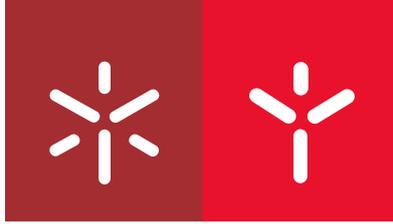


Universidade do Minho
Escola de Direito

Rita Carolina Carvalho Saraiva

**O reforço da proteção do superior interesse
da criança através da adoção por casais
do mesmo sexo**



Universidade do Minho
Escola de Direito

Rita Carolina Carvalho Saraiva

**O reforço da proteção do superior interesse
da criança através da adoção por casais
do mesmo sexo**

Dissertação de Mestrado
Mestrado em Direito das Crianças, Família e Sucessões

Trabalho realizado sob a orientação da
Professora Doutora Cristina M. Araújo Dias

outubro de 2015

DECLARAÇÃO

Nome: Rita Carolina Carvalho Saraiva

Endereço electrónico: rita_msb@hotmail.com

Número do Bilhete de Identidade: 13900660

Título dissertação: O reforço da proteção do superior interesse da criança através da adoção por casais do mesmo sexo

Orientador: Professora Doutora Cristina M. Araújo Dias

Ano de conclusão: 2015

Designação do Mestrado: Mestrado em Direito das Crianças, Família e Sucessões

1. 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

A presente dissertação, desenvolvida ao longo do último ano, não teria sido possível sem o apoio, a orientação, a compreensão, e o encorajamento dos que comigo privaram. Por tudo o que me deram, por todo o tempo que me disponibilizaram, aqui fica o meu reconhecido agradecimento:

À professora Doutora Cristina Dias, por me ter indicado o caminho a seguir;

Aos meus pais e irmão, por tudo;

À minha família, por ter estado presente e por ter vivido este processo como se da sua vida se tratasse;

À Catarina, pela disponibilidade, amizade e força;

Aos colegas de trabalho, pelo tempo e espaço que me souberam dar;

Aos amigos, pelo interesse, pela compreensão e pelo apoio.

RESUMO

O Superior Interesse da Criança é o princípio norteador de todos os diplomas legais que versam sobre os direitos das crianças. Embora não seja possível defini-lo, dada a sua complexidade, é fácil compreender que o seu significado se prende com a realização dos direitos das crianças, para que elas se possam desenvolver de forma integral e saudável, num ambiente harmonioso e feliz. No que toca à família, o superior interesse da criança implica que ela seja afastada das situações de perigo em que possa ser colocada, mesmo que isso implique afastá-la da família biológica, devendo o Estado dar resposta às necessidades com que depois se depara.

Através da análise da evolução do estatuto da criança e dos homossexuais, e da forma como a lei lida com as novas formas de família, é objetivo desta dissertação demonstrar de que forma é que a legalização da adoção por casais do mesmo sexo reforça a garantia do superior interesse da criança, num país que atualmente é o único que permite que os casais de pessoas do mesmo sexo contraiam casamento, mas não que adotem crianças.

ABSTRACT

The Best Interest of the Child is the guiding principle of all legal instruments that deal with children's rights. Although you can not set it, given its complexity, it's easy to understand that its meaning is linked to the realization of children's rights so they can develop fully and healthily, in a harmonious and happy environment. With regard to the family, the best interests of the child means that sometimes, when the biological family becomes a not safe place, the child must be taken away by the State, wich has resolve the situation in the best way possibble.

By analyzing the evolution of the child's and homosexuals's status, and how the law deals with the new forms of family, the goal of this master's thesis is to demonstrate how the legalization of the adoption by same-sex couples reinforces the guarantee of child's best interests, in a country that is currently the only one that allows couples of the same sex to contract marriage, but not adopt children.

ÍNDICE

I. SER CRIANÇA	3
1.1 A evolução histórica da criança	3
1.2 A criança enquanto sujeito de direito	10
1.3 Os Principais instrumentos jurídicos protetores dos direitos das crianças	15
1.4 O Superior Interesse da Criança – realce do direito da criança à família	26
II. DAS NOVAS FORMAS DE FAMÍLIA.....	31
2.1 As relações jurídicas familiares e as novas formas de família	31
2.2 Famílias homossexuais – evolução histórico-legal.....	43
2.3 A Lei n.º 9/2010, de 31 de maio – novas ideias, velhos preconceitos	54
III. A ADOÇÃO POR CASAIS HOMOSSEXUAIS	61
3.1 Dados relevantes sobre a institucionalização de menores	61
3.2 O Regime Jurídico da Adoção	67
3.3 A possibilidade da adoção por casais homossexuais como reforço da garantia do superior interesse da criança.....	78
CONCLUSÃO	95
BIBLIOGRAFIA.....	97

ABREVIATURAS

CC – Código Civil

CP – Código Penal

CPP – Código do Processo Penal

CRC – Código do Processo Civil

CRP – Constituição da República Portuguesa

LGBT – Lésbica, Gay, Bissexual e Transgénero

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

INTRODUÇÃO

No âmbito da I Edição do Mestrado em Direito das Crianças, Família e Sucessões da Escola de Direito da Universidade do Minho, apresenta-se a presente Dissertação subordinada ao tema “O reforço da proteção do superior interesse da criança através da aceitação da adoção por pessoas do mesmo sexo”.

Apesar do seu carácter geral e indeterminado, o conceito de “Superior Interesse da Criança” é aceite e respeitado como um Princípio Fundamental do nosso sistema jurídico, motivo pelo qual tem sido incessável a busca pela sua concretização. Um dos meios mais utilizados para alcançar esse objetivo é a enumeração de direitos inerentes às crianças, cujo desrespeito ou violação signifique a sua colocação em situação de perigo ou risco, gravosa o suficiente para que sejam ativas medidas que as protejam – às crianças e ao seu desenvolvimento integral e sadio, uma vez que essa enumeração é reveladora dos direitos que têm de lhes ser reconhecidos, funcionando como forma de preencher o conceito (na impossibilidade de o definir).

De entre os diplomas que ativamente se debruçam sobre este assunto, merece especial destaque a Convenção sobre os Direitos da Criança. Aprovada pelas Nações Unidas em 1989 e hoje ratificada pela esmagadora maioria dos Estados do mundo, agrupa os direitos das crianças em quatro categorias (direitos à sobrevivência, direitos relativos ao desenvolvimento, direitos relativos à proteção e direitos de participação) aproximando-se, através da sua enunciação e densificação, da concretização do conceito de superior interesse da criança que, como se disse, passa por garantir o desenvolvimento integral e harmonioso de todas as crianças.

Quando ratificam a CDC, os Estados Partes reconhecem que a “*a criança deve crescer num ambiente familiar, em clima de felicidade, amor e compreensão*”, e consideram que “*importa preparar plenamente a criança para viver uma vida individual na sociedade e ser educada (...) num espírito de paz, dignidade, tolerância, liberdade e solidariedade*”.

Dito isto, o mote para esta dissertação foi a necessidade de expor duas duras realidades do nosso país, e uma solução que serve ambas: através da consagração legal da possibilidade de adoção de crianças por casais do mesmo sexo, não só estes veriam o seu direito à família finalmente respeitado por completo, como as crianças que vivem institucionalizadas também

veriam protegido o seu superior interesse, nomeadamente ao nível do direito de “crescer em ambiente familiar, em clima de felicidade, amor e compreensão”.

Sendo certo que esta solução depende, em grande medida, de uma evolução do pensamento da sociedade, também é certo que só se pode educar as crianças para a vida em comunidade num espírito de dignidade, tolerância e solidariedade se os adultos viverem segundo as mesmas regras.

A presente dissertação pretende, assim, expor de forma clara e direta as vantagens da adoção por casais homossexuais, quer para estes casais, quer para as crianças que possam vir a ser por eles adotadas, quer ainda para uma sociedade que tem tanto de moderna como de primitiva, ao dar com uma mão enquanto tira com a outra, como acontece com a legalização do casamento entre pessoas do mesmo sexo mas a continuação da proibição de adotar.

Ao longo das próximas páginas vão ser explorados conceitos e preconceitos, uns mais antigos do que outros, vão ser tocados assuntos “tabu” que, como tal, são normalmente evitados, vão ser feitas considerações mais ou menos chocantes e vai ser defendida uma posição que se baseia nesta simples ideia: se *“todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei”* e se *“ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de (...) orientação sexual”*¹, é mais que aceitável legalizar a adoção de crianças institucionalizadas, por casais do mesmo sexo, salvaguardando assim, não só o direito à família de todos eles, como o desenvolvimento integral em ambiente familiar das crianças, e a constituição de verdadeiras famílias pelos adultos.

Mantendo o foco no Superior Interesse da Criança vamos então perceber de que forma é que a aceitação e legalização da adoção por casais homossexuais reforça a garantia desse conceito que tem tanto de indeterminado como de valor.

¹ Constituição da República Portuguesa, artigo 13.º.

I. SER CRIANÇA

1.1 A evolução histórica da criança

De acordo com os artigos 66.º e 67.º do Código Civil, respetivamente, a personalidade jurídica adquire-se no momento do nascimento completo e com vida, momento a partir do qual as pessoas podem ser sujeitos de quaisquer relações jurídicas, nisso consistindo a capacidade jurídica. Mais se diz no n.º2 do artigo 66.º, para o que aqui se revela essencial, que os direitos reconhecidos aos nascituros dependem do seu nascimento. Quer isto dizer que não só os direitos inerentes às pessoas se adquirem com o seu nascimento, e, portanto, enquanto são crianças, como alguns são reconhecidos ainda antes disso.

Esta é a realidade jurídica existente hoje em Portugal. Mas é líquido que à criança nem sempre foi reconhecido o estatuto de sujeito, e muito menos de sujeito de direitos.

Durante vários séculos, a criança foi vista como objeto, como propriedade e fonte de rendimento, como oferenda de sacrifícios para acalmar os Deuses, como explicação para o que era inexplicável aos olhos das sociedades da altura. Só na segunda metade do século XIX é que algumas áreas científicas se desenvolveram o suficiente para ser possível afirmar o que hoje é óbvio: as crianças, apesar de terem uma estatura mais pequena que a dos adultos, envolvem uma série de complexidades que implicam necessidades – diferentes das dos adultos – de higiene, de alimentação, de educação, entre outras. Se essas necessidades não forem respeitadas, as crianças não se desenvolvem propriamente e não vingam, e aqui reside a explicação das elevadas taxas de mortalidade infantil registadas nos séculos anteriores ao referido².

Para chegar ao presente, recuemos primeiro no tempo, através da análise dos diferentes entendimentos sobre a criança, sob o ponto de vista de diversas áreas.

A primeira a que se faz referência é, como não podia deixar de ser, a Filosofia³. O pensamento de grandes filósofos, como Aristóteles e Platão, marcou a noção de criança na civilização ocidental: para o primeiro, para quem o conceito de pessoa tinha por base a idade adulta, determinativa da possibilidade de participar na vida deliberativa ou judicial, a criança era um ser imperfeito, inacabado e irracional que necessitava do pai para a guiar e orientar, de acordo com os princípios da autoridade régia do governo monárquico; para o segundo, a relação

² DANIELA GONÇALVES, GABRIELA TREVISAN, JOSÉ LUÍS GONÇALVES E MARIA CRISTINA VIEIRA DA SILVA, *Criança, Sujeito de Direitos: A infância que se ergue – breve fundamentação*, JOANA CAVALCANTI (coord.) in revista.esepf.pt/index.php/sabereducar/article/download/99/68, consultado em 14/01/2015

³ CLARA SOTTOMAYOR, *Temas de Direito das Crianças*, Almedina, Coimbra, 2014, p. 27 a 32.

hierárquica existente entre pais e filhos continuava a ser flagrante, a criança era um ser irascível e ignorante, irracional e desprovida de sabedoria ou capacidade para controlar situações adversas.

Já na Idade Moderna, Locke continuou a defender a irracionalidade e a incapacidade da criança, mesmo no que diz respeito ao exercício de vontades próprias, definindo a infância como um “estado imperfeito” sem qualquer evolução ou graduação de desenvolvimento. Diferentemente, Rousseau lançou as bases da pedagogia moderna, ao defender uma visão positiva da infância e da criança, reconhecendo-a como um sujeito semelhante ao adulto, mas não como um adulto em ponto pequeno: a infância seria uma fase do desenvolvimento humano, caracterizada por formas de pensar, de agir e de sentir próprias, conducentes à aprendizagem e ao desenvolvimento da criança. Ainda assim, parte do pensamento clássico mantinha-se, considerando Rousseau que as crianças dependiam dos pais até atingirem um grau de desenvolvimento que lhes permitisse cuidar de si mesmas, defendendo ainda uma clara distinção entre as meninas e os meninos, estando as primeiras destinadas a servir os segundos. Na mesma linha de pensamento, John Stuart Mill defendeu a aplicação da sua teoria da liberdade individual unicamente aos adultos, por considerar as crianças incapazes de se governar, cabendo esse papel ao Estado.

Por seu lado, John Rawls defendeu que todos os seres humanos têm capacidade para ser sujeitos morais, mas que as crianças são apenas “primitivas morais”, por não serem capazes de conceber planos de vida racionais ou a definição de bem próprio; as crianças possuem direitos básicos, sim, mas não têm o discernimento suficiente para cuidar de si mesmas, pelo que, tal como os seus antecessores, Rawls entendeu que deviam ser protegidas e orientadas por terceiros adultos.

Por fim, cabe fazer referência a Kant, enquanto filósofo cujo trabalho mais influenciou a ciência jurídica. Segundo ele, o direito à liberdade é um direito inato a todos os seres humanos, e dele decorrem todos os direitos morais, como o direito de ser protegidas e cuidadas pelos pais, apesar de não terem capacidade para lhes exigir esse comportamento ou o cumprimento de quaisquer deveres que decorram do direito que lhes assiste.

Apesar do forte desenvolvimento de que a humanidade tem vindo a ser alvo – e pelo qual tem trabalhado, é evidente que muitas das ideias da antiguidade Clássica continuam a ter lugar na legislação atual, que reflete ainda um certo preconceito em relação às supostas fragilidades e incapacidades das crianças, mantendo aberto um caminho para o poder reclamado pelos adultos sobre elas, que talvez devesse ser restringido.

No ramo da Psicologia e da Sociologia⁴, a complexidade da discussão sobre a criança e sobre a infância mantém-se. A noção de criança, aparentemente natural e universal, é muitíssimo complexa e permeável, construída pelas sociedades, conforme a sua cultura, a sua história, e as diferentes épocas.

De qualquer das formas, esta permeabilidade tem sempre por base o mesmo pressuposto: a satisfação das necessidades dos adultos na medida em que as crianças lhes oferecem o amor, a dependência, a segurança, a estabilidade e o cuidado⁵.

Contudo, o impacto que esta verdadeira construção social tem na vida das crianças vai muito para além daquilo que se deveria esperar: sendo certo que os estágios de desenvolvimento de cada criança dependem das suas vivências, é natural que haja crianças com comportamentos menos infantis que outras, acabando por não lhes ser reconhecido o mesmo estatuto de criança que às outras, o que implica, não raras vezes, a sua desproteção⁶.

Atualmente, a cultura europeia tem na infância um bem de extremo valor, ainda que a conceba como fragilidade, inocência, dependência e necessidade de proteção. No entanto, e porque a inocência é erotizada pelos abusadores sexuais de crianças – por estas, mais uma vez, representarem tudo aquilo que eles não têm -, são cada vez mais reconhecidas às crianças características como a autonomia e a irreverência, ao mesmo tempo que se promove a construção social do adulto como inocente, para reprimir as relações entre adultos e crianças baseadas na autoridade e obediência, de forma a combater esses abusos e a pedofilia.

Ora, no que diz respeito às ciências sociais que estamos a analisar, existe atualmente uma grande colaboração no sentido de definir o conceito de infância.

De acordo com a Psicologia do Desenvolvimento, a infância é um processo de desenvolvimento, é uma fase de aprendizagem, cuja meta reside na maturidade emocional e mental da pessoa humana adulta.

Por seu lado, a sociologia defende uma noção de criança baseada no processo de socialização, sendo a família, e em primeira mão os pais, a base da formação da sua

⁴ Ob. Cit. p.1, p. 37 a 41.

⁵ JO BRIDGEMAN AND DANIEL MONK, *Introduction: Reflections on the Relationship Between Feminism and Child Law*, 2000, p.4, apud CLARA SOTTOMAYOR, *Temas de Direito das Crianças*, Almedina, Coimbra, 2014, p. 38.

⁶ O direito Inglês prevê a idade de imputabilidade penal aos 10 anos, pelo que as crianças podem ser penalmente responsabilizadas no sistema penal dos adultos desde tenra idade. Cf. Julia Fionda, *Youth and Justice*, in *Legal Concepts of Childhood*, Edited by Julia Fionda, Oxford, 2001, p. 85, apud CLARA SOTTOMAYOR, *Temas de Direito das Crianças*, Almedina, Coimbra, 2014, p. 38.

personalidade, do seu papel na sociedade, os pregadores de cuidados e os responsáveis pelo desenvolvimento das suas relações afetivas.

Resulta daqui que, ao contrário do que acontece com a visão da psicologia, a sociologia defende duas ideias que nos parecem fazer, de facto, mais sentido: em primeiro lugar, não são só as crianças que dependem dos adultos, como eles dependem uns dos outros para entre eles estabelecerem relações, desenvolverem afetos e projetos profissionais, para debater ideias e partilhar experiências de vida com iguais. Depois, entender a criança como um ser totalmente dependente e improdutivo é diminuí-la no seu real valor, porque é hoje ponto assente que as crianças são perfeitamente capazes de cuidar umas das outras e de realizar pequenos trabalhos, contribuindo, dessa forma, para a manutenção da vida doméstica⁷.

No entanto, apesar de já se reconhecer nestes pensamentos algum valor à infância, eles continuam a ter por base a realidade do adulto, dependendo qualquer estatuto da criança de uma comparação com aquele. E, nesses termos, a criança é sempre um ser inferior e incompleto cujas vivências só têm algum significado se os valores dos adultos assim o determinarem. As crianças são concebidas e desenvolvem-se num mundo que não criam mas que pré-existe em relação a elas, no qual existem como se não existissem enquanto sujeitos, à espera de atingirem a idade adulta e assim passarem a integrar a sociedade e a ter direitos como os demais.

Por outro lado, De Mause⁸ marcou a posição da Psiquiatria nesta matéria, ao definir a criança como um produto histórico e como veículo de mudança social, por permitir aos pais regressarem à idade psíquica dos filhos e trabalharem com eles as suas características, de uma forma melhor do que aquela com que viveram a sua própria infância.

Contrariando as conceções das Ciências Sociais, a Antropologia⁹ defende a existência de uma multiplicidade de infâncias que se sobrepõem a uma mesma e eterna ideia de criança. Os mundos sociais em que as crianças vivem são criados e governados pelas suas próprias ideias, praticamente autónomas das normas dos adultos.

Os trabalhos desenvolvidos pela Antropologia permitiram demonstrar que as aprendizagens que as crianças adquirem umas com as outras são mais reais, úteis e recreativas do que as que adquirem junto dos adultos, e que a cultura que criam entre elas, apesar de transitória, é de tal

⁷ Idem

⁸ Apud CLARA SOTTOMAYOR, *Temas de Direito das Crianças*, Almedina, Coimbra, 2014, p. 41.

⁹ Ob. Cit. p.1, p. 42 e 43

forma intensa que as mais novas acreditam e seguem com mais confiança os ritos das mais velhas do que os dos adultos.

Na verdade, as crianças são seres extraordinariamente originais, pelo que a sua forma de coexistir com os adultos passa por construírem formas de se relacionarem com eles, sem necessitarem de imitar as suas práticas. E é no reconhecimento do seu papel socializador que reside a origem dos seus direitos de participação, e a razão para deixarem de ser tidas como objeto das decisões dos adultos para passarem a ser reconhecidas como sujeitos de direitos.

Atualmente, as conceções de infância recusam defini-la pela negativa, de acordo com o que lhes falta, de acordo com o que não são. A mais moderna noção de infância define-a como “um grupo social marginalizado ou excluído, em direção a um movimento de emancipação”¹⁰. Esta visão verdadeiramente política das crianças, reconhecedora e defensora dos seus direitos civis, sociais, culturais e económicos e também de participação, tem permitido abandonar a ideia de infância como “cidadania de segunda categoria”, sendo de realçar que, ao contrário do que acontece com outras minorias, este movimento ganha força pela ação dos adultos, cuja opinião e interesse na infância se forma com base naquilo que recebem da sua experiência de ouvir e compreender as crianças.

A Antropologia, enquanto ciência que estuda o homem e as implicações e características de sua evolução física, social, ou cultural, acaba por se demarcar em grande medida, conforme pudemos ver, das ciências sociais. Enquanto estas têm vindo, em regra, a definir a criança como um ser incompleto, incapaz e objeto de direitos, aquela reconhece já uma luta inerente à evolução natural de toda a pessoa humana, em que a infância é uma fase natural do desenvolvimento, que merece ser defendida e respeitada, porque o mesmo deve acontecer com as crianças, sujeitos de direitos.

Por fim, a última referencia a ser feita é a do Direito¹¹. Nas sociedades patriarcais, a criança não passava de propriedade dos pais. No Direito Romano, os poderes que o *paterfamilias* detinha sobre os filhos menores eram iguais aos direitos de propriedade, podendo ele decidir sobre a vida ou a morte, a exposição, a venda ou o abandono dos filhos.

¹⁰ JULIA FIONDA, *Legal Concepts of Childhood: an Introduction*, apud CLARA SOTTOMAYOR, *Temas de Direito das Crianças*, Almedina, Coimbra, 2014, p. 43.

¹¹ Ob. Cit. p.1, p. 32 a 36

Ao longo da História, e muita graças ao Cristianismo e às mudanças económico-sociais, este poder absoluto foi sendo atenuado, embora permanecesse estatuído nas Codificações dos séculos XIX e XX. A estrutura hierárquica e autoritária do poder paternal atribuía aos pais poder discricionário sobre os filhos menores, que mantinham com aqueles uma relação de subordinação, devendo cumprir os seus preceitos, honrá-los e respeitá-los, enquanto estes tinham por dever proteger, educar e representar os filhos, e administrar os seus bens.

Também em Portugal a severidade deste modelo hierarquizado se fez sentir ao longo de vários anos. A relação entre pais e filhos incluía o poder de correção, que dava ao pai, não só o direito de castigar moderadamente os filhos, como a possibilidade de recorrer ao Tribunal a fim de aplicar ao filho medidas que punissem a sua desobediência e indisciplina. No que à lei diz respeito, o Código Civil de 1867 exprimia a certeza de que a educação só era possível com severidade; esta crença manteve-se no Código Civil de 1966, que continuava a admitir o poder de correção.

Apesar de estudos recentes revelarem que a confiança no poder de correção e na severidade para com as crianças continua a existir e a ser aceite, a Constituição da República de 1976 e a Reforma de 1977, através do Princípio da igualdade de género, a abolição do poder de correção e a conceção da criança como um ser em desenvolvimento, titular de direitos fundamentais, passaram a conceber o poder paternal como um poder funcional, que impôs aos pais deveres de cuidado e educação para com os filhos, a quem foi reconhecido um espaço de autonomia que varia conforme a maturidade, o que permitiu ter mais em conta a proteção e promoção do desenvolvimento integral das crianças, ao invés de focar apenas as suas incapacidades e limitações.

Do exposto resulta que o percurso histórico-social da criança não foi, sob nenhum aspeto, facilitado ao longo dos tempos. Da análise, ainda que breve, de qualquer uma das áreas abordadas, resulta a clara ideia de que a criança sempre foi vista, sob diversas óticas, como um ser menor, incapaz e imperfeito, cujas necessidades especiais não mereciam qualquer reconhecimento ou cuidado.

Protegidos pelos costumes e pela cultura de cada época, cujas linhas diferenciadoras são apenas ténues, os adultos sempre exerceram sobre a criança um poder discricionário que acabava por a minimizar e diminuir ainda mais do que o seu já fraco estatuto fazia, nomeadamente a nível da violência que praticavam contra ela.

Na Roma Antiga, o Princípio “Patria Potestae” legitimava todo o tipo de abusos infligidos pelos pais às crianças, que assim podiam ser vendidas, sacrificadas ou mesmo mortas. Nas culturas Ocidentais, o direito de os pais exercerem força física sobre os filhos e de os sujeitar a qualquer mau trato, é retratado de várias formas (nos contos infantis, nas canções de embalar, por exemplo), sendo que a mensagem que se pretende passar é sempre a mesma: essa violência é, não só adequada, como necessária¹² - numa defesa clara de que “a violência é essencial para a educação”. Na Sociedade do Antigo Regime, o infanticídio, o aborto e o abandono de crianças, contribuíram para a devastação da população infantil; esta situação não sofreu qualquer inversão depois da Revolução Industrial. As crianças continuaram desprotegidas conforme a triste sina a que eram sujeitas, praticamente desde sempre, embora nessa altura os maus tratos se reconduzissem à exploração laboral, já que eram obrigadas a trabalhar durante demasiadas horas, em condições deploráveis.

Facto digno de registo é a contribuição da ideologia religiosa para a cultura de violência sobre as crianças: se estas nascem corrompidas pelo “pecado original”¹³, é dever dos pais resgatá-las desse infortúnio, justificando-se, dessa forma, a violência contra elas praticada ao longo da História.

Atualmente já não se assiste a tantos casos de violência extrema ou de menosprezo pela condição da criança em Portugal como noutras épocas, embora sejam mais os relatos de situações deste género noutros países, considerados de terceiro mundo.

De forma geral, percebe-se que, ao longo do tempo, a criança foi ganhando algum reconhecimento no que diz respeito à sua essência e condição, sendo hoje natural e correto afirmar o seu estatuto de sujeito de direito.

¹² GELLES STRAUS e STEINMETZ, 1988:52, apud ISABEL DIAS, «Violência doméstica e Justiça», *Sociologia: Revista do Departamento de Sociologia da FLUP*, Vol. XX, 2010, pág. 251

¹³ O “Pecado Original” é a teoria Cristã que pretende explicar a origem da imperfeição do Homem. Tendo Deus advertido Adão e Eva para que, se comessem a maçã da Árvore do conhecimento do Bem e do Mal, ficariam condenados, e condenariam toda a sua descendência ao sofrimento e à morte - os dois, instigados pela Serpente, acabaram por cair na Tentação. Dessa forma, todos os seres humanos, como descendentes de Adão e Eva, nascem corrompidos pelos Pecado Original, carentes de algo que deveria preencher a alma, o que só se alcança, ainda que não totalmente, com o Batismo.

1.2 A criança enquanto sujeito de direito

A moderna ciência jurídica, no que diz respeito ao Direito das pessoas, deixou de definir a criança como noção abstrata, sem qualquer uma das características que lhe são inatas, para passar a defini-la como pessoa humana contextualizada. Não só a raça, o sexo, ou estatuto socioeconómico definem grupos minoritários mas aceites pela sociedade, como a idade, e consequentemente as crianças, passaram a formar mais um desses grupos.

Nesse sentido, o Direito define a infância como a fase da vida do ser humano que dura até aos 18 anos, correspondendo os limites impostos a essa fase às fragilidades, dependências e incapacidades mais ou menos notórias já analisadas. Contudo, como também já se percebeu, esta fase da infância subdivide-se em diversas etapas, a que correspondem diversos graus de desenvolvimento, e às quais a lei impõe limites distintos. São várias as situações de maioridades especiais dispersas na lei, que atribuem aos menores espaços de autodeterminação que variam conforme a maturidade associada a cada estágio etário, e que, cada vez mais, tendem a subir para os 18 anos, por se acreditar que, apesar desta moderna abertura à capacidade das crianças, é mais necessário continuar a proteger os seus direitos e interesses. Ainda assim, a título de exemplo, temos que:

- Regra geral, nos termos do artigo 68.º, n.ºs 1 e 2, do Código do Trabalho, a idade mínima de admissão para efeitos de trabalho são os 16 anos. No entanto, é necessário que o menor tenha completado a escolaridade mínima obrigatória¹⁴, salvo oposição escrita dos representantes legais (artigo 70.º, n.º1, do CT). No caso de o menor não ter completado a escolaridade obrigatória, pode celebrar igualmente contrato de trabalho válido, desde que com a autorização dos representantes legais. O mesmo sucede com o menor que tenha completado a escolaridade obrigatória, mas que não tenha ainda os 16 anos, e apenas no caso de trabalhos leves que não prejudiquem a sua saúde, segurança, e sadio desenvolvimento (artigos 68.º, n.º3, e 70.º, n.º2, do CT).
- A capacidade nupcial, a maioridade religiosa e a imputabilidade penal têm início aos 16 anos, nos termos dos artigos 1601.º, n.º1, al. a), e 1886.º, do Código Civil e 19.º do Código Penal, respetivamente.

¹⁴ Faz-se referência ao Código do Trabalho conforme ele se apresenta, ainda sem a revisão de que carece após a alteração da escolaridade obrigatória até aos 18 anos.

Ora, apesar da dispersão de normas referentes à infância na lei, a verdade é que o Direito das Crianças invade praticamente todos os ramos do Direito, tendo emergido da necessidade de abordar de forma específica os assuntos que envolvem as crianças. A sua autonomização teve repercussões a nível político, cultural e social, pelo que seria redutor traduzi-lo, simplesmente, como um conjunto de normas jurídicas que a elas se aplica.

Na realidade, não só a autonomização do Direito das Crianças foi uma verdadeira novidade, como a base que o norteia também: os assuntos são pensados sob a perspetiva das crianças enquanto indivíduos, e não enquanto membro de um grupo, de uma família ou enquanto objeto passivo de proteção. Concretizou-se, dessa forma, a importância crescente com a criança e com o seu bem-estar por parte do Estado e das famílias, tendo-se passado a ter em conta a sua opinião sobre os assuntos que lhe dizem respeito (divórcio dos pais, responsabilidades parentais, regime de visitas, por exemplo).

Apesar das limitações legais que parecem ter sempre norteado os assuntos que envolvem as crianças e a infância, a verdade é que o direito português sempre lhes concedeu especial atenção, tendo sido, por exemplo, um dos primeiros países europeus a excluir as crianças com idade inferior a 16 anos do sistema penal dos adultos, através da criação dos Tribunais de Menores, pela Lei de 27 de maio de 1911.

O Direito das Crianças, enquanto área especificamente centrada num determinado sujeito de direito – a criança -, desenvolve-se entre o direito privado e o direito público, interagindo com a sociologia, a psicologia e a educação, promovendo, dessa forma, uma melhor perceção sobre as suas necessidades e, conseqüentemente, uma intervenção mais presente e informada do Estado na família.

Como poderemos ver a seguir, e como conclusão do que já foi referido, depois de largos séculos de menosprezo e de indiferença pelas suas reais capacidades, necessidades e especificidades, a criança é, hoje em dia, um verdadeiro sujeito de direito já que, em primeira mão, é reconhecida como pessoa humana (e já não como objeto de propriedade de alguém).

Reconhecida a sua natureza, a Constituição da República Portuguesa reconhece à criança os direitos fundamentais, como o direito à vida (artigo 24.º), à liberdade (artigo 26.º), à integridade pessoal (artigo 25.º) e ao livre desenvolvimento (artigo 26.º), inerentes, como se disse, à pessoa humana. Para além disso, o artigo 69.º, n.º1, reconhecido pela doutrina constitucionalista como um direito fundamental de natureza análoga, de acordo com o disposto no artigo 17.º, contém uma norma específica de proteção da infância contra todas as formas de opressão e de

discriminação, que vincula todas as entidades públicas e privadas. Como ensina o Juiz Armando Leandro¹⁵, a referida norma pode também ser interpretada como o direito da criança a viver em ambiente familiar e à manutenção das suas relações afetivas.

Como sabemos, ser sujeito de direito significa que a cada um têm de ser reconhecidos os direitos que lhe são inerentes, e que a lei estabeleça formas de realizar esses direitos e de censurar a sua violação. Nesse sentido, vejamos, a título de exemplo, de que forma é que a lei prevê os direitos de que a criança é sujeito.

Lei Civil¹⁶

- Direitos de personalidade, nos termos do artigo 70.º e seguintes. Em suma, a lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral, podendo a pessoa ameaçada ou ofendida requerer as providências necessárias para evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida, independentemente da responsabilidade a que haja lugar. Os direitos de personalidade continuam a gozar da proteção legal mesmo depois da morte do seu titular, e são, essencialmente, o direito ao nome, ao pseudónimo, à confidencialidade da correspondência, à imagem e à reserva sobre a intimidade da vida privada.
- Condição jurídica dos menores, nos termos do artigo 122.º e seguintes. É menor quem não tiver completado 18 anos de idade, não gozando, por causa dessa condição, de capacidade para o exercício de direitos. Todavia, a incapacidade dos menores é suprida pelas responsabilidades parentais e, subsidiariamente, pela tutela, podendo os negócios jurídicos celebrados pelo menor ser anulados (sem prejuízo do disposto no n.º 2 do artigo 287.º). Por outro lado, são excecionalmente válidos, entre outros previstos na lei, os atos de administração ou disposição de bens que o maior de dezasseis anos adquira com o seu trabalho; os negócios jurídicos próprios da vida corrente só impliquem despesas ou disposições

¹⁵ ARMANDO LEANDRO, *Direito e Direito dos Menores, Síntese da situação em Portugal no domínio civil e no domínio para penal e penal*, "Infância e Juventude", n.º especial, 1991, apud CLARA SOTTOMAYOR, *Temas de Direito das Crianças*, Almedina, Coimbra, 2014, p. 46.

¹⁶ Artigos do Código Civil

de bens de pequena importância; os negócios jurídicos relativos à profissão, arte ou ofício que o menor esteja autorizado a exercer, sendo que por esses apenas respondem os bens de que ele tinha a livre disposição. Até atingir a maioridade, o menor não emancipado deve obedecer aos pais ou tutor, em tudo quanto não seja ilícito ou imoral; ultrapassada a barreira dos 18 anos, cessa a menoridade e adquire-se a capacidade de exercício de direitos e de administração de bens próprios.

- Direitos de participação na família, nos termos dos artigos 1878.º, n.º2, 1885.º e 1901.º. Apesar do dever de obediência dos filhos em relação aos pais, estes devem reconhecer-lhes autonomia na organização da sua vida e um papel ativo nas decisões familiares, de acordo com a sua maturidade. De acordo com as suas possibilidades, os pais devem promover o desenvolvimento físico, intelectual e moral dos filhos, bem como adequada instrução geral e profissional, correspondente às aptidões e inclinações de cada um. Relativamente ao exercício das responsabilidades parentais, em caso de divórcio dos pais, quando não haja acordo entre estes nem conciliação, o tribunal deve ouvir os filhos antes de tomar qualquer decisão.

Lei Penal¹⁷

- Direito da criança à proteção do Estado e da sociedade, nos termos dos artigos 152.º, n., e 152.ºA, n.º1, al. a). Infligir maus tratos físicos ou psíquicos, incluindo castigos corporais, privações da liberdade e ofensas sexuais a crianças constitui um crime punível com pena de prisão de um a cinco anos, se uma pena mais grave não tiver lugar por outra disposição legal. Consistindo a violência doméstica num ato de humilhação e degradação, capaz de por em causa a dignidade de quem a sofre, é dever do Estado e da sociedade banir esse tipo de comportamentos e, na impossibilidade de o fazer, punir a sua prática,

¹⁷ Artigos do Código Penal

educando para a não reiteração do mesmo e tentando devolver a confiança de quem o tiver sofrido.

Sendo a área penal uma das áreas mais sensíveis no que diz respeito ao direito das crianças, não podia deixar de se conformar com princípios e diplomas aplicáveis da mesma forma a vários Estados. O Princípio do superior interesse da criança, consagrado no artigo 8.º, n.º3, do Protocolo Adicional Facultativo à Convenção dos Direitos das Crianças, que dá o mote à presente dissertação, é um desses exemplos. Quando as crianças são vítimas de crimes violentos, como os crimes sexuais, é da máxima importância estabelecer medidas legislativas, sociais, judiciais e administrativas que promovam a celeridade dos processos e evitem o atraso dos processos, de forma a minimizar, dentro do possível, o sofrimento das vítimas. O abandono das ideias de que as crianças seriam maldosas e, portanto, não podiam ser lesadas pelos abusos sexuais e pelos maus tratos que lhes eram infligidos, porque estes não lhes provocavam qualquer dor ou dano, é uma clara demonstração da evolução da Lei nas últimas décadas, que se debruça, cada vez mais, para a proteção e preservação do estatuto da criança enquanto pessoa e enquanto sujeito de direito.

1.3 Os Principais instrumentos jurídicos protetores dos direitos das crianças

Conforme se foi percebendo, a criança tem vindo, ao longo da História, a marcar posição na sociedade enquanto sujeito de direito, através da percepção, por parte dos adultos, das suas necessidades e especificidades, e da noção de que essas merecem respeito e proteção legal.

Em 2005, um estudo¹⁸ de Philip Alston e John Tobin, com o apoio de Macalastair Darrow, colocou em perspetiva os direitos das crianças, tendo sido identificadas cinco fases diferentes na sua evolução a nível internacional, desde o início do século XX.

A primeira fase, que decorreu entre 1901 e 1947, pôs fim à “relativa invisibilidade das crianças na agenda internacional, chamando a atenção para questões como o trabalho infantil e perigoso, tráfico e exploração sexual”¹⁹. Surgiram as primeiras Organizações não-governamentais internacionais de defesa dos direitos das crianças, nomeadamente ao nível da regularização do trabalho na infância, através da adoção de convenções. Foi também nesta fase, em 1924, que a Sociedade das Nações proclamou a Declaração dos Direitos das Crianças, que adiante se vai analisar.

A segunda fase, compreendida entre 1948 e 1977, e que teve como rampa de lançamento a criação das Nações Unidas em 1945, foi uma fase de consolidação da ideia dos direitos da criança como um todo, em conjunto com os direitos humanos em geral, e marcada pela adoção das quatro Convenções de Genebra de 1949 (que reconheceram as crianças como um grupo ou categoria específica de pessoas a ser protegidas pela lei), e pela proclamação da Declaração sobre os Direitos da Criança da ONU, em 1959.

A terceira fase, decorrida entre 1978 e 1989, ficou marcada pela proclamação do ano de 1979 como o Ano Internacional da Criança, pelo secretário-geral das Nações Unidas, Kurt Waldheim. Esta decisão teve por objetivo alertar o mundo para os principais problemas que afetavam as crianças, como a desnutrição e a falta de acesso ao sistema educativo.

Os trabalhos desenvolvidos neste espírito de uma maior preocupação com os problemas referidos levaram ao culminar da terceira fase com a elaboração e adoção da Convenção sobre os Direitos da Criança.

Ora, tratando-se essa Convenção de um diploma cujo conteúdo se destinava a ser aplicado de igual forma por todos os Estados que a ratificassem, independentemente das diferenças

¹⁸ *LAYING THE FOUNDATIONS FOR CHILDREN'S RIGHTS - An Independent Study of some Key Legal and Institutional Aspects of the Impact of the Convention on the Rights of the Child*, in http://www.unicef-irc.org/publications/pdf/ii_layingthefoundations.pdf, consultado em 02/05/2015

¹⁹ PHILIP ALSTON e JOHN TOBIN, *LAYING THE FOUNDATIONS FOR CHILDREN'S RIGHTS - An Independent Study of some Key Legal and Institutional Aspects of the Impact of the Convention on the Rights of the Child*, apud Orlando César, *Os direitos das crianças em perspetiva*, in http://www.cnpcjr.pt/Manual_Competencias_Comunicacionais/int_legislacao_protcriancas.html, consultado em 02/05/2015

existentes entre si, outra coisa não seria de esperar que não a continuidade do estabelecimento de normas internacionais de proteção das crianças ao longo da quarta fase, decorrida entre os anos 1989 e 2000. De facto, nesta matéria dos direitos da criança, e tendo por base os esforços e as conquistas alcançadas nas fases anteriores, esta fase foi bastante rica. A 30 de setembro de 1991, o Comité dos Direitos da Criança, criado pelas Nações Unidas ao abrigo do disposto no artigo 43.º da Convenção sobre os Direitos da Criança, deu início aos seus trabalhos. Em 1996, o comité promoveu um debate sobre as crianças e os meios de comunicação, do qual resultou a criação de um grupo multisetorial de trabalho para explorar as questões envolvidas no desenvolvimento de uma relação positiva entre aqueles dois fatores. Em 1999, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) adotou a Convenção n.º 182 para a Eliminação Imediata das Piores Formas de Trabalho Infantil, e entrou em vigor a Convenção sobre a Proibição do Uso, Armazenamento, Produção e Transferência das Minas Antipessoais e sobre a sua destruição, concluída em 1997.

Por fim, a quinta fase, que teve início em 2001 e decorre até ao presente, tem-se traduzido numa luta pela consolidação de todas as conquistas anteriores, mas, acima de tudo, pela reação contra o afunilamento dos direitos das crianças em alguns aspetos. Sabe-se que a luta em mãos não é fácil, que os obstáculos a ultrapassar são muitos e variados, que nem todos os Estados ou Governos recebem com a mesma abertura esta moderna visão da criança como sujeito de direitos, mas a verdade é que os organismos que há muito se dedicam a defender estas causas continuam a sua senda, recusando deixar cair no esquecimento ou no menosprezo as obrigações que os adultos têm de zelar pela satisfação dos direitos das crianças.

Da breve análise das cinco fases do desenvolvimento dos direitos das crianças identificadas por Philip Alston e John Tobin no seu estudo, resulta que foram sendo criados, ao longo dos anos, vários diplomas legais sobre o tema, cuja aplicação se foi estendendo a praticamente todo o Mundo. Vejamos.

Em 1923, a *Save the Children International Union*²⁰ promulgou a Declaração dos Direitos da Criança, tendo a primeira referência a “direitos da criança” num instrumento jurídico internacional

²⁰ Organização não-governamental fundada em 1919, em Inglaterra, por Eglantyne Jebb, que, chocada pelas consequências da Primeira Guerra Mundial nas crianças europeias, decidiu criar uma organização internacional com ramificações nos lugares mais remotos do planeta, voltada para melhoria das condições de vida das crianças, através da prestação de ajuda humanitária de urgência e do apadrinhamento de crianças, in <http://www.savethechildren.org/site/c.8rKLIXMGIpI4E/b.6229507/k.C571/History.htm>, consultado em 02/05/2015.

sido feita em 1924, quando a Sociedade das Nações²¹ adotou uma resolução endossando a referida Declaração. Nos termos da Declaração de Genebra (nome pelo qual ficou conhecida), todos os membros da Sociedade eram chamados a guiar-se pelos princípios nela contidos. De forma sucinta, a Declaração reconhece que a criança:

- Deve ser protegida de qualquer consideração de raça, nacionalidade ou crença;
- Deve ser auxiliada, respeitando-se a integridade da família;
- Deve ser colocada em condições de se desenvolver de maneira normal, quer material, quer moral, quer espiritualmente;
- Deve ser tratada, alimentada, auxiliada e reeducada;
- Sendo órfão ou abandonada, deve ser recolhida;
- Em tempos de infortúnio, deve ser a primeira a receber auxílio;
- Deve ser colocada em condição de, no momento oportuno, poder ganhar e gerir a sua vida;
- Deve ser protegida contra qualquer forma de exploração;
- Deve ser educada no sentido que de as suas qualidades devem sempre ser postas ao serviço do próximo.

Em 1946, após a Segunda Guerra Mundial, o Conselho Económico e Social das Nações Unidas²² recomendou a adoção da Convenção de Genebra como forma de fazer convergir as atenções do mundo pós-guerra para os problemas relacionados com as crianças, tendo fundado, nesse mesmo ano, o Fundo de Emergência das Nações Unidas para as Crianças – UNICEF. Em 1950, por decisão da Assembleia Geral das Nações Unidas, o Fundo passou a prosseguir o seu trabalho por tempo indefinido, tendo o seu nome sido alterado para Fundo das Nações Unidas para a Infância.

Em 1948, foi adotada pela ONU a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que foi o primeiro instrumento internacional a enunciar direitos civis e políticos, mas também económicos,

²¹ Organização internacional criada em 1919, em Paris, no rescaldo e pelas potências vencedoras da Primeira Guerra Mundial, com o objetivo de negociar um acordo de paz entre todos os Estados do Mundo. A sua criação foi estabelecida na primeira parte do Tratado de Versalhes, tendo, no entanto, sido dissolvida em 1946, quando se tornou claro o seu fracasso, com o desencadear da Segunda Guerra Mundial.

²² A Organização das Nações Unidas nasceu oficialmente a 24 de outubro de 1945, depois de a maioria dos 51 Estados Membros signatários do documento que a instituiu – a Carta da ONU – a ter ratificado. Atualmente, há 193 Estados membros das Nações Unidas, representados no órgão deliberativo, que é a Assembleia Geral da ONU, in <http://www.un.org/es/sections/about-un/overview/index.html>, consultado em 03/05/2015

sociais e culturais inerentes a todos os seres humanos, onde se incluem, obviamente, as crianças²³.

Mais de uma década depois, a 20 de novembro de 1959, a Assembleia Geral da ONU promulgou a Declaração dos Direitos da Criança, afirmando-se que “a humanidade deve dar o melhor de si mesma à criança”. Com isto, a Declaração constituiu, durante muitos anos, e apesar de não comportar qualquer obrigação jurídica, o enquadramento moral para os direitos da criança.

Na base de todas as declarações de caráter não vinculativo adotadas em matéria dos direitos da criança na primeira metade do século XX encontrava-se a ideia de que as crianças precisavam de cuidados e proteção especiais, tendo a Declaração dos Direitos da Criança de 1959 atenuado essa conceção, ao fazer a primeira menção aos direitos civis das crianças, como o direito ao nome, à nacionalidade e à segurança social.

De acordo com este diploma, a criança:

- Deve gozar de proteção especial e beneficiar de oportunidades e facilidades para se desenvolver de forma sadia e normal, e em condições de liberdade e dignidade;
- Tem direito a um nome, a uma nacionalidade e à segurança social;
- Tem direito a uma alimentação adequada, a alojamento, a distrações e a cuidados médicos;
- Quando física e mentalmente diminuída, ou socialmente desfavorecida, deve receber o tratamento, a educação e os cuidados específicos que a sua situação exige;
- Tem direito ao amor e à compreensão, para o seu saudável desenvolvimento, sendo responsabilidade do Estado e das entidades públicas prestarem cuidados especiais às crianças sem família ou sem meios de subsistência suficientes;
- Tem direito a uma educação gratuita e obrigatória, no mínimo ao nível elementar, que contribua para a sua cultura e lhe permita desenvolver capacidades sociais, espírito crítico, sentido de responsabilidade e de participação na vida social, independentemente da classe social a que pertença;
- Encontrando-se em situação de perigo, deve ser dos primeiros a ser protegida e socorrida;

²³ Artigo 25.º, n.º2: “A maternidade e a infância têm direito a ajuda e a assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimónio, gozam da mesma proteção social.”

- Deve ser protegida de qualquer forma de negligência, crueldade ou exploração;
- Não deve trabalhar antes de atingir a idade mínima apropriada.

Como já foi referido, o ano de 1979 foi proclamado Ano Internacional da Criança, como forma de consciencialização para as problemáticas relacionadas com as necessidades das crianças e de se tornar um ano de ação que melhorasse, a nível mundial, as suas condições de vida.

No cumprimento do seu objetivo, este ano serviu de mote ao projeto inicial de uma Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças, sendo que a primeira proposta para que a ONU se pronunciasse neste sentido foi formalmente apresentada pelo Governo Polaco em 1978, na 34.ª Sessão da Comissão dos Direitos do Homem das Nações Unidas.

Segundo a proposta do Governo da Polónia, a ONU deveria criar uma Convenção que pudesse ser adotada em 1979, Ano Internacional da Criança, tendo, para tal, apenas um ano. Como seria de esperar, a proposta não foi bem aceite pelos membros da ONU, uma vez que o texto, de forma a poder ser adotado no final desse ano, era algo muito próximo de uma cópia da Declaração dos Direitos da Criança de 1959, para além de se ter apresentado como uma iniciativa de última hora do Governo Polaco que correspondia às suas visões e prioridades em matéria da infância, contendo uma linguagem pouco apropriada e conteúdo lacunoso e omissivo em relação à sua aplicação.

No entanto, em 1979, a Comissão dos Direitos do Homem decidiu dedicar especial atenção à questão da Convenção dos Direitos da Criança, tendo submetido o texto proposto pela Polónia a um rigoroso exame e conseqüentes alterações consideradas necessárias, pelo Grupo de Trabalho de Composição Ilimitada²⁴ sobre a questão de uma Convenção sobre os Direitos da Criança, criado para o efeito.

Entre 1980 e 1987, o Grupo de Trabalho reuniu-se uma vez por ano, e em 1988 reuniu-se duas vezes, para que a Convenção pudesse ser adotada em 1989, aquando da celebração do 10.º aniversário do Ano Internacional da Criança. O processo foi dificultado, inicialmente, pela confrontação entre os blocos de Leste e Oeste, mas as mudanças posteriormente verificadas na União Soviética beneficiaram as negociações, tendo o texto da Convenção sido concluído no prazo

²⁴ Todos os Estados Membros da Comissão dos Direitos do Homem podiam ser parte deste grupo e todos os outros Estados membros das Nações Unidas podiam enviar "observadores", com o direito de fazer intervenções. Podiam igualmente participar nas discussões do Grupo de Trabalho, organizações intergovernamentais e organizações não-governamentais com um estatuto consultivo junto do ECOSOC (Conselho Económico e Social das Nações Unidas), in <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/onu-proteccao-dh/orgaos-onu-estudos-ca-dc.html>, consultado em 03/05/2015.

inicialmente estabelecido, e a Convenção adotada a 20 de novembro de 1989²⁵, pela Assembleia Geral das Nações Unidas. Foi aberta à assinatura e ratificação em Nova Iorque em 26 de janeiro de 1990 e entrou em vigor a 2 de setembro de 1990, nos termos do seu artigo 49.º.

A Convenção dos Direitos da Criança constitui um marcador da evolução e do progresso das sociedades, na medida em que, sendo o acordo internacional com maior número de países aderentes²⁶, traduz um consenso extraordinariamente amplo e conseqüentes repercussões nas representações sobre a infância e nos entendimentos e valores em torno da criança, definindo-a enquanto pessoa, e a infância enquanto categorial social. Distingue-se claramente da Declaração dos Direitos da Criança de 1959 por tornar os Estados que nela são parte juridicamente responsáveis pela realização dos direitos das crianças, enquanto aquela apenas impunha obrigações morais.

Constituída por 54 artigos, divididos em três partes, a Parte I da Convenção (artigos 1.º a 41.º) respeita aos direitos humanos (civis, políticos, económicos, sociais e culturais); a Parte II (artigos 42.º a 45.º) aos procedimentos de controlo do cumprimento da Convenção pelos países que a ratificam, e a Parte III (artigos 46.º a 54.º) às condições exigidas para que a Convenção seja efetiva enquanto instrumento legal.

Como ensina Verhellen²⁷, pode dizer-se que os direitos da criança constantes da Convenção se agrupam em três categorias:

- Direitos de provisão, relativos ao acesso da criança a bens e serviços (direito a cuidados de saúde, de educação, de alimentação, à segurança social);
- Direitos de proteção, relativos à proteção contra maus-tratos e todas as formas de exploração.
- Direitos de participação, relativos às decisões que podem afetar a vida das crianças e que lhes permitem pronunciar-se sobre aquilo que sentem e pensam.

²⁵ Data do 30.º aniversário da Declaração dos Direitos da Criança, decretada pela ONU como Dia Universal da Criança.

²⁶ Até 2001, 191 Estados tinham ratificado a Convenção, faltando apenas os Estados Unidos e a Somália, para que todos os Estados do Mundo o tivessem feito. Portugal ratificou-a a 21 de setembro de 1990, através do Decreto do Presidente da República n.º 49/90, não tendo emitido qualquer reserva ou declaração interpretativa à mesma. Porém, à semelhança de outros Estados, formulou objeções relativamente a reservas consideradas contrárias ao objeto ou fim da Convenção que invocavam princípios gerais da legislação nacional e podiam criar dúvidas quanto ao respeito pelo objeto e fim do tratado por parte do Estado autor da reserva, pondo em causa os fundamentos do direito internacional. A 6 de setembro de 2000, Portugal assinou os dois protocolos facultativos à Convenção. No entanto, apesar de ter formulado uma declaração sobre o Protocolo Facultativo relativo ao Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados, nos termos da qual a idade mínima para o recrutamento, voluntário ou não, em Portugal, são os 18 anos, defendendo que o mesmo limite deveria ser defendido na Convenção, até fevereiro de 2001, não tinha ratificado nenhum dos diplomas.

²⁷ Apud PAULA CRISTINA MARTINS, *Elementos para uma reflexão em torno dos Direitos da Criança*, Braga, 2000, p.4.

Uma vez que a Convenção é sobre os direitos das crianças, o seu artigo 1.º começa por definir criança como “todo o ser humano menor de 18 anos, salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo”. Depois, nos artigos seguintes, são enunciados os quatro Princípios essenciais à interpretação da Convenção no seu conjunto e à orientação dos programas nacionais, visando a sua aplicação. Assim:

- Artigo 2.º: não discriminação. Independentemente de qualquer consideração de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra, da origem nacional, étnica ou social, fortuna, incapacidade, nascimento ou qualquer outra situação, os Estados Partes devem assegurar que as crianças sob a sua jurisdição gozam plenamente dos direitos que lhes são inerentes, transmitindo assim a ideia de igualdade de oportunidades.
- Artigo 3.º: interesse superior da Criança. Qualquer decisão que afete a criança deve ser tomada tendo sempre em consideração o seu superior interesse, ou seja: as decisões dos tribunais, dos órgãos legislativos, das autoridades administrativas e das instituições de solidariedade social, públicas ou privadas, sobre crianças, devem sempre ser tomadas com base naquilo que seja melhor para elas, que de melhor forma supra as suas necessidades e vá de encontro àquilo que ela pensa e deseja.
- Artigo 6.º: sobrevivência e desenvolvimento. Na máxima medida possível, devem ser assegurados à criação os direitos à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento, dizendo este respeito não só ao físico, mas aos níveis mental, emocional, cognitivo, social e cultural.
- Artigo 12.º: respeito pela opinião da criança. A criança é livre de ter opinião sobre as questões que lhe dizem respeito e de a ver ser tomada em consideração “de acordo com a sua idade e maturidade”. Para tal, é necessário que seja assegurado o direito das crianças a ser sempre ouvidas, incluindo em processos judiciais ou administrativos que as afetem.

Depois da adoção da Convenção sobre os Direitos da Criança em 1989, a Comissão dos Direitos do Homem das Nações Unidas decidiu criar um Grupo de Trabalho Inter-Sessões de Composição Ilimitada, através da Resolução 1994/91 (§13), que elaborasse um Protocolo sobre o envolvimento de crianças em conflitos armados, tendo por ponto de partida um anteprojecto de

Protocolo preparado pelo próprio Comité. O novo grupo de trabalho reuniu seis vezes entre 1994 e janeiro de 2000, tendo o Protocolo Facultativo sido adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas no dia 25 de maio do mesmo ano, na sequência de uma recomendação do Conselho Económico e Social (ECOSOC) de 11 de maio, e da sua aprovação pela Comissão dos Direitos do Homem (Resolução 59/2000 de 27 de abril de 2000)²⁸.

Na sessão especial da Assembleia Geral, “Mulheres 2000: igualdade sexual, desenvolvimento e paz para o século XXI”, que se realizou de 5 a 9 de Junho de 2000, em Nova Iorque, o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo ao Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados foi aberto à assinatura e ratificação, sendo uma marca notória dos progressos em matéria da proteção de crianças envolvidas em conflitos armados, uma vez que:

- Aumenta a idade mínima para o recrutamento forçado e para a participação direta em conflitos armados dos 15 para os 18 anos;
- Afirma a necessidade de os Governos aumentarem a idade mínima para o recrutamento voluntário, e de emitirem declarações vinculativas da idade que respeitam;
- Proíbe o recrutamento ou utilização de menores de 18 anos por forças rebeldes ou grupos armados não-governamentais, devendo os Estados criminalizar e combater tais práticas;
- Exige a adoção de medidas e o desenvolvimento de programas de assistência internacional, por parte dos Governos, para reeducar antigas crianças soldados e reintegrá-las na sociedade.

Ora, na data em que o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo ao Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados foi adotado pela Assembleia Geral, foi igualmente adotado o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo à Venda de Crianças, Prostituição e Pornografia Infantil, redigido pelo Grupo de Trabalho estabelecido pela resolução 1994/90, entre novembro de 1994 e março de 2000. Tendo sido

²⁸ Ob. Cit. p. 19.

aberto a assinatura e ratificação nos mesmos moldes que aquele, este estabelece que os Estados Partes:

- Têm que incriminar a venda de crianças para fins de exploração sexual, tráfico de órgãos, trabalhos forçados e ação intermediária nos processos de adoção efetuados em violação dos instrumentos internacionais que regulamentam esta matéria;
- Têm de incriminar a oferta, obtenção ou utilização de crianças para fins de prostituição infantil;
- Têm de incriminar a produção, distribuição, divulgação, importação, exportação, oferta, venda ou posse para qualquer um destes fins de pornografia infantil;
- Têm de estabelecer jurisdição sobre os crimes referidos, sempre que cometidos no seu território ou por um dos seus nacionais;
- Têm de reforçar a cooperação internacional em matéria da venda de crianças, prostituição e pornografia infantis, a nível multilateral, regional e bilateral.

Como podemos verificar, os Protocolos Facultativos à Convenção são verdadeiras adendas àquela, na medida em que a tornam bastante mais completa no que diz respeito a estas questões de maior sensibilidade. No entanto, até 1 de março de 2001, apenas 76 Estados tinham assinado, e 3 ratificado o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo ao Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados, e 71 tinham assinado e 1 ratificado o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo à Venda de Crianças, Prostituição e Pornografia Infantis.

Para além da Convenção sobre os Direitos da Criança, que é, como se percebe, o diploma sobre o tema com maior alcance alguma vez criado, das Declarações que a precederem e dos Diplomas Facultativos que a complementaram, há que fazer uma breve referência a outros instrumentos que versam sobre os direitos das crianças. Assim²⁹:

- Antes da Convenção sobre os Direitos da Criança, a Convenção da OIT n.º 138 sobre a Idade Mínima de Admissão ao Emprego, adotada em Genebra a 26 de junho de 1973, obrigava os Estados Partes a seguirem uma política nacional que

²⁹ Idem

tinha por fim assegurar a abolição efetiva do trabalho infantil e aumentar progressivamente a idade mínima de admissão ao emprego ou ao trabalho, devendo os Estados declarar qual essa idade.

- Depois da Convenção, a ONU adotou, em 1990, os Princípios Orientadores de Riade para a Prevenção da Delinquência Juvenil e as Regras para a Proteção de Menores Privados de Liberdade, com o grande objetivo de garantir o respeito pela dignidade da criança enquanto pessoa e a consideração das especificidades próprias da idade que a tornavam alvo de uma proteção justificadamente personalizada. Enquanto os Princípios reiteram a importância da adoção de medidas que previnem a delinquência e que não criminalizem jovens cujas ações não provoquem sérios danos a si mesmos ou aos outros, as Regras preconizam ideias como a de que a prisão de menores deve ser uma medida aplicável apenas em último recurso, limitada a casos excepcionais e com a mínima duração possível, de forma a combater os efeitos nocivos das privações de liberdade e reintegrar os jovens na sociedade. Em 1993 foi adotada a Convenção de Haia relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em matéria de Adoção Internacional que, garantindo o respeito pelo superior interesse da criança, acabou por ser mais um complemento à Convenção sobre os Direitos da Criança. Em 1998 foi adotado o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, com o objetivo de punir os responsáveis por crimes de guerra, genocídios e crimes contra a humanidade, dando também especial atenção à proteção dos direitos da criança, criminalizando a violência sexual, a prostituição forçada e o recrutamento de crianças com menos de 15 anos, por exemplo. Em 1999, a OIT adotou a Convenção n.º 182 para a Eliminação Imediata das Piores Formas de Trabalho Infantil, que identifica as formas de exploração infantil consideradas mais inaceitáveis.

Reconhecendo, mais uma vez, o inigualável valor da Convenção sobre os Direitos da Criança, também a nível regional se registam vários diplomas legais inspirados no seu texto. Em 1991 a Organização da Unidade Africana adotou a Carta Africana dos Direitos e Bem-Estar da Criança, que consiste, basicamente, na adaptação da Convenção à realidade do continente Africano. Em 1996 o Conselho da Europa adotou a Convenção Europeia sobre o Exercício dos

O reforço da proteção do superior interesse da criança através da adoção por casais do mesmo
sexo | Rita Saraiva

Direitos da Criança cujo caráter processual permite às crianças fazer valer os seus direitos e participar ativamente nas tomadas de decisão que as afetam.

1.4 O Superior Interesse da Criança – realce do direito da criança à família

A Declaração dos Direitos da Criança de 1959 estabelecia na sua Base II que “a criança deve beneficiar de uma proteção especial e ver-se rodeada de possibilidades concedidas pela Lei e por outros meios, a fim de se poder desenvolver de uma maneira sã e normal no plano físico, intelectual, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade. Na adoção de leis para este fim, o interesse superior da criança deve ser a consideração determinante.”

Por sua vez, a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 dispõe, no artigo 3.º, que “todas as decisões relativas a crianças, adotadas por instituições públicas ou privadas de proteção social, por tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão primordialmente em conta o interesse superior da criança.”

Em Portugal, a antiga Organização Tutelar de Menores dispunha, no seu artigo 2.º, que: “os Tribunais de menores têm por fim a proteção judiciária dos menores e a defesa dos seus direitos e interesses mediante a aplicação de medidas tutelares de proteção, assistência e educação”. A atual Lei de Promoção e Proteção de Crianças e Jovens em Perigo determina, no artigo 4.º, que “a intervenção para a promoção dos direitos e proteção da criança e do jovem em perigo obedece aos seguintes princípios: a) Interesse superior da criança e do jovem — a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do jovem, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto (...)”.

Através destes quatro exemplos podemos verificar que, quer a nível nacional, quer a nível internacional, o conceito de superior interesse da criança tem vindo a ser referido e tido como princípio orientador de todas as disposições legais que regulamentam a matéria dos direitos das crianças. No entanto, apesar disso, o conceito não apresenta uma definição concreta, sendo antes entendido como um conceito de natureza vaga, indeterminada e geral, com carácter apelativo e valor retórico, que vai sendo preenchido com valorações e critérios que limitam a discricionariedade na tomada de decisões que afetem crianças.

Como refere a Doutora Clara Sottomayor³⁰, o interesse da criança tem a virtualidade de constituir uma forma de osmose entre direito e sociedade e um reflexo da consciência jurídica geral, sendo um dos conceitos mais importantes na área do Direito da Família e Menores.

³⁰ In *Temas de Direitos das Crianças*, Almedina, Coimbra, 2014, p. 314.

Enquanto força motriz da problemática dos seus direitos, o interesse das crianças é um conceito “facilmente compreensível mas de difícil explicação”³¹ que funciona como o principal critério a ter em conta quando se tomam medidas que visam permitir que a criança ou jovem em situação de lhe ser causado dano no plano físico, intelectual, moral ou social seja afastado desse perigo. Assim, quaisquer outros princípios que norteiem processos que afetem os direitos das crianças devem sempre ser um desenvolvimento deste, que nos surge num plano de superioridade ou hierarquia em relação aos restantes e em relação a quaisquer outros interesses da própria criança ou jovem ou de quaisquer outras pessoas que, sendo portadoras de interesses legalmente protegidos, conflituem com aquele.

Como conceito indeterminado que é, o “superior interesse da criança” subdivide-se em duas zonas: núcleo e Halo³². A primeira é passível de ser preenchida através do recurso a valorações objetivas, ou seja, se existem factos que objetivamente demonstram algo, como um comportamento dos pais, que está a por em perigo a vida de uma criança, por exemplo, não subsistem dúvidas de que o interesse dela reside na sua retirada do agregado familiar. Outra solução não seria também viável de acordo com o direito constitucional da criança à proteção, pelo que o juiz está absolutamente vinculado a este tipo de valoração objetiva. Em relação ao Halo, o princípio do superior interesse da criança só se concretiza inteiramente em função do caso concreto. Mas mesmo aqui há regras teleológicas e axiológicas que tem de ser cumpridas, ainda que, por si só, não determinem com rigor a decisão que deve ser tomada. A título de exemplo, é sempre do superior interesse da criança não ser negativamente discriminada em função do sexo, raça ou convicções políticas dos pais. Apesar de as opiniões estritamente pessoais do juiz poderem influenciar a sua decisão, a obrigação constitucional de as decisões judiciais terem de ser fundadas e fundamentadas permite aos seus destinatários compreender aquelas por que se opta, sendo, aliás, cada vez mais comum que elas sejam tomadas com base na jurisprudência dos Tribunais de Família e Menores, que se apoia nos estudos existentes sobre o processo de desenvolvimento do ser humano e sobre a dinâmica das relações familiares. Seguindo estas orientações, parece agora mais simples compreender o significado de “superior interesse da criança”. Resta perceber de que forma é que proteger o direito da criança à família se traduz na defesa deste interesse.

Ora, dada a importância até agora atribuída à Convenção sobre os Direitos da Criança, pelos motivos já mais do que explorados, faz sentido começar por enunciar a previsão do direito da

³¹ CELSO MANATA, “...no superior interesse da criança”, SEMINÁRIO: “DIREITOS DAS CRIANÇAS E INTERVENÇÃO - QUE COMPETÊNCIAS?”, Centro Ismaili, 2008, in www.cnpcjr.pt/preview_documentos.asp?r=2249&m=DOC, consultado em 04/05/2015.

³² Idem

criança à família nela contida. Assim, nos termos do seu artigo 9.º, a criança tem o direito de viver com os pais, a não ser que tal seja considerado incompatível com o seu interesse superior, tendo também o direito de manter contacto com ambos se estiver separada de um ou dos dois. Já o artigo 10.º estipula que as crianças e os pais têm o direito de deixar qualquer país e entrar no seu para fins de reunificação ou manutenção das relações pais-filhos, devendo o Estados Partes garantir, não só que essa reunificação decorra com humanidade e diligência, mas também que nem os diretamente envolvidos nem as suas famílias sofram represálias por formularem tal pedido.

Relativamente à lei nacional, a CRP estipula, no seu artigo 36.º, n.º1, que “todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade”, não podendo os filhos ser separados dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais³³ para com eles e sempre mediante decisão judicial (artigo 36.º, n.º6).

Relativamente ao direito da criança à família, também o Código civil estabelece algumas regras, nomeadamente no que diz respeito à filiação, sendo clara a preferência para que a filiação jurídica se estabeleça de acordo com o princípio da verdade biológica. Ainda assim, embora esta tendência exista porque é usual serem os progenitores a assumir a filiação e a exercer as responsabilidades parentais, a lei civil não deixa de dar extrema importância à verdade afetiva e sociológica da criança, como poderemos comprovar adiantem aquando a análise do instituto da adoção. Na verdade, a lei, conhecedora da realidade de que existem pais que maltratam e abandonam os filhos, colocando-os em situação de perigo e pondo em causa o seu superior interesse (ou, podemos dizer agora, ainda que em termos básicos, aquilo que é considerado o melhor para a criança e para o seu sadio desenvolvimento), “admite que a procriação biológica não coincide sempre com a capacidade parental, amor e responsabilidade, e fornece, para proteger as crianças, várias figuras jurídicas que permitem que as crianças sejam educadas por terceiras pessoas (...)”³⁴.

Enquanto conceitos consagrados na lei e objeto de apreciação e aplicação por parte do Tribunal, “afeto” e “relação afetiva” são conceitos jurídicos dignos de referência. Estudos científicos revelam que a contínua relação afetiva entre a criança e os seus cuidadores é o aspeto mais importante do seu desenvolvimento, ficando aquela em perigo quando não recebe a afeição adequada à sua idade. Em consonância com esta ideia, o artigo 1978.º, n.º 1, do Código Civil,

³³ Deveres de manutenção e de educação, na mesma medida em relação a filhos nascidos dentro e fora do casamento, conforme os n.ºs 3, 4 e 5 do artigo 36.º CRP.

³⁴ CLARA SOTTOMAYOR, *Temas de Direito das Crianças*, Almedina, Coimbra, 2014, p. 315.

exige que estejam seriamente comprometidos os vínculos afetivos entre a criança e a família biológica, para que ela possa ficar em condição de ser adotada.

Segundo a Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, não se encontra protegida pelo artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, enquanto relação familiar, a relação estritamente biológica, sem prestação de cuidados básicos, sem responsabilidade financeira e sem relação afetiva³⁵.

De forma semelhante, os artigos 1913.º e seguintes do Código Civil preveem não só a inibição do exercício das responsabilidades parentais, aplicável nos casos mais graves de violação culposa das responsabilidades parentais, causadoras de sérios prejuízos nos filhos, como também medidas limitativas para os casos em que haja perigo mas não seja adequada a inibição, por não haver culpa pela ocorrência. Qualquer uma das medidas³⁶ pode ser requerida por familiares das crianças ou pessoas a quem tenham sido confiadas, ou ainda pelo Ministério Público.

Vimos que apesar das dificuldades na definição do conceito de superior interesse da criança, ele se reporta sempre à mesma ideia: ao bem-estar da criança, no que ao tema diz respeito, no seio da família, seja ela biológica ou não, desde que lhe garanta condições para crescer e se desenvolver sadiamente, sem se privar de nada, em especial do afeto. Verificaremos adiante que nem sempre os modelos tradicionais ou biológicos de família são aqueles que melhor defendem os interesses das crianças, que, como vimos, é e tem de ser sempre superior a quaisquer outros que com eles conflituam.

³⁵ Idem, p. 319.

³⁶ Estas medidas estão previstas na Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, aprovada pela lei 147/99, de 1 de setembro, que visa, como o próprio nome indica, a promoção dos direitos das crianças e a sua proteção.

II. DAS NOVAS FORMAS DE FAMÍLIA

2.1 As relações jurídicas familiares e as novas formas de família

Nos termos do artigo 1576.º do Código Civil, “são fontes das relações jurídicas familiares o casamento, o parentesco, a afinidade e a adoção”.

Relativamente ao casamento, até à entrada em vigor da Lei n.º 9/2010, de 31 de maio, que aprovou o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo e que adiante se explorará, o casamento era definido, no artigo 1577.º CC como “o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida (...)”. Com a referida lei, foram introduzidas no nosso sistema legal alterações significativas que demonstram, como veremos, uma abertura a um pensamento mais moderno, que tem cada vez mais em vista a igualdade de direitos por que durante largos anos se lutou.

Sem alargar em demasia as considerações sobre o casamento, levando-nos a pontos cujo interesse para o tema em estudo é diminuto, cabe dizer que o nosso ordenamento jurídico reconhece tanto o casamento civil como o religioso, regendo-se ambos, quantos aos efeitos civis, pelas disposições do Código Civil. Depois, sendo o casamento um negócio jurídico através do qual a lei atribui efeitos jurídicos às declarações de vontade das partes, e porque esta vontade será importante para o desenvolvimento do tema desta dissertação, vejamos os requisitos do casamento³⁷, que são de fundo e de forma³⁸.

Requisitos de fundo:

- Quanto ao consentimento – sem vontade de casar, e sem que essa vontade seja manifestada no momento da celebração, não há casamento validamente celebrado.

O consentimento deve ser:

- Atual – 1617.º CC. O consentimento é atual se a vontade for manifestada pelos nubentes no momento da celebração do casamento. (artigo 41.º do Código do Registo civil, para o consentimento dado pelos surdos e mudos).
- Pessoal – 1619.º CC. A vontade de contrair casamento deve ser manifestada pelo próprio nubente. A exceção a esta regra reside na possibilidade de celebrar casamento através de procurador. Esta é uma exceção à característica da

³⁷ Vamos apenas referir-nos ao casamento civil, celebrado em Portugal, por portugueses, uma vez que apenas esse nos interessa, tendo em conta o tema da dissertação.

³⁸ FRANCISCO PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família – Volume I*, 4.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2008.

personalidade e não da atualidade, uma vez que a vontade para casar não é declarada no momento em que faz a procuração, mas no momento em que o procurador celebra o casamento (artigos 1620.º, 1621.º CC e 44.º CRC).

- Puro e simples – 1618.º CC. Os nubentes devem querer todos os efeitos do casamento e não o podem sujeitar a condição ou a termo.
 - Perfeito e livre – a vontade declarada tem de corresponder à vontade real, não podendo haver faltas de vontade (1635.º e 1631.º, al. b)).
-
- Quanto à capacidade – o casamento implica uma plena comunhão de vida, e a capacidade natural de conhecer o ato e os efeitos do ato que se celebra. Por um lado, existem mais incapacidades em relação ao casamento do que em relação aos negócios jurídicos em geral; por outro lado, há incapacidades que se encontram nos outros negócios jurídicos em geral que não se verificam em relação ao casamento (como a interdição e a inabilitação – a não ser que se deva a anomalia psíquica). De forma a evitar celebrar casamentos que, enfermos por incapacidades dos nubentes, tenham de ser mais tarde, anulados, existe um procedimento preliminar de casamento que, nos termos do artigo 1610.º CC, se destina à verificação da inexistência de impedimentos. Estes são determinadas circunstâncias que geram incapacidade ou outras proibições legais à celebração do casamento e podem ser:
 - Dirimentes – impedem a celebração do casamento. Se se verificarem e o casamento for celebrado, é anulável, podendo a ação de anulação ser intentada, ou nela prosseguir os cônjuges ou qualquer parente deles na linha reta ou até ao quarto grau da linha colateral, bem como os herdeiros e adotantes dos cônjuges, o Ministério Público, o tutor ou curador, no caso de menoridade, interdição ou inabilitação por anomalia psíquica, e o primeiro cônjuge do infrator, no caso de bigamia. Os impedimentos dirimentes podem ser:
 - Absolutos (verdadeiras incapacidades, que impedem uma pessoa de casar com qualquer outra) – 1601.º CC: idade inferior a dezasseis anos; demência notória, mesmo durante os intervalos lúcidos, e interdição ou inabilitação por anomalia psíquica e casamento anterior não dissolvido, católico ou civil, ainda que o respetivo assento não tenha sido lavrado no registo do estado civil;

- Relativos (são ilegitimidades que se filiam na existência de uma relação entre duas pessoas, e apenas obstam ao casamento entre essas pessoas. Elas podem casar com qualquer outra, menos uma com a outra) – 1602.º CC: parentesco na linha reta; parentesco no segundo grau da linha colateral; afinidade na linha reta; condenação anterior de um dos nubentes, como autor ou cúmplice, por homicídio doloso, ainda que não consumado, contra o cônjuge do outro.
- Impedientes – impedem o casamento, mas não o tornam anulável, se ele chegar a realizar-se, porque não constituem verdadeiras incapacidades, mas apenas simples proibições legais. São, entre outros previstos em leis especiais, os previstos no artigo 1604.º, CC: a falta de autorização dos pais ou do tutor para o casamento do nubente menor, quando não suprida pelo conservador do registo civil; o prazo internupcial, o parentesco no terceiro grau da linha colateral, o vínculo de tutela, curatela ou administração legal de bens, o vínculo de adoção restrita, e a pronúncia do nubente pelo crime de homicídio doloso, ainda que não consumado, contra o cônjuge do outro, enquanto não houver despronúncia ou absolvição por decisão passada em julgado. Quanto à previsão em leis especiais, a Lei n.º 103/2009, de 11 de Setembro, prevê no artigo 22.º a existência de um impedimento impediente quando exista uma relação de apadrinhamento civil.

 Requisitos de forma:

O formalismo que reveste a celebração dos negócios jurídicos permite às partes ponderarem sobre o que está em causa e serve de prova do negócio celebrado. O mesmo acontece com o casamento, não se tratasse de um negócio jurídico, sendo que aqui, o formalismo reside mais na forma da celebração, do que no registo, que serve, como nos outros negócios, de prova da sua existência e dos termos em que foi celebrado. Isto acontece essencialmente por duas razões: em primeiro lugar, o casamento civil foi como que “copiado” do casamento católico, assumindo o notário o papel que, naquele, caberia ao pároco; depois, a solenidade investida na celebração permite aos nubentes perceber a importância do ato que praticam. De qualquer da forma, vejamos os requisitos de forma do casamento:

- Formalidades preliminares – nos termos do artigo 134.º do Código do Registo Civil, qualquer conservatória do registo civil é competente para a organização do processo preliminar de casamento, que deve existir sempre que alguém queira contrair casamento, para aferir da capacidade dos nubentes para esse efeito. Declarada a vontade de casar, pelos nubentes ou por intermédio de procurador, é instaurado o processo de casamento, sendo que da referida declaração devem constar, nos termos do artigo 136.º CRC, elementos como o nome completo, idade, estado, naturalidade e residência habitual dos nubentes, a modalidade de casamento que os nubentes pretendem contrair e a conservatória em que deve ser celebrado e a menção de o casamento ser celebrado com ou sem convenção antenupcial, salvo se o regime de bens for imperativo. O processo preliminar de casamento é público, sendo a publicidade garantida através do direito à obtenção de cópia, certificada ou com mero valor de informação, da parte da declaração para casamento que contém os elementos elencados no artigo 136.º, n.º 2, al. a), b), c) e g). Se, efetuadas todas as diligências, se confirmar a capacidade nupcial dos nubentes, o conservador deve, no prazo de um dia a contar da última diligência, proferir despacho a autorizar os nubentes a celebrar o casamento, devendo este acontecer no prazo de seis meses.
- Formalidades da celebração – no dia, hora e local acordados entre os nubentes e o conservador, devem estar presentes os três (ou apenas um dos nubentes e o procurador do outro), podendo intervir na celebração de duas a quatro testemunhas. Relativamente à solenidade do casamento, refere-se no artigo 155.º CRC, que a celebração é pública, procedendo o conservador à leitura da declaração inicial, do despacho final supra referido, da identificação dos nubentes e do seu propósito em casar, depois de anunciar para que fim se encontram naquela situação. De seguida, os presentes são questionados sobre a existência de algum impedimento³⁹ à celebração do casamento, passando-se, na sua inexistência, à referência dos direitos e deveres dos cônjuges, conforme a lei civil, e à conseqüente declaração de vontade, por parte de cada um dos nubentes, de casar com o outro: “É de minha livre vontade casar com X (indicando o nome

³⁹ Artigo 155.º, n.º1, b) : “Se os nubentes forem menores e ainda não tiver sido dado o consentimento dos pais ou tutor, nem suprida essa autorização, o conservador pergunta às pessoas que o devem prestar se o concedem, suspendendo a realização do ato se não for concedido”.

completo do outro nubente)”. Prestado o consentimento dos contraentes, o conservador diz, em voz alta, de modo a ser ouvido por todos os presentes: «Em nome da lei e da República Portuguesa, declaro X. e Y. (indicando os nomes completos de marido e mulher) unidos pelo casamento.

- Formalidades posteriores – nos termos do artigo 1.º, n.º1, d), CRC, o casamento é um facto obrigatoriamente sujeito a registo. Estes factos têm de ser registados para serem atendíveis (artigo 2.º CRC), não estando em causa a sua validade ou existência, mas a sua atendibilidade e possibilidade de produção de efeitos. A prova que o registo constitui não pode ser ilidida por qualquer outra (a não ser nas ações de estado e nas ações de registo), nem os factos registados podem ser impugnados em juízo, sem que seja pedido o cancelamento ou a retificação dos registos correspondentes.

Nos termos do artigo 50.º CRC, o registo civil dos factos a ele sujeitos é lavrado por meio de assento ou de averbamento; os averbamentos são parte integrante do assento a que dizem respeito, e os assentos são lavrados por transcrição ou inscrição. Depois de feito o registo, nenhuma alteração lhe pode ser introduzida, havendo apenas lugar a retificações ou correções, no caso de se verificarem erros ou vícios, nos termos dos artigos 83.º e seguintes do CRC.

Efetuada o registo, dispõe o CC no artigo 1670.º, n.º1, que “ainda que venha a perder-se [o registo], os efeitos civis do casamento retrotraem-se à data da sua celebração”, demonstrando-se, assim, a importância do registo no que toca ao casamento, como forma de o tornar atendível.

Com a celebração do casamento⁴⁰, os cônjuges ficam reciprocamente vinculados pelos deveres de respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência (1672.º CC), sendo ambos sujeitos dos mesmos deveres e direitos.

Por sua vez, o parentesco é, nos termos do artigo 1578.º, “o vínculo que une duas pessoas, em consequência de uma delas descender da outra ou de ambas procederem de um progenitor comum”. Está em causa uma relação de sangue, cujos efeitos se produzem em qualquer grau na linha reta, mas só até ao sexto na linha colateral. A questão dos graus é deveras importante, uma

⁴⁰ O regime jurídico do casamento é, obviamente, bastante mais extenso do que as considerações apresentadas. No entanto, e como já se referiu, para tratarmos “do reforço da garantia do superior interesse da criança através da adoção por casais do mesmo sexo”, não é relevante analisarmos as questões do casamento católico e civil sob a forma religiosa, urgente, entre portugueses e estrangeiros nem mesmo os regimes de bens, uma vez que os casais homossexuais apenas podem contrair casamento pela forma civil, aplicando-se-lhes as regras vistas.

vez que as relações de parentesco são, como o senso comum nos indica, numerosas e variadas, sendo necessário efetuar uma contagem para estabelecer uma hierarquia entre eles. Nesse sentido, dispõe o artigo 1579.º CC que “cada geração forma um grau, e a série dos graus constitui a linha de parentesco”, que, como refere o artigo 1580.º, pode ser reta ou colateral. A linha reta pode ser ascendente ou descendente, conforme a forma como for encarada, e a distinção é importante uma vez que apenas os descendentes constituem, ao lado do cônjuge sobrevivente, a primeira classe sucessória (2133.º), enquanto os ascendentes constituem a segunda classe. Por outro lado, tanto na linha reta como na linha colateral pode distinguir-se entre a linha materna e a linha paterna, relevando a distinção para situações como a constituição do conselho de família (1952.º, n.º3). Definidas as linhas, é simples saber qual o grau de parentesco dentro delas: na linha reta há tantos graus quantas as pessoas que a formam, excluindo o progenitor; na linha colateral os graus contam-se da mesma forma, subindo por um dos ramos e descendo pelo outro, excluindo igualmente o progenitor comum. De acordo com este processo de contagem, conclui-se que os irmãos ou os avós e netos são parentes em segundo grau, os tios e os sobrinhos em terceiro, e os primos em quarto.

Relativamente aos efeitos do parentesco, o principal é o efeito sucessório, uma vez que os descendentes, os ascendentes, os irmãos e seus descendentes e os outros colaterais até ao 4.º grau integram, respetivamente, a primeira, a segunda, a terceira e a quarta classes de sucessíveis na ordem da sucessão legítima do artigo 2133.º, de acordo com o princípio da proximidade de grau de parentesco dentro de cada classe sucessória. A par deste efeito, existem outros: a obrigação de alimentos, imposta pela lei aos descendentes, ascendentes, aos irmãos e aos tios (2009.º, CC), a obrigação de exercer a tutela ou fazer parte do conselho de família (1931.º, n.º1, e 1952, n.º1), as obrigações decorrentes das relações de filiação, como sejam as responsabilidades parentais, e as limitações ou restrições à capacidade jurídica (como o impedimento dirimente de os parentes em linha reta e os parentes em 2.º grau na linha colateral não poderem contrair casamento entre si).

A afinidade é, nos termos do artigo 1584.º, “o vínculo que liga cada um dos cônjuges aos parentes do outro”. No entanto, esta última noção sofreu alterações com o Decreto-lei 496/77, de 25 de novembro, já que até aí existia um n.º 2 do artigo 1584.º que distinguia a afinidade legítima da ilegítima conforme a natureza do parentesco em que assentasse.

Como facilmente se percebe, a afinidade não é, ao contrário do parentesco, uma relação de sangue; a sua fonte é o casamento, e por isso ela só se inicia com a celebração daquele, não operando retroativamente, mas não cessa quando aquele se dissolve por morte de um dos cônjuges. Regra geral, quando um casamento se dissolve por divórcio, as relações de afinidade extinguem-se, pois deixam de ter relevância social.

Em relação à contagem, está já a explicação facilitada, uma vez que tudo se processa da mesma forma que no parentesco: também aqui existem linhas e graus, contados da mesma forma, equivalendo a afinidade de um cônjuge aos parentes do outro ao grau de parentesco entre ele e os parentes em causa (por exemplo, um cônjuge é afim no 2.º grau dos parentes em 2.º grau do seu cônjuge, e afim em 3.º grau dos parentes em 3.º grau).

Relativamente aos efeitos da afinidade, são, tal como este vínculo, menos “fortes” que os do parentesco. Os afins não têm direitos sucessórios, só há obrigação de alimentos em relação a madrastas ou padrastos cujos menores estivessem a seu cargo no momento da morte do cônjuge, há obrigação de exercer tutela ou fazer parte do conselho de família e aplicam-se aos afins, regra geral, as mesmas restrições e limitações que ao parentesco.

Por fim, nesta breve referência às formas de família tradicionais e legalmente estatuídas, resta referir a adoção. De acordo com o artigo 1586.º, esta constitui “o vínculo que, à semelhança da filiação natural, mas independentemente dos laços do sangue, se estabelece legalmente entre duas pessoas nos termos dos artigos 1973.º e seguintes”, visando o superior interesse da criança. Este instituto será analisado adiante, quando tentarmos perceber de que forma é que a possibilidade da adoção por casais do mesmo sexo poderia reforçar a garantia do superior interesse da criança.

Vistas as quatro fontes de relações jurídicas familiares previstas na lei, é altura de enfrentar a realidade que atualmente se nos apresenta.

Nas últimas décadas, a família ocidental modificou as suas dimensões, organizando-se de diversas formas, de acordo com os novos valores por que se regem as sociedades que a influenciam, apesar de continuar a ser considerada uma das instituições mais persistentes no tempo.

Ao longo do século XIX, por toda a Europa foi imposto o modelo social e jurídico de família nuclear, constituída por pai, mãe e filhos, assente na cultura do casamento. Normas rígidas sobre as funções de cada elemento da família orientavam este modelo, que demonstrava claramente o estatuto de desigualdade existente entre homens e mulheres. Enquanto ao homem era

reconhecido o direito-dever de realizar o seu percurso individual fora de casa, através do trabalho e do ganho para o sustento da família, à mulher estava reservado o dever de permanecer em casa, de forma a proporcionar ao marido o conforto doméstico e afetivo de que ele precisava, cabendo-lhe, igualmente, o papel de cuidar dos filhos⁴¹.

No entanto, no século XX, e sobretudo a partir dos anos 70, os ideais da democracia conduziram à luta pela igualdade de géneros fora e dentro da família, perante a sociedade e a lei. Através dessa luta, as mulheres viram ser consagrados e reconhecidos os seus direitos civis e políticos, o acesso generalizado à educação e ao mercado de trabalho, a propriedade e domínio do seu corpo e a democratização da vida familiar. A mulher, para além de esposa e mãe, passou a assumir um estatuto social, político e económico que permitiu o transporte para o Direito da Família do Princípio da Igualdade, não só entre homens e mulheres, mas também entre cônjuges e filhos nascidos dentro e fora do casamento. Afirmaram-se, dessa forma, os direitos fundamentais, e abriu-se o caminho para a independência económica da mulher, o que conduziu, por sua vez, ao aumento da idade núbil em todo o mundo e ao aumento do número de divórcios por iniciativa da mulher.

Esta luta pela igualdade e a sua consagração enquanto princípio jurídico foram evoluindo a par da consolidação de práticas sociais através das quais se tem dado relevo à importância da satisfação dos interesses de cada indivíduo. Ora, nesse sentido, o casamento deixa tendencialmente de existir no interesse da comunidade e da família enquanto unidade, diminuindo consideravelmente o controlo exercido pelo Estado, para passar a ser uma forma de cada indivíduo conquistar a sua felicidade, ainda que com outro, podendo revogá-lo quando essa felicidade deixa de existir. Associados a esta liberdade de escolha há referências a realidades tidas como custos ou problemas, mas que são perfeitamente ultrapassáveis quando a autonomia individual é exercida com responsabilidade: aumenta a instabilidade conjugal, os conflitos e sofrimento quer dos adultos, quer das crianças, as famílias monoparentais empobrecem e aumentam, não só as diversas formas de união alternativas ao casamento, como o número de nascimentos fora do mesmo⁴².

Embora referidas com a nota de serem tidas como custos associados à relativização do modelo tradicional de família, a verdade é que as formas de família alternativas ao casamento são cada vez mais comuns. E se “a cada qual a sua família, a cada qual o seu direito”, como diria

⁴¹ JOÃO PEDROSO e PATRÍCIA BRANCO, «Mudam-se os tempos, muda-se a família. As mutações do acesso ao direito e à justiça de família e das crianças em Portugal», *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 82, setembro de 2008, p. 53-83.

⁴² Ob. Cit. p. 36.

Jean Carbonnier⁴³, porque não reconhecer a existência das novas formas de família, que aumentam a cada dia que passa, num combate aberto contra a discriminação e pela igualdade de direitos entre hétero e homossexuais, maiorias e minorias? Homem é Homem, direito é direito, e família é família. Cada uma à sua maneira, mas com a mesma pedra basilar: o afeto que une as pessoas.

Ora, os diferentes tipos de família são entidades dinâmicas com identidade própria, compostas por membros unidos por laços de sangue, afetividade ou interesses comuns, que convivem durante determinado espaço de tempo, durante o qual constroem uma história de vida que é sua, única e irreplicável. Para além da família tradicional ou nuclear, que, como já vimos, é constituída por dois adultos de sexo diferente e pelos filhos, biológicos ou não, reconhecem-se hoje⁴⁴:

- Famílias recompostas. As mudanças sociais e culturais a que as pessoas têm sido sujeitas conduziram a alterações significativas na forma de ser e viver a família. A procura da felicidade individual, a falta de empenho no cumprimento dos deveres familiares, a liberalização ideológica da sexualidade e o aumento da liberdade sexual conduziram a um crescente número de divórcios. Fugindo à clássica estrutura familiar, formam-se novas famílias, muitas delas fruto de divórcios passados, em que podem existir ou não filhos dos casamentos dissolvidos – a essas famílias dá-se o nome de recompostas. No fundo, acabam por formar famílias ditas “normais”
- Famílias monoparentais. As mesmas razões que conduzem ao aparecimento de famílias recompostas são as que justificam as famílias monoparentais. O que as diferencia é que, enquanto aquelas consistem na união de pessoas que já tenham sido parte de outras famílias tradicionais, nestas, essas pessoas cujos anteriores casamentos foram dissolvidos por divórcio ou por morte, ou que nunca tiveram de todo uma família, optam por viver unicamente com os filhos. Apesar de esta ser a família típica de mães solteiras que recorrem a técnicas de reprodução, a verdade é que o seu número tem aumentado devido ao também crescente número de divórcios registado em Portugal, que provoca a permanência dos filhos com apenas um dos progenitores.

⁴³ Apud JOÃO PEDROSO e PATRÍCIA BRANCO, «Mudam-se os tempos, muda-se a família. As mutações do acesso ao direito e à justiça de família e das crianças em Portugal», *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 82, setembro de 2008, p. 61.

⁴⁴ MARIA OLÍVIA DIAS, «Um olhar sobre a família na perspetiva sistémica: o processo de comunicação no sistema familiar», *Gestão e Desenvolvimento*, 19, 2001, p. 139-156.

- União de Facto. Como refere a Doutora Cristina M. Araújo Dias⁴⁵, o estabelecimento constitucional do direito de constituir família e de contrair casamento, previsto no artigo 36.º, n.º1, CRP, tem sido entendido no sentido de consagrar dois direitos distintos - o de constituir família e o de contrair casamento, demonstrando a clara independência entre os dois, sendo que quem quer constituir família não tem de o fazer, obrigatoriamente, através do casamento. Nos termos do artigo 1.º da Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, com as alterações introduzidas pela lei n.º 23/2010, de 30 de agosto, a união de facto é “a situação jurídica de duas pessoas que, independentemente do sexo⁴⁶, vivam em condições análogas às dos cônjuges há mais de dois anos”. Tendo em conta os diversos problemas, nomeadamente patrimoniais, que foram surgindo ao longo do tempo, e na ausência de regulamentação específica, tem sido a jurisprudência a indicar que devem ser seguidas as regras do direito comum, uma vez que não seria justo, por exemplo, em caso de rutura de uma união de facto de vários anos, uma das partes ter o seu património enriquecido à custa do empobrecimento do da outra.

A expressão “união de facto” foi usada pela primeira vez na epígrafe do artigo 2020.º CC, depois da Reforma de 1977, para designar a situação das pessoas que, não sendo casadas, vivem como se o fossem; esta aparência externa de casamento, em que terceiros podem confiar, é o que explica os efeitos que lhe são atribuídos.

Relativamente às motivações que conduzem às uniões de facto entre heterossexuais, os exemplos são dos mais variados: desejo de convivência em condições semelhantes às dos cônjuges, antes de casar; forma de contornar a questão de não viver juntos enquanto algum impedimento atrasa a celebração do casamento; divórcios a decorrer; rejeição do instituto do casamento mas não da vida em comum; noção de que um casamento se pode deteriorar, e o divórcio é um processo moroso e difícil, que não existe em caso do fim de uma união de facto⁴⁷.

Embora hoje possamos dizer que estes motivos e a possibilidade de escolha entre a união de facto e o casamento se aplicam quer a heterossexuais quer a homossexuais, até 2010 a realidade era outra. Querendo constituir família, como é

⁴⁵ «A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e as novas formas de família», *Revista da Universidade Portucalense*, N.º15, 2012 p. 35-48.

⁴⁶ Pela primeira vez, foi reconhecida legalmente a união de duas pessoas do mesmo sexo em Portugal, sendo igualmente reconhecida a proteção aos aspetos patrimoniais que lhe dizem respeito, embora continue vedada aos casais homossexuais a possibilidade de adotar crianças.

⁴⁷ Ob. Cit. p. 29.

seu direito, às pessoas homossexuais não restava outra opção para além daquela “relação para-familiar”.

Ora, apesar de a união de facto não ser considerada usualmente uma relação de família para a generalidade dos efeitos, de acordo com o disposto no artigo 1576.º CC, e de não existir legislação reguladora deste instituto na maior parte dos países, em Portugal ela passou a estar prevista no ordenamento jurídico através da Lei n.º 135/99, de 28 de agosto, revogada pela Lei n.º 7/2001, de 11 de maio: aos unidos de facto de sexo diferente é permitida a adoção conjunta (artigo 7.º da Lei n.º 7/2001, de 11 de maio e artigo 1979.º, n.º1 CC); no caso de o unido de facto proprietário da casa de morada de família morrer, ao membro sobrevivente foi concedido o direito real de habitação sobre a casa, pelo prazo de cinco anos, e o direito de preferência na venda da casa pelo mesmo prazo (artigo 5.º da Lei n.º 7/2001, de 11 de maio); a nível fiscal, os unidos de facto podem optar pelo regime de bens dos sujeitos passivos casados e não separados de pessoas e bens se tiverem o mesmo domicílio fiscal durante o período legalmente exigido para a verificação dos requisitos da união de facto (artigo 2.ºA da Lei n.º 7/2001, de 11 de maio).

Contrariamente ao que se passa com o casamento, a constituição da união de facto não carece de nenhum tipo de celebração solene nem de registo. Os unidos passam a viver nessa condição a partir do momento em que começam a viver juntos, e a prova da sua existência é, normalmente, testemunhal (embora se possa sempre requerer nas Juntas de Freguesia os atestados de residência, de constituição do agregado familiar ou de vida e situação económica dos cidadãos). Como também já se referiu, enquanto motivo para se preferir a união de facto ao casamento, a extinção daquela ocorre de forma mais fácil e menos dolorosa do que neste, uma vez que a ausência de contratos que unam as pessoas evita a necessidade de os rescindir, ou seja, excetuando a dor da separação de duas pessoas que tenham tido planos de uma vida juntas, pôr um fim a esse relacionamento acaba por ser um processo relativamente simples. Nenhum dos membros de uma união de facto assume qualquer compromisso, podendo qualquer um deles, quando e como quiser, romper essa relação sem que o outro possa pedir uma indemnização. A liquidação e partilha do património do casal após a rutura processa-se de acordo

com as regras do direito comum das relações reais e obrigacionais, já que, como também se referiu, os artigos 1688.º e 1689.º CC se aplicam unicamente ao casamento.

2.2 Famílias homossexuais – evolução histórico-legal

Apesar de as práticas homossexuais serem tão antigas quanto a Humanidade, e ocorrerem em todas as sociedades, a definição de homossexual surgiu apenas no século XIX, quando formulada por Karl Maria Kertbeny⁴⁸ em 1869, como “pessoa especificamente atraída por pessoas do mesmo sexo”.

Como geralmente acontece com tudo, é depois da formulação ou da publicação de um conceito que os problemas sobre ele surgem, mesmo que já existisse e estivesse bem enraizado enquanto prática na comunidade. Com o aparecimento da categoria médica e sexológica do homossexual, apesar de práticas homossexuais serem naturais, surgiram também a discriminação e a perseguição jurídica, social e económica daqueles que se inseriam nessa categoria. Repentinamente, os homossexuais passaram a ser considerados doentes e desviantes, por serem diferentes do homem dito “normal”, sendo punidos e excluídos da vida em sociedade como se de criminosos se tratassem, e sujeito a terapias de “normalização” fortemente violadoras da sua integridade física e moral.

Regressando à Antiguidade Clássica, foram vários os filósofos que tentaram perceber e explicar as relações entre os Homens. Platão, recorrendo ao “Mito dos seres esféricos⁴⁹”, explicou-a da seguinte forma: os seres humanos encontravam-se originalmente divididos em três géneros – macho, fêmea e andrógino. Independentemente do género, todos eles começaram por ser esféricos, completos e perfeitos, desafiando, dessa forma, a natureza divina. Perante os seus excessos desmedidos e a sua ambição, Zeus dividiu-os ao meio, um por um. Então, cada metade, com saudades da sua outra metade, entrou numa busca desenfreada por ela: os indivíduos que resultam da divisão de um ser andrógino só gostam de pessoas de sexo diferente, enquanto os que resultam do corte de um ser masculino só gostam de homens e os que resultam do corte feminino só gostam de mulheres. Explicou-se assim que, na base do sentimento entre dois homens não estava a falta de vergonha ou de virilidade, mas antes a ousadia, a força e a masculinidade que os impelia a afeiçoar-se ao que lhes era semelhante.

Com base neste pensamento predominante, os gregos “aceitaram, praticaram e valorizaram as relações entre homens e rapazes”⁵⁰, reconhecendo a dignidade de amar ambos os

⁴⁸ KARL MARIA KERTBENY, apud TERESA PIZARRO BELEZA e HELENA PEREIRA DE MELO, «Discriminação e contra discriminação em razão da orientação sexual no direito português», *Revista do Ministério Público*, 123, 2010, p. 5-58.

⁴⁹ TERESA PIZARRO BELEZA e HELENA PEREIRA DE MELO, «Discriminação e contra discriminação em razão da orientação sexual no direito português», *Revista do Ministério Público*, 123, 2010, p. 5-58.

⁵⁰ FOUCAULT MICHEL, apud TERESA PIZARRO BELEZA e HELENA PEREIRA DE MELO, «Discriminação e contra discriminação em razão da orientação sexual no direito português».

sexos, e valorizando negativamente apenas os excessos e a passividade. Ou seja, desde que o papel passivo permanecesse reservado às mulheres, aos escravos e aos rapazes, os gregos acreditavam que o desejo podia incidir sobre qualquer um dos sexos, aceitando e valorizando culturalmente a homossexualidade. Do mesmo modo, também Roma considerou lícitas as práticas homossexuais, até porque nenhuma das civilizações encarou a homossexualidade como identidade nem distinguiu as pessoas conforme o sexo por que sentia desejo.

Mais tarde, o Cristianismo⁵¹ veio não só marcar claramente essa distinção, como considerar as relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo, pecado. Na base deste entendimento residia a ideia de que o ato sexual, por si só, estava intimamente ligado ao mal, devendo cada indivíduo manter relações unicamente com o cônjuge com quem decidisse casar e com o fim único da procriação. No Antigo Testamento⁵², no Novo Testamento⁵³, nos testemunhos resultantes do Concílio de Elvira (306-307)⁵⁴ e deixados por Santo Agostinho e São Tomás de Aquino, por exemplo, é claramente perceptível o desprezo que a Igreja Católica desde sempre demonstrou pelas práticas homossexuais, tendo mesmo levado a cabo perseguições e duras punições em relação a quem as praticava. A influência dos penosos castigos⁵⁵ a que os homossexuais (ou a quem, não o sendo, mantinha práticas homossexuais) foram sujeitos pelo Santo Ofício acabou por contribuir para a progressiva limitação da liberdade sexual, tornando-se a pena de morte pelo fogo a principal pena prevista para estes casos. Direito e Doutrina europeus dos séculos VI a XIX tenderam a considerar todos os atos sexuais que não tivessem por fim a procriação como pecados contra natura e, conseqüentemente, como crimes punidos severamente, sendo o seu autor pecador e criminoso simultaneamente.

Com o passar do tempo e o desenvolvimento das sociedades, também as mentalidades se foram alterando. Assim, e ainda no século XIX, quem praticava atos homossexuais deixou de ser considerado criminoso e passou a ser considerado doente. A Psiquiatria, ainda a dar os primeiros passos, rotulou a homossexualidade de “degenerescência”, considerando-a uma manifestação patológica cuja etiologia não é nem traumática nem infecciosa. A atração e as práticas homossexuais passaram a ser qualificados como doença mental⁵⁶, como um desvio patológico em

⁵¹ Ob. Cit. p. 41.

⁵² Sodoma e Gomorra, foram destruídas por “o clamor dos seus crimes se ter elevado cada vez mais até à presença do Senhor e ele nos ter enviado para que os percamos”. - Gênesis, XIX, 13.

⁵³ A homossexualidade era considerada como contrária à natureza, pelo que devia ser punida com a morte. “(...) as mulheres mudaram o natural uso em outro uso, que é contra a natureza(...)” e os homens, “(...)deixando o natural uso das mulheres, arderam os seus desejos mutuamente”. - Romanos, I, 26 e 27.

⁵⁴ Quem praticasse atos homossexuais era excomungado e proibido de receber a Comunhão, mesmo que estivesse a morrer.

⁵⁵ De entre os castigos aplicados pelo Santo Ofício destacam-se, conforme se referem Teresa Pizarro Beleza e Maria Helena de Melo confisco dos bens, pena de açoites e o degredo para as galés.

⁵⁶ Ob. Cit. p. 41.

relação à regra dominante que era a heterossexualidade. Como já se referiu, esta qualificação da homossexualidade como categoria médica implicou a designação dos sujeitos adeptos de práticas homossexuais como sujeitos homossexuais, e à consecutiva tentativa de os tratar e curar, como se de reais doentes se falasse. E se os castigos infligidos pela Igreja a estas pessoas nos séculos anteriores já eram horríveis, os “tratamentos” aplicados nesta época não podiam ser considerados mais humanos: choques elétricos, cirurgias cerebrais, hipnose, banhos frios, tratamentos hormonais e castração eram aplicados aos homossexuais, mas nenhum deles conseguiu que os sujeitos perdessem o desejo sexual por pessoas do mesmo sexo. Por outro lado, concluiu-se que estes “tratamentos”, provocavam alterações negativas na saúde dos sujeitos, uma vez que, apesar de não alterarem a sua orientação sexual, diminuíam o seu bem-estar físico e psicológico, provocando-lhes depressões, ansiedade e condutas auto-destrutivas.

Um aspeto positivo desta tentativa de cura da homossexualidade foi o facto de, progressivamente, ela se ir despenalizando, o que se transformou num importante contributo para uma crescente igualdade entre as pessoas, independentemente da orientação sexual.

Depois de ser considerada crime e doença, a homossexualidade foi tida como diferença – em relação ao normal, que era a heterossexualidade. Esta nova forma de a encarar acabou por ser um aspeto positivo, uma vez que “diferente” não significava “anormal”, como até então se pensava. Para esta mudança de pensamento contribuíram em grande medida os trabalhos de Freud, Hirschfeld e de Havelock Elis, Ford e Beach e Alfred Kinsey.

Segundo Freud, a inversão (termo pejorativo para homossexualidade) é uma “característica sexual que pode conservar-se toda a vida ou desaparecer momentaneamente, ou ser apenas um episódio numa evolução normal”⁵⁷. Os invertidos, ou homossexuais, podem ser: absolutos (se o seu desejo recai apenas por indivíduos do mesmo sexo), anfigénios (se a sexualidade tem por objeto qualquer um dos sexos) ou ocasionais (quando a inversão é determinada por circunstâncias exteriores). De qualquer das formas, independentemente do tipo a que pertença, nenhum homossexual pode ser considerado “degenerado”, já que muitos deles não apresentam quaisquer outros desvios graves ou sinais de outras doenças ou défices cognitivos.

Por sua vez, Hirschfeld e Havelock Elis defenderam que a homossexualidade é uma característica inata que não pode ser alterada nem curada, tendo Ford e Beach concluído que

⁵⁷ Apud TERESA PIZARRO BELEZA E MARIA HELENA DE MELO, «Discriminação e Contra-Discriminação em razão da orientação sexual no direito português».

nada na homossexualidade é contra natura, já que, como nos humanos, também nas espécies animais se verificam práticas homossexuais⁵⁸.

Por fim, a referência a Alfred Kinsey e à sua obra “Sexual Behaviour in the Human Male”, baseada na escala de sete pontos (0 a 6) criada pelo autor, para “distinguir” a orientação sexual dos indivíduos. Nos termos desta escala, o 0 corresponde aos indivíduos que, ao longo da vida, apenas praticam atos heterossexuais; o 1 e o 2 aos indivíduos que adotam comportamentos maioritariamente heterossexuais; o 3 aos que demonstram a mesma tendência para atos com pessoas de ambos os sexos; o 4 e o 5 aos atos maioritariamente homossexuais e o 6 aos indivíduos que apenas praticam atos homossexuais.

Recusando a estigmatização do termo “homossexual”, por acreditar que não há nada que possa definir uma pessoa como tal, mas apenas circunstâncias que levam à prática de atos homossexuais, Kinsey concluiu que “*a considerable portion of the population, perhaps the major portion of the male population, has at least some homosexual experience between adolescence and old age. In addition, about 60 per cent of the pre-adolescent boys engage in homosexual activities, and there is an additional group of adult males who avoid overt contacts but who are quite aware of their potentialities for reacting to other males*”⁵⁹.

Com base nestas conclusões, a ideia de que a homossexualidade era uma doença foi sendo lentamente abandonada, ao mesmo tempo que se ia aceitando a sua existência enquanto atividade sexual normal. Também a ideia de que a atividade sexual normal é aquela que ocorre entre dois adultos que nela consentiram plenamente começou a impor-se nos sistemas jurídicos ocidentais, sendo disso exemplo a eliminação da homossexualidade da classificação de doenças mentais norte americana, pela Associação Americana de Psiquiatras, em 1973, e a sua não inclusão na X edição da Classificação Internacional de Doenças, da Organização Mundial de Saúde de Maio de 1992.

Apesar de a luta contra a homofobia se ter iniciado há mais de 40 anos, e de algumas vitórias já se terem registado na generalidade dos países ocidentais, a homossexualidade continua a ser alvo de discriminações jurídicas, sociais, económicas e culturais, continuando as minorias a ser marginalizadas, enquanto pressionam os Estados para que lhes atribuam a mesma

⁵⁸ Ob. Cit. p. 41.

⁵⁹ ALFRED C. KINSEY, WARDELL R. POMEROY e CLYDE E. MARTIN, *Sexual Behaviour in the Human Male*, USA, 1948, in <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1447861/>, consultado em 6/05/2015.

Uma considerável parte da população, talvez a maior parte da população masculina, conta com alguma experiência homossexual entre a adolescência e a velhice. Mais, cerca de 60% dos rapazes na pré-adolescência mantêm atividades homossexuais, e há também um grupo de homens adultos que, embora evite contactos evidentes, têm a consciência das suas potencialidades de reação perante outros homens.

proteção que à maioria heterossexual, por considerarem que ambas as orientações sexuais têm o mesmo valor e legitimidade⁶⁰.

Relativamente a Portugal, a Constituição da República Portuguesa prevê, desde a revisão constitucional de 2004, no artigo 13.º, n.º2, a não discriminação em razão da orientação sexual, não podendo ninguém ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão dela. Ao introduzir esta alteração na Lei Fundamental, o legislador constituinte abriu o caminho anti discriminatório já descoberto noutros países, e cumpriu os compromissos assumidos pelo Estado Português com a assinatura do Tratado de Amesterdão, em 1997⁶¹, embora parte da Doutrina⁶² defenda que, já antes de 2004 e desta alteração constitucional, a orientação sexual era considerada um dos fatores de desigualdade inadmissíveis.

Ora, depois de passar a integrar o texto da CRP, a proibição da discriminação em razão da orientação sexual provocou importantes alterações ao nível da jurisprudência. Exemplos disso são os Acórdãos⁶³ n.º 247/2005, de 10 de Maio, e 351/05 de 5 de Julho, que consideraram por demasiado evidente a violação do princípio da igualdade entre heterossexuais e homossexuais, no que dizia respeito aos crimes de atos sexuais com adolescentes e de atos homossexuais com adolescentes, uma vez que a estes a punição era sempre aplicada, ao passo que naqueles ela só existia se se provasse o abuso da inexperiência do menor. Para além disto, estes acórdãos determinaram ainda que os direitos à identidade pessoal e ao livre desenvolvimento da personalidade, reconhecidos no artigo 26.º, n.º1, CRP, não podem ser restringidos de forma diferenciada, com base em fatores como orientação sexual do seu titular.

A tese do Supremo Tribunal de Justiça de que os atos homossexuais seriam menos “normais” e mais “graves” do que os heterossexuais foi assim contrariada, tendo ainda sido proclamado o direito dos cidadãos à “sua autorrealização como pessoas, onde se compreende o direito à autodeterminação sexual, nomeadamente enquanto direito a uma atividade sexual orientada segundo a opção de cada um dos seus titulares”. Cada cidadão é, portanto, titular do

⁶⁰ Ob. Cit. p. 41.

⁶¹ Prevê a alteração do Tratado que institui a Comunidade Europeia, através, entre outras coisas, da inserção do artigo 6º-A: “Sem prejuízo das demais disposições do presente Tratado e dentro dos limites das competências que este confere à Comunidade, o Conselho, deliberando por unanimidade, sob proposta da Comissão e após consulta ao Parlamento Europeu, pode tomar as medidas necessárias para combater a discriminação em razão do sexo, raça ou origem étnica, religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual.”

⁶² Jorge Miranda e Rui Medeiros, apud TERESA PIZARRO BELEZA E MARIA HELENA DE MELO, «Discriminação e Contra-Discriminação em razão da orientação sexual no direito português».

⁶³ Disponíveis em <http://www.pgdlisboa.pt/>.

direito de “livremente exprimir a sua sexualidade, nomeadamente escolhendo de forma livre a sua orientação sexual”⁶⁴.

Para além da disposição do artigo 13.º da CRP, outras normas sobre a não discriminação em razão da orientação sexual se aplicam no nosso ordenamento jurídico, nomeadamente normas de direito internacional, por força do artigo 8.º da CRP. Vejamos apenas dois casos, a título de exemplo:

- Artigo 13.º do Tratado que instituiu a União Europeia (na redação que lhe foi dada pelo Tratado de Nice) – “Sem prejuízo das demais disposições do presente Tratado e dentro dos limites das competências que este confere à Comunidade, o Conselho, deliberando por unanimidade, sob proposta da Comissão e após consulta ao Parlamento Europeu”, pode tomar as medidas necessárias para combater a discriminação em razão da orientação sexual e para apoiar as ações que os Estados Membros desenvolvam para concretizar este objetivo.
- Artigo 21.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia solenemente proclamada pelo Parlamento Europeu, o Conselho e a Comissão a 7 de Dezembro de 2000 e integrada no Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa, assinado em Roma no dia 29 de Outubro de 2004 – “É proibida a discriminação em razão, designadamente, do sexo (...) ou orientação sexual”.

Quanto a este aspeto, cabe também fazer referência ao facto de, contrariamente ao que se poderia esperar, nem o artigo 14.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, nem o artigo 1.º do Protocolo n.º 12 a essa Convenção preverem uma cláusula expressa de proibição da discriminação em razão da orientação sexual. A explicação, dada pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa, no Relatório Explicativo do referido protocolo n.º 12, reside no facto de “essa inclusão [ter sido] considerada desnecessária do ponto de vista jurídico, atento o carácter não exaustivo dos factores de não discriminação e porque a inclusão de um particular factor adicional pode originar interpretações *a contrario* indesejadas no que concerne a outros factores não incluídos”⁶⁵.

De qualquer das formas, percebemos do que foi dito que, com o passar do tempo, os homossexuais foram deixando de ser vistos como criminosos e como doentes, passando a ser

⁶⁴ Acórdão n.º 274/2005, de 10 de Maio, apud BELEZA, TERESA PIZARRO, DE MELO, MARIA HELENA, *Discriminação e Contra-Discriminação em razão da orientação sexual no direito português*, Revista do Ministério Público, n.º 123, 2010.

⁶⁵ Apud TERESA PIZARRO BELEZA e MARIA HELENA DE MELO, «Discriminação e Contra-Discriminação em razão da orientação sexual no direito português».

reconhecidos como sujeitos normais, com uma orientação sexual “diferente”, e que foram vendo ser-lhes reconhecidos alguns direitos, durante bastante tempo negados, ainda que se reconheça o longo caminho que permanece por fazer.

Mas, vista a evolução das pessoas homossexuais enquanto sujeitos individuais, há ainda que prestar atenção à forma como elas têm ou não podido formar famílias.

Ora, como nos fomos apercebendo, a existência de homossexuais é reconhecida desde a Antiguidade Clássica, sendo vista, geralmente, como um distúrbio ou forma de delinquência, servindo esses pretextos para esconder a realidade: o prazer que tanto homens como mulheres tinham nas relações com parceiros do mesmo sexo.

Do mero prazer carnal, a sociedade foi assistindo, ainda que por vezes desagradada, ao progressivo aumento de número de pessoas que, assumindo a sua homossexualidade, se prontificaram a iniciar uma luta para viver de forma livre e em condições de igualdade em relação aos heterossexuais, o seu amor homossexual. Para essa luta contribuiu a criação de várias associações LGBT (lésbicas, gays, bissexuais e transgénero), que assim, em grupos organizados, acabam por mais eficazmente dar voz às pessoas com uma orientação sexual “diferente”. No nosso país, a ILGA - Portugal⁶⁶, a AMPLOS⁶⁷, a Opus Gay⁶⁸ e a Rede Ex Aequo⁶⁹ são exemplos de organizações que atuam ativamente na defesa dos direitos da minoria LGBT, através de ações que passam pelo atendimento ao público, pela organização de encontros e palestras e pela realização de festas onde o preconceito não existe, como a “Lesboa”, a “Porto Pride” e a “Marcha do Orgulho LGBT”.

Reconhecendo que ainda há um longo caminho pela frente no que diz respeito ao tratamento igual entre hétero e homossexuais, a verdade é que Portugal tem vindo, lentamente, a aceitar e a criar mecanismos de defesa para as famílias homossexuais (que assim se consideram e lutam para ser reconhecidas). Depois de a homossexualidade se ter tornado legal, em 1982, as Forças Armadas passaram a admitir o ingresso por homossexuais e bissexuais em 1999; em

⁶⁶ Fundada em 1995, é uma Instituição Particular de Solidariedade Social, de reconhecida utilidade pública, sob a forma de Associação de Solidariedade Social. É mais antiga associação de defesa dos direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais e Transgénero em Portugal, sendo totalmente apartidária e laica.

Tem por principal objetivo a integração social da população LGBT através de um programa alargado de apoio no âmbito social que garanta a melhoria da sua qualidade de vida, da luta contra a discriminação em função da orientação sexual e da identidade de género e da promoção da cidadania, dos Direitos Humanos e da igualdade de género. In <http://ilga-portugal.pt/actividades/centro-lgbt.php>, consultado em 06/05/2015.

⁶⁷ Associação de Mães e Pais pela Liberdade de Orientação Sexual. É a primeira associação portuguesa que visa mobilizar as famílias de pessoas com uma orientação sexual diferente a lutar pelos seus direitos. In <http://www.lgbt.pt/lgbt-portugal/>, consultado em 06/05/2015.

⁶⁸ Organização de carácter social cujo objetivo é promover a solidariedade entre todos os membros da comunidade LGBT portuguesa. Tem por objetivos o apoio e a defesa dos direitos humanos, a nível individual e coletivo, das minorias sexuais. In <http://www.lgbt.pt/lgbt-portugal/>, consultado em 06/05/2015.

⁶⁹ Associação LGBT portuguesa formada por jovens com idades entre os 16 e os 30 anos, cujo objetivo é apoiar e auxiliar a comunidade lésbica, gay, bissexual ou transgénero e informar relativamente a questões relacionadas com a orientação sexual ou identidade de género.

2001, passou a ser reconhecida a União de facto entre pessoas do mesmo sexo, e em 2003 passou-se a proteger a homossexualidade em termos laborais⁷⁰; em 2004, a Revisão Constitucional incluiu a orientação sexual no artigo 13.º da CRP, relativo ao Princípio da Igualdade, e em 2007, a revisão do Código Penal passou a prever também proteção à homossexualidade⁷¹; em 2009, o tema da homossexualidade foi introduzido no programa de Educação Sexual das escolas, e em 2010, através da aprovação da Lei 9/2010, de 31 de maio, tornou-se legal o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Ora, o direito a casar e a constituir família, previsto na CRP, tem sido, como já se percebeu, reivindicado pelas minorias LGBT desde há muito tempo. Desde os anos 80 do século XX, e até 2010, quando finalmente o direito de casar foi reconhecido aos casais do mesmo sexo, que essas pessoas admitiam sentir-se negativamente discriminadas em relação aos heterossexuais.

De forma a “minorar” as diferenças causadas pela permissão do casamento aos casais heterossexuais e a sua proibição aos casais homossexuais, a Lei 7/2001, de 11 de maio, veio, como já se referiu, proteger as uniões de facto, enquanto relação cujos intervenientes vivem em situação análoga à dos cônjuges, independentemente do sexo. Tendo em conta todas as dificuldades com que se deparavam para verem realizado o seu “direito a constituir família”, esta foi, podemos dizer, uma grande vitória para os casais do mesmo sexo.

Esta tendência para a proteção dos interesses e direitos dos casais do mesmo sexo, através da previsão da união de facto ou de institutos semelhantes revelou-se em Portugal e noutros países da Europa, dando conta de uma verdadeira mudança do pensamento a que se vinha assistindo, e nos termos do qual quem “queria ser diferente” o podia ser, desde que o fosse apenas na sua intimidade, sem demonstrações públicas de afeto ou da defesa dos seus ideais. No entanto, o paradigma tem vindo a mudar, e não só a união de facto como o próprio casamento entre pessoas do mesmo sexo, se tem tornado realidade em grande parte da Europa⁷². Vejamos alguns exemplos.

- Dinamarca – foi o primeiro país europeu a criar um instituto que permite a pessoas do mesmo sexo viver como verdadeiros casais. A lei das “parcerias de vida registadas”

⁷⁰ Código do trabalho, artigo 22.º, n.º2: “Nenhum trabalhador ou candidato a emprego pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito, ou isento de qualquer dever em razão, nomeadamente, de (...) orientação sexual (...)”; artigo 23.º, n.º1: “1. O empregador não pode praticar qualquer discriminação, directa ou indirecta, baseada, nomeadamente, na (...) orientação sexual (...)”, in <https://www.rea.pt/forum/index.php?topic=1299.0>, consultado em 06/05/2015.

⁷¹ A título de exemplo, o artigo 132.º, n.º2 (“homicídio qualificado”), passou a ter a seguinte redação: “É susceptível de revelar a especial censurabilidade ou perversidade a que se refere o número anterior, entre outras, a circunstância de o agente: f) Ser determinado por ódio racial, religioso, político ou gerado pela cor, origem étnica ou nacional, pelo sexo, pela orientação sexual ou pela identidade de género da vítima;”.

⁷² Assembleia da República – Divisão de Informação Legislativa e Parlamentar, *CASAMENTO E OUTRAS FORMAS DE VIDA EM COMUM ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO*, Lisboa, Maio de 2007, in http://www.asg-plp.org/upload/cadernos_tematicos/doc_132.pdf, consultado em 06/06/2015.

foi aprovada em outubro de 1989, e deu aos parceiros condições de vida semelhantes às dos cônjuges. Enquanto em Portugal a União de Facto não carece de nenhuma formalidade, as parcerias de vida registadas resultam da celebração de uma cerimónia civil, à qual se pode ou não seguir a sua bênção por parte de um padre. Apesar de ter sido pioneira nesta questão das uniões legais de casais do mesmo sexo, só em junho de 2012 é que a Dinamarca aprovou o casamento entre eles. Ainda assim, e desde que houvesse uma união legalmente reconhecida, desde cedo (1986), casais de homo/bissexuais podem co adotar, tendo o regime da adoção sido também aprovado, mesmo que numa estrutura de forte rigidez, em 2010.

- Holanda – o ordenamento jurídico prevê o “Cohabitation agreement” e a “Registered partnership”, funcionando o primeiro como um contrato ou a acordo de co-habitação, e a segunda como uma união de facto registada, para efeitos de validade e prova. Para além destes dois institutos, a Holanda foi o primeiro país europeu a consagrar o casamento entre pessoas do mesmo sexo e a adoção por estes casais, em abril de 2001.⁷³
- França – até à entrada em vigor da Lei n.º 99-944 de 15 novembro de 1999, o ordenamento jurídico francês previa o instituto do “concubinage”, como a relação com perspetiva de durabilidade e estabilidade entre duas pessoas de sexo diferente, que, apesar disso, não pretendessem casar. Com a aprovação da referida lei, sobre o Pacto Civil de Solidariedade (PACS), o concubinato passou a ser possível também para casais do mesmo sexo.⁷⁴ O casamento entre pessoas do mesmo sexo é legal desde 18 de maio de 2013⁷⁵, altura em que também se tornou legal a adoção por parte destes casais.
- Bélgica – desde 2000 que o ordenamento jurídico prevê a “coabitação legal” (1475.º Código Civil Belga) como a situação de vida em comum de duas pessoas que fazem a respetiva declaração de coabitação, não fazendo, portanto, distinção entre pessoas de sexo diferente ou não. A 13 de maio de 2003 aprovou-se a lei que alterou o artigo 143.º do Código Civil, passando a permitir o casamento entre duas pessoas do

⁷³ Idem.

⁷⁴ <http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/concubinage.php>, consultado em 06/06/2015.

⁷⁵ <http://www.esquerda.net/artigo/fran%C3%A7a-aprova-casamento-entre-pessoas-do-mesmo-sexo/27589>

<http://www.publico.pt/mundo/noticia/franca-aprovou-o-casamento-gay-1592249>, consultado em 06/06/2015.

mesmo sexo. Três anos depois, em 2006, tornou-se legal a adoção de crianças por pessoas do mesmo sexo.

- Espanha – São tantas as legislações autónomas sobre as uniões de facto que são permitidas como as comunidades autónomas que constituem o país. O certo é que, além desse instituto, a Lei nº 13/2005, de 1 de Julho, aprovou o casamento entre pessoas do mesmo sexo, tornando-se Espanha o quarto país do mundo a fazê-lo, depois da Holanda, Bélgica e Canadá⁷⁶. A 3 de julho de mesmo ano, entrou em vigor a lei que permite a adoção por casais do mesmo sexo, sem qualquer restrição, sendo Espanha o primeiro país no mundo a fazê-lo.
- Reino Unido – Em 2004, o “Civil Partnership Act” implementou o regime das Parcerias Cívicas, que permitiu aos casais do mesmo sexo obter essencialmente os mesmos direitos e responsabilidades já reconhecidos aos casais heterossexuais, casados civilmente. Em Inglaterra e no País de Gales o casamento entre pessoas do mesmo sexo só entrou em vigor a 13 de março de 2014, embora tenha sido aprovado em julho de 2013, e na Escócia em 16 de dezembro de 2014, depois de ter sido aprovado em fevereiro do mesmo ano.⁷⁷ A adoção tornou-se legalmente possível em Inglaterra e no País de Gales em 2005, e na Escócia em 2009.

Dos exemplos referidos, torna-se claro que a Europa assumiu há muito uma posição clara na defesa dos direitos das pessoas, independentemente da sua orientação sexual, nomeadamente ao nível do direito a casar e a constituir família. Muitos dos países consideram que o direito de casar é indissociável do direito a adotar, para os casais do mesmo sexo, pelo que vão aprovando as leis que os legalizam simultaneamente. Outros, mais conservadores, vão-se dando conta dessa indissociabilidade com o tempo, permitindo a adoção alguns anos depois da permissão do casamento. Portugal, no entanto, continua estagnado. Depois de ter legalizado o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, em 2010, continua sem lhes reconhecer o direito a constituir família através da adoção.

A 1 de fevereiro 2012, uma notícia da Lusa avançada pelo Diário de Notícias referia a proposta do Bloco de Esquerda para a adoção por casais homossexuais, enquanto resposta ao superior interesse das crianças, sublinhando que Portugal é o único país em que pessoas do mesmo sexo podem casar mas não adotar.

⁷⁶ http://www.dn.pt/inicio/interior.aspx?content_id=615033, consultado em 06/06/2015.

⁷⁷ https://en.wikipedia.org/wiki/Same-sex_marriage_in_the_United_Kingdom, consultado em 06/06/2015.

Entre avanços e recuos, volvidos 5 anos desde a legalização do casamento entre pessoas do mesmo sexo, e 3 desde a proposta do BE, a situação de Portugal mantém-se, mantendo-se também, no entanto, a luta para que esta se altere, e o direito a constituir família seja reconhecido a todos, na totalidade, e não a alguns só em parte.

2.3 A Lei n.º 9/2010, de 31 de maio – novas ideias, velhos preconceitos

Tal como acontece nalguns dos países referidos, e como também já se disse, Portugal, na senda da defesa dos direitos e interesses das pessoas com uma orientação sexual “diferente” aprovou, em 2001, a Lei de proteção da União de facto, abrindo esta possibilidade aos casais do mesmo sexo, e, em 2010, a lei que alterou o regime do casamento civil, tornando-o igualmente possível a esses casais.

Neste ponto precisamos ter em consideração, logo à partida, dois aspetos fundamentais: em primeiro lugar, nem num instituto nem no outro Portugal foi pioneiro na defesa dos interesses referidos; no entanto, teve pulso suficientemente forte para assumir que as minorias têm direitos que merecem ser protegidos, ainda que grande parte da doutrina e da população em geral não concordem com essa posição. Senão vejamos.

Relativamente à aprovação do casamento entre pessoas do mesmo sexo, ocorreu, no nosso país, em maio de 2010. Antes de Portugal, no entanto, já a Holanda (2001), a Bélgica (2003), o Canadá e a Espanha (2005), a África do Sul (2006), a Noruega e a Suécia (2009), o tinham feito. Posteriormente, outros países têm vindo a aprovar leis que legalizam esta união: a Argentina e a Islândia (2010), a Dinamarca (2012), o Brasil, a França, a Nova Zelândia e o Uruguai (2013), a Escócia, a Inglaterra, o Luxemburgo, a Finlândia e o País de Gales (2014), e a Irlanda e os Estados Unidos (2015).

Mas, voltemos ao caso de Portugal, que é o que aqui nos interessa.

Depois de, em 2001, se ter aprovado a Lei de proteção da União de Facto independentemente da orientação sexual dos unidos, a minoria LGBT continuou a querer e a lutar por mais: pelo direito a casar em condições de igualdade em relação aos heterossexuais. Aquando do Projeto de Revisão Constitucional n.º 10/VII, “Os Verdes” propuseram que o n.º 1 do artigo 36.º da CRP passasse a dispor que “todos têm o direito a constituir família e o direito de contrair casamento em condições de plena igualdade, de acordo com a sua livre opção”, na sequência da sua proposta de aditamento do critério “opção sexual” ao n.º 2 do artigo 13.º da Lei Fundamental; em setembro de 2014, a ILGA – Portugal lançou uma petição pelo reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo que, depois de assinada por mais de sete milhares de pessoas, foi entregue na Assembleia da República em fevereiro de 2006 e apreciada em Plenário a 10 de outubro de 2008; a 1 de fevereiro de 2006, Teresa Pires e Helena Paixão tentaram iniciar o processo para casamento na 7.ª Conservatória do Registo Civil de Lisboa, mas a pretensão foi negada, tanto pela Conservatória como pelo Tribunal Cível da Comarca de Lisboa, pelo Tribunal

da Relação de Lisboa e pelo Tribunal Constitucional. Em fevereiro e março de 2006, o Bloco de Esquerda e Os Verdes deram entrada na Assembleia da República de dois projetos de lei, nos termos dos quais pretendiam a abertura do casamento a pessoas do mesmo sexo. Submetidos a votação na generalidade em Plenário, ambos foram chumbados no dia 10 de outubro de 2008. Em fevereiro do mesmo ano, a Juventude Socialista apresentou um anteprojeto de lei que, contrariando as intenções do PS, preconizava o reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo⁷⁸. Depois disso, no XVI Congresso do Partido Socialista (em 2009), o então líder do partido, José Sócrates, apresentou uma moção pela remoção, na legislatura seguinte, “das barreiras jurídicas à realização do casamento entre pessoas do mesmo sexo”⁷⁹.

De facto, em 2010, a realidade jurídica e consequentemente social sobre as uniões civis entre pessoas do mesmo sexo, alterou-se. Mas porquê a demora?

Até 2010, o artigo 1577.º do Código Civil determinava que o “casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código”. Era clara a implicação legal de “duas pessoas de sexo diferente” para a celebração do casamento, excluindo-se a possibilidade da união entre dois homens ou entre duas mulheres, sancionando-se o casamento contraído nesses termos com a máxima das invalidades: a inexistência jurídica (artigo 1628.º, alínea e), CC, na redação do Decreto-Lei n.º 47344/66, de 25 de Novembro⁸⁰). No entanto, os entendimentos sobre a lei já na altura divergiam, e as principais posições sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo eram essencialmente três⁸¹:

- a) Uma alteração legislativa no sentido de legalizar o casamento entre pessoas do mesmo sexo seria inconstitucional. Num apelo claro à letra da lei e à conceção tradicional de família e de casamento, geralmente ligada à Igreja e à sua própria conceção de matrimónio, cujo fim é sempre a procriação e, como tal, só é possível entre duas pessoas de sexo diferente, a plena comunhão de vida só está ao alcance de casais heterossexuais. “Da própria garantia institucional do casamento resultam limites, como a proibição da poligamia ou de casamento entre pessoas do mesmo sexo (...) a Constituição não consagra um direito dos homossexuais a contraírem casamento. Pelo contrário (...) a

⁷⁸ DUARTE SANTOS, *O casamento entre pessoas do mesmo sexo: Uma perspectiva constitucional*, in <https://www.oa.pt/upl/%7B99291ed8-bd5c-4550-97dc-6c7ab0b7eedb%7D.pdf>, consultado em 18/11/2014.

⁷⁹ PS: *A Força da Mudança. Moção política de Orientação Nacional*, in www.ps.pt, apud DUARTE SANTOS.

⁸⁰ “É juridicamente inexistente: O casamento contraído por duas pessoas do mesmo sexo”.

⁸¹ Neste sentido, DUARTE SANTOS, *O casamento entre pessoas do mesmo sexo: Uma perspectiva constitucional* e JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENÇÃO, *O casamento de pessoas do mesmo sexo*, in <http://www.oa.pt/upl/%7Bcb64c0c1-71d7-49f1-abae-bb2ee9af4ca4%7D.pdf>, consultado em 18/11/2014.

Constituição impõe que sejam respeitados pelo legislador os princípios estruturantes do casamento na ordem jurídica portuguesa e, entre esses princípios, dificilmente se pode deixar de encontrar a exigência da diferença de sexo entre os dois cônjuges”⁸²

- b) O casamento entre pessoas do mesmo sexo seria uma exigência constitucional, sendo a sua proibição uma clara inconstitucionalidade. O direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo é um direito, liberdade e garantia, como resulta da conjugação do artigo 36.º, n.º 1, com o princípio da igualdade previsto no artigo 13.º, n.º 2, ambos da CRP. Para além de violar estas duas disposições constitucionais, a proibição do casamento entre pessoas do mesmo sexo constitui uma inconstitucionalidade por violar igualmente o direito ao desenvolvimento da personalidade (artigo 26.º, n.º 1, CRP) e o direito à reserva da vida privada (artigo 26.º, n.º 1, CRP). Apesar destas considerações, é também importante ter presente que o casamento é um laço que une duas pessoas adultas (geralmente) e conscientes daquilo que querem para si e para a sua vida; é um laço que tem por base sentimentos, afetos e a noção de compromissos, direitos e deveres recíprocos, aceites socialmente e aos quais são atribuídos efeitos jurídicos, e que não podem ser reconhecidos a apenas algumas pessoas, fundando-se essa distinção na sua orientação sexual.
- c) O alargamento do conceito de casamento a pessoas do mesmo sexo não seria regulado pela CRP, mas pelo legislador ordinário. Os defensores desta tese entendem que o casamento entre pessoas do mesmo sexo não está protegido pelo artigo 36.º, n.º, 1 CRP, mas que também não se pode considerar excluído da norma aí plasmada, cabendo ao legislador ordinário estender ou não o regime a esses casais. Nesse sentido, Vital Moreira afirma que “a recepção constitucional do conceito histórico de casamento como união entre duas pessoas de sexo diferente radicado intersubjectivamente na comunidade como instituição não permite retirar da Constituição um reconhecimento directo e obrigatório dos casamentos entre pessoas do mesmo sexo (como querem alguns a partir da nova redacção do art. 13.º, n.º 2), sem todavia proibir necessariamente o legislador de proceder ao seu reconhecimento ou à sua equiparação aos casamentos”⁸³. No mesmo sentido, o Tribunal da Relação de Lisboa, na decisão tomada sobre o recurso apresentado no caso Teresa e Helena supra mencionado, referiu que “ao autonomizar o casamento (...) o

⁸² JORGE MIRANDA E RUI MEDEIROS, Constituição Portuguesa Anotada cit., pp. 396 e 405, apud DUARTE SANTOS.

⁸³ Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I, 4.ª ed., Coimbra Editora, 2007, p. 568, apud DUARTE SANTOS, *O casamento entre pessoas do mesmo sexo: Uma perspectiva constitucional*.

legislador constitucional revelou implicitamente não ignorar as coordenadas estruturais delimitadoras do casamento na ordem jurídica portuguesa. (...) todavia (...) o legislador constitucional, ao relegar para o legislador ordinário (...) a regulamentação dos requisitos e dos efeitos, não fechou as portas às eventuais alterações que o legislador ordinário entendesse útil efectuar, em face das exigências decorrentes da própria transformação da sociedade portuguesa. Ora, uma coisa é a violação do princípio – o que não se verificou – coisa diversa é o legislador lançar mão do caminho que lhe foi deixado aberto”⁸⁴.

Apesar da flexibilidade jurídica e consequente insegurança que a permissão ao legislador ordinário para alargar ou restringir o conceito de casamento pudesse compreender, a verdade é que a última posição analisada foi a que reuniu maior número de apoiantes, pronunciando-se nesse sentido, entre outros, o Parlamento Europeu, em sucessivas resoluções, nas quais incentiva os Estados membros a reconhecerem o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e o *Praesidium* que elaborou a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia relativamente ao artigo 9.º da mesma⁸⁵.

Ora, várias recomendações, indicações, propostas e anteprojetos de lei, petições públicas e anos de reivindicação depois, Portugal legalizou, finalmente, o casamento entre pessoas do mesmo sexo em 2010, através da promulgação da Lei n.º 9/2010, de 31 de maio. Nos seus termos, passou a permitir-se o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, passando os artigos 1577.º, 1591.º e 1690.º do Código Civil, relativos ao regime do casamento, a ter a seguinte redação:

- 1577.º: “(...) Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código”.
- 1591.º: “(...) O contrato pelo qual, a título de esponsais, desposórios ou qualquer outro, duas pessoas se comprometem a contrair matrimónio não dá direito a exigir a celebração do casamento, nem a reclamar, na falta de cumprimento, outras indemnizações que não sejam as previstas no artigo 1594.º, mesmo quando resultantes de cláusula penal”.

⁸⁴ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 15 de fevereiro de 2007.

⁸⁵ “Artigo 9.º - Direito de contrair casamento e de constituir família

O direito de contrair casamento e o direito de constituir família são garantidos pelas legislações nacionais que regem o respectivo exercício.”

- 1690.º: “Qualquer dos cônjuges tem legitimidade para contrair dívidas sem o consentimento do outro”.

Promulgada a lei, Helena Paixão e Teresa Pires casaram na semana seguinte, a 7 de junho de 2010, tornando-se as primeiras mulheres lésbicas portuguesas a contrair casamento legalmente em Portugal. Depois delas, vários foram os casais que lhes seguiram o exemplo. Numa notícia avançada pela TSF⁸⁶, nos primeiros seis meses de vigência da lei 9/2010, de 31 de maio, foram celebrados 172 casamentos entre pessoas do mesmo sexo, sendo a maioria entre homens. Com o passar do tempo, o número de casamentos realizados tende a diminuir, acontecendo o mesmo com os casamentos entre pessoas de sexo diferente. E na realidade, tal não pode ser visto como um “desrespeito” por parte dos homossexuais em relação à legalização do seu casamento. A questão é que o casamento, como já vimos, é um contrato; a sua celebração ou não é uma decisão das partes, sendo que a lei nem as obriga a casar, nem a não casar. Quando se reconheceu aos casais do mesmo sexo o direito a casar, reconheceu-se-lhes o mesmo direito – ou quase, como veremos – que aos de sexo diferente. E como tal, se ninguém põe em causa o casamento dito “normal” por haver cada vez menos casais “normais” a casar, também não se pode por em causa o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Vivem todos na mesma sociedade, dependem e são governados pelo mesmo Estado, enfrentam as mesmas dificuldades, e portanto devem todos ser vistos da mesma forma, e ser igualmente respeitados.

Vista que está a questão do que a Lei n.º 9/2010, de 31 de maio, trouxe de novo, resta fazer uma breve referência às questões do passado que permanecem por resolver.

Contrariamente ao que sucedeu com todos os outros países que aprovaram o casamento entre pessoas do mesmo sexo e, em simultâneo, lhes deram a possibilidade de recorrer ao regime da adoção para formarem condignamente as suas famílias e, dessa forma, verem reconhecido o seu direito à família na sua plenitude, Portugal continua a ser, como já se referiu, o único país onde se permite o casamento entre homossexuais mas a adoção lhes continua vedada.

Isto, aliás, ficou plasmado na Lei n.º 9/2010, de 31 de maio. Dispõe o seu artigo 3.º, relativo à adoção:

“1 - As alterações introduzidas pela presente lei não implicam a admissibilidade legal da adopção, em qualquer das suas modalidades, por pessoas casadas com cônjuge do mesmo sexo.

⁸⁶ http://www.tsf.pt/PaginalInicial/Vida/Interior.aspx?content_id=1724668, consultado em 03/06/2015.

2 - Nenhuma disposição legal em matéria de adopção pode ser interpretada em sentido contrário ao disposto no número anterior”.

Dispõe a CRP, no seu artigo 36.º, n.º1, aqui já referido inúmeras vezes, que “todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade”. Seria de pensar, tendo em conta o exemplo dos países que deixaram o conservadorismo para trás, que depois de tantos anos de luta, os representantes do povo, pelo povo eleitos, seriam capazes de reconhecer aos casais do mesmo sexo, não só o direito a casar, mas o direito a constituir família que, como diz a Lei Fundamental, é um direito inerente a todos, em condições de plena igualdade. No entanto, tal não aconteceu. Pelo contrário: a lei que reconhece parte do direito à família, através da legalização do casamento homossexual, nega a outra parte, ao plasmar a proibição do recurso à adoção aos casais homossexuais.

E não se pode dizer que a luta por mais este passo seja recente: basta pensarmos apenas naquela que se agudizou em 2010, após a aprovação da lei do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Foram já quatro as propostas pela legalização da adoção levadas à Assembleia da República, todas elas chumbadas. Em janeiro deste ano, projetos de lei foram apresentados pelo PS, pelo Bloco de Esquerda e pel’ Os Verdes, tendo a proposta do PS conseguido o resultado mais positivo de sempre nesta matéria, uma vez que apenas 28 votos separaram a vitória do “não”, do “sim”⁸⁷. Sendo este um dos temas em voga nas discussões do parlamento, dependente em primeira mão, parece-me, de uma mudança de mentalidade por parte da maioria, continua a assistir-se ao insistente e persistente voto a favor do Bloco de Esquerda, d’ Os Verdes e do PCP, e ao igualmente persistente voto contra do PSD.

Portugal continua, assim, a reconhecer apenas “meios direitos” às pessoas com uma orientação sexual “diferente”, que, bem analisados os factos, não é assim tão diferente, tendo em conta o número crescente de homossexuais assumidos. Por outro lado, quem se torna verdadeiramente diferente dos demais países é Portugal, que continua a ser o único a proibir a adoção por pessoas do mesmo sexo, depois de ter legalizado o casamento entre elas.

Atualmente, a forma mais eficaz de ter algo parecido com uma família em que existam filhos é através do recurso ao instituto do Apadrinhamento civil, em que as crianças cujos pais não têm condições para os manter junto de si podem ser apadrinhadas por qualquer pessoa ou casal, hétero ou homossexual, sendo que tal vínculo não corta as relações entre os menores e as famílias biológicas, nem atribui aos padrinhos os poderes-deveres dos pais: tratam das crianças como se

⁸⁷<http://observador.pt/2015/01/22/40-parlamento-favor-da-adocao-por-casais-homossexuais/>, consultado em 03/06/2015.

fossem suas, exercem as responsabilidades parentais, mas não se tornam seus pais, como acontece com a adoção.

Depois de chumbadas as propostas referidas ao longo dos últimos quatro anos, esperam-se novas discussões na próxima legislatura, não só quanto à adoção plena por casais do mesmo sexo, como em relação ao regime da coadoção que, em 2013, numa proposta do PS, chegou a ser aprovada na generalidade, tendo sido chumbada na especialidade.⁸⁸

⁸⁸ <http://observador.pt/2015/01/11/ps-desiste-da-co-adocao-gay-e-avanca-com-projeto-sobre-adocao-plena/>, consultado em 03/06/2015.

III. A ADOÇÃO POR CASAIS HOMOSSEXUAIS

3.1 Dados relevantes sobre a institucionalização de menores

“Um total de 8.470 crianças e jovens estavam, em 2014, em instituições de acolhimento, segundo um relatório do Instituto de Segurança Social.

O relatório de Caracterização Anual da Situação de Acolhimento de Crianças e Jovens CASA 2014 foi esta quarta-feira entregue no parlamento, num encontro entre o ministro da Solidariedade, Emprego e Segurança Social e a presidente da Assembleia da República.

Em 2013 estavam em situação de acolhimento 8.445 crianças e jovens.

De acordo com documento síntese do relatório, 2.143 crianças e jovens entraram no sistema de acolhimento em 2014 e outras 2.433 que se encontravam no sistema regressaram às suas famílias, autonomizaram-se ou foram adotadas.

Nos jovens com mais de 18 anos que deixam as instituições a grande maioria continua com a medida de proteção/accompanhamento no seu projeto de vida.

Dos 2.433 menores que deixaram de estar no sistema de acolhimento (lares de infância e juventude), um terço permaneceu menos de um ano.

O Instituto de Segurança Social destaca ainda como indicador importante o facto da permanência em acolhimento ter sido reduzida para as crianças entre os 0 e os 3 anos (183 casos, sendo que a maioria tem como projeto de vida a adoção).

Por outro lado, o mesmo documento destaca um aumento de 10 por cento na identificação de jovens com características particulares designadamente: problemas de comportamento (2.164 casos), deficiência mental ou debilidade mental.

Em 2014, um total de 3.922 menores em acolhimento foram acompanhados em pedopsiquiatria ou psicoterapia.

Há ainda registo de um decréscimo em seis por cento do insucesso escolar na faixa etária dos 10-11 anos e 17 por cento entre os 12 e os 14 anos, revela a síntese da Lusa.

O documento síntese revela ainda que relativamente à situação de perigo que levou ao acolhimento de crianças e jovens a que mais se destaca é a falta de supervisão e de acompanhamento familiar, mantendo a tendência de anos anteriores.

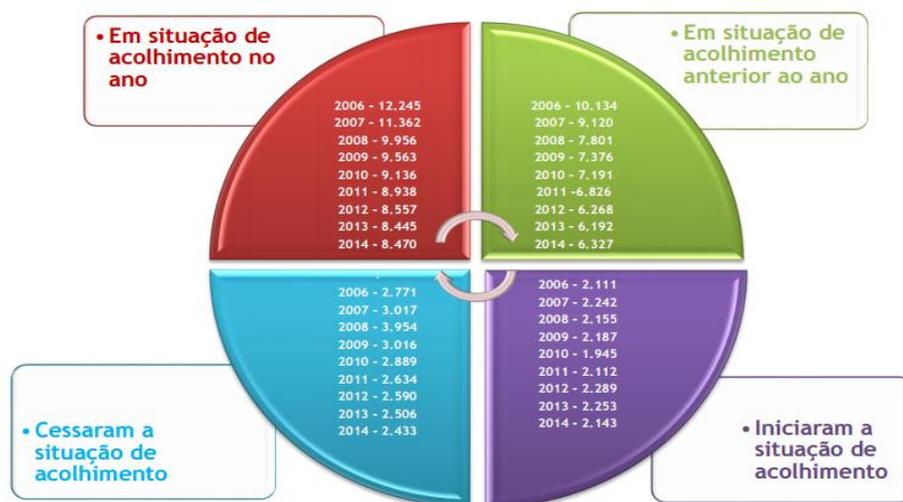
Na entrega do relatório CASA, o ministro da Solidariedade, Emprego e Segurança Social anunciou que a monitorização da situação dos menores em acolhimento em Portugal deve evoluir para um sistema de informação integrado que informe, a todo o tempo, da evolução do seu projeto de vida.

Este sistema integrado deverá interagir, segundo o ministro, com o sistema das Comissões de Proteção de Crianças e Jovens e da Assessoria Técnica aos Tribunais.

Neste âmbito, adiantou, passará a ser obrigatório o registo das frequências destes menores acolhidos, quer nas respostas sociais do sistema de segurança social, quer nos colégios de ensino especial e comunidades terapêuticas, permitindo assim o registo de informação mais qualitativa.”⁸⁹

Numa notícia avançada pelo Jornal Público em outubro de 2014⁹⁰, podia ler-se que em 2013, das 8500 crianças retiradas às suas famílias, 8142 estavam institucionalizadas, conforme dados do CASA 2013. Quer isto dizer que, no espaço de um ano, houve mais 328 crianças a deixar os seus núcleos familiares, por motivos que com toda a certeza o justificaram, mas que passaram a viver em instituições de acolhimento.

Dados comparativos nos anos de 2006 a 2014



Não se pretende, com o presente, desprezar o papel desempenhado pelas instituições que, dia após dia, acolhem e dão o melhor de si às crianças que, fora desses locais, estariam perdidas.

⁸⁹ Notícia TVI de 15 de abril de 2015, in <http://www.tvi24.iol.pt/sociedade/elatorio-de-caracterizacao-anual-da-situacao-de-acolhimento-de-criancas-e-jovens-casa-2014/8500-criancas-institucionalizadas-em-portugal>, consultado em 01/07/2015.

⁹⁰ <http://www.publico.pt/sociedade/noticia/necessidade-de-encontrar-alternativas-a-institucionalizacao-das-criancas-debatida-numa-conferencia-em-lisboa-1673639>, consultado em 01/07/2015.

No entanto, não se pode negar, como afirma o juiz Joaquim Manuel Silva, do Tribunal da Comarca de Lisboa Oeste, em Sintra⁹¹, que se multiplicam “as perdas numa instituição: ora estão de serviço uns técnicos e auxiliares, ora outros; ora entram crianças e jovens, ora saem — uns mudam de sítio, outros regressam às famílias de origem, outros são adoptados. E tudo isso vai alimentando insegurança, privando de vínculos, inibindo de explorar o mundo”.

Em 2014, por ocasião da celebração do 25.º aniversário da Convenção sobre os Direitos da Criança, numa conferência subordinada ao tema “Os direitos da criança – Prioridade para quando?”, que decorreu em Lisboa e juntou especialistas das mais variadas áreas, Manuel Araújo, fundador e presidente da associação *Mundos de Vida*, afirmou que “às vezes é preciso intervir no superior interesse da criança, mas o superior interesse da criança não é a institucionalização”⁹². Muito pelo contrário, como afirma Paulo Delgado, professor do Instituto Politécnico do Porto que se tem dedicado a ao estudo das medidas de proteção de crianças e jovens em perigo: “Há evidência científica de que o contexto familiar é o mais adequado para uma criança ou jovem se desenvolver. Desde logo pela possibilidade de ter uma resposta mais individualizada, mais próxima, com mais hipótese de estabelecer laços, relações afectivas.”⁹³

Acontece, porém, que nem sempre a família é o lugar que devia ser; nem sempre é o espaço de afetos, de carinho, de cuidado e de desenvolvimento que idealmente devia ser. E, nessas situações, quando a criança se encontra em situação de perigo, nos termos da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo (Lei n.º 147/99, de 1 de setembro), merece que lhe seja garantido o seu bem-estar e desenvolvimento integral.

De acordo com o disposto no artigo 3.º, n.º1, do referido diploma, a intervenção para a promoção dos direitos e para a proteção da criança ou jovem em perigo tem lugar quando os pais, tutores ou representantes legais ponham em perigo a sua segurança, saúde, formação, educação ou desenvolvimento ou, quando não sendo eles a pôr algum destes aspetos em causa, não sejam capazes de afastar a criança ou o jovem de quem o faz.

Nos termos do n.º 2 do referido artigo, “considera-se que a criança ou o jovem está em perigo quando, designadamente, se encontra numa das seguintes situações:

- a) Está abandonada ou vive entregue a si própria;

⁹¹ In <https://criancasatortoeadireitos.wordpress.com/tag/instituto-de-seguranca-social-iss/>, consultado em 01/07/2015.

⁹² <http://www.publico.pt/sociedade/noticia/necessidade-de-encontrar-alternativas-a-institucionalizacao-das-criancas-debatida-numa-conferencia-em-lisboa-1673639>, consultado em 01/07/2015.

⁹³ *Ibidem*.

- b) Sofre maus tratos físicos ou psíquicos ou é vítima de abusos sexuais;
- c) Não recebe os cuidados ou a afeição adequados à sua idade e situação pessoal;
- d) É obrigada a actividades ou trabalhos excessivos ou inadequados à sua idade, dignidade e situação pessoal ou prejudiciais à sua formação ou desenvolvimento;
- e) Está sujeita, de forma directa ou indirecta, a comportamentos que afectem gravemente a sua segurança ou o seu equilíbrio emocional;
- f) Assume comportamentos ou se entrega a actividades ou consumos que afectem gravemente a sua saúde, segurança, formação, educação ou desenvolvimento sem que os pais, o representante legal ou quem tenha a guarda de facto se lhes oponham de modo adequado a remover essa situação”.

Ou seja, com base nos números apresentados e na informação legal referida, conclui-se em 2014, eram mais de 8000 as crianças que, retiradas às suas famílias por estarem numa das situações vistas, foram entregues aos cuidados de instituições de acolhimento de menores, embora esta medida seja, de entre as medidas de promoção e proteção (artigo 34.º da Lei n.º 147/99, de 1 de setembro), uma das últimas a que se deve recorrer⁹⁴.

O alarme despoletado pelo crescente número de crianças institucionalizadas e para os efeitos menos positivos da institucionalização conduziu à aprovação, pela Assembleia da República, da alteração do regime para crianças até aos 6 anos de idade que deverão, em breve, quando não lhes for possível ficar com a família, ser entregues a famílias de acolhimento, e não a instituições. Mas a alteração não será fácil, num país onde a tendência é, claramente, a institucionalização: de acordo com o CASA 2014, as famílias respondem por 4,5% das crianças em situação de acolhimento; os lares de infância e juventude e os centros de acolhimento por 88%⁹⁵.

Conforme é dito na referida notícia, “visto à lupa, no ano passado havia 5388 crianças e jovens em lares de infância e juventude, 2062 em centros de acolhimento temporário, 341 em famílias de acolhimento, 208 em comunidades terapêuticas, 93 em centros de apoio à vida, 84 em colégios de ensino especial, 92 em lares residenciais, 59 em lares de apoio, 55 em acolhimento de emergência, 42 em comunidades de inserção e 46 em apartamentos de autonomização. Só 13% das crianças em situação de acolhimento tinham menos de seis anos”⁹⁶.

⁹⁴ Como concordaram os especialistas reunidos na conferência subordinada ao tema “Os direitos da criança – Prioridade para quando?”, por ocasião dos 25 anos da Convenção sobre os Direitos da Criança, a institucionalização é sempre uma medida de último recurso, ainda que se reconheça que uma boa instituição é melhor que uma má família.

⁹⁵ Op. Cit. p. 62.

⁹⁶ <https://criancasatoroeadireitos.wordpress.com/tag/instituto-de-seguranca-social-iss/>, consultado em 06/07/2015.

Claro está que a proposta que partiu da equipa que coordenou o debate em torno da revisão da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, liderada pelo Procurador Maia Neto, e que foi aprovada pela Assembleia da República com os votos a favor PSD e do PP não foi uma invenção nacional. Foi antes o resultado dos consecutivos reparos por parte do Comité que acompanha a aplicação da Convenção sobre os Direitos da Criança, por Portugal ser um dos países ocidentais com maior número de crianças institucionalizadas. Enquanto cá apenas 4,5% das crianças são acolhidas em família, essa percentagem dispara para os 30% em Espanha, 66% em França e 77% no Reino Unido.

Mas, independentemente das figuras de que se possa lançar mão para tentar diminuir a institucionalização em lares de infância, como o acolhimento em famílias, a verdade é que esta solução requer sempre um apoio financeiro da parte do Estado, o que pode justificar, em grande parte, o diminuto número de famílias que se dispõem a fazer parte deste grupo⁹⁷.

Por outro lado, é inegável – e é aqui que reside o cerne da questão em análise – que uma das formas de diminuir o número de crianças institucionalizadas é encontrar e agilizar meios para que, não sendo de todo possível reintegrá-las nas suas famílias biológicas, possam ser adotadas por pessoas capazes e desejosas de formar família, quando tal não lhes é, por si mesmas, possível. Como veremos de seguida, quando se analisar o regime jurídico da adoção, serão perceptíveis as dificuldades do processo e o porquê dessa solução não ser tão eficaz quanto poderia ser. Afinal, algum motivo tem de justificar o facto de, já em 2013 (de acordo com a notícia avançada no Boletim da Ordem dos Advogados, de março desse ano), serem mais de 1500 as crianças e jovens institucionalizados que estavam em condições legais de serem adotados, sem o conseguirem ser.

No texto da mesma notícia pode ler-se que “entre as crianças e jovens que aguardam, o maior grupo corresponde a 291 processos que não encontram candidatos à adoção. Outros 257 têm a adoção decidida mas ainda não foi aplicada qualquer medida para a concretizar. E mais de uma centena (150) esperam há um ano pela decisão judicial. (...) O tempo é sempre um problema nas adoções de crianças e jovens em situação de acolhimento (...) e os mais velhos têm menos hipóteses de sucesso. Existem crianças que esperam longamente. De acordo com os números divulgados, embora a maioria espere entre um e dois anos pelo finalizar do processo, grande parte

⁹⁷ Segundo o CASA 2014, Portugal dispõe, atualmente de 275 famílias e acolhimento. In <https://criancasatoroeadireitos.wordpress.com/2015/07/04/familia-de-acolhimento-em-vez-de-lar-de-infancia/>, consultado em 06/07/2015.

aguarda por um período que vai dos três aos dez anos (27 crianças e jovens estão a aguardar há mais de dez anos).

O relatório refere que dos 1582 menores que se encontravam em acolhimento institucional ou familiar e que estavam em situação de adotabilidade em 2012, 652 (41,2%) tinham um projeto de adoção definido por técnicos e 487 (30,7%) eram abrangidos por medidas de promoção e proteção determinadas pelo tribunal com vista à adoção.

O documento – síntese realça a redução, “embora ligeira” do número de crianças e jovens com projeto de adoção, redução essa proporcional ao número de menores com medidas de promoção e proteção ou integradas em famílias adotantes”⁹⁸.

⁹⁸ Boletim da Ordem dos Advogados, n.º 100, março de 2013, p. 12.

3.2 O Regime Jurídico da Adoção

Como se referiu no início do capítulo anterior, a adoção é uma das fontes das relações familiares, nos termos do artigo 1576.º CC. De acordo com o artigo 1586.º, constitui o vínculo que, à semelhança da filiação natural, mas independentemente dos laços do sangue, se estabelece legalmente entre duas pessoas nos termos dos artigos 1973.º e seguintes, visando o superior interesse da criança. O reconhecimento da adoção como fonte de relações jurídicas familiares nos termos referidos é uma das mais importantes inovações do atual Código Civil e constitui a retoma de uma tradição legal interrompida pelo Código de Seabra⁹⁹.

Entre a entrada em vigor do atual CC, em 1967, e a reforma de 1977, a aplicação restrita do instituto da adoção apresentou algumas limitações, tendo em conta as transformações sociopolíticas vividas ao longo daquela década. Por esse motivo, a partir de 1 de abril 1978 (data de entrada em vigor da reforma introduzida pelo DL n.º 496/77, de 15 de novembro), procedeu-se a uma verdadeira valorização do referido instituto e¹⁰⁰:

- Alargou-se o campo de aplicação da adoção plena aos casados há mais de cinco anos não separados judicialmente;
- Deixou de se fazer a exigência da não existência de filhos dos adotantes;
- Passou a permitir-se a adoção plena mesmo a pessoa não casada;
- No que concerne aos adotados, aceitou-se que a adoção não se limitasse aos filhos do cônjuge do adotante ou de pais incógnitos ou falecidos, mas que abrangesse também os menores judicialmente declarados abandonados e, em geral, os que há mais de um ano residissem com o adotante e estivessem a seu cargo.
- Criou-se e regulamentou-se a declaração judicial do estado de abandono que leva à dispensa do consentimento dos pais biológicos nos casos em que, por decisão judicial, é reconhecido o comprometimento da subsistência dos vínculos próprios da filiação;
- Inseriu-se no Código Civil a obrigatoriedade de se proceder à realização de um inquérito.

O instituto da adoção, como tantos outros, carece de um estudo contínuo e de alterações constantes, que acompanhem a realidade e as necessidades da sociedade, criando novas formas de ir de encontro da realização dos direitos fundamentais de todos. No caso concreto da família,

⁹⁹ http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=553&tabela=leis, consultado em 13/01/2015.

¹⁰⁰ Idem.

são princípios constitucionais o direito de constituir família e a atribuição aos pais do poder dever de educação aos filhos, ou não fosse a família, conforme a Recomendação n.º 1074 do Conselho da Europa, o “lugar onde as relações familiares são mais densas e ricas, o lugar por excelência para a educação das crianças”¹⁰¹. É tendo em atenção estas disposições, e outras como a Convenção sobre os Direitos da Criança, por exemplo, que se percebe a necessidade de os Estados assegurarem às crianças privadas de meios familiares normais um meio de proteção alternativa que, preenchidos determinados requisitos, pode consistir, como vimos, na adoção. A perceção da existência de falhas ou de aspetos que podem ser melhorados neste processo conduz a alterações legislativas, como é o caso da operada pela Lei n.º 143/2015, de 8 de setembro, com entrada em vigor em dezembro de 2015. Além de alterar os artigos 1973.º, 1975.º, 1976.º, 1978.º a 1983.º e 1986.º a 1990.º do CC e o artigo 69.º do CRC, esta lei aprova também o Regime Jurídico do Processo de Adoção (RJPA).

Relativamente às alterações verificadas no Código Civil e no Código do Registo Civil, elas reportam-se essencialmente a duas questões: à correção da nomenclatura e à adoção de diretrizes mais objetivas ou exigentes para o processo. Neste sentido, nos artigos referidos como alterados, o termo “criança” substituí o termo “menor”, e o “exercício do poder paternal” passa, finalmente, a “exercício das responsabilidades parentais”. Por outro lado, os artigos que antes faziam referência à distinção entre a adoção plena e a restrita (como o artigo 1987.º do CC – “Estabelecimento e prova da filiação natural” – que antes referia especificamente a condição da adoção plena), agora referem apenas “a adoção”. Por fim, o artigo 1981.º, CC, passa a exigir o consentimento para adoção por parte dos adotantes, nos termos do artigo 1983.º, o consentimento deixa de estar sujeito a caducidade, passando o anterior prazo de três anos a dar lugar a iniciativas processuais cíveis ou de proteção promovidas pelo Ministério Público e nos termos do artigo 1990.º, a sentença que tiver decretado a adoção é suscetível de revisão nos casos especificados, sem prejuízo da sua impugnação através de recurso extraordinário de revisão, previsto na lei processual civil.

Quanto ao Regime Jurídico do Processo de Adoção, temos uma série de definições e considerações que o clarificam e objetivam, nomeadamente ao nível das entidades competentes em matéria de adoção (organismos de Segurança Social – Instituto da Segurança Social, I. P., Instituto da Segurança Social dos Açores, I. P. R. A., Instituto da Segurança Social da Madeira, IP-RAM, e Santa Casa da Misericórdia -, Autoridade Central para a Adoção Internacional, Ministério

¹⁰¹ Idem.

Público e Tribunais), cada uma delas com competências distintas e perfeitamente definidas nos artigos 8.º, 15.º, 27.º e 29.º, RJPA, e dos princípios que a orientam (Interesse superior da criança, obrigatoriedade de informação, audiência obrigatória, participação, cooperação e primado da continuação das relações psicológicas profundas).

Relativamente à tramitação do processo de adoção propriamente dito, ele é constituído por três fases: fase preparatória, fase de ajustamento entre crianças e candidatos e fase final. A primeira (41.º a 47.º, RJPA), integra o estudo de caracterização de crianças com decisão de adotabilidade e a preparação, avaliação e seleção de candidatos a adotantes, por parte dos organismos da segurança social e das instituições particulares autorizadas. A segunda (48.º a 51.º, RJPA), desenvolvida pelas mesmas entidades que a primeira, permite aferir da correspondência entre as necessidades das crianças e as competências dos candidatos, organizar o período de transição e acompanhar e avaliar o período de pré-adoção. E por fim, a terceira fase (52.º a 59.º RJPA) integra a tramitação judicial do processo que culmina com a sentença que decide a constituição do vínculo da adoção.

Posta esta breve introdução à nova lei, passemos então à análise do atual regime jurídico do processo da adoção, com alusão às alterações prestes a entrar em vigor, num paralelo entre o disposto na lei e o praticado pelo Instituto da Segurança Social¹⁰².

De acordo com o ISS, a adoção é um processo gradual que permite a uma pessoa ou a um casal criar um vínculo de filiação com uma criança. Esse vínculo constitui-se através de uma sentença judicial, existindo, para tal, um processo instruído com um inquérito nomeadamente sobre a personalidade e a saúde do adotante e do adotando, a idoneidade do adotante para criar e educar o adotando, a situação familiar e económica do adotante e as razões determinantes do pedido de adoção. Depois de um período de convivência entre os adotantes e o adotando, acompanhado pelos serviços de adoção para que verifiquem a criação de laços afetivos e a integração do menor na família, é requerido ao Tribunal que, através de sentença, estabeleça de forma definitiva a relação de filiação.

Para poder ser decretada, a adoção tem de apresentar reais vantagens para o adotando (já que o seu fim último é o superior 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 ao da filiação.

¹⁰² *Guia Prático – Adoção*, Instituto da Segurança Social, I.P..

Relativamente às espécies, a adoção pode ser plena ou restrita¹⁰³, consoante a extensão dos seus efeitos; a primeira não pode ser revogada, porque é definitiva, e a segunda tanto pode ser revogada, nalgumas situações, como pode ser convertida, se preenchidos os requisitos, em plena, noutras. Vejamos.

- ✚ Adoção plena: o adotado adquire a situação de filho do adotante e integra-se na família deste, cortando, para tal, todos os laços com a sua família biológica¹⁰⁴. Consequentemente perde os seus apelidos de origem e adquire os do adotante, podendo ainda, a pedido deste e por decisão do tribunal, mudar o nome próprio, se tal alteração salvaguardar o seu direito à identidade pessoal e favorecer a integração na nova família¹⁰⁵.

Quem pode adotar plenamente¹⁰⁶?

- Duas pessoas casadas há mais de quatro anos e não separadas judicialmente de pessoas e bens ou de facto, se ambas tiverem mais de 25 anos;
- Quem tiver mais de 30 anos ou, se o adotando for filho do cônjuge do adotante, mais de 25 anos;
- Só pode adotar plenamente quem não tiver mais de 60 anos à data em que o menor lhe tenha sido confiado.

Quem pode ser adotado plenamente¹⁰⁷?

- Podem ser adotadas crianças e jovens, em algumas situações, através de uma confiança administrativa, aplicada pela Segurança Social ou, na maior parte dos casos, através de confiança judicial ou medida aplicada no âmbito de um processo de promoção dos direitos e proteção da criança, aplicada pelo Tribunal. Podem igualmente ser adotados os filhos do cônjuge do adotante, desde que, à data da petição judicial de adoção tenham menos de 15 ou de 18 anos e não se encontre emancipados

¹⁰³ Com as alterações introduzidas pela Lei n.º 143/2015, de 8 de setembro, é revogado o artigo 1977.º, CC, que distinguia a adoção plena da restrita, pelo que esta distinção deixa de ser feita. Pelo mesmo motivo, os artigos do CC que antes faziam referência a “adoção plena”, passam agora, como já referido, a aludir apenas à “adoção”.

¹⁰⁴ No caso de um dos cônjuges adotar o filho do outro, as relações entre o adotado e o cônjuge do adotante e respetivos parentes mantêm-se (1986.º, n.º2 CC). Depois de decretada a adoção plena, não é possível estabelecer a filiação natural do adotado nem fazer a prova dessa filiação fora do processo preliminar de casamento (1987.º, CC).

¹⁰⁵ Artigos 1986.º a 1988.º, CC.

¹⁰⁶ Artigo 1979.º, CC.

¹⁰⁷ Artigo 1980.º, CC.

quando, desde idade não superior a 15 anos, tenham sido confiados aos adotantes ou a um deles ou quando for filho do cônjuge do adotante.

Nos termos do artigo 1981.º CC, para haver adoção é necessário haver o consentimento do adotando maior de 12 anos; do cônjuge do adotante não separado judicialmente de pessoas e bens; dos pais do adotando, ainda que menores e mesmo que não exerçam as responsabilidades parentais, desde que não tenha havido confiança judicial nem medida de promoção e proteção de confiança a pessoa ou a instituição com vista a futura adoção; do ascendente, do colateral até ao 3.º grau ou do tutor, quando, tendo falecido os pais do adotando, tenha este a seu cargo e com ele viva¹⁰⁸. O consentimento¹⁰⁹ reporta-se à adoção plena, é prestado perante o juiz, que deve esclarecer quem o presta sobre o seu real significado e caduca se, passados três anos, o menor não tiver sido adotado nem confiado mediante confiança administrativa, confiança judicial ou medida de promoção e proteção de confiança a pessoa ou a instituição com vista a futura adoção.

Tendo em conta o corte definitivo dos laços entre o adotado e a sua família biológica, a identidade dos adotantes não pode ser revelada aos pais do menor, a não ser que aqueles não se oponham à revelação; por outro lado, os pais do adotado podem opor-se, mediante declaração expressa, a que a sua identidade seja revelada aos adotantes.

Relativamente à revisão da sentença que decreta a adoção¹¹⁰, só pode ocorrer nas situações especificadas no artigo 1990.º (e nos prazos do artigo 1991.º), a não ser que os interesses do adotado possam ser consideravelmente afetados, salvo se razões invocadas pelo adotante imperiosamente o exigirem (e, nestes casos, a revisão não é concedida).

 Adoção restrita: salvo algumas exceções, o adotado mantém os laços e todos os direitos e deveres em relação à família natural, o que significa, por um lado, que mesmo que o adotado adquira apelidos do adotante, mantém os apelidos da família

¹⁰⁸ Com as alterações introduzidas pela Lei n.º 143/2015, de 8 de setembro, o artigo 1981.º CC, passa a exigir também o consentimento dos adotantes.

¹⁰⁹ Nos termos dos artigos 1982.º e 1983.º CC, alterados pela Lei n.º 143/2015, de 8 de setembro, o consentimento reporta-se à adoção, é irrevogável e não está sujeito à caducidade. Se no prazo de três anos, após prestado o consentimento, a criança não tiver sido adotada nem lhe tenha sido aplicada nenhuma medida de promoção e proteção de confiança com vista a futura adoção, o Ministério Público promove as iniciativas processuais cíveis ou de proteção adequadas ao caso.

¹¹⁰ De acordo com as alterações introduzidas pela Lei n.º 143/2015, de 8 de setembro, a revisão da sentença não prejudica a possibilidade da sua impugnação através de recurso extraordinário de revisão previsto na lei processual civil.

biológica, e, por outro, que o adotado, ou seus descendentes e os parentes do adotante não são herdeiros legítimos ou legitimários uns dos outros, nem ficam reciprocamente vinculados à prestação de alimentos¹¹¹. Contrariamente ao que acontece na adoção plena, a adoção restrita é revogável¹¹²:

- a) a requerimento do adotante ou do adotado, quando se verifique alguma das ocorrências que justificam a deserção dos herdeiros legitimários.
- b) a pedido dos pais naturais, do Ministério Público ou da pessoa a cujo cuidado estava o adotado antes da adoção, sendo ele menor e deixando o adotante de cumprir os deveres inerentes ao exercício das responsabilidades parentais ou deixando a adoção, por qualquer causa, de ser conveniente para a educação ou os interesses do adotado.

Como também já foi referido, para além de revogável, a adoção restrita pode, a todo o tempo, ser convertida em adoção plena, a requerimento dos adotantes e desde que estejam preenchidos os requisitos legais para tal.

Quem pode adotar restritamente¹¹³?

- Quem tiver mais de 25 anos;
- Quem não tiver mais de 60 anos à data em que o menor lhe tenha sido confiado, salvo se o adotando for filho do cônjuge do adotante.

Quem pode ser adotado restritamente?

- Crianças e jovens que se encontrem em qualquer uma das situações referidas anteriormente, relativas à adoção plena.

Relativamente ao consentimento, aplicam-se também, com as necessárias adaptações, as disposições aplicáveis à adoção plena.

Como se percebe, as principais diferenças entre a adoção plena e a adoção restrita residem no tipo de relação que os adotados mantêm com a família biológica. Enquanto na adoção plena se cortam todos os laços entre eles, na restrita mantêm-se laços e direitos. Nesse sentido, na adoção restrita, o adotante só poder despender dos rendimentos dos bens do adotado a quantia que o tribunal fixar para alimentos deste, o adotado não é herdeiro legitimário do adotante nem

¹¹¹ Artigos 1994.º a 1996.º, CC

¹¹² De encontro ao fim da distinção entre adoção plena e adoção restrita, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 143/2015, de 8 de setembro, a adoção não é revogável (1980.º, CC).

¹¹³ Artigo 1992.º, CC. Revogado pela Lei n.º 143/2015, de 8 de setembro.

este daquele e os efeitos da adoção não são prejudicados pelo facto de vir a ser estabelecida a filiação natural do adotado¹¹⁴.

Visto o regime jurídico da adoção, vejamos agora os requisitos práticos para que se possa, efetivamente, adotar uma criança em Portugal.

Em primeiro lugar, os candidatos a adotantes devem contactar a Equipa de Adoção no organismo da Segurança Social da sua área de residência¹¹⁵ e comparecer na Sessão Informativa (Sessão A) do Plano de Formação para a Adoção, onde são informados sobre os objetivos da adoção, sobre os requisitos e condições gerais a cumprir para poder adotar e sobre o processo de adoção em si (candidatura, formulários e documentos a entregar). Relativamente aos documentos¹¹⁶, os candidatos devem entregar a sua certidão de nascimento, fotocópia do documento de identificação válido, certidão de casamento ou atestado da Junta de Freguesia, se viver em união de facto, registo criminal (especificamente para efeitos de adoção), atestado médico comprovativo do estado de saúde (especificamente para efeitos de adoção), fotocópia do recibo do último vencimento ou declaração da entidade patronal ou fotocópia da última declaração do IRS, fotografia e número de identificação da Segurança Social (NISS). No caso de terem filhos, devem também entregar fotocópias das suas cédulas ou documentos de identificação válidos.

Depois de preenchidos os formulários necessários e de entregues juntamente com a documentação referida nos serviços de adoção do organismo de segurança social da área de residência dos candidatos, é-lhes entregue um certificado de candidatura e a entidade que a recebeu faz uma avaliação social e psicológica dos candidatos, constituída por entrevistas (uma delas em casa do candidato) e outros instrumentos de avaliação social e psicológica. Durante este período de avaliação, os candidatos devem participar numa ação do Plano de formação para a adoção (Sessão B) e, no prazo de 6 meses, são informados sobre a aceitação ou rejeição da sua candidatura. Se houver da parte dos técnicos intenção justificada de rejeitar a candidatura, os candidatos são informados desse facto para que, antes de ser tomada a decisão final, possam consultar o processo e apresentar novos argumentos e documentos.

¹¹⁴ Artigos 1998.º, 1999.º e 2001.º, CC. Todos os artigos do CC referentes à adoção restrita são revogados pela Lei n.º 143/2015, de 8 de setembro.

¹¹⁵ Lisboa - Santa Casa da Misericórdia de Lisboa; Açores - Instituto para o Desenvolvimento Social; Madeira - Centro de Segurança Social; Resto do país - Centro Distrital de Segurança Social.

¹¹⁶ Nos termos do artigo 43.º da Lei n.º 143/2015, de 8 de setembro, quem pretende adotar deve ser informado pela equipa de adoção, no prazo de 30 dias após manifestar a sua vontade, sobre todo o processo de adoção e sobre o que é necessário para formalizar a candidatura: preenchimento e entrega de requerimento próprio, acompanhado de documentos comprovativos de residência, idade, estado civil, situação económica, saúde e idoneidade, declaração relativa à disponibilidade para participar no processo de preparação, avaliação e seleção para a adoção, declaração médica e certificado de registo criminal.

Se a candidatura for aceite¹¹⁷, passa a integrar a lista nacional de adoção, ficando os candidatos em espera até que lhes seja proposta uma criança para adotar. Durante esse período, podem ser chamados a participar em diversas ações de formação que os ajude a preparar a futura integração da criança na família.

Assim que haja uma criança em situação de ser adotada, candidatos e menor são apresentados e reunidos nalguns momentos, para aferir da aceitação e da afinidade criada entre eles¹¹⁸. Se esta fase for concluída com sucesso, isto é, se for claro que entre as partes há afeto e desejo de pertença à mesma família, a criança é confiada ao candidato e fica em situação de pré-adoção por um período que pode ir até 6 meses, durante o qual são acompanhados e avaliados pelo serviço de adoções da área de residência. Também neste período deverá participar em sessões de formação. No final do referido período¹¹⁹, o serviço de adoções faz um relatório que o candidato envia, juntamente com o pedido de adoção, para o Tribunal competente (Tribunal de Família e Menores da sua área de residência), que, por sua vez, profere a sentença que conclui o processo de adoção¹²⁰.

Relativamente à confiança com vista a futura adoção¹²¹ (1978.º CC), esta pode ser judicial ou administrativa. A primeira pode ser requerida pelo Ministério Público, pelo organismo de segurança social da área de residência do menor, pela pessoa a quem o menor foi confiado administrativamente, pelo diretor do estabelecimento público ou da instituição particular que o tenha acolhido ou pelo candidato a adotante já selecionado pelos serviços competentes quando, por virtude de decisão judicial anterior, tenha o menor a seu cargo e quando, reunidas as condições para atribuição da confiança administrativa do menor a seu cargo, o organismo de segurança social não decida nesse sentido. Verifica-se quando o menor for filho de pais incógnitos ou falecidos, quando tiver havido consentimento prévio para a adoção, quando os pais biológicos

¹¹⁷ Nos termos dos artigos 44.º, n.º3 e 45.º da Lei n.º 143/2015, de 8 de setembro, se a candidatura for aceite, é emitido um certificado de seleção que tem uma validade de três anos e que pode ser renovado por sucessivos e idênticos períodos a pedido expresso do candidato, antes que caduque.

¹¹⁸ Fase que corresponde ao período de transição e cuja duração não deve exceder os 15 dias, nos termos do artigo 49.º da Lei n.º 143/2015, de 8 de setembro.

¹¹⁹ Nos termos do artigo 50.º, n.º4, da Lei n.º 143/2015, de 8 de setembro, decorrido o período de pré-adoção, o organismo da segurança social elabora, no prazo de trinta dias, um relatório que incida sobre os elementos relativos à personalidade e à saúde de adotante e adotado, à idoneidade do adotante para criar o adotando, à situação familiar e económica do adotante e às razões determinantes do pedido de adoção.

¹²⁰ Uma das alterações introduzidas pela Lei n.º 143/2015, de 8 de setembro, prende-se exatamente com o proferimento da sentença por parte do tribunal. Nos termos do seu artigo 52.º, a fase final do processo de adoção só se inicia com a apresentação ao tribunal, por parte do adotante, de um requerimento de cujo teor ele é notificado, e que se reconduz ao relatório realizado após o período de pré-adoção. A adoção deve ser requerida no prazo de três meses, devendo todos os meios de prova ser oferecidos desde logo. O relatório do organismo da segurança social deve também ser oferecido pelo adotante, ou, caso não o seja, deve aquele remetê-lo no prazo de quinze dias, a pedido do tribunal. Uma vez junto, o juiz, com a presença do Ministério Público ouve o adotante, as pessoas cujo consentimento a lei exija e o adotando. Efetuadas as diligências requeridas e outras consideradas convenientes, e ouvido o Ministério Público, é então proferida a sentença de adoção.

Caso os destinatários assim o solicitem, pode existir acompanhamento pós-adoção realizado por uma equipa técnica especializada até que o adotado complete dezoito anos (ou vinte e um, se este assim o solicitar antes de atingir a maioridade).

¹²¹ <http://www.junior.te.pt/servlets/Gerais?P=Pais&ID=2425>, consultado em 28/07/2015.

tiverem abandonado o menor, ou tenham colocado em perigo a sua segurança, saúde, formação moral, ou educação, em termos que, pela sua gravidade, comprometam seriamente os vínculos afetivos próprios da filiação, ou ainda quando os pais do menor acolhido por um particular ou por uma instituição tiverem revelado desinteresse pelo filho durante, pelo menos, os seis meses que antecederam o pedido de confiança. Por outro lado, a confiança judicial não pode ser decidida se o menor em causa viver com um dos pais, com um parente colateral até ao 3.º grau ou com um tutor, a não ser que estas pessoas coloquem o menor numa situação que não acautele os seus interesses. Quanto à confiança administrativa, esta é decidida pelo organismo de segurança social da área de residência do candidato a ser pai/mãe adotivo, que entregue o menor a este ou confirme a permanência do menor a seu cargo. Esta decisão e todos os procedimentos de natureza administrativa têm caráter secreto, pelo que só podem ser consultados por quem, tendo interesse legítimo nisso, seja autorizado pelo tribunal.

A leitura deste processo pode dar, e dá muitas vezes, azo a questões que incomodam, porque como sabemos, aquilo que é dito nem sempre é praticado. A informação que chega ao público através da comunicação social e do testemunho de casais que tentam adotar, nomeadamente ao nível dos prazos de espera e dos requisitos demasiado exigentes faz com que todo o processo levante dúvidas recorrentes. Por esse motivo, o ISS criou um guia prático sobre o processo da adoção, que de forma sucinta dá resposta a essas questões.

No que diz respeito ao prazo para avaliação da candidatura, o prazo máximo previsto na lei¹²² é de seis meses. No entanto, pode ser necessário menos tempo, devendo esse período ser usado para refletir e adquirir mais conhecimentos sobre a forma de família que se pretende criar. Já a justificação para a demora desde a candidatura até à adoção efetiva prende-se com as características que, no momento em que se candidatam, os candidatos referem como o que gostariam de ver na criança a adotar. Nesse sentido, o tempo de espera entre o momento em que os candidatos são selecionados e o momento em que lhes é proposta uma criança para adotar depende das características indicadas, do número de crianças em situação de adotabilidade que reúnam essas características e do número de candidatos selecionados para adotar.

Quanto à adotabilidade, ela é aferida a pedido dos tribunais por equipas multidisciplinares dos organismos de Segurança Social que realizam uma análise sobre a situação social e psicológica das crianças institucionalizadas em determinadas circunstâncias, para verificar se não existem ou se se encontram seriamente comprometidos os vínculos afetivos próprios da filiação.

¹²² Artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 185/93, de 22 de Maio, com as alterações introduzidas pelo DL n.º 120/98, de 08 de Maio.

A criança só está em situação de adotabilidade se os laços entre ela e a família natural estiverem seriamente comprometidos ou já nem existirem, de todo.

Relativamente às condições socioeconómicas dos adotantes, os técnicos do serviço de adoções competente não realizam a sua avaliação no sentido de aferir o grau de riqueza dos candidatos. As suas preocupações estão antes relacionadas com as condições de higiene, privacidade e cuidado da habitação e com as condições psíquicas e de saúde dos candidatos, no sentido de lhes permitirem exercer com zelo as responsabilidades parentais, sendo certo que a questão dos rendimentos é importante para garantir a sua capacidade de sustentar e educar uma criança. Como todo o processo de adoção se desenrola para assegurar o interesse das crianças, os técnicos dos serviços de adoção trabalham no sentido de entregar as crianças em situação de adotabilidade aos candidatos que melhor se enquadrem nas suas necessidades, não servindo de critério de escolha dos adotantes o facto de serem casais ou pessoas singulares. Para já, a única situação relativa a casais que serve de critério na escolha dos adotantes é de se tratarem de casais hétero ou homossexuais, uma vez que a lei que legalizou o casamento entre homossexuais prevê expressamente a continuação da proibição da adoção por parte dessas pessoas, seja em que modalidade de adoção for¹²³.

Como pudemos ver, o regime jurídico da adoção é teoricamente simples, desde que os candidatos preencham todos os requisitos exigidos. No entanto, diz-nos a prática que o processo é moroso e doloroso. Contrariamente ao que acontece com a filiação natural, em que os filhos são concebidos com as características naturais dos pais, na adoção os adotantes indicam as características que pretendem ver na criança que vierem a adotar. Daí que, como se referiu, o processo de adoção leve algum tempo a ser concluído, ou não bastasse já a necessidade de cruzar os dados do perfil dos adotantes com as necessidades das crianças, para se assegurar, na medida do possível, que a futura relação será estabelecida e vivida com sucesso, como ainda é preciso encontrar crianças “adotáveis” que, correspondendo ao referido perfil dos pais, correspondam também às suas expetativas.

Parece, com esta questão, que aquilo que se procura com o instituto da adoção atualmente é satisfazer apenas os desejos dos casais que não podem ter filhos biológicos, ao invés de ter como principal preocupação aquilo que desde sempre norteou o instituto: o superior interesse da

¹²³ Lei n.º 9/2010, de 31 de maio, artigo 3.º: “As alterações introduzidas pela presente lei não implicam a admissibilidade legal da adoção, em qualquer das suas modalidades, por pessoas casadas com cônjuge do mesmo sexo”.

criança e a defesa primordial dos seus direitos. É que, como refere a lei¹²⁴, a maioridade só se atinge aos 18 anos, o que significa que, até essa idade, as pessoas são crianças ou jovens; por outro lado, como também já vimos, as crianças só podem ser adotadas até aos 15 anos. Quer isto dizer que, por mais velhas que sejam, e por mais história de vida, traumas, desilusões, “manias”, medos e outros complexos que essa idade lhes dê, todas as crianças institucionalizadas merecem ser adotadas, não devendo ser postas de parte pelos candidatos a adotantes por não serem bebés, moldáveis à sua imagem.

Ninguém tem de receber em sua casa e na sua vida outra pessoa com quem não se identifique ou por quem não sinta qualquer tipo de empatia. No entanto, as pessoas que pretendem adotar devem sempre ter em conta que esse instituto não existe para satisfazer apenas os seus planos de vida, mas primordialmente como resposta do Estado para salvaguardar os interesses das crianças, tenham elas poucos meses de vida, ou 15 anos de idade. Por esse motivo, negar a possibilidade da adoção a crianças cujas idades não se enquadram nas características mais apontadas pelos casais candidatos a adotantes, pode ser um erro, que quem verdadeiramente deseja ter e dar uma família, geralmente não comete. A vida é feita de oportunidades, e os casais que se debruçam sobre a problemática da adoção e que querem uma oportunidade de formar família quando a biologia lha nega, sabem reconhecer e aproveitar cada uma.

¹²⁴ Artigo 122º, CC.

3.3 A possibilidade da adoção por casais homossexuais como reforço da garantia do superior interesse da criança

Ao longo de presente dissertação foram analisadas várias realidades, num paralelo entre passado e presente, criança e adulto, deveres e direitos, teoria e prática, igualdade e desigualdade, certo e errado.

Inicialmente foi analisada a evolução histórico-legal das crianças, que depois de longos séculos a serem vistas como seres menores, de reduzida importância e indignos de proteção, passaram a ser reconhecidos como verdadeiros sujeitos de direitos, existindo hoje um sem número de diplomas legais que protegem os seus interesses, incluindo-se nesse grupo a Convenção sobre os Direitos da Criança, ratificada pela esmagadora maioria dos Estados do Mundo.

De seguida foram analisadas as formas de família – tradicionais e novas – com que todos lidamos todos os dias. Percebeu-se, através dessa análise, que apesar de a família dita tradicional, composta pelo marido, esposa e filhos, continuar a constituir a maior parte das famílias portuguesas, é crescente o número de famílias diferentes, recompostas, monoparentais, uniões de facto e homossexuais. Dentro destas, que são, no fundo, o cerne da questão em estudo, aprofundou-se a questão da sua luta para serem finalmente reconhecidas como famílias, o que aconteceu com a legalização do casamento entre pessoas do mesmo sexo, em 2010, apesar de as uniões de facto já serem reconhecidas desde 2001.

No entanto, enquanto todas as outras formas de família se podem dizer verdadeiras famílias, porque constituídas por adultos com filhos, às famílias homossexuais continua a ser negado meio direito constitucional: não podendo duas mulheres ou dois homens procriar e conceber filhos entre si, o sistema falha e não lhes dá a mesma possibilidade que às famílias heterossexuais – a possibilidade de adotar uma criança, sendo do conhecimento público os milhares de crianças institucionalizadas à espera de fazer parte de uma família.

Ao contrário da perspetiva de que o instituto da adoção serve unicamente para dar aos adultos que não podem ter filhos a possibilidade de serem pais, permitindo-lhes escolher as características da criança que pretendem acolher, defendo aqui o verdadeiro espírito base da adoção: a salvaguarda do superior interesse da criança. E não só da criança recém-nascida, ou ainda pequena, sem defeitos nem mau feitio, mas de todas as crianças em situação de adotabilidade, tenham elas mais ou menos história de vida, com mais ou menos traumas e necessidades.

Disse-se, também no início da dissertação, que a definição do conceito de “superior interesse da criança” é uma tarefa que ainda não foi concluída. Enquanto conceito indeterminado que é, defini-lo é praticamente impossível; no entanto, a ideia que nos transmite de bem-estar da criança, de prestação de cuidado, afeto, amor, educação, de condições para que se desenvolva integral e sadiamente, tem sido mais do que suficiente para ser tido como princípio norteador dos instrumentos legais sobre os direitos da criança.

Relativamente à família, dispõe o artigo 9.º da Convenção sobre os Direitos da Criança que a criança tem o direito de viver com os pais, a não ser que tal seja considerado incompatível com o seu interesse superior, tendo também o direito de manter contacto com ambos se estiver separada de um ou dos dois. Por outro lado, e de acordo com a nossa Lei Fundamental, dita o seu artigo 36.º que “todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade, não podendo os filhos ser separados dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial”.

Através destes dois exemplos, percebemos como o superior interesse da criança tanto significa que a criança deve permanecer junto da família biológica, como lhe deve ser retirada quando não é o espaço de afetos e de cuidados que deve ser. Nessas situações, é o Estado quem deve encetar esforços e criar soluções para que a criança nunca fique numa situação pior do que aquela de que tenha sido extraída. Geralmente, a primeira resposta, a mais imediata e mais pronta é a institucionalização. No entanto, esta não pode ser vista como uma solução permanente, uma vez que, por melhores que as instituições de acolhimento hoje sejam, e por mais cuidados que prestem às crianças, a instabilidade e confusão gerada pela rotação de técnicos e funcionários, pela entrada e saída de outras crianças, pela constante partilha dos mesmos espaços e bens e pela ausência de figuras familiares, não se compara à família.

Para tentar evitar o prolongamento da institucionalização, de entre as várias medidas existentes e já vistas, aquela que nos prende a atenção é a adoção, por ser a que, em última instância, dá às crianças institucionalizadas a possibilidade de voltarem a integrar uma família que as deseje e as trate com o merecido respeito e afeto.

Ora, da prévia análise ao regime da adoção resulta que o mesmo prevê duas espécies de adoção (restrita e plena), podendo adotar, regra geral, pessoas com idades compreendidas entre os 25 e os 60 anos, no caso de casais, casados há mais de quatro anos e não separados de pessoas e bens, e ser adotadas as crianças que, tendo até 15 anos, estejam em situação de adotabilidade. No entanto, esta aparente simplicidade é entorpecida pela burocracia do processo

e pelos impedimentos inerentes ao instituto. É que, como também já vimos, a adoção está à disposição de qualquer pessoa nas condições referidas, mas vedada aos casais de pessoas do mesmo sexo que, embora já lhes tenham visto ser reconhecido o direito a casar, continuam a lutar para que lhes seja permitido viver em pleno o seu direito à família, através da adoção.

Apesar de algumas propostas já terem sido apresentadas à Assembleia da República, no sentido de legalizar a adoção por parte de casais do mesmo sexo, e de esta alteração ser um passo no sentido de Portugal igualar as políticas sobre este assunto em relação a todos os outros países que, já tendo legalizado o casamento entre homossexuais, também já legalizaram a adoção, a medida continua sem ser tomada.

Vejamos, de seguida, alguns dos argumentos mais utilizados contra a legalização da adoção por casais do mesmo sexo¹²⁵:

- Apesar da introdução do princípio da igualdade dos sexos na Constituição da República Portuguesa e da reforma do CC de 1977, os comportamentos e as práticas sociais não acompanharam a mudança legislativa, continuando muitas famílias a viver num patriarcado implícito, organizado sob o princípio da autoridade do *pater familias*, proliferando a convicção da superioridade da família heterossexual, onde o biologismo triunfa sobre o afeto e o casamento se assume como a relação familiar por excelência;
- A verdade biológica é o ponto de partida da parentalidade, conforme os artigos 1796.º e seguintes, CC.
- Não há na proibição da adoção por casais do mesmo sexo nenhuma violação de qualquer princípio constitucional,
- A família só é verdadeira família se for constituída por pai, mãe e filhos, conforme os ensinamentos da Sagrada Igreja. Dois homens e duas mulheres não são capazes de conceber, e o fim da família é a procriação e a continuidade da Humanidade;
- A orientação sexual de uma criança adotada por um casal homossexual poderia ser influenciada pela orientação sexual dos adotantes;

¹²⁵ Diogo Caldas Figueira, *A adoção no âmbito da parentalidade homoafetiva*, in <http://familias.ilga-portugal.pt/investigacao-a-adocao-no-ambito-da-parentalidade-homoafetiva>, consultado em 10/07/2015.

- A criança necessita de um pai e de uma mãe para poder ter modelos de identificação de ambos os sexos, sob pena de ter dificuldades em definir o seu género ou em agir de acordo com o género a que pertence;
- Crianças com pais homossexuais seriam infelizes por não saberem lidar com a diferença em que estão inseridas nem com a homofobia da sociedade;
- A família na sua tradicional formação (pai, mãe e crianças) deve ser um dos principais valores a defender nos vários ordenamentos jurídicos;
- Um casal homossexual é incapaz de promover a tão necessária estabilidade familiar devido ao seu maior nível de promiscuidade e incapacidade de manter relações duradouras, havendo também maior probabilidade de existirem situações de violência doméstica e abuso sexual.

Começamos pelo início. As alterações legislativas devem, como sabemos, estar sempre à frente das realidades sociais, de forma a poder prever e antecipar as situações que regulam. Relativamente ao Direito da Família, e em especial, às normas que regulam as relações entre pessoas do mesmo sexo, essas alterações ocorreram de forma gradual e lenta, quando comparada com o resto da Europa, por exemplo, mas ainda assim, demasiado rápido para a sociedade portuguesa. Apesar de a Lei Fundamental e o Código Civil proibirem a discriminação em razão da orientação sexual, e serem hoje verdadeiros instrumentos de proteção das relações e das famílias formadas por pessoas do mesmo sexo, ainda é comum a ideia de que a família heterossexual ocupa um lugar de superioridade em relação às outras formas de família, surgindo a biologia como primado, em detrimento dos afetos, do cuidado, e das necessidades das pessoas. Contrariando este pensamento, e como defende a Doutora Clara Sottomayor¹²⁶, é cada vez mais urgente transformar as relações afetivas e de cuidado na base da sociedade, percebendo que nem sempre a verdade biológica é a melhor garantia dos interesses das pessoas, em especial dos das crianças. Vê-las como meras criações biológicas significa negar-lhes a sua dimensão de pessoa e ignorar as suas necessidades, que, por vezes, são atendidas e satisfeitas mais eficazmente por terceiros, que não a sua família biológica.

Depois, a questão de a verdade biológica ser o ponto de partida da parentalidade, nos termos da lei civil, reconduz-se ao que foi dito anteriormente. Na realidade, cada ser humano nasce da relação entre outros dois, de sexos opostos, sendo impossível, mesmo com recurso a

¹²⁶ Op. Cit. p. 1.

técnicas de procriação medicamente assistida, alterar essa realidade. No entanto, para as situações em que a família biológica falha e não é capaz de atender às necessidades da criança, é a própria lei que prevê soluções alternativas, sendo a adoção uma delas. E se já concluímos que os afetos e a garantia das necessidades específicas dos menores são mais importantes que a verdade biológica, seria no mínimo contraditório negar a uma criança em situação de adotabilidade uma família com a qual desenvolva, por qualquer motivo, uma relação afetuosa e de confiança, por essa família ser composta por um casal do mesmo sexo. Quando, no processo de adoção, se permite a convivência entre os candidatos a adotantes e a adotados para aferir das ligações e relações que criam entre si, aquilo que se pretende garantir é que a criança, sendo adotada por aquela pessoa ou casal, se sinta parte da sua família, se sinta protegida e amada. E esta exigência deste período de adaptação demonstra uma clara preocupação da lei pelos afetos, ainda que a sua letra se refira maioritariamente à verdade biológica. Assim sendo, e tendo esta realidade por base, não será errado afirmar que a preocupação com os afetos – que podem surgir tanto com casais heterossexuais como com homossexuais – está patente na lei, sendo a abertura do instituto da adoção aos casais do mesmo sexo apenas a concretização desse espírito.

Quanto ao facto de a proibição da adoção por casais do mesmo sexo não constituir nenhuma violação de qualquer princípio constitucional, não podemos, por tudo o que já foi dito, deixar de discordar. Referimos já que a CRP prevê, no seu artigo 13.º, que “ninguém pode ser (...) prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, (...) da orientação sexual”. Ora, ao negar aos homossexuais o direito (também previsto constitucionalmente) a constituir família, através da adoção de crianças que, por a família biológica não ter sido o espaço de afetos e de cuidados que devia ser, se encontram entregues a instituições, está a violar-se o princípio da igualdade, quer àqueles casais, quer às crianças. E ainda que se possa dizer que um homossexual pode candidatar-se à adoção singular desde que preencha os requisitos gerais da lei (artigo 6.º, n.º 2, do Decreto-lei n.º 185/93, de 22 de maio), “o facto de a homossexualidade ser encarada como um estigma pode conduzir, na prática, mesmo sem proibição legal, a que seja vedado a um homossexual o acesso ao instituto da adoção por não passar no teste da idoneidade, de acordo com os juízos discricionários dos organismos oficiais que intervêm neste processo”¹²⁷. Aquilo que por vezes se esquece é que, na realidade, a lei que proíbe a adoção por casais do mesmo sexo não é totalmente eficaz: ao permitir a adoção singular por um homossexual que, não sendo casado, viva em união de facto com outro, por exemplo,

¹²⁷ Op. Cit. p. 79.

permite que uma criança seja criada por um casal do mesmo sexo. A questão é que, de qualquer uma das formas, a lei, que acaba por ser contornável, oferece uma espécie de escolha aos homossexuais, a que não sujeita os heterossexuais: ou casam, e veem a sua união protegida pela lei, ou vivem simplesmente em união de facto e um dos elementos do casal adota uma criança, vendo essa adoção protegida. Pelo exposto, e percebendo que aqui, é a realidade que ultrapassa as alterações legislativas, legalizar a adoção por casais do mesmo sexo seria apenas conformação legal de uma realidade pré-existente, e a garantia do cumprimento dos direitos a todos reconhecidos pela CRP.

Quanto ao facto de a família só ser verdadeira se for constituída por pai, mãe e filhos, diz-nos a experiência que tal já não é assim há vários anos. Se assim fosse, as novas formas de família, que já vimos, não seriam reconhecidas como tal. Portanto, parece-me que o mais correto será dizer que a família que corresponde ao modelo tradicional e católico é aquela que é constituída por pai, mãe e filhos, sendo contudo certo que, civilmente, são igualmente reconhecidas outras formas de família. Depois, e talvez seja esta a questão mais sensível, ninguém nega os ensinamentos da Sagrada Igreja. Como é referido no documento preparatório (“lineamenta”) para o Sínodo de 2015, subordinado ao tema “A vocação e a missão da família na Igreja, no mundo contemporâneo”, é necessário “discernir os caminhos para renovar a Igreja e a sociedade no seu compromisso pela família fundada sobre o matrimónio”, a “união indissolúvel entre o homem e a mulher”. O matrimónio, a ideia de que ele existe para garantir a procriação e continuidade da Humanidade e o pressuposto de que a família é indissolúvel são os princípios basilares da doutrina cristã. No entanto, a própria Igreja vai já sendo mais flexível em relação a estas questões, ou não houvesse já uma distinção clara entre Igreja e Estado. Por isso mesmo, a Igreja reconhece a celebração de casamentos civis e respetivos divórcios, embora continue a defender que quem casa pela Igreja só é separado pela morte¹²⁸, e começa também a aceitar que os divorciados e os homossexuais, porque perdidos, devem poder frequentar a Igreja e assim reencontrar alguma paz. Não quer isto dizer, contudo, que reconheça o casamento entre pessoas do mesmo sexo; esse ideal mantém-se. Mas como tantos outros, pode ser e foi ultrapassado pela Lei civil. Ou seja, apesar dos ensinamentos da Igreja Católica, segundo os quais o casamento e a adoção por casais do mesmo sexo são absolutamente inadmissíveis, os homossexuais não devem ser impedidos de realizar nenhum dos atos. A Igreja é uma entidade de valor mais que

¹²⁸ In <http://www.liturgia.pt/rituais/Matrimonio.pdf>, consultado em 15/07/2015
Cânone 1141, in http://www.vatican.va/archive/ESL0020/___P42.HTM, consultado em 29/07/2015.

reconhecido, os crentes mais conservadores têm todo o direito de expressar a sua opinião e de não concordar com o reconhecimento dos direitos dos homossexuais, mas o Estado existe para servir as pessoas e para lhes reconhecer os direitos que lhes são inerentes. Portanto, como em tantas outras matérias, independentemente dos princípios e dos ideais que norteiam a Igreja, o Estado deve zelar pelo interesse das pessoas e pelo cumprimento da lei. Por fim, a questão de dois homens e de duas mulheres não serem capazes de conceber e, conseqüentemente, não poderem, enquanto casal, contribuir para a continuidade da Humanidade, não deixa de ser verdade. Contudo, há muitos casais heterossexuais que, por vários motivos, como a esterilidade de um dos cônjuges, também não podem ter filhos biológicos, e não são condenados por isso. Pelo contrário, é-lhes permitido recorrer ao instituto da adoção, defendendo-se, nesse caso, a compaixão dos adultos pelas crianças institucionalizadas, que assim ganham uma nova família, e dão sentido à palavra “família” para os adotantes. Parece-me haver aqui alguma hipocrisia e discriminação voluntária entre hétero e homossexuais. Afinal, por um motivo ou por outro, dois casais nas duas situações referidas não podem ter filhos nem prosseguir os princípios da Igreja, mas enquanto a uns lhes é dada uma possibilidade de formar família e ultrapassar essa lacuna, aos outros é-lhes negada qualquer hipótese, sem motivo que o justifique. Afinal, a orientação sexual é apenas das muitas características de uma pessoa, que pode até ter uma fé inabalável, viver segundo os princípios da Igreja Cristã e respeitar a instituição a um nível muito superior do que um heterossexual, merecendo portanto o seu respeito e a consideração dos seus direitos.

Quanto ao argumento em cujos termos a orientação sexual de crianças criadas por um casal homossexual seria influenciada pela dos adotantes, não posso deixar de remeter o contra-argumento para o ponto 2.2 da dissertação, em que se analisou a evolução histórico legal dos indivíduos e das famílias homossexuais.

Como na altura se percebeu, a homossexualidade não é uma escolha, uma doença, uma característica adquirida hereditariamente ou algo que resulte de uma aprendizagem. A homossexualidade, como a heterossexualidade e outras tantas “formas de vida”, é uma característica inerente a cada indivíduo, que não se pode moldar como se quer. Depois de ter sido entendida como prática tolerada, como crime e como doença, longos séculos de experiência e vários estudos depois indicaram que a homossexualidade existe enquanto prática sexual normal, mantida entre dois adultos conscientes que a desejam, porque, por qualquer motivo que apenas e só à sua biologia diz respeito, se desejam mutuamente, apesar de pertencerem ao mesmo género.

Além disso, e como as comparações nestas questões de diferença de tratamento são inevitáveis, seria de esperar que se uma criança criada por dois pais ou duas mães acaba por ver a sua orientação sexual influenciada no sentido de “escolher” um par do mesmo género que o seu, as crianças com um pai e uma mãe “escolhessem” pares de sexo diferente do seu. A ser assim, como em Portugal a adoção por casais do mesmo sexo não é permitida e a maior parte das famílias é heterossexual, não seria de registar a existência de homossexuais. A não ser, claro, que contrariando o argumento em desconstrução, a homossexualidade não seja de facto nem uma escolha nem uma aprendizagem, mas antes uma característica que ninguém pode moldar, como defendo, tendo por base os estudos e a compreensão referida em 2.2.

Passando ao argumento contra a adoção por casais do mesmo sexo, sobre a necessidade de as crianças conviverem com pai e mãe de forma a terem exemplos de identificação dos dois géneros para não sentirem dificuldades em definir o seu próprio género, comecemos pela biologia e psicologia infantil básicas. Como referem Laura D. Hanish e Richard A. Fabes, “o género é uma das primeiras categorias sociais das quais as crianças se tornam conscientes. Por volta dos 3 anos de idade, as crianças já começam a formar a sua identidade de género (...) e têm consciência de que são meninos ou meninas e de que existem certos interesses, comportamentos, atividades e brinquedos que são desempenhados ou preferidos por uns e por outras. As diferenças de comportamentos e padrões interativos de género das crianças também começam a tornar-se aparentes nessa idade. Por exemplo, os meninos são mais ativos, físicos e brincam em espaços maiores do que as meninas. Em contraste, as meninas são mais dóceis, sociáveis e brincam mais perto dos adultos do que os meninos”¹²⁹. Depois da natural ação da biologia, contribui para a concretização do género a que pertencem a convivência com os pais, com os seus pares e com os professores, que são as pessoas com quem as crianças despendem a maior parte do seu tempo. À medida que vão passando tempo umas com as outras, as crianças vão-se tornando mais parecidas entre si, e vão-se juntando àquelas com que mais se identificam, por partilharem os mesmos gostos e interesses. Contudo, apesar desta influência saudável e necessária entre crianças, elas sabem, desde cedo como vimos, identificar o seu género, e o dos seus pares. Portanto, quer uma criança tenha um pai e uma mãe, ou dois pais ou duas mães, tal facto não vai interferir na sua definição sobre o seu próprio género nem, como vimos anteriormente, na sua

¹²⁹ Laura D. Hanish, Richard A. Fabes, *Peer socialization of gender in young boys and girls*, T. Denny Sanford School of Social and Family Dynamics, Arizona State University, USA, agosto de 2014 in <http://www.child-encyclopedia.com/gender-early-socialization/according-experts/peer-socialization-gender-young-boys-and-girls> e <http://www.encyclopedia-crianca.com/sites/default/files/textes-experts/pt-pt/2498/socializacao-de-pares-de-genero-em-meninos-e-meninas-mais-jovens.pdf>, consultado em 15/07/2015.

orientação sexual. Por outro lado, coloca-se a questão da necessidade que as crianças têm de ter um pai e uma mãe para viverem com os dois modelos de género. Ora, relativamente a este aspeto, e como refere Diogo Caldas Figueira¹³⁰, “(...) esta argumentação é uma forma de perpetuar a ideia de superioridade da família dita normal, heterossexual, composta por pais de sexo diferente, em relação a outras formas de família. (...) Na verdade, todos sabemos, pela experiência da vida, que uma pessoa, independentemente do seu sexo, desenvolve em si características masculinas e femininas, podendo desempenhar com sucesso funções maternas e paternas”. Manter uma posição rígida e inflexível sobre o que é ser homem e o que é ser mulher, sem reconhecer a nenhum dos dois características e capacidades do outro constitui uma forma de discriminação de género, uma vez que pressupõe que homens e mulheres desempenham funções completamente diferentes uns dos outros, vedando-se a uns o que se permite aos outros.

Assim, partindo do pressuposto de que homens e mulheres partilham determinadas características, como a sensibilidade, a responsabilidade, o sentido de amor e de proteção, entre outras, é relativamente simples concluir que um casal do mesmo sexo é capaz de encontrar o equilíbrio entre a feminilidade e masculinidade necessárias para criar uma criança, da mesma forma que um casal heterossexual tem de o fazer. É importante perceber que (como se percebe pela análise do processo de adoção) quando um casal se candidata a adotar uma criança, tem a noção do que implica ser pai e mãe, pelo que trabalha desde cedo esse equilíbrio entre os dois papéis, sendo de resto do conhecimento geral a maior tendência das pessoas homossexuais para se preocuparem com estas questões de minorar quaisquer diferenças que as crianças com quem lidam possam sentir.

Por fim, cabe ainda dizer que, como se referiu, as crianças e a sua construção enquanto pessoas não depende apenas da convivência com as pessoas com quem partilham o lar, mas também da convivência com os seus pares, professores, colegas. Por isso mesmo, ainda que uma criança seja adotada por um casal de pessoas do mesmo sexo com alguma dificuldade em encontrar um equilíbrio entre as figuras parentais ditas “normais”, ela nunca vai crescer isolada com eles, sofrendo sempre a influência e aprendendo sempre com os exemplos das restantes pessoas com quem lida no dia-a-dia.

Quanto ao argumento relativo à infelicidade de que crianças adotadas por pessoas do mesmo sexo padeceriam por não saberem lidar com a homofobia da sociedade, está em causa a

¹³⁰ Ob. Cit. p. 79.

mentalidade da própria sociedade, e o conservadorismo que ainda se vai fazendo sentir. Ou que se diz que se vai fazendo sentir.

Na realidade, estudos citados pelo Doutor Jorge Gato¹³¹ indicam que, ainda que atitudes negativas face a gays e lésbicas contribuam para a discordância em relação à atribuição da custódia de uma criança a um casal do mesmo sexo e para a ideia de que esses casais não têm competências parentais que garantam o desenvolvimento da criança, o contacto e a convivência com homossexuais estão associados a níveis menos elevados de homofobia¹³², e a uma maior aceitação da homossexualidade. Por outro lado, níveis mais elevados de religiosidade, como vimos, estão associados a uma menor aceitação quer da homossexualidade, quer da homoparentalidade.

Também entre homens e mulheres há diferenças no que toca à aceitação destas questões. Sendo a heterossexualidade e a heteroparentalidade a norma das práticas sociais e das instituições, e os homens as figuras normalmente associadas ao poder e ao conservadorismo, são eles que reportam atitudes mais negativas face à homossexualidade e à adoção por casais do mesmo sexo, demonstrando ainda maior desagrado pelas relações entre gays do que pelas relações entre lésbicas.

Por fim, no que toca a este tópico, conclui o Doutor Jorge Gato que a discriminação e o preconceito contra a homossexualidade ainda estão presentes em vários setores da sociedade, nomeadamente por motivos que se prendem com a moralidade e com o superior interesse da criança.

No entanto, tendo em conta os estudos analisados, também se percebe que a sociedade portuguesa está a atravessar uma fase de aceitação da homossexualidade e da adoção por casais do mesmo sexo, seguindo o exemplo do resto da Europa e do mundo em geral, não só porque esses casais vão vivendo as suas vidas de forma natural e à vista de todos, mantendo contactos e fazendo com que as pessoas se habituem à sua presença e forma de vida, e os aceitem, mas também porque os exemplos que nos chegam de fora de adoções consecutivas por casais do mesmo sexo são exemplos de como, na verdade, permitir-lhes adotar não só não contraria, como vai de encontro ao superior interesse da criança, no sentido de que lhes dão verdadeiras famílias, em vez de as deixarem institucionalizadas.

Portanto, é de concluir que a homofobia só entristece as crianças adotadas por casais do mesmo sexo, se existir; se os adultos mantiverem o antigo estigma de desprezar e minorizar os

¹³¹ JORGE GATO, *Homoparentalidades: Perspetivas Psicológicas*, Edições Almedina, Coimbra, 2014, p. 104.

¹³² Hipótese do contacto, formulada por Allport, nos termos da qual “o preconceito contra os membros de um grupo minoritário é mitigado pelo contacto com pessoas de igual estatuto social pertencentes a esse grupo”. *Idem*, p. 108.

homossexuais e todos quantos com eles privam, passando esse exemplo para os filhos. Porque, conforme se entende do que foi dito, a atual tendência da sociedade, a par do reconhecimento legal dos direitos dos homossexuais, acontece no sentido de cada vez mais os aceitar, a eles e às famílias que pretendam criar, não só por os identificarem como (quase) pares, mas também por entenderem que os homossexuais, antes de o serem são pessoas, capazes de equilibrar sentimentos e competências, e portanto têm a aptidão necessária para educar uma criança. Nesse sentido, a aceitação das famílias homoparentais é o primeiro passo para que as crianças adotadas por casais do mesmo sexo se sintam inseridas na sociedade, e não discriminadas ou desprezadas por ela, não tendo, por isso, de se sentir infelizes.

Relativamente ao argumento nos termos do qual a família tradicional deve ser um dos principais valores a defender nos vários ordenamentos jurídicos, não posso deixar de referir a sua falta de cabimento, tendo em conta tudo quanto já foi dito. De acordo com este argumento, a adoção por casais do mesmo sexo contraria o verdadeiro conceito de família e não passa de mais uma forma de satisfazer os direitos dos homossexuais através da instrumentalização das crianças, pondo em causa, não só a unidade familiar, como os seus interesses.

Acontece porém que, como vimos, o direito a constituir família é um direito inerente a todos, nos termos não só da nossa Lei Fundamental, como dos mais variados instrumentos jurídicos internacionais. Assim sendo, não reconhecer aos homossexuais o direito a constituir família através da legalização do casamento e da adoção constitui uma violação grave do princípio referido por discriminação com base na orientação sexual, também ela proibida por diversos documentos legais. Além do mais, defendendo que a adoção serve primordialmente os interesses da criança, permitir a casais do mesmo sexo adotá-las jamais constituiria a instrumentalização dos menores para satisfazer os desejos daqueles. Pelo contrário, embora o recurso a tal instituto lhes permitisse ver completamente reconhecido e protegido o seu direito à família, seria uma mais-valia muito mais importante no que diz respeito às crianças que deixariam as instituições para passarem a integrar uma família. Por último, a referência à questão de a família tradicional dever ser um dos principais valores a defender nos vários ordenamentos jurídicos. Creio que aquilo que se deve defender, como já se vai defendendo, é a família: tradicional, nuclear, monoparental, recomposta, homossexual, uniões de facto, não importa realmente a forma ou a constituição, mas os laços e a força que fazem de cada uma delas uma verdadeira família. Referiu-se, a determinada altura, que o que conta são os afetos, é o amor, é o cuidado, é a presença. E não raras vezes, nenhum destes aspetos está presente nas ditas famílias tradicionais, mas nunca se ausenta das novas formas de

família. Há muito que se reconhece que a família não é, necessariamente, biológica. Família é quem cuida, quem trata, quem ama, quem protege, quem está sempre presente, em todas as horas, mesmo que fora de horas. E estes valores sim, são dignos, inquebráveis, e defendidos por inúmeros ordenamentos jurídicos que, reconhecendo esta realidade, têm vindo a reconhecer também os casamentos entre pessoas do mesmo sexo e a possibilidade de esses casais adotarem crianças, constituindo, dessa forma, verdadeiras famílias.

Por fim, o último argumento apresentado refere que casais homossexuais são incapazes de promover a estabilidade familiar porque o seu elevado nível de promiscuidade os impede de manter relações duradouras e aumenta a probabilidade de existirem situações de violência doméstica e de abuso sexual. Socorrendo-me, mais uma vez, de factos concretos, a desconstrução do argumento parece a menor maneira de o provar errado. Em primeiro lugar, como refere Tiago Lopes Lino¹³³, a promiscuidade¹³⁴ é normalmente associada à homossexualidade porque, de facto, condicionadas por fatores sociais, culturais, legais e religiosos, as relações homossexuais são menos duradouras que as heterossexuais. No entanto, os estudos realizados sobre o tema não concluem que os homossexuais sejam mais promíscuos que os heterossexuais, até porque o ser humano, independentemente da sua orientação sexual, “é um ser com afetos, emoções, paixões e múltiplos desejos, entre eles o desejo sexual”. Portanto, estudos científicos, factos e conhecimentos sobre a psicologia humana, concluem que embora os homossexuais (maioritariamente os homens) tenham tendência para ter várias e pouco duradouras relações, não são mais promíscuos que os heterossexuais, que também têm nas várias relações que mantêm ao longo da vida, diversas oportunidades para satisfazer o seu desejo sexual.

Depois, relativamente à violência doméstica, dita a APAV¹³⁵ que “não há dados que sustentem diferentes níveis de violência nos relacionamentos homossexuais e heterossexuais. Aliás, estudos recentes desenvolvidos em Portugal e que reforçam indicadores já encontrados em outros países, revelam que a violência em casais do mesmo sexo é tão frequente como a violência em relacionamentos entre pessoas de sexo diferente”. As diferenças que se podem apontar entre as relações violentas entre homossexuais e heterossexuais residem: no tipo de violência a que se recorre (é comum entre os homossexuais recorrer-se à violência psicológica, através de ameaças de revelação da orientação sexual do parceiro, quando este ainda não a tenha revelado, como

¹³³ *A promiscuidade sexual na homossexualidade masculina*, in http://www.psicologia.pt/artigos/ver_artigo_licenciatura.php?codigo=TL0148, consultado em 16/07/2015.

¹³⁴ Comportamento que viola o que é considerado moral; relacionamento com vários parceiros sexuais.

¹³⁵ <http://apav.pt/lgbt/menudom.htm>, consultado em 16/07/2015

forma de o controlar e intimidar), na ligação entre a identidade sexual e a violência (muitas das vítimas acabam por aceitar que só estão nessa situação por serem gays ou lésbicas, culpabilizando-se), no facto de se acreditar que a violência doméstica só existe nas relações heterossexuais (o que leva a que as vítimas homossexuais não sejam levadas tão a sério nem protegidas como devem ser), no isolamento e confidencialidade da minoria LGBT (estando em causa uma minoria, as vítimas de violência sentem-se tentadas a esconder a sua condição, para não serem estigmatizadas e isoladas do grupo) e no estigma na procura de ajuda (isto porque, já sendo discriminadas pela sua orientação sexual, não é fácil a um homossexual pedir ajuda para sair de uma relação abusiva, correndo o risco de ser, também por isso, discriminado). Assim sendo, para além destas diferenças, que passam essencialmente pela forma de violência exercida e pelo medo de falar sobre ela, não se pode dizer que as relações homossexuais sejam mais suscetíveis de serem violentas do que as heterossexuais.

Em sentido parecido, estudos afirmam que, relativamente aos abusos sexuais a menores/pedofilia, não só crianças adotadas ou filhas de pais homossexuais são menos propensas a serem vítimas de abuso físico ou sexual pelos pais¹³⁶, como “a maioria das situações de abuso sexual decorrerem em meio familiar por pessoas que são heterossexuais (...)”¹³⁷. Nas palavras de Álvaro Carvalho, em declarações à TSF com data de 2011, no rescaldo das declarações de Tarcisio Bertone (representante do Vaticano), de acordo com as quais vários estudos ligam a homossexualidade à pedofilia, “o que há entre o abuso sexual e a homossexualidade é o mesmo que há, por exemplo, entre abuso sexual e celibato: coincidências”.

Quando se fala em famílias homossexuais, podem estar em causa dois pais ou duas mães com filhos provenientes de relações heterossexuais anteriores, apenas um pai ou mãe homossexuais e respetivos filhos, ou casais homossexuais que adotam uma criança ou que recorrem a métodos como a inseminação artificial para gerar uma criança. Como em Portugal os entraves e as proibições legais aos últimos meios são constantes, a situação mais comum é a que se referiu em primeiro lugar.

Contudo, conforme veio sendo defendido ao longo da presente dissertação, a legalização da adoção por casais do mesmo sexo em Portugal não só constituiria a concretização por completo

¹³⁶ Ordem dos Psicólogos Portugueses (2013). *Relatório de Evidência Científica Psicológica sobre Relações Familiares e Desenvolvimento Infantil nas Famílias Homoparentais*. Lisboa, in https://www.ordemdospsicologos.pt/ficheiros/documentos/relataorio_de_evidencia_cientifica_psicologica_sobre_as_relaa_aoes_familiares_e_o_desenvolvimento_infantil_nas_familias.pdf, consultado em 16/07/2015.

¹³⁷ Álvaro Carvalho, in http://www.tsf.pt/PaginalInicial/Vida/Interior.aspx?content_id=1542841, consultado em 16/06/2015

do direito à família para os homossexuais, como permitiria, acima de tudo, que mais crianças institucionalizadas pudessem passar a integrar famílias que cuidassem delas e que as desejassem, porque havendo mais casais a poder adotar, são maiores as hipóteses de que mais crianças sejam adotadas.

Vimos nas últimas páginas os argumentos mais utilizados contra a legalização da adoção por famílias homossexuais. Foram desmontados, esmiuçados e confrontados com factos concretos que, se bem entendidos, os desarmam. E não será para menos. Cada vez surgem mais estudos e pareceres no sentido de apoiar a alteração da lei, uma vez que, para além dos motivos que foram sendo referidos, Portugal permanece sozinho e isolado na posição de quem permite o casamento, mas não a adoção, por casais do mesmo sexo.

Resumidamente, a adoção continua a ser negada aos casais homossexuais porque o pensamento conservador e a influência da Igreja na maior parte da população continuam a ter peso na tomada de decisões que os contrariem. Apesar disso, parece-me errado que em pleno século XXI, um país como o nosso continue agarrado a ideias que fazem da homossexualidade uma doença e dos homossexuais pessoas desorientadas, sem capacidade para educar crianças, poços das piores influências e exemplos de tudo quanto não se deve seguir, sentir ou fazer.

Ficou provado, ao longo dos vários pontos da dissertação, que crianças e homossexuais têm em comum um passado atribulado, em que durante vários séculos foram postos à margem da sociedade, viram ser-lhes negados os direitos que lhes são inerentes e hoje, apesar de se perceber que a situação quer de uns, quer de outros, se alterou, a sociedade age de forma a impedir que convivam e constituam famílias, mesmo que tal seja a melhor solução para ambos os grupos.

De acordo com a Ordem dos Psicólogos¹³⁸, apesar de as capacidades parentais dos homossexuais serem constantemente postas em causa, consecutivas investigações provam que eles são pais capazes e que mantêm experiências de parentalidade em tudo semelhantes às vividas pelas famílias heterossexuais. Por outro lado, as famílias homoparentais são um espaço seguro para a educação dos filhos, não sofrendo, nem as capacidades parentais dos pais, nem a definição de género e a orientação sexual dos filhos, qualquer influência negativa por parte da orientação sexual dos primeiros.

Relativamente à tão afamada necessidade de as crianças terem um pai e uma mãe, porque a biologia assim o determina e a educação assim o requer, é de referir que a orientação sexual

¹³⁸ Ob. Cit. p. 87.

dos pais tem um papel muito menos importante na vida dos filhos do que relações familiares de qualidade, harmoniosas e estáveis. Nesse sentido, será mais benéfico para uma criança ser criada por dois pais ou duas mães, que geralmente apresentam níveis superiores de preocupação com vigilância, resolução de problemas, disponibilidade, respeito pela autonomia dos filhos e pela divisão igualitária de tarefas domésticas e profissionais, do que por um pai e por uma mãe abusivos, negligentes e que não demonstram pelos filhos qualquer uma das preocupações referidas.

Falar em crianças e nas preocupações que elas despoletam nos adultos implica falar no “superior interesse da criança”, isto é, nos cuidados que se devem ter para lhes garantir um desenvolvimento integral e sadio, rodeadas de afeto, amor, cuidado e, podemos afirmá-lo, família. E apesar das vozes que defendem que o superior interesse da criança, enquanto desenvolvimento psicológico, emocional e social saudável seria posto em causa pela homoparentalidade, os estudos referidos no relatório da Ordem dos Psicólogos em análise demonstram que “as crianças educadas em contexto homoparental se desenvolvem tão bem como os seus pares em termos psicossociais”. Nesse sentido, não será de estranhar que, entre crianças que vivem numa instituição e crianças que vivem com famílias homossexuais, as primeiras acabem por demonstrar um desenvolvimento mais negativo do que as segundas, uma vez que a institucionalização cria consequências negativas quer a nível social quer comportamental, sublinhando-se a existência de problemas de comportamento antissocial, competência social e relacionamento com os pares, muitas vezes devidas a maus-tratos, abusos e violência dentro das instituições. Por outro lado, as crianças retiradas das instituições e entregues a casais do mesmo sexo, como acontece com aquelas que são entregues a casais heterossexuais, de resto, demonstram uma recuperação mais rápida em relação aos traumas que tenham sofrido e que as tenham colocado em situação de institucionalização, melhorias nos padrões de vinculação, redução dos sinais de retirada emocional, afetos mais positivos e redução da prevalência de perturbações da saúde mental.

Como se disse a determinada altura da dissertação, não é pretensão da mesma por em causa o trabalho desenvolvido pelas instituições de acolhimento infantil em Portugal. Apesar de relatos com alguns anos nos darem conta de verdadeiros abusos e maus tratos em relação às crianças institucionalizadas, hoje sabemos que as instituições são, na sua maioria, locais dignos, seguros e fonte de cuidados para as crianças que deles necessitam, por serem a resposta do Estado para combater as situações em que os pais ou os responsáveis por elas as colocam em perigo. No entanto, quando as crianças estão em condições de ser adotadas, permitir-lhes que o

sejam e que integrem famílias que as desejem e que lhes deem condições de vida melhores do que aquelas que as instituições lhes podem dar, deve ser a opção a seguir.

O Superior interesse da criança deve ser o princípio orientador de todas as decisões que envolvem os menores, e se a adoção, nos termos vistos, é uma forma de o concretizar, abri-la aos casais do mesmo sexo constitui um reforço da sua garantia, da sua prática. Não está apenas em causa, como alguns referem, defender os interesses dos homossexuais. Mais do que isso, além disso, está a defesa dos interesses das crianças, principalmente daquelas a quem a biologia deu a vida, mas não a família. E se a Lei se pode “substituir” à natureza, quando estão em causa casais heterossexuais, não há, pelos argumentos apontados, motivos para que não o faça em relação aos casais do mesmo sexo. Na realidade, tendo em conta a luta que têm travado para que este direito lhes seja reconhecido, e o desejo tão profundo que alguns casais têm de adotar, não há dúvidas de que, sendo-lhes dada essa oportunidade, eles aceitarão qualquer criança que, literalmente, esteja disponível para adoção, completamente disponíveis para lhes darem uma vida repleta de amor, cuidados e tudo quanto todas as crianças merecem.

De forma a atingir esse fim, seria necessário proceder a uma alteração legislativa no sentido de legalizar a adoção por casais homossexuais, bastando, para tal, a título de exemplo, revogar o disposto no artigo 3.º da Lei n.º 9/2010, de 31 de maio, eliminado dessa forma a proibição expressa lá ditada.

CONCLUSÃO

Começava por dizer, dezenas de páginas atrás, que apesar do seu caráter geral e indeterminado, o conceito de “Superior Interesse da Criança” é aceite e respeitado como um Princípio Fundamental do nosso sistema jurídico e da maior parte dos sistemas jurídicos do Mundo, ou não fosse ele parte integrante e fundamental da Convenção Sobre os Direitos da Criança.

Enquanto princípio de tão reconhecida importância, todas as matérias e decisões que dizem respeito às crianças devem tê-lo em linha de conta, devendo sempre lançar-se mão de todos os instrumentos disponíveis que o garantam e que reforcem a garantia da sua aplicação.

Numa primeira fase da dissertação, dei conta da luta travada durante séculos para se chegar a uma definição justa de criança e ao reconhecimento dos direitos que, enquanto ser humano, lhe são inerentes. Tornou-se claro que estas conquistas não foram fáceis de alcançar, ou não tivesse a criança sido vista, durante bastante tempo, como objeto, propriedade ou mesmo pecado. No entanto, assim que se começou a reconhecer nos menores o seu potencial e as suas características e necessidades únicas, os vários ordenamentos jurídicos foram criando legislação que os protegesse, dando origem a diplomas de aplicação nacional e internacional, de forma a garantir que todas as crianças, de qualquer parte do mundo, são tratadas da mesma forma. O objetivo não foi totalmente alcançado, mas tendo em conta os verdadeiros horrores do passado, a situação atual é bastante mais positiva.

Depois, numa segunda fase, foram analisadas as formas de família que a lei portuguesa tem vindo a reconhecer, dando-se especial ênfase às famílias homossexuais, por serem parte fundamental da dissertação. Mais uma vez nos demos conta da luta e das dificuldades por que pessoas com uma orientação sexual “diferente” desde sempre enfrentaram, por a sociedade não os reconhecer como seres humanos normais com uma orientação sexual diferente da que é comum, mas por antes os tratarem como objetos sexuais, criminosos e doentes. Com o passar do tempo, contudo, essas ideias foram sendo abandonadas, e o crescente número de homossexuais assumidos e de associações defensoras desta minoria foram conquistando o reconhecimento dos seus direitos e um lugar na sociedade. Hoje, legislação internacional e decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem servem de exemplo à Lei Portuguesa, cujo caminho para alcançar a abertura de mentalidade do resto da europa e de alguns países do resto do mundo, se vai traçando aos poucos.

E foi do caminho que nos resta percorrer que se falou no 3.º capítulo desta dissertação. Como se disse, Portugal é atualmente o único país que permite o casamento entre pessoas do mesmo sexo, mas não a adoção de crianças por parte desses casais. Foram algumas as propostas já levadas à Assembleia da República no sentido de alterar a legislação, propondo-se até a legalização da coadoção, mas sem resultados positivos. Promessas e ideias de período pré-eleitoral surgem agora no sentido de voltar a propor a revisão e alteração da lei, no sentido de, finalmente, legalizar a adoção por casais do mesmo sexo.

A meu ver, como se tornou claro pelas ideias que defendi, essa conquista representaria o fim mais digno para um percurso atribulado na senda pelo reconhecimento dos direitos das crianças e dos homossexuais. Como referi atrás, permitir aos casais do mesmo sexo adotar crianças em situação de adotabilidade não só concretizaria por completo o direito à família dos homossexuais, previsto constitucionalmente e inerente a todos os seres humanos, mas até agora só reconhecido em metade, através do direito de casar, como constituiria, em primeira linha, um reforço da garantia do superior interesse da criança, no sentido em que lhes permitiria voltar a ter uma família que as ame, cuide e proteja, como também é seu direito.

“Filho é um ser que nos emprestaram para um curso intensivo de como amar alguém além de nós mesmos, de como mudar os nossos piores defeitos para darmos os melhores exemplos e de aprendermos a ter coragem.

Isso mesmo! Ser pai ou mãe é o maior ato de coragem que alguém pode ter, porque é expor-se a todo o tipo de dor, principalmente da incerteza de estar a agir corretamente e do medo de perder algo tão amado. Perder? Como? Não é nosso, recordam-se? Foi apenas um empréstimo!”

José Saramago

BIBLIOGRAFIA

ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, *O casamento de pessoas do mesmo sexo*, in <http://www.oa.pt/upl/%7Bcb64c0c1-71d7-49f1-abae-bb2ee9af4ca4%7D.pdf>

ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA – Divisão de Informação Legislativa e Parlamentar, *Casamento e outras formas de vida em comum entre pessoas do mesmo sexo*, Lisboa, Maio de 2007, in http://www.asg-plp.org/upload/cadernos_tematicos/doc_132.pdf.

AZEVEDO, INÊS, «Crianças – cidadãs europeias», *Boletim da Ordem dos Advogados*, n.º 105/106, agosto/setembro de 2013, p. 70 e 71.

BELEZA, TERESA PIZARRO e DE MELO, HELENA PEREIRA, «Discriminação e contra discriminação em razão da orientação sexual no direito português», *Revista do Ministério Público*, 123, 2010, p. 5-58.

Boletim da Ordem dos Advogados, n.º 93/94, agosto e setembro de 2012, p. 50.

Boletim da Ordem dos Advogados, n.º 100, março de 2013, p. 12

Boletim da Ordem dos Advogados, n.º 110, janeiro de 2014, p. 45.

CABO, ANA ISABEL, «Coadoção: sim ou não?», *Boletim da Ordem dos Advogados*, n.º 111, fevereiro de 2014, p. 24 a 27.

CÉSAR, ORLANDO, *Os direitos das crianças em perspetiva*, in http://www.cnpcjr.pt/Manual_Competicencias_Comunicacionais/int_legislacao_protcriancas.html.

COELHO, FRANCISCO PEREIRA e DE OLIVEIRA, GUILHERME, *Curso de Direito da Família – Volume I*, 4.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2008.

DIAS, CRISTINA M. ARAÚJO, «A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e as novas formas de família», *Revista da Universidade Portucalense*, N.º 15, 2012 p. 35-48.

DIAS, ISABEL, «Violência doméstica e Justiça», *Sociologia: Revista do Departamento de Sociologia da FLUP*, Vol. XX, 2010, pág. 251

DIAS, MARIA OLÍVIA, «Um olhar sobre a família na perspetiva sistémica: o processo de comunicação no sistema familiar», *Gestão e Desenvolvimento*, 19, 2001, p. 139-156.

FIGUEIRA, DIOGO CALDAS, *A adoção no âmbito da parentalidade homoafetiva*, in <http://familias.ilga-portugal.pt/investigacao-a-adocao-no-ambito-da-parentalidade-homoafetiva>.

GATO, JORGE, *Homoparentalidades: Perspetivas Psicológicas*, Edições Almedina, Coimbra, 2014.

GONÇALVES, DANIELA, TREVISAN, GABRIELA, GONÇALVES, JOSÉ LUÍS e DA SILVA, MARIA CRISTINA VIEIRA, *Criança, Sujeito de Direitos: A infância que se ergue – breve fundamentação*, JOANA CAVALCANTI (coord.), in revista.esepf.pt/index.php/sabereducar/article/.

HANISH, LAURA D. E FABES, RICHARD A., *Peer socialization of gender in young boys and girls*, T. Denny Sanford School of Social and Family Dynamics, Arizona State University, USA, 2014, in <http://www.child-encyclopedia.com/gender-early-socialization/according-experts/peer-socialization-gender-young-boys-and-girls>.

KINSEY, ALFRED C., POMEROY, WARDELL R. e Martin, CLYDE E., *Sexual Behaviour in the Human Male*, USA, 1948, in <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1447861/>.

MANATA, CELSO, “...no superior interesse da criança”, Seminário: Direitos das crianças e intervenção: que competências?”, Centro Ismaili, 2008, in www.cnpcjr.pt/preview_documentos.asp?r=2249&m=DOC.

MARTINS, PAULA CRISTINA, *Elementos para uma reflexão em torno dos Direitos da Criança*, Braga, 2000, p.4.

MOREIRA, ISABEL, «Coadoção – da exigência da extensão do instituto a casais do mesmo sexo», *Boletim da Ordem dos Advogados*, n.º 111, fevereiro de 2014, p. 32 a 34.

PATTO, PEDRO VAZ, «Coadoção - Por que digo não», *Boletim da Ordem dos Advogados*, n.º 111, fevereiro de 2014, p. 28 e 29.

PEDROSO, JOÃO e BRANCO, PATRÍCIA, «Mudam-se os tempos, muda-se a família. As mutações do acesso ao direito e à justiça de família e das crianças em Portugal», *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 82, setembro de 2008, p. 53-83.

PEGADO, ISILDA, «Coadoção – o que está em causa – alguns apontamentos», *Boletim da Ordem dos Advogados*, n.º 111, fevereiro de 2014, p. 30 e 31.

SOTTOMAYOR, CLARA, *Temas de Direito das Crianças*, Almedina, Coimbra, 2014.

SANTOS, DUARTE, *O casamento entre pessoas do mesmo sexo: Uma perspectiva constitucional*, in <https://www.oa.pt/upl/%7B99291ed8-bd5c-4550-97dc-6c7ab0b7eedb%7D.pdf>

<http://apav.pt/lgbt/menudom.htm>

<https://criancasatortoeadireitos.wordpress.com/2015/07/04/familia-de-acolhimento-em-vez-de-lar-de-infancia/>

<https://criancasatortoeadireitos.wordpress.com/tag/instituto-de-seguranca-social-iss/>

<http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/concubinage.php>

http://www.dn.pt/inicio/interior.aspx?content_id=615033

https://en.wikipedia.org/wiki/Same-sex_marriage_in_the_United_Kingdom

<http://www.encyclopedia-crianca.com/sites/default/files/textes-experts/pt->

[http://www.esquerda.net/artigo/fran%C3%A7a-aprova-casamento-entre-pessoas-do-mesmo-sexo/27589;](http://www.esquerda.net/artigo/fran%C3%A7a-aprova-casamento-entre-pessoas-do-mesmo-sexo/27589)

[http://www.gddc.pt/direitos-humanos/onu-proteccao-dh/orgaos-onu-estudos-ca-dc.html.](http://www.gddc.pt/direitos-humanos/onu-proteccao-dh/orgaos-onu-estudos-ca-dc.html)

<http://ilga-portugal.pt/actividades/centro-lgbt.php>

<http://www.lgbt.pt/lgbt-portugal/>

<http://www.liturgia.pt/rituais/Matrimonio.pdf>

<http://www.junior.te.pt/servlets/Gerais?P=Pais&ID=2425>

[http://observador.pt/2015/01/11/ps-desiste-da-co-adocao-gay-e-avanca-com-projeto-sobre-adocao-plena,](http://observador.pt/2015/01/11/ps-desiste-da-co-adocao-gay-e-avanca-com-projeto-sobre-adocao-plena)

[http://observador.pt/2015/01/22/40-parlamento-favor-da-adocao-por-casais-homossexuais/.](http://observador.pt/2015/01/22/40-parlamento-favor-da-adocao-por-casais-homossexuais/)

https://www.ordemdospsicologos.pt/ficheiros/documentos/relataorio_de_evidancia_cientifica_psicologica_sobre_as_relaes_familiares_e_o_desenvolvimento_infantil_nas_familias.pdf

[http://www.pgdlisboa.pt/.](http://www.pgdlisboa.pt/)

http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=553&tabela=leis

<http://www.publico.pt/mundo/noticia/franca-aprovou-o-casamento-gay-1592249>

<http://www.publico.pt/sociedade/noticia/necessidade-de-encontrar-alternativas-a-institucionalizacao-das-criancas-debatida-numa-conferencia-em-lisboa-1673639>

http://www.psicologia.pt/artigos/ver_artigo_licenciatura.php?codigo=TL0148

<https://www.rea.pt/forum/index.php?topic=1299.0>.

<http://www.savethechildren.org/site/c.8rKLIXMGlpI4E/b.6229507/k.C571/History.htm>

<http://www.un.org/es/sections/about-un/overview/index.html>.

<http://www.tvi24.iol.pt/sociedade/elatorio-de-caracterizacao-anual-da-situacao-de-acolhimento-de-criancas-e-jovens-casa-2014/8500-criancas-institucionalizadas-em-portugal>

http://www.tsf.pt/PaginalNicial/Vida/Interior.aspx?content_id=1724668

http://www.tsf.pt/PaginalNicial/Vida/Interior.aspx?content_id=1542841

http://www.vatican.va/archive/ESL0020/___P42.HTM