuguesa.

O certo é que fica claro e assente que o interesse superior da criança vem sendo cada vez mais proclamado e acautelado e deve prevalecer em oposição a quaisquer outros. Na verdade foi o conceito do interesse superior da criança que desenvolveu o instituto da adoção da forma como é atualmente entendido. É que só após um período bastante alargado em que o ordenamento jurídico português ignorou a adoção como fonte de relações jurídicas familiares, se reconheceu a adoção como solução preferencial para as crianças desprovidas de meio familiar.²⁴

Um movimento no sentido de que, na falta de família biológica, para proporcionar um desenvolvimento equilibrado a uma criança, deveria o Estado procurar substituí-la por outra que deseje acolhê-la, entendendo-se afinal que, a criança tem direito a crescer numa família e se não o puder concretizar pelos meios naturais, “a adoção é assim um parentesco legal criado à semelhança daquele”.²⁵

Sendo socialmente consensual que recorrer à institucionalização de uma criança apenas pode ser uma solução que se pretende de recurso e, na medida do possível, com carácter temporário, a sua inserção no seio de uma família, deve sempre ser prioritária e desejável. Tal pretensão é reforçada pela magistrada Maria Clara Sottomayor, lembrando que este cuidado promove “o humanismo e o respeito pelo direito da criança a ter uma família, e reconhece o princípio básico que deve nortear todas as decisões relativas à vida de uma criança de acordo com a qual a institucionalização de uma criança não é solução nem um projeto de vida.”²⁶

Pelo que foi exposto, considera-se sempre que o respeito pelo direito da criança a ter uma família deve nortear todas as decisões relativas à sua vida, e que a institucionalização desta não se afigura como solução final nem como projeto de vida. A verdade é que a institucionalização tende a prolongar-se por muitos anos, período durante o qual as crianças continuam privadas de uma família própria, adotiva, ou biológica até à maioridade ou até a uma idade em que se torna improvável a adoção.

²⁴ Paulo GUERRA, Leonor FURTADO, *O Novo Direito das Crianças e Jovens...*, *Ob. Cit.*, pp. 20 e 21.

²⁵ Francisco Pereira COELHO, Guilherme de OLIVEIRA, *Curso de Direito...*, *Ob. Cit.*, p.262.

²⁶ Maria Clara SOTTOMAYOR, *Temas dos...*, *Ob. Cit.*, p.133.

São crianças que esperam um futuro que assim tarda em chegar, sendo necessário acautelar e obstar a esta situação que, à partida, se pretendia temporária.²⁷

Hoje o que se constata é que o melhor para a criança é sem dúvida estar num ambiente familiar, onde certamente se supõe a existência de um clima de felicidade, amor e compreensão. Não quer isso dizer que as instituições não sejam uma forma de socializar a criança, mas o diferencial de ter sido criada em seio familiar, proporcionará, certamente, a este individuo enquanto cidadão, maiores oportunidades tanto a nível social quanto a nível cultural. É importantíssima a precocidade de intervenção no encaminhamento para a adoção quando diagnosticada ou indiciada como viável, a colocação em instituições é atualmente entendida como uma solução de recurso e, sempre que possível, não definitiva.²⁸ Compreende-se assim, que a sua integração num contexto familiar, seja sempre um objetivo a perseguir, procurando inseri-la num espaço de referência e afeto, apesar de que a qualidade desse afeto dependa sempre da “potencialidade afetiva da pessoa que cuida da criança no dia-a-dia, que acompanha os seus sonhos e vive as suas alegrias”²⁹

Da mesma forma, e ainda no plano da proteção de todos os intervenientes, os legítimos interesses e direitos dos adotantes também devem ser sempre tidos em consideração, mas a verdade é que deve ser sempre dada prioridade absoluta aos da criança e do jovem em face da sua maior vulnerabilidade, face a quaisquer outros, por mais legítimos e respeitáveis que sejam. Pelo que se considera que não é legítima a adoção se o objetivo de filiação e correspondente parentalidade não forem desejados ou não for razoável supor que sejam alcançados, no fundo, se conclua que por mais abertura e vontade manifestada pelos candidatos a adotantes, seja considerado que estes não estão aptos a conseguirem concretizar o vínculo que se pretende com esse ato, permitindo, como está expresso no preâmbulo do Decreto-Lei nº120/98, a “proteção da criança desprovida de meio familiar normal, visando-se com ele

²⁷ Maria Clara SOTTOMAYOR, “Adopção ou o Direito ao Afecto” in *Revista Scientia IURIDICA*, janeiro – março, 2015, p. 133.

²⁸ Maria Clara SOTTOMAYOR, “Adopção ou o Direito...,” *Ob.Cit.*, p.133.

²⁹ Acórdão de 30 de novembro de 2004, no Processo n.º0423795, disponível in <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/4b967a16b044acab80256f88006917ad?OpenDocument> (Acesso:20/09/2016).

proporcionar a integração daquela numa família substituta, potenciando laços afetivos em tudo semelhantes aos que resultam da filiação biológica.”

A complexidade que, como se percebeu, envolve a adoção pode, no entanto e no plano restrito do direito, conhecer e resumir-se a duas modalidades: adoção plena e restrita que podem por sua vez ser, adoção conjunta ou adoção singular. Refira-se sucintamente que a adoção será plena quando o adotado adquirir a situação de filho do adotante, e for integrado na família do mesmo como seu descendente. Consequentemente, o adotado verá terminada a relação mantida entre ele e os seus ascendentes ou colaterais biológicos. Relativamente à adoção restrita os seus efeitos serão, como o nome indica, mais restritos ou limitados, o mais significativo deles será o contacto que o adotado manterá com a sua família natural. Quer isto dizer que o adotado não obtém a situação de filho, nem integra os descendentes do adotante. Não obstante o facto de a adoção restrita poder a todo o momento ser convertida em plena. Se por um lado a adoção pode ser plena ou restrita, consoante a extensão dos seus efeitos, ela pode também ser conjunta ou singular, consoante sejam candidatos duas pessoas (casadas ou em união de facto) ou apenas uma respetivamente. A adoção como instituto legal tem os seus próprios trâmites e apesar de ter duas modalidades, existem regras comuns que devem ser observadas no decorrer do procedimento de adoção. Ora, como já foi referido, a adoção visa os interesses de crianças e menores, sendo por essa razão relativamente fácil perceber que o primeiro requisito geral para que a adoção se concretize é que a mesma apresente reais vantagens para o adotando.³⁰

É importante referir que o processo de adoção é um processo demorado, o que se justifica plenamente pelos interesses em causa, sendo um instrumento jurídico que pretende dar uma resposta positiva para os problemas das crianças que vivem desprovidas de um ambiente familiar saudável, e este é sempre em qualquer circunstância, um problema complexo. Neste contexto devem estabelecer-se requisitos apertados para os candidatos a adotantes. Nesta matéria assume especial relevância entender o supremo ou o superior interesse da criança e como aferir o mesmo, tarefa difícil e que só pode ser realizada casuisticamente, medindo ponderadamente as circunstâncias implicadas em cada situação.

³⁰ Ver: Laura Sofia Correia de SOUSA, *A Homoparentalidade à luz...*, Ob. Cit., pp. 14 e 15.

De acordo com o Instituto da Segurança Social³¹, a adoção é um processo ponderado e faseado que permite a uma pessoa singular ou a um casal criar a partir da sua vontade, um vínculo de filiação com uma criança. Constituindo-se através de uma sentença judicial, este vínculo, resulta de um processo instruído com um inquérito de aferição da personalidade e da saúde do adotante e do adotando, sobre a idoneidade do adotante para criar e educar e vincular-se com o adotando. É igualmente analisada a situação familiar e económica do adotante e as razões que fundamentam e suportam o pedido de adoção. Numa primeira fase é apresentada a candidatura através do preenchimento de um formulário próprio e entregue ao organismo da Segurança Social da área de residência. Após esta primeira fase, a Segurança Social tomará uma série de diligências a fim de aferir das capacidades e qualidades do candidato a adotante. Num momento posterior durante o processo de candidatura, e caso o órgão da Segurança Social a considere viável, os nomes dos candidatos passarão a constar de uma lista nacional da adoção.

Posteriormente, e se o casal for selecionado e considerado idóneo, ser-lhe-á apresentada uma criança candidata à adoção. Se tudo correr bem, inicia-se um período que serve para travar conhecimento entre a criança e os candidatos a adoção. Todo este procedimento de conhecimento e confiança tem por meta a conexão da criança com quem a acolhe e pretende adotá-la, pois é a empatia e afetividade que estão na base da adoção sendo imperativo que estes sentimentos estejam presentes para o desenvolvimento harmonioso da relação futura e para o bem-estar da criança ou jovem. Concluído este processo inicial, segue-se um período de início de convivência frequente entre adotantes e adotado, período esse sempre acompanhado e monitorizado, a fim de que se possa aferir e confirmar a existência, ou não, da criação de laços afetivos e a integração do menor na família. Verificados e acautelados todos estes pressupostos, é requerido ao Tribunal que, através de sentença, estabeleça de forma definitiva a relação de filiação.³² Antes porém que seja decretada, a adoção tem de apresentar reais vantagens para o adotando (já que o seu fim último é, como já se referiu, o superior

³¹ Ver: <http://www.seg-social.pt/adocao> (Acesso a 20 /06/2016).

³² Ver: Rita Carolina Carvalho SARAIVA, *O Reforço da proteção do Superior Interesse da Criança através da adoção por Casais do mesmo Sexo*, Dissertação de Mestrado Apresentada à Universidade do Minho, 2015. pp. 74 a 77.

interesse da criança), tem de se fundar em motivos legítimos, não pode envolver sacrifícios para os outros filhos do adotante e tem de ser razoável supor que, entre o adotante e o adotando, se estabelecerá um vínculo semelhante e o mais próximo possível ao da filiação.

O processo de adoção junta as áreas administrativa e judicial, resultando, como se percebe, que este seja um processo complexo e, necessariamente algo prolongado no tempo. Após a criança ter sido confiada ao candidato a adotante inicia-se um período de observação a que se convencionou designar de pré-adoção. O organismo da Segurança Social encarregue do caso, acompanha e avalia a situação do menor por um prazo não superior a 6 meses. Após este prazo e desde que estejam verificadas as condições necessárias pode ser requerida a adoção. Toda e qualquer decisão, quer a de colocação de uma criança numa família candidata à adoção, quer a decisão final da adoção, pressupõe informação detalhada e rigorosa acerca da situação dos candidatos à adoção, fornecida pelos serviços competentes da segurança social. Verificados todos estes pressupostos, ainda assim, somente o tribunal poderá decretar a adoção. Esta solução de competência jurisdicional assenta as suas bases na imparcialidade e na independência para resolver os conflitos assegurando e acautelando, por este meio, todas as situações, analisando se estão preenchidos os requisitos e as condições legais previstas para a constituição do vínculo.³³ A decisão por sentença judicial da adoção, deve sempre almejar neste tipo de processo, e em qualquer circunstância, o superior interesse da criança, sendo este o mais importante aspeto a ter em consideração, não só por ocasião da decisão que resolve a adoção, mas também durante todos os procedimentos que se analisam no decurso do processo.

A constituição do vínculo jurídico da adoção não poderá ocorrer sem estarem cabalmente provadas circunstâncias várias, no que respeita à idade dos adotantes, a duração da relação conjugal e ainda ao estabelecimento dos laços afetivos recíprocos entre a criança e os requerentes da adoção. A verificação de todos estes requisitos essenciais para o processo em causa, exige um acompanhamento eficaz dos candidatos durante a fase preliminar do processo de forma a garantir o rigor da informação e a adequada proteção da criança e dos seus legítimos interesses. Deste acompanhamento

³³ Guia Prático – Adoção, Instituto da Segurança Social, I.P.

vai ser apresentado um relatório ao juiz, realizado por equipas compostas por pessoal especializado dos quadros da segurança social.³⁴

Uma vez concluídas de forma satisfatória todas as fases descritas do processo, é decretada a adoção, e está garantido o direito da criança a uma família com a mesma dignidade e efeitos jurídicos semelhantes aos da concretização desse direito na família biológica. A criança adotada adquire a qualidade de filho dos adotantes, gozando, nesta conformidade de todos os direitos inerentes à sua nova relação familiar biológica.

A adoção além de dever garantir sempre, o melhor interesse da criança, também garante o interesse do estado, que considera benéfico que as crianças já adotadas tenham não só uma ótima qualidade de vida, mas um lar verdadeiro e que esta situação não resulte apenas da tutela assistencial do estado. O fundamento da intervenção do estado e da comunidade nestes casos, é o de assegurar e viabilizar o direito fundamental de toda a criança a desenvolver-se numa família, enquanto elemento fundamental da sociedade e com direito à proteção de estado como diz o artigo 67º da CRP.³⁵

Fica assim claro que esta intervenção visa que se evite a institucionalização de uma criança, vista apenas como medida de último recurso e estabelece que se deve sempre dar preferência à integração da mesma numa família adotiva, sempre que esta situação se revele claramente melhor para o desenvolvimento da criança. Na verdade o que importa é o superior interesse da criança que necessita durante o seu crescimento de amor e compreensão, e a certeza da existência de uma família centrada no interesse do seu melhor desenvolvimento, tendo em conta, tal como afirmado por Laborinho Lúcio que importa “ olhar o superior interesse da criança numa tripla dimensão em que se inclui, para além da correspondente ao já referido critério de valoração e decisão em conformidade com a realidade de facto, a apreciar e a valorar em cada caso concreto também a sua consideração enquanto figura jurídica abstrata e ainda como fonte de direito.”³⁶

³⁴ Armando LEANDRO, “O Superior interesse da criança na adoção”, in Manuel MATIAS e Mauro PAULINO (Coord), *A Criança no processo de adoção, realidade, desafios e mudanças – Do desejo à invocação: reptos da adoção à maternidade e à paternidade*, Prime Books, Lisboa. 2014.pp.80 a 88.

³⁵ Ver: Renata HESSEL, *Adoção por casais homossexuais: reconhecimento do afeto como fonte das relações familiares*. Tese de Dissertação à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012.

³⁶ Laborinho LÚCIO, “As crianças e os direitos – O Superior Interesse da Criança”, in *Estudos em Homenagem a Rui Epifânio*, Almedina, Coimbra, 2010. p 186.

Como facilmente se depreende, a adoção possibilita um novo começo e a tentativa de reparação dos danos emocionais resultantes da história e experiência relacional prévia vivenciada pela criança. Apesar das evidentes vantagens, esta relação aparentemente bastante vantajosa, contém em si, também, o potencial para a desilusão. Não devemos esquecer que este é um processo efetivamente complexo e que envolve questões emocionais e psicológicas que não devemos desvalorizar quer para a criança quer para a família adotiva. A adoção não deve assim, ser reduzida a um momento, mas sim vista como um processo cujo significado é desenvolvido e construído ao longo de toda a vida da família adotiva.³⁷

3) O Superior Interesse da Criança

Refere o preâmbulo da Declaração dos Direitos das Crianças de 1959 que: “ a criança gozará de proteção especial e deverão ser-lhe dadas oportunidades e facilidades através da lei e outros meios para o seu desenvolvimento psíquico mental, espiritual e social num ambiente saudável e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na elaboração das leis com este propósito, o superior interesse da criança constituirá a preocupação fundamental.”

Como deixa claro o artigo nº 3 da Convenção Sobre os Direitos das Crianças: “todas as decisões relativas a crianças, adotadas por instituições públicas ou privadas de proteção social, por tribunais, autoridades administrativas, ou órgãos legislativos, terão primacialmente em conta o interesse superior da criança.”

Nesse entendimento e a partir deste enunciado, a noção de interesse da criança subjaz a todas as normas que regulamentam as relações da criança com a família, com o estado e com a sociedade e constitui o critério de decisão relativamente a processos judiciais que a envolvam. O DC orientado pelo princípio do superior interesse da criança,

³⁷ Ver: Rita Carolina Carvalho SARAIVA, *O Reforço da proteção do Superior Interesse da Criança através da adoção por asais do mesmo Sexo*, Dissertação de Mestrado Apresentada à Universidade do Minho, 2015, pp. 73 a 77.

assume, portanto, um carácter finalístico que tem como objetivo central a promoção dos direitos das crianças e o seu conseqüente bem-estar físico e psíquico.

O princípio do "interesse superior da criança" é fundamental no ordenamento jurídico e está presente, em termos equiparados, nos mais importantes textos legais sobre a criança, considerada um sujeito autónomo de direitos, designadamente o art.º 3º da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989. Todas as decisões relativas a crianças nos termos dessa disposição devem ter sempre em consideração o pressuposto do superior interesse da criança. Esta obrigação tem consagração em diversas disposições do nosso ordenamento como princípio jurídico de avaliação e decisão.

A acertada aplicação desde princípio na matéria de que nos ocupamos pressupõe a compreensão de que ele está centrado na criança a adotar, considerada na sua especificidade e complexidade como ser distinto do adulto mas autónomo nos seus direitos fundamentais.

Importa salientar que ao alterar a redação do artigo 1978º do código civil, a lei nº31/03 veio expressamente auxiliar a sua clarificação, na medida em que estabeleceu que o superior interesse da criança passa a ser o critério fundamental para ser decidida a adoção. Esta tem como principal objetivo defender e promover o bem-estar das crianças tendo em atenção a definição do seu projeto de vida. Da mesma forma, quando a família biológica não esta presente ou apresenta disfuncionalidades que comprometem a existência de uma relação afetiva com a criança, prevê a Constituição que se garanta sempre o superior interesse da criança particularmente através da adoção.

No sistema jurídico português o interesse da criança justifica sempre uma intervenção judiciária quando existe o perigo de o desenvolvimento e formação da criança não ser o adequado à sua formação integral e equilibrada. Em caso de conflito familiar, quando o destino da criança e as questões parentais devam ser tuteladas, continua a prevalecer o princípio do interesse superior da criança.

Pelo que foi enunciado, revela-se indispensável para que a criança encontre estabilidade afetiva que quem se propõe e exercer funções parentais lhe preste os adequados cuidados e afetos que são expectáveis dentro de um contexto familiar, inserido numa realidade social, essa sim, alvo de algumas mutações que não se podem

desconsiderar. A partir desta ideia, e lembrando as alterações que a família tem sofrido, a sociedade tem-se aberto cada vez mais à parentalidade não convencional.

Tal situação é particularmente visível através da valorização do instituto da adoção e da atribuição da guarda de facto ou de direito a terceiras pessoas. O centro dos processos em que se decide a guarda de uma criança não reside apenas nas condições dos pais ou na sua capacidade parental, analisada em abstrato, mas na pessoa da criança, nas suas necessidades de segurança afetiva. Resultando daqui que a determinação daquilo em que consiste em cada caso, o superior interesse da criança, é complicada e de difícil definição.

Numa situação de urgência em que a proteção se mostra essencial para o equilíbrio físico e psicológico da criança, pode chegar-se à institucionalização, pois essa pode ser do seu superior e imediato interesse, mas nunca esquecendo que esta solução deve ser temporária e nunca definitiva pois compete ao estado criar-lhe as melhores condições para que se possa desenvolver plenamente em contexto familiar, como já tivemos oportunidade de referir. Existindo ponderações em cada caso e no seu contexto concreto, cabe às instituições envolvidas e aos profissionais no terreno, o dever de conduzirem uma avaliação exaustiva e ponderar cada situação para se tentar perceber de forma inequívoca se a adoção é a melhor solução para a criança e se respeita o seu superior interesse.

Não obstante estas cautelas, a eficácia concreta das decisões judiciais é naturalmente limitada. Na verdade, apesar da consagração legal do respeito pelo princípio do interesse superior da criança, torna-se necessário criar formas de atuação interdisciplinar que assegurem uma maior rapidez e eficácia na intervenção judicial e não judicial, com vista ao objetivo de se encontrar uma decisão definitiva e célere que defenda o interesse da criança, assumindo nesse exercício que a natureza algo indeterminada do conceito do interesse superior da criança, pode envolver contornos distintos de acordo com a sensibilidade de cada juiz, e que esse espaço de indeterminação, pode ser, em alguns casos, uma vantagem num assunto cuja natureza pressupõe a ponderação de variáveis tão pessoais e circunstanciais.

No entanto, e como reverso da medalha, considerar o interesse da criança como conceito indeterminado, pode permitir na prática que as convicções pessoais e os preconceitos dos juizes tenham o seu peso, gerando um fenómeno de

discricionariiedade judicial. Apreciações divergentes sobre o conteúdo do conceito legal de interesse da criança põem em causa a segurança jurídica e o direito à igualdade, valor essencial do estado de direito que exige tratamento idêntico de situações semelhantes.³⁸

A propósito de diversas decisões, quer administrativas quer judiciais, a sociedade portuguesa tem sido confrontada com apreciações divergentes sobre o conteúdo legal do conceito de interesse superior da criança, traduzidas em interpretações opostas dos preceitos legais, circunstância que não favorece antes colide com a necessidade de garantir a segurança jurídica, valor essencial num estado de direito. A doutrina tem definido o interesse da criança como um conceito indeterminado, que carece de preenchimento valorativo e que goza de uma força apelativa, focando a sua atenção na criança como pessoa e para os seus direitos. Contudo, na prática, esta noção apesar do seu carácter humanista, que parece gerar um aparente consenso, tem-se revelado um critério pouco útil, porque abrange uma variedade de sentidos, prestando-se a interpretações subjetivas decorrentes das convicções pessoais e das ideologias de quem decide. Na prática, o critério parece fracassar em alguns casos, na sua missão de proteger as crianças, porque serve inadequadamente de veículo para conceções não testadas sobre o que é melhor para as crianças, acabando por refletir os interesses dos adultos. Este defeito do princípio do interesse da criança em abstrato, fundamentador de qualquer solução provoca falta de transparência nas decisões que omitem o verdadeiro elemento que as motivou.

Deste modo, a importância das decisões relativas às crianças e que visam o seu bem-estar físico e psíquico, exigem a concretização do conceito de interesse da criança, através de regras específicas e objetivas baseadas nos seus direitos e em soluções equitativas que melhor promovam o seu desenvolvimento e que tenham por base, no poder de quem decide, o esforço permanente de não fundamentarem, de forma expressa ou não, as suas decisões sobre qualquer tipo de preconceito ou pré-juízos, sejam eles de que natureza forem. É muito importante vincar este pressuposto e este esforço pedido a todos os intervenientes no processo, mais quando as decisões sobre a vida das crianças podem causar-lhes sofrimentos e entraves ao seu desenvolvimento.

³⁸ Ver: Maria Clara SOTTOMAYOR, *Temas dos...*, *Ob. Cit.*, pp. 50 e 51.

Na busca da concretização e respeito deste princípio tem-se procurado definir um conjunto de direitos da criança cuja violação permite antever uma situação de prejuízo ou perigo, por forma a ponderar se a sua verificação merece a aplicação de medidas de proteção que afastem o perigo para a segurança, para a saúde e, por fim, para a não menos importante, formação moral e pessoal da criança, sempre tendo em vista a prossecução do seu desenvolvimento integral, bem jurídico garantido pelo artigo 69º da CRP.³⁹

O mais seguro e eficaz meio de atingir o real alcance do conceito legal de superior interesse da criança, que será sempre algo indefinido pela sua própria natureza, é procurar enunciar um maior número de direitos da criança que sejam entendidos como fundamentais para o seu desejado desenvolvimento integral. Compreende-se assim que “o superior interesse da criança consiste em criar-lhe as melhores condições para que se possa realizar integralmente como pessoa humana como ser social espiritual, consciente e livre.”⁴⁰

Aqui se inserem os enunciados direitos de cada criança ao seu integral desenvolvimento e as especiais características e exigências desse desenvolvimento, assim como todas as premissas que impõem e regulam a promoção e o respeito de todas as condições a atender e a acautelar para que se verifique a materialização desse desenvolvimento, tendo em conta as diferentes etapas em que ele se verifica.

Deve, por outro lado, assumir-se ainda, neste contexto, uma dimensão interdisciplinar que se abre aos dados das outras ciências sociais e humanas que identificam o interesse da criança com a estabilidade e manutenção da relação afetiva com as suas pessoas de referência e que cuidam de si no dia-a-dia. Assim os pareceres de especialistas devem ser proferidos por profissionais com formação especializada em psicologia infantil ou em saúde mental, consoante a questão a tratar e apesar do seu papel auxiliar do juiz, não

³⁹Ordem dos Advogados, Conselho Regional de Lisboa, O Superior Interesse da Criança na perspectiva do respeito pelos seus direitos. http://www.oa.pt/cd/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?sidc=31634&idc=8351&idsc=21852&ida=75761 (Acesso em 23/06/2016).

⁴⁰José Maria da Silva Rosa, “Do Desejo à Invocação: Reptos da adoção à maternidade e à paternidade”, in Manuel MATIAS e Mauro PAULINO (Coord), *A Criança no processo de adoção, realidade, desafios e mudanças – Do desejo à invocação: reptos da adoção à maternidade e à paternidade*, Prime Books, Lisboa,2014. p.19.

são vinculativos sob pena de se retirar aos tribunais através da delegação noutros profissionais a função judiciária de administrar a justiça (artigo 202 n.º1 e 2 CRP).⁴¹

Os princípios fundamentais proclamados na declaração dos direitos da criança, na convenção sobre os direitos das crianças e na CRP, reconhecem à criança o direito a um integral e harmonioso desenvolvimento da sua personalidade, em ambiente familiar, numa atmosfera de felicidade, amor e compreensão, e estes princípios devem ser tidos em conta sempre que uma decisão administrativa ou judicial se revela necessária, no sentido de assegurar o bem-estar físico e psíquico da criança.⁴²

Face ao exposto pode afirmar-se que o superior interesse da criança deve nortear e ser considerado em todas as decisões que lhe dizem respeito, quer tratando-se dos tribunais quer das autoridades administrativas quer dos órgãos legislativos que tutelam os direitos que lhes foram consagrados.⁴³

Finalmente a criança e todas as suas ligações e circunstâncias, que a definem e enquadram, e todas as pessoas envolvidas na sua situação de vida, atual e futura, devem entrar obrigatoriamente nesta ponderação.

⁴¹ Ver: Maria Clara SOTTOMAYOR, *Temas dos...*, *Ob. Cit.*, p. 51.

⁴² Ordem dos Advogados, Conselho Regional de Lisboa, “O Superior Interesse da Criança...”, disponível em http://www.oa.pt/cd/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?sidc=31634&idc=8351&idsc=21852&ida=75761 (Acesso em 23/06/2016).

⁴³ Armando LEANDRO, “O Superior interesse da...”, *Ob. Cit.*, pp. 80 a 88.

2º Capítulo

Os Direitos das Minorias Sexuais

1) O Princípio da igualdade e a defesa das minorias sexuais

O princípio da igualdade, no quadro da civilização ocidental onde vivemos, significa falar de uma específica forma de pensar e de estruturar a vida social visando a construção de um “destino comum, coincidente com um ideal de justiça que a todos convoca”.⁴⁴

Nesse mesmo desejo que se aspira ser comum, se inserem as palavras contidas no artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 10 de Dezembro de 1948, que são ainda hoje marcantes e mudaram a sociedade que hoje conhecemos e que declara, de forma inequívoca que: «Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade». Estas declarações pretendem acautelar e garantir um sentido de justiça que possa ser considerado um modelo que se deseja exemplar e inspirador.

A igualdade e a liberdade, como valores estruturantes, adquiriram, com as Revoluções Liberais, um sentido fundamental na vida sociopolítica das populações, tornando-se assim, elementos integrantes e indispensáveis da sociedade. A vontade de garantir a sua realização concreta deu origem à redação de documentos formais nomeadamente Declarações de Direitos e, em particular, constituições escritas.⁴⁵

Estes documentos formais, onde se incluem as Declarações de Direitos e as Constituições escritas são, assim, redigidos e arquitetados como salvaguardas essenciais de uma certa forma de agir politicamente e socialmente e, principalmente, como garantia de que a igualdade e a liberdade são direitos fundamentais de todos e devem estar garantidos pelo manto da justiça.

⁴⁴ Maria Glória F. P. D. GARCIA, *Estudos sobre o princípio da igualdade*. Almedina, Coimbra, 2005.p. 7.

⁴⁵ Maria Glória F. P. D. GARCIA, *Estudos sobre...*, *Ob. Cit.*, p. 8.

A forma mais precisa de explicitar o conteúdo do princípio da igualdade parece ser aquela que distingue nele duas faces essenciais: por um lado, a exigência de que todas as pessoas sejam tratadas pelo Direito de modo igual, por outro, a imposição de que todas as pessoas sejam consideradas pelo Direito vigente, não de modo igual, mas como iguais que são. Desta forma, o princípio da igualdade garante que cada indivíduo será tratado com igual preocupação e respeito por parte do estado, ou seja, o princípio da igualdade não lhe garante o mesmo tratamento, mas antes um tratamento como igual.

Entre nós, é no artigo 9.º que a Constituição da República Portuguesa emprega pela primeira vez a palavra igualdade. Esta disposição encontra-se contida nos “Princípios fundamentais”, e determina que “São tarefas fundamentais do Estado (...) d) Promover (...) a igualdade real entre os portugueses (...) e h) Promover a igualdade entre homens e mulheres”. Depois, da leitura atenta da constituição, palavras e expressões como “igual”, “iguais direitos” ou “igualdade” surgem muitas vezes inscritas nas normas constitucionais.

Esta garantia resulta da ligação entre o princípio da igualdade e a dignidade da pessoa humana onde se declara que todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei. É porque todos têm igual dignidade é fundamental que todos sejam tratados como iguais. Assim, facilmente se percebe que só são admissíveis as diferenciações fundamentadas em critérios que não ponham em causa a igual consideração e respeito devidos a todas as pessoas.⁴⁶

A ideia geral de igualdade consta, no entanto, de uma disposição à parte. Assim, o artigo 13.º diz que todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei (n.º 1) e que (n.º 2) ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão da ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica ou condição social e, sublinhamos, orientação sexual.

A declaração de que todos os cidadãos são iguais perante a lei, constante no artigo 13.º corresponde, na tradição do constitucionalismo europeu, à formulação habitual do princípio da igualdade desde os finais do século XVIII. A verdade é que, apesar de a formulação ser basicamente a mesma desde há quase duzentos anos, a nossa percepção,

⁴⁶ Jorge Reis NOVAIS, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004. pp. 109 e 110.

porém, sobre o seu significado foi sendo alterada. Este processo histórico de mudança de percepção, partiu do nosso entendimento do que é hoje o conteúdo do princípio, algo distante e mais complexo do que aquilo que inspirou os primordiais textos das declarações de direitos.⁴⁷

Nas palavras de Maria da Glória Garcia, compreende-se de forma clara este princípio e as suas implicações: Formulações como «Os homens nascem livres e iguais em direitos» ou «todos são iguais perante a lei», continuam a afirmar o princípio, mas a sua compreensão tem de ser diferente. A igualdade que sustenta o princípio da igualdade deixa de ser compreendida como «natural» e absoluta e passa a ser compreendida como «construída», algo que se vai fazendo e que, mais do que ponto de partida, funciona, nas relações sociais, como ponto de chegada, como ideal a atingir.”⁴⁸ Fica assim clarificado que o princípio da igualdade não pode funcionar com uma aplicação cega formal; pressupõe ponderação e valoração das diferentes circunstâncias de modo a que recebam tratamento análogo os que se encontrem em situações análogas e diferenciadas os que se achem em situações diferentes.

O princípio da igualdade, num primeiro momento, demarcou-se das condições específicas, económicas, sociais, culturais de cada pessoa e transformou-se num instrumento de reivindicação de igual tratamento jurídico, mas que na sua aplicação é cego às características individuais e circunstâncias de cada indivíduo.

Constatou-se, no entanto, que o princípio da igualdade, assim entendido não teria o efeito desejado. De facto, ao esquecer as diferenças naturais dos indivíduos, o princípio da igualdade mais não faz, na verdade, do que promover as desigualdades entre os indivíduos. Considerando-se assim que o primeiro constitucionalismo, aquele mesmo que determinava, nas suas declarações de direitos, que a lei é igual para todos, não era regra geral correto ou o mais justo.⁴⁹

Desnecessário será hoje referi-lo, como os homens do século XVIII, como instrumento de erradicação de estatutos grupais privilegiados. A nossa cultura jurídica desenvolveu-se ao ponto de que nos seja possível entender este princípio também de modo

⁴⁷ Ver: Jorge REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.

⁴⁸ Maria Glória F. P. D. GARCIA, *Estudos sobre...*, *Ob. Cit.*, p. 12.

⁴⁹ Maria Glória F. P. D. GARCIA, *Estudos sobre...*, *Ob. Cit.*, p. 11 e 12.

subjetivo, ou dito de outra forma, “ (...) como instrumento que “garanta a expressão das diferenças individuais” e tendo-as, no entanto, em devida conta”.⁵⁰

Nas palavras de Maria Lúcia Amaral, “Este processo de subjectivização do entendimento do princípio resultou da sua aplicação ao próprio legislador. Era justamente esse o elemento que faltava que não podia deixar de faltar - no chamado “Estado-legislativo”. Como é próprio do Direito estabelecer diferenças justas entre as pessoas, e como é próprio do poder legislativo defini-las e constituí-las de acordo com a medida da justiça, a partir do momento em que a ideia de igualdade deixou de ser, apenas, o vínculo dos Tribunais e da Administração para passar a ser, também, o “vínculo total da função classificatória do legislador”, o conteúdo do princípio que a enuncia enriqueceu-se inevitavelmente com uma nova dimensão”. Deixando também claro que a fim de se concretizar a norma que lhe era superior, a lei não se podia permitir mais entender que igualdade consiste em que cada pessoa possa apenas usufruir dos mesmos direitos. Torna-se incontornável, por ser um imperativo da concretização da justiça “que a diferentes pessoas sejam atribuídos diferentes direitos; mas a medida da diferença entre os direitos de cada um, decidida e constituída pelo legislador, não pode não ter razão, não pode não ser razoável”.⁵¹

Em contracorrente ao que até aqui se considerava, as condições únicas de cada indivíduo requerem tratamentos diferenciados, sob pena de se criarem ou abusivamente permitirem diferenças sociais injustas.

Apesar de se considerar inalienável o princípio de que «Os homens nascem livres e iguais em direitos» ou «todos são iguais perante a lei», a sua compreensão tem de ser diferente. Por fim, a mesma autora escreve de forma assertiva que “quanto mais se conhece e especula sobre a realidade dos factos e situações, maior consciência se tem não só das igualdades que os unem e das diferenças que os separam, como ainda do contributo que um seu tratamento igual ou diferenciado pode trazer para a realização da paz no quadro da justiça em sociedade. O direito cobre hoje áreas da realidade social dificilmente imagináveis há algumas décadas, sendo esse alargamento, a par de fatores

⁵⁰ Maria Lúcia AMARAL, “O Princípio da Igualdade na Constituição Portuguesa”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Amado M. Guedes*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004. p. 40.

⁵¹ Maria Lúcia AMARAL, “O Princípio da Igualdade na...”, *Ob. Cit.*, p. 41.

ideológicos, decorrente da compreensão cada vez mais ampla e profunda do princípio da igualdade, fundado na ideia de igualdade relativa.”⁵²

A ideia basilar de igualdade não é assim mais compreendida como natural e absoluta, e passa a ser entendida como uma construção e um elemento estrutural da ordem jurídica. Partindo do princípio de que os homens são iguais, fundamento do princípio da igualdade, este acarretava a ideia de um tratamento pela lei em termos analogamente absolutos, qualquer que fosse o conteúdo desse mesmo tratamento. A ser assim, o princípio da igualdade acabaria por ficar reduzido apenas a uma exigência imperativa. E assim sendo, visto apenas como um mero princípio, conduziria a uma caracterização como princípio formal, alheando-se de condições consideradas específicas, económicas, sociais, etc., dos indivíduos, pois está unicamente preocupado em se tornar um instrumento de reclamação de igual tratamento para todos os cidadãos, colocados em igualdade absoluta e definitiva.⁵³

A igualização de todos numa única classe, com a designação de cidadãos, é o objetivo que se procura conseguir através da generalidade da lei, levando a que desta forma se apresente como a derradeira exigência do princípio da igualdade.⁵⁴

O que se pretende porém, a nosso ver, é na verdade um tratamento diferenciado das situações distintas, assim como o tratamento igual das situações iguais. Poder-se-á, desta forma, considerar duas situações distintas, uma em que se determinam os factos ou situações que importa considerar iguais ou desiguais e aquela em que, no interesse de concretização da justiça, se define o tratamento semelhante ou diferenciado. No confronto desses dois entendimentos está a criação do direito e conseqüentemente a necessidade de fazer cumprir o princípio da igualdade.⁵⁵

Efetivamente, quanto mais se conhece sobre a realidade dos factos e situações, maior conhecimento se forma não só das igualdades que os unem e das diferenças que os afastam, como ainda do bom e útil contributo que um seu tratamento igual ou diferenciado, pode aportar para o cumprimento desse mesmo princípio. Com o alargamento de uma compreensão cada vez mais vasta da realidade social, o direito abrange hoje várias áreas dessa realidade e deve atender às evidentes diferenças entre

⁵² Maria Lúcia AMARAL, “O Princípio da Igualdade na...”, *Ob. Cit.*, p. 17.

⁵³ Ver: Maria Glória F. P. D. GARCIA in *Estudos sobre...*, *Ob. Cit.*, pp. 36 e 37.

⁵⁴ Ver: Maria Glória F. P. D. GARCIA in *Estudos sobre...*, *Ob. Cit.*, pp. 36 e 37.

⁵⁵ Ver: Maria Glória F. P. D. GARCIA in *Estudos sobre...*, *Ob. Cit.*, pp. 15 e 16.

as pessoas, e não aceitar o princípio da igualdade como uma norma geral e abstrata, evitando assim incorrer no erro de continuar a permitir a desigualdade e a injustiça que se continuam a verificar. Persegue-se assim “A igualdade material traduzida na exigência de tratamento igual daquilo que é igual e tratamento desigual daquilo que é desigual». ⁵⁶ O princípio da igualdade revela-se assim, não ser neutro no momento em que impõe um certo tratamento jurídico, e tão pouco é neutro no seu desenvolvimento, pois reivindica determinada ponderação e uma escolha para esse mesmo tratamento.

De facto, bastaria afirmar que todos os homens são iguais em dignidade e direitos perante a lei e que é suficiente afirmar que o que é igual deve ser tratado igualmente e o desigual desigualmente. De facto e na prática, é preciso garantir que ninguém seja privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de um dever em face de singularidades específicas tais como: ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, orientação sexual, instrução, situação económica ou condição social.

Discriminar significa, pelo que ficou expresso, estabelecer diferenças entre as pessoas com fundamento injustificado, ou com base em preconceitos sobre aquilo que as distingue ou sobre a sua identidade. Mesmo que culturalmente nos sejam incutidos, os pré-juízos nunca são muito racionais ou razoáveis. Em face destas realidades, o imperativo da proibição do arbítrio legislativo implica, proibição de discriminação no sentido de que não serão admitidas diferenças que a lei constituir e que não comportem outro alicerce que um preconceito ou uma convicção pessoal do legislador sobre o que caracteriza as pessoas e sobre aquilo que é de facto importante para a construção da sua identidade pessoal. O conteúdo fixado no n.º 2 do artigo 13º fixa e tem o proveito de indiciar a existência, na lei que distinga em função destas mesmas características, de uma diferença à partida intolerável se apenas baseada num pré-juízo do legislador. ⁵⁷

Efetivamente, a igualdade constrói-se juridicamente a partir de uma avaliação da realidade, ponderação essa que não só auxilia na boa persecução do critério uniformizador, como ajuda na análise comparativa dos factos e situações. ⁵⁸

⁵⁶ Jorge Reis NOVAIS, *Os princípios constitucionais...*, *Ob. Cit.*, p. 104.

⁵⁷ José C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, 1987. p. 299.

⁵⁸ Isabel BAPTISTA, *O Casamento homossexual e o ordenamento jurídico-constitucional português*, Cosmos, Chamusca, 2010. pp. 72 e 73.

A título de exemplo, poderemos invocar o caso dos cidadãos portadores de deficiências, em benefício dos quais se pretende atenuar ou eliminar as desigualdades, legislando positivamente em seu favor e permitindo uma diferenciação de tratamento que corresponde a um ideal de justiça, e de diferenciação de tratamento jurídico em situações objetivamente categorizadas de forma diversa. Nessa linha de razões, poder-se-á afirmar serem as discriminações positivas em análise, uma extensão mais abrangente do cumprimento do princípio.

Passados mais de vinte anos sobre a vigência da Constituição Portuguesa, observa-se que esta permite discriminações positivas deste tipo, em várias das suas normas, como acontece nos artigos 59.º, n.º 2, c) e 68.º, nº 3, quanto ao trabalho das mulheres, dos menores, dos diminuídos, no artigo 69.º, quanto aos órfãos e abandonados, e, no artigo 70.º, quanto aos jovens. Na verdade, as discriminações positivas, implicam, na sua aplicação, uma atenta e sensível ponderação. Exige-se, neste exercício, um claro sentido de justiça e de solidariedade social ao Estado e ainda que se estabeleçam limites para tais discriminações ou preferências, devendo ter-se o cuidado de nunca se violar o cumprimento do princípio da igualdade que as tornou necessárias.

É possível inferir, a partir destas premissas, que o princípio da igualdade impõe o tratamento igual do igual e diferente do diferente, obrigando, para a diferença, a uma razão não proibida e esclarecida de igual maneira se deve conceber que o princípio da igualdade só impõe discriminações positivas, sempre e quando estas permitam corresponder a um consenso social, e sempre e quando busquem a dignidade humana. E o bem-estar pessoal e social de todos, acrescentamos.⁵⁹

As proibições de diferenciação que ocorrem em resultado daquelas características pessoais enumeradas no n.º 2 do artigo 13.º, impõem-se como proibições absolutas para quem “aplica” a lei ou para quem “executa”, mas têm um valor jurídico diferenciado para quem legisla. Em princípio os limites decorrentes do n.º 2 do artigo 13.º tomam-se como indicadores negativos; mas a interdição de constituição de diferenças em função de cada uma das características pessoais que é descrita pela Constituição Portuguesa, não pode ter uma validade cega ou absoluta podendo e

⁵⁹ Maria Glória F. P. D. GARCIA, *Estudos sobre...*, *Ob. Cit.*, p. 26.

devendo a resposta ser ajustada e diversa, tal o é a realidade que nos cerca e que implica necessariamente, a constituição legislativa de diferenças.⁶⁰

Assim, e por força do cumprimento do princípio de igualdade, quando se põe a questão da possível obrigação de um comportamento jurídico diferenciado, deve-se ponderar com cuidado o resultado e efeito deste mesmo comportamento. Sendo este se não o maior, pelo menos o mais importante desafio que hoje a conciliação entre a igualdade e a liberdade colocam.

Pode-se, em resumo, como refere Maria da Glória Garcia, “ dizer que o princípio da igualdade proíbe tratamentos diferenciados repousando não só sobre razões arbitrárias, porque insuficientes e desrazoáveis, mas ainda sobre razões contrárias à dignidade humana”.⁶¹

Com alguma regularidade, e por forma a contribuir para a resolução e clarificação das dificuldades já elencadas, o Tribunal Constitucional tem-se pronunciado sobre o princípio da igualdade. A partir da doutrina oriunda do Tribunal Constitucional o princípio da igualdade comporta três dimensões distintas: a proibição do arbítrio, a proibição de discriminação e a obrigação de diferenciação, significando a primeira, a imposição da igualdade de tratamento para situações iguais e a interdição de tratamento igual para situações manifestamente desiguais; a segunda, a ilegitimidade de qualquer diferenciação de tratamento baseada em critérios subjetivos. Fica assim claro que, são aceites distinções de tratamento, desde que se incluam nos critérios constitucionais previstos.⁶²

O artigo 13º da Constituição da República Portuguesa, após a revisão de 2004, acrescentou a orientação sexual ao seu nº2, onde já se elencavam uma série de fatores que proibiam o tratamento discriminatório envolvendo violação do princípio da igualdade. Estes fatores, são vistos por Rui Medeiros e Jorge Miranda como “Os fatores de desigualdade inadmissíveis enunciados no artigo 13.º, n.º 2, da Constituição, são-no a título exemplificativo (até por causa da cláusula aberta do artigo 16.º, n.º 1), não, de modo algum, a título taxativo. Eles não são senão os mais flagrantemente recusados pelo legislador constituinte tentando interpretar a consciência jurídica da comunidade;

⁶⁰ Maria Glória F. P. D. GARCIA, *Estudos sobre...*, *Ob. Cit.*, p.18.

⁶¹ Maria Glória F. P. D. GARCIA, *Estudos sobre...*, *Ob. Cit.*, p. 19.

⁶² Isabel BAPTISTA, *O casamento homossexual ...*, *Ob. Cit.*, pp. 48 a 50.

não os únicos possíveis e, portanto, também não os únicos constitucionalmente insuscetíveis de alicerçar privilégios ou discriminações”⁶³

Tecidas estas considerações e delineados os limites que envolvem o conceito de igualdade, debruçemo-nos ainda sobre a noção de «orientação sexual», por nos parecer de enorme pertinência para a compreensão do conteúdo da nossa dissertação e porque a referida noção é uma das mais recentes na prática e na legislação dos direitos humanos. Os preconceitos, estereótipos negativos e discriminação, em apreço nesta fase da nossa dissertação, estiveram e estão profundamente enraizados na nossa sociedade e tal facto não pode, nem deve, em nosso entender, ser desconsiderado quando se trata de produzir legislação que possa contrariar estes comportamentos sociais.

A partir dessa constatação, foi possível felizmente, assistir a algumas mudanças, no que se refere à forma como se tem lidado com os direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais e Transsexuais. Assim, e a partir do momento histórico em que a Associação Americana de Psiquiatria, já em 1973, retirou a homossexualidade dos seus critérios de diagnóstico das doenças mentais, grande parte dos governos ocidentais iniciou a produção de legislação que pudesse proteger, a partir desta constatação científica, os direitos dessa minoria. Apesar disso, ainda é possível verificar uma assinalável diferença entre as mudanças legislativas e a aceitação social, todavia representada pelos estereótipos e discriminação que ainda marcam as nossas sociedades.

No nosso país, a proibição de discriminação baseada na «orientação sexual» foi acolhida na Lei Fundamental com a revisão de 2004, garantindo assim o legislador a proteção destas minorias sexuais perante a lei e a proibição da privação de quaisquer direitos por motivos de orientação sexual. A presença da «orientação sexual» no art.º 13º (nº 2) faz presumir que toda a distinção legal em função da homossexualidade é inconstitucional. Em princípio, viola a igualdade, toda a lei que faça a aplicação de um preceito seu depender da homossexualidade ou heterossexualidade do indivíduo.

Jorge Reis Novais escreveu, a propósito do princípio de igualdade que, “Conservando, no essencial, a mesma ligação à ideia de justiça, a luta contra os privilégios e à dignidade

⁶³ Ver: Rui MEDEIROS, Jorge MIRANDA, *Constituição Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

da pessoa humana que presidiam já ao seu acolhimento nos primórdios do Estado de Direito, o princípio da igualdade, tal como é atualmente entendido na generalidade dos Estados democráticos, reúne, por um lado, as diferentes dimensões que foram sendo apuradas ao longo dessa evolução secular, mas, por outro, abre-se a novas e discutíveis utilizações que fazem dele um princípio sempre aberto, controverso e de compreensão não tão linear quanto a uma evolução apurada ao longo de duzentos anos poderia fazer crer”⁶⁴.

Ainda a esse propósito e ampliando a análise e a reflexão sobre a realidade, surgem novas razões materiais, razoáveis e suficientes, que legitimam alterações das normas jurídicas, pela procura do cumprimento do princípio da igualdade, e pela procura do acompanhamento de algumas mutações que a sociedade vai sofrendo. A igualdade é, por essa ordem de razões, também, uma noção ou conceito que convive com abstrações, e que assume distintas compreensões e só é possível alcançar depois de clarificadas as especificidades das situações que se comparam, para efeitos de determinação da sua eventual igualdade.

Formalmente, só existe uma igualdade, mas no plano material existem tantas quantas as possíveis situações comparativamente semelhantes e com critérios valorativos equivalentes. A ser assim, a diretividade que subjaz ao princípio da igualdade no sentido material, deve ser entendida sempre em termos flexíveis e independentes de uma ideia predeterminada e final de igualdade.⁶⁵

Cientes que somos do muito que haveria ainda a dizer sobre esta temática, mas surgindo aqui a necessidade de síntese, citamos novamente as palavras da professora Maria da Glória Garcia, por nos parecerem esclarecedoras, sobre o princípio da igualdade e que rezam assim: “O princípio da igualdade é, em cada sociedade, o repositório de uma herança cultural e, simultaneamente, a fonte de um imaginário particular, o motor de um conjunto de reformas sociais. Deve, por isso, mobilizar a sociedade em relação a uma «pedagogia de realização», exigindo respostas jurídico-políticas coerentes, integradas numa visão global da realidade, num desejo de compreensão dos problemas sociais como um todo.”⁶⁶

⁶⁴ Jorge Reis NOVAIS, *Os princípios constitucionais...*, *Ob. Cit.*, p. 101.

⁶⁵ Maria Glória F. P. D. GARCIA, *Estudos sobre...*, *Ob. Cit.*, pp. 17 e 18.

⁶⁶ Maria Glória F. P. D. GARCIA, *Estudos sobre...*, *Ob. Cit.*, p. 28.

Por fim, algumas considerações finais ainda neste capítulo, para lembrar que nem todas as culturas vivenciam a sexualidade da mesma forma, nem estabelecem as mesmas sanções ou privilégios para determinados comportamentos ou orientações sexuais, sendo por isso, uma realidade ainda em desenvolvimento. Assim sendo, é – continua a ser - necessário questionarmo -nos continuamente a fim de perceber se não estamos a impor a nossa conceptualização cultural sobre a sexualidade e a orientação sexual, ou o acesso aos direitos, a outros grupos, especialmente se a nossa posição traduz um relativo privilégio de poder ou de maioria social.

2) O casamento civil na ordem jurídica portuguesa

A primeira função dos direitos fundamentais, diz o professor Doutor Gomes Canotilho, “é a defesa da pessoa humana e da sua dignidade perante os poderes do Estado”⁶⁷

Conforme se proclama na Declaração Universal dos Direitos do Homem, no seu artigo 16º “A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e do Estado”. A partir desta importante definição, percebe-se que a família, como célula fundamental do tecido social tem, felizmente, experimentado uma evolução significativa e gradual. Sendo constituída por diferentes pessoas, a família tem sofrido transformações que ocorrem em face das mudanças sociais, económicas, culturais, políticas e religiosas e que têm vindo a ocasionar as distintas composições da mesma.

A dificuldade surge, a nosso ver, quando se pretende definir os elementos fundamentais do conceito e essa dificuldade emerge desde logo na multiplicidade de formas e na distinta amplitude que o mesmo referido conceito vem assumindo ao longo dos tempos. A modalidade do casamento tem evoluído e não permanece a mesma, consagrando-se sistemas diversos que vão do casamento civil obrigatório, ao casamento

⁶⁷ Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição (7ª edição)*, Almedina, Coimbra. p. 407.

religioso obrigatório, passando pelo casamento civil subsidiário e pelo casamento civil facultativo.⁶⁸

Em épocas mais recuadas, a família era uma instituição que continha na sua base fundamentos religiosos e políticos, encabeçada por um chefe familiar, cuja função era a de a representar na sociedade. Neste momento e em face da evolução que este conceito sofreu, a família é hoje vista mais como uma ligação afetiva onde se supõe que prevalecem os sentimentos de solidariedade, de lealdade, de respeito e, por fim, de confiança e amor. Considera-se igualmente que a família é também a sede de formação das pessoas, sendo sede da sua primordial socialização e, conseqüentemente, da formação da sua dignidade e personalidade. Por fim, e não menos importante, a família deverá ser um amparo seguro para os seus membros, onde poderão recorrer se for caso disso e, assim, ter uma base de apoio para se poderem desenvolver integralmente.⁶⁹

A antiga redação do art.º 1577º do Código Civil Português referia e afirmava que o “casamento é contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida”. Nesta definição fica claro que o legislador foi bem explícito quanto ao que se deve entender por casamento. Além desta definição, o Código Civil português determinava, no art.º 1628º, al. “e”, que o casamento contraído por duas pessoas do mesmo sexo deveria ser tido como inexistente. A Constituição da República Portuguesa no seu art.º 13º, n. 2, proíbe a discriminação em razão da orientação sexual e no art.º 36º consagra-se o direito fundamental de contrair casamento.

A partir desta leitura, parece ser possível afirmar que aí reside a matéria para a discussão sobre a inconstitucionalidade dos dispositivos supracitados do CC português. O Tribunal Constitucional foi já chamado a apreciar esta questão, a propósito do caso de duas mulheres que pretenderam contrair matrimónio na 7ª Conservatória do Registo Civil de Lisboa, desejo que lhes foi negado. Esgotadas as vias ordinárias, onde se invocou a inconstitucionalidade dos referidos artigos, as duas mulheres recorreram ao Tribunal

⁶⁸ Ver: Duarte SANTOS, *Mudam-se os Tempos, Mudam-se os Casamentos? – O casamento entre pessoas do mesmo sexo e o Direito Português*, Coimbra Editora, 2009.pp.226 a 230.

⁶⁹ Mariana CHAVES, *Direitos em doses Homeopáticas: A situação Jurídica das famílias homafectivas em Portugal*, in IV Colóquio Internacional de Doutorandos/as do CES, 6-7 dezembro 2013, Cabo dos Trabalhos. P. 2 a 4. https://cabodostrabalhos.ces.uc.pt/n10/documentos/4.1.1_Marianna_Chaves.pdf (Acesso: 22/08/2016).

Constitucional com o objetivo de obterem assim o acesso ao casamento, em virtude da declaração de inconstitucionalidade material dos mencionados artigos do Código Civil português. O Tribunal Constitucional determinou porém que não havia afronta ao princípio constitucional da igualdade e o caso foi assim decidido.

Perante a situação relatada, consideramos importante sublinhar que, em muitos casos, a evolução social da família continua a não ser acompanhada pela evolução do direito. De fato, o que se evidencia é a existência, de facto, de transformações sociais que conduzem conseqüentemente a transformações nas relações familiares, onde diferentes valores pessoais passam a ser prioritários e que o direito que tutela estas relações, mais lento, parece às vezes não ser capaz de acompanhar em tempo útil.

Observa-se assim, apesar de tudo, um cada vez maior distanciamento do conceito tradicional de família, já que a família dos nossos tempos se caracteriza por uma cada vez maior valorização da vida emocional e afetiva de cada um dos seus membros. Cabe portanto ao Estado, acompanhar estas mutações e nas suas funções jurisdicionais e legislativas, cumprir o dever de legislar com as medidas necessárias para a constituição e o desenvolvimento dos diferentes tipos de família que vão emergindo das diferentes relações que as pessoas estabelecem entre si.⁷⁰

Nesse âmbito, Mariana Chaves, no seu trabalho sobre a situação jurídica das famílias formadas por casais homossexuais chama a atenção para a importância de “relembrar que – na maior parte das vezes – a evolução da família não foi acompanhada pelo direito e, quando foi, apresentou-se um descompasso patente. Todavia, não existem sinais de falência ou de decadência da família, não obstante pensamentos em contrário. O que se evidencia é o resultado de transformações sociais, o denominado fenómeno da despersonalização das relações familiares, onde se busca observar interesses essenciais para as pessoas, como o afeto, a solidariedade, a confiança, a lealdade, o respeito e o amor.”⁷¹

Desta premissa resulta para a autora que é imposto ao Estado, nas suas funções jurisdicionais e legislativas, o dever de executar medidas necessárias para a constituição, o acompanhamento e o desenvolvimento das famílias, e afirma ainda que: “Mesmo que houvesse uma mudança na Humanidade, na História e nos costumes, existe a

⁷⁰Ver: Mariana CHAVES, *Direitos em doses Homeopáticas...*, *Ob. Cit.*, pp. 2 a 4.

⁷¹ Mariana CHAVES, *Direitos em doses Homeopáticas...*, *Ob. Cit.*, p. 1.

imortalização da percepção de família como lugar onde é possível integrar os sentimentos, esperanças e valores, sendo o caminho para a realização do projeto de felicidade pessoal.”⁷²

No sentido de garantir e perseguir estas aspirações, muitos documentos oficiais apresentam disposições nesse sentido, como o artigo 16º nº 1 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que proclama “O homem e a mulher têm o direito de casar e de constituir família”. Do mesmo modo o artigo 12º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem: “O homem e a mulher têm direito a casar-se e a constituir família”. Não existe, portanto, um conceito de família constitucionalmente definido, sendo ele, por isso, um conceito relativamente aberto e cuja interpretação constitucional permite alguma adaptabilidade.

A Constituição de 1976, enquanto documento que emerge durante um período revolucionário, determinou, apesar disso, um conceito de família ligado a uma realidade social objetiva e garantindo-a enquanto instituição jurídica necessária e a ser salvaguardada e tutelada. Apesar desta tutela, não se pode construir um sistema de valores mais abrangente sem nos debruçarmos sobre a evolução das mentalidades que compõem a sociedade e sem colocar em causa ou repensar os conceitos que a suportam. Se o direito pode indicar o caminho para uma nova conceção de família deve igualmente reconhecer que a família moderna se funda preferencialmente no sentimento e na afetividade. Nesse pressuposto, o direito do século XXI deve consagrar um direito de família onde a mesma é livremente constituída por parceiros que se unem para partilhar responsabilidades, para juntos edificarem um projeto de vida assente em decisões individuais privadas, em nome da lógica amorosa. O casamento assume-se assim, como uma garantia institucional e é enquanto realidade jurídica protegida através de uma norma constitucional.⁷³

O direito de contrair casamento consubstancia-se assim como um direito fundamental consagrado no artigo 36º nº 1 da Constituição da República Portuguesa, tornando-se numa expressão normativa do princípio da dignidade da pessoa humana.

A esse propósito e citando José Carlos Giorgis, Renata Hessel, sublinha por sua vez que: “O direito de contrair casamento, é, uma expressão normativa do princípio da

⁷² Mariana CHAVES, *Direitos em doses Homeopáticas...*, Ob. Cit., p. 1.

⁷³ Isabel BAPTISTA, *O casamento homossexual ...*, Ob. Cit., pp. 13 a 18.

dignidade da pessoa humana, já qualificada como um direito, liberdade e garantia da pessoa, mudando o seu enfoque com ou sem necessidade de alteração legislativa segundo a realidade social, que não constitui mundo separado da Constituição.”⁷⁴

No caso do casamento, este também não se constitui, a esta luz, como um simples contrato de direito privado. O casamento comporta igualmente uma inelutável dimensão institucional que resulta na fundação de uma família. Originando a partir daí que, a lei regule de forma específica, imperativa e exaustiva todas as matérias consideradas atinentes ao casamento e à importância que a lei lhe confere, isentando-o neste domínio do regime-regra dos contratos. Tal ordem de ideias implica que os nubentes se limitam a aderir ao conjunto de efeitos fixados por lei, não podendo alterá-los pela inclusão de cláusulas acessórias, restando, na prática pouco mais do que um simples sim ou um não.⁷⁵

O conceito de casamento é assim um produto do direito, apesar de este instituto ter sofrido muitas alterações, de acordo com a evolução social. Em diferentes momentos históricos, o conceito de matrimónio foi objeto de profundas discussões doutrinárias. Situação que se confirmou quando se alargou o casamento às pessoas sem religião ou quando deixaram de ser proibidos os casamentos entre negros e brancos, casos verificados na África do Sul e alguns Estados dos Estados Unidos.

Na importante abertura que se verificou na lei portuguesa relativa ao casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, sendo esta uma decisão que pode unir, mas também dividir a sociedade, pretendeu-se claramente reafirmar a igualdade entre todos os cidadãos, neste caso em específico, proteger o seu legítimo acesso ao casamento civil. A luta entre opositores e defensores foi longa e a troca de argumentos mobilizou vários sectores da sociedade no nosso país. Observemos de seguida as diferentes perspetivas em confronto e o seu enquadramento geral, do ponto de vista do direito constitucional.

A consideração da temática relativa ao casamento entre pessoas do mesmo sexo pressupõe, previamente, o enquadramento das posições doutrinárias que, sobre o problema têm sido avançadas no nosso país.

⁷⁴ Renata HESSEL, *Adoção por casais homossexuais...*, *Ob. Cit.*, p. 82.

⁷⁵ Ver: Duarte SANTOS, *Mudam-se os Tempos...*, *Ob. Cit.*, p. 230 a 236.

De facto, podem ser reconhecidas três posições distintas: o casamento entre pessoas do mesmo sexo é uma exigência constitucional; está constitucionalmente proibido ou pode ser constitucionalmente reconhecido pelo legislador ordinário.⁷⁶

Analisemos então, de seguida, com algum detalhe, cada umas das referidas posições: Para os defensores da tese de que casamento entre pessoas do mesmo sexo é uma exigência constitucional, estes argumentam que a sua proibição constitui uma violação do direito de contrair casamento, do princípio da igualdade perante a lei, do direito ao desenvolvimento da personalidade e do direito à reserva da vida privada.⁷⁷ O casamento é aqui entendido como um ato de afirmação do amor entre duas pessoas. Neste sentido, salienta-se o facto de o casamento se traduzir num compromisso assumido entre duas pessoas livres e esclarecidas com carácter privado, questionando-se assim a natureza heterossexual que a ele está ligada, sobretudo quando a procriação não constitui um elemento fundamental do casamento. Igualmente ao não se estabelecer uma idade limite para o casamento (artigo 1601.º do CC), não obstando ao casamento a infertilidade ou impotência dos cônjuges envolvidos, ao mesmo tempo que outras formas de constituição da família fora do casamento são admissíveis, quer nas famílias monoparentais, quer através da adoção ou ainda por via do recurso a procriação medicamente assistida. O matrimónio poderá ser assim o que dele pretenderem os cônjuges, sendo delimitada a sua função de garantia, somente no capítulo dos direitos patrimoniais, regime de bens, obrigação de alimentos, efeitos sucessórios. Tudo o resto fica na disposição dos cônjuges, sempre dentro do espaço da sua privacidade e intimidade.⁷⁸

A consideração da «plena comunhão de vida» tanto acontece no casamento, como na união de facto, abrangendo uniões entre pessoas de sexo diferente ou do mesmo sexo. A limitação do acesso dos pares homossexuais ao casamento constitui, portanto, a impossibilidade do reconhecimento social da relação, com todos os reflexos negativos

⁷⁶ Duarte SANTOS, *Mudam-se os Tempos...*, Ob. Cit., p. 283.

⁷⁷ Neste sentido confronte-se: Carlos Pamplona CORTE-REAL, Luís Duarte D'ALMEIDA, Isabel MOREIRA, *O casamento entre pessoas do mesmo sexo. Três pareceres sobre a inconstitucionalidade dos artigos 1577.º e 1628.º, alínea e), do Código Civil*, Almedina, Coimbra, 2008. E ver também: Pedro Múrias, "Um símbolo como bem juridicamente protegido. Sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo" in *Casamento entre pessoas do mesmo sexo. Sim ou não?* Entrelinhas, Lisboa, 2008.

⁷⁸ Ver: Duarte SANTOS, *Mudam-se os Tempos...* Ob. Cit., p. 285 a 286.

que isso implica social e legalmente, não se mostrando satisfatória a adoção de qualquer outra figura equiparável ao casamento nestes casos.

Defende-se ainda por fim que o aditamento da categoria «orientação sexual» ao corpo do nº 2 do artigo 13.º da CRP, resultado da Revisão Constitucional de 2004, permite dissipar quaisquer dúvidas que ainda restassem sobre esta questão.⁷⁹

Por outro lado, num apelo à conceção tradicional do casamento, os defensores da tese de que o casamento entre pessoas do mesmo sexo está constitucionalmente proibido, defendem que o casamento equivale a uma «plena comunhão de vida» que só está ao alcance de uma união entre pessoas de sexo diferente, pelo que a abertura do casamento a pessoas do mesmo sexo constitui um atentado à instituição matrimonial, desfigurando o seu núcleo essencial.⁸⁰

Neste sentido, alega-se que a inerente garantia institucional do casamento comporta limites, sendo eles a proibição da poligamia ou de casamento entre pessoas do mesmo sexo. A Constituição impõe, assim que sejam respeitados pelo legislador os princípios estruturantes do casamento na ordem jurídica portuguesa e, entre esses princípios, considera-se que não se pode retirar o requisito da diferença de sexo entre os dois cônjuges.⁸¹

Na terceira e última posição doutrinária defende-se que o casamento entre pessoas do mesmo sexo pode ser reconhecido pelo legislador ordinário. Efetivamente, o casamento entre pessoas do mesmo sexo não se encaixa na linha de proteção do artigo 36.º da CRP, mas tão pouco pode considerar-se por ela excluído, sendo possível que o legislador ordinário estenda o regime do matrimónio a uniões compostas por pessoas do mesmo sexo.⁸²

O conceito histórico de casamento como união entre duas pessoas de sexo diferente, afirmam, não permite retirar e inferir da Constituição um reconhecimento direto e obrigatório dos casamentos entre pessoas do mesmo sexo, sendo certo que também

⁷⁹ Ver: Duarte SANTOS, *Mudam-se os Tempos... Ob. Cit.*, p. 286.

⁸⁰ Neste sentido confronte-se: Paulo Pulido ADRAGÃO. "Casamento: entre pessoas do mesmo sexo? Pressupostos fundamentais da questão", *In Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano. No Centenário do Seu Nascimento, Vol. II*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006. p. 527-533. E, ver também: Ferreira COELHO e Guilherme de OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, p. 203-204. Jorge MIRANDA e Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I*, Coimbra Editora, 2005. p. 405-406.

⁸¹ Duarte SANTOS, *Mudam-se os Tempos... Ob. Cit.*, p.687.

⁸² Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I, 4.ª ed.*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007. p. 568.

não impede o legislador de proceder ao seu reconhecimento ou à sua equiparação aos casamentos. Esta também nos parece ser a posição afirmada pelo TC

Analisadas estas três formas de pensar a questão em estudo nesta dissertação, e dentro de um quadro constitucional que, consagrando o direito fundamental de todos a contrair casamento, refletiu positivamente, em dialética com a sociedade, a necessidade de se proteger grupos de pessoas, com formas de vida legítimas, alterando os critérios históricos de proibição de discriminações para neles abranger a orientação sexual e consagrando o direito ao desenvolvimento da personalidade, é forçoso que se releia e atente no artigo 36.º da CRP.⁸³

Sendo certo que a CRP confere a todos o direito de contrair casamento, a Lei Fundamental evoluiu no sentido específico de proteção dos direitos que possam ser afetados por força da orientação sexual do titular. Fê-lo no artigo 13.º e no artigo 36º. A dignidade da pessoa humana concretiza-se num imperativo de igual tratamento das pessoas, estando vedada a discriminação com base na orientação sexual, ao que se junta o direito extensivo de todos de contrair casamento.

O já citado artigo 36.º, n.º 1, da CRP garante de forma clara, a todos, o «direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade”, por essa razão, se comparado com o artigo 1577.º do CC percebe-se, quanto a nós, uma diferença na ordem de inscrição dos direitos, uma vez que o direito de instituir uma família precede, na sua redação, o direito de contrair casamento. Desta forma o direito de contrair casamento é um direito de concretização constitucional, o que significa que o seu conteúdo principal é determinado, ou determinável, ao nível da Constituição.⁸⁴

Dessa leitura parece evidenciar-se que o direito de contrair casamento é um direito que está ao alcance de todos com as devidas exceções já fixadas na lei. Por essa razão, parece razoável e expectável que se estabeleça uma idade mínima para contrair casamento, ou que se interdite a celebração do casamento a incapazes e inabilitados por anomalia psíquica. Ou que se proíba o casamento entre determinadas pessoas em face dos laços de parentesco que as ligam, ou ainda que se torne inviável novo casamento se ainda se verificar a não dissolução de casamento anterior.

⁸³ Duarte SANTOS, *Mudam-se os Tempos...*, Ob. Cit., pp. 288 a 291.

⁸⁴ Ver: Duarte SANTOS, *Mudam-se os Tempos...*, Ob. Cit., p. 285.

Os exemplos assinalados são impedimentos que se justificam do ponto de vista do interesse público. O que já não ocorre quando se colocam impedimentos fundados na raça, religião, ideologia ou a nacionalidade dos nubentes. Tais impedimentos constituiriam por si restrições absolutamente inconciliáveis com os conteúdos fundamentais do referido direito, cuja tutela surge assegurada pelo artigo 18.º, n.ºs 2 e 3, da CRP.

Sabendo que o artigo 36.º, n.º 1, da CRP concede a todos o direito de contrair casamento «em condições de plena igualdade, importa agora, apurar em que termos se deve interpretar a «plena igualdade» aqui manifesta neste preceito e se ela permite e abre a possibilidade igualmente aos pares homossexuais de contraírem casamento, tendo por horizonte a justiça e o facto de o princípio da igualdade constituir um dos princípios basilares do Estado de Direito e corresponder a uma ideia de dignidade da pessoa humana (artigo 13.º, n.º 1, da CRP).

É importante sublinhar que a Constituição da República Portuguesa foi sujeita em 2004 à sexta Revisão Constitucional, nos termos da qual, como já se referiu, entre outras alterações, se procedeu ao aditamento do facto «orientação sexual» ao conjunto de categorias expressamente previstas no n.º 2 do artigo 13.º da CRP. Este aditamento na lei civil, consideram muitos, parece confirmar o que para tantos já se tornara evidente: o casamento entre pessoas do mesmo sexo é, em essência, uma imposição constitucional.

A proibição do casamento entre pessoas do mesmo sexo prevista no artigo 1577.º do CC parecia colocar um problema de igualdade na medida em que lidava com algumas das categorias suspeitas previstas no artigo 13.º, n.º 2, da CRP, a da «orientação sexual». O que aqui está em causa é o direito fundamental de contrair casamento, direito esse que se considera conexo com a dignidade da pessoa humana e que constitui manifestação do seu direito ao desenvolvimento da personalidade, dito isto, subjaz a questão: ao restringir o casamento a duas pessoas de sexo diferente, não estará o legislador a consagrar uma desvantagem ilegítima para os pares homossexuais, discriminando-os?

É importante saber que o n.º 2 do artigo 13.º da CRP não escolheu ao acaso os fatores que expõe. Na verdade, tal escolha corresponde aos fatores que marcaram o histórico de discriminações ilegítimas que permeiam a história da humanidade. As

também chamadas categorias suspeitas, a que pertence a orientação sexual, funcionam aqui como presunções, no sentido em que qualquer discriminação estabelecida em função desses fatores suspeitos será considerada inconstitucional, se não se verificar adequada justificação constitucional, querendo isto dizer que passou a ser agravado, desde 2004, o dever de fundamentar materialmente uma discriminação legal em função da orientação sexual.⁸⁵

Sendo o casamento, por excelência, um instrumento do exercício do direito à afirmação da identidade pessoal e ao desenvolvimento, livre e coerente, da personalidade, no respeito pela reserva de intimidade da vida privada (artigo 26, 11 n.º 1 da CRP), direitos primordialmente salvaguardados num Estado de Direito Democrático (artigo 2.º da CRP) assente no primado da dignidade humana (artigos 1.º e 26.º, n.º da CRP) e da liberdade (artigo 27.º da CRP).

Perante esta nova realidade, muitas vozes se levantaram e Isabel Moreira considerou que foi consagrado o direito fundamental de todos de contrair casamento, quando a “constituição refletiu positivamente, em dialética com a sociedade, a necessidade de se proteger grupos de pessoas silenciados pelas suas legítimas formas de vida, alterando os critérios históricos de proibição de discriminações para neles incluir a orientação sexual e consagrando o direito ao desenvolvimento da personalidade” (Artigo 36.º da CRP).⁸⁶ Refere a mesma autora que o direito das minorias, seja em que contexto for, tem que ser reconhecido, não obstante os preconceitos religiosos, morais e ideológicos, enquadrando nestes pressupostos os relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo, que sempre existiram e que justificam em igualdade de circunstâncias, soluções e enquadramento jurídico.⁸⁷

No nosso país, o legislador sentiu necessidade de consagrar medidas legislativas que garantem a igualdade e a não discriminação em função da orientação sexual. Assim, entre outros, podemos citar: o artigo 13.º, n.º 2, da CRP, na redação dada pela Lei Constitucional n.º 1/2004, de 24 de Julho, onde passou a constar a expressão: “*orientação sexual*”; os artigos 22.º, n.º 2, e 23.º, n.º 1, do Código do Trabalho, na versão

⁸⁵ Carlos Pamplona CORTE-REAL, Luís Duarte D’ALMEIDA, Isabel MOREIRA, *O casamento entre pessoas do...*, Ob. Cit., pp.45 a 46.

⁸⁶ Isabel MOREIRA, Luís DUARTE D’ALMEIDA, Carlos PAMPLONA CORTE-REAL, *O casamento entre pessoas do...*, Ob. Cit., p. 46.

⁸⁷ Isabel MOREIRA, Luís DUARTE D’ALMEIDA, Carlos PAMPLONA CORTE-REAL, *O casamento entre pessoas do...*, Ob. Cit., pp.47 a 48.

aprovada pela Lei nº 99/2003, de 27 de Agosto, reconhecendo, respetivamente, o direito à igualdade no acesso ao emprego e no trabalho e a proibição de discriminação, neles constando a expressão orientação sexual, tutela que se mantém nos artigos 24.º, n.º 1, e 25.º, nº 1, do Código do Trabalho, na redação que lhe foi conferida pela Lei nº 7/2009, de 12 de Fevereiro.

Por forma a robustecer o que já foi dito, e num olhar mais abrangente sobre a evolução da legislação mundial sobre esta temática, consideramos pertinente recordar que foi na Dinamarca que, em 1989, surgiu o primeiro instrumento normativo exclusivamente dirigido à tutela das uniões entre pessoas do mesmo sexo, que se mostrou bastante popular junto dos países dessa área geográfica e foi assim uma solução com bastante adesão por esses mesmos países.⁸⁸ Estas uniões registadas iriam proliferar um pouco por toda a Europa e ainda nos Estados Unidos, Canadá, África do Sul, Austrália, Nova Zelândia, Colômbia, Argentina, entre outros. Já em 2001 a Holanda tornou-se no primeiro país do mundo a reconhecer o acesso de pessoas do mesmo sexo ao casamento. Seguiram-se a Bélgica em 2003, o Estado norte-americano do Massachusetts em 2004, a Espanha e o Canadá em 2005, a África do Sul em 2006 e, já em 2008, a Noruega e os Estados norte-americanos da Califórnia e do Connecticut.⁸⁹

Voltando a Portugal, a Lei nº 7/2001, de 11 de Maio, que revogou a anterior Lei da União de Facto - Lei nº 135/99, de 28 de Agosto, veio alargar o regime de tutela da união de facto à união entre pessoas do mesmo sexo, na linha do que outros países já haviam feito. A Lei n.º 7/2001 confere à união de facto, independentemente do sexo dos parceiros, direitos no que respeita à casa de morada comum, relações laborais, benefícios fiscais, segurança social, apesar de restringir o direito de adotar à união de facto entre pessoas de sexo diferente (artigo 7.º).

Da breve análise desta legislação, acreditamos, ser cada vez mais aceite entre nós o respeito pela diferença, e parece ser possível afirmar que, não deve caber ao Estado intervenção na autonomia de cada um, abstendo-se este de emitir legislação penalizadora dos comportamentos, com base em determinações morais, cabendo-lhe antes identificar e tutelar situações relevantes e merecedoras de enquadramento jurídico. Era factual e evidente a necessidade de que o Estado interviesse e tutelasse as

⁸⁸ Ver: Duarte SANTOS, *Mudam-se os Tempos...*, *Ob. Cit.*, p. 123 a 126.

⁸⁹ Ver: Duarte SANTOS, *Mudam-se os Tempos...*, *Ob. Cit.*, p. 176 a 200.

relações entre pessoas do mesmo sexo, pois estas necessitavam urgentemente de proteção jurídica. Tal tutela torna-se ainda mais útil quando se sabe que este é um assunto que traz consigo uma enorme carga social e, até diríamos, política.

O direito de contrair casamento é assim, também, como facilmente se infere, em primeiro lugar, uma expressão normativa do princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado no artigo 1º da CRP. A nosso ver, a Constituição e realidade social não são mundos separados, e devem, por isso, complementar-se, tendo em devida conta que o significado do direito fundamental em apreço muda mesmo que as alterações legislativas não o acompanhem. A dignidade da pessoa humana serve-nos aqui como elemento que unifica direitos fundamentais e o sistema constitucional.⁹⁰

Nessa linha de raciocínio, os direitos fundamentais, enquanto expressão da dignidade da pessoa humana, garantem ao indivíduo um espaço de não intervenção alheia, garantindo que não lhe será vedada a possibilidade de se assumir e ser o que é em exercício da própria liberdade. Tendo a experiência mostrado que muitas vezes o espaço moral coletivo dominante, pode condicionar ou atuar contra direitos fundamentais, e porque os direitos fundamentais não podem ser subjugados e devem resistir ao discurso do que diz a maioria sobre o comportamento coletivo. E fundamentalmente porque a liberdade das pessoas está intimamente ligada à sua dignidade e não deve esperar pelo consenso social para ter pleno uso dela, pretendeu-se com este passo sublinhar a vital importância de uma ordem constitucional fundada na dignidade da pessoa, que subordina o Estado, e que inscreve o titular num universo de liberdade, e de igualdade. Desta forma e, unicamente por razões muito excepcionais e com apoio na Constituição, pode o legislador arredar qualquer pessoa desse direito. Esta foi, a nosso ver, uma alteração legislativa de grande dimensão social e com profundos reflexos na vida das pessoas.

Ainda, e em relação às questões da moral coletiva, o instituto do casamento no nosso sistema jurídico mostra a inexistência de uma ligação do mesmo com o requisito da procriação, pois o direito de contrair casamento beneficia qualquer indivíduo, independentemente da sua fertilidade, potência sexual ou manifestação da sua vontade reprodutiva. O regime jurídico do casamento está sim ligado ao interesse do

⁹⁰ Isabel MOREIRA, Luís DUARTE D'ALMEIDA, Carlos PAMPLONA CORTE-REAL, *O casamento entre pessoas do...*, *Ob. Cit.*, pp.38.

reconhecimento público do compromisso dos membros do casal, institucionalizando a sua vontade de constituir-se em família, mediante a plena comunhão de vida e o acordo de, reciprocamente, assumir um compromisso de amor, afeto, e companheirismo e solidariedade. Da leitura de tal legislação, assume-se como evidente que a diversidade de géneros no casal é irrelevante para esse interesse.⁹¹

A fundamentação da proibição do casamento entre pessoas do mesmo sexo nos termos expostos abria o espaço para muitas críticas devidamente apontadas por quem, (ver os exemplos de Isabel Moreira e Carlos Pamplona Côte-Real⁹²) entende que a plena comunhão e o assumir de um compromisso de vida também está ao alcance das uniões entre pessoas do mesmo sexo. A verdade é que a plena comunhão de vida não pressupõe uma relação de causa/efeito entre casamento e procriação, eliminando assim estas conceções mais radicais que prescrevem uma relação inequívoca. Ao contrário, a plena comunhão de vida, genericamente considerada, é própria de qualquer relação que envolva uma partilha de afetos, recursos financeiros, partilha de habitação, por fim e não menos importante a partilha de um destino comum com carácter duradouro.

O propósito de “constituir família”, prescrito na lei, poderia sugerir, segundo algumas interpretações, a finalidade forçosamente procriadora do casamento, implicando assim a exigência da heterossexualidade, mas tal exigência está longe de corresponder ao regime jurídico legalmente estabelecido. Com efeito, não encontramos na lei civil qualquer limite máximo de idade para a celebração do casamento (artigo 1601.º do Código Civil); assim como nada obsta ao casamento de qualquer nubente, infértil ou impotente, desde que tal circunstância seja conhecida do outro (artigos 1636.o e 1839.º, n.º 2, do Código Civil).⁹³

No respeito pelo exposto, cabe à lei civil definir o conteúdo do instituto do casamento, o que tem de fazer legislando, evidentemente, no respeito pela Lei Fundamental à qual está sujeita na estrutura hierárquica da ordem jurídica, no caso a Constituição da República Portuguesa que proíbe o tratamento discriminatório (Artigo 13º).

⁹¹ Ver: Renata HESSEL, *Adoção por casais homossexuais...*, *Ob. Cit.*, p. 80 e 81.

⁹² Ver Isabel MOREIRA, Luís DUARTE D’ALMEIDA, Carlos PAMPLONA CORTE-REAL, *O casamento entre pessoas do...*, *Ob. Cit.*

⁹³ Ver: Isabel MOREIRA, Luís DUARTE D’ALMEIDA, Carlos PAMPLONA CORTE-REAL, *O casamento entre pessoas do...*, *Ob. Cit.*, pp. 37 a 39.

Na legislação portuguesa, está expressa no citado artigo a proibição de tratamento diferente ou discriminação em função da orientação sexual, embora esta especificação já estivesse implicitamente abrangida e garantida pelo princípio da igualdade.

A verdade é que não se pode negar que a função de uma lei interpretativa é realmente tornar explícito e esclarecer o sentido normativo de uma lei anterior. E perante um enunciado exemplificativo, acrescentar-se em 2004, a menção da orientação sexual, dissipou qualquer dúvida, com a vinculatividade reconhecível e clara da dita interpretação.⁹⁴

Independentemente das dúvidas colocadas, o certo é que o legislador português escolheu uma determinada conceção de casamento, vertida no artigo 1577.o do CC, e que tinha na sua génese, para lá da sua natureza contratual e monogâmica, a diversidade de sexos.

Como vimos, o Código Civil português definia o casamento como um contrato celebrado «entre duas pessoas de sexo diferente», traduzindo-se na impossibilidade de dois homens, ou duas mulheres, se unirem através do matrimónio. A lei sancionava a união matrimonial entre duas pessoas do mesmo sexo com o grau máximo das invalidades: a inexistência jurídica. (artigo 1628.º, Alínea e), do antigo CC).

A solução consagrada no Código Civil decorria da conceção de casamento como o meio mais propício à fundação da família, só realizável pela união entre um homem e uma mulher, e encontrava suporte na doutrina nacional. Esta última asserção constitui um dos pilares sobre os quais se baseia a tese defensora da proibição constitucional do casamento entre pessoas do mesmo sexo.⁹⁵

Acompanhando a vida e a sua evolução, depois de um debate aceso e alargado na sociedade e confrontadas as razões expostas e as divergências entre defensores e detratores, seguindo o sentido da orientação de inúmeros países ocidentais e, particularmente europeus, foi aprovado em Portugal o casamento entre pessoas do mesmo sexo, tendo por base a não discriminação por orientação sexual e os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

⁹⁴ Ver: Isabel MOREIRA, Luís DUARTE D'ALMEIDA, Carlos PAMPLONA CORTE-REAL, *O casamento entre pessoas do...*, *Ob. Cit.*, 45 e 46.

⁹⁵ Ver: Duarte SANTOS, *Mudam-se os Tempos...*, *Ob. Cit.*, p 237.

Assim, a Assembleia da República Portuguesa aprovou, no dia 8 de janeiro de 2010, o acesso ao casamento civil entre pessoas do mesmo sexo com exclusão da adoção com 126 votos a favor 97 contra e 7 abstenções.

Uma vez recebida para promulgação, solicitou o Presidente da República ao Tribunal Constitucional, em sede de fiscalização preventiva, a apreciação da constitucionalidade das normas do artigo 1º, do artigo 2º (na medida em que altera a redação dos artigos 1577º, 1591º e 1690º, n.º 1, do Código Civil), do artigo 4º e do artigo 5º, todos do Decreto n.º 9/XI da Assembleia da República (que deu origem à Lei 9/2010). Por Acórdão de 8 de Abril de 2010 o Tribunal Constitucional decidiu não se pronunciar pela inconstitucionalidade daquelas normas, acabando a Lei por ser promulgada pelo Presidente da República em 17 de Maio de 2010.

Uma vez publicada, dela resulta, fundamentalmente, que a partir do dia 6 de junho de 2010 passou a ser possível, em Portugal, a celebração de casamento civil entre duas pessoas do mesmo sexo. Portugal tornou-se na altura, no oitavo país do mundo a permitir no seu território, casamentos civis entre pessoas do mesmo sexo, juntando-se aos Países Baixos, Espanha, Bélgica, África do Sul, Canadá, Noruega e Suécia. Esta medida foi essencial para acabar com esta discriminação, promovendo a igualdade e a liberdade e, foi assim deixado de considerar o casamento civil como um privilégio dos casais heterossexuais, abrindo este direito a todos, como se espera de qualquer sociedade igualitária.⁹⁶

3) A adoção por homossexuais na ordem jurídica portuguesa

No momento em que se alargou, finalmente, o instituto do casamento a todos os portugueses, vetou-se taxativamente a adoção por casais do mesmo sexo e, na opinião de muitos, a discriminação com base na orientação sexual parecia continuar. Considerou-se ser esta uma realidade a ser enfrentada, com base na certeza de que a Constituição proíbe, explicitamente, a discriminação com base na orientação sexual. E, apesar disto, a discriminação continuava a existir na lei ordinária, uma vez que o adoção continuava a não ser permitida a casais homossexuais.

⁹⁶ Renata HESSEL, *Adoção por casais homossexuais...*, *Ob. Cit.*, pp. 83 e 84.

Os beneficiários da adoção plena conjunta são duas pessoas casadas há mais de 4 anos e não separadas judicialmente de pessoas e bens ou de facto, ambas com mais de 25 anos, de acordo com o art.º. 1979º, nº 1 do Código Civil português. Os casais homossexuais agora no pleno exercício dos seus direitos de cidadãos e cidadãs perseguiram esse mesmo direito, alegando estarem em situação análoga à prevista na citada lei. Todavia para obstar à pretensão dos referidos casais que desejassem adotar conjuntamente, o art.º. 3º foi bem claro ao dispor que as alterações introduzidas pelo DL 9/XI não implicavam a admissibilidade legal da adoção, em qualquer das suas modalidades, por pessoas unidas pelo vínculo matrimonial, se pertencerem ao mesmo sexo.

Uma das consequências, no caso da proibição da adoção aplicada aos casais homossexuais, foi que um considerável número de crianças deixou de poder sair da institucionalização, porque lhes foi negada implicitamente a possibilidade de poderem experimentar a estabilidade emocional e o amor que esses casais com certeza tem para oferecer também e estes deixam de poder exercer o seu direito à parentalidade, em nome de discriminações infundadas, e claramente atentatórias ao próprio conteúdo da Constituição.

É importante, nesta fase do nosso trabalho, voltar a relembrar que a adoção, mais do que uma questão meramente jurídica, é uma situação de vida, uma escolha, uma opção e, claramente, um ato de amor. Nestas condições há a imperiosidade de considerar o *animus* de quem decide adotar uma criança e a necessidade de quem espera ter a possibilidade de ser integrado numa família. E tais fatos e circunstâncias independem da orientação sexual de todos os envolvidos, dependendo sim da sua indispensável responsabilidade parental e afetuosa.

Consideradas e ponderadas as razões acima invocadas, e numa tentativa de cumprimento do princípio de igualdade e, no respeito pela defesa do superior interesse das crianças candidatas à adoção, votou-se a aprovação da nova Lei no início de 2016.

Conseguida a aprovação da nova lei, nº 2/2016 com data de 29 de fevereiro, esta veio eliminar as discriminações no acesso à adoção, apadrinhamento civil e demais relações jurídicas familiares, procedendo à segunda alteração à Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, à primeira alteração à Lei n.º 9/2010, de 31 de maio, à vigésima terceira alteração ao

Código do Registo Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 131/95, de 6 de junho, e à primeira alteração ao Decreto-Lei n.º 121/2010, de 27 de outubro.

Recorde-se, por pertinente que, este já havia sido vetado pelo Presidente da República a 25 de janeiro, com o argumento de que a adoção por casais do mesmo sexo não foi antecedida de um debate público suficientemente amplo, e considerava ainda estar “por demonstrar” que estas medidas legais “promovam o bem-estar da criança”.

Devolvido o diploma à Assembleia da República esta voltou a confirmá-lo a 10 de fevereiro, por maioria absoluta (137 votos a favor, 73 votos contra e 8 abstenções), obrigando, desta forma, o Presidente da República, Cavaco Silva, a promulgá-la.

A partir deste momento, feita justiça completa na visão de muitos, e da nossa em particular, consideramos também pertinente uma análise à jurisprudência europeia sobre estas matérias, tendo em consideração que as suas decisões tiveram impacto na evolução da legislação portuguesa em apreço e já anteriormente elencadas nesta dissertação.

3º Capítulo

Análise da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

Neste capítulo, por forma a fundamentar a nossa visão, vamos proceder à análise das principais decisões jurisprudenciais relacionadas com o tema em apreço. Apesar de apresentarem realidades distintas, o certo é que apresentam dois denominadores comuns: o superior interesse da criança e a orientação sexual dos progenitores ou adotantes.

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, com sede em Estrasburgo, foi criado no ano de 1959. A sua missão é verificar o respeito pelos princípios da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, podendo apenas julgar os Estados que subscreveram a Convenção. As decisões do TEDH são vinculativas para os Estados considerando que a sua jurisprudência seja um critério orientador que deve ser seguido pelos Estados, sendo que a questão que subsiste é a fiscalização da execução dessas decisões.⁹⁷ Atualmente, o TEDH tem tido um papel de enorme importância na evolução do direito de família europeu, já que os ordenamentos jurídicos internos dos Estados subscritores não podem ficar indiferentes às suas decisões, vendo-se assim na obrigação de mudar as suas normas de forma a torna-las mais igualitárias.

O caso Silva Mouta teve uma enorme repercussão nos meios de comunicação social e fez com que se iniciasse um debate sobre a homoparentalidade na sociedade portuguesa. Este debate surgiu em Portugal num contexto de luta pelos direitos LGBT, reivindicados pelo movimento lésbico, gay, bissexual e transgénero (LGBT) que teve o seu início e maior visibilidade a partir da década de 1990.⁹⁸ Foi neste momento de mudanças e luta na sociedade para acabar com um conservadorismo imposto, que Silva Mouta tomou a iniciativa de enviar o seu caso para o TEDH, procurando inverter uma decisão nacional que considerou injusta. A decisão que posteriormente alcançou, pode

⁹⁷ X vs. *Áustria Judgment* em ECHR, blog, por Paul Johnson.

<http://echrblog.blogspot.pt/2013/02/x-v-austria-judgment.htm> (Acesso: 3/08/2016).

⁹⁸ Madalena DUARTE, Teresa Maneca LIMA, Ana Cristina SANTOS, Cecília MacDowell SANTOS, “Homoparentalidade e desafios ao direito: O caso Silva Mouta na justiça portuguesa e no Tribunal Europeu de Direitos Humanos”, in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 87, Coimbra, 2009. pp. 43-68.

ser considerada como uma decisão histórica na jurisprudência dos direitos humanos da Europa.

Debrucemo-nos sobre o primeiro, dos dois casos, a considerar.

1) Caso Salgueiro da Silva Mouta contra Portugal (Queixa nº 33290/96)⁹⁹

O requerente é Salgueiro da Silva Mouta, cidadão português, nascido em 1961. É casado desde 1983 com C.D.S. e separou-se desta em 1990. Desde essa altura, vive com um companheiro do sexo masculino, L.G.C. O divórcio ficou concluído em 1993 por decisão do Tribunal de Família de Lisboa. Deste casamento resultou o nascimento de M. Ficou acordado nessa decisão que o poder paternal seria entregue a C.D.S. e que Silva Mouta teria direitos de visita. Contudo, este acordo acabou por não ser respeitado por C.D.S.

Na sequência destes acontecimentos, Silva Mouta solicitou ao Tribunal que revisse a Regulação do Poder Paternal, alegando que os seus direitos de visita não estavam a ser respeitados. Acrescentou ainda que a menor estava a viver com os avós maternos e que isto não correspondia ao que ficara acordado em Tribunal. Em resposta, C.D.S. contestou e acusou L.G.C. de abusos sexuais sobre M. Seguiram-se exames periciais e, no seguimento de exames realizados por psicólogos a M., C.D.S., L.G.C., Silva Mouta e aos avós maternos de M., o Tribunal de Família de Lisboa concluiu que não teria ocorrido qualquer abuso por parte de L.G.C., aliás a história que M. contou segundo a qual L.G.C. teria pedido à menor que o masturbasse, indicava ter sido o resultado de influências exercidas sobre ela por outras pessoas, nomeadamente da sua mãe e avós maternos. Sendo assim, o tribunal decidiu que M. devia ficar à guarda do requerente pois este mostrava-se capaz de, naquela altura, providenciar a M. uma vida de maior equilíbrio e tranquilidade.

A decisão do Tribunal de Primeira Instância confirmou a tendência que se verificava desde os finais dos anos 1980, com os tribunais a decidirem em nome do superior interesse da criança independentemente da orientação sexual dos progenitores. Assim, a decisão do tribunal português foi vista como um passo importante em contraciclo aos

⁹⁹ CASO SALGUEIRO DA SILVA MOUTA c. PORTUGAL (Queixa n.º33290/96) Acórdão Estrasburgo 21 de dezembro de 1999, disponível em, http://www.gddc.pt/direitos-humanos/portugal-dh/acordaos/traducoes/Trad_Q33290_96.pdf (Acesso: 2/08/2016).

discursos conservadores e às práticas enraizadas, uma vez que a orientação sexual de uma das partes não foi tida em consideração e atribuiu a guarda da menor ao progenitor que, neste momento estava em melhores condições para servir o seu superior interesse.¹⁰⁰ M. ficou à guarda de Silva Mouta de 18 de abril até 3 de novembro. Nesse preciso dia M. foi raptada por C.D.S. e Silva Mouta viu-se obrigado a apresentar uma queixa-crime contra ela. Em relação à decisão do Tribunal de Família, C.D.S. apresentou recurso junto do Tribunal de Relação de Lisboa, tendo este decidido favoravelmente a C.D.S. e atribuiu a guarda de M. à queixosa.

Em nossa opinião, os argumentos apresentados pelo Tribunal da Relação para fundamentar a já citada decisão, constituem uma discriminação gritante com base na orientação sexual. A decisão funda-se, a nosso ver, totalmente no facto de Silva Mouta ser homossexual e não observa sequer o interesse da criança, ignorando mesmo os relatórios médicos que indicavam não existir nenhum problema para o desenvolvimento de M., se esta residisse com o pai e o companheiro. Passamos então a citar, de forma algo extensa, mas acreditamos que necessária, os argumentos justificativos apresentados pelo tribunal, para se verificar a sua incoerência e absurda incongruência: “Que o pai da menor, que se assume como homossexual, queira viver em comunhão de mesa, leito e habitação com outro homem, é uma realidade que se terá de aceitar, sendo notório que a sociedade tem vindo a mostrar-se cada vez mais tolerante para com situações deste tipo, mas não se defenda que é um ambiente desta natureza o mais salutar e adequado ao normal desenvolvimentamente moral, social e mental de uma criança, designadamente, dentro do modelo dominante na nossa sociedade, como bem observa a recorrente. A menor deve viver no seio de uma família, de uma família tradicional portuguesa, e esta não é, certamente, aquela que seu pai decidiu constituir, uma vez que vive com outro homem, como se de marido e mulher se tratasse. Não é este o lugar próprio para averiguar se a homossexualidade é ou não uma doença ou se é uma orientação sexual que preferência pessoas do mesmo sexo. Em qualquer dos casos estamos perante uma anormalidade e uma criança não deve crescer à sombra de situações anormais; di-lo a própria natureza humana e refere-se que o próprio

¹⁰⁰ Madalena DUARTE, Teresa Maneca LIMA, Ana Cristina SANTOS, Cecília MacDowell SANTOS, “Homoparentalidade e desafios...”, *Ob. Cit.*, pp.43 a 68.

requerente o reconhece quando, no requerimento inicial de 5/7/90, afirma que saiu de casa em termos definitivos para ir viver com um amigo seu, decisão que não é normal, analisada por critérios correntes.

Não está em causa o amor que o apelado tem por sua filha, nem sequer a sua idoneidade para dela tratar durante os períodos em que ela lhe seja confiada, sendo até indispensável que ambos convivam para se alcançar os objetivos acima referidos; do equilíbrio normal e formação da personalidade.”

(...)

“Que o pai compreenda que durante tais períodos, o aconselhável não será propiciar o ocorrer de situações que permitem à criança perceber a vivência do seu pai em termos análogos aos dos cônjuges, com um homem.”¹⁰¹

Da análise destes argumentos, muitas questões se nos colocam, mas, à partida, cremos ter ficado patente que a decisão não teve em conta o interesse da menor, mas sim baseou-se em critérios subjetivos apresentados pelos juízes sobre o que consideram ser uma família tradicional portuguesa e de como esta é “melhor” do que a situação de vida do seu pai que partilha a sua vida com outro homem. É possível aqui perceber que o “interesse da criança” foi delineado de acordo com uma interpretação subjetiva dos valores dominantes da sociedade e não tendo em conta o real interesse de M. O facto de os juízos apelidarem a homossexualidade como uma “anormalidade” e basearem a sua decisão neste fator evidencia a discriminação sobre a qual esta decisão foi baseada. A decisão do Tribunal da Relação reconheceu porém que Silva Mouta constituía uma família com o seu companheiro “em termos análogos às dos cônjuges”, embora esta nova família tenha sido considerada “anormal” e por isso prejudicial ao desenvolvimento da criança. Perante estas considerações, Silva Mouta, decide levar a sua luta pela defesa dos seus direitos parentais a instâncias superiores transnacionais. Consequentemente, o recurso para o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, foi o passo que, naturalmente se lhe seguiu. Assim, Silva Mouta apresentou o seu caso ao TEDH alegando que a decisão do Tribunal da Relação violava o artigo 8º isoladamente e conjugado com o artigo 14º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH).¹⁰²

¹⁰¹ *Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo n.º 441/95.*

¹⁰² Pela sua pertinência, consideramos lembrar aqui o conteúdo dos citados artigos. “Artigo 8.º, no Direito ao respeito pela vida privada e familiar, pode ler-se que:

Da leitura destes artigos e, confrontando-os com a decisão do Tribunal da Relação, defende Silva Mouta, no seu recurso, que apenas quer defender os interesses da filha e que o tribunal da Relação tomou uma decisão baseando-se apenas na sua orientação sexual e esta constituiu uma violação ao seu direito ao respeito pela vida familiar e privada, constante no artigo 8º da Convenção, e uma discriminação baseada na sua orientação sexual que viola o disposto no artigo 14º da mesma Convenção.

Em sua defesa, o governo português alega que, mesmo admitindo que a situação em análise se enquadra no artigo 8º, não houve por parte do Tribunal qualquer interferência sobre o direito do requerente ao livre desenvolvimento da sua vida pessoal e privada, mas sim uma decisão que visou apenas o superior interesse da criança. Acrescenta ainda o Governo que os Estados Contratantes da Convenção dispõem de uma larga margem de apreciação em matéria de poder paternal para alcançar o disposto no artigo 8º n.º2 e, portanto, considera que as autoridades nacionais dispõem de competências para analisar estes casos. Assim sendo diz também que o Tribunal da Relação de Lisboa teve apenas em conta o interesse da menor e não a orientação sexual do requerente e, portanto, não houve objetivamente nenhuma discriminação. O Estado português defendeu aqui, como se percebe, a decisão do Tribunal da Relação perante o TEDH. Efetivamente, o Estado português argumentou que não houve interferência que pudesse afetar o desenvolvimento da personalidade de Silva Mouta ou sobre a forma como este vive a sua vida, em particular, sua orientação sexual. Argumentou ainda que, tratando-se da vida familiar, os Estados contratantes dispõem, em matéria de poder parental, de uma larga margem de apreciação no prosseguimento dos fins legítimos previstos no n.º 2 do mesmo artigo. Por fim, reafirmou ainda que a decisão do Tribunal

1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.

2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem - estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros". E, no artigo 14º: "Artigo 14.º, com título de Proibição da Discriminação, pode ler-se que: "O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação." *In Convenção Europeia dos Direitos Humanos*. Disponível em <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-04-11-950-ets-5.html>.

(Acesso: 28/07/2016).

da Relação se baseou apenas no superior interesse da criança. Em suma, o Estado português concluiu que o Tribunal da Relação não tinha discriminado Silva Mouta em função da sua orientação sexual, tendo apenas agido no interesse da menor.

Atentemos de seguida sobre a Decisão e fundamentos do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Assim, começa o Tribunal por lembrar que o artigo 14º proíbe tratar de modo diferente pessoas em situações semelhantes sem uma justificação objetiva e razoável. Deve então apurar-se se, no caso em análise existiu esta diferença de tratamento e, se sim, se a mesma é justificada.

Considerou o TEDH, na defesa de Sousa Mouta os seguintes fundamentos. A saber:

O Tribunal não coloca em causa que o Tribunal da Relação tenha tido em conta, na sua decisão, o interesse da menor. No entanto foi evidente que quanto atribuiu o poder paternal à mãe, este nos seus fundamentos introduziu um elemento novo, a orientação sexual do requerente. Efetivamente, não pode este Tribunal ignorar esse facto e, portanto, conclui que houve objetivamente uma diferença de tratamento entre Silva Mouta e C.D.S. e que esta se fundamentou na orientação sexual do requerente. A noção de orientação sexual, diz o tribunal, é abrangida no elenco de situações previstas pelo artigo 14º, que tem um carácter meramente indicativo e não taxativo. O TEDH refere que o art.º. 14.º da CEDH proíbe tratar de modo diferente, salvo com justificação objetiva e razoável. Para o TEDH existiu uma diferença de tratamento entre Silva Mouta e sua ex-mulher, que não se baseou numa justificação objetiva e razoável, ou seja, a diferença de tratamento baseou-se apenas na orientação sexual.

Analisando a jurisprudência dos órgãos da Convenção, entende-se por diferença de tratamento discriminatória, nos termos do artigo 14º, sempre e quando esta não se basear numa justificação objetiva e razoável, isto é, tem de haver uma relação razoável de proporcionalidade entre os meios empregues e o fim que se pretende alcançar. O Tribunal aceita que a decisão do Tribunal da Relação visa proteger os interesses da menor, agora resta saber se a segunda condição está também preenchida. Assim, constata o Tribunal que a decisão do Tribunal de Família de Lisboa foi baseada principalmente nos relatórios dos peritos, já o Tribunal da Relação apreciou os fatos de forma diferente e considerou que não havia motivos suficientes que sustentassem a decisão de retirar o poder paternal à mãe. Acrescentou ainda que, mesmo que

existissem motivos suficientes, a menor deveria na mesma ser entregue à mãe, e sustentou esta decisão com o fato de o requerente ser homossexual e viver com outro homem e esta situação ser, aos olhos do tribunal, uma “anormalidade”, rematando por isso que a menor não deve crescer à “sombra de situações anormais”.¹⁰³

De acordo com o Tribunal estas passagens do acórdão do Tribunal da Relação levam a pensar que, ao contrário do que alega o Governo português, esta fator pesou e foi determinante na decisão final. Aliás, o mesmo foi reforçado pelo facto de que quando o Tribunal da Relação proferiu o acórdão, tentou dissuadir o requerente de expor a sua filha à sua vivência com outro homem. Por fim conclui o TEDH que o Tribunal da Relação fez uma distinção baseada apenas na orientação sexual do requerente e isto não poderá ser tolerado à luz da Convenção, declarando que “ (...) não pode concluir pela existência de uma relação de razoável proporcionalidade entre os meios empregues e o objetivo visado; por conseguinte, houve violação do artigo 8.º combinado com o artigo 14.º.”¹⁰⁴ Acrescenta ainda que não considera relevante decidir sobre a alegada violação do artigo 8º isoladamente, pois os argumentos apresentados sobre este ponto vão ao encontro dos já examinados quando se confrontou o artigo 8º e 14º da Convenção. Esta decisão veio confirmar uma mudança no que toca a decisões que se baseiem no argumento de que dar a guarda de uma criança a uma pessoa homossexual põe em risco o bem-estar e o desenvolvimento da criança.

Em relação aos direitos LGBT em Portugal, podemos constatar que, à data do caso, a Constituição da República Portuguesa (CRP) no seu art.º. 13.º não incluía ainda de forma explícita a orientação sexual. Aliás, nenhuma das normas internacionais de proteção dos direitos humanos apresentava nos seus textos, de forma explícita, a referência à proibição da discriminação com base na orientação sexual.

Mas a ausência de proteção explícita na Constituição Portuguesa não significava que a orientação sexual não estivesse implicitamente contemplada.

Por outro lado, o caso mostrou que a orientação sexual *per si*, em princípio, é inteiramente irrelevante para as questões do direito de família, forçando o legislador e o

¹⁰³ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo n.º 441/95.

¹⁰⁴ CASO SALGUEIRO DA SILVA MOUTA c. PORTUGAL (Queixa n.º33290/96) Acórdão Estrasburgo em 21 de dezembro de 1999, disponível em:

http://www.gddc.pt/direitos-humanos/portugal-dh/acordaos/traducoes/Trad_Q33290_96.pdf (Acesso 27/07/2016).

juiz a absterem-se das suas considerações e posições pessoais que possam discriminar diretamente os homossexuais ou que possam colocar em causa a igualdade de tratamento a pessoas LGBT. A decisão do TEDH revelou-se assim bastante importante para a consolidação da proibição da discriminação em função da orientação sexual e um passo civilizacional também relevante no enquadramento dos direitos das minorias sexuais enquanto direitos humanos.¹⁰⁵

E, porque a defesa dos direitos humanos implica a defesa também do direito à livre expressão da singularidade de cada pessoa, e porque inúmeras vezes as decisões nacionais e os magistrados que as proferem, não conseguem alhear-se das suas convicções pessoais, consideramos pertinente, finalizando, lembrar autores que sublinham e expressam esta preocupação que também é nossa, pela importância que estas instâncias supranacionais podem desempenhar como instituições de exemplo, de inspiração e de orientação ainda e infelizmente, necessárias para o cumprimento do princípio da igualdade. Tornando “a importância do uso internacional dos direitos humanos na defesa e promoção dos direitos LGBT inegável. No caso do direito à homoparentalidade, algumas das decisões judiciais e da jurisprudência europeia têm providenciado uma proteção considerável dos direitos sexuais. Têm reconhecido a proteção da autonomia da vida sexual, a proteção dos menores e a proteção contra a discriminação baseada na orientação sexual”¹⁰⁶

O segundo caso que nos propomos analisar, segue na mesma linha e ocorreu na Áustria em 2013.

¹⁰⁵ Estas constatações ficaram igualmente patentes e confirmadas, em artigo de 2009, de vários autores, publicado na Revista Crítica das Ciências Sociais, com o título de « *Homoparentalidade e desafios ao direito: O caso Silva Mouta na justiça portuguesa e no Tribunal Europeu de Direitos Humanos* », que pela sua pertinência e para melhor ilustrar a nossa consideração, transcrevemos:

“(...) devemos observar que esta decisão do TEDH criou jurisprudência, revestindo-se de uma importância central no argumentário do próprio movimento LGBT português em questões de homoparentalidade. Com efeito, o caso Silva Mouta é exemplar a vários níveis. Desde logo por traduzir um uso *individual* do direito simultaneamente ancorado em conhecimentos de direito internacional de direitos humanos adquiridos, também por via da globalização do ativismo LGBT. Depois, porque ao colocar o tema da homoparentalidade no centro da discussão pública sobre temas LGBT, o caso Silva Mouta forçou a um posicionamento político, nem sempre fácil, face a questões como a família ou o melhor interesse da criança.”

¹⁰⁶ Madalena DUARTE, Teresa Maneca LIMA, Ana Cristina SANTOS e Cecília MacDowell SANTOS, “Homoparentalidade e desafios...”, *Ob. Cit.*, p. 62.

2) O caso X and Others v. Austria

O segundo caso que nos propomos analisar, segue na mesma linha e ocorreu na Áustria em 2013. Este caso com data de 19 de fevereiro de 2013, é um caso de co-adoção e tem uma especial importância para Portugal. No processo Silva Mouta estava em causa o direito de um pai a relacionar-se normalmente com a sua filha, independentemente da sua orientação sexual. No processo “X and others v. Áustria” está em causa uma pretensão diferente, trata-se de um caso de co-adoção.¹⁰⁷ Por co-adoção entende-se alargar o vínculo de parentalidade de um dos membros do casal (pai ou mãe biológica ou adotante) ao cônjuge que ainda não o possui em relação à criança

Trata-se de uma queixa datada de 2007, contra o Estado Austríaco por um casal de mulheres. As duas vivem uma relação amorosa estável e cuidavam do filho biológico de uma delas, nascido de uma anterior relação. Porém, só a mãe biológica exercia as responsabilidades parentais sobre o menor. A criança nasceu fora do casamento e apesar de o seu pai ser conhecido não tem para com a criança qualquer responsabilidade parental, tendo a mãe a custódia total, ainda o progenitor lhe pagasse a prestação de alimentos. Era pretensão da sua companheira, adotar o menor e recorreu aos tribunais formulando o pedido de co-adoção. Dirigiu assim um pedido de co-adoção ao tribunal que lhe garantiria os mesmos direitos sobre a criança. Na redação do Código Civil austríaco, o acesso ao instituto da co-adoção era permitido aos casais de sexo diferente, não casados, mas já não era extensível a casais do mesmo sexo em condições análogas.¹⁰⁸ Assim o tribunal decidiu contra a co-adoção já que considerou que esta seria ilegal perante a lei em vigor.

Assim, as requerentes, na queixa apresentada ao TEDH, invocaram a violação dos artigos 8.º e 14.º da CEDH, por entenderem que a lei austríaca, que regula a adoção do filho do cônjuge é discriminatória uma vez que, injustificadamente, distingue em função da orientação sexual. Estava em causa uma diferença de tratamento entre casais não casados homossexuais em relação a casais não casados heterossexuais.

¹⁰⁷ Case of X and Others v. Áustria disponível em [http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-116735#{"itemid":\["001-116735"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-116735#{) (Acesso: 5/09/2016)

¹⁰⁸ Ana Luísa CAMPOS, *A situação Jurídica das crianças que vivem com pessoas do mesmo sexo casadas ou em união de facto.* P.31 a 33 <http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/18655/1/Tese%20de%20Mestrado%20Abril%20de%202015%20-%20Ana%20Luisa%20Campos.pdf> (Acesso: 6/05/2016).

Atentemos agora na decisão proferida que refere que em relação ao pedido principal, o Tribunal decidiu, por maioria (dez contra sete) que houve uma violação do artigo 14º em conjunto com o artigo 8º da Convenção, em virtude da diferença de tratamento dos candidatos em comparação com os casais de sexo oposto não casados, em que um parceiro desejava adotar criança do outro parceiro. Classificou, portanto, a decisão austríaca de discriminatória, considerando que se fundou unicamente na orientação sexual das requerentes sem que tenham sido apresentadas razões convincentes para demonstrar que tal diferença de tratamento foi necessária para proteção da família ou dos interesses da criança entendendo, ainda, que as duas mulheres e o filho biológico de uma delas, constituíam uma família. Assim, o TEDH condenou a Áustria ao pagamento de uma indemnização às requerentes, por violação do artigo 8.º (respeito pela vida privada familiar) conjugado com o artigo 14.º (não discriminação) da CEDH, sublinhando, mais uma vez, que a CEDH não impõe aos Estados a legalização do direito à adoção do filho do cônjuge, ou adoção conjunta quer entre pessoas do mesmo sexo quer de sexo diferente, mas faz referência à recomendação feita pelo Comité dos Ministros aos Estados- Membros, sobre as medidas para combater a discriminação em razão da orientação sexual ou identidade de género.¹⁰⁹ Nos termos do artigo 14º, o Tribunal aceitou que as recorrentes estavam em uma posição análoga à de um casal de sexo oposto não casado, pelo que não havia então nenhuma dúvida de que a legislação aplicável levava a uma distinção entre não casados de sexo diferente e não casados do mesmo sexo. A diferença de tratamento entre casais em matéria de adoção foi inseparavelmente ligada ao facto de as requerentes formarem um casal do mesmo sexo, e foi, portanto, baseada na sua orientação sexual. O Tribunal reiterou a jurisprudência já estabelecida de que as diferenças baseadas na orientação sexual exigem razões particularmente graves, a título de justificação, que, quando uma diferença de tratamento é baseada na orientação sexual a margem de apreciação de um Estado é estreito e enfatizou que as diferenças com base unicamente em considerações de orientação sexual são inaceitáveis no âmbito da Convenção. O Tribunal observou que o governo austríaco não tinha que estender a co-adoção aos casais heterossexuais não

¹⁰⁹ X vs. Áustria Judgment em ECHR, blog por Paul Johnson: <http://echrblog.blogspot.pt/2013/02/x-v-austria-judgment.html> (Acesso 5/06/2016).

casados, mas como o fez, era obrigado a justificar por que não estendê-lo para casais do mesmo sexo em condições análogas.

O Governo da Áustria foi condenado por não ter conseguido argumentar que seria no interesse da defesa de valores familiares ou do bem-estar de crianças, o impedimento da adoção num casal do mesmo sexo em que apenas a parentalidade de uma das pessoas estava reconhecida na lei. O segundo elemento do casal teria assim que poder adotar também a criança em causa, sob pena de se estar a violar a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, nomeadamente o artigo 14.º (proibição da discriminação) em conjugação com o artigo 8.º (direito ao respeito pela vida privada e familiar).

Pelos exemplos das dificuldades enfrentadas pelas duas lutas aqui invocadas, se percebe que há ainda muito a esclarecer e a legislar no sentido deste reconhecimento básico de direitos humanos em países europeus. Neste contexto, Portugal foi citado na decisão como um dos exemplos em que esta violação acontecia, a par de países como a Roménia, a Rússia ou Ucrânia. Este acórdão refere o nome de Portugal como um país que permitia a mesma discriminação. Significa isto que face a esta posição do TEDH, devendo respeito pela vida privada e familiar, como impõe a CEDH no artigo 8.º e sobre o princípio da não discriminação imposto pela mesma no seu artigo 14.º, a co-adoção deve ser uma possibilidade quer para os casais hétero quer para os casais homossexuais.

E embora esta decisão do Tribunal diga respeito apenas a casais não casados (porque a Áustria não tem igualdade no acesso ao casamento), a argumentação seria obviamente extensível em Portugal a casais casados.

A conclusão é, assim, inequívoca: o Tribunal afirma que não há razões convincentes para a exclusão de casais do mesmo sexo na co-adoção.¹¹⁰ O acórdão do Tribunal deve finalmente ser considerado como positivo, porque reconhece que a lei da Áustria e outros Estados é discriminatória e viola a Convenção europeia dos direitos humanos. Os Estados Contratantes serão assim obrigados a alterar a legislação em vigor, pois esta viola a Convenção.

Resumindo, e não menos importante, como bem nos lembra a Doutora Cristina Dias, “para admitir as novas formas de família, O TEDH tem considerado que o art. 8º da

¹¹⁰ <http://ilga-portugal.pt/noticias/446.php> (Acesso: 22/08/2016).

Convenção, não se refere apenas à família assente no casamento (como no art.12º) mas também a outras formas de vida em comum, ainda que tradicionalmente as enquadre no conceito de vida privada (e, assim, objeto também de proteção). Por isso, considera-se que o art. 8.º protege um único direito: o direito à vida privada e familiar. As outras formas de família terão, assim, a sua proteção à luz deste art. 8.º. Desta forma, a jurisprudência do Tribunal Europeu inclui na noção de vida familiar as relações matrimoniais, mas também as famílias de facto, assentes noutras formas de convivência afetiva constitutivas de laços familiares (...)."¹¹¹

Robustecendo tudo o que foi factualmente relatado, em seguida, apresentamos os argumentos invocados para a proibição da adoção e da co-adoção por casais homossexuais, bem como a sua crítica.

¹¹¹ Cristina M. Araújo Dias. *In A Jurisprudência do tribunal Europeu dos Direitos do Homem e as novas formas de Família*, p. 40 Disponível em: http://repositorio.uportu.pt/jspui/bitstream/11328/1102/1/cristina_dias.pdf (acesso 20/10/16).

4º Capítulo

Argumentos a favor e argumentos contra a adoção e co-adoção por casais do mesmo sexo

A questão que nos propomos abordar de seguida pretende aferir, com ajuda da ciência se, uma criança ao ser criada por pais do mesmo sexo poderá sofrer qualquer tipo de dano no seu desenvolvimento ou na sua saúde mental. Esta questão, que muitos invocam como argumento para se oporem à adoção nestas circunstâncias, tem sido avaliada, de forma séria, pela comunidade científica nas últimas três décadas, por forma a apresentar uma resposta sólida e sustentada. Vejamos, nos últimos quarenta anos, temos assistido a uma diversificação significativa das formas de família nas sociedades ocidentais. Na atualidade encontramos uma grande diversidade de modelos familiares, entre os quais as famílias formadas por casais do mesmo sexo.

Cada vez mais, estamos a assistir à diversificação e reconhecimento de uma ampla gama de tipos de família muito para além da família nuclear heterossexual, incluindo por exemplo, as famílias intencionalmente sem filhos, as famílias de pais separados, as famílias monoparentais, e as famílias de pais do mesmo sexo.^{112 113}

Ao longo dos últimos dez anos, ocorreram também mudanças legislativas importantes em muitas partes do mundo, a reconhecer as relações familiares de pessoas gays e lésbicas, e dos seus filhos. Em muitos países, incluindo, por exemplo, Bélgica, Canadá, Holanda, África do Sul, Espanha e em alguns Estados dos Estados Unidos da América, o casamento entre pessoas do mesmo sexo já é permitido. Muitos outros países, incluindo, por exemplo, Croácia, Dinamarca, Finlândia, França, Alemanha, Islândia, Israel, Nova Zelândia, Noruega, Portugal, Eslovénia, Suécia, Suíça, República Checa e Reino Unido, alteraram as leis de modo a reconhecer casais do mesmo sexo e proporcionar-lhes a totalidade ou a maioria dos benefícios e privilégios que aos casais

¹¹² David VAUS. *Diversity and change in Australian families* - Australian Families Statistical Profiles, disponível em <https://aifs.gov.au/sites/default/files/publication-documents/DiversityAndChange.pdf> (Acesso:28/09/2016).

¹¹³ S. WISE, *Family structure, child outcome and environmental mediators: an overview of the development in diverse families study*, Research Paper Number 30. Australian Institute of Family, Melbourne: studies, 2003.

de sexo diferente são atribuídos.¹¹⁴ É cada vez mais reconhecido que as discriminações relacionadas com a família e o não-reconhecimento social dela para muitas crianças que a integram, potenciam situações de um sofrimento emocional desestabilizador e injusto. Para se perceber o impacto destas situações de diversificação familiar tem sido de extrema importância o contributo da ciência, que aponta para as principais evidências, relativamente a diversas questões, independentemente das decisões políticas que se tomem, e são fundamentais nesta área, porque não assentam sobre pressupostos não verificados, ou sobre o desconhecimento destas realidades.

Procuraremos então, a partir dos estudos publicados em revistas científicas, maioritariamente da área da psicologia e que são consideradas de maior impacto e influência, e que se distingam pela exigência, pelo rigor e pela metodologia de seleção dos estudos para publicação, perceber o real impacto destas medidas. Apresentamos ainda a posição das principais organizações profissionais ou científicas que se debruçaram sobre este assunto, e que introduzem uma importante dimensão sobre o entendimento que é partilhado por estas organizações.

Vamos iniciar a nossa apresentação pelos pareceres e conclusões a que chegaram as diferentes entidades que se seguem e que estão devidamente identificadas.

A posição adotada pela Associação Americana de Psiquiatria (APA) sobre a Adoção e Co-Parentalidade de crianças por casais do mesmo sexo¹¹⁵ é a seguinte: esta associação, aprovou em novembro de 2002 uma resolução sobre a sua posição relativa ao tema da Adoção e Co-Parentalidade de crianças por casais do mesmo sexo. Neste documento diz a associação que: *“The APA supports initiatives, which allow same-sex couples to adopt and co-parent children, and supports all the associated legal rights, benefits, and responsibilities, which arise from such initiatives.”*¹¹⁶ As investigações nos últimos 30 anos têm demonstrado consistentemente que crianças criadas por gays ou mães

¹¹⁴ Rhonda BROWN, Graeme KANE, Amaryll PERLESZ, Damien RIGGS, Elizabeth SHORT , Damien RIGGS, *The Australian Psychological Society, Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender (LGBT) Parented Families*, 2007.

¹¹⁵ New Position Statement Adopted by the American Psychiatric Association (APA) Adoption and Co-Parenting of Children by Same-Sex Couples. Disponível em <http://www.nclrights.org/wp-content/uploads/2014/07/Adoption-Policy-Statements-REVISED-04-02-2009.pdf> (Acesso: 25 de 09/2016).

¹¹⁶ New Position Statement Adopted by the American Psychiatric Association (APA) Adoption and Co-Parenting of Children by Same-Sex Couples. p. 26. Disponível em <http://www.nclrights.org/wp-content/uploads/2014/07/Adoption-Policy-Statements-REVISED-04-02-2009.pdf> (Acesso: 27/09/2016).

lésbicas apresentam o mesmo nível de desempenho emocional, cognitivo, social e sexual que as crianças criadas por pais heterossexuais. A pesquisa indica também que o desenvolvimento expectável das crianças é independente e não se baseia na orientação sexual dos pais, mas sim nas ligações afetivas que estas estabelecem com os mesmos. Esta é a primeira resolução aprovada pela APA em torno das questões da coparentalidade de casais do mesmo sexo, e continua a ser consistente com as posições anteriores da APA, tais como a resolução do ano 2000, que apoia o reconhecimento legal das uniões do mesmo sexo, assim como os direitos legais associados, benefícios e responsabilidades. A APA tem demonstrado apoio a legislação que fortaleça os laços familiares. Nessa linha, considera que a permissão da adoção e co-adoção possibilitaria que as crianças pudessem usufruir dos benefícios de seguro de saúde de ambos os pais, do acesso à assistência médica, assim como aos benefícios de morte, direitos de herança e de apoio à criança de ambos os pais, em caso de separação. A adoção legal nestas circunstâncias protege os direitos de ambos os pais caso o casal se separe ou um dos pais morra.

A Associação Americana de Psiquiatria, parece-nos ter apoiado sempre a igualdade, a paridade e a não-discriminação, também suportada pela legislação, independentemente da orientação sexual dos envolvidos. Esta associação, também apoiou os esforços sociais que se multiplicaram no sentido de educar o público sobre a homossexualidade. Auxiliando e recomendando a remoção das barreiras legais que afetam negativamente a saúde física e emocional de crianças criadas por gays e lésbicas. A Associação Americana de Psiquiatria tem apoiado iniciativas que permitam que casais do mesmo sexo possam adotar crianças em igualdade, em condições análogas às dos casais heterossexuais.

Em linha de apoio e convergência se pronuncia a Associação Americana de Psicologia (AAP), numa publicação do ano de 2004, onde fez aprovar uma resolução sobre Orientação Sexual, Pais e Crianças adotada pelo Conselho da Associação Americana de Psicologia.¹¹⁷ Esta associação constatou que existem, pelo menos, 163,879 famílias constituídas por pais gays ou lésbicas na sociedade americana. Apesar destas realidades inegáveis, persistem, três grandes preocupações na sociedade americana sobre as

¹¹⁷ Sexual Orientation, Parents & Children, Adopted by the APA Council of Representatives, July of 2004, Disponível em <http://www.apa.org/about/policy/parenting.aspx> (Acesso: 23/09/2016).

relações que estas crianças estabelecem com pais gays e lésbicas¹¹⁸. Preocupações essas que, apesar das evidências em contrário, se relacionam com a ideia de que lésbicas e gays são doentes mentais, ou que as lésbicas são menos maternas do que as mulheres heterossexuais. Ou ainda que, as relações das lésbicas e gays com os seus respectivos parceiros, deixam pouco tempo para as suas relações com os filhos, pois implicam sempre ligações mais complexas entre os que as vivem. Nenhuma destas preocupações e receios foi confirmada e, na verdade, os estudos não conseguiram atestar uma base real para qualquer uma destas preocupações, considerando-os infundadas.^{119 120}

Em primeiro lugar, é importante esclarecer de uma vez por todas que a homossexualidade não é, como já se provou, um distúrbio psicológico¹²¹ e embora a exposição ao preconceito e à discriminação baseada na orientação sexual, possa causar sofrimento agudo¹²², não há nenhuma evidência científica e fiável de que a orientação sexual, por si só, interfira negativamente com o funcionamento psicológico. Em segundo lugar, a crença de que os homossexuais não são pais ajustados e capazes, não tem nenhum fundamento empírico.¹²³ Entre lésbicas e mulheres heterossexuais não foram encontradas diferenças acentuadas nas suas abordagens parentais ou na forma como criam os filhos.^{124 125} Pela observação de membros de casais de gays e lésbicas com crianças, foi possível perceber que a tarefa de educar os filhos era dividida de forma equitativa e, cumulativamente, as crianças declaravam ainda estarem satisfeitas com esta forma de cumplicidade no seu relacionamento com seus parceiros.¹²⁶ Não há fundamento, pelo que já foi dito, em estudos de base científica, para concluir que mães lésbicas e pais gays são pais impróprios, suportando esta afirmação apenas com base na

¹¹⁸ M. FULCHER, C.J. PATTERSON, J. WAINRIGHT, "Children of lesbian and gay parents: Research, law, and policy" in B. L. Bottoms, M. B. Kovera, and B. D. McAuliff (Eds.), *Children, Social Science and the Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002. p. 176 a 199.

¹¹⁹ C.J. PATTERSON, "Family relationships of lesbians and gay men", in *Journal of Marriage and Family* - 62, 2000, p.1052- 1069.

¹²⁰ S. GOLOMBOK, F.TASKER, *Growing up in a lesbian family*. Guilford Press, New York, 1997.

¹²¹ J.J. CONGER, "Proceedings of the American Psychological Association, Incorporated, for the year 1974", in *Minutes of the Annual meeting of the Council of Representatives*. *American Psychologist*, 30, 1975. p. 620-651.

¹²² S. D. COCHRAN, MAYS, V. M., "Mental health correlates of perceived discrimination among lesbian, gay, and bisexual adults in the United States", in *American Journal of Public Health*, 91, 2001.p.1869-1876

¹²³ S. D. COCHRAN, MAYS, V. M., "Mental health correlates of perceived discrimination among lesbian, gay, and bisexual adults in the United States", in *American Journal of Public Health*, 91, 2001.p.1869-1876

¹²⁴ C.J.PATTERSON, Family relationships of..., *Ob. Cit.*, p.62, 1052- 1069..

¹²⁵ TASKER, F. "Children in lesbian-led families - A review.", in *Clinical Child Psychology and Psychiatry*,1999. pp. 4, 153 – 166.

¹²⁶ C.J. PATTERSON, Family relationships of... , *Ob. Cit.*, p.62, 1052- 1069.

sua orientação sexual.¹²⁷ Pelo contrário, os resultados da pesquisa sugerem que os pais gays e lésbicas são tão capazes como pais heterossexuais para proporcionar ambientes de apoio ao crescimento saudável dos seus filhos.

A luta pelos direitos LGBT, ao ganhar visibilidade social e ao proporcionar o acesso a um cada vez maior conjunto de direitos perante a lei, aumentou na sociedade a preocupação sobre as crianças a seu cargo. Três grandes preocupações sobre a influência dos pais gays e lésbicas em crianças, segundo a AAP, têm sido recorrentemente expressas pelos opositores à entrega de crianças a estes casais.¹²⁸ Analisemos então, de forma organizada, cada uma delas: A primeira preocupação é que os filhos de pais gays e lésbicas vão experimentar mais dificuldades na área da identidade sexual do que os filhos de pais heterossexuais. Tal preocupação prende-se, com a ideia de que as crianças criadas por mães lésbicas e pais gays, vão evidenciar distúrbios de identidade de género. A segunda categoria de preocupações manifestadas junto da AAP envolve aspetos de desenvolvimento pessoal das crianças para além da identidade sexual. Por exemplo, alguns manifestaram a preocupação de que as crianças sob a custódia dos pais gays ou lésbicas, seriam mais vulneráveis a estados tendencialmente depressivos, e que apresentariam mais dificuldades de adaptação e problemas de comportamento, ou seriam menos saudáveis mental e psicologicamente, comparativamente a outras crianças. Uma terceira categoria de preocupações são as afirmações de que as crianças com pais gays e lésbicas vão certamente experimentar dificuldades nas relações sociais. Por exemplo, alguns expressaram preocupação com a estigmatização ou vitimização das crianças que vivem com mães lésbicas e pais gays.

Resultados de pesquisas responsáveis em ciências sociais não conseguiram confirmar qualquer uma destas preocupações, especificamente sobre as crianças com pais gays e lésbicas,¹²⁹ nem que tais ocorrências fossem superiores às que se observam em relações familiares ditas tradicionais. As pesquisas sugerem, isso sim, que as identidades sexuais (incluindo a identidade de género e orientação sexual) se desenvolvem em grande parte da mesma forma entre as crianças criadas por casais do mesmo sexo como o

¹²⁷ J. C. ARMESTO, "Developmental and contextual factors that influence gay fathers' parental competence: A review of the literature", in *Psychology of Men and Masculinity*, 2002. pp.3, 67 a 78.

¹²⁸ C.J. PATTERSON, "Family relationships of...", *Ob. Cit.*, pp.176 – 199.

¹²⁹ C.J. PATTERSON, "Family relationships of...", *Ob. Ci.*, pp.62, 1052- 1069.

desenvolvimento que ocorre em filhos de pais heterossexuais.¹³⁰ Evidências detetadas sugerem também que as crianças de pais gays e lésbicas, têm relações sociais normais na sua interação com as restantes crianças e adultos.¹³¹ O quadro que emerge da pesquisa é que em geral na vida social com os colegas, pais, familiares e amigos, os medos expressos sobre a possibilidade de os filhos de pais gays ou lésbicas serem condenados ao ostracismo pelos seus pares, ou ainda de estarem condenados ao isolamento em comunidades homossexuais fechadas, não receberam nenhum suporte científico. No geral, os resultados da pesquisa sugerem que o desenvolvimento, a adaptação, e bem-estar das crianças com pais gays e lésbicas, não diferem marcadamente daquela de crianças com pais heterossexuais. Assim, a AAP na sua resolução suporta políticas e legislação que promovam um ambiente seguro para todas as crianças, qualquer que seja a família onde se encontrem inseridas, apoiando "a revogação de toda a legislação discriminatória contra gays e lésbicas".¹³²

Confirmando que não existem evidências científicas de que a parentalidade eficaz está relacionada com a orientação sexual dos pais: os pais gays e lésbicas são tão capazes como pais heterossexuais de proporcionar ambientes de apoio e suporte saudáveis para os seus filhos, e acrescentam que a investigação mostrou que o ajustamento, o desenvolvimento e bem-estar psicológico de crianças não está relacionado com a orientação sexual dos pais e que os filhos de pais gays e lésbicas são tão equilibradamente socializados, como os filhos de pais heterossexuais.

A APA declara, portanto, que se opõe a qualquer discriminação baseada na orientação sexual em matéria de adoção, guarda dos filhos e visitação, assistência social e serviços de saúde reprodutiva—e acrescenta que acredita ainda que crianças criadas por um casal do mesmo sexo, deveria beneficiar dos mesmos laços legais que se concedem a filhos de casais heterossexuais e, por fim, a APA apoia a proteção das relações pais-filhos através da legalização das adoções conjuntas e de segundas adoções. Recomenda ainda esta associação que se deva incentivar psicólogos a agir no mesmo sentido, a fim de eliminar qualquer discriminação com base na orientação sexual

¹³⁰ C.J. PATTERSON, *Family relationships of...*, *Ob. Cit.*, p.63

¹³¹ STACEY, J., BIBLARZ, T.J. "(How) Does sexual orientation of parents matter?", in *American Sociological Review*, 2001. pp. 65, 159-183.

¹³² *Sexual Orientation, Parents & Children, Adopted* by the APA Council of Representatives, July of 2004, disponível em: <http://www.apa.org/about/policy/parenting.aspx> (Acesso: 29/08/2016).

em matéria de adoção, guarda dos filhos e visitação, assistência social e serviços de saúde reprodutiva. A APA, nessa linha, propõe-se realizar pesquisas e formação, a fim de fornecer recursos científicos e educacionais que informem e esclareçam o debate público e auxiliem a elaboração de políticas públicas que promovam a erradicação da discriminação baseada na orientação sexual em matéria de adoção, guarda dos filhos e visitação, assistência social e serviços de saúde reprodutiva e assume o apoio aos seus membros, divisões e filiações estaduais provinciais e territoriais e, ainda de associações psicológicas diversificadas.¹³³

A missão da Academia Americana de Pediatria (AAP) consiste na promoção física, mental e social de saúde e de bem-estar para todos os bebês, crianças, adolescentes e adultos jovens. Historicamente, a AAP tem trabalhado através do ensino, da pesquisa, e para destacar a forte ligação entre o bem-estar das crianças com a sua fonte mais duradoura de apoio - os seus pais. É vital que os pediatras entendam as características únicas e complexas das famílias dos seus pacientes e que possam, nessa compreensão, apoiá-los para garantir o desenvolvimento ideal e saudável das crianças a seu cargo. Todas as crianças têm as mesmas necessidades e devem usufruir do direito a receber carinho, segurança e estabilidade social. As crianças cujos pais são gays e lésbicas têm sido historicamente sujeitos a leis, políticas sociais e atitudes de desaprovação (social e outra) que criam distância social e ostracismo e desafiam a estabilidade de suas famílias, bem como o inegável impacto que pode ocorrer no seu próprio desenvolvimento social e psicológico.¹³⁴ Também a Academia Americana de Pediatria (AAP) enumera os fatores que conferem risco para o desenvolvimento saudável das crianças, tais como a pobreza, a depressão parental, o abuso de substâncias dos pais, o divórcio e a violência doméstica, mas a orientação sexual dos pais não está entre eles, confirmam os seus estudos e observações. Muitos desses estudos têm avaliado os resultados do desenvolvimento psicossocial de crianças cujos pais são gays ou lésbicas e observa que os recursos sociais e económicos de uma família e a força das relações entre os membros dessa mesma família são variáveis muito mais importantes do que o género

¹³³ *Sexual Orientation, Parents & Children, Adopted...* disponível em <http://www.apa.org/about/policy/parenting.aspx> (Acesso: 29/08/2016).

¹³⁴ *Promoting the Well-Being of Children whose parents are gay or lesbian*, American Academy of Pediatrics, disponível em: <http://pediatrics.aappublications.org/content/pediatrics/early/2013/03/18/peds.2013-0377.full.pdf> (Acesso: 29/09/2016).

dos pais ou a sua orientação sexual. As circunstâncias ligadas ao gênero ou à sexualidade, não parecem, portanto, levar a consequências que afetem o desenvolvimento e bem-estar pessoais das crianças. Um robusto e abrangente corpo de literatura científica demonstra que as crianças e adolescentes que crescem com gays e lésbicas não sofrem prejuízos no seu funcionamento emocional, cognitivo, social e sexual, e que têm um desenvolvimento semelhante ao que ocorre em as crianças cujos pais são heterossexuais.¹³⁵ A literatura científica e educacional acumulada ao longo de mais de 30 anos, no seu conjunto, constitui uma garantia robusta, confiável e válida sobre o bem-estar de crianças criadas por pais do mesmo sexo e permite suportar as afirmações aqui expressas. Grande parte dessa pesquisa sobre as crianças com pais gays e lésbicas foi, por necessidade, realizada com base em amostras de conveniência relativamente pequenas. No entanto, mais de 100 publicações científicas ao longo de 30 anos, em conjunto, têm demonstrado que o bem-estar das crianças é afetado muito mais pela qualidade e substância das suas relações com os seus pais.¹³⁶ A sensação de segurança transmitida pelos pais, assim como de competência parental, ou a presença de apoio social e económico para a família, não se obtém pelo gênero ou pela orientação sexual dos seus pais, reafirma-se.¹³⁷

Com base nesta revisão abrangente da literatura sobre o desenvolvimento e o ajustamento das crianças cujos pais são do mesmo sexo,, a AAP conclui que é no melhor interesse das crianças, que se providencie para que elas usufruam da segurança e do cuidado estabilizado e permanente que, normalmente, vem com o casamento civil dos seus pais, sem levar, apesar disso, em conta o sexo dos seus pais ou a sua orientação sexual, irrelevantes para este pressuposto. A igualdade do acesso ao casamento pode ajudar a reduzir o estigma social enfrentado por lésbicas, pais gays e as suas crianças, aumentando assim a sua estabilidade social, aceitação e apoio. As crianças que são criadas por pais casados beneficiariam assim do estatuto social e jurídico que o casamento civil transmite aos seus pais. Porém, quando o casamento não é uma opção

¹³⁵ *Promoting the Well-Being of Children....*, disponível em: <http://pediatrics.aappublications.org/content/pediatrics/early/2013/03/18/peds.2013-0377.full.pdf> (Acesso: 29/09/2016).

¹³⁶ M. LAMB, "Mothers, fathers, families, and circumstances: factors affecting children's adjustment" in *APPL, Dev Sci*, 2012. p.16 e 98–111.

¹³⁷ E.C. PERRIN, "Technical report: coparent or second-parent adoption by same-sex parents", in *Pediatrics. American Academy of Pediatrics, Committee on Psychosocial Aspects of Child and Family Health*, 2002. pp.109 e 341–344.

viável, as crianças não devem ser privadas da assistência social temporária ou da adoção pelos pais solteiros ou casais, independentemente, também, da sua orientação sexual. As políticas públicas e apoio da comunidade são vitais para o sucesso da boa socialização e desenvolvimento das crianças nessas circunstâncias. Os pediatras que trabalham para eliminar as disparidades e estabelecer suporte, estabilidade e segurança a todas as famílias por meio de igualdade no casamento e reconhecimento legal dos pais, pretende ainda honrar a sua missão de promover a saúde física, mental e social ideal e bem-estar de todos os bebés, crianças, adolescentes, e adultos jovens.¹³⁸

No nosso país, as posições assemelham-se e a posição da Ordem dos Psicólogos quando se fala de parentalidade, é a de que as crianças precisam de ser sempre protegidas, cuidadas e educadas.¹³⁹ Desta forma, a instituição do parentesco, que não decorre apenas da biologia, deve ser fundamentada em princípios como o cuidado, o amor, a proteção e a responsabilização na criação das crianças. Confirmam igualmente que as evidências científicas apontam para que as decisões importantes sobre a vida das crianças e adolescentes sejam tomadas com base na qualidade das suas relações com os pais e não com base na orientação sexual dos mesmos. A continuidade e a estabilidade afetiva devem ser os valores fundamentais a preservar, dando às crianças o direito de saber que as suas relações com os pais são estáveis e legalmente reconhecidas.¹⁴⁰

Recentemente, assistiu-se a um aumento da visibilidade social destas famílias nos média, nos debates políticos e legais, assim como nas publicações académicas. A discussão do projeto lei nº 278 XII, que previu a possibilidade de co-adoção por casais do mesmo sexo traduziu-se, na arena pública e social, num conjunto de perguntas sobre estas realidades familiares, para as quais foi necessário procurar respostas. Algumas das

¹³⁸ *Promoting the Well-Being of Children whose parents are gay or lesbian*, American Academy of Pediatrics, disponível em: <http://pediatrics.aappublications.org/content/pediatrics/early/2013/03/18/peds.2013-0377.full.pdf> (Acesso: 29/08/2016)

¹³⁹ Relatório de Evidência Científica Psicológica sobre Relações Familiares e Desenvolvimento Infantil nas Famílias Homoparentais. A apresentar ao Grupo de Trabalho Co-Adopção (CACDLG) – PJI n.º 278/XII/1.ª (PS) Julho 2013 disponível em: https://www.ordemdospsicologos.pt/ficheiros/documentos/relataorio_de_evidencia_cientifica_psicologica_sobre_as_relaes_familiares_e_o_desenvolvimento_infantil_nas_familias.pdf (Acesso: 1/09/2016).

¹⁴⁰ Ver: M. ALMEIDA, “Homoparentalidade – Uma perspectiva antropológica, Encontros de Homoparentalidade”, in (*Actas do Encontro sobre Homoparentalidade*), Organização de E. Ferreira, ISPA, Lisboa, 2006.

respostas surgiram ancoradas e suportadas ainda no estigma social – as famílias homoparentais, embora constituam uma realidade cada vez mais comum são, não raras vezes, alvo de ideias pré-concebidas baseadas na orientação sexual predominante em geral, o que não exclui infelizmente juízes, legisladores ou profissionais de saúde, por exemplo. Essas dúvidas, e preocupações que se levantam sobre as capacidades parentais e o desenvolvimento psicológico das crianças e adolescentes ao cargo de uma família homoparental têm sido orientadas e respondidas por várias investigações científicas realizadas nas últimas décadas e em diversos países e diferentes laboratórios sociais. As conclusões a que sempre chegaram são que as crianças e adolescentes de famílias homoparentais não diferem significativamente das crianças e adolescentes de famílias heteroparentais no que concerne ao seu bem-estar emocional, assim como em nenhuma dimensão do seu desenvolvimento psicológico, emocional, cognitivo, social e sexual. Considera-se assim que o desenvolvimento saudável não depende da orientação sexual dos pais, mas sim da qualidade da relação entre pais e filhos e dos vínculos de afeto seguros que se estabelecem no seio dessas famílias. Não existe fundamentação científica que permita afirmar que os pais homossexuais não são bons pais com base apenas na sua orientação sexual. Inversamente, o que as evidências científicas encontradas sugerem é que os homossexuais, tal como os heterossexuais, possuem as competências parentais necessárias para educar uma criança, podendo oferecer-lhe um contexto familiar afetivo, saudável e potenciador do seu desenvolvimento, e que tal capacidade não está diretamente relacionada com a sua orientação sexual.¹⁴¹

Estes resultados, repetidos e consistentes em diversos estudos, permitem encontrar um consenso na comunidade científica: a orientação sexual parental e a configuração familiar homoparental não parecem ser um fator determinante do desenvolvimento infantil nem da competência parental. É possível concluir e afirmar assim que, para além de serem igualmente bons pais, os pais homossexuais também apresentam estilos parentais e vivem experiências de parentalidade muito semelhantes às dos pais heterossexuais.¹⁴²

¹⁴¹ Relatório de Evidência Científica Psicológica sobre Relações Familiares..., *Ob. Cit.*, p. 7 a 9.

¹⁴² BURSTON, A., GOLDING, J. GOLOMBOCK, S., MOONEY-SOMERS, J., MURRAY, C., PERRY, B., STEVENS, M. "Children With Lesbian Parents: A Community Study", in *Developmental Psychology*, 2003. pp. 39 (1),

Os pais e mães homossexuais apresentam resultados iguais aos pais e mães heterossexuais, no que diz respeito às competências parentais, desenvolvendo com as crianças relações de qualidade e proporcionando-lhes, em condições de igualdade, um contexto familiar seguro e favorável ao seu desenvolvimento. O raciocínio invocado por muitos de que, o “direito natural a ter um pai e uma mãe” pressupõe a família heteroparental como o modelo mais desejável de parentalidade, sem o qual não existe um desenvolvimento infantil saudável, prefigura-se como um argumento que parece, no entanto e pelo que já foi dito, não ter fundamentação científica sólida. A ideia veiculada de que as crianças precisam, em simultâneo, de um pai e de uma mãe, implica a ideia basilar de que a maternidade e a paternidade implicam capacidades mutuamente exclusivas e, como sempre, estereotipadas em termos de género, colando às diferenças biológicas e reprodutivas entre homem e mulher, diferenças de género no comportamento parental. Ou seja, o argumento de que as crianças necessitam sempre de um pai e de uma mãe presume que a parentalidade envolve capacidades exclusivas de um género.¹⁴³ No entanto, e de acordo com os estudos de Patterson, a orientação sexual parental é menos importante do que a qualidade das relações familiares. No que concerne à diferença entre géneros, a criança poderá construir uma noção desta diferença entre os sexos através das suas relações sociais alargadas, uma vez que os modelos de feminino e masculino não se restringem apenas às figuras físicas de pai e de mãe.¹⁴⁴ Acrescenta-se aqui, outra variável, não menos importante, que se prende na certeza de que, para uma criança em desenvolvimento, é mais importante a qualidade da interação com os pais e a qualidade da relação entre os pais, do que o seu género ou orientação sexual. No que diz respeito à qualidade das relações pais-filhos e entre o casal, as famílias homoparentais são similares às famílias heteroparentais na maioria das suas circunstâncias quotidianas.

Voltando à questão de saber se o desenvolvimento psicológico, emocional e social saudável de uma criança será colocado em causa pela homoparentalidade, as conclusões e tomadas de posição até aqui invocadas apontam no sentido de uma resposta negativa.

¹⁴³ J. FONTAINE GATO, “Impacto da orientação sexual e do género na parentalidade: Uma revisão dos estudos empíricos com famílias homoparentais”, in *Revista Ex-Aequo*, 2011. pp. 23, 83-89.

¹⁴⁴ C.J. PATTERSON, “Children of Lesbian and Gay Parent”, in *Current Directions in Psychological Science*, 2006. pp.15 (5), 241-244.

Nesse sentido apontam os trabalhos dos investigadores Crowl, Ahn e Baker¹⁴⁵ que realizaram uma análise sobre um universo de dezanove estudos, que revelou que as crianças criadas por pais do mesmo sexo têm um desempenho igual aos das criadas por pais heterossexuais, no que diz respeito ao seu desenvolvimento cognitivo e quanto ao ajustamento psicológico. Mais, quando se encontraram distinções nos resultados, elas tendiam a favor das crianças de famílias homoparentais. Wainright, Russell e Patterson, em 2004¹⁴⁶, assim como Wainright e Patterson em 2008¹⁴⁷, recolheram dados que permitiram comparar duas amostras: quarenta e quatro adolescentes em lares com duas mães e quarenta e quatro adolescentes em lares heterossexuais. Os autores não conseguiram encontrar diferenças significativas entre os dois grupos de jovens no que diz respeito ao seu ajustamento psicológico, relações com os pares, relações românticas, comportamento sexual, resultados escolares, consumo de substâncias, e delinquência ou vitimização.

De acordo com Patterson, em 2009¹⁴⁸, o estudo confirmou de forma recorrente que as crianças e adolescentes de famílias homoparentais têm relações sociais normais com os membros da família, com os pares e com adultos, também no exterior do seu círculo familiar. Resultados semelhantes foram encontrados em diferentes estudos organizados sobre um largo espectro de características do desenvolvimento pessoal destas crianças e famílias e apontam para que a preocupação que existe sobre o potencial impacto da homoparentalidade no desenvolvimento psicológico das crianças continua a revelar-se factualmente injustificada. As crianças e adolescentes criados em contexto familiar homoparental apresentam um desenvolvimento psicológico, cognitivo, emocional e social tão saudável e ajustado, quanto o das crianças inseridas em famílias heterossexuais. Também os trabalhos de Gartrell, Bos & Goldberg¹⁴⁹ afirmam que por entre as influências ambientais possíveis, crescer numa família homoparental pode

¹⁴⁵ S. ALHN, J.BAKER, A.CROWL, "A Meta-Analysis of Developmental Outcomes for Children of Same-Sex and Heterosexual Parents", in *Journal of GLBT Family Studies*, 2008.pp.4(3), 385-407.

¹⁴⁶ C.J. PATTERSON, RUSSEL, S., WAINRIGHT,J, *Psychosocial Adjustment, School Outcomes, and Romantic Relationships of Adolescents With Same-Sex Parents*, 2004. pp.75 (6), 1886-1898.

¹⁴⁷ C.J. PATTERSON, J. WAINRIGHT, "Peer Relations Among Adolescents with Female Same-Sex Parent". In *Developmental Psychology*, 2008. pp.44 (1), 117-126.

¹⁴⁸ C.J. PATTERSON, "Children of Lesbian and Gay Parents: Psychology, Law and Policy", in *American Psychologist*, 2009. pp. 727-736.

¹⁴⁹ H. BOS, N.GARTRELL, "Adolescents of the USA National Longitudinal Lesbian Family Study: Can Family Characteristics Counteract the Negative Effects of Stigmatization?", in *Family Process*, 2010.pp.49(4), 559-572.

alargar as possibilidades de identificação sexual das crianças, uma vez que os pais homossexuais e as mães homossexuais têm menor probabilidade de estigmatizar ou censurar as relações homossexuais e estão mais abertos a discutir assuntos relacionados com a sexualidade.¹⁵⁰ A orientação sexual dos filhos não parece depender de forma definitiva, como se infere e sugerem os diversos estudos já citados, da orientação sexual parental.

Pelo que ficou dito e, apesar da persistência de algumas preocupações manifestadas em sentido contrário, a existência de discriminação ou estigma homofóbico não parece ser um argumento com validade contra a homoparentalidade, uma vez que esse argumento teria de ser aplicado igualmente aos pais negros, obesos ou portadores de alguma deficiência, só para citar alguns exemplos. Considerando os resultados encontrados pelas investigações e pelas narrações das experiências de crianças criadas em famílias homoparentais, não é possível obter conclusões definitivas, mas a maior parte dos estudos sugere que, apesar de algumas evidências de discriminação, as crianças de famílias homoparentais estão bem adaptadas socialmente e encontram, pelos seus próprios recursos internos, estratégias e mecanismos que lhes permitem fazer face a essa discriminação, se a mesma ocorrer. Aceita-se como possível que crianças de famílias homoparentais sejam alvo de discriminação, mas perante essa realidade, tal facto não obstaculizará, como não cria obstáculos a outras crianças alvo de discriminação (oriundas dos mais diversos meios familiares) que se desenvolvam saudavelmente e mantenham relações positivas com os outros, sendo certo que existem mecanismos de proteção e de resiliência pessoais que diminuem ou anulam os potenciais resultados negativos, a existirem, da discriminação em causa.^{151 152}

Parece existir uma clara convergência na comunidade científica sobre a constatação de que a configuração familiar (seja homoparental ou heteroparental) não é um fator determinante para o desenvolvimento das crianças, mas sim, e aqui existe um evidente consenso, a dinâmica relacional das famílias estudadas. O que resulta muito importante,

¹⁵⁰ H.BOS, T. SANDFORT, *Children's Gender Identity in Lesbian and Heterosexual Two-Parent Families*, 2010.pp.62 (1), 114-126.

¹⁵¹ H.BOS, N. GARTRELL, L. GELDEREN, J. HERMANNNS, F.ROOIJ, "Stigmatization associated with growing up in a lesbian-parented family: adolescents experience and how they deal with it?", in *Children and Youth Services Review*, 2012(a).

¹⁵² H.BOS, F. VAN Balen, "Children in planned lesbian families: stigmatization, psychological adjustment and protective factor", in *Culture, Health and Sexuality*, 2008.pp.10 (3), 221-236.

e é de facto essencial nesta análise, é que o contexto familiar seja provedor de afeto e comunicação, seja sensível às necessidades da criança, viva de modo estável e impondo normas adequada. Se estas funções parentais forem efetivas e se consubstanciarem no seio da família, a orientação sexual dos pais, em si mesma, não parece ser a variável mais relevante para se estabelecer o modo de construção do desenvolvimento psicológico de uma criança.

Em resumo, as evidências científicas apontam para as conclusões que subscrevemos e que se elencam resumidamente de seguida: não existe base científica para afirmar que os homossexuais femininos e masculinos não são capazes de criar e educar crianças saudáveis e bem-ajustadas. Também não foi possível encontrar fundamentação científica para concluir que os pais homossexuais ou as mães homossexuais não serão bons pais/mães apenas com base na sua orientação sexual.

Consideradas e analisadas as evidências científicas, percebemos que elas sugerem então que decisões fundamentalmente importantes e com impacto sobre a vida de crianças e adolescentes (como a determinação da adoção e co-adoção) devem ser tomadas não com base na orientação sexual dos pais, mas sim tendo por base a qualidade das suas relações com os mesmos. Conclui-se que os resultados das investigações apoiam a possibilidade de co-adoção e de adoção por parte de casais homossexuais, uma vez que não foram encontradas diferenças relativamente ao impacto da orientação sexual no desenvolvimento da criança, nem que a sua orientação sexual tenha qualquer influência negativa, nas suas competências parentais.

No fundo, são e continuam a ser, as personalidades a marcar essa diferença e isso, claramente, não estará relacionado com a orientação sexual de alguém.

Considerações finais:

Esta dissertação de Mestrado assumiu como objetivo refletir sobre a temática da adoção e da co-adoção por casais do mesmo sexo, no contexto português, europeu e mundial.

Assim, a abordagem iniciou-se pela explicitação do que se entende na atualidade como O Direito das Crianças, ramo recente do direito, mas que pela sua pertinência para a nossa abordagem, quisemos clarificar. De seguida, procurámos clarificar também o conceito que se procura preservar e proteger: a prossecução do seu superior interesse e, de como o mesmo pode ser alcançado. Tal análise, e após a leitura atenta e o entendimento do conceito, permitiu-nos chegar à conclusão de que, o superior interesse de uma criança, e a sua conseqüente felicidade e estabilidade emocional, não dependem da orientação sexual dos seus pais, mas sim das suas competências parentais e características ligadas à sua personalidade como seres humanos que são, e não das relações amorosas que estabeleçam, independentemente do sexo dos parceiros envolvidos.

Da análise expressa, permitimo-nos neste momento, por tudo o que ficou explicitado ao longo deste trabalho de investigação, considerar que é no superior interesse da criança que a mesma seja adotada e encontre uma família disposta a acolhê-la e que reúna as condições necessárias para esse efeito, independentemente de qual seja a sua orientação sexual. Nessa certeza, consideramos os casais homossexuais, perfeitamente capazes de auxiliar na procura e no encontro do superior interesse das crianças candidatas à adoção, tal como o confirmam, de forma séria e sustentada, todos os estudos (nacionais e estrangeiros) invocados neste trabalho e que corroboram claramente ser este o caminho mais justo, mais humano e transparente, capaz de servir este propósito imperativo: o seu superior interesse.

Depois, tentámos perceber de que forma o seu superior interesse estaria de facto salvaguardado nos casos de adoção, e procedemos a uma análise cujo especial enfoque consistiu num olhar pela legislação que tutela esta instituição e seleciona os candidatos a adotantes. De uma forma muito particular, porque se pretendia aferir da justiça do acesso, analisámos o processo de seleção e aprovação dos candidatos, especialmente dos que pertencem às minorias sexuais.

Considerámos também, a observação da lei n.º 9/2010 de 31 de maio, que regula o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e que proibia, por altura do início da redação desta dissertação, expressamente, a adoção de crianças, por casais do mesmo sexo.

A partir de todo o estudo realizado, pudemos perceber que o instituto da adoção que, ao início da redação desta tese se encontrava, como já dissemos, interdito aos casais homossexuais, foi finalmente alterado, permitindo o acesso à adoção destes casais, em igualdade de circunstâncias aos casais heterossexuais. Apesar de saudarmos este progresso civilizacional, considerámos pertinente sublinhar e aprofundar ainda mais, as razões que estão na base desta autorização, quando, apesar de tudo, subsistem ainda setores sociais contrários a esta resolução. Principalmente porque, considerando que tal permissão nos parece de elementar carácter humanista e justo, sabemos que, por vezes, a alternância de governos pode provocar verdadeiros retrocessos civilizacionais e que tais circunstâncias podem ser castradoras do direito a que cada um possa livremente dispor da sua vida e, conseqüentemente, dos seus direitos mais elementares, em plena igualdade de circunstâncias

Constatámos que também a co-adoção, aceite em alguns países, continuava ferida e limitada por preconceitos injustificáveis à luz do princípio da igualdade, mesmo dentro de países modernos e civilizados, como foi possível observar no caso estudado, caso X and Others v. Áustria. Saudámos a decisão do nosso país que aprovou em 2015 esta alteração à lei numa tentativa de proteger as crianças que estabeleceram uma vinculação com o cônjuge do mesmo sexo de seu pai ou de sua mãe, biológicos ou adotivos, acompanhando evolução do conceito de família. A lei assim aprovada, veio dar resposta a situações de crianças que, tendo apenas uma menção relativa à sua maternidade ou paternidade, ficam a partir desta aprovação, numa situação jurídica mais protegida, sólida e estável. Como é do seu direito, acrescentamos.

De facto e ouvidas algumas áreas da psicologia e da psiquiatria, podemos concluir que as tomadas de posição são consensuais: as crianças vindas de famílias homoparentais não apresentam diferenças em relação às crianças criadas por famílias ditas “tradicionais” no que se refere a aspetos cognitivos, sociais, e educacionais. No âmbito do desenvolvimento emocional, apesar do receio de tantos, também não existem diferenças que possam ser atribuídas à vivência destas crianças com casais do mesmo sexo.

Compete ao direito garantir, neste caso continuar a tutelar, em benefício do superior interesse de cada criança, a oportunidade de receber afeto e apoio, dentro de uma família que a deseja no seu seio e que está disposta a acarinhá-la com o coração, independentemente do sexo ou das orientações sexuais que, à criança, não parecem importar.

De futuro e, tal como a vida que dá sempre inúmeras reviravoltas, os retrocessos não são impossíveis e a nossa vigilância pretende ser contínua. E atenta, sejam quais forem as linha de orientação que os governos e, o direito por arrasto, considerem pertinentes e aceitáveis.

Concluindo, consideramos pertinente sublinhar a importância e equanimidade de tais leis, e na certeza de que estas conquistas não foram fáceis de alcançar, a sua defesa deverá (e continuará) a estar sempre no nosso horizonte como cidadãos do mundo. E a vida, essa há-de dar-nos o espaço e a inspiração para continuar a luta pelos Direitos Humanos, nesta terra que todos partilhamos.

“A vida é breve, mas cabe nela muito mais do que somos capazes de viver.”

José Saramago

Bibliografia:

ADRAGÃO, Paulo Pulido. “Casamento: entre pessoas do mesmo sexo? Pressupostos fundamentais da questão”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano., No Centenário do Seu Nascimento*, Vol. II, Coimbra Editora, 2006.

ALBUQUERQUE, “Catarina, Direito das Crianças - As Nações Unidas, a Convenção e o Comité”, *Documentação e Direito Comparado*, nº 83/84, 2000.

ALHN, S. BAKER, J .CROWL, A., “A Meta-Analysis of Developmental Outcomes for Children of Same-Sex and Heterosexual Parents”, in *Journal of GLBT Family Studies*, 2008.

ALMEIDA, M. “Homoparentalidade – Uma perspectiva antropológica”, Organização de E. Ferreira, *Encontros de Homoparentalidade*, Organização de E. Ferreira in *Actas do Encontro sobre Homoparentalidade*), ISPA, Lisboa, 2006.

AMARAL, Maria Lúcia, “O Princípio da Igualdade na Constituição Portuguesa” in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Armando M. Guedes*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.

ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os direitos fundamentais da Constituição Portuguesa de 1976*, Almedina, Coimbra, 2001.

ARMESTO, J. C. “Developmental and contextual factors that influence gay fathers' parental competence: A review of the literature”, in *Psychology of Men and Masculinity*, 2002.

BAPTISTA, Isabel, *O casamento homossexual e o ordenamento jurídico-constitucional português*, Chamusca, Cosmos, 2010.

BORGES, Beatriz Marques, *Proteção de Crianças e Jovens em Perigo*, Livraria Almedina, Coimbra, 2011.

BOS, H. e GARTRELL, N. “Adolescents of the USA National Longitudinal Lesbian Family Study: Can Family Characteristics Counteract the Negative Effects of Stigmatization?” in *Family Process*, 2010.

BOS, H. e SANDFORT, T. "Children's Gender Identity in Lesbian and Heterosexual Two-Parent Families", in *Sex Roles*, 2010.

BOS, H., GARTRELL, N., GELDEREN, L., HERMANN, J ROOIJ, F. "Stigmatization associated with growing up in a lesbian-parented family: adolescents experience and how they deal with it?", in *Children and Youth Services Review*, 2012.

BOS, H., e VAN Balen, F. "Children in planned lesbian families: stigmatization, psychological adjustment and protective factors", in *Culture, Health and Sexuality*, 2008.

BROWN, Rhonda. KANE, Graeme. PERLESZ, Amaryll. RIGGS, Damien.SHORT, Elizabeth.RIGGS, Damien, *The Australian Psychological Society, Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender (LGBT) Parented Families*, 2007.

BURSTON, A., GOLDING, J .GOLOMBOCK, S., MOONEY-SOMERS, J., MURRAY, C., PERRY, B., STEVENS, M. "Children With Lesbian Parents: A Community Study", in *Developmental Psychology*, 2003.

CAMPOS, Ana Luísa, *A situação Jurídica das crianças que vivem com pessoas do mesmo sexo casadas ou em união de facto*. <http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/18655/1/Tese%20de%20Mestrado%20Abri%20de%202015%20-%20Ana%20Luisa%20Campos.pdf> (Acesso: 6/05/2016).

CANOTILHO, Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição (7ª edição)*, Almedina, Coimbra, 2016.

CANOTILHO, Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.ª ed., Coimbra Editora, 2007.

CEBALLOS, Fernández M. "Ser Madres y Padres en Familias Homoparentals: Análises del Discurso de sus Percepciones sobre la Educación de sus Hijos e Hijas", in *ENSAYOS*, Revista de la Facultad de Educación de Albacete, 2012.

CHAVES, Mariana. *Direitos em doses Homeopáticas: A situação Jurídica das famílias homafectivas em Portugal*, In IV Colóquio Internacional de Doutorandos/as do CES, 6-7 dezembro 2013, Cabo dos Trabalhos. https://cabodostrabalhos.ces.uc.pt/n10/documentos/4.1.1_Marianna_Chaves.pdf (Acesso: 22/08/2016).

COCHRAN, S. D. and MAYS, V. M. "Mental health correlates of perceived discrimination among lesbian, gay, and bisexual adults in the United States", in *American Journal of Public Health*, 91, 2001.

COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito da Família Vol. I*, 4ª edição, Coimbra Editora 2008. p.50.

CONGER, J.J. "Proceedings of the American Psychological Association, Incorporated, for the year 1974:" in *Minutes of the Annual meeting of the Council of Representatives in American Psychologist*, 30, 1975.

DIAS, Cristina M. Araújo. In *A Jurisprudência do tribunal Europeu dos Direitos do Homem e as novas formas de Família*, Disponível em: http://repositorio.uportu.pt/jspui/bitstream/11328/1102/1/cristina_dias.pdf (acesso 20/08/16).

DIAS, Pedro Branquinho Ferreira. "A adopção de crianças por casais homossexuais: sim., não ou talvez?", in *Lex Familiae, Revista Portuguesa de direito da família*, ano 2, nº 4, 2006.

DUARTE, Madalena. LIMA, Teresa Maneca. SANTOS, Ana Cristina e SANTOS, MACDOWELL, Cecília, "Homoparentalidade e desafios ao direito: O caso Silva Mouta na justiça portuguesa e no Tribunal Europeu de Direitos Humanos", in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 87, Coimbra. 2009.

FARR, R. FORSSEL, S. PATTERSON, C. "Parenting and Child Development in Adoptive Families: Does Parental Sexual Orientation Matter?", in *Applied Developmental Science*, 2010.

FULCHER, M. PATTERSON, C. J. & WAINRIGHT, J. "Children of lesbian and gay parents: Research, law, and policy" in *B. L. Bottoms, M. B. Kovera, and B. D. McAuliff (Eds.), Children, Social Science and the Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002.

GARCIA, Maria Glória F. P. D. *Estudos sobre o princípio da igualdade*. Almedina, Coimbra, 2005.

GATO, J. FONTAINE, A. M. "Impacto da orientação sexual e do género na parentalidade: Uma revisão dos estudos empíricos com famílias homoparentais", in *Revista Ex-Aequo*, 2011.

GOLOMBOK, S.TASKER, F. (1997). *In Growing up in a lesbian family*. Guilford Press, New York, 1997.

GUERRA, Paulo e BOLIEIRO, Helena. *A criança e a família, uma questão de direitos*, Coimbra Editora, 2014.

GUERRA, Paulo, FURTADO, Leonor, *O Novo Direito das Crianças e Jovens – um Recomeço*, Centro de Estudos Judiciários, 2001.

HESSEL, Renata. *Adoção por casais homossexuais: reconhecimento do afeto como fonte das relações familiares*. Tese de Dissertação à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012.

LAMB, M. *In Mothers, fathers, families, and circumstances: factors affecting children's adjustment*. APPL, Dev Sci, 2012.

LÚCIO, Laborinho. “As crianças e os direitos – O Superior Interesse da Criança”, *in Estudos em Homenagem a Rui Epifânio*. Almedina, Coimbra, 2010. p 186.

MARTINS CLARO, João, “O princípio da igualdade”, in JORGE MIRANDA (org.), *Nos dez anos da Constituição*, Imprensa Nacional Casa da Moeda, 1987.

MEDEIROS, Rui e MIRANDA, Jorge. *Constituição Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora. Coimbra. 2010.

MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, 2005.

MOREIRA, Isabel, DUARTE D’Almeida, Luís, e PAMPLONA CORTE-REAL, Carlos *O casamento entre pessoas do mesmo sexo – Três pareceres sobre a inconstitucionalidade dos artigos 1577º e 1628º, alínea e)*, do Código Civil, Almedina, Coimbra. 2008.

MOTA PINTO, Paulo, “Autonomia privada e discriminação. Algumas notas”, *in Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.

MÚRIAS, Pedro. “Um símbolo como bem juridicamente protegido. Sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo”, *in Casamento entre pessoas do mesmo sexo. Sim ou não?*, Entrelinhas, Lisboa, 2008.

PATTERSON, C.J. "Family relationships of lesbians and gay men", in *Journal of Marriage and Family* -62, 2000.

PATTERSON, C.J. "Children of Lesbian and Gay Parents", in *Current Directions in Psychological Science*, 2006.

PATTERSON, C. RUSSEL, S., WAINRIGHT, J. "Psychosocial Adjustment, School Outcomes, and Romantic Relationships of Adolescents With Same-Sex Parents", in *Child Development*, 2004.

PATTERSON, C. WAINRIGHT, J. "Peer Relations Among Adolescents with Female Same-Sex Parents", in *Developmental Psychology*, 2008.

PATTERSON, C.J. "Children of Lesbian and Gay Parents: Psychology, Law and Policy", in *American Psychologist*, 2009.

PERRIN, E. C., "The Committee on Psychosocial Aspects of Child and Family Health", in *Technical Report: Coparent or second-parent adoption by same-sex parents. Pediatrics*, 2002.

PERRIN, E.C. "Technical report: coparent or second-parent adoption by same-sex parent" in *Pediatrics. American Academy of Pediatrics*, Committee on Psychosocial Aspects of Child and Family Health, 2002.

REIS NOVAIS, Jorge, *Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa*, Coimbra editora, 2004.

ROSA, José Maria Silva, "A Criança no processo de adoção, realidade, desafios e mudanças – Do desejo à invocação: repto da adoção à maternidade e à paternidade" in *A Criança no Processo de Adoção*, MATIAS, Manuel e PAULINO, Mauro (Coord), Prime Books, Lisboa, 2014.

SALGUEIRO, Emílio, – "A Criança e o seu futuro, a criança e os seus riscos", in *Stress e Violência na Criança e no Jovem*, Ed. da Faculdade de Medicina da Universidade de Lisboa, 1999.

SANTOS, Duarte, *Mudam-se os Tempos, Mudam-se os Casamentos? – O casamento entre pessoas do mesmo sexo e o Direito Português*, Coimbra Editora, Coimbra. 2009.

SARAIVA, Rita Carolina Carvalho. *O Reforço da proteção do Superior Interesse da Criança através da adoção por Casais do mesmo Sexo*. Dissertação de Mestrado Apresentada à Universidade do Minho. 2015.

SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Temas dos Direitos das Crianças*, Coimbra, Almedina, 2004.

SOTTOMAYOR, Maria Clara, “Adopção ou o Direito ao Afecto” in *Revista Scientia IVRIDICA*, janeiro – março, 2015

SOUSA, Laura Sofia Correia de. *In A Homoparentalidade à luz do direito Português*, Tese de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2014.

STACEY, J. e BIBLARZ, T.J, “(How) Does sexual orientation of parents matter?”, in *American Sociological Review*, 2001.

TASKER, F. *Children in lesbian-led families - A review. Clinical Child Psychology and Psychiatry*, 1999.

VAUS, David. *Diversity and change in Australian families - Australian Families Statistical Profiles*, disponível em <https://aifs.gov.au/sites/default/files/publication-documents/DiversityAndChange.pdf> (Acesso: 28/09/2016).

WISE, S. “Family structure, child outcome and environmental mediators: an overview of the development in diverse families study”, in *Research Paper Number 30. Australian Institute of Family Studies*, Melbourne: studies, 2003.

Recursos Eletrónicos:

ILGA PORTUGAL – Intervenção Lésbica, Gay, Bissexual e Transgénero – <http://ilga-portugal.pt/ilga/index.php>

New Position Statement Adopted by the American Psychiatric Association (APA) Adoption and Co-Parenting of Children by Same-Sex Couples. Disponível em <http://www.nclrights.org/wp-content/uploads/2014/07/Adoption-Policy-Statements-REVISED-04-02-2009.pdf>

(Acesso: 25 de 09/2016).

Ordem dos Advogados, Conselho Regional de Lisboa, O Superior Interesse da Criança na perspetiva do respeito pelos seus direitos http://www.oa.pt/cd/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?sidc=31634&idc=8351&idsc=21852&ida=75761. (Acesso em 23/06/2016)

Relatório de Evidência Científica Psicológica sobre Relações Familiares e Desenvolvimento Infantil nas Famílias Homoparentais. A apresentar ao Grupo de Trabalho Co-Adopção (CACDLG?) – PJI n.º 278/XII/1.ª (PS) Julho 2013 disponível em: https://www.ordemdospsicologos.pt/ficheiros/documentos/relataorio_de_evidencia_cientifica_psicologica_sobre_as_relaa_aoes_familiares_e_o_desenvolvimento_infantil_nas_famailias.pdf (Acesso: 1/09/2016)

Promoting the Well-Being of Children whose parents are gay or lesbian, American Academy of Pediatrics, disponível em: <http://pediatrics.aappublications.org/content/pediatrics/early/2013/03/18/peds.2013-0377.full.pdf>

Sexual Orientation, Parents & Children, Adopted by the APA Council of Representatives, July of 2004, Disponível em <http://www.apa.org/about/policy/parenting.aspx> (Acesso: 23/09/2016).

Legislação Internacional:

Convenção Europeia dos Direitos Humanos disponível em <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-04-11-950-ets-5.html>. (Acesso: 28/07/2016).

Carta Internacional dos Direitos Humanos: Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, texto disponível em http://www.hrea.org/index.php?doc_id=388&erc_doc_id=2468&category_id=24&category_type=3&group=Tratados%20de%20derechos%20humanos%20y%20otros%20instrumentos%20internacionales (24/08/16).

Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, texto disponível em <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0389:0403:pt:PDF> (23/08/16).

Convenção sobre os Direitos da Criança, texto disponível em http://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf (23/08/16).

Declaração dos Direitos da Criança, texto disponível em <http://www.gddc.pt/direitoshumanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dc-declaracao-dc.html> (24/08/16).

Declaração Universal dos Direitos do Homem, texto disponível em <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textosinternacionaisdh/tidhuniversais/cidhdudh.html> (22/08/16).