



Universidades Lusíada

Oliveira, Renata Maria Antunes Viegas Rosário de,
1968-

O casamento entre pessoas do mesmo sexo e adoção : o direito à diferença, as novas famílias, as famílias dos afectos

<http://hdl.handle.net/11067/3656>

Metadados

Data de Publicação	2013
Resumo	O que se procura reflectir é se a proibição da adopção por parte de homossexuais e de pessoas do mesmo sexo não constitui uma discriminação injustificada face à nossa lei nacional, uma verdadeira violação ao disposto nos artigos 13.º e 36.º da Constituição da República, prejudicando os direitos fundamentais das crianças e pondo em causa o verdadeiro interesse da criança, constituindo uma verdadeira incongruência jurídica, e manifestando a heterogeneidade do legislador nas suas opções legislativa...
Palavras Chave	União de facto - Portugal, Casamento entre pessoas do mesmo sexo - Direito e legislação - Portugal, Adopção - Direito e legislação - Portugal, Casamento (Direito) - Portugal
Tipo	masterThesis
Revisão de Pares	Não
Coleções	[ULL-FD] Dissertações

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-11-15T08:18:29Z com
informação proveniente do Repositório



UNIVERSIDADE LUSÍADA DE LISBOA

Faculdade de Direito

Mestrado em Direito

Área Científica de Ciências

Jurídico-Civilísticas

O casamento entre pessoas do mesmo sexo e adoção: o direito à diferença, as novas famílias, as famílias dos afectos

Realizado por:

Renata Maria Antunes Viegas Rosário de Oliveira

Orientado por:

Prof.^a Doutora Marta Andrea Matos da Costa

Constituição do Júri:

Presidente: Prof. Doutor José Artur Anes Duarte Nogueira
Orientadora: Prof.^a Doutora Marta Andrea Matos da Costa
Arguente: Prof. Doutor Pedro João Fialho da Costa Cordeiro
Vogal: Prof. Doutor José Alberto Rodriguez Lorenzo González

Dissertação aprovada em: 26 de Setembro de 2013

Lisboa

2012



U N I V E R S I D A D E L U S Í A D A D E L I S B O A

Faculdade de Direito

Mestrado em Direito

O casamento entre pessoas do mesmo sexo e a
adopção: o direito à diferença, as novas famílias, as
famílias dos afectos

Renata Maria Antunes Viegas Rosário de Oliveira

Lisboa

Setembro 2012



UNIVERSIDADE LUSÍADA DE LISBOA

Faculdade de Direito

Mestrado em Direito

O casamento entre pessoas do mesmo sexo e
a adopção: o direito à diferença, as novas famílias, as
famílias dos afectos

Renata Maria Antunes Viegas Rosário de Oliveira

Lisboa

Setembro 2012

Renata Maria Antunes Viegas Rosário de Oliveira

O casamento entre pessoas do mesmo sexo e a
adoção: o direito à diferença, as novas famílias, as
famílias dos afectos

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade Lusíada de Lisboa para a obtenção do
grau de Mestre em Direito.

Área científica: Ciências Jurídico-Civilísticas

Orientadora: Prof.^a Doutora Marta Andrea Matos da
Costa

Lisboa

Março 2012

Ficha Técnica

Autora Renata Maria Antunes Viegas Rosário de Oliveira
Orientadora Prof.^a Doutora Marta Andrea Matos da Costa
Título O casamento entre pessoas do mesmo sexo e a adopção: o direito à diferença, as novas famílias, as famílias dos afectos
Local Lisboa
Ano 2012

Mediateca da Universidade Lusíada de Lisboa - Catalogação na Publicação

OLIVEIRA, Renata Maria Antunes Viegas Rosário de, 1968-

O casamento entre pessoas do mesmo sexo e adopção : o direito à diferença, as novas famílias, as famílias dos afectos / Renata Maria Antunes Viegas Rosário de Oliveira ; orientado por Marta Andrea Matos da Costa. - Lisboa : [s.n.], 2012. - Dissertação de Mestrado em Direito, Faculdade de Direito da Universidade Lusíada de Lisboa.

I - COSTA, Marta Andrea Matos da, 1979-

LCSH

1. União de facto - Portugal
2. Casamento entre pessoas do mesmo sexo - Direito e legislação - Portugal
3. Adopção - Direito e legislação - Portugal
4. Casamento (Direito) - Portugal
5. Universidade Lusíada de Lisboa. Faculdade de Direito - Teses
6. Teses – Portugal - Lisboa

1. Concubinage - Portugal
2. Same-sex marriage - Law and legislation - Portugal
3. Adoption - Law and legislation - Portugal
4. Marriage law - Portugal
5. Universidade Lusíada de Lisboa. Faculdade de Direito - Dissertations
6. Dissertations, Academic – Portugal - Lisbon

LCC

1. KKQ568.O45 2012

Aos meus preciosos Pais, pela minha existência e por todo o seu amor, amando-me ensinaram-me a amar, sem eles não seria quem sou, três vidas não chegariam para lhes retribuir,

Obrigada a todos que fazem parte da minha vida... e por me fazerem viver com Amor!

AGRADECIMENTOS

Agradeço, aos meus queridos pais, pelo exemplo de amor e por terem conduzido o meu caminho. Aos meus queridos avós, pela referência que foram e são na minha vida e por todo o amor que me deram e a saudade que deixaram. À minha querida irmã, apoiante incondicional ao meu cunhado Cristóvão, pelo exemplo e pelas suas certeiras e sábias palavras. À minha querida sobrinha Rita, que enche a minha vida com cor.

Ao António, pelo seu amor, pela sua paciência e pelos seus silêncios.

Aos meus queridos amigos, que partilham o meu caminho e fazem a minha vida especial.

Ao Amadeu e à Clara, que iluminam o meu caminho, eles sabem.

À Professora Doutora Marta Costa, pelo exemplo singular de sapiência e apoio.

Ao Professor Doutor Eduardo Vera Cruz, que me ajudou a encontrar o meu pensamento, obrigada, pelo incentivo, pela sua criatividade e originalidade, e pela motivação e inspiração, e sem a qual não teria sido possível escolher o tema.

À minha estagiária, Dr.^a. Susana Martins, elemento precioso na recolha de elementos de estudo científico para a execução deste trabalho, aos meus amigos, Fátima Marques e Nuno Brito, pela minuciosa revisão e correcção final do trabalho, e pelo seu apoio moral.

A todos os autores, que citei, e que constituíram valiosíssima fonte de inspiração. A todos os Magistrados que com o seu testemunho profissional contribuíram para este trabalho, e a todas as pessoas que com o seu testemunho pessoal contribuíram fortemente para o resultado final deste trabalho. Agradeço ainda à ILGA, na pessoa de Dr.^a. Joana Amaral, pela disponibilidade e pela documentação facultada, que auxiliou em muito o resultado final do presente trabalho, e à colaboradora da Universidade Lusíada Catarina Graça, pelo seu auxílio na formatação do trabalho.

Obrigada a todos pelo apoio e por fazerem parte do meu caminho.

“ Uma longa viagem de mil milhas inicia-se com o movimento de um pé!”

Lao-Tsé

«As maneiras de amar já não são o que eram, tal como o não é a relação entre o masculino e o feminino. É um dos aspectos mais perturbadores de uma modificação simultânea das relações familiares, uma mutação incómoda, talvez a mais importante das transformações que afectam a nossa civilização em vésperas do terceiro milénio.»

Georges Duby (1991)

“O Amor não conhece limites, género ou sexo, só conhece afectos”

Renata de Oliveira (2012)

APRESENTAÇÃO

O Casamento entre Pessoas do Mesmo Sexo e a Adopção: o direito à diferença, as novas famílias, as famílias dos afectos.

Renata Maria Antunes Viegas Rosário de Oliveira

Até há pouco tempo, a legislação vigente em Portugal não permitia o casamento entre duas pessoas do mesmo sexo. Todavia, já conferia protecção legal às uniões de facto entre duas pessoas, independentemente do sexo, que viviam juntas há mais de dois anos. Esta matéria foi regulada pela Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio. Ao longo de vários anos, as iniciativas de natureza política e legislativa, bem como os movimentos da sociedade civil, defensores do casamento entre pessoas do mesmo sexo, levaram à aprovação da Lei n.º 9/2010 de 31 de Maio, que veio permitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Mas, como veremos nesta exposição tal consagração não foi consensual, havendo ainda quem considere que esta opção legislativa é inconstitucional, e há ainda quem considere que esta é uma imposição do princípio da igualdade e da não discriminação. A emergência destas novas realidades familiares fez eclodir outras questões prementes que não escapam ao “Direito”, como sejam: a adopção conjunta por parte de pessoas do mesmo sexo, a adopção singular por homossexuais, e a nova e recente figura jurídica denominada “apadrinhamento civil”. A verdade é que Portugal é hoje um dos poucos países do mundo com igualdade no acesso ao casamento entre pessoas do mesmo sexo e com uma lei da identidade de género que respeita os Direitos Humanos das pessoas transexuais. O compromisso do Estado Português com a não discriminação em função da orientação sexual e da identidade de género está patente na nova lei que aprovou o casamento entre pessoas do mesmo sexo, como ainda noutros instrumentos, designadamente no Plano Nacional para a Igualdade.

Acresce significar que a questão central e primordial que se coloca é saber se face à possibilidade do casamento de pessoas do mesmo sexo, introduzida pela Lei 9/2010 de 31 de Maio (que alterou o conceito legal de casamento, e no seu artigo 3º, nº1, consagrou expressamente a impossibilidade legal da adopção), será legítimo e constitucional vedar a adopção aos casais homossexuais. Nestes termos, a presente

dissertação, tem por objectivo geral a análise destas questões, procurando contribuir para uma reflexão crítica das novas realidades familiares, que são questões fracturantes, desafiam a consciência colectiva, colocando questões de ordem moral, religiosa, sociológica e antropológica, a que ninguém fica indiferente, que não escapam ao Direito e estão hoje na ordem do dia!

Várias questões se colocam: será que as críticas às opções discriminativas e às violações do princípio da igualdade, não serão elas próprias um argumento discriminativo de quem quer tratar igual o que não é igual? Serão os direitos dos homossexuais superiores aos interesses da criança? Será que a discriminação vencerá sobre o direito à diferença e a um tratamento diferencial?

Ou não serão tais discriminações verdadeiros atentados à forma de amar? Vencerão as famílias de afecto? Será legítimo “dar” um filho a uma família, ainda que pela adopção, ou será o filho que necessita da família? Vencerá o afecto sobre o preconceito?

Em suma, o que se procura reflectir, é se a proibição da adopção por parte de homossexuais e de pessoas do mesmo sexo, não constitui uma discriminação injustificada face à nossa lei nacional, uma verdadeira violação ao disposto nos artigos 13.º e 36.º da Constituição da República, prejudicando os direitos fundamentais das crianças e pondo em causa o verdadeiro *interesse da criança*, constituindo uma verdadeira incongruência jurídica, e manifestando a heterogeneidade do legislador nas suas opções legislativas.

Este é um longo percurso, cuja resolução está longe de ser cristalina ou consensual e fácil de alcançar!

Palavras-chave: União de Facto, Homossexualidade, Famílias, Casamento, Não Discriminação, Igualdade, Adopção, Afectos.

PRESENTATION

The Marriage and Same-Sex Adoption: the right to be different, new families, families of affection

Renata Maria Antunes Viegas Rosário de Oliveira

Until recently, the current law in Portugal did not allow marriage between two people of the same sex. However, it gave legal protection to unmarried couples people between the two, regardless of gender, who lived together for over two years. This matter was regulated by Law no. 7/2001 of 11 May. Over several years, the policy initiatives and legislative, as well as civil society movements, advocates of marriage between persons of the same sex, led to the adoption of Law no. 9/2010 of 31 May, which allowed marriage between persons of the same sex. But, as we shall see in this exhibition such consecration was not consensual and there are those who believe that this regulatory option is unconstitutional, and there are also those who believe that this is an imposition of the principle of equality and non-discrimination. The emergence of these new realities family hatch has other pressing issues that do not escape the "law", such as: the joint adoption by same-sex couples, the singular adoption by homosexuals, and new and recent legal concept called "civil patronage". The truth is that Portugal is now one of the few countries in the world with equal access to marriage between persons of the same sex and a gender identity law that respects the human rights of transgender people. The Portuguese government's commitment to non-discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity is reflected in the new law that approved marriage between persons of the same sex, but also other instruments such as the National Plan for Equality.

Moreover mean that the central issue and primordial that arises is whether face the possibility of marriage to same-sex couples, introduced by Law 9/2010 of 31 May (which changed the legal concept of marriage, and in particular Article 3 thereof, n.1, expressly devoted to the legal impossibility of adoption) is legitimate and constitutional seal the adoption to homosexual couples. Accordingly, this dissertation aims to examine these issues generally, seeking to contribute to a critical reflection of the new realities family issues that are divisive, challenge the collective conscience,

asking questions of moral, religious, sociological and anthropological, that nobody is indifferent, not outside the law and are now on the diary!

Several questions arise: is criticism of discriminative options and violations of the principle of equality, are not themselves an argument discriminative who wants the same deal that is not equal? Are gay rights superior to the interests of the child? Will win discrimination on the right to difference and differential treatment? That will not be true attacks such discrimination to the way of love? Win the affection of families? Is it legitimate to "give" a child to a family, even by adoption, or is the child who needs family? Win the affection about prejudice?

In short, it seeks to reflect, is the ban on adoption by homosexuals and people of the same sex does not constitute an unjustified discrimination against our national law, a true violation of Articles 13., And 36. Constitution of the Republic, undermining the fundamental rights of children and undermining the true interests of the child, constituting a true legal anomaly, and manifesting the heterogeneity of legislators in their legislative options.

This is a long journey, whose resolution is far from consensual or crystalline and easy to reach!

Keywords: Fact Union, Homosexuality, Family, Marriage, Non-Discrimination, Equality, Adoption, Affections

SUMÁRIO:

1. Introdução – apresentação do tema, sistematização e metodologia	19
2. A família, as uniões de facto e a sua perspectiva histórica	29
2.1. Secção I – A família, as uniões de facto e os seus antecedentes Históricos ...	29
2.1.1. A família e a sua evolução	29
2.1.2. As uniões de facto e a sua evolução histórica	31
2.1.3. As Uniões de Facto Homossexuais e seus Antecedentes Históricos	40
3. Dados estatísticos	59
3.1. A Sociedade e a Família em Números Estatísticos	59
3.1.1. Dados Estatísticos em Portugal	59
3.1.2. Dados Estatísticos do caso particular da Holanda.....	64
3.1.3. Dados Estatísticos da União Europeia.....	66
4. Estudo da união de facto entre pessoas do mesmo sexo e o casamento no Direito Europeu Comunitário e no Direito Comparado.....	69
4.1. Análise do Direito Comparado e razões do seu estudo.....	69
4.1.1. A União de Facto e o Casamento entre Pessoas do mesmo Sexo e o Direito Europeu Comunitário	73
4.1.2. A União de Facto e o Casamento entre Pessoas do mesmo Sexo e o Direito Comparado a Tutela Jurídica nos Diferentes Estados da União Europeia	84
4.1.3. Modelo Jurídico Escandinavo das relações entre pessoas do mesmo sexo	86
4.1.4. Modelo Jurídico das relações entre pessoas do mesmo sexo na Suécia .	89
4.1.5. Modelo Jurídico das relações entre pessoas do mesmo sexo na Islândia e Finlândia	91
4.1.6. Modelo Jurídico das relações entre pessoas do mesmo sexo na Alemanha	92
4.1.7. Modelo Jurídico das relações entre pessoas do mesmo sexo no Reino Unido	94
4.1.8. Modelo Jurídico das relações entre pessoas do mesmo sexo na Holanda	97
4.1.9. Modelo Jurídico das relações entre pessoas do mesmo sexo na Bélgica	101
4.1.10. Modelo Jurídico das relações entre pessoas do mesmo sexo na Espanha	103
4.1.11. Modelo Jurídico das relações entre pessoas do mesmo sexo na França	109
4.1.12. Considerações:.....	112
5. O percurso do casamento entre pessoas do mesmo sexo em Portugal	115
5.1. Breves Considerações sobre o Casamento entre Pessoas do Mesmo Sexo em Portugal	115

5.1.1. Percurso legislativo das uniões de facto homossexuais ao casamento entre pessoas do mesmo sexo	115
6. O casamento entre pessoas do mesmo sexo e a génese e evolução legislativa..	119
6.1. As Embrionárias iniciativas políticas defensoras do Casamento entre pessoas do mesmo Sexo	125
6.1.1. Proposta de Lei do Governo sobre o Casamento entre Pessoas do mesmo Sexo e as diferentes propostas dos diferentes Partidos Políticos	126
6.1.1.1. Proposta do Partido Socialista que esteve na origem da Lei n.º 9/2010, de 31 de Maio	127
6.1.1.2. Proposta do Partido do PSD	129
6.1.1.3. Proposta do Partido Ecologista Os Verdes.....	130
6.1.1.4. Proposta do Partido do Bloco de Esquerda	132
6.1.1.5. Considerações finais sobre as propostas	133
7. As diferentes posições defendidas no Acórdão do Tribunal Constitucional que apreciou o Diploma sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo	137
7.1. Acórdão Constitucional N.º 121/2010, de 8 de Abril que apreciou o diploma que aprovou o casamento entre pessoas do mesmo sexo	137
7.2. A Constitucionalidade ou Inconstitucionalidade da Lei 9/2010 de 31 de Maio	145
8. A adopção em Portugal e as suas vicissitudes face à Lei 9/2010 de 31 de Maio .	153
8.1. Considerações gerais	153
8.1.1. Breve referência histórica	155
8.1.2. Breve referência histórica do Instituto da Adopção em Portugal	156
8.1.3. O Novo Regime Jurídico da Adopção	159
8.1.4. Constituição da Adopção	160
8.1.5. Modalidades da Adopção: Adopção Plena e Adopção Restrita.....	160
8.1.6. Requisitos Gerais da Adopção Plena e Restrita	162
8.1.6.1. Capacidade para adoptar.....	164
8.1.6.1.1. Regime da Adopção Plena	164
8.1.6.1.2. Adopção Restrita	165
8.1.7. Capacidade Relativamente ao Adoptado quer na Adopção Restrita quer na Adopção Plena	166
8.1.7.1. Âmbito e Pressupostos da Confiança Judicial com vista à Futura Adopção.....	167
8.2. Medida de Promoção e Protecção de Confiança à Pessoa Seleccionada para Adopção.....	169
8.3. Da Adopção Internacional e da Adopção de Menor Residente em Portugal por Candidato Residente no Estrangeiro	170
8.4. A Proibição da Adopção Por Casais do Mesmo Sexo	171

8.5. A figura do apadrinhamento civil e a sua inaplicabilidade aos casais do mesmo sexo	182
8.6. Percurso Legislativo da Eliminação da Impossibilidade Legal de Adopção por casais do mesmo Sexo.....	187
8.7. Projecto de Lei do Bloco de Esquerda.....	187
8.7.1. Projecto de Lei dos PEV	189
8.7.2. Projecto de Lei do Partido Socialista relativo à procriação medicamente assistida.....	191
8.7.3. Diferentes Posições e Pareceres sobre os projectos	192
9. Reflexão crítica e conclusões.....	195
9.1. Apreciação Crítica e conclusões sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo e a adopção	195

1. INTRODUÇÃO – APRESENTAÇÃO DO TEMA, SISTEMATIZAÇÃO E METODOLOGIA

As Uniões de Facto Homossexuais¹, ocupam hoje um novo papel no seio das relações familiares, sendo crescente a sua visibilidade² e não obstante a sua aceitação mais ou menos consensual no seio da sociedade, sustentaram a tutela jurídica de que hoje beneficiam até alcançarem o casamento. Fazendo nossas as palavras de MARTA COSTA³, “não nos podemos esquecer que, durante muitos anos, e ainda até há relativamente pouco tempo os homossexuais encontravam-se totalmente imbuídos na esfera da ilegalidade”.

A presente dissertação desenvolver-se-á na área do Direito da Família, e terá por tema o fenómeno do casamento entre pessoas do mesmo sexo, e os emergentes efeitos pessoais, bem como as novas concepções de conjugalidade e as consequências que a mesma acarreta ao nível da adopção e do apadrinhamento civil e, em particular, a adopção por parte de casais do mesmo sexo.

As relações jurídicas familiares⁴ abrangem uma matéria muito extensa e heterogénea; normas de Direito Penal, Direito Fiscal, Direito da Segurança Social, Direito do Trabalho, da Função Pública e muitas outras, naturalmente não poderemos abordar todas como seria do nosso agrado, pois esta não é uma tese de Doutoramento, mas sim uma dissertação de mestrado, e tal abordagem extravasaria o seu âmbito.

Com ela, apenas se pretende suscitar as questões que estão relacionadas com o fenómeno do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Uma realidade jurídica recente, muito embora seja possível afirmar que as relações homossexuais remontam aos primórdios da civilização como veremos. Mas actualmente, têm maior visibilidade

¹ COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais, p. 850.

² PAIS, Sofia Oliveira; SOUSA, António Frada - A União de facto e as uniões registadas de pessoas do mesmo sexo: uma análise de direito material e conflitual, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 59, Abril 1999, p. 693-752. Quanto às razões para justificar a crescente relevância que o debate sobre o casamento de pessoas do mesmo sexo, por um lado assistimos a uma maior visibilidade social crescente das relações entre parceiros homossexuais, tendencialmente menos reprimidos do ponto de vista moral, para já não mencionar o aspecto penal, numa sociedade cada vez mais globalizada; por outro lado, verificou-se nas sociedades ocidentais uma alteração progressiva da noção tradicional de casamento, marcado pela finalidade praticamente exclusiva da procriação e educação da prole, para a concepção hoje dominante do casamento como relação de convivência; PINHEIRO, Jorge Duarte - O ensino do direito da família contemporâneo, p.137.

³ COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito europeu: uniões homossexuais, p. 850.

⁴ MENDES, João de Castro - Direito da família, p. 10 ; PINHEIRO, Jorge Duarte - O ensino do direito da família contemporâneo, p.18.

e reconhecimento, e suscitam um conjunto de reflexões fracturantes a que o Direito não pode ficar indiferente, suscitando alguma complexidade e conflitualidade, impondo ao Direito que se adapte a estas novas realidades e as discipline.

As relações familiares não escapam aos efeitos da globalização, as questões da “família” são hoje questões globais, cuja regulamentação não pode deixar de ser global⁵.

Efectivamente, como observa JORGE DUARTE PINHEIRO⁶, o “Direito da Família” influi e procura influir de forma intensa, na vida de cada indivíduo, regulando aquilo que o art.º 67.º, n.º 1 da CRP, designa como “elemento fundamental da sociedade”⁷. A família é um elemento fundamental da sociedade, é ela a base estrutural do ser humano, como já defendia Aristóteles, e a sua importância remonta à antiguidade⁸. De facto, já nas diferentes culturas civilizacionais, p.e. a cultura romana e grega, e durante séculos, a família foi reconhecida como base indissolúvel da sociedade, como célula primordial da estrutura dos povos. A família fundada no matrimónio⁹, entre um homem e uma mulher, no dom recíproco fiel e duradouro, representou a garantia da própria existência, como sociedade humana durante muitos séculos.¹⁰

Todavia esse conceito está hoje em mudança, e para alguns, em crise. Mas como afirma MARTA COSTA, “se durante mais de um século, a garantia da estabilidade da convivência familiar, baseada no matrimónio, constituiu a preocupação primacial dos direitos da família europeu”¹¹, em causa estava uma visão inteiramente institucional da família, onde as relações se configuravam como permanentes e estáveis, hoje num mundo global, esse contexto está claramente em mutação permanente, numa sociedade também ela em permanente mudança e na qual o “Direito da Família” procura resposta.

⁵ COSTA, Marta ANDREA Matos da - Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais. ; CID, Nuno Salter de - A comunhão à margem do casamento: entre o facto e o direito. ; PAIS, Sofia Oliveira; SOUSA, António Frada - A união de facto e as uniões registadas de pessoas do mesmo sexo, uma análise de direito material e conflitual, p. 693.

⁶ PINHEIRO, Jorge Duarte - O ensino do direito da família contemporâneo, p.18.

⁷ PINHEIRO, Jorge Duarte - O ensino do direito da família contemporâneo, p.18.

⁸ CAMPOS, Diogo de Leite - Nós estudos sobre o direito das pessoas, p.165.

⁹ LIMA, Fernando Andrade Pires de; VARELA, João de Matos Antunes - Código civil anotado, Vol. IV., p.253. ; COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de - Curso de direito da família. ; RALLO, Vito (2004) - Discurso de Monsenhor na Assembleia Geral da Comissão Internacional do Estado Civil. [Em linha]. [Consultado em 23 Abril 2012]. Disponível em http://www.vatican.va/roman_curia/secretariat_state/2004/documents/rc_seg-st_20040915_ciecrallo_po.htmlEdimburgo,

¹⁰ No mesmo sentido ASCENSÃO, José de Oliveira - O Direito. Introdução e teoria geral, p. 335.

¹¹ COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais, p. 17.

Durante um largo período de tempo, o Direito da Família resumia-se fundamentalmente ao Direito Matrimonial e ao Direito da Filiação, mas as convulsões de valores introduziram novos conceitos e puseram em crise ou melhor em discussão a “Instituição Família”, até porque o legislador não é nem pode ser imune à realidade social e económica.¹².

Mas será que este conceito está efectivamente em crise ou não estará somente em mudança? Para alguns autores está em crise para outros em mudança¹³.

O “Direito da Família” contemporâneo assenta hoje num modelo animado pela ideia de liberdade individual¹⁴, levando à emergência da chamada união de facto entre pessoas de sexo diferente ou do mesmo sexo, e à convivência em economia comum.

A emergência destas novas realidades fez despontar outras questões prementes que não escapam ao “Direito”, como sejam: a adopção conjunta, adopção singular e a adopção singular por heterossexuais e ou por homossexuais, não esquecendo a nova realidade do “apadrinhamento civil”.

Ora face a esta insofismável realidade, que segundo alguns pôs em crise o conceito tradicional de casamento, suscita-se a controvérsia de saber se esta nova realidade deu lugar a novas formas de família.

Havendo assim quem muito reclame maior aproximação da união de facto ao casamento, e ainda quem reclame os mesmos direitos para os parceiros homossexuais, sejam eles casados ou não, particularmente no que respeita à adopção e ao apadrinhamento civil, por considerarem que tais impedimentos constituem verdadeira discriminação.

Para alguns autores, como OLIVEIRA ASCENSÃO¹⁵, uma questão coloca-se: *vão* serão estas novas tentativas de aproximação, “intromissões na liberdade individual”?

¹² PITÃO, José António de França - Uniões de facto e economia comum.; CAMPOS, Diogo Leite de - Nós estudos sobre os direitos das pessoas, 148.

¹³ LEITE, Sofia - Revista do Instituto Nacional de Estatísticas, n.º 33, 2003 - [A união de facto em Portugal](http://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_publicacoes&PUBLICACOESpub_boui=378572&PUBLICACOESstema=55466&PUBLICACOESmodo=2&xlang=pt), Rev. INE, p.95-140 [Em linha]. [Consultado em 23 Abril 2012]. Disponível em http://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_publicacoes&PUBLICACOESpub_boui=378572&PUBLICACOESstema=55466&PUBLICACOESmodo=2&xlang=pt. Este artigo refere que estudos sociológicos sobre a “perda do valor das relações familiares, a “crise ou o “fim da família, a observação mais atenta por parte de muitos sociólogos da família revelou que a ideia de transformação ou mudança na família não significa necessariamente a sua desagregação ou mesmo o seu fim.

¹⁴ PINHEIRO, Jorge Duarte - O ensino do direito da família contemporâneo, p.159.

¹⁵ OLIVEIRA, Ascensão José de - O direito. Introdução e teoria geral.

Será legítimo impor padrões de família a quem não os quis adoptar? Estas e outras questões reclamam respostas, ou senão caminhos.

Assistimos, nas últimas décadas, a importantes mutações nos padrões de nupcialidade e conjugalidade em Portugal. Entre elas, destacam-se o aumento do casamento civil em detrimento do religioso, a acentuada subida dos valores do divórcio, a queda das taxas de nupcialidade e o aumento significativo de nascimentos fora do casamento, para além de outros indicadores. Por outro lado, tendem a difundir-se outras formas de conjugalidade, tais como a união de facto, quer como uma fase experimental, quer como uma alternativa ao casamento, e até a própria forma como os casais vivem a relação conjugal tem vindo a alterar-se.

Actualmente a conjugalidade, é vivida e encarada de forma diferente de há uns anos atrás, mantida sobretudo por razões de sobrevivência, linhagem e transmissão do património, com claras desigualdades de papéis sexuais e sob fortes pressões e constrangimentos familiares no passado. A conjugalidade é hoje partilhada com o ser escolhido e amado e é sinónimo de afecto e intimidade, um lugar de refúgio contra o mundo exterior.

Apesar de a união de facto não ser uma realidade jurídica recente em Portugal, ela tem aumentado consideravelmente nos últimos anos, quer em número, quer em visibilidade¹⁶. A união de facto já não é, hoje, uma situação específica de um dado grupo social ou de uma determinada região do País, mas começa a generalizar-se como uma situação alternativa ao casamento legal. A novidade está, pois, no significado que ela pode assumir actualmente para os seus protagonistas, quer heterossexuais quer homossexuais, e no modo como é encarada pelos outros indivíduos.¹⁷

Foram estas as razões que nos levaram a escolher este tema, pois sendo questões muito actuais, são também transversais, fracturantes, e carecem de uma resposta que nunca será definitiva.

¹⁶ GLENDON, Mary Ann - The Transformation of family Law, p.492-493.

¹⁷ LEITE, Sofia - Revista do Instituto Nacional de Estatísticas, n.º 33, 2003 - A união de facto em Portugal, Rev. INE, p.95 [Em linha]. [Consultado em 23 Abril 2012]. Disponível em http://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_publicacoes&PUBLICACOESpub_boui=378572&PUBLICACOESstema=55466&PUBLICACOESmodo=2&xlang=pt.

As relações familiares são hoje questões globais e carecem de respostas que as consciências colectivas e individuais reclamam, e às quais o Direito não pode ficar indiferente¹⁸.

Feitas as considerações introdutórias sobre a escolha do tema e sua apresentação, procederemos agora à indicação da sua respectiva sequência e sistematização.

O tema centrar-se-á no casamento entre pessoas do mesmo sexo e, particularmente, na proibição expressa da adopção e do apadrinhamento civil por parte dos casais do mesmo sexo.

Assim, entendemos dividir a dissertação em várias partes distintas, por ordem cronológica e de importância, de forma a abranger todas as questões que a matéria suscita.

A dissertação será iniciada por uma parte introdutória, na qual se procurará explanar a apresentação da dissertação e da sua pertinência e actualidade, seguindo-se um capítulo e um subcapítulo, com uma breve referência histórica ao conceito de família e às uniões de facto nas suas diversas modalidades, das uniões de facto heterossexuais às uniões de facto homossexuais cuja existência remonta à antiguidade, optando assim por um enquadramento histórico dos conceitos e convulsões sociais e económicas que estiveram na base da emergência das novas realidades familiares.

Apresenta-se seguidamente um capítulo no qual tentaremos desenhar os contornos e o enquadramento jurídico e jurisprudencial das uniões de facto homossexuais e do casamento entre pessoas do mesmo sexo no contexto do Direito Europeu na União Europeia, assim como os movimentos que estiveram na sua génese, procuraremos ainda fazer uma abordagem ao nível do Direito Comparado através de uma breve excursão sobre o “*mapa mundi*” das uniões de facto homossexuais, e do casamento entre pessoas do mesmo sexo, bem como o seu enquadramento legal em alguns Países da União Europeia. Aqui optámos por apresentar a problemática na óptica do Direito Europeu e do Direito Comparado, e das soluções aí adoptadas, restringindo-nos a alguns países da União Europeia, cujas legislações nos parecem mais progressistas, pois por razões de limitação de tempo e bibliográficas, não poderemos abarcar todas.

¹⁸ COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais, p.626.

E como não poderia deixar de ser, seguir-se-á um capítulo destinado à quantificação estatística das uniões de facto em Portugal e na União Europeia, com particular incidência nos casamentos entre pessoas do mesmo sexo, recolhendo desta forma as tentativas encetadas no seio da Europa que visaram contribuir para a harmonização das soluções jurídicas nesta matéria, objecto da presente dissertação.

Analisaremos de seguida o percurso legislativo Português das uniões de facto homossexuais ao casamento entre pessoas do mesmo sexo e, num outro capítulo, a génese e a evolução legislativa e os instrumentos legais existentes em Portugal, em particular a Lei 7/2001, de 11 de Maio alterada pela Lei 23/2010 de 30 de Agosto.

Posteriormente, e ainda no mesmo capítulo, será analisado o enquadramento legal do casamento entre pessoas do mesmo sexo em Portugal e a sua evolução legislativa e política, no qual será tratada a questão do casamento entre pessoas do mesmo sexo, pela análise do artigo 1577.º e 1628.º do Código Civil, da constitucionalidade ou inconstitucionalidade e, nele trataremos ainda das diferentes posições jurisprudenciais, das posições das associações, dos movimentos cívicos e políticos.

Seguir-se-á um outro capítulo, no qual serão tratadas as diferentes posições defendidas no Acórdão do Tribunal Constitucional, que apreciou o diploma sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Existirá ainda o capítulo que visará analisar o casamento entre pessoas do mesmo sexo e as suas repercussões ao nível da adopção e do apadrinhamento civil. A questão central e primordial que se coloca é saber se face à possibilidade do casamento de pessoas do mesmo sexo, introduzida pela Lei n.º 9/2010 de 31 de Maio, se será legítimo e constitucional vedar a adopção aos casais homossexuais, e cingimo-nos aqui aos efeitos pessoais, pois são esses que relevam para a questão central da presente dissertação – a adopção por homossexuais. Assim, e neste capítulo, será sumariamente abordado o regime jurídico da a adopção e do apadrinhamento civil face à lei que aprovou o casamento entre pessoas do mesmo sexo, bem como, as diversas iniciativas legislativas que visaram alterar a recente Lei que aprovou o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

No último capítulo e para terminar, procederei às considerações finais, sumariando as principais questões suscitadas através de uma reflexão crítica.

Na matéria respeitante às fontes, foi efectuada uma pesquisa dos autores mais conceituados em “Direito da Família” e, em particular, dos que têm tratado a matéria das uniões de facto, foram ainda recolhidos vários textos, estudos e pareceres mais relevantes e controversos nesta matéria.

Por outro lado, foi ainda efectuada uma recolha selectiva de toda a legislação portuguesa e da legislação estrangeira, pesquisadas e consultadas várias teses de Doutoramento, pareceres e estudos sobre esta matéria, dos quais destacamos aqui Senhor Professor Carlos Pamplona Côrte-Real, Professora Doutora Marta Costa, Doutora Isabel Moreira, Senhor Doutor José António de França Pitão, Senhor Professor José de Oliveira Ascensão, Senhor Professor Guilherme de Oliveira e Senhor Professor Nuno de Salter Cid. Foram ainda consultados vários *sites* da Comissão Europeia, que amavelmente cederam informação e gentilmente procederam à indicação de *links* específicos desta matéria, foram ainda consultados e recolhidos elementos de estudos dos sites dos diferentes movimentos associativos existentes na sociedade portuguesa, nomeadamente a International Lesbian and Gay Association Portuguesa, (ILGA).

Foi também recolhida e seleccionado um conjunto de Jurisprudência quer Europeia, quer nacional relativamente ao casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Aqui, deparamo-nos com algumas dificuldades pois a Jurisprudência existente sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo é diminuta e a Jurisprudência relativa à adopção por parceiros do mesmo sexo é inexistente, por razões óbvias, já que a lei que permite o casamento entre pessoas do mesmo sexo é demasiado recente, pelo que, escasseiam as fontes jurisprudenciais e doutrinárias e, o mesmo se verifica quanto a estudos, pareceres e monografias.

Como não poderia deixar de ser, foram seleccionados e recolhidos dois estudos estatísticos, junto do Instituto Nacional de Estatística, sobre o casamento e as novas formas de relacionamento, bem como, um estudo recolhido junto do Instituto Superior de Ciências Sociais, e um outro cedido pela Comissão Europeia.

Por outro lado, foram recolhidos alguns depoimentos de autoridades em matéria do “Direito da Família”, bem como de algumas personalidades da vida pública Portuguesa, cujo testemunho não poderia deixar de auscultar e reproduzir no trabalho.

No que respeita à revisão da literatura, procedeu-se ao levantamento dos autores considerados figuras mais relevantes na área do Direito da Família, centrando-nos em autores portugueses, sem contudo esquecer algumas referências a autores estrangeiros que habitualmente são citados pelos autores portugueses, nomeadamente autores franceses.

A metodologia empregue no presente trabalho foi uma metodologia qualitativa e dedutiva, partindo do geral para chegar ao particular, procurando ainda pelo estudo comparativo chegar a algumas reflexões e conclusões, ainda que não constituam verdadeiras soluções, apenas se pretende apontar caminhos, sendo o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo o mote. Impõe-se algumas alusões a factos históricos e dispersos e que nos ajudam de certo modo a tentar conhecer o passado para compreender o futuro.¹⁹

A presente dissertação não tem a pretensão de ser um tratado, mas sim um estudo, uma forma de contribuir para uma reflexão crítica das novas realidades familiares, que como já referi, são questões fracturantes, desafiam a consciência colectiva, colocando questões de ordem moral, religiosa, sociológica e antropológica, à quais ninguém fica indiferente, que não escapam ao Direito e que estão hoje na ordem do dia.

Várias questões se colocam: será que as críticas discriminativas, não serão elas próprias um argumento discriminativo, de quem quer tratar igual o que não é igual? Serão os direitos dos homossexuais superiores aos interesses da criança? Será que a discriminação vencerá sobre o direito à diferença e a um tratamento diferencial? Ou não serão tais discriminações verdadeiros atentados à constituição de família?

Será legítimo impor padrões de família a quem não os quis adoptar? Ou vencerão as famílias de afecto?

Será legítimo “dar” um filho a uma família, ainda que pela adopção, ou será o filho que necessita da família? Vencerá o afecto sobre o preconceito? Será legítimo permitir a adopção a todo o custo ou prevalecerão os interesses da criança? É que não podemos deixar de acentuar que na adopção o interesse prelevante é o do

¹⁹ ROBERT, Bogdan Sari Bilklen - Investigação qualitativa em educação, 1994.

adoptado e não o do adoptante.²⁰ Esta é uma longa viagem, um longo percurso, cuja solução, está longe de ser cristalina ou consensual e fácil de alcançar.

²⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira - O Casamento de pessoas do mesmo sexo. Revista da Ordem dos Advogados, p. 391-411.

2. A FAMÍLIA, AS UNIÕES DE FACTO E A SUA PERSPECTIVA HISTÓRICA

2.1. SECÇÃO I – A FAMÍLIA, AS UNIÕES DE FACTO E OS SEUS ANTECEDENTES HISTÓRICOS

2.1.1. A FAMÍLIA E A SUA EVOLUÇÃO

Não faria sentido falar nas uniões de facto homossexuais e no casamento entre homossexuais, sem fazer uma breve referência histórica à evolução da família e das uniões de facto heterossexuais, pois também elas sofreram mutações ao longo dos tempos e foram também alvo de perseguições.

Assim, o resumido estudo que empreenderemos sobre as uniões de facto e o concubinato no Direito Romano e no antigo código Hammurabi, e como observa ALMEIDA CRUZ²¹, “é necessariamente feito em segunda mão”. Isto é, nas palavras do citado, “seria impossível proceder a um exame directo dos textos jurídicos e bíblicos, pelo que nos baseamos nos estudos literários e nas interpretações dos textos bíblicos, limitando-nos a sufragar as interpretações dos diferentes autores”²² que se nos afiguraram mais consentâneas com os textos, por outro lado seguimos neste capítulo de perto a exposição de Jorge Duarte Pinheiro, Diogo Leite Campos, Pereira Coelho Guilherme de Oliveira, in Curso de Direito da Família, Volume I e introdução ao Direito Matrimonial, e Nuno Salter Cid, Geraldo da Cruz Almeida, em “A União de Facto No Direito Português Contemporâneo”.

A família²³ ao longo dos tempos sofreu um processo de transformação que levou ao surgimento de novas realidades afectivas. As transformações económicas e demográficas foram causa e efeito de diversas transformações no seio da família. Hoje é possível identificar dois períodos, um período pré-industrial e um período pós industrial. No primeiro, temos a família alargada e, no segundo, a família nuclear característica das sociedades modernas, onde as funções da família foram sendo transferidas para o Estado e para a sociedade²⁴.

²¹ ALMEIDA, Geraldo da Cruz - União de facto, convivência more uxorio em direito internacional privado.

²² ALMEIDA, Geraldo da Cruz - União de facto, convivência more uxorio em direito internacional privado.

²³ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de - Curso de direito da família.

²⁴ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de - Curso de direito da família, p. 99. ; COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais, p.1-13.

A família perdeu as suas funções religiosas e assistenciais, esbateram-se assim os poderes do *pater romano*. As sociedades modernas são hoje caracterizadas pelas famílias do “eu”.²⁵ A família deixou de estar assente em relações de dominação, desprendendo-se do culto religioso, para uma emancipação e culto do individualismo, assente na procura por cada um dos seus membros da sua felicidade e realização pessoal^{26, 27}.

A sociedade, organizada por Deus, “transformou-se” na sociedade gerada e organizada por contrato (“social”). O casamento – instituição tradicional, sustentado pela pressão social e pelo Direito –, é substituído pelo casamento-contrato, entregue às vontades dos cônjuges, sob a égide da felicidade²⁸.

O casamento passou a ser considerado como a união entre duas pessoas independentes que prosseguem com liberdade a sua felicidade. À medida que a família perdeu o seu sentido social tradicional, centra-se sobre a “função de intimidade”: sobre a colaboração e aperfeiçoamento mútuos dos cônjuges e educação dos filhos, as concepções familiares e os símbolos familiares conheceram assim transformações significativas.

Efectivamente como observa JEAN CARBONNIER, “a família passou a ter um papel social em que o pressuposto é a prossecução da felicidade”²⁹, só sendo assegurado, eventualmente, como produto desta prossecução, daí que o direito ao divórcio e à sua dissolução não foi mais que uma conquista das liberdades individuais de cada um, associado à emancipação da mulher e ao seu papel na família e na sociedade³⁰.

Ao longo dos tempos a família foi perdendo as suas funções políticas que tinha no Direito Romano³¹, as suas funções produtivas, educativas e assistenciais, reforçando porém a sua afectividade como símbolo da modernidade, gerando assim novas formas

²⁵ Cfr. DUBY, George - Amor e sexualidade no Ocidente, p.31.

²⁶ Cfr. CARVALO; Cláudia Constante - A relação amorosa ganha novos contornos: a metáfora guerreira – «conquistar» o ser amado – é substituída pela imagem do «companheiro» – etimologicamente, «aquele com quem se partilha o pão», que passa a ser «aquele com quem se partilham os sentimentos», implicando assim uma identidade de condição entre dois seres humanos”- CARVALHO; Cláudia Constante - Trabalho desenvolvido no âmbito de uma investigação subsidiada pelo programa Ciência da Junta de Investigação Científica e Tecnológica através do contrato de Bolsa de Mestrado n.º BM/1948/91. Instituto Superior de Psicologia Aplicada de Lisboa.

²⁷ CAMPOS, Diogo de Leite - Lições direito da família e das sucessões, p.59.

²⁸ DUBY, George ; FARIA, Ana Paula - Amor e sexualidade no Ocidente.

²⁹ CARBONNIER, Jean - Flexible Droit, p.24. - Droit Civil. Introduction. Les personnes, la famille.

³⁰ CAMPOS, Diogo de Leite - Lições direito da família e das sucessões, p.242 e 243.

³¹ COELHO, Francisco Pereira ; OLIVEIRA, Guilherme de - Curso de direito da família, p. 100 ; COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais, p.11- 47.

de relações afectivas que geraram novas formas de relações familiares. Nas palavras de PEREIRA COELHO, “o amor tornou-se um assunto exclusivo dos amantes³², e o casal tornou-se o próprio legislador³³, como resultado da perda da legitimação da comunhão de vida e do casal por parte da Igreja e do Estado. Como resultado de tudo isto, observou-se o aparecimento da “relação pura³⁴ . Segundo PEREIRA COELHO, surgiu assim uma nova forma de família, “a família relacional, verificando-se desta forma uma diminuição dos casamentos e um eclodir das chamadas Uniões de Facto³⁵ .

2.1.2. AS UNIÕES DE FACTO E A SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A importância reconhecida à família e ao casamento não é recente, já no chamado «Código de Hammurabi»^{36,37} foram dedicados à família à sua constituição e efeitos muitos dos seus artigos. Assim é possível afirmar com substância que a união de pessoas de sexo oposto, fora do matrimónio, é antiga, e foi praticada no Direito Babilónico, aliás, era pratica frequente.

Efectivamente no Código de Hammurabi datado do séc. XIX A.C., nascido da experiência do povo babilónico, vários eram os artigos que disciplinavam as relações entre homens e mulheres, particularmente aquelas sujeitas à convivência e poligamia, termos que muitas vezes se confundiam. Assim, e como narra LARA PEINADO, o referido código:

No seu art. 144.º, o aludido código prescrevia que, se um *awilu* (cidadão livre na estrutura social babilónica) esposasse uma *natidum* (sacerdotisa), a qual era impedida de procriar, esta última poderia escolher, entre as suas escravas, uma para tal fim. Porém, a essa escrava, conforme disponha o art. 146.º, não lhe era permitido ocupar o lugar de esposa, apesar de não poder voltar a ser vendida como escrava, sendo que os filhos fruto desse concubinato poderiam segundo o referido Código, ser reconhecidos pelo pai. Já o art. 145.º possibilitava, nessa mesma situação, que o esposo tomasse

³² BECK-GERNSHEIM, Elisabeth - La reinvencción de la familia, Apud COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de - Curso de direito da família, p. 109. e COSTA, Marta - Uniões de facto, convivência more uxorio no direito da família europeu: uniões de facto homossexuais.

³³ COELHO, Francisco Pereira ; OLIVEIRA, Guilherme de - Curso de direito da família, p. 104.

³⁴ GIDDENS, Anthony - Modernidade y identidad del yo, p. 237-8.

³⁵ COELHO, Francisco Pereira ; OLIVEIRA, Guilherme de - Curso de direito da família, p.105.

³⁶ São numerosos os estudos sobre o código Hammurabi; citamos apenas um: PEINADO, F. Lara - Código de Hammurabi Apud ALMEIDA, Geraldo da Cruz - União de facto, convivência more uxorio no direito internacional privado.

³⁷ ALMEIDA, Geraldo da Cruz - União de facto, convivência more uxorio no direito internacional privado.

uma segunda esposa dentro da classe das *sugitum* (também sacerdotisa, mas de classe inferior à *natidum*^{38 39}).

Resulta claro, que já na época, as uniões de facto não só existiam, como eram também disciplinadas, beneficiando assim de uma tutela jurídica, ainda que com contornos distintos e por razões absolutamente distintas, designadamente por necessidade de regular os direitos sucessórios dos filhos ao tempo designados não reconhecidos.

Acresce sublinhar, que também no direito romano as chamadas uniões estáveis ou uniões de facto, ao tempo designadas por concubinato, afiguravam uma forma de união inferior ao casamento, todavia já nele era prevista e tutelada. Patrícios e plebeus, impedidos de se unirem pelo casamento, uniam-se frequentemente pela união de facto, onde havia coabitação sem a *affectio maritalis*. Segundo ALMEIDA CRUZ e DIOGO LEITE CAMPOS, para os romanos, “o que diferenciava o casamento da simples posse era a *affectio maritalis*^{40 41}, isto é, na manifestação de vontade, na intenção”.

Igualmente, nos primórdios do Direito Canónico, como observa ALMEIDA CRUZ, a figura do concubinato não era totalmente desconhecida como instituição legal, a verdade é que não só era reconhecida como era regulada, tendo inclusive sido tratada como forma de casamento⁴².

Como observa DIOGO LEITE CAMPOS, consta que “Santo Agostinho admitiu o baptismo de uma concubina, sob a condição de que esta se obrigasse a não deixar o companheiro”⁴³, reconhecendo assim a concubinagem. É de sublinhar que o primeiro Concílio de Toledo autorizou o concubinato com carácter perpétuo, regulando assim a figura da união de facto. Contudo, e com a institucionalização do casamento como sacramento, a igreja sentiu necessidade de impor diversas proibições ao concubinato. Assim, e como observa ALMEIDA CRUZ, a Igreja mudou de posição e no “Concílio de

³⁸ PEINADO, F. Lara - *Código Hammurabi. estudo preliminar*. [Em linha]. [Consultado em 21 Abril 2012] Disponível em <http://www.angelfire.com/me/babiloniabrasil/hamur.html>.

³⁹ LECRERQ, Jackes E. - A família, p. 80.

⁴⁰ ALMEIDA, Geraldo da Cruz - Da união de facto: convivência more uxorio em direito internacional privado.

⁴¹ CAMPOS, Diogo Leite - Nós estudos sobre o direito das pessoas, p. 199.

⁴² ALMEIDA, Geraldo da Cruz - União de facto, convivência more uxorio em direito Internacional privado, p. 22.

⁴³ CAMPOS, Diogo Leite - Nós estudos sobre o direito das pessoas, p. 199.

Trento impôs como sanção para os aqueles que praticassem o *concubinato* a excomunhão, mas apenas o *concubinato qualificado*, isto é, o concubinato adúltero”.⁴⁴

Aliás, após a leitura dos textos bíblicos, é facilmente observável que já ao tempo a figura da união de facto era reconhecida e regulada, como observa ALMEIDA CRUZ,⁴⁵.

A bíblia numa visão histórica, a Bíblia, de certa forma, traz um exemplo do costume disciplinado no art. 144.º do Código de Hammurabi. Sara, esposa de Abraão, ao achar-se impossibilitada de gerar um filho, oferece-lhe a sua escrava Agar, em quem Abraão concebe Ismael (Génesis 16:3 e 16). Outro exemplo vem de Jacob, que enganado por Labão, seu sogro, casou-se com Lea, a irmã mais velha da mulher que se chamava Raquel, a quem realmente amava. Porém Jacob acerta com Labão o casamento também com Raquel. Ela, por sua vez, diante da esterilidade, oferece a Jacob, sua serva Bilha, com quem ele teve dois filhos. Lea, de idade já avançada e com quatro filhos, oferta-lhe sua serva Zilpa (Génesis, 29:9 e 31). Um outro exemplo, vulgarmente citado dos textos da Bíblia, conta que o Rei Salomão «tinha setecentas mulheres princesas e trezentas concubinas», assim se constata que também na bíblia já existia referências às chamadas uniões de facto.⁴⁶

Segundo o citado ALMEIDA CRUZ, foi no reinado do imperador Augusto, “que se verificaram as condições necessárias ao estabelecimento de uma disciplina jurídica do concubinato”⁴⁷. São deste tempo as conhecidas Leis: Lex Iulia de maritandis ordinibus, Lex Iulia de Adulteris coercendis e pela Lex Iulia et Papia, compilações de leis que visavam incentivar o matrimónio, e desta foram regulando o concubinato.

A doutrina cristã influenciou em muito o Direito Romano, tendo conhecido muitos seguidores, e, se no séc. I. era pouco influente, no séc. III a doutrina da religião cristã já seduzia grande parte do povo romano. Assim, o Imperador Constantino (282-337), primeiro dos imperadores cristãos, deparou-se, ao seu tempo, com a seguinte realidade: o concubinato estava enraizado no povo romano, àquele tempo formado por pessoas de variadas nações, culturas e costumes, o que se contrapunha ao ideal cristão. Perante tal facto, o Imperador Constantino, publicou um édito, no ano 326, que prescrevia sanções a fim de desincentivar o concubinato e incentivar a celebração do matrimónio, pela conversão daquele em matrimónio, premiando assim todos aqueles que a ele quisessem aceder, no fundo legitimava tal união, e premiava a mesma com

⁴⁴ ALMEIDA, Geraldo da Cruz - União de facto, convivência more uxorio no direito Internacional privado.

⁴⁵ ALMEIDA, Geraldo da Cruz - União de facto, convivência more uxorio no direito Internacional privado, p. 111. e LECRERQ, Jacques E. - A família, p. 80.

⁴⁶ ALMEIDA, Geraldo da Cruz - Da união de facto: convivência more uxorio em direito internacional privado, p. 111.

⁴⁷ ALMEIDA, Geraldo da Cruz - Da união de facto: convivência more uxorio em direito internacional privado, p. 120.

a possibilidade legitimar a sua prole, submetendo-a ao poder paterno e, por isso, à família de seu pai, pois, até o período do direito pós-clássico, o concubinato era tratado como união extra matrimonial e, conseqüentemente, com vínculo apenas materno. Os filhos oriundos do concubinato eram chamados de *liberi naturales*, visto possuírem, com o pai concubino, apenas vínculo natural. A esses filhos, o Direito Romano reconheceu direitos, principalmente os relacionados a alimentos e sucessão. Curiosamente, e como observa ALMEIDA CRUZ, “esta era já uma visão progressista à época, mas era obviamente como forma de combater tal prática e com preocupações de regulamentação jurídica que se prendiam com os efeitos jurídicos sucessórios de tais uniões”⁴⁸.

Assim, Constantino incentivou e premiou a conversão do concubinato em matrimónio, mediante a institucionalização de penalidades para todos aqueles que não aproveitassem a tal conversão, designadamente pelo estabelecimento de penas que impossibilitavam a doação ou testamento aos filhos e à concubina. Como observa ALMEIDA CRUZ⁴⁹, “o imperador Constantino, com o objectivo de banir a prática do concubinato, indirectamente concedeu-lhe efeitos jurídicos”.

Com a divisão do Império Romano, Valentiniano I, imperador do Ocidente, mediante a Constituição de 371, incrementou a possibilidade de os filhos naturais e as concubinas herdarem por testamento, regulamentando e protegendo assim de alguma forma o concubinato.⁵⁰

Porém, como observa ALMEIDA CRUZ, “alguns autores atribuem ao imperador Justiniano, o grande, como assim era designado, a institucionalização do concubinato, isto é, a sua elevação à categoria de instituto jurídico”. Apontando como causa histórica e política, o ambiente favorável ao matrimónio que se vivia à época. Nesse sentido o citado autor refere, “que muitos estudiosos atribuem ao período dos imperadores cristãos, a institucionalização do concubinato à categoria de instituto jurídico”⁵¹. Consta, que Justiniano suprimiu a diferença entre as mulheres da classe honesta e as que não possuíam essa condição, permitindo desta forma o casamento

⁴⁸ ALMEIDA, Geraldo da Cruz - Da união de facto, convivência more usorio em direito internacional privado, p. 111.

⁴⁹ ALMEIDA, Geraldo da Cruz - Da união de facto, convivência more usorio em direito internacional privado.

⁵⁰ ALMEIDA, Geraldo da Cruz - Da união de facto, convivência more usorio em direito internacional privado.

⁵¹ ALMEIDA, Geraldo da Cruz - Da união de facto, convivência more usorio em direito internacional privado. p. 128.

daquelas que anteriormente apenas podiam ascender à categoria de concubinas; o que levou à dificuldade de se distinguir o matrimónio do concubinato. Assim, como observa ALMEIDA CRUZ⁵²,

estabeleceu-se para o concubinato um estatuto semelhante ao do casamento, ao estabelecer-se uma espécie de requisitos para o concubinato, designadamente a observância de impedimentos impostos pelo grau de parentesco e afinidade, a idade mínima de 12 anos para a mulher, a monogamia e o princípio de que, tal como no matrimónio, o concubinato não se desfazia pela “loucura” de um dos concubinos. Agora, a concubina tinha direito a alimentos do patrono se finda a relação e, se não houvesse descendentes legítimos, a concubina e seu filho poderiam herdar todo o património do falecido.

Segundo ALMEIDA CRUZ⁵³, “estas diversas atribuições aos diferentes períodos, devem-se às diferentes interpretações que os estudiosos efectivaram sobre as respectivas leis”.

Refere ainda o citado autor ALMEIDA CRUZ⁵⁴, “que o período concubinato romano perdurou no Império do Ocidente, até ao final do séc. XII, época de sua erradicação, em parte devido à obra de Gregório VII, enquanto no Oriente permanece até o séc. X, ao tempo do Imperador Leão (886-911)”, em que é extinto como instituição jurídica, pela Novela 91 expedida por Leão.⁵⁵

Ainda a propósito da igreja, é comum sublinhar que a Igreja Católica não previa até ao Concílio de Trento (1545-1563), qualquer formalismo para a celebração do matrimónio. Neste sentido ALMEIDA CRUZ⁵⁶, refere que “inicialmente o Direito Canónico, apesar de não legitimar o concubinato, não deixou de o regular e até de lhe conferir alguns efeitos, no Código das Sete Partidas, de Castela, compilado por Afonso X, em 1256, do Corpus Juris Civilis”, por sua vez, instituiu um tipo de união frequente ao final da Idade Média, a *barregania*, permitida aos nobres e outros homens tidos por honrados. Nessa união, esses homens e as mulheres que desejassem estabelecer uma relação estável sob um mesmo teto, ao partilharem alimentos e a propriedade de bens, bem como, a procriação, poderiam perante notário expressar de sua livre

⁵² ALMEIDA, Geraldo da Cruz - Da união de facto, convivência more usorio em direito internacional privado.

⁵³ ALMEIDA, Geraldo da Cruz - Da união de facto, convivência more usorio em direito internacional privado, p. 128.

⁵⁴ ALMEIDA, Geraldo da Cruz - Da união de facto, convivência more usorio em direito internacional privado.

⁵⁵ VOLTERRA, Edoardo - Concubinato direito romano, p. 733-1052, Apud ALMEIDA, Geraldo da Cruz - Da união de facto, convivência more usorio em direito internacional privado.

⁵⁶ ALMEIDA, Geraldo da Cruz - Da união de facto, convivência more usorio em direito Internacional privado.

vontade, regulando através de cláusulas a vida em comum, designando de *barregania* e à mulher de barregã, e referiam-se ao homem como aquele que vivia abarreganado. Contudo a *barregania* exigia o cumprimento de certas condições: deveriam ambos ser solteiros e ter a idade mínima de dezoito anos.

Em tempos da Idade Média, e como defende ALMEIDA CRUZ⁵⁷ e DUARTE PINHEIRO⁵⁸, “o combate ao concubinato teve vários defensores, entre os quais Santo Agostinho e Santo Ambrósio, conhecendo o seu máximo no Concílio de Trento (1545 a 1563)”⁵⁹, associado claramente ao advento do protestantismo que vinha sendo difundido com sucesso na Europa, o que levou a Igreja Católica a procurar a unidade do catolicismo mediante definições dogmáticas e reformas disciplinadoras. Defendem ainda os citados autores⁶⁰, “que no referido Concílio⁶¹, a Igreja Católica restringiu fortemente a permissividade da prática do concubinato, posição que vinha já sendo defendida desde os tempos do Concílio de Nicéia (325), Cartago (397), Toledo (400), Basileia (431) e Latrão (1516)”. E se já anteriormente considerava sacrilégio o designado concubinato qualificado, isto é, aquele que pressuponha relação incestuosa ou adúltera, agora condenava e punia qualquer tipo de relação concubinária.⁶²

Em Portugal, como refere ALMEIDA DA CRUZ⁶³, “o concubinato era designado de *barregania*”. Ao tempo no Reino, as Ordenações Filipinas (1603), também denominadas “do Reino”, posteriores ao referido concílio, mas ainda baseadas nas anteriores Ordenações Manuelinas, continham ainda, no 2º do Título 46 do Livro 4º, previsão da ocorrência da comunhão de bens entre cônjuges frente à prova de convivência em “casa teúda e manteúda”, dentre outras, “em pública voz e fama de

⁵⁷ ALMEIDA, Geraldo da Cruz - Da união de facto, convivência more uxorio em direito internacional privado, p. 112.

⁵⁸ CAMPOS, Diogo Leite de - Nós estudos sobre o direito das pessoas, p. 199.

⁵⁹ Foi convocado pelo Papa Paulo III para assegurar a unidade da fé e a disciplina eclesiástica, no contexto da Reforma da Igreja Católica e a reacção à divisão então vivida na Europa devido à Reforma Protestante, razão pela qual é denominado também de Concílio da Contra-Reforma.

⁶⁰ ALMEIDA, Geraldo da Cruz - Da união de facto, convivência more uxorio em direito internacional privado. ; CAMPOS, Diogo Leite de - Nós estudos sobre o direito das pessoas.

⁶¹ CAMPOS, Diogo Leite de - Nós estudos sobre o direito das pessoas, p. 200. ; ALMEIDA, Geraldo da Cruz - Da união de facto: convivência more uxorio em direito internacional privado, p. 112.

⁶² Sobre o Direito Canónico, e qualificação do casamento e sacramento, veja-se, além do estudo clássico de ESMEIN - Le Mariage en Droit Canonique ; JEAN. Dauvillier - Le mariage dans le droit classique ; BRUNDAGE, J.A. - Law, Sex, and Christian Socie ; ROUSSELLE Aline - A política dos corpos: entre procriação e continência em Roma; SCHMITT Pauline - História das mulheres: a antiguidade, p. 380. ; VEYNE, Paul - O império romano ; DUBY George - História da vida privada: do império romano ao ano mil, p. 85. ; KASER, Max - Direito privado romano, p. 330.

⁶³ ALMEIDA, Geraldo da Cruz - Da união de facto, convivência more uxorio em direito internacional privado, p. 22.

marido e mulher” por período que permita ao Direito presumir a união chamada de morgânica ou à morganeira, sem as formalidades do casamento religioso.

Assim, essa forma de casamento de facto, tal como um concubinato puro, nada mais era que o antigo *usus romano*, comparável à actual união estável ou união de facto. Defende assim ALMEIDA CRUZ⁶⁴, “que nas ordenações a berraganha, assumia uma dupla perspectiva”. Por um lado, “revestia um carácter ilícito, por outro, assumia a natureza familiar, pela atribuição de alguns efeitos jurídicos”.

Como sublinha o mesmo autor, ALMEIDA CRUZ, o “que a tornava punível, era a qualidade de quem a pratica”, o que não deixa de ser curioso. Assim, a “barreganha praticada por solteiros não era punida, sendo até permitida aos clérigos celibatários”. Só tendo vindo a ser proibida e punida após o referido concílio de Trento.

Podemos concluir, como faz o ALMEIDA CRUZ⁶⁵, que as Ordenações, “deram particular relevo à berreganha incestuosa punindo a mesma com pena de morte”, sendo diferente o tratamento à barreganha pratica pelos solteiros, “sendo a este propósito comum, referir que por exemplo as doações não estavam proibidas na barreganha entre solteiros”.

Contudo, e como refere o mesmo autor ALMEIDA CRUZ⁶⁶, as Ordenações Filipinas, “parece ter sido instituído um regime de bens entre berregueiros, concluindo que no seu entender a barreganha gerava afinidade para alguns efeitos jurídicos”. O que efectivamente revelava já a pratica institucionalizada na sociedade, no fundo a importância da mesma e a preocupação legislativa em regular a mesma, ainda que como forma de a combater, dado o carácter sacramental que o casamento assumira a partir do concílio de Trento.

Como ensina ALMEIDA CRUZ⁶⁷,

o código de 1867 manteve o essencial do regime previsto nas Ordenações no que respeita ao estatuto da concubina, proibindo as doações feitas pelo homem casado à

⁶⁴ ALMEIDA, Geraldo da Cruz - Da união de facto, convivência *more uxorio* em direito internacional privado, p. 139.

⁶⁵ ALMEIDA, Geraldo da Cruz - Da união de facto, convivência *more uxorio* em direito internacional privado, p. 148.

⁶⁶ ALMEIDA, Geraldo da Cruz - Da união de facto, convivência *more uxorio* em direito internacional privado, p. 151.

⁶⁷ ALMEIDA, Geraldo da Cruz - Da união de facto, convivência *more uxorio* em direito internacional privado, p. 151.

sua amante (art.º 1480.º) e interditando a disposição de bens pelo cônjuge adúltero a favor do seu cúmplice (art.º 1771.º)⁶⁸.

Contudo e a partir do séc. XVI, a Reforma Protestante^{69 70} conduziu à distinção entre os mundos secular e espiritual e possibilitou a separação entre o Estado e a Igreja e, com tal separação, afastou o carácter sacramental do casamento, surgindo assim, o casamento civil, adoptado primeiramente pela Holanda em 1580, seguido da Inglaterra em 1653 e da França em 1792.

O enfraquecimento da Igreja Católica e o advento da Revolução Francesa, adepta da sociedade laica, modificaram a postura repressiva até então instituída face às uniões concubinárias para prevalecer a indiferença.

Nesse período, e como ensina ALMEIDA CRUZ, é tida como “certa a célebre frase atribuída a Napoleão Bonaparte: **“Les concubins se passent de la loi, la loi se desinteresse d’eux”**”,⁷¹ pois o Código Francês de 1804, inicialmente, não regulamentava as uniões concubinárias, vindo apenas a fazê-lo aquando da revisão do n.º 4 do art. 340.º, no qual veio a estabelecer o reconhecimento da paternidade no caso de notoriedade da convivência em estado concubinário.

Neste sentido, ALMEIDA CRUZ⁷² ensina que “a partir da metade do séc. XIX, os tribunais franceses, começaram a apreciar as pretensões das concubinas”, tem sido apontando como marco inicial dessa concepção a famosa sentença do Tribunal de

⁶⁸ ALMEIDA, Geraldo da Cruz - Da união de facto, convivência more uxorio em direito internacional privado, p. 151.40; FONSECA, Sandra; LOURAÇO Sara; LOURENÇO Silvia - Os movimentos femininos em Portugal no século XX: o caso particular do MDM. Pode ser consultado em http://neh.no.sapo.pt/documentos/os_movimentos_femininos_em_portugal.htm

⁶⁹ COSTA, Mário Júlio de Almeida - História do direito português, p. 25 e p. 269.; CAETANO, Marcelo - História do direito português, p. 553-563.

⁷⁰ Importa referir que o ano de 1517 marca o início da Reforma protestante, com a afixação das 95 Teses do frade Agostinho alemão Martinho Lutero (1483-1546), em Vitemberga. Apresentado na véspera do Dia de Todos os Santos, altura em que eram pagas as indulgências, este texto põe em causa vários pilares da Igreja romana, como a existência do Purgatório, o celibato dos padres, o culto da Virgem e dos santos e a autoridade de Roma, entre outros pontos considerados fundamentais. Estas ideias não eram de todo irreconciliáveis com a Igreja romana. Contudo, a intransigência de Roma acabou por condenar Lutero através da bula Exsurge Domine (1520), levando-o a separar-se definitivamente da Igreja romana e a procurar o seu próprio caminho, expresso nas suas três obras fundamentais: À Nobreza Cristã, Do Cativo de Babilónia e Da Liberdade do Cristão. A Reforma dita protestante teve diversos precursores, os mais importantes dos quais foram o inglês Wycliffe e o boémio Huss, nos séculos XIV e XV, mas a figura determinante do movimento reformista é sem dúvida a de Martinho Lutero (1483-1546), ao qual se juntaram numerosos outros teólogos e pensadores, em toda a Europa. Com base em informação retirada do site: www.infopedia.pt/reforma-protestante

⁷¹ COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais. ; CID, Nuno de Salter - Direitos humanos e família: quando os homossexuais querem casar. No mesmo sentido PINTÃO, José António de França - Uniões de facto e economia comum, p.37.

⁷² ALMEIDA, Geraldo da Cruz - Da união de facto, convivência more uxorio em direito internacional privado, p. 24. Apud RENÉ Landre, p.62.

Rennes de 1883. Nessa decisão, perante a alegação de que a concubina havia ingressado com bens próprios na formação do acervo patrimonial, falecido o companheiro, o Tribunal entendeu atribuir-lhe a quarta parte dos bens do *de cujus* também em razão de serviços prestados.

A Corte de Paris viria a inovar as concepções, vindo admitir a existência da sociedade de facto. Pelo que, e até essa data a protecção do concubinato tinha por base ou fundamento, o reconhecimento de uma verdadeira relação comercial entre os concubinos, com esta decisão jurisprudencial, a protecção à concubina passou a basear-se na protecção da vida em comum.

Essa era a visão predominante na jurisprudência francesa por volta de 1900, Neste sentido, ALMEIDA CRUZ⁷³ refere, “o que levou, em 1912, ao surgimento da primeira lei francesa sobre o concubinato, daí a expressão que muitos autores defendam de que a França é a pátria do Direito Concubinário”.

Relativamente a Inglaterra, que vivia sob a influencia do direito canónico, ensinam ALMEIDA CRUZ e CASTRO MENDES⁷⁴, que as “determinações quanto ao casamento emanadas do Concílio de Trento não foram observadas pela Inglaterra, situação que perdurou até o ano de 1753”, assim, quando o rei George II editou a *Lord Hardwicke Act* e tornou nulos todos aqueles casamentos que não fossem oficializados por ministro da Igreja Anglicana. Isso levou à extinção do casamento sem formalidades da *common law*.

Com o advento da Revolução Russa de 1917, por força de leis imperiais, ALMEIDA CRUZ⁷⁵, observa que a lei “considerou legítima a união conjugal e a vida marital”, a Revolução trouxe assim a novidade do casamento civil e determinou o registo dos casamentos religiosos anteriores.

Refere ainda o citado autor ALMEIDA CRUZ⁷⁶, que em Espanha, no campo do Direito de Família, o Código Civil de 1889 optou, de acordo com a “Constituição espanhola de 1876, por seguir os cânones do Concílio de Trento e repudiar o carácter laico da

⁷³ ALMEIDA, Geraldo da Cruz - Da união de facto, convivência more uxorio em direito internacional privado, p. 151.

⁷⁴ ALMEIDA, Geraldo da Cruz - Da união de facto, convivência more uxorio em direito internacional privado. MENDES, José Castro ; SOUSA, Teixeira de - Direito da família.

⁷⁵ ALMEIDA, Geraldo da Cruz - Da união de facto, convivência more uxorio em direito internacional privado, Apud BELLON, JACQUES - Direito sovietico.

⁷⁶ ALMEIDA, Geraldo da Cruz - Da união de facto, convivência more uxorio em direito internacional privado.

Revolução Francesa”. No solo espanhol, àquele tempo, os católicos eram obrigados ao casamento conforme os ditames da Igreja só se permitindo o casamento civil àqueles que, comprovadamente, não professavam a fé católica. Mais tarde, durante a ditadura Franquista, a prova foi resumida na declaração dos próprios nubentes de que não eram católicos.

Deste brevíssimo excuro pela história das uniões de facto, é possível concluir com propriedade, como defende ALMEIDA CRUZ⁷⁷, que efectivamente “a união de facto, não é a pertença do mundo moderno, mas remonta à antiguidade”, umas vezes aceite outras punida, mas sempre presente ao longo da história da humanidade, assumindo no entanto contornos diversos.

2.1.3. AS UNIÕES DE FACTO HOMOSSEXUAIS E SEUS ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Conforme refere OLIVEIRA ASCENSÃO⁷⁸, “o significado biológico da homossexualidade é por si só um problema”. Segundo NUNO DE SALTER CID⁷⁹, “para uns a homossexualidade foi tomada como algo adquirido, uma doença, para outros como algo inato, no seu entender”, segundo o citado, a “homossexualidade é ainda hoje um assunto em aberto”. De acordo com OLIVEIRA ASCENSÃO, a verdade é que, “a homossexualidade teve na história manifestações muito diversas e tratamentos também muito diferenciados, umas vezes iníquos outros odiosos”.⁸⁰

A luta dos homossexuais remonta ao passado, mas ainda hoje é uma questão actual, e foi sempre uma luta pela igualdade, uma luta pela tutela jurídica e não luta pela aceitação, mas sim pela não discriminação, ou seja, os homossexuais não querem ser reconhecidos, querem sim ser tratados de igual modo perante a lei. Um longo caminho foi percorrido, ao sabor dos ideais e valores predominantes na sociedade, e, se é certo que se foram alterando ao longo dos tempos, também certo é que não são fáceis de alterar por simples lutas de grupos ainda hoje minoritários, ainda que já reconhecidos. O percurso foi longo, e ainda está longe de se achar concluído.

⁷⁷ ALMEIDA, Geraldo da Cruz - Da união de facto, convivência more uxorio em direito internacional privado.

⁷⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira - O casamento de pessoas do mesmo sexo. R.O.A., Ano 71, p. 391-411

⁷⁹ CID, Nuno de Salter - Direitos humanos e família: quando os homossexuais querem casar, p. 201.

⁸⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira - O casamento de pessoas do mesmo sexo. R.O.A., Ano 71, p. 391-411.

Numa sociedade essencialmente católica as uniões entre homossexuais não poderiam deixar de ser matéria fracturante. Como observa DIOGO LEITE CAMPOS⁸¹, “a concepção judaico-cristã do matrimónio, concebido como uma união entre homem e mulher naturalmente destinada à procriação e à educação dos filhos”, logo incompatível com qualquer outra forma de união, sempre condenou as uniões homossexuais.

Neste sentido, OLIVEIRA ASCENSÃO⁸², narra que a “prática de actos sexuais entre pessoas do mesmo sexo tem sido desde sempre condenada por essa mesma tradição”. Citando assim que;

Na Bíblia Sagrada e no Antigo e Novo Testamento, contém passagens que testemunham esta rejeição. «Se um homem coabitar sexualmente com um varão, cometeram ambos um acto abominável; serão os dois punidos com a morte: o seu sangue cairá sobre eles»⁸³.

Em bom rigor, e a propósito, NUNO DE SALTER CID, defende que “ainda hoje a Igreja Apostólica Romana desaprova os actos e as relações homossexuais”⁸⁴.

Assim, refere que da leitura do discurso do Papa JOÃO PAULO II, na alocução de 21 de Janeiro de 1999 o Tribunal da Rota Romana, e da Congregação para a Doutrina da Fé, “ressaltam uma condenação ou reprovação generalizada da prática de actos homossexuais.”⁸⁵

Como defende, NUNO DE SALTER CID⁸⁶, “a igreja não aprova comportamentos homossexuais que considera intrinsecamente desordenados, mas orienta a acção pastoral para a compreensão e auxílio, condenando qualquer forma de discriminação injusta”.

Mas, a desaprovação ou proibição da prática homossexual não foi defendida em todas as culturas. Por exemplo, como refere DUARTE SANTOS⁸⁷, no “Egipto existem

⁸¹ CAMPOS, Digo leite de - Nós estudos sobre o direito das pessoas.

⁸² ASCENSÃO, José de Oliveira - O casamento de pessoas do mesmo sexo.

⁸³ BOSWELL, Jonh - Cristianismo, tolerância social y homosexualidad, p. 117- 357. (Livro do Levítico (18,22 3 30) no Antigo Testamento e Epístola de S. Paulo aos Romanos (1, 26-27) no Novo Testamento, relatos de Sodoma – livro de Génesis 19, 4-9 – Sobre a controvérsia de Sodoma) ; BOSWELL, Jonh - Same sex unions in premodern europe.

⁸⁴ CID, Nuno de Salter - Direitos humanos e família: quando os homossexuais querem casar, p. 197.

⁸⁵ Cfr. Alocuções dos Papas Paulo IV e João Paulo II ao Tribunal da Rota Romana, p. 260 e 263, [Em Linha]. [consultado em 11 de Abril de 2012] disponível em www.vatican.va e.

⁸⁶ CID, Nuno de Salter - Direitos humanos e família: quando os homossexuais querem casar.

⁸⁷ SANTOS, Duarte - Mudam-se os tempos mudam-se os casamentos? O casamento entre pessoas do mesmo sexo no direito português.

diversos relatos probatórios de relações entre pessoas do mesmo sexo com data aproximada de 2400 a.C”. e, ainda na “Mesopotâmia, surgem relatos sobre as inclinações sexuais do Rei Hammurabi da Babilónia”. Assim, e à semelhança dos vestígios existentes do concubinato no Código Hammurabi, também existem tais vestígios relativamente às relações entre pessoas do mesmo sexo. Tendo-se constatado que nenhum dos códigos da Mesopotâmia estatuiu de forma proibitiva sobre as uniões de facto homossexuais, não obstante as práticas sexuais e o casamento serem grandemente regulamentados.⁸⁸

Como tão bem elucida NUNO DE SALTER CID⁸⁹, “uma leitura do Banquete de Platão é esclarecedora dos comportamentos sexuais dos gregos, em especial do seu autor, de quem se diz ter sido durante toda a sua vida um «invertido»⁹⁰.

Deste modo as relações entre pessoas do mesmo sexo na antiga Grécia surgiram associadas a praxes iniciáticos, a façanhas desportivas e a façanhas militares. Na verdade e a este tempo, era comum senão encorajado as praticas homossexuais entre homens, sobretudo militares. Assim, NUNO DE SALTER CID⁹¹,

Descreve que à época “amor mais elevado era o que resulta do amor masculino. Destinava-se sobretudo, à transmissão do saber, da experiência de um homem mais velho a um homem mais jovem, para que daí resultassem ensinamentos e mais tarde fosse ele o homem experiente que iria iniciar outros jovens”.

Como narra WILLIAM NAPHY a importância social das ligações entre homens e o carácter instrumental do casamento surge evidenciada por CALICRÁTIDAS: «o casamento é um remédio inventado para assegurar a necessária perpetuidade do homem, mas apenas o amor-dos-homens é um dever nobre imposto ao espírito filosófico»⁹²

⁸⁸ JUNIOR, William Eskridge - A history of same-sex marriage, p. 1419-1513, Apud Santos Duarte, DUARTE - Mudam-se os tempos mudam-se os casamentos? ... - O autor explica que nas leis de Hittiei, no seu artigo 36, admitia-se que um escravo que tivesse posses suficientes pudesse oferecer um dote por um jovem e levá-lo consigo para viverem como marido e mulher.

⁸⁹ CID, Nuno de Salter - Direitos humanos e família: quando os homossexuais querem casar, p. 198.

⁹⁰ CANTARELLA, Eva - Bisexuality in the ancient world, new haven, p. 54. - A obra reproduz diversos discursos sobre a temática do amor, em especial sobre o amor entre os homens, e tem como figura central o filósofo Sócrates. ; Vide ainda CID, Nuno de Salter - Direitos humanos e família: quando os homossexuais querem casar, p. 198.

⁹¹ CID, Nuno de Salter - Direitos humanos e família: quando os homossexuais querem casar.

⁹² CID, Nuno de Salter ; SANTOS, Duarte, Apud NAPHY, William - Born to be Gay- história da homossexualidade, p. 55.

Segundo CANTARELLA EVA,⁹³ ao tempo da Lex Scatinia⁹⁴ (período da Republica) a “prática de actos sexuais entre pessoas do mesmo sexo era comum, e tinha como sujeitos passivos os escravos ou prostitutos, como manifestação da superioridade dos cidadãos romanos”.

Segundo WILLIAM NAPHY⁹⁵, “com a difusão da cultura grega na sociedade romana, surgiu o interesse pela pederastia e pelo amor entre os homens”. É de sublinhar que na cultura grega, a relação homossexual correspondia a um ideal, o verdadeiro amor, era o amor estabelecido entre homens livres e de classes superiores. O amor carnal, porque excessivo, era considerado como um mal. Contudo, também em Roma não existiam restrições às relações homossexuais. Efectivamente, como observa DUARTE SANTOS, “são conhecidas várias foram as obras literárias que narram as preferências sexuais dos imperadores romanos, designadamente na obra: *As vidas dos Doze Césares*”⁹⁶, o Imperador Júlio César era descrito como «*o marido de todas as mulheres e esposa de todos os homens*». São ainda conhecidos e relatados os casamentos celebrados, por Nero, Domiciniano, Nerva e Adriano.

É assim exequível asseverar que no mundo Romano as práticas homossexuais e as relações homossexuais existiam, eram aceites e aprovadas na sociedade, e com forte relevância social, já que ao nível das classes superiores, mais que consentida era encorajada, e sempre sustentada em praticas sociais, militares e como descreve EVA CANTARELLA⁹⁷, sob o princípio da proporcionalidade, “o que se relacionava com a proibição de o homem livre ter um papel passivo nessa mesma relação”. No fundo, a homossexualidade não era reprovada ou punida, e era até regulamentada, no sentido em que o que se proibia ou condenava era a forma como era prática e por quem.

Mas tal aceitação e consentimento haveria de conhecer um ponto de viragem, no Império do Imperador de Constante I, e com Constâncio II, que como observa

⁹³ CANTARELLA, Eva - Bisexuality in the ancient world.

⁹⁴ CANTARELLA, Eva - Bisexuality in the ancient world, p. 106-114. (Lex Scatinia ou Scatinia - lei criada para regulamentar o comportamento sexual dos romanos, condenava a pederastia praticada com jovens de famílias livres e a passividade nas práticas sexuais entre cidadãos).

⁹⁵ NAPHY, William - Borne to be gay - historia da homossexualidade, p.60-61.

⁹⁶ Obra escrita no reinado do Imperador Adriano (117-138) em que se relata as preferências sexuais dos Imperadores Romanos, estas referências podem ser encontradas em CANTARELLA, EVA. ... pp. 156-161 SANTOS, Duarte - Mudam-se os tempos mudam-se os casamentos? O casamento entre pessoas do mesmo sexo e o direito português, p.19. ; NAPHY, William - Borne to be gay - Historia da homossexualidade, p.60. Apud SANTOS, DUARTE - Mudam-se os tempos mudam-se os casamentos? O casamento entre pessoas do mesmo sexo e o direito português, p.19.

⁹⁷ SANTOS, Duarte Apud CANTARELLA, Eva p. 156-161.

DUARTE SANTOS⁹⁸, já que aqueles, “promoveram a punição de práticas sexuais entre pessoas do mesmo sexo, mas segundo o que é possível apurar tais punições, visavam apenas os homens que se comportassem como mulheres, proibindo assim o «nubere» casamento entre pessoas do mesmo sexo”. Refere ainda o citado autor⁹⁹, “que tais proibições se mantiveram e acentuaram na Constituição de Teodósio I, datada de 390, e no Códex Justiniano de 533 D.C, aqui os comportamentos homossexuais activos eram passivas de pena de morte”.

Noutros pontos do globo, e em tempos idos, eram já conhecidas diversas formas de uniões e casamentos entre pessoas do mesmo sexo. Assim, como cita DUARTE SANTOS¹⁰⁰, nos Estados Unidos da América, mais propriamente em Boston, no século XIX, era prática comum os «Boston Marriage»; uniões entre pessoas do mesmo sexo feminino, muito embora não possuíssem qualquer efeito jurídico. O citado autor¹⁰¹ aponta ainda, que também nas tribos índias da América do Norte, existia a tradição de casamento entre pessoas do mesmo sexo, em que um dos membros assumia o papel do género oposto ao seu sexo, era a chamada tradição dos «berdache», tradição esta mantida até ao início do século XX.

Segundo DUARTE SANTOS¹⁰², esta tradição de casamentos entre pessoas do mesmo sexo, “ocorreu noutras tribos, tais como as Nandi no Quénia, Dinka, Nuer no Sudão, Konso e Aamhara na Etiópa, Zulus na África do Sul, Kwayama e Ovibundu em Angola, e outras mais”. Citando ainda, que tais fenómenos ocorreram igualmente na cultura Asiática verdadeiros casamentos entre pessoas do mesmo sexo, nomeadamente nas Dinastias Zhou, Han e Ming, e, também equiparável aos «Boston Marriage» verificou-se a existência das chamadas «sou hei»¹⁰³. As práticas homossexuais entre pessoas do mesmo sexo constituíam também prática corrente entre os japoneses samurais, que partiam para os campos de batalha acompanhados dos seus amantes, Wakashu.

⁹⁸ SANTOS, Duarte - Mudam-se os tempos mudam-se os casamentos? O casamento entre pessoas do mesmo sexo no direito português.

⁹⁹ SANTOS, Duarte - Mudam-se os tempos mudam-se os casamentos? O casamento entre pessoas do mesmo sexo no direito português.

¹⁰⁰ SANTOS, Duarte - Mudam-se os tempos mudam-se os casamentos? O casamento entre pessoas do mesmo sexo no direito português Apud JAMES, HERRY - Bostonians. (na qual se retrata a vida amorosa de duas mulheres).

¹⁰¹ SANTOS, Duarte - Mudam-se os tempos mudam-se os casamentos... Apud JAMES, Herry - Bostonians. (na qual se retrata a vida amorosa de duas mulheres).

¹⁰² SANTOS, DUARTE - Mudam-se os tempos mudam-se os casamentos? O casamento entre pessoas do mesmo sexo no direito português Apud JAMES, Herry - Bostonians.

¹⁰³ Relações estabelecidas entre mulheres financeiramente independentes, em meados do século XIX e XX.

À semelhança do referido relativamente às uniões de facto entre homossexuais, a influência do mundo cristão e a queda do império romano, também se fez sentir no modo como as práticas homossexuais eram aceites na sociedade no período da idade média. Numa fase inicial deste período, a ainda muito sob a influência da cultura romana, a igreja católica condenava todas as praticas consideradas excessivas. Com a queda do império romano, como narra DUARTE SANTOS¹⁰⁴ já no mundo judaico – cristão, o sexo era visto como um fim último da procriação”, daí que as relações sexuais praticadas entre pessoas do mesmo sexo fossem severamente punidas no mundo ocidental: a castração, o desmembramento e a fogueira, era o destino daqueles que se dedicavam à sodomia.

Com rigor, é factível afirmar que primitivamente a igreja, e pelas já apontadas razões condenava a homossexualidade como uma forma de adultério, para posteriormente punir a sua prática com pena de morte. Aliás, São Tomaz de Aquino, constitui um marco na viragem do conceito de homossexualidade por parte da igreja, segundo DIOGO LEITE CAMPOS¹⁰⁵, “aquele veio a classificar a sodomia como crime pois alterava os papeis do homem e da mulher, como algo contra a natureza”. Esta punição, que como defende DUARTE SANTOS¹⁰⁶, “manteve-se generalizada, na Europa Ocidental até ao século XIX, o que não significou o fim da criminalização deste tipo de condutas”. Muitos são os relatos de punições por parte do Tribunal da Inquisição, que puniam com a pena de morte na fogueira, vários tipos de heresias, entre as quais destacamos aqui a homossexualidade, cremos que o carácter acentuado desta perseguição coincide com a sacralização do casamento, após o concílio de Trento, já anteriormente referido.

Segundo DUARTE SANTOS, a “Inglaterra e o País de Gales, só no Sec. XIX, mais precisamente em 1861”, aboliram a pena de morte para os actos homossexuais, passando tais condutas a ser punidas com pena de 10 anos de trabalhos forçados¹⁰⁷. É conhecida e tratada na literatura, pelos anos de 1870, a condenação de Óscar Wild a dois anos de trabalhos forçados por sodomia.

¹⁰⁴ SANTOS, Duarte - Mudam-se os tempos mudam-se os casamentos? O casamento entre pessoas do mesmo sexo no direito português.

¹⁰⁵ CAMPOS, Diogo Leite de - Nós estudos sobre o direito das pessoas.

¹⁰⁶ SANTOS, Duarte - Mudam-se os tempos mudam-se os casamentos? O casamento entre pessoas do mesmo sexo no direito português.

¹⁰⁷ NAPHY, William - Borne to be gay - Historia da homossexualidade, p. 213. (relata que entre 1800 e 1856 cerca de duzentos e oitenta homens foram enforcados em Inglaterra condenados por sodomia).

Contudo, a descriminalização total das práticas homossexuais entre adultos de 21 anos apenas ocorreu em 1967, na Escócia e na Irlanda do Norte tal descriminalização apenas ocorreu nos anos 80, como fruto da posição defendida pela *Wolfenden Committee*.¹⁰⁸

Com o advento da Revolução Francesa, assistiu-se neste país à descriminalização das práticas homossexuais. Estas foram descriminalizadas em paralelo com a queda da inquisição.

No entanto as mesmas práticas continuaram a ser sancionadas como atentado à moral pública ou ainda atentado ao pudor. No governo de Vichy, a Lei de 6 de Agosto de 1942, penalizava as práticas consideradas contra-natura.

Como narra DUARTE SANTOS¹⁰⁹, “o último vestígio de tratamento discriminatório na lei penal francesa foi no seu Código Penal”, que determinava tratamento diferente consoante a relação sexual com menor de quinze anos fosse homossexual (criminalizada) ou heterossexual permitida. Só foi eliminada tal punição em 1982.

Segundo ANTÓNIO DE ARAÚJO, na “Alemanha Nazi foi adoptado o programa homofóbico, sendo as práticas homossexuais punidas”.¹¹⁰ Muitos dos homossexuais nesse período foram levados para campos de concentração. Assistiu-se assim a uma perseguição aos homossexuais em paralelo com a perseguição aos judeus, tudo em nome da “pureza da raça humana”. Assim, a descriminalização de actos homossexuais entre adultos só ocorreu em 1967 na Alemanha Democrática e, em 1969 na Alemanha Ocidental.

Como se constata, deste excuro feito em segunda mão e segundo os autores supra referidos, podemos concluir que as práticas homossexuais foram uma constante ao longo da história, mas a penalização de práticas homossexuais entre adultos e sua perseguição foi também perpetuada e, ainda hoje é uma realidade.

Segundo um Relatório da ILGA – International Lesbian and Gay Association – datado de 2010, cerca de oitenta e seis países membros das Nações Unidas ainda hoje mantêm a criminalização de condutas de homossexuais, e sete Estados punem esses

¹⁰⁸ Departmental Committee on Homosexual Offences and Prostitution.

¹⁰⁹ SANTOS, Duarte - Mudam-se os tempos, mudam-se os casamentos? O casamento entre pessoas do mesmo sexo no direito português.

¹¹⁰ ARAÚJO, António de - Crimes sexuais contra menores, entre o direito penal e a constituição, p. 306.

*actos com pena de morte*¹¹¹, tais como o Irão, Mauritânia, a Arábia Saudita, o Sudão, o Iêmen, os Emirados Árabes e a Nigéria. Segundo este estudo, a homofobia está enraizada e presente em todos os sectores da sociedade, ficou conhecido a condenação do casal gay no Malawi, a 14 anos de prisão, em pleno sec. XXI, e que chocou a comunidade internacional. Actualmente, a homossexualidade ainda é considerada ilegal pela legislação vigente de 76 países do mundo e em sete deles continua a ser punida com a morte, segundo um relatório apresentado pela Associação Internacional de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersexuais, em 2011 (ILGA).

As práticas homossexuais podem ser punidas com a morte no Irão, Mauritânia, na Arábia Saudita, no Sudão, no Iêmen e em determinadas regiões da Nigéria e da Somália – todos eles, países onde a religião predominante é muçulmana.

Existem contudo ainda muitos países com legislação homofóbica, uns porque contêm legislação punitiva relativamente a actos sexuais e estão essencialmente concentrados no sul da Ásia, na África e na América Central, outros designadamente na Europa porque não a regulam nem protegem, como é o caso da República Turca do Chipre do Norte¹¹², que não é reconhecida internacionalmente.

No mesmo relatório da ILGA, o Brasil surge no relatório como país onde a homossexualidade foi legalizada em 1831, o que faz dele o primeiro país na América do Sul a não condenar legalmente actos homossexuais, seguido por Paraguai (1880) e Argentina (1887).

O relatório, fruto de um estudo coordenado por Daniel Ottosson,¹¹³ da Universidade Sueca de Södertörn, aponta para a ocorrência de mudanças desde o documento

¹¹¹ DANIEL, Ottosson- Relatório da ILGA sobre a Homofobia do Estado, 2010, [Em Linha] [Consultado em Abril e Setembro de 2012] disponível http://www.abglt.org.br/docs/ILGA-Homofobia_do_Estado_2010.pdf

¹¹² Cfr. ITABORAHY, Lucas Paoli, relativamente à Homossexualidade, a legislação na República Turca do Chipre do Norte, diz: Código Criminal, Capítulo 154 Artigo 171. "Todo indivíduo que – (a) tiver relação sexual tida como contra a ordem da natureza com qualquer indivíduo ou (b) permitir relação sexual contra a ordem da natureza com um indivíduo do sexo masculino, comete um grave delito e é punido com até cinco (5) anos de prisão." Artigo 173. "Todo indivíduo que tentar cometer um dos delitos mencionados no art. 171, comete um grave delito e é punido com até três (3) anos de prisão." Há planos de revogar estas cláusulas, mas ainda não houve tal reforma, por ocasião da publicação deste relatório. Relatório da ILGA sobre a Homofobia do Estado. [Em linha] [Consultado em Agosto 2012]. Disponível em http://old.ilga.org/Statehomophobia/ILGA_Homofobia_do_Estado_2012.pdf.

¹¹³ OTTOSSON, Daniel - Relatório da International Lesbian Gay Association, sobre Homofobia, [Em Linha] Maio de 2008, [Consultado em 7 Setembro 2012] Disponível em www.ilga.org/statehomophobia/homofobia-do-Estado-ILGA.2008.pdf, e relatório de 2006, edição de Novembro e http://old.ilga.org/Statehomophobia/ILGA_State_Sponsored_Homophobia_2012.pdf.

apresentado no ano passado. Barein, Benin, Costa Rica, Djibuti, Guiné-Bissau e Nepal deixaram a lista de países saíram da lista de países com discriminação oficial, a partir de uma revisão feita pelos autores do estudo. Por sua vez, Burundi, Panamá e os Estados Nive e Tokelau, associados à Nova Zelândia, descriminalizaram a sodomia em legislações aprovadas entre 2007 e 2009.

Em Portugal, também as discriminações homofóbicas, perduraram e estiverem presentes nos vários diplomas legislativos que atravessaram a história. Segundo NUNO SALTER CID¹¹⁴, em Portugal, nas Ordenações Afonsinas no seu Livro V, “a prática de actos homossexuais, sodomíticos, era punida com a condenação à fogueira, pena esta mantida nas Ordenações Manuelinas e nas Filipinas, sendo que nestas últimas eram ainda confiscados os bens”.¹¹⁵

Nas palavras de NUNO SALTER CID¹¹⁶, em “Portugal, no Código Penal de 1852, não existia uma punição expressa para actos homossexuais, contudo no seu artigo 391.º, puniam-se tais actos como atentados ao pudor”.¹¹⁷ NUNO SALTER CID¹¹⁸, narra ainda que “a constituição de 1822, proibiu e aboliu a tortura, e a confiscação de bens”. Na Lei de 20 de Julho de 1912, as práticas homossexuais eram punidas com pena de prisão, tendo sido por decreto lei de 1947, delegado à polícia judiciária, o dever de vigiar a prática de actos homossexuais, em 1954 o Código Penal manteve a punição das práticas homossexuais.¹¹⁹

No mesmo sentido, NUNO SALTER CID¹²⁰, sublinha que curiosamente também “o Código Penal de 1982, não criminalizou a prática de actos homossexuais entre adultos, apenas tendo criminalizado as práticas homossexuais com menores”.¹²¹¹²²

Conforme observa NUNO SALTER CID e TEREZA BELEZA, com a entrada em vigor do Decreto-lei n.º 48/95, de 15 de Março, “as normas relativas aos crimes sexuais sofreram uma mudança radical, tendo o legislador, consagrado tais crimes no título dos crimes contra a liberdade e determinação sexual”. Segundo os citados autores,

¹¹⁴ CID, Nuno de Salter - Direitos humanos e família: quando os homossexuais querem casar, p. 203-203.

¹¹⁶ CID, Nuno de Salter - Direitos humanos e família: quando os homossexuais querem casar, p.205.

¹¹⁷ OSÓRIO, Luís - Notas ao Código Penal Português. Vol. II. p. 515-516. ; FAVEIRO, Vitor ; ARAÚJO, Laurentino - Código Penal Português Anotado, p. 649-652.

¹¹⁸ CID, Nuno de Salter - Direitos humanos e família: quando os homossexuais querem casar, p.205.

¹¹⁹ CID, Nuno de Salter - Direitos humanos e família: quando os homossexuais querem casar, p.205.

¹²⁰ CID, Nuno de Salter - Direitos humanos e família: quando os homossexuais querem casar.

¹²¹ O art.º 207.º, n.º 1 dispunha: “ quem, sendo maior de dezoito anos, desencaminhar menor de dezasseis anos do mesmo sexo, será punido com prisão até quatro anos”.

¹²² CID, Nuno de Salter - Direitos humanos e família: quando os homossexuais querem casar, p. 206.

NUNO SALTER CID e TEREZA BELEZA, “afastaram-se assim todas e quaisquer opções moralistas subjacentes à temática, e o bem jurídico tutelado passou a ser a liberdade sexual e a autodeterminação sexual, com toda a dimensão ética que lhe está associada”.¹²³

Assim, é possível afirmar com segurança, como menciona DUARTE SANTOS¹²⁴, “que os vestígios moralistas que poderiam existir no Código Penal de 1995 foram totalmente abolidas no Código de Penal de 1998”¹²⁵, pois as incriminações sexuais passaram a ser explícita e indiferenciadamente destinadas a práticas de actos por maiores de dezoito anos contra menores de 14 anos ou de 16 anos, passando o seu capítulo a ser substituído por homossexualidade com menores, para actos Homossexuais com menores. Assim, como ensina o mesmo autor, DUARTE SANTOS¹²⁶, “o legislador pretendeu desta forma deixar claro que o que se pretendia punir não era a homossexualidade mas apenas actos homossexuais praticados com menores”.

Como refere OLIVEIRA ASCENSÃO¹²⁷ e outros, desde sempre “a homossexualidade foi considerada uma patologia do foro psiquiátrico, sendo ainda no século XX tese defendida por algumas instituições”. Assim, como observa NUNO SALTER CID¹²⁸, “só em 1973 a Associação Americana de Psiquiatria retirou a homossexualidade da lista oficial de doenças mentais”. No entanto, ainda em 1975, a Organização Mundial de Saúde (OMS), na sua classificação internacional de doenças mentais integrava a homossexualidade no capítulo das doenças mentais.

Em 1985, a OMS (Organização Mundial de Saúde) reviu a sua classificação, retirando a homossexualidade do capítulo das doenças mentais, passando a constar do capítulo relativo aos sintomas decorrentes de circunstâncias psicossociais. Só finalmente em 1995, com a publicação da IDC 10¹²⁹, a homossexualidade deixou de figurar no

¹²³ BELEZA, Teresa Pizarro - Sem sombra de pecado: o repensar dos crimes sexuais na revisão do Código Penal, p. 159; CID, Nuno de Salter - Direitos humanos e família: quando os homossexuais querem casar, p.206.

¹²⁴ SANTOS, Duarte - Mudam-se os tempos mudam-se os casamentos? O casamento entre pessoas do mesmo sexo no direito português.

¹²⁵ Notas sobre os crimes sexuais no projecto de revisão do Código Penal e na proposta de Lei n.º 92/VI, p. 40.

¹²⁶ SANTOS, Duarte - Mudam-se os tempos mudam-se os casamentos? O casamento entre pessoas do mesmo sexo no direito português.

¹²⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira - O casamento de pessoas do mesmo sexo.

¹²⁸ CID, Nuno de Salter - Direitos humanos e família: quando os homossexuais querem casar.

¹²⁹ IDC 10 – Trata-se de uma Classificação Estatística Internacional sobre Doenças e problemas de Saúde, pela Organização Mundial de Saúde (OMS).

catálogo de doenças e sintomas¹³⁰. Igualmente a Associação de Psiquiatria Americana, só em 1973, viria a banir a homossexualidade da qualificação de doença patológica.

Mas as opções discriminativas e homofóbicas, não se restringiram ao âmbito legislativo, elas ocorreram no seio da sociedade portuguesa. Várias foram as manifestações discriminatórias que atestam uma atitude homofóbica, assim, DUARTE SANTOS¹³¹, identifica várias relatando:

A Portaria n.º 29/89, de 17 de Janeiro, classificava a homossexualidade como um desvio e transtorno sexual, isto a propósito da carreira militar; também em 1989, o Deputado ALMEIDA SANTOS, no âmbito da revisão constitucional em curso, a propósito da consagração de um direito à diferença na Constituição, interrogava-se «sobre se dois homossexuais poderiam invocar esse direito para se beijarem em plena Avenida da Liberdade»; em 1996, o Tribunal da Relação de Lisboa retirou a um pai homossexual a guarda da sua filha, a qual lhe havia sido confiada pelo Tribunal de Família e Menores de Lisboa, porquanto «não é um ambiente desta natureza (relação homossexual) o mais salutar e adequado ao normal desenvolvimento moral, social e mental de uma criança, designadamente dentro do modelo dominante da nossa sociedade. Trata-se de uma anormalidade e uma criança não deve crescer à sombra de situações anormais»¹³².

Também num inquérito realizado em 1997, 50% dos inquiridos considerou a homossexualidade como uma doença. Acresce que 38% de um universo de 108 professores, em inquérito realizado pela Direcção Geral de Saúde, os professores demonstraram dificuldade em leccionar temas relacionados com a homossexualidade. Ainda em 1997, o Ministro da Administração Interna, aprovou uma lista de incapacidades relativas à formação de polícias, onde se referia serem os homossexuais «anormais sexuais», «invertidos» e considerados personalidades psicopáticas, incapazes de desempenharem funções públicas¹³³. Em 1999, uma listagem relativa a classificação de doenças, definia a homossexualidade como uma deficiência da função heterossexual. Também o Presidente do Instituto Português do Sangue retirou os homossexuais da lista de dadores, argumentados que este era um grupo mais promíscuo. Ainda em 2000, num concurso de admissão de guardas prisionais, a homossexualidade constava da lista de inaptidões que qualificava os homossexuais como invertidos e anormais sexuais, e também o Hospital Garcia de

¹³⁰ Por motivos de economia do nosso estudo não cumpre tratar de temas não jurídicos que o tema chama à colação; ainda que relevantes para o presente estudo, contudo não deixaremos de deixar aqui algumas considerações sobre esta matéria deixando alguma bibliografia sobre tais temas: Moita, Maria Gabriela - Discursos sobre a homossexualidade no contexto clínico. A homossexualidade os dois lados do espelho.

¹³¹ SANTOS, Duarte - Mudam-se os tempos, mudam-se os casamentos ? ...

¹³² Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 01.09.1996 (processo n.º 0004411, in www.dgsi.pt). A decisão foi alvo de recurso para o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem que viria a revertê-la e a condenar o Estado Português por essa decisão – Cfr. Salgueiro da Silva Mouta, Acórdão de 21.12.1999.

¹³³ AMARAL, Ana Luísa; Moita, Gabriela - Como se faz e se desfaz? O armário: algumas representações da homossexualidade no Portugal de hoje, p.107.

Horta, em Almada, estabelecia como critério de exclusão de dadores de sangue, aqueles que praticassem actos sexuais com pessoas do mesmo sexo¹³⁴.

Ainda segundo DUARTE SANTOS¹³⁵, em 2007, um estudo efectuado pelo Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, “revelou que cerca de 70% dos portugueses consideram erradas as relações sexuais entre adultos do mesmo sexo e que mesmo nas idades mais jovens, os números de desaprovação nunca descem abaixo dos 53%”.

Como narra NUNO DE SALTER CID¹³⁶, “os homossexuais estão organizados, e não obstante o sentimento homofóbico no seio das sociedades, os homossexuais e os grupos de defesa dos seus interesses tem reagido”. O mesmo autor NUNO SALTER CID aponta que “os grupos organizados terão sido iniciados na Europa, sob a influência dos acontecimentos de Maio de 68, na Europa, e dos motins de «Stonewall Inn», junto a um bar em Nova Iorque”¹³⁷.

Em todo o mundo, e segundo NUNO DE SALTER CID¹³⁸, foram “criadas diversas organizações com o objectivo de defender os direitos dos homossexuais, e tais movimentos não viriam a ser infrutíferos. Portugal”, nas palavras de DUARTE SANTOS, “não ficou à margem desse movimento, e surgiram assim diversas associações no período pós-revolucionário”, entre os quais destacamos:

O Movimento Homossexual de Acção Revolucionária, criado em 1974, que viria a conhecer uma curta existência, seguindo de um outro movimento o “Colectivo de Homossexuais” criado em 1982 e extinto em 1989. Em 1991 surge o Grupo de Trabalho Homossexual do Partido Socialista Revolucionário, que viria a ser transformado no grupo de trabalho do Bloco de Esquerda, e que viria a dar origem aos “Panteras Rosa”, grupo independente, sendo que os movimentos de defesa dos interesses gays conheceram um aumento crescente entre 1995-1997. Muitos outros grupos foram criados, como a ILGA Portuguesa¹³⁹, grupo de defesa dos Direitos Sexuais Não te Prives, Associação para o Estudo e Defesa dos Direitos à Identidade de Género. Em simultâneo foram lançadas várias actividades, como o Arraial Pride em 1997, completada pela marcha do Orgulho Gay, o Festival do Cinema Gay em Lisboa e as Jornadas Lésbicas organizadas em 2002 pelo Clube Safo.

¹³⁴ SANTOS, Ana Cristina - A lei do desejo. Direitos humanos e minorias sexuais em Portugal, p. 164.

¹³⁵ SANTOS, Duarte - Mudam-se os tempos, mudam-se os casamentos?

¹³⁶ CID, Nuno de Salter - Direitos humanos e família: quando os homossexuais querem casar.

¹³⁷ Sobre o surgimento e história do movimento LGBT no mundo, vide SANTOS, Ana Cristina - A lei do desejo. Direitos humanos e minorias sexuais em Portugal, p.91-105.

¹³⁸ CID, Nuno de Salter Cid - Direitos humanos e família: quando os homossexuais querem casar, p. 210.

¹³⁹ A mais notória e poderosa, a ILGA – International Lesbian and Gay Association – Fundada em 1978, é hoje uma federação que conta com mais de seiscentos grupos associados em mais de cem países, podendo aceder-se ao seu sítio em www.ilga.org/index.asp.

Acompanhando este movimento, em Portugal, o Legislador foi tomando medidas legislativas destinadas a garantir a igualdade e a não discriminação em função da orientação sexual, o que aliás decorria de imposições comunitárias. No entanto, não deixando de a tratar com carácter pontual, sem a elevar à equiparação de casamento ou casamento informal, como na Commonw Law Marriage, vindo apenas a consagrar tal possibilidade em Maio de 2010.

Entre as várias medidas legislativas vários autores, NUNO DE SALTER CID, ANA CRISTINA SANTOS, DUARTE SANTOS¹⁴⁰, destacam:

O artigo 13.º n.º2 da CRP, na redacção dada pela Lei Constitucional n.º 1/2004, de 24 de Julho, onde passou a constar a expressão orientação sexual, os artigos 22.º e 23º do Código de Trabalho na versão aprovada pela Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto, reconhecendo o direito à igualdade no acesso ao emprego e no trabalho e a proibição de discriminação, neles contendo a expressão orientação sexual, tutela que ainda hoje se mantém na redacção que lhe foi dada pela Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro; nas grandes Opções do Plano, na área da saúde, em 2004 cf. Lei 107-A/2003, de 31 de Dezembro, pretendeu-se garantir o respeito pela orientação sexual de cada jovem, o mesmo se verificando na Lei de Bases do Desporto, garantindo o acesso ao desporto independentemente da orientação sexual. Também no Plano de Acção Nacional do governo no ano de 2007, a expressão orientação sexual, foi largamente consagrada e usada. E ainda na resolução do Conselho de Ministros n.º 82/2007, de 6 de junho que aprovou o III Plano Nacional para a Igualdade – Cidadania e Género (2007-2010). Ao nível dos meios de comunicação social, foi aprovada a Lei 27/2007, de 30 de Julho, de acordo com a qual os serviços de televisão não podem difundir programação que incite à discriminação fundada na orientação sexual. No Código Penal (redacção dada pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, cfr. art.º 132.º, n.º 2, alínea f), que considera ser susceptível de punição a título de homicídio qualificado o agente que pratique um crime de homicídio determinado pela orientação sexual da vítima, e o artigo 240.º, n.º 1, alínea a), e n.º 2, alínea a), b) e c), sobre, respectivamente, a fundação, participação em organizações que incitem à discriminação, ao ódio e à violência contra pessoas em função da sua orientação sexual, e sobre manifestações públicas que incitem à violência, ameaça ou difamação e injúria contra pessoa ou pessoas devido à sua orientação sexual. Também no Estatuto do Jornalista, impõe o dever do jornalista não tratar discriminatoriamente as pessoas em razão das suas orientações sexuais.

Inicialmente os movimentos de defesa dos direitos dos homossexuais direccionaram a sua actuação contra atitudes homofóbicas e xenófobas, posteriormente tais movimentos direccionaram a sua actuação para o reconhecimento legal das uniões homossexuais, em especial a abertura do casamento¹⁴¹, e actualmente com a conquista do casamento, direccionam a sua actuação no sentido de estender os

¹⁴⁰ CID, Nuno de Salter ; Santos Duarte; SANTOS, Ana Cristina - Direitos humanos e minorias sexuais em Portugal. Revista Crítica de Estudos Sociais, 147-159.

¹⁴¹ ASCENSÃO, José de Oliveira - O casamento de pessoas do mesmo sexo. Revista da Ordem dos Advogados, Ano 71, 2011, p. 399.

efeitos do casamento entre heterossexuais aos casamentos homossexuais, em particular lutam pela defesa da adopção como trataremos no sétimo capítulo.

O reconhecimento e a institucionalização das relações de facto homossexuais, como veremos no próximo capítulo, tem vindo a acontecer um pouco por toda a Europa e parte do mundo, tendo sido a Dinamarca em 1989, o primeiro país onde surgiu o primeiro reconhecimento normativo das uniões de facto de pessoas do mesmo sexo, o designado casamento aparente, ficando conhecido pelo Modelo Escandinavo.

As denominadas uniões de facto registadas proliferam pela Europa e pelo Mundo, nos Estados Unidos, Canadá, África do Sul, Nova Zelândia, Colômbia, Argentina, entre outros. A Holanda em 2001, na Bélgica em 2003, o estado de Massachusetts em 2003 e 2004, Espanha e Canadá em 2005, África do Sul em 2006 a Noruega e os Estados Norte Americanos da Califórnia e Connecticut.

Em Portugal, a Lei 7/2001 de 11 de Maio, que revogou a anterior lei das uniões de facto – Lei 135/99 de 28 de Agosto – veio estender os efeitos das uniões de facto entre heterossexuais aos homossexuais, conferindo a estes últimos diversos direitos, nomeadamente direitos fiscais, direitos de Segurança Social, direitos laborais, estando à cabeça o direito à casa de morada de família, vindo posteriormente a culminar com a Lei 9/2010 de 31 de Maio, que veio a permitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Em perfeita sintonia com o exposto, no âmbito Penal, vários foram os normativos, que conferiram direitos aos unidos de facto do mesmo sexo, estendendo assim direitos e deveres aos parceiros homossexuais a este propósito NUNO DE SALTER CID¹⁴², enumera alguns preceitos, designadamente: “artigos, 68.º n.º1 alínea b), do CPP, o artigo 134.º n.º1 alínea b), o artigo 159.º, n.º 7 do CPP, o artigo 113.º, n.º 2, alínea a), 132.º, 152.º n.º 1 alínea b), o 364.º, alínea b), o 359.º, 360.º e 363.º e 367.º, n.º 5 todos do CP”.

Assim, podemos, afirmar como enfatiza OLIVEIRA ASCENSÃO¹⁴³, “que a homossexualidade teve através da história manifestações muito diferenciadas, e provocou reacções muito diferenciadas”,

¹⁴² CID, Nuno de Salter - Direitos humanos e família: quando os homossexuais querem casar.

¹⁴³ ASCENSÃO, José de Oliveira - O casamento de pessoas do mesmo sexo. Revista da Ordem dos Advogados, Ano 71, 2011, p. 395.

se na antiga Grécia, a homossexualidade estava generalizada ao ponto de se não poder dizer que eram homossexuais, antes praticavam a homossexualidade, noutras culturas, a homossexualidade é desconhecida, veja-se a descrição sobre a vida nas montanhas da Nova Guiné, “os homens viviam em cavernas, à noite, o frio é intenso, dormiam encostados uns aos outros para se protegerem do frio. E não obstante, não há homossexualidade”.

Já noutras culturas, foi e ainda é severamente punida e nalguns casos, como já referimos; com pena de morte. E não é preciso recuar muito no tempo para constatar que em Portugal, há 50 anos era normal a agressão física aos homossexuais. No dizer de OLIVEIRA ASCENSÃO¹⁴⁴, “foi-se passando à tolerância, depois à integração na vida privada de cada um, para ao fim ser consagrada como uma liberdade, incluída na liberdade de orientação sexual”. A evolução foi estreitamente dependente de influências externas. Há segundo o citado autor OLIVEIRA ASCENSÃO¹⁴⁵, “uma impressionante promoção da homossexualidade, por razões que seria interessante aprofundar”.

A par desta evolução histórica da homossexualidade, também o casamento tem uma longa evolução histórica.

E se é certo que o casamento sempre foi uma instituição caracterizada pela heterossexualidade, o que aliás em Portugal foi expressamente reconhecido no Acórdão do Tribunal Constitucional¹⁴⁶, na civilização ocidental, a ligação entre um homem e uma mulher com finalidades de procriação foi tomada como uma conquista civilizacional.

Nestes termos, que vêm já da Antiguidade Clássica, o casamento bem como a família que dele deriva sofreram também várias vicissitudes. Como ensina DIOGO LEITE CAMPOS¹⁴⁷, “o casamento, indissolúvel na prática em Roma, passa a admitir o repúdio da mulher ao tempo da expansão romana, e retoma a sua indissolubilidade sob a influência cristã para chegar hoje, a países como Portugal, a uma dissolubilidade ad libitum”.

¹⁴⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira - O casamento de pessoas do mesmo sexo. Revista da Ordem dos Advogados, Ano 71. 2011.

¹⁴⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira - O casamento de pessoas do mesmo sexo. Revista da Ordem dos Advogados, Ano 71, 2011.

¹⁴⁶ Neste sentido na Jurisprudência Portuguesa vide Acórdão Tribunal Constitucional nº121/2010, de 8 de Abril.

¹⁴⁷ CAMPOS, Diogo Leite de - Nós estudos sobre o direito das pessoas.

A união de facto passou a ser protegida e foi sendo assimilada progressivamente ao casamento. Para alguns, como sinónimo de degradação do casamento integrando na degradação geral da família. Para outros, como observa PEREIRA COELHO¹⁴⁸,

como sinal de mudança e surgimento de novas formas de família, a família, antes encarada como a célula base da sociedade, envolvendo aspectos como ser sede natural da filiação, da educação e sustento dos seus pares, a família alargada e a projecção transformacional como efeito da filiação, foi sendo fragilizada gradualmente, com o triunfo do individualismo”.

Sociologicamente, como refere o citado autor PEREIRA COELHO, foi reduzida “à família nuclear, às designadas famílias do eu”¹⁴⁹. As reformas legais, conhecidas ao longo dos tempos, puseram em crise os poderes familiares. E se até há poucos anos não se contestava o carácter heterossexual do casamento, as mudanças ao nível cultural da sociedade e os movimentos de defesa dos direitos dos homossexuais, impuseram reformas legislativas, em que a homossexualidade começou por ser despenalizada, os pares homossexuais começaram por ser protegidos com uniões de facto, começando nalguns países, por serem reconhecidas as chamadas uniões registadas, para posteriormente e nos dias de hoje, e em alguns países, entre os quais se encontra Portugal, serem elevadas à categoria de casamento. E, como defende, SOFIA OLIVEIRA PAIS¹⁵⁰, “se a aceitação do casamento entre homossexuais há poucos anos, podia soar a música futurista e ser juridicamente inaceitável, hoje é uma realidade jurídica”.¹⁵¹

Suscitando novas questões e motivando novas mobilizações por parte dos chamados movimentos gays, nomeadamente a adopção por parte de casais homossexuais e a possibilidade de recorrer à chamada PMA (Procriação Medicamente Assistida).

E se é certo que esta nova realidade jurídica, casamento entre pessoas do mesmo sexo é hoje incontornável, e teve por base a imposição constitucional, proferida pela decisão do Tribunal Constitucional em Abril de 2010, que veio a considerar no seu aresto, que a constituição impõe a admissão do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Por força do princípio da igualdade, e que culminou com a promulgação da Lei n.º 9/2010, de 31 de Maio, excluindo no entanto o direito à adopção, abriu assim caminho para uma nova reivindicação, também não é menos certo, (e que trataremos

¹⁴⁸ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de - Curso de direito da família. p.99.

¹⁴⁹ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de - Curso de direito da família.

¹⁵⁰ PAIS, Sofia Oliveira; SOUSA, António Frada de - A união de facto... p. 707.

¹⁵¹ PAIS, Sofia Oliveira; SOUSA, António Frada de - A união de facto ...p. 707.

no capítulo da adopção), que outras reservas se colocam, importando discutir se o princípio da igualdade deve ou não ser observado. Nesta matéria, não podemos deixar de considerar que a lei, não sendo omissa, é paradoxal, e tal como OLIVEIRA ASCENSÃO¹⁵² perfilha, “não pode aqui o arbítrio e a autonomia privada impor-se aos interesses de terceiros, no caso, os interesses da criança, pois na adopção o interesse é do adoptado e não do adoptante”. Mas a questão não é simples, é verdadeiramente fracturante, e julga-se que a resposta não é absoluta, como veremos, no capítulo dedicado à adopção, mas não será tal paradoxo uma verdadeira discriminação e uma violação dos direitos da criança? Ou pelo contrário, uma violação ao direito de constituir família?

Mas não poderemos deixar de acentuar que, se foi a imposição da não discriminação que serviu para elevar as relações de pessoas do mesmo sexo à categoria de casamento, impedir a adopção por parte destes casais será perpetuar a discriminação.

¹⁵² ASCENSÃO, José de Oliveira - O casamento de pessoas do mesmo sexo. Revista da Ordem dos Advogados, Ano 71, 2011.

3. DADOS ESTATÍSTICOS

3.1. A SOCIEDADE E A FAMÍLIA EM NÚMEROS ESTATÍSTICOS

3.1.1. DADOS ESTATÍSTICOS EM PORTUGAL

Embora a quantificação das “Uniãos de Facto” e o seu tratamento estatístico, não constitua matéria da presente dissertação, considera-se que a mesma não ficaria completa sem uma breve referência e análise dos dados estatísticos do universo familiar, em particular na vertente das uniões de facto homossexuais, limitada aos poucos números e estudos que existem sobre a matéria.

Como observa OLIVEIRA ASCENSÃO¹⁵³, numa altura em que o casamento e a família sofreram alterações profundas e o casamento se tornou *ad libitum* dissolúvel, e numa altura em que as pessoas vão gradualmente deixando de casar, os homossexuais quiseram casar e, começaram a casar em Portugal e no Mundo¹⁵⁴.

Segundo o citado autor, OLIVEIRA ASCENSÃO¹⁵⁵, “gerou-se assim em Portugal uma petição “Movimento Pró-Referendo ao Casamento entre Pessoas do Mesmo Sexo”¹⁵⁶, que acolheu um número elevadíssimo de assinaturas, entre 90000 e 100000.

Nas palavras de OLIVEIRA ASCENSÃO¹⁵⁷,

a verdade é que a luta das associações e organizações homossexuais na defesa do casamento, veio afinal demonstrar, que apesar da nova “Lei 9/2010, de 31 de Maio, que introduziu na ordem jurídica portuguesa o casamento entre pessoas do mesmo sexo, em Portugal tem-se casado pouco, e os homossexuais casam pouco!”

Num palco de mudanças cruzadas, entre os vários sectores da sociedade portuguesa, adquiriu visibilidade estatística um fenómeno demográfico referente às transformações das práticas familiares – o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

¹⁵³ ASCENSÃO, José de - O casamento de pessoas do mesmo sexo. Revista da Ordem dos Advogados, Ano 71, 2011.

¹⁵⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira - O casamento de pessoas do mesmo sexo. Revista da Ordem dos Advogados, Ano 71, 2011, p. 393.

¹⁵⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira - O casamento de pessoas do mesmo sexo. Revista da Ordem dos Advogados, Ano 71, 2011.

¹⁵⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira - O casamento de pessoas do mesmo sexo. Revista da Ordem dos Advogados, Ano 71, 2011, p. 391.

¹⁵⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira - O casamento de pessoas do mesmo sexo. Revista da Ordem dos Advogados, Ano 71, 2011, p. 393.

Apesar da escassez bibliográfica sobre esta temática, em virtude da sua recente introdução na ordem jurídica Portuguesa, em Maio de 2011, pela já referida Lei 9/2010, importa analisar alguns dados que estatisticamente constituem um espelho da evolução do fenómeno família e das novas práticas familiares, e sempre por comparação ao registo quantitativo das uniões de facto heterossexuais e o casamento entre pessoas do sexo oposto e do mesmo sexo.

Assim, a exposição que agora fazemos resulta da análise do anuário estatístico de Portugal, publicação estatística do INE (Instituto Nacional de Estatística)¹⁵⁸. Com base no anuário é possível constar que a tendência demográfica em Portugal, regista uma diminuição de número de casamentos e uma forte diminuição da taxa de natalidade, que não é exclusiva de Portugal, mas de toda a Europa. Assim, segundo o estudo do INE;

Em Portugal, no decurso de 2010, realizaram-se 39 993 casamentos, menos 398 do que os realizados em 2009, que se cifraram em 4 391, significando assim uma redução de 1,0%. Entre 2005 e 2010, a taxa de nupcialidade diminuiu, assim, de 4,6 para 3,8 casamentos por mil habitantes.

O mesmo estudo observa que com a Lei nº 9/2010 de 31 de Maio¹⁵⁹, passou a ser permitido em Portugal o casamento civil entre indivíduos do mesmo sexo. Assim, segundo os dados estatísticos mencionados no supra citado estudo do INE¹⁶⁰, “no ano de 2010 realizaram-se em Portugal, 266 casamentos de pessoas do mesmo sexo – 177 casamentos entre pessoas do sexo masculino e 89 casamentos entre pessoas do sexo feminino”.¹⁶¹¹⁶²

Segundo os mesmos dados do referido anuário do INE¹⁶³, por regiões, “Lisboa apresentou o valor mais elevado de casamentos entre pessoas do mesmo sexo, para ambas as modalidades, seguida do Norte e do Centro, com valores bastante inferiores”.

¹⁵⁸ Cfr. Anuário temático sobre Demografia, publicado pelo Instituto Nacional de Estatística INE, I.P. Janeiro de 2012 - Estudo das Estatísticas Demográficas, referente ao ano de 2010. 70ª Edição do Anuário, p. 13. em PORDATA-base de dados de Portugal Contemporâneo. [Em Linha] [consultado em Abril 2012] disponível em www.pordata.pt. ; ROSA, Maria João Valente ; CHITAS, Paulo- Portugal os números, p. 89.

¹⁵⁹ Lei n.º 9/2010 de 31 de Maio disponível em <http://dre.pt/pdf1s/2010/05/10500/0185301853.pdf>

¹⁶⁰ Anuário estatístico do INE publicado em 2012.

¹⁶¹ Casamentos celebrados entre pessoas do mesmo sexo (feminino), 2010. INE. [Em linha], [consultado 18 Agosto e novamente em Setembro de 2012]. Disponível em www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_indicadores&indOcorrCod=0006450&contexto=bd&selTab=tab2

¹⁶² Casamentos celebrados entre pessoas do mesmo sexo (masculino), 2010. INE. [Em linha], [consultado 18 Agosto e em Setembro de 2012]. Disponível em www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_indicadores&indOcorrCod=0006450&contexto=bd&selTab=tab2

¹⁶³ Estudo do INE.

Pelo que se constata que, apesar da permissão da lei, as pessoas do mesmo sexo casam pouco, e entre essas, casam mais as do sexo masculino.

Da análise estatística, ressalta ainda do mesmo estudo;

O retardar da idade ao casamento, que é uma tendência que se tem mantido ao longo das últimas décadas e para ambos os sexos, embora mais significativamente nas mulheres, situando-se a idade média ao primeiro casamento em 2010, em 29,2 anos para os homens e 30,8 anos para as mulheres, face a 27,5 anos e 29,1 anos, respectivamente em 2005¹⁶⁴. A nupcialidade de segunda ordem ou superior tem vindo também a aumentar. Em 2005, do total de casamentos celebrados, 18,8% referiam-se a casamentos de segunda ordem ou superior, proporção que atingiu 25,8% em 2010 (25,0% em 2009). Em quase 45% dos casamentos realizados em 2010 os nubentes já possuíam residência anterior comum, situação que tem vindo a acentuar-se nos últimos anos. A proporção de casamentos católicos tem vindo também a diminuir: em 2005, 55,1% dos casamentos entre pessoas de sexo oposto eram católicos, proporção que desceu para 42,1% em 2010 (43,2% em 2009).¹⁶⁵ A proporção de casamentos exclusivamente civis, entre pessoas de sexo oposto, passou, assim, de 44,9% em 2005 para 57,9% em 2010 (56,5% em 2009). O número de casamentos entre pessoas de sexo oposto, portugueses e estrangeiros, diminuiu ligeiramente entre 2009 e 2010, contrariando a tendência de aumento verificada nos últimos anos. Em 2005, 8,1% dos casamentos correspondiam a casamentos entre portugueses e estrangeiros, proporção que aumentou para 11,5% em 2009 e se reduziu para 10,7% em 2010. No que concerne ao divórcio, em Portugal, em 2010, foram decretados 27 903 divórcios, mais 1 439 divórcios do que em 2009, tendo a taxa bruta de divorcialidade atingido o valor de 2,6 divórcios por mil habitantes. Dos 27 903 divórcios, 27556 diziam respeito a casais residentes em território nacional (26 176 em 2009) e 347 a residentes no estrangeiro.¹⁶⁶

Desta análise quantitativa, é possível concluir, como observa SOFIA LEITE¹⁶⁷, o seguinte;

Durante o século XX e primeiros anos do século XXI, o número de casamentos mostrou, em geral, uma tendência crescente até 1975 (exceptuando, sobretudo, os anos da Primeira Guerra Mundial), ano em que se registou o máximo de celebrações do período em análise. A assinatura do Protocolo adicional à Concordata entre o Estado Português e o Vaticano – que veio permitir o divórcio aos casados pela Igreja Católica e a regularização de outras situações que não eram permitidas por lei –, e o retorno dos portugueses das ex-colónias e dos militares que participaram na guerra colonial, justificam os valores atingidos em meados dos anos 70. Assim, e desde o início do século XXI que os valores da taxa de nupcialidade têm vindo a situar-se abaixo de 6 casamentos por mil habitantes. Em 2010, Portugal registou uma taxa de nupcialidade de 3,8 casamentos por mil habitantes, idêntica ao do ano anterior, os

¹⁶⁴ Estudo do INE.

¹⁶⁵ Proporção de casamentos católicos (%) por Local de Residência. 2011, INE.[Em linha] [consultado 18 de Agosto e novamente em Setembro de 2012]. Disponível em http://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_indicadores&indOcorrCod=0000602&contexto=bd&seITab=tab2

¹⁶⁶ LEITE, Sofia - A união de facto em Portugal, p.95-140.

¹⁶⁷ LEITE, Sofia - A união de facto em Portugal.

valores mais baixos de todo o período em análise. Somente no Norte (4,0‰), nas Regiões Autónomas dos Açores (4,9‰) e da Madeira (4,2‰) se registaram, para o mesmo ano, taxas de nupcialidade superiores ao valor médio nacional.¹⁶⁸¹⁶⁹

Em Portugal, efectivamente, e cuja opinião de SOFIA LEITE, comungamos, “os comportamentos familiares e as formas de constituição da família conheceram nas últimas décadas rápidas e profundas mudanças”. No entanto e segundo a citada SOFIA LEITE, “um pouco mais tarde do que na maioria dos restantes países europeus e de forma muitas vezes mais abrupta”. Efectivamente, tais alterações no campo da família são de tal ordem que, hoje, esta apresenta contornos diferentes de há trinta ou quarenta anos atrás. No entanto, a família enquanto valor ocupa um lugar primordial na vida dos indivíduos. Segundo inquéritos recentes a valores nacionais e europeus, a família continua a ser nas palavras de ANTÓNIO BARRETO, o “aspecto” que mais importância assume na vida dos entrevistados, quando comparado com outros factores tais como o trabalho, os amigos e conhecidos, a religião, entre outros¹⁷⁰. Em Portugal, segundo SOFIA LEITE¹⁷¹,

desde pelo menos o início do século XX, que a união de facto parece ter “existido como alternativa estável ao casamento legal, nomeadamente no Sul Litoral do país”. No entanto, segundo a citada autora, a difusão da união de facto com outros significados parece só se ter verificado muito recentemente, e sobretudo depois de Abril de 1974, na sequência da ruptura institucional”.¹⁷²

Várias têm sido as causas apontadas para apontadas para o aumento exponencial da união de facto em detrimento da realização do casamento. Entre as várias causas, o estudo do INE, aponta: “o facto de vários sujeitos ainda rejeitarem o papel institucional do casamento, o facto de estarem dispostos a perder determinados benefícios económicos, como certas pensões” ou ainda e segundo o mesmo estudo, que, por algum motivo, “e por fim as razões económicas, isto é, muitos dos parceiros vêem-se impossibilitados de contrair casamento, por razões de ordem económica, e até por razões de ordem burocrática”¹⁷³.

De acordo com o mesmo estudo¹⁷⁴, pode concluir-se que:

¹⁶⁸ Cfr. Estudo já citado do INE.

¹⁶⁹ Rosa, Maria João Valente; CHITAS, Paulo - Portugal: os números, p. 89.

¹⁷⁰ BARRETO, António - Mudança Social em Portugal, 1960-2000.

¹⁷¹ LEITE, Sofia - A união de facto em Portugal. Revista de Estudos Demográficos, Nº 33. 2003.

¹⁷² LEITE, Sofia - A união de facto em Portugal. Revista de Estudos Demográficos, Nº 33. 2003. P.37.

¹⁷³ Anuário do INE. 2012.

¹⁷⁴ Anuário do INE.2012.

Desde 1960 assistiu-se, mais concretamente, desde 1970, até ao presente, a fenómenos, tais como: a queda da taxa de nupcialidade (atingindo o valor de 5,7 por mil em 2001); aumento progressivo dos casamentos civis (tomando a proporção de 37,5% em 2001); aumento dos nascimentos fora do casamento (representando 23,8% em 2001); a subida da idade média ao primeiro casamento para ambos os sexos (actualmente é de 27,8 para os homens e 26,1 para as mulheres); aumento lento mas contínuo dos divórcios (1,8 divórcios por cada mil habitantes em 2001); a queda acentuada da fecundidade com a conseqüente não substituição das gerações (43,2 nados vivos por mil mulheres em 2001); a subida significativa dos indivíduos a viver em união de facto (de 2,0% em 1991 para 3,7% em 2001 em relação ao total da população residente e de 3,9% para 6,9%, nos mesmos anos, em relação ao total da população casada), vindo nos últimos anos acentuar-se uma diminuição drástica, como já referimos dos casamentos, e aumento de divorcialidade¹⁷⁵.

Em jeito de conclusão, poder-se-á afirmar que as principais tendências da família em Portugal são, segundo indicadores recentes, opinião já perfilhada também por PEREIRA COELHO¹⁷⁶, a diminuição das famílias clássicas, no mesmo sentido, MARIA JOÃO VALENTE e PAULO CHITAS,

consideram que tal diminuição, em parte é devida ao incremento significativo das famílias unipessoais e monoparentais, particularmente de mães com filhos; a redução da dimensão da família, com maior representação das famílias com duas ou três pessoas; por outro lado, sublinham, o “acréscimo importante das famílias institucionais, sendo a maioria dos seus membros pessoas idosas; e, o aumento significativo das famílias clássicas só de idosos”.

SOFIA LEITE¹⁷⁷ sublinha, que por outro lado, “os homens continuam a ser os principais representantes da família; verifica-se a maior representação dos núcleos familiares conjugais com filhos, do que sem filhos, embora estes tenham registado um forte aumento”. Desta análise, ainda é possível concluir que os casamentos realizados são sobretudo casamentos civis, isto é, realizados no registo civil, muito embora e como sublinha SOFIA LEITE “seja curiosamente nas regiões mais a Sul que se encontram as maiores proporções de casais em união de facto”; embora em menor proporção, os núcleos conjugais de facto não recusam o projecto procriativo; e o mesmo se diga, quanto às famílias reconstituídas. Segundo SOFIA LEITE, é também igualmente a Sul do País que se observam as maiores proporções de núcleos conjugais reconstituídos.

Certo é que, como observa SOFIA LEITE¹⁷⁸, o “retrato do País quanto à família e conjugalidade não é de todo a uma só cor, apresenta realidades distintas consoante

¹⁷⁵ ROSA, Maria João Valente; CHITAS, Paulo - Portugal: os números, p.89-106.

¹⁷⁶ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de - Curso de direito da família.

¹⁷⁷ LEITE, Sofia - Anuário estatístico do INE. 2012.

¹⁷⁸ LEITE, Sofia - Anuário estatístico do INE. 2012.

as regiões, os grupos sociais em análise”, como sublinha ANALIA TORRES¹⁷⁹, a família em Portugal: “apresenta diferentes ritmos e intensidades de evolução, embora globalmente muitos indicadores demográficos tendam a inverter as suas tendências em todas as regiões”.¹⁸⁰

No mesmo sentido, ANA ALMEIDA NUNES¹⁸¹, constata que:

O envelhecimento progressivo da população portuguesa, o aumento da esperança de vida, a queda acentuada da fecundidade, a generalização e o aumento da eficácia da contraceção, o prolongamento do período de estudos dos jovens, bem como, a entrada em massa das mulheres no mercado de trabalho, e a crescente instabilidade das relações conjugais, entre outros factores, permitem explicar as recentes alterações dos comportamentos familiares e conjugais em Portugal¹⁸².

Conforme conclui, SOFIA LEITE¹⁸³, desde que a lei permite o casamento entre pessoas do mesmo sexo, há mais de um ano e meio, “e segundo os últimos registos já de 2012, deram esse passo, em Portugal, 575 casais e 25 casaram fora do país (nos consulados), principalmente em Espanha”^{184 185}.

3.1.2. DADOS ESTATÍSTICOS DO CASO PARTICULAR DA HOLANDA

E porque a Holanda foi o primeiro país da Europa, onde o casamento entre pessoas do mesmo sexo foi instituído, como analisaremos de seguida, não faria sentido não fazer uma breve referência estatística aos dados quantitativos nesse país. Até porque, e como curiosamente sublinha, como nota DIOGO LEITE CAMPOS¹⁸⁶, “que o primeiro país a instituir o casamento civil, pela primeira vez no mundo moderno terá sido a Holanda em 1580”¹⁸⁷.

Dez anos após a legalização da união entre pessoas do mesmo sexo na Holanda, o número de casais homossexuais que se unem é bem inferior ao dos casais heterossexuais. Existe quem aponte como causa para este número reduzido, os obstáculos que os casais do mesmo sexo encontram quando querem adoptar uma

¹⁷⁹ TORRES, Anália - Trajectórias, dinâmicas e formas de conjugalidade, assimetrias.

¹⁸⁰ LEITE, Sofia - Estudo sobre a população do instituto nacional de estatística.

¹⁸¹ NUNES, Ana Almeida - Família, conjugalidade e procriação: valores e papéis.

¹⁸² NUNES, Ana Almeida - Família, conjugalidade e procriação: valores e papéis.

¹⁸³ LEITE, Sofia - Estudo sobre a população do instituto nacional de estatística.

¹⁸⁴ NUNES, Ana Almeida - Relações familiares: mudança e diversidade ; COSTA, Firmino da - Portugal, que modernidade? p. 45-78. BURGUIÈRE, André - História da família. p. 54-78.

¹⁸⁵ LEITE, Sofia - Anuário estatístico do INE. 2012.e ALMEIDA, Ana Nunes; WALL, Karine - A família em Portugal hoje, p. 32-53.

¹⁸⁶ CAMPOS, Diogo Leite de - Nos estudos sobre direitos das pessoas, p. 168.

¹⁸⁷ CAMPOS, Diogo Leite de - Nos estudos sobre direitos das pessoas, p. 168.

criança. Segundo os dados estatísticos¹⁸⁸, do Escritório Nacional de Estatísticas da Holanda (CBS), “apenas 20% dos casais homossexuais holandeses se casam, contra 80% de heterossexuais”.

A Holanda foi o primeiro país a legalizar a união entre pessoas do mesmo sexo, em 1 de Abril de 2001. Ao longo destes dez anos, aproximadamente 15 mil casais de gays e de lésbicas contraíram casamento, representando 2% do total de casamentos, no país. Segundo os dados estatísticos do Escritório Nacional de Estatísticas da Holanda (CBS¹⁸⁹); “entre os 4,1 milhões de casais heterossexuais na Holanda, 80% são casados. Já quanto ao divórcio, constata-se que a separação dos casais do mesmo sexo representa 1% do total do país”. Estes números mostram que, ao longo dos últimos dez anos, os casais de gays e de lésbicas se comportaram da mesma maneira que os casais heterossexuais. Segundo Jan Latten¹⁹⁰, demógrafo do Escritório Nacional de Estatísticas, o autor considera ainda;

que estes casais casam por amor, mas, mais do que o amor, verifica-se frequentemente o desejo de ter filhos e as responsabilidades jurídicas que isto acarreta, e que têm um peso muito grande, assim como para os casais heterossexuais”. Segundo ele, isso poderia explicar por que os casais homossexuais casam com menos frequência do que os heterossexuais, os casais homossexuais, particularmente os de homens, continuam a encontrar dificuldades consideráveis, quando querem adoptar crianças. As semelhanças entre os casais homo e heterossexuais não param por aí, “Algumas relações perduram, outras terminam, continua Jan Latten. Mas as percentagens anuais de divórcio são praticamente as mesmas para os dois grupos.

Ou seja, os homossexuais, não obstante a permissão ao casamento, à semelhança dos casais heterossexuais, casam cada vez menos. Contudo, as causas apontadas serão diferentes, já que a razão da não celebração de casamentos entre os pares homossexuais, segundo os estudos referidos, fica a dever-se às dificuldades que aqueles encontram na celebração dos casamentos, e o mesmo se diga relativamente à adoção de crianças por parte dos homossexuais. Não casam, não porque não desejem, mas porque ainda hoje encontram dificuldades, designadamente burocráticas.

¹⁸⁸ Dados estatísticos do escritório da Holanda.

¹⁸⁹ CBS- Escritório Nacional de Estatísticas.

¹⁹⁰ JAN, Latten - Journal Article: Royal Dutch Geographical Society KNAG, Tijdschrift voor Economische en Sociale Geografie 01/2005; 96(4), p. 444-451.

O primeiro casamento entre pessoas do mesmo sexo no mundo foi realizado nos primeiros minutos do dia 1 de Abril de 2001, quando o prefeito de Amesterdão, Job Cohen, uniu quatro casais homossexuais. Segundo dados do CBS, entre:

1 de Abril de 2001 e 1 de Janeiro de 2010, foram realizados 14.813 casamentos entre pessoas do mesmo sexo. O número de uniões entre mulheres (7.522) é ligeiramente superior ao de homens (7.291). Durante esse período, foram realizados 761.010 casamentos. Ao longo do mesmo período, registaram-se 1.078 divórcios de casais do mesmo sexo: dois terços entre as mulheres (734). No total foram registados 323.549 divórcios no país. Dez países legalizaram a união de pessoas do mesmo sexo: Holanda, Bélgica, Espanha, Canadá, África do Sul, Noruega, Suécia, Portugal, Islândia e Argentina.

Com base num artigo publicado Rádio Nederlanda Wereldomroep, (RNW),

o casamento entre pessoas do mesmo sexo também foi legalizado em quatro estados dos EUA: Massachusetts, Connecticut, Iowa e Vermont. No México, casar-se com uma pessoa do mesmo sexo também é possível na capital, mas não possuímos dados estatísticos à data da elaboração do trabalho. Contudo, podemos afirmar, que o total de casamentos de pessoas do mesmo sexo nesses países não está totalmente documentado. Grande número deles não tem estatísticas significativas e, na maioria destas nações, a união apenas foi legalizada no ano passado.

3.1.3. DADOS ESTATÍSTICOS DA UNIÃO EUROPEIA

O retrato da família ao nível europeu, não difere em muito de Portugal. Assim, e dos dados de Outubro de 2011, que são os dados mais recentes e que foram recolhidos do relatório do Eurostat¹⁹¹, cujo conteúdo apresenta os desenvolvimentos que têm ocorrido em relação à formação da família e da dissolução através de uma análise de indicadores de casamento e divórcio. Esse relatório, diz-nos que:

o casamento, tal como reconhecido pela legislação de cada país, tem sido considerado um marco na formação de uma unidade familiar. Recentes dados demográficos mostram que o número de casamentos por 1 000 habitantes diminuiu na UE-27 nos últimos anos, enquanto o número de divórcios aumentou – esta alta taxa de divorcialidade, em geral levou a um aumento no número de crianças que nascem de mulheres solteiras. Assim, e tal como em Portugal, realizam-se menos casamentos e mais divórcios.

Segundo o mesmo estudo¹⁹², Efectivamente, na Europa dos 27, o número de casamentos que teve lugar na UE-27 em 2009 “foi de 2,3 milhões, enquanto cerca de

¹⁹¹ Relatório da Eurostat - Outubro de 2011. [Em linha] [Consultado Agosto 2012]. Disponível em http://europa.eu/documentation/statistics-polls/index_pt.htm

¹⁹² Relatório da Eurostat. 2011. [Em Linha] [Consultado Agosto 2012]. Disponível em http://europa.eu/documentation/statistics-polls/index_pt.htm

1,0 milhão de divórcios foram registados em 2008”. A taxa de união em bruto, por outras palavras, “o número de uniões por 1 000 habitantes, foi de 4,5, e a taxa de divórcio bruto foi de 2,0.”¹⁹³

De acordo com o supra referido relatório:

A taxa bruta de nupcialidade na UE-27 diminuiu de 7,9 casamentos por 1 000 habitantes em 1970 para 4,5 casamentos em 2009, uma redução global de 34% no número de casamentos. No mesmo período, os casamentos tornaram-se menos estáveis, como reflecte o aumento da taxa bruta de divórcio, que dobrou de 1,0 divórcios por 1 000 habitantes em 1970 para 2,0 divórcios por 2008. Ao considerar o aumento da taxa de divórcio deve sublinhar-se que há países cujas leis nacionais não permitiam o divórcio, até recentemente, assim, o aumento do número de divórcios na UE-27 pode, pelo menos em parte, reflectir a adição de divórcios em os Estados-Membros onde o divórcio não era possível anteriormente (por exemplo, Itália, Espanha, Irlanda ou Malta).

As menores taxas de divórcio brutas foram registadas na Irlanda (0,7 divórcios por 1 000 habitantes em 2010) e Itália (0,9 em 2009). Um número de Estados Europeus do Sul também registaram taxas brutas relativamente baixas de divórcio, incluindo a Eslovénia e Grécia (em 2008). As maiores taxas de divórcio bruto foram registadas na Lituânia e Bélgica (3,0 divórcios por 1 000 habitantes em 2010), à frente da República Checa (2,9). Verificando-se um aumento significativo dos nascimentos fora do casamento.¹⁹⁴

Contudo, a proporção de nascimentos fora do casamento aumentou em toda a UE-27 durante as duas últimas décadas, reflectindo uma mudança no padrão de formação de família tradicional, longe do modelo de paternidade após o casamento, as crianças nascidas fora do casamento podem ter nascido no seio de um casal numa relação de facto (por exemplo, casais coabitando) ou de uma única mãe. Na UE-27 cerca de 37,4% das crianças nasceram fora do casamento em 2010, enquanto o valor correspondente para 1990 foi de 17,4% (ver Tabela 3).

A quota de nascimento extraconjugal tem vindo a aumentar nos últimos anos em quase todos os Estados-Membros. Na verdade, os nascimentos extra-conjugais representaram a maioria dos nascimentos na Estónia, Eslovénia, Bulgária, Suécia e França. O número de nascimentos fora do casamento foi menor na Grécia (6,9% em 2010) e Chipre (11,7% em 2009), enquanto mais de um em cada cinco nascimentos fora do casamento verificou-se na Polónia (o Estado-Membro da UE com menor proporção de nascimentos fora do casamento).¹⁹⁵

¹⁹³ Relatório da Eurostat – Ano 2011. [Em Linha]. [Consultado Agosto 2012]. Disponível no site, http://europa.eu/documentation/statistics-polls/index_pt.htm,

¹⁹⁴ A exposição reproduz a informação recolhida do relatório supra citado.

¹⁹⁵ Fontes de dados e disponibilidades Eurostat compilam informações sobre uma ampla gama de dados demográficos, incluindo dados sobre o número de casamentos por sexo e estado civil anterior e estatísticas sobre o número de divórcios. Os dados sobre o número de nascidos vivos de acordo com o estado civil da mãe pode ser usado para derivar o número de nascimentos fora do casamento e foram amavelmente cedidos por e-mail no dia 30 de Abril de 2012. Europe Direct [citizen_reply@edcc.ec.europa.eu] portal Europe Direct Centro de Documentação : pedido de dados

Assim, na Europa em geral, a unidade familiar é um conceito em mudança: o que significa que ser membro de uma família e as expectativas que as pessoas têm das relações familiares variam com o tempo e espaço, tornando-se difícil encontrar uma definição universalmente aceite e aplicada. Alternativas legais para o casamento, como união de facto registada, tornaram-se mais difundidas e as legislações nacionais evoluíram para conferir mais direitos a casais não unidos pelo casamento.

Paralelamente a estas novas formas legais, outras formas de uniões de facto têm emergido, tornando mais difícil para os estatísticos colherem dados dentro desse domínio que podem ser comparados entre países. Face à globalização dos fenómenos familiares, e devido às diferenças e mutações contínuas dos padrões de formação da família e da dissolução da família, estes conceitos tornaram-se mais difíceis de medir na prática, pelo que os dados são muitas vezes confiáveis outras vezes menos. Mas de uma coisa todos temos a certeza; por toda a Europa casa-se menos e os modelos familiares mudaram definitivamente e vão continuar a mudar.

estatísticos - [mensagem em linha] [recebido a 30 Abril de 2012]. Disponível em http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics_explained/index.php/Marriage_and_divorce_statistics#Fewer_marriages.2C_more_divorces

4. ESTUDO DA UNIÃO DE FACTO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO E O CASAMENTO NO DIREITO EUROPEU COMUNITÁRIO E NO DIREITO COMPARADO

4.1. ANÁLISE DO DIREITO COMPARADO E RAZÕES DO SEU ESTUDO

Não podemos deixar de reconhecer a importância do estudo do Direito Comparado. Assim, e como observa DAVID RENÉ¹⁹⁶,

as vantagens que o direito comparado oferece podem, sucintamente, ser colocadas em três planos. O direito comparado é útil nas investigações históricas ou filosóficas referentes ao direito; é útil para conhecer melhor e aperfeiçoar o nosso direito nacional; é, finalmente, útil para compreender os povos estrangeiros e estabelecer um melhor regime para as relações da vida internacional.¹⁹⁷ Do ponto de vista histórico, o Direito Comparado nasceu no início do século XX. O primeiro congresso internacional, que aconteceu em Paris em 1900, foi um sucesso. A partir daí, a matéria ganhou força e defensores em todo o mundo. As universidades não tardaram em adicionar aos seus currículos o ensino dessa nova matéria, que aos poucos foi desenvolvendo suas teorias e princípios próprios. As duas Grandes Guerras influenciaram em muito o Direito Comparado. As grandes mudanças ocorridas nos sistemas jurídicos e políticos dos países envolvidos e a intensa migração internacional fizeram com que o interesse pelo Direito Comparado crescesse.

Como refere CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA¹⁹⁸,

nessa época conhecer os sistemas jurídicos estrangeiros era a garantia não só de um diálogo mais claro e aberto entre os países (evitando assim novas guerras), mas também de um melhor tratamento da população migrante (conhecendo não só os costumes, mas também o direito de origem dessa população). Além disso, o conhecimento do direito estrangeiro foi uma ferramenta importante na reestruturação dos sistemas jurídicos dos países que sofreram grandes mudanças geográficas e políticas.¹⁹⁹

Segundo MENEZES CORDEIRO²⁰⁰, o “Planeta oferece-nos uma Humanidade repartida por nações, por Estados e por diversas culturas”. Acompanhando essa fragmentação singraram, no Globo, diversas Ordens Jurídicas: tendencialmente uma por cada Estado, a que haveria ainda que somar os Estados plurilegislativos.²⁰¹

Acrescenta ainda, MENEZES CORDEIRO,

¹⁹⁶ ALMEIDA, Carlos Ferreira de - Introdução ao direito comparado.

¹⁹⁷ DAVID, René - Os grandes sistemas de direito comparado contemporâneo, direito comparado.

¹⁹⁸ ALMEIDA, Carlos Ferreira de - Introdução ao direito comparado.

¹⁹⁹ ALMEIDA, Carlos Ferreira de - Introdução ao direito comparado.

²⁰⁰ CORDEIRO, António Menezes - O sistema lusófono de direito. R.O.A., ano 70. 2010.

²⁰¹ CORDEIRO, António Menezes - O sistema lusófono de direito. R.O.A., ano 70. 2010.

que uma das tarefas do Direito Comparado — porventura a mais básica — é a de ordenar as ordens jurídicas em grandes grupos; também se fala em famílias de Direitos ou em estilos ou modelos jurídicos. Trata-se de uma operação clarificadora, que permite transmitir com eficiência uma grande quantidade de informação e que facilita todas as ulteriores tarefas de investigação.

A noção de sistema, assim tomada, é formal. Pode-se arvorar qualquer factor comum a eixo ordenador do sistema. Por essa via, teremos, por exemplo, sistemas de Direito europeus e extra europeus; de língua francesa ou de língua inglesa; socialistas ou capitalistas; democráticos ou totalitários e assim por diante.

O grande desafio está em compor sistemas com base em elementos intrínsecos, que tenham uma efectiva utilidade jurídico-científica.

Pelo que, e no âmbito do Direito Comparado, e no que aqui importa, como enfatiza ALMEIDA CRUZ²⁰², o “Mapa Mundi da união de facto apresenta hoje um número considerável de países que atribuem efeitos de direito a estas relações”.

Por razões óbvias, não estudaremos todos os sistemas jurídicos, não só porque seria incomportável nos limites do presente estudo, mas também porque nos escassearia material bibliográfico para o efeito.

Contudo, e como refere MARTA COSTA²⁰³, “vivemos num modo globalizado, as soluções jurídicas terão que ser também elas globais”²⁰⁴. Daí ser inegável uma forte preocupação de todos os Estados, na adopção de um corpo de normas específicas reguladoras das uniões de facto, e do que aqui interessa das uniões de facto homossexuais, como defende MARTA COSTA, “uma unificação, por um lado, que visa a criação de um único direito aplicável em vários Estados, o que será de difícil, e por outro, uma harmonização jurídica, isto é, uma convergência substancial”.²⁰⁵

Pelo que em nosso entender, aí reside a principal razão de importância do Estudo do Direito Comparado, nesta matéria em particular. Ou seja, conhecer as diferentes soluções jurídicas e a forma como têm sido tratadas pelos diferentes estados, pois como observa MARTA COSTA²⁰⁶, “é importante conhecer as diferenças, as

²⁰² ALMEIDA, Geraldo da Cruz - Da união de facto: convivência more uxorio em direito internacional privado.

²⁰³ COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais.

²⁰⁴ COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais.

²⁰⁵ COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais, p. 37 e 633.

²⁰⁶ COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais.

semelhanças, os conceitos, os institutos, princípios e valores, que são também eles influenciadores da nossa ordem jurídica nacional”, e por outro lado, como refere MARTA COSTA, “constituem um passo prévio no alcance da harmonização jurídica”.

De acordo com SOFIA OLIVEIRA PAIS SOUSA, “tal preocupação é fruto dos diferentes complexos normativos de cada Estado, tendo em conta a crescente mobilização dos cidadãos que tem conduzido ao aparecimento e desenvolvimento de relações pessoais internacionais” e que colocam problemas delicados no plano do direito internacional privado. Como observa ainda, SOFIA OLIVEIRA PAIS SOUSA²⁰⁷,

basta pensar num casal de homossexuais Espanhol, que adopte uma criança em Espanha e decida vir residir em Portugal, onde a adopção por homossexuais ainda não é permitida, coloca-se a questão de saber como será regulado o poder paternal, ou em caso de separação do casal, a quem poderá ser atribuída a guarda e confiança do menor? Ou em caso de falecimento de um dos conviventes.

Ora todas estas questões e a sua resolução impõem o estudo do Direito Comparado.

Quanto às uniões de facto, como ensina MARTA COSTA²⁰⁸, são efectivamente usadas “muitas expressões para descrever tal realidade, uniões estáveis, uniões livres, uniões de facto, casamento de facto, convivência more uxorio”²⁰⁹. Em todo caso, característica essencial parece ser a da dissolubilidade, ao contrário do casamento. Contudo, o seu conceito e regime também variam de Estado para Estado, muito embora aqui nos ocuparemos somente das uniões de facto e dos casamentos entre pessoas do mesmo sexo.

Mas não poderíamos deixar aqui de referir a sistematização feita por ALMEIDA CRUZ., na qual identifica os diferentes sistemas jurídicos;

Efectivamente existem sistemas jurídicos que elevam tais relações à condição autónoma de relações jurídicas em paridade com o casamento formalizado, concedendo assim relevância jurídica ao casamento formalizado e ao casamento solo consensu²¹⁰. Tendo sido esta a solução seguida entre alguns sistemas anglo-saxónicos em relação ao «common law marriage» e quer na antiga União Soviética, quer na

²⁰⁷ PAIS, Sofia Oliveira; SOUSA, António Frada de - Uniões registadas de pessoas do mesmo sexo. ROA. p. 695.

²⁰⁸ COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais.

²⁰⁹ COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais, p. 768.; PINTÃO, José António de França - Uniões de facto e economia comum, p. 37.

²¹⁰ PAIS, Sofia Oliveira; SOUSA, António Frada de - Uniões registadas de pessoas do mesmo sexo. ROA. p. 695.

China relativamente aos casamentos não registados, que mais não são que casamentos informais equiparados ao casamento formal.

Num segundo grupo temos os sistemas jurídicos que consideram estas uniões de facto como casamentos de segundo grau, e que ao contrário da «common law marriage», não são equiparados ao casamento formal, apresentando-se num plano inferior.

Em terceiro lugar deparamo-nos com os sistemas jurídicos em que a união de facto não é considerada fonte autónoma de relações familiares, não obstante ser objecto de intervenções pontuais. O reconhecimento jurídico pontual das uniões de facto é o modelo seguido entre outros, pelo ordenamento Português, bem como pelo Francês²¹¹.

Citando ainda ALMEIDA CRUZ²¹², justifica-se assim a escolha dos ordenamentos jurídicos a estudar e, neste particular, “poderemos seguir uma das formas seguintes: ou partimos da divisão tradicional em famílias de sistemas jurídicos e escolhemos um ordenamento representativo de cada família”²¹³, ou “tomaremos como critério dessa escolha o grau de acolhimento da união de facto nos diferentes ordenamentos jurídicos”.²¹⁴

A maioria dos autores concorda quanto à divisão dos ordenamentos jurídicos em três grandes sistemas no que respeita à atribuição de efeitos de direito à união de facto²¹⁵.

ALMEIDA CRUZ enuncia ainda que “alguns países atribuem efeitos à união de facto, isto é, às relações conjugais fora do matrimónio, os mesmos efeitos do casamento. Estão entre esses países, Cuba, Cabo Verde, Guatemala, Jugoslávia”²¹⁶, outros países apenas atribuem efeitos pontuais, como Portugal, França, Espanha, Itália, Alemanha, outros consideram a união de facto à margem da lei, razão porque não lhe atribuem quaisquer efeitos de direito ou só lhe atribuem efeitos negativos de direito. Tal é o caso da Suíça, da China (Hong Kong) e do Vietname.

²¹¹ Em França os unidos de facto são tratadas pontualmente, sendo-lhes concedido um regime com vista à protecção de terceiros, nomeadamente no que toca a dívidas contraídas pelos conviventes, assim é estabelecido o regime da solidariedade dos conviventes pelas dívidas assumidas com as despesas do lar, Cfr. GUADEMET Tallon, Hélène- La Désunion du couple en droit intenational privé, In Rec. Cour, 1991, Vol. I p. 161.

²¹² ALMEIDA, Geraldo da Cruz - Da união de facto, convivência more uxorio em direito internacional privado.

²¹³ ALMEIDA, Geraldo da Cruz - Da união de facto, convivência more uxorio em direito internacional privado, p. 161 e DAVID, René - Os grandes sistemas de direito comparado contemporâneo, direito comparado. ; MENDES, João de Castro - Direito comparado.

²¹⁴ GLENDON, Mary Ann - Formation of marriage. Apud PAIS, Sofia Oliveira ; SOUSA, António Frada de - Uniões registadas de pessoas do mesmo sexo.

²¹⁵ Vide a este propósito GLENDON, Mary Ann - Patterns of Contemporary Legal Response to the Social Phenomenon of the fact Marriage, p. 492/493.

²¹⁶ ALMEIDA, Geraldo da Cruz - Da união de facto, convivência more uxorio em direito internacional privado, p. 160-161.

Partiremos pois, do estudo dos principais sistemas jurídicos, e, por razões de economia de esforços, não nos é possível tratar aqui todos os ordenamentos jurídicos.

Assim, e tendo em conta o objectivo do nosso trabalho, iremos abordar as uniões de facto e o casamento entre pessoas do mesmo sexo, nos sistemas jurídicos onde são reconhecidas e ou equiparadas ao casamento, para chegar à problemática da adopção, parecendo-nos mais pertinente tratar dos principais sistemas: os Países da União Europeia, e entre esses, apenas aqueles que institucionalizaram as uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, elevando-as à categoria de uniões registadas, e os países onde foi autorizado o casamento entre pessoas do mesmo sexo. No fundo, trataremos apenas dos países da União Europeia, pioneiros na legislação não discriminatória, mais progressista e anti-homofóbica.

Iniciaremos o nosso estudo pelo tratamento da união de facto e do casamento por pessoas do mesmo sexo no âmbito do Direito Europeu, ou mais correctamente no âmbito do Direito Comunitário, isto é, a forma como tais relações têm sido tratadas pelos Órgãos da União Europeia e a sua tentativa de harmonização não discriminatória, para seguidamente nos determos nos sistemas jurídicos, que reconhecem e atribuem efeitos jurídicos às relações estáveis entre pessoas do mesmo sexo e aos sistemas que permitem o casamento, analisando ainda de forma descritiva a forma como têm sido reconhecidas e tratadas tais relações. E por fim estudaremos o caso de Portugal, que se inicialmente apenas reconhecia efeitos pontuais às uniões de facto entre homossexuais, actualmente permite o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Neste ponto falaremos do regime jurídico da lei que aprovou o casamento entre pessoas do mesmo sexo, o regime da adopção e do apadrinhamento civil.

4.1.1. A UNIÃO DE FACTO E O CASAMENTO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO E O DIREITO EUROPEU COMUNITÁRIO

Como já referimos anteriormente no que respeita a esta temática, as questões que se colocam na actualidade, sejam elas de que naturezas forem, são globais e, estando nós inseridos na Europa, não poderíamos deixar de fazer uma análise das relações e das suas novas formas no seio da União Europeia, pois cada vez mais, como tão bem

narra MARTA COSTA²¹⁷, “os cidadãos mais do que portugueses, espanhóis, franceses ou italianos, passam a ser europeus”²¹⁸.

Assim, faremos uma breve incursão à forma como as uniões de facto e o casamento entre pessoas do mesmo sexo têm sido “tuteladas” no seio da União Europeia.

No âmbito do nosso trabalho e do tema, falar do Direito Europeu Comunitário, é falar do Direito da Família Comunitário, a forma como as instituições europeias, tem tratado as questões da família e a forma como têm procurado contribuir para o alcance de soluções coincidentes, com vista à obtenção de uma harmonização jurídica. Pois como refere MARTA COSTA²¹⁹, “o direito da família nacional, é permeável às outras ordens jurídicas”. Assim, trataremos aqui das instituições europeias e dos meios que utilizaram, através de directivas, resoluções, convenções e decisões judiciais, no âmbito do direito da família e da causa homossexual, e que influenciaram e influenciam os outros Estados Membros.

Como significa MARTA COSTA²²⁰, não obstante a reiterada recusa dos Órgãos de Estrasburgo em reconhecer uma relação homossexual estável como constituidora de família, “a verdade é que a causa homossexual e a sua luta pelo reconhecimento à diferença têm reflectido um percurso sinuoso e relevante no contexto da União Europeia”.

Como observa MARTA COSTA²²¹, “o Conselho da Europa, criado em 1949, constitui uma das instituições mais antigas de politica europeia, sendo que o direito da família tem sido matéria privilegiada”. A CEDH (Convenção Europeia dos Direitos do Homem) actualmente, designada Convenção Europeia Para a Protecção e Salvaguarda dos Direitos do Homem, concluída em Roma a 4 de Novembro de 1950, foi publicada em anexo à Lei n.º 65/78, de 13 de Outubro, aprovada pela Assembleia da República em 15.06.1978, tendo sido ratificada pelo Estado Português em 09.11.1978. Portugal, membro do Conselho da Europa desde 22 de Setembro de 1976, tendo aderido à

²¹⁷ COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais, p. 626.

²¹⁸ COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais, p. 626.

²¹⁹ COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais, p. 645.

²²⁰ COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais, p. 626.

²²¹ COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais, p. 670.

Convenção dos Direitos do Homem, abreviada CEDH, em 1978²²², pelo que também é fortemente influenciado por ela nas suas opções legislativas²²³, e membro das Comunidades Europeias desde 1986 e da União Europeia desde a sua criação em 1992 (tratado de Maastricht).²²⁴ ²²⁵

Como reconhecem NUNO DE SALTER CID²²⁶, e MARTA COSTA,

O Conselho da Europa foi o pioneiro na defesa e promoção dos direitos dos homossexuais, através da promulgação de várias resoluções e recomendações, das quais destacamos aqui a resolução 756, de 1 de Outubro de 1981²²⁷, e ainda a recomendação 924, de 1 de Outubro²²⁸, mas a mais importante das recomendações viria a ser a recomendação de 1470, a 30 de Junho de 2000, na qual foi recomendado ao Comité de Ministros que exigisse aos Estados Membros: «a revisão da política em matéria de direitos sociais e protecção dos migrantes de maneira a que os casais e as famílias homossexuais sejam tratadas da mesma forma que os casais heterossexuais»; foram ainda recomendadas medidas binacionais para os casais homossexuais; bem como, a criação de organizações não-governamentais para os casais. A recomendação 1974, de 2000, viria a recomendar ao Conselho de Ministros, convidar os Estados-Membros a incluir a orientação sexual entre os motivos de discriminação proibidos pelas respectivas legislações.

A resolução 1547, de 18 de Abril de 2007, talvez uma das mais importantes na causa homossexual, veio recomendar aos Estados-Membros uma luta eficaz contra todas as discriminações fundadas no género ou na orientação sexual, bem como a recomendação da adopção de legislação anti-discriminatório, nomeadamente, o reconhecimento legal das uniões entre pessoas do mesmo sexo.

²²² A CEDH, concluída em Roma a 4 de Novembro de 1950, foi publicada em anexo à Lei n.º 65/78, de 13 de Outubro, aprovada pela Assembleia da República em 15.06.1978, tendo sido ratificada pelo Estado Português em 09.11.1978.

²²³ A CEDH, vigora directamente na ordem jurídica interna do Estado português por força do artigo 8.º, n.º2, da CRP, vinculando-o às decisões tomadas no seio das instituições do Conselho da Europa.

²²⁴ Pelo que se conclui que vigora no ordenamento jurídico português a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, os Tratados que instituem as Comunidades Europeias e o Tratado da União Europeia, estando Portugal vinculado às normas e decisões veiculadas pelos Órgãos competentes dessas organizações. Impõe-se por isso referir a contribuição das referidas instituições no que concerne ao objecto do nosso estudo.

²²⁵ A nossa exposição segue com as alterações devidas, a exposição de Salter Cid - Comunhão de vida à margem do casamento p. 705-746, e a exposição de Marta Costa e Susana Almeida - O Respeito pela Vida Privada Familiar na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: A tutela das novas formas de família, p.247-267, Duarte Santos - Mudam-se os Tempos mudam-se os casamentos? O casamento entre pessoas do mesmo sexo e o direito português, p.92.

²²⁶ CID, Nuno de Salter - Direitos humanos e família: quando os homossexuais querem casar. ; COSTA, Marta Andrea Matos da - A convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais, p. 671.

²²⁷ Contribuiu para que a Organização Mundial de Saúde banisse do seu catálogo de doenças a homossexualidade.

²²⁸ Recomendou ao Comité dos Ministros que exortassem os Estados membros onde os actos homossexuais adultos eram passíveis de perseguição homossexual adoptar medidas de descriminalização, nomeadamente eliminação de ficheiros com registos de homossexuais.

No entanto, e não obstante todas estas medidas, a extinta Comissão Europeia dos Direitos do Homem, no seu artigo 8.º da CEDH, como observa NUNO SALTER DE CID, MARTA COSTA, SUSANA ALMEIDA²²⁹,

“Nunca considerou a relação homossexual estável como constituidora de “vida familiar”, e a este respeito sustentou que apesar da moderna evolução de atitudes perante a homossexualidade a relação não caía no âmbito do direito ao respeito pela vida familiar salvaguardado pelo artigo 8.º da CEDH”, protegendo sim o direito ao respeito pela «vida privada»²³⁰. Por outro lado, a CEDH, considerou que as disposições nacionais que protegem ou conferem um regime mais favorável as uniões heterossexuais, não são violadoras do artigo 14.º da CDEH, isto é, do princípio da não discriminação, em resposta às diversas queixas, com fundamento na violação do princípio da não discriminação²³¹.

A Jurisprudência proferida pelo Tribunal dos Direitos Humanos tem igualmente considerado que a penalização das práticas homossexuais entre adultos viola o direito à vida privada, conhecendo o seu ponto de viragem no aresto do caso Dudgeon v. Reino Unido, de 22 de Outubro de 1981. Sendo ainda relevante a jurisprudência do TEDH, em matéria dos transexuais, que não constitui objecto de estudo da presente dissertação.

Como resulta da leitura de MARTA COSTA²³², neste capítulo,

²²⁹ COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais, p.626. ; CID, Nuno de Salter - Direitos humanos e família: quando os homossexuais querem casar. ; ALMEIDA, Susana - Respeito pela vida privada familiar na jurisprudência do tribunal europeu dos direitos do homem.

²³⁰ Esta abordagem foi da CEDH na Decisão de 3 de Maio de 1983, sobre a queixa n.º 9369/81 de X e Y, c. Reino Unido, RD 32, p. 221.

²³¹ Sobre as queixas e processos ver COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais. ; WINTEMUTE, Robert - sexual orientation and the canadian charter, p.92 e Study of national , European and International Law; CATHERINE, Anne Meyer - Homosexualités et droit. The book abstract is the legal issues surrounding sexual orientation are front and center today. In just the area in which I have been researching - domestic same-sex marriage law and theory - there has been a spate of law review articles ¹ and books ² in the past few years alone. It is thus remarkable that Professor Wintemute has assayed the much broader field of the rights of same-sex people, generally, and under three different law-giving documents. The book, which is organized by argument and by national source and not by substantive legal issue, covers such disparate subject areas as the (de)criminalization of sexual conduct between members of the same sex, economic equality in fields such as pension benefits and housing, and government-sponsored discrimination in marriage and military matters. Except for the United States, the volume appears to cover virtually all of the important decided cases in these areas, and it does so with stark economy - the book is only 260 pages, exclusive of appendices, bibliography and index. Still more striking is that this comprehensive treatment spans such diverse legal sources - the United States Constitution, the European Convention on Human Rights, ³ and the Canadian Charter of Rights and Freedoms. The author's choice and defense of these source materials is convincing. First, only in the United States, Canada, Western Europe, Australia and New Zealand had legal issues concerning same-sex couples been seriously raised, and, of those, Australia and New Zealand at the ...

²³² COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais, p. 135.

O carácter evolutivo da jurisprudência do Tribunal Europeu é particularmente visível num conjunto vasto de arestos em matéria de não discriminação, que criteriosamente ampliam e aprofundam os contornos dos direitos fundamentais na esfera coberta pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem, veja-se a este propósito as decisões dos casos: *Dudgeon v. Reino Unido*, Acórdão de 22.10.1981, *Norris v. Irlanda*, Acórdão de 26.10.1988, *Modinos v. Chipre*, Acórdão de 22.04.1993, e *A.D.T. v. Reino Unido*, de 31.07.2000, Acórdão de 09.01.2003, no caso *E V. Áustria e S. e L.*, onde o Tribunal reconheceu a violação do artigo 14.º da CDEH, Acórdão de 03.05.2007, no caso *Baczkwski e outros*, na Polónia, a propósito do indeferimento de pedidos de autorização de manifestações LGBT, por parte das autoridades de Varsóvia, em França, o caso *E.B.*, Acórdão 22.01.2008, o Tribunal considerou que a recusa dos Estados-Membros em aceitar a candidatura de um homossexual a um processo de adoção singular em virtude dessa condição comportava uma discriminação em função da orientação sexual.

Conforme MARTA COSTA, em Portugal,

Esta questão foi suscitada pela primeira vez, com o caso *Salgueiro da Silva Mota*, que teve origem na queixa n.º 33/290/96, contra Portugal, Acórdão de 21.12.99, em que o Tribunal declarou que a negação de um tribunal português em conferir a custódia da sua filha a um pai homossexual, por causa dessa condição, viola os direitos à vida privada e familiar (cfr. artigo 8.º da CDEH) e o princípio da igualdade e da não discriminação (cfr. artigo 14.º da CDEH)²³³. Verificou-se uma inversão da jurisprudência do Tribunal Europeu, com a possibilidade de adoção por pessoas do mesmo sexo (e portanto com a constituição de relações de filiação, que não apenas a regulação das preexistentes.) Assim, no Acórdão *E.B.* contra França, datado de 22 de Janeiro de 2008 (queixa n.º 43 546/02), o Tribunal considerou discriminatória a própria consideração e menção da orientação sexual como fundamento para a decisão de não adoção²³⁴, considerando ter existido violação do artigo 8.º e 14.º da Convenção²³⁵.

Resulta claro da análise dos casos supra referidos, que nas suas decisões, o Tribunal tem considerado discriminatório denegar aos casais homossexuais, por esse facto, os

²³³ COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais, p. 477, e ainda posição da Comissão Europeia.

²³⁴ BURLERSON, Elizabeth. (2010) - Services in a (post)Google academic. International human rights law, co-parent adoption, and the recognition of gay and lesbian families. [Em linha]. [Consultado 14 Abril 2012]. Disponível em <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/loyolr55&div=34&id=&page=>. A obra trata **Abstract:** Children would benefit substantially if governments legally recognized same sex marriages and parenting. This article analyzes international human rights law, co-parent adoption, and the recognition of gay and lesbian families. It addresses civil marriage and adoption challenges for same sex families and assesses European Court of Human Rights jurisprudence relating to same-sex adoption. This article considers the international community's efforts to implement the best interest of the child standard concluding that recognition of same sex families is in the best interest of the child and should be facilitated in a timely manner by jurisdictions at all levels.

²³⁵ Contudo o tribunal adoptou a doutrina da margem de apreciação, alegando insuficiência de estudos e falta de consenso científico nesta matéria, o que justifica a tomada de decisões de rateamento dos pedidos. Considerando, não obstante ser discriminatório, que deverão ser as entidades nacionais, mais aptas a decidir sobre essas matérias.

privilégios e direitos legalmente reconhecidos às pessoas casadas, contudo não tem reconhecido as relações entre pessoas do mesmo sexo como relações familiares²³⁶.

Assim, tal proibição de discriminação não se aplica à possibilidade de contrair casamento, pois aqui como refere MARTA COSTA e SUSANA ALMEIDA²³⁷, “o Tribunal tem entendido, face às conotações sociais e culturais de tal instituto, que caberá a cada estado face ao artigo 12.º da CEDH²³⁸, a sua apreciação, veja-se o caso Kopf contra a Áustria, de 24 de junho de 2010”.

Não obstante, foi neste acórdão que o Tribunal Europeu veio a considerar que a relação estável de homossexuais, cai no âmbito da noção de vida familiar.

Também ao nível da União Europeia, *legitimada pelo Tratado de Amesterdão*, como refere, MARTA COSTA²³⁹, “tem sido desenvolvido um esforço no âmbito do direito da família, em particular na luta pela não discriminação, e na luta pela harmonização de soluções jurídicas”. Assim, tem assumido particular relevo a actividade do Parlamento Europeu na defesa dos direitos dos homossexuais e em especial, na luta pela consagração nos Estados-Membros do casamento entre pessoas do mesmo sexo, ou na concessão de um estatuto alternativo. A este propósito, é comum citar algumas resoluções e recomendações designadamente; a recomendação 924, a recomendação de 1993, relatório Roth, que deu origem à resolução de 8 de Fevereiro de 1994²⁴⁰, nela defende-se a igualdade de tratamento entre todos os cidadãos independentemente da sua origem sexual, aprovado pela Comissão de Liberdades e dos Assuntos Internos do Parlamento Europeu, na qual, e pela primeira vez, um órgão europeu admitiu a possibilidade de estender o regime do casamento a uniões de pessoa do mesmo sexo. Em 1997, foi aprovado o tratado de Amesterdão, passando a constar no seu artigo 6.º o actual 13.º, do TCE a expressão orientação sexual²⁴¹. Em 1998, através de resolução datada de 17.02.1998, o Parlamento Europeu convidou

²³⁶ Sobre o Direito de contrair casamento e constituir família na jurisprudência do TEDH ver VERSCHRAEGEN, Bea Hilf - The right to private life and family life, the right to marry and to found a family, and the prohibition of discrimination, p.194-211.

²³⁷ COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais. ; SUSANA ALMEIDA. ...p. 681.

²³⁸ Neste sentido ver ainda COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais, p. 144.

²³⁹ COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais, p. 697.

²⁴⁰ Resolução sobre a igualdade de direitos dos homens e mulheres homossexuais na Comunidade Europeia, de 08.02.1994 (JO C 61, de 28.02.1994, pp. 40.). [Em linha] [Consultado Abril/Setembro 2012]. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/pt/index.htm>

²⁴¹ Cfr. JOC 340, de 10.11.1997. [Em linha] [Consultado Abril/Setembro 2012]. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/pt/index.htm> (Euro - Lex pagina principal).

todos os Estados-Membros a reconhecerem a legalidade dos direitos dos homossexuais, nomeadamente através da instauração, nos países em que ainda não tenham sido adoptados, contratos de união civil. Tendo em vista suprimir todas as formas de discriminação.

Ainda em 1998 o TJCE proferiu Acórdão relativamente ao caso Lisa Grant, em causa estava a atribuição de benefícios de transporte à companheira daquela. No ano de 1998, foi aprovado e publicado Regulamento n.º 781/98²⁴² do Conselho, de 7 de Abril de 1998, que veio alterar os Estatuto dos Funcionários da Comunidade, no qual se contemplaram medidas destinadas à promoção das igualdades entre funcionários comunitários, independentemente da sua orientação sexual^{243 244}.

Da leitura do *site* do Parlamento Europeu, é possível constatar que continuou a promover a luta pela não discriminação dos homossexuais pela promulgação de várias resoluções, designadamente no ano 2000. Assim, em 2000 foi promulgado uma nova resolução, incitando os Estados Europeus a adoptar medidas de equiparação entre as uniões heterossexuais e homossexuais. A 7 de Dezembro de 2000, na cimeira de Nice, o conselho da Europa aprovou e proclamou a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), estabelecendo por um lado no seu artigo 9.º da carta «que o direito de constituir família são garantidos pelas legislações nacionais que regem o respectivo regime» para noutro, no seu artigo 21.º, n.º 1 da carta, estabelecer «que é proibida a discriminação em razão, designadamente do sexo, da raça, cor, religião ou convicções ou opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou orientação sexual», permitindo assim, uma interpretação mais ampla de casamento, e permitindo o mesmo às instituições comunitárias.

Em 2001, o Parlamento Europeu, na sua Resolução Anual sobre os direitos fundamentais na União Europeia, recomendou mais uma vez que os Estados

²⁴² COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais, p.145.

²⁴³ COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais.

²⁴⁴ Todos os Acórdãos e Resoluções aqui mencionadas foram retirados do site do Parlamento Europeu e dos Acórdãos do TEDU, bem como das obras citadas na nota de rodapé 126 e ainda MARTA COSTA. Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais. [Em linha] [Consultado em Abril/Maio de 2012].Disponível em <http://www.echr.coe.int/HUDOCED/Default.htm><http://www.echr.coe.int>
<http://europa.eu/http://www.europarl.europa.eu/parliament/public/staticDisplay.do;jsessionid=67E2A0D3C4CA6F948922BE67CA4DAD11.node1?id=146&language=PT> – todos consultados em 28 de Abril de 2012 e posteriormente em 27 de Julho de 2012.

Membros modifiquem a sua legislação com vista ao reconhecimento das uniões de facto entre pessoas do mesmo sexo atribuindo-lhes direitos iguais²⁴⁵.

No Acórdão de 31 de Maio de 2001²⁴⁶, o TJCE abandonando a conceptualização distintiva entre o casamento, união de facto registada e união de facto não registada, e, muito embora não equipare o casamento e a união de facto, realçou que o matrimónio, tal como era concebido pelos diferentes Estados-Membros, significava a união entre pessoas de sexo diferente, regressando aquilo à conceptualização tradicional de casamento, isto é, pressupondo a existência de sexo oposto. À data do Acórdão já estava em vigor na Holanda a Lei de 21 de Dezembro, que veio permitir o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. Pelo que a comissão e desde a Lei Holandesa, veio colocar todos os funcionários em pé de igualdade, independentemente da lei ao abrigo da qual os parceiros se encontrem casados.

Em 2003, seguiram-se outras resoluções, no sentido de exortarem os Estados-Membros ao reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo, e incitando os Estado à proibição e abolição de todo o tipo de discriminações homossexuais, nomeadamente em matéria de direito ao casamento e adopção por parte de homossexuais²⁴⁷.

No fundo, a Comissão Europeia no âmbito da política familiar comunitária, tem recomendado aos Estados-Membros, o reconhecimento e o tratamento igualitário das relações não matrimoniais entre os indivíduos independentemente do seu sexo, contudo, e contraditoriamente na Directiva 2003/86/CE, de 22 de Setembro, veio defender que cabe a cada Estado-Membro a legitimidade de decidir reconhecer ou não o tratamento igualitário, em nome do respeito pela individualidade de cada estado.²⁴⁸

Da análise da Directiva 2004/38/CE, resulta que a comissão não pretendeu adoptar uma definição de casamento que introduzisse uma referência expressa ao cônjuge do mesmo sexo. Além disso, o Tribunal de Justiça indicou na sua Jurisprudência que o

²⁴⁵ Parlamento Europeu, em 2007, proclamou e assinou novamente a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, conferindo-lhe força vinculativa, In JOC 115, 09.05.2008. [Consultado Abril/Setembro de 2012]. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/pt/index.htm>

²⁴⁶ Cfr. Caso D. e Reino da Suécia, Acórdão de 31.05.2001.

²⁴⁷ In JOC 76 E, de 25.03.2004, pp. 412, pontos 77-81; [Em Linha] [Consultado Abril/Setembro 2012]. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/pt/index.htm> ; COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais, p. 744.

²⁴⁸ Cfr. JO L 251, de 03.10.2003, p. 12-18. [Em Linha] [Consultado Abril 2012]. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/pt/index.htm>

termo casamento, seguindo a definição comumente aceite pelos Estados-Membros, designa uma união entre pessoas de sexo diferente (cfr. Acórdão de 31.05.2001, já anteriormente citado).

Outras Resoluções e Recomendações se seguiram no mesmo sentido, veja-se em Outubro de 2004, a propósito do espaço de liberdade, de segurança e de justiça, e ainda a Resolução de 2005, sobre a protecção de minorias e políticas de combate à discriminação, e mais tarde em 2006, a Resolução sobre a homofobia²⁴⁹.

Ainda em 2006, e num claro esforço de uma política familiar não discriminatória e harmonizante, a União Europeia adoptou o ano de 2007 como o «Ano Europeu da Igualdade de Oportunidades para todos». E em 2008 o Tribunal de Justiça, no caso Tadao Maruko, a propósito da Caixa de Pensões conceder prestação de sobrevivência ao parceiro sobrevivente de união registada, o Tribunal remeteu para o órgão jurisdicional de reenvio a competência para verificar se um parceiro sobrevivente está numa situação comparável à de um cônjuge beneficiário da prestação de sobrevivência prevista na lei alemã.²⁵⁰

Em 2007, o Parlamento Europeu, e na luta contra a homofobia, aprovou e publicou resolução sobre a homofobia na Europa, e em Março de 2010, no âmbito das políticas da EU em prole dos defensores dos direitos humanos, foram aprovadas alterações à resolução posterior ao Tratado de Lisboa, com vista ao combate à homofobia²⁵¹.

Em jeito de conclusão, importa tecer algumas considerações. A verdade é que não obstante existir actualmente uma verdadeira “política comunitária familiar”, e não obstante existir um esforço sério por parte dos diversos órgãos e instituições comunitárias no sentido de tutelar as uniões de facto de pessoas do mesmo sexo, e na luta contra a homofobia e a condenação expressa de todo e qualquer tipo de discriminação, nomeadamente o Tribunal e a União Europeia, com base na promulgação das diversas resoluções e recomendações e regulamentos parlamentares, contudo, e partilhando aqui a posição de vários autores, entre os quais destacamos, MARTA COSTA, NUNO DE SALTER CID, SOFIA OLIVEIRA PAIS,

²⁴⁹ In JO C 124, de 25.05.2006, p.410, ponto 24.

²⁵⁰ COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais, p. 149.

²⁵¹ Sitio www.europarl.europa.eu/registo/documentos. [Em linha][Consultado Maio 2012],

SUSANA ALMEIDA, DUARTE SANTOS²⁵², a verdade é que a Comissão e o Conselho, embora defendendo a protecção das referidas uniões no seio das Instituições da União Europeia, “não defendem tal tutela, a própria extinta Comissão Europeia dos Direitos do Homem afirmou a legitimidade da restrição do casamento à união de pessoas de sexo oposto. E o Tribunal de Estrasburgo continua a defender o casamento para pessoas de sexo oposto”^{253 254}.

Contudo, como sublinha NUNO DE SALTER CID, “durante décadas a Comissão Europeia consentiu, sob o fundamento da protecção da saúde e da moral dos Estados, que estes limitassem o respeito pela vida privada dos homossexuais, pela criminalização da homossexualidade”. Mas tal posição, como refere NUNO SALTER CID, e SUSANA ALMEIDA, “ tal posição conheceu a sua mudança na década de 80” tendo o Acórdão de Dudgeon v. Reúno Unido, de 1981, já referido, constituído o ponto de viragem^{255 256}. Como descreve SUSANA ALMEIDA²⁵⁷, “o percurso revela uma jurisprudência compreensiva da causa homossexual o Juiz Europeu manteve assim uma postura de guardião do templo do casamento tradicional”²⁵⁸, posição esta que tem vindo a mudar, veja-se a posição do Tribunal, que considerou em 2002 que o artigo 9.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia não continha qualquer menção ao sexo dos cônjuges deixando assim a porta aberta, como observou Philippe Frumer, a uma evolução legislativa^{259 260}.

²⁵² COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais; CID, Nuno de Salter - Direitos humanos ...; PAIS, Sofia Oliveira; ALMEIDA, Susana - A união de facto e as uniões registadas.

²⁵³ COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais, p. 145 e CID, Nuno de Salter, p. 216.

²⁵⁴ Ainda sentido CAMPOS, Abel - A protecção dos direitos humanos na Europa: as instituições e o recurso supranacional, p.43. ; IGLESIAS, Rodrigues; GÁLVEZ, Valle - El derecho comunitario y las relaciones entre tribunal de justicia de las comunidades europeas. Revista de derecho comunitario europeo, Ano 1, n.º2, p.329-376.

²⁵⁵ CID, Nuno de Salter - Direitos humanos e família: quando os homossexuais querem casar, p. 215.

²⁵⁶ ALMEIDA, Susana - Homossexualidade e o respeito pela vida privada e familiar, p. .248-249.

²⁵⁷ ALMEIDA, Susana - Homossexualidade e o respeito pela vida privada e familiar, p. .248-249.

²⁵⁸ FRUMER, Philippe - La discrimination fondée sur le orientation sexuelle dans les relations de partenariat ou de cohabitation une question de interet general devant la cour euroeene des droits de le home.

²⁵⁹ FRUMER, Philippe - La discrimination fondée sur le orientation sexuelle dans les relations de partenariat ou de cohabitation une question de interet general devant la cour euroeene des droits de le home. ; LEVINET, Michel - Couple et vie familiale. ; ALMEIDA, Susana - Homossexualidade e o respeito pela vida privada e familiar.

²⁶⁰ Também neste sentido, COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais, p. 482 considera que a Comissão Europeia e o TEDH, bem como o TJCE – tem vindo a fazer uma interpretação evolucionista das relações familiares, no entanto admitem diferenças de tratamento entre cônjuges, conviventes heterossexuais e conviventes homossexuais e ALMEIDA, Susana - Homossexualidade e o respeito pela vida privada e familiar, p. 263.

Por outro lado, e no capítulo da adopção e filiação, concordamos com SUSANA ALMEIDA²⁶¹, quando defende que “iguais reservas apresentam os órgãos convencionais”, no capítulo da homossexualidade, quando se defrontam com a necessidade de fundamentar no âmbito do direito da filiação e da adopção.

Efectivamente, e como observa SUSANA ALMEIDA e NUNO SALTER CID²⁶²,

O Tribunal começou por defender que o respeito pela vida familiar pressuponha a existência de uma família e não a salvaguardava o simples desejo de formar uma família, não deixando contudo de condenar a discriminação nos estados que aceitavam adopção singular por celibatário, um tratamento diferenciado e em função da orientação sexual aos restantes, para depois concluir que os Estados-Membros gozavam de uma ampla margem de apreciação face às sensibilidades e contextos sociais internos, o Tribunal continuou assim a defender «dar uma família a uma criança e não uma criança a uma família»²⁶³. Considerou assim, o Tribunal, baseado na larga margem de manobra dos Estados-Membros, bem como da falta de estudos científicos sobre esta matéria, e ainda com base na falta de um denominador comum nos diferentes sistemas jurídicos, defendeu que a não permissão de adopção por parte de homossexuais não constituía uma violação do Princípio da Proporcionalidade; não constituindo por conseguinte um tratamento discriminatório²⁶⁴.

Assim, observam ainda os citados autores, que o Tribunal de Estrasburgo, à luz do direito ao respeito pela vida privada e familiar, alargou amplamente o campo de aplicação do artigo 8.º da CEDH, iniciando assim um movimento de dilatação e diluição da noção de “vida familiar”, de modo a compreender não só as relações familiares tradicionalmente fundadas no casamento, mas também aquelas de facto, onde os seus membros convivem proximamente fora do casamento, defendendo aqui que a ausência de laços biológicos não impede a existência de vida familiar, fazendo emergir um único direito: o direito ao respeito pela vida privada. Desenhou-se assim, como refere, SUSANA ALMEIDA, um *conceito nebuloso* de vida familiar e vida privada. Não obstante este activismo jurisprudencial, o Tribunal Europeu, escudando-se na falta de denominador comum, reduz ou amplia, casuisticamente, de modo a respeitar o poder legislativo de cada estado, reforçando ou limitando a protecção daquele direito²⁶⁵.

Contudo, é de reconhecer que a jurisprudência europeia comunitária tem influenciado não só os Estados-Membros como os estados contratantes na protecção interna dos direitos humanos, verificando-se um novo enquadramento nas constelações familiares, reflectindo as coordenadas dos Direitos da Família vigentes nos espaços europeus. O Direito de Estrasburgo é um direito não discriminatório, centrado no interesse da criança, contudo, e em certos domínios, a fidelidade ao princípio da igualdade é suspenso, sob a argumentação da protecção do casamento e da família tradicional,

²⁶¹ ALMEIDA, Susana - Homossexualidade e o respeito pela vida privada e familiar.

²⁶² CID, Nuno de Salter - Direitos humanos e família: quando os homossexuais querem casar, p. 215. ; ALMEIDA, Susana - Homossexualidade e o respeito pela vida privada e familiar.

²⁶³ Acórdão FRETTE C. França, de 26 de Fevereiro de 2002, RO2-I, & 42. Apud COSTA, Marta.

²⁶⁴ ALMEIDA, Susana - Homossexualidade e o respeito pela vida privada e familiar, p. 263.

²⁶⁵ CID, Nuno de Salter - Direitos humanos e família: quando os homossexuais querem casar, p. 216. ; ALMEIDA, Susana - Homossexualidade e o respeito pela vida privada e familiar, p. 260-261.

sem contudo deixar de afirmar e defender um equilíbrio entre a verdade biológica e a verdade sociológica²⁶⁶.

Constata-se ainda que o direito de constituir uma família monoparental não é reconhecido pela Convenção, uma vez que uma pessoa isolada não beneficia da tutela reconhecida pelo artigo 8.º, quer pelo artigo 12.º, para invocar o direito a adoptar.

Assim, no capítulo da homossexualidade, e como enfatiza SUSANA ALMEIDA²⁶⁷, e com a qual não podemos deixar de estar de acordo, “deparamo-nos com uma jurisprudência compreensiva e tolerante da causa homossexual”, mas que se “revela reservada” quanto à qualificação das relações homossexuais estáveis como constituidoras das relações de vida familiar e perseverante na manutenção do templo sagrado do casamento incólume²⁶⁸.

4.1.2. A UNIÃO DE FACTO E O CASAMENTO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO E O DIREITO COMPARADO A TUTELA JURÍDICA NOS DIFERENTES ESTADOS DA UNIÃO EUROPEIA

A abordagem ao tema das uniões de facto e casamento de pessoas do mesmo sexo ficaria incompleta sem uma alusão, ainda que breve, ao Direito Comparado.

Assim, neste capítulo iremos de forma muito sucinta - pois as limitações de tempo e a inexistência de algumas fontes bibliográficas, não permitem o desenvolvimento desejado - referir as soluções jurídicas adoptadas nos diferentes Estados da União Europeia, bem como a solução jurídica do instituto da adopção por conviventes do mesmo sexo. E dentro destes, apenas alguns dos Estados da União Europeia que foram os mais vanguardistas e pioneiros na regulamentação das uniões de facto entre pessoas do mesmo sexo, e os que legalizaram o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e cujas razões do estudo já anteriormente revelamos.

Não falaremos aqui dos casos particulares e interessantes dos Estados não europeus - como os dos Estados Unidos, pois efectivamente tem a particularidade de em diferentes Estados, regularem esta matéria de forma diametralmente oposta, existindo assim uma manifesta e clara falta de uniformização de soluções dentro do mesmo país, nem do México, este último por ser ter sido o primeiro país da América Latina, seguido pela Argentina em 2010, a permitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo - , pois considera-se que muitos outros autores já o fizeram. Assim, fixaremos o

²⁶⁶ ALMEIDA, Susana - Homossexualidade e o respeito pela vida privada e familiar, p. 265.

²⁶⁷ ALMEIDA, Susana - Homossexualidade e o respeito pela vida privada e familiar, p. 265.

²⁶⁸ ALMEIDA, Susana - Homossexualidade e o respeito pela vida privada e familiar, p. 265.

estudo na Europa Comunitária, e iniciaremos a nossa breve incursão pela análise do modelo escandinavo, por ter sido o primeiro a institucionalizar as uniões de pessoas do mesmo sexo, e por isso reconhecido como o mais vanguardista e protector dos direitos dos homossexuais, e seguidamente pelos restantes países, podendo ainda ser apontado como um dos países que mais tem contribuído para a hegemonização do direito nesta matéria.

Nesta abordagem meramente noticiosa, mas essencial ao estudo do nosso tema, começaremos pela análise das diferentes formas de reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo, pois a legislação sobre o casamento e as uniões ou parcerias civis entre casais do mesmo sexo, apresentou e apresenta soluções diferentes na União Europeia, e muito embora algumas como refere NUNO SALTER CID e DUARTE SANTOS, “reconheçam estas relações homossexuais, nem todas as institucionalizaram pela via do casamento”²⁶⁹, e por outro lado, tais tratamentos jurídicos foram evoluindo ao longo dos tempos, inicialmente concedendo apenas direitos pontuais, noutros casos equiparando tais uniões ao casamento e, por fim, alguns reconheceram o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Em Portugal, no âmbito das relações homossexuais, a união de facto começou por ser a única forma de vida em comum para duas pessoas independentemente do sexo, sendo-lhes atribuídos pela lei alguns direitos e deveres, posteriormente a Lei nº 9/2010 de 31 de Maio, veio a introduzir a permissão do casamento a pessoas do mesmo sexo, deste tema trataremos no capítulo seguinte.

Por último, importa referir que na Europa dos 27, não consideram as parcerias registadas equivalentes ao casamento os seguintes países; Bulgária, Chipre, Estónia, Grécia, Irlanda, Itália, Letónia, Liechtenstein, Liechtenstein Malta, Polónia, Roménia e Eslováquia.

Faremos agora uma breve incursão aos países da União Europeia, que reconhecem pontuais direitos aos parceiros homossexuais e aqueles em que é permitido a celebração do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Porque a escolha destes países e não outros? Entendemos, como já referimos, tratar exclusivamente dos Países da União Europeia, e dentro desses, somente alguns. Isto por duas ordens de razões: uma por limitação de tempo, e a outra, porque optamos explanar apenas os

²⁶⁹ CID, NUNO DE SALTER - Direitos humanos e família: quando os homossexuais querem casar.; SANTOS, DUARTE - Mudam-se os Tempos Mudam-se os Casamentos? ... p.120-200.

países da União Europeia que reconhecem direitos aos conviventes homossexuais e em particular permitem o casamento entre pessoas do mesmo sexo, pois são estes que se aproximam neste estudo comparativo do caso recente de Portugal, e são estes que interessam ao estudo do nosso tema, em particular no capítulo da adopção, dando assim a conhecer os países que consagram soluções em matéria de não discriminação em função da sua orientação sexual, pois são esses que essencialmente interessam ao nosso trabalho.

Empreendermos este estudo de modo expositivo, não como sinónimo de facilitismo, porque o que importa é narrar o molde como estes Estados da União Europeia, acolheram e legislaram de forma não discriminatória as relações dos homossexuais, e dos quais Portugal foi importador.

4.1.3. MODELO JURÍDICO ESCANDINAVO DAS RELAÇÕES ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO

Começamos então pelo modelo escandinavo, por ser o modelo exemplar de não discriminação, e que todos os estudiosos da matéria o tem proclamado como tal.

Efectivamente, os países nórdicos foram os primeiros da Europa a institucionalizar as uniões de facto entre pessoas do mesmo sexo, através da publicação de uma lei; a Lov om registeret partneska n.º 372, de 07 de junho de 1989²⁷⁰²⁷¹, e como refere NUNO SALTER CID, a Dinamarca foi o “primeiro exemplo do Mundo a criar um sucedâneo de casamento para os homossexuais”. Assim, e de acordo com o relatório elaborado pela Divisão de Informação da Assembleia da Republica, publicado na revista Julgar, resulta que a Dinamarca introduziu uma assimilação geral entre os efeitos jurídicos das uniões entre pessoas do mesmo sexo e os efeitos do casamento entre pessoas de sexo diferente. Posteriormente segue a Noruega em 1993²⁷², a Suécia em 1994, a Islândia em 1996, e a Finlândia em 2001.

Contudo, a institucionalização das relações homossexuais foi evoluindo, e se inicialmente apenas estava reservado o acesso à união registada, actualmente é

²⁷⁰ Foi a primeira Lei a regulamentar e institucionalizar as relações entre pessoas do mesmo sexo, tendo sido sucessivamente alterada (a chamada paternidade registada entre homossexuais). [Em linha] [Consultado em Abril e Maio]. Disponível em www.ilga-europe.org

²⁷¹ União Europeia - [Portal the Euro information website](http://www.grd.org/grd/world/europe/denmark/registered.partnership.act.with.amendments) [em linha] [consultada Agosto 2012] disponível <http://www.grd.org/grd/world/europe/denmark/registered.partnership.act.with.amendments>

²⁷² Sobre a Lei Norueguesa veja-se ROTH, Marianne - The norwegian act on registered partnership for homosexual couples, p. 35 .

permitido o casamento.²⁷³²⁷⁴²⁷⁵²⁷⁶²⁷⁷

Se inicialmente a legislação norueguesa não permitia o casamento entre pessoas do mesmo sexo, mas reconhecia a Parceria Registada - Registered Partnership. O Partnership Act, que entrou em vigor em 1 de Agosto de 1993, possibilitava que duas pessoas do mesmo sexo pudessem celebrar uma parceria registada com as mesmas consequências legais de um casamento. A dissolução da vida em comum de uma parceria registada ocorria da mesma maneira que um divórcio de um casamento heterossexual. Por outro lado, não era possível aos parceiros registados adoptar conjuntamente crianças nacionais ou estrangeiras. Todavia, a legislação já permitia que um dos parceiros registados pudesse adoptar um filho do outro parceiro.

Esta alteração ao Partnership Act entrou em vigor em Janeiro de 2002. Contudo, com a aprovação do Parlamento em 11 de junho de 2008, o Lagting²⁷⁸, a câmara alta do Parlamento Norueguês, aprovou por 23 votos a favor e 17 contra, uma lei que entrou em vigor em 1 de janeiro de 2009, que autoriza o casamento entre pessoas do mesmo sexo e o equipara às uniões heterossexuais, e legitima a adopção de crianças por homossexuais. Conforme observa SOFIA OLIVEIRA PAIS, a legislação veio ainda permitir que casais de lésbicas, assim como já acontece com os heterossexuais, “obtenham ajuda financeira do Governo para tratamentos de inseminação artificial assistida (PMA). Esta lei veio assim conceder os mesmos direitos de conjugalidade e

²⁷³ Vide BEIFLUSS, Cristina Gonzalez - Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea.

²⁷⁴ Legislação - [Em linha][Consultado Abril em Agosto de 2012].Disponível em <http://dre.pt/ue/dinamarca.html>.

²⁷⁵ Consulta no site referido na nota roda 274 traduzido em <http://www.linguee.com.br/portugues-ingles/search?source=auto&query=casamento+entre+homossexuais>,

²⁷⁶ Legislação e Decisões do Tribunal – Google – [Em linha]. [Consultado em Julho/Agosto 2102].Disponível

http://www.google.com/hostednews/afp/article/ALeqM5hWwYyPZn7oYAmbk3GAq_ZzDSFAFA em 26-07-2012. e http://pt.wikipedia.org/wiki/Legisla%C3%A7%C3%A3o_sobre_a_homossexualidade_no_mundo http://pt.wikipedia.org/wiki/Casamento_entre_pessoas_do_mesmosexo.

²⁷⁷ The Court's website – sapo – [Em linha] [Consultado em Abril/Maio 2012]. Disponível em <http://www.echr.coe.int> – this site provides general information about the Court, including its composition, organisation and procedure, details of pending cases and oral hearings, as well as the text of press releases. In addition, the site gives access to the Court's case-law database, containing the full text of all judgments and of admissibility decisions, other than those adopted by Committees of three judges, since 1986 (plus certain earlier ones), as well as resolutions of the Committee of Ministers in so far as they relate to the European Convention on Human Rights. The database is accessible via an advanced search screen and a powerful search engine enables the user to carry out searches in the text and/or in separate data fields. A user manual and a help function are provided. In 2004 the Court's site had 57 million hits in the course of 1.4 million user sessions. The Court also launched the HUDOC CD-ROM (<http://www.echr.coe.int/HUDOC/Default.htm>).

²⁷⁸ Parlamento Holandês - [Em linha] [Consultado em Maio/Junho e Setembro de 2012]. Disponível em http://en.wikipedia.org/wiki/Parliament_of_%C3%85land,

parentalidade que concede aos casais heterossexuais”²⁷⁹.

Curiosamente, a Dinamarca, foi o primeiro país da Europa, em 1989²⁸⁰, a regular as parecerias de vida registadas entre pessoas do mesmo sexo²⁸¹, e foi ainda o primeiro país da Europa, ainda antes da aprovação da Lei da Adopção, em 1986, a permitir a co-adoção numa relação reconhecida legalmente. Em 2009, foi elaborada proposta de Lei sobre a adoção que veio a entrar em vigor em Julho de 2010, consagrando a legalização de direitos totais de adoção para casais de pessoas homossexuais ou bissexuais. Neste sentido, NUNO SALTER CID, observa que esta lei apesar de aprovada e votada no parlamento, “não teve o apoio do governo que foi obrigado a introduzir a lei sem a defender, tendo o Ministério da Justiça informado que o governo permanecerá forte no seu compromisso contrário à lei”²⁸²²⁸³.

Na Dinamarca, o casamento entre homossexuais veio a ser aprovado em 14 de Março de 2012, mas apenas entrou em vigor em 15 de junho de 2012, já este ano.²⁸⁴

²⁷⁹ PAIS, Sofia Oliveira; SOUSA, António Frada de - Uniões registadas de pessoas do mesmo sexo. ROA. 1999, p. 708-714.

²⁸⁰ LEROY-FORGEOT, FLORA - Le droit et le couple homosexuel.2001, Apud COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio numa perspectiva de harmonização do Direito da família europeu: as uniões homossexuais.

²⁸¹ Crf. In Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden, 324, Apud, ALMEIDA, Susana - Homossexualidade e o respeito pela vida privada e familiar. ; COSTA, Marta Andrea Matos - Convivência more uxorio numa perspectiva de harmonização do direito da família europeu: as uniões homossexuais.

²⁸² CID, Nuno de Salter - Direitos humanos e família: quando os homossexuais querem casar, p. 222.

²⁸³ Vide NIELSEN, Linda - Family rights and the registered partnerships in Denmark, In International journal of law, policy and the family, n.4, 1990, p.297, Apud COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio numa perspectiva de harmonização do Direito da família europeu: uniões homossexuais. The work book is about In 1989 Denmark took the innovative step of introducing a special legal regime, the ‘registered partnership’, of which only couples of the same sex, whether or not they are living together, may, if they choose, take advantage. The regime is closely modelled on marriage. This article explains the background to and motives which lie behind this legislation and considers the extent of its application and some of its implications.

²⁸⁴ A Lei integral das Uniões Registada, [Em linha] [Consultada Abril/Maio 2012]. Disponível em <http://147.29.40.90/SHOW-B539976057/1877&a19890037230REGL&0001>- The book resume is Claims for the legalization of same-sex marriage are not new. The spectacle of history is sprinkled with examples of individuals and groups who have claimed some marriage-like status for homosexual relationships. ¹ But those claims have not been generally accepted or legitimated. In the past decade, however, claims for same-sex marriage or marriage-like status (same-sex domestic partnership) have burgeoned into very influential political movements in many nations. The legalization of same-sex marriage truly has become a serious global issue. International Developments in the Movement for Same-Sex Marriage. No nation of the world permits same-sex marriage today. But the trend of legal developments in several nations is headed in that direction. For instance, since 1989 Denmark, Norway, Sweden, Iceland, and the Netherlands have all enacted legislation authorizing the formal registration of same-sex "domestic partnerships" and extending to such relationships essentially all of the economic and many of the noneconomic legal consequences of marriage. The legislature in Hungary, following a decision of the national supreme court, has legalized common law same-sex live-in companionship for purposes of recognizing their mutually owned purchases and acquisitions. And this year, Finland is expected to approve Scandinavian-style domestic partnership legislation. The legislatures of Spain, Luxembourg, Switzerland, Belgium, Germany, Italy, and France have been considering domestic partnership registration bills. In six arrondissements of Paris, same-sex couples can obtain "certificates of cohabitation". E ainda Love 372, junho 1989. [Em linha] [Consultado em Abril/Maio 2012]. Disponível em <http://www.lemur.unisa.it>

Enquanto o casamento não foi permitido aos parceiros, era possível a designada parceria registada. Esta seria celebrada por cerimónia no civil, sendo exigido a título de requisitos, que pelo menos um dos parceiros residisse na Dinamarca, e por outro lado a necessidade de possuírem ambos nacionalidade dinamarquesa. Assim, na Dinamarca, estas parcerias conferiam aos parceiros os mesmos efeitos jurídicos que as uniões de facto e o casamento entre pessoas do mesmo sexo. E contemplavam igualmente a possibilidade de dissolução da parceria registada sempre que as partes o desejem, e conferiam ainda ao parceiro direitos sucessórios e, em caso de dissolução a partilha era feita em função do regime de bens adoptado. Conforme explana SOFIA OLIVEIRA, antes da lei da adopção, “esta lei não permitia aos casais do mesmo sexo o exercício conjunto do poder paternal, e mesmo em caso de morte de um dos parceiros, o parceiro sobrevivente não obtinha a autoridade parental sobre a criança”. Contudo era permitida a adopção do filho do outro, desde que a criança adoptada tivesse nacionalidade dinamarquesa. Hoje o casamento é possível²⁸⁵, e a adopção é também possível.

Mesmo antes do casamento ser possível, é de reconhecer, como nota MARTA COSTA, que a legislação dinamarquesa referente à convivência registada foi de facto inovadora, referido que a mesma “legislação dominada por um propósito de índole sociopolítico alicerçou-se na medida do que lhe parecia possível, aos olhos das forças políticas e da sensibilidade da sociedade, no princípio da igualdade de tratamento entre casais hetero e homossexuais”²⁸⁶. Daí também a razão da nossa escolha do presente ordenamento jurídico.

4.1.4. MODELO JURÍDICO DAS RELAÇÕES ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO NA SUÉCIA

Actualmente a legislação sueca, também pioneira no direito de adopção, desde Maio de 2009, permite aos casais homossexuais o casamento civil e religioso, mas nem sempre assim foi. Conforme narra SOFIA OLIVEIRA, desde 1995²⁸⁷ que a legislação,

²⁸⁵ Casamento civil Dinamarca - [Em linha], [Consultado em 12 Abril 2012]. Disponível em <http://casamentocivil.org/casamentocivil/news.asp?uid=100612C>

²⁸⁶ COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais, p. 793-903.

²⁸⁷ Cfr. Lei Lov om registeret partneskap 1994, p.1117, de 23 de Junho de 1994, e que entrou em vigor em 01 de Janeiro de 1995, alterada em 2002 e 2004 ; ALCAIDE, Carlos Villagrasa - la experiencia legislativa sueca y las tendencias legislativas en nuestro entorno.

permitia a união entre pessoas do mesmo sexo, através das parcerias de vida registada, que tinham os mesmos efeitos legais que os casamento entre pessoas de sexo diferente, com algumas excepções, por exemplo os parceiros mantinham os seus apelidos, independentemente do registo das parcerias. Os parceiros que fossem pais adoptivos podiam ser avaliados nessa qualidade e não podiam recorrer, no caso de parceiras femininas, aos processos de procriação medicamente assistida.

De acordo com o relatório elaborada pela Assembleia da Republica²⁸⁸, as parcerias de vida registada, “importavam a observância de alguns requisitos, assim apenas eram permitidas, desde que, uma das partes tivesse residência no país há mais de dois anos ou que uma das partes fosse nacional do país e aí domiciliada”.

Para esta finalidade os nacionais da Dinamarca, Islândia, da Holanda e da Noruega²⁸⁹ eram tratados como suecos.²⁹⁰ Sublinha-se, que do exposto, como defende MARTA COSTA²⁹¹, “no âmbito do instituto da registered partnership, a residência e a nacionalidade dos conviventes, diversamente do que sucede no matrimónio, tem grande importância”.

Conforme refere ainda MARTA COSTA, na Suécia, às parcerias de vida registada são aplicadas as mesmas regras que aos casais no que respeita à transmissão do regime do arrendamento ou da casa de residência da família. No caso de divisão do património, a habitação conjunta dos parceiros e respectivo recheio era atribuída ao parceiro que provasse possuir maior necessidade da casa, desde que razoável e proporcional, dadas as circunstâncias gerais.²⁹² Estes princípios eram igualmente aplicados se a casa fosse propriedade única de um dos parceiros. Contudo, o direito de ficar com a propriedade não se aplicava aos bens que tivessem sido excepcionados, em consequência de condições expressas como a doação ou testamento. Se o valor da propriedade que devia ser destinada a um dos parceiros, por esta circunstância, exceder o seu quinhão, esse parceiro tem direito a receber a propriedade, desde que ela ou ele pague a diferença em valor ao outro parceiro ou seus herdeiros. A

²⁸⁸ Relatório elaborado pela Divisão de Informação Legislativa da Assembleia da Republica, publicado na Revista Julgar. 2008.

²⁸⁹ Sobre a Lei Norueguesa, Lov om registrert partnerskap - Lov n.º 40, 30 de Abril de 1993. [Em linha], [Consultado em Abril/Julho/ 2012]. Disponível em www.lemur.unisa.it

²⁹⁰ BOGDAN, Michael - Registered partnership and EC law. ; BOELE-WOELKI, Katharine; FUCHS, Amgelika - Legal recognition of same sex couples in europe 171-177, Apud SANTOS, Duarte - Mudam-se os tempos, mudam-se os casamentos?

²⁹¹ COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais.

²⁹² Para um melhor estudo, vide HILTUNES, Rainer; WAALDIJK, Kess - Major legal consequences of marriage, cohabitation and registerd partnership for different-sex and sames-sex partners in Finland, p.77. Apud COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência More Uxorio ...; SANTOS Duarte - Mudam-se os tempos, mudam-se os casamentos? ...

transmissão do arrendamento para o parceiro, devido a separação ou herança, tinha lugar com ou sem aprovação do senhorio²⁹³.

Por outro lado, o regime patrimonial aplicado aos parceiros de vida registada era o mesmo que era aplicado aos casais de sexo oposto, podendo inclusive através da convenção antenupcial estabelecer o regime da separação total de bens, daí que em caso de dissolução da parceria de vida, os bens que não estivessem separados em conformidade com a convenção antenupcial celebrada, ou que não resultassem de uma doação ou herança; eram partilhados igualmente pelos parceiros e em caso de falecimento, o outro era reconhecido como herdeiro, excepto se o falecido deixasse descendentes que não fossem também do sobrevivente²⁹⁴.

O parlamento da Suécia aprovou por ampla maioria, em 2 de Abril de 2009, com entrada em vigor em 1 de Maio de 2009, uma lei que garante a pessoas do mesmo sexo o direito a casar formalmente, contudo, a possibilidade de adopção por parte de casais homossexuais já era permitida desde 1 de Fevereiro de 2003²⁹⁵, uma vez que a Suécia através das parcerias registadas, concedia aos casais homossexuais os mesmos direitos que os casais heterossexuais²⁹⁶. Assim, como refere MARTA COSTA, “a pedra toque da admissibilidade da adopção conjunta é o tipo de relação e a estabilidade da mesma, e não a orientação sexual dos candidatos à adopção”²⁹⁷.

4.1.5. MODELO JURÍDICO DAS RELAÇÕES ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO NA ISLÂNDIA E FINLÂNDIA

Segundo o regime jurídico da Islândia, as uniões de facto entre pessoas do mesmo sexo eram possíveis desde 1996²⁹⁸. O casamento entre pessoas do mesmo sexo só foi aprovado pelo Parlamento Islandês em 27 de junho de 2010. Até então, os homossexuais podiam unir-se legalmente por via das parcerias registadas. Também aqui, e mais uma vez, em virtude dos direitos concedidos aos homossexuais por força

²⁹³ Sobre o modelo escandinavo vide SVOLAINEN, Matti - The finnish and swedish partnerships acts similarities and divergencies; WOELKI, Katharine Boele ; ANGELICA Funchs - Lgal recognition of same sex couples in europe. ; BEIFLUSS, Cristina Gonzalez - Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la union europea, p.29-32 e 96-99, Apud DUARTE Santos...

²⁹⁴ A legislação da Suécia estipulava que a parceria registada era dissolvida, ou por decisão do tribunal ou por falecimento de um dos parceiros.

²⁹⁵ Cfr. Lei 2002/603.

²⁹⁶ Cfr. Lei 2004/2005, que revoga o artigo 2, capítulo 3, da Lei 1117 de 1994.

²⁹⁷ COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais, p. 811.

²⁹⁸ WOELKI, Katharina Boele; FUCHS, Angelika - Legal recognition of same-sex couples in Europe, p.224-226.

das aludidas uniões registadas, mesmo antes da lei que permitiu o casamento entre pessoas do mesmo sexo, já desde 27 de Julho de 2006, que a lei permitia a co-adopção. As considerações supra efetuadas, relativamente aos efeitos jurídicos das uniões registadas, são extensivas às parcerias registadas existentes na Islândia²⁹⁹.

Na Finlândia, para além da legislação que regula o casamento entre pessoas de sexo diferente - Marriage Act n.º 234/1929, modificado pelo Act n.º 1226/2001, existia legislação específica: - Act on Registered Partnerships n.º 950/2001, relativa a parceria de vida registada que permite a união entre pessoas do mesmo sexo. A legislação concedia aos casais do mesmo sexo direitos e obrigações similares às dos casais de sexo oposto, excepto quanto à adopção e ao acesso à tecnologia reprodutiva. Relativamente ao regime patrimonial, importa aqui salientar que a parceria registada não altera em nada o regime de propriedade dos bens que cada um adquiriu antes do registo da parceria. A parceria é registada por uma autoridade habilitada a realizar a cerimónia de casamento civil.

Conforme MARTA COSTA, na Ordem Jurídica Finlandesa, “não existe a possibilidade legal de um convivente adoptar o filho do outro”, este tipo de adopção é unicamente acessível aos cônjuges, ao contrário do que acontece relativamente “à adopção individual, onde a orientação do candidatado não apresenta qualquer relevância”³⁰⁰.³⁰¹

A título de curiosidade, fica aqui assinalado que em 2005 foram registadas 200 parcerias comparadas e 186 no ano anterior. Das 200 parcerias metade eram masculinas e a outra feminina; foram dissolvidas 31 parcerias sendo 13 masculinas e 18 femininas³⁰².³⁰³

4.1.6. MODELO JURÍDICO DAS RELAÇÕES ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO NA ALEMANHA

²⁹⁹ Uniões de facto entre pessoas do mesmo sexo na Islândia – [Em linha][Consultado em 18 Agosto 2012] disponível em <http://www.ilga-portugal.pt/noticias/113.php>.

³⁰⁰ COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais, p.804.

³⁰¹ RAINER Hiltunen; KEES Waaldijk - Major legal consequences of marriage, cohabitation and registered partnership for different-sex and same-sex partners in Finland, [Em linha].[Consultado em Abril/Maio 2012] disponível em <https://same-sex.web.ined.fr/pdf/DocTrav125/05Doc125Finland.pdf>

³⁰² Fonte: Relatório elaborado pela Divisão de Informação Legislativa da Assembleia da República para apoio aos trabalhos parlamentares. A sua publicação foi autorizada pela Assembleia da República.

³⁰³ Legislação sobre Finlândia, [Em linha].[Consultado em Abril/Maio].Disponível em <https://same-sex.web.ined.fr/pdf/DocTrav125/05Doc125Finland.pdf>

Da análise dos relatórios elaborados pela Assembleias da Republica, é possível constatar que na ordem jurídica Alemã apenas são reconhecidas as uniões de facto entre pessoas do mesmo sexo. Assim em conformidade com a Constituição Alemã, apenas é permitido o casamento entre pessoas de sexo diferente. A legislação ordinária não consagra o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e somente a partir de 2001 com a aprovação do *Act on Registered Partnerships* de 16 de Fevereiro de 2001, modificado em 2005³⁰⁴, passou a ser permitida a união entre casais do mesmo sexo, designada por parceria de vida registada ou união civil, que se traduz numa forma de união afim à do casamento com direitos e deveres assegurados. Deste modo, na Alemanha existe apenas as chamadas uniões registadas, e que são exclusivas às uniões estabelecida entre pessoas do mesmo sexo, instituída pela *Lebenspartnerschaftgesetz*³⁰⁵. No fundo, como narra MARTA COSTA, “a legislação alemã adoptou uma legislação idêntica às que já vigoravam nos países nórdicos”.³⁰⁶

A lei não introduz uma assimilação geral entre a parceria de vida registada e o casamento. Porém, com base em disposições do Código Civil, relativas ao casamento entre pessoas de sexo diferente, confere às pessoas que celebram as parcerias de vida registada certos direitos e obrigações próprios das pessoas unidas pelo casamento, e em tudo muito semelhante ao modelo escandinavo.³⁰⁷ As parcerias podem dissolver-se por decisão judicial ou por morte, sendo ainda conferidos neste último caso, direitos sucessórios ao parceiro que sobrevive, sendo que o mesmo não poderá receber a título de legítima a uma quarta parte da herança³⁰⁸. A legislação que consagra as parcerias de vida registada não prevê a transmissão do regime de arrendamento, ou da casa de residência da família ao outro parceiro, nem direitos ou deveres fiscais comuns às dos cônjuges heterossexuais. No entanto, sendo o Código Civil que consagra as normas que regem esta matéria, elas têm sido aplicadas subsidiariamente e sem restrições àquelas parcerias, desde que os parceiros mantenham uma vida em comum e que a parte interessada na transmissão ou na

³⁰⁴ *Act on Registered Partnerships - Legislação* – [Em linha]. [Consultado em Abril/Setembro] Disponível em http://www.asg-plp.org/upload/cadernos_tematicos/doc_132.pdf

³⁰⁵ Lei relativa à cessação de discriminações das uniões homossexuais: uniões registadas, posteriormente alterada pela Lei de 15 de Dezembro de 2004, *in* BGBl, 2004, p.3396. Ver também site sobre os direitos fiscais www.lebenspartnerchaft.net

³⁰⁶ COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais.; o texto integral da Lei das uniões registadas, [consultado em 27 de Julho de 2012] disponível em <http://www.lsvd.de/lpartg/index.html>

³⁰⁷ Vide a respeito da legislação alemã KARSTEN Thorn- The german law on same sex partnerships, *In* A.A.VV., WOELKI, KATHARINE Boele; ANGELICA, Funchs- Legal reorganisations of same-sex couples in Europe Apud DUARTE Santos - Mudam-se os tempos mudam-se os casamentos?...

³⁰⁸ Neste sentido COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais, p. 843-848.

casa de residência o justifique convenientemente³⁰⁹.

O regime de arrendamento ou a casa de morada de família também é transmissível por morte de um dos parceiros, ocorre por aplicação do regime geral previsto no Código Civil.

Relativamente à adopção, embora a lei não permita aos parceiros unidos pela parceria registada a adopção conjunta, a lei permite sim, que uma pessoa singular, independentemente da sua orientação sexual, possa adoptar uma criança e se viver em parceria registada, tem que obter o consentimento do outro parceiro, aquando a adopção, e é possível apenas a co-adopção do filho biológico do companheiro³¹⁰.

Assim, embora não permita o casamento entre pessoas do mesmo sexo, permite as uniões registadas mas não as equipara ao casamento, confere-lhes sim, alguns direitos e alguns deveres idênticos aos estabelecidos para os cônjuges. Outra particularidade, é que este ordenamento jurídico, criou as uniões registadas numa clara intenção e preocupação de proteger e regular as relações homossexuais, contudo deixou de fora as relações heterossexuais, o que não deixa de ser curioso. Pela análise do seu regime é possível concluir que efectivamente possui uma legislação progressista orientada por princípios de não discriminação, ao ponto de permitir adopção singular independentemente da orientação sexual do candidato, mas não a adopção conjunta.³¹¹³¹²

Contudo é claramente um regime progressista, e no fundo foi importador do modelo escandinavo.

4.1.7. MODELO JURÍDICO DAS RELAÇÕES ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO NO REINO UNIDO

Na ordem jurídica do Reino Unido, e segundo o supra referido relatório, é permitida igualmente a celebração de uniões civis *Civil Partnership* de 25 de Novembro de 2004, não sendo autorizado, no entanto, o casamento entre duas pessoas do mesmo sexo.

³⁰⁹ Neste sentido COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais, p.835 ; REVISTA JULGAR - O casamento e outras formas de vida em comum entre pessoas do mesmo sexo. - n.º 4, Ano 2008.

³¹⁰ A lei 15 de Dezembro de 2004, veio permitir a adopção do filho biológico de um dos parceiros.

³¹¹ Eingetragene Lebens-partnerschaf – Lei das Uniões Registadas – [Em Linha].[Consultado em Abril/Setembro 2012].Disponível em <http://www.lsvd.de/lpartg/index.html> ; Relatório da Assembleia da Republica, já citado.

³¹² Regime jurídico alemão tratado em KATHARINA, Boele; ANGELIKA, Fuchs - Legal recognition of same-sex couples in Europe.

Como refere MARTA COSTA³¹³, “um diploma extenso, composto por mais de duzentos e sessenta artigos, disponível no endereço electrónico do site do parlamento inglês”.

Assim, da leitura do extenso diploma, resulta que os parceiros das uniões civis podem usufruir de quase todos os direitos consagrados para os casados. As excepções feitas estão relacionadas com a própria natureza do acto, e também o processo de dissolução de uma parceria civil é semelhante ao do divórcio de um casamento heterossexual. Os parceiros registados podem adoptar conjuntamente crianças nacionais ou estrangeiras e os filhos do outro parceiro.

Segundo o Guardian Newspaper de Agosto de 2006³¹⁴, desde a entrada em vigor do *Civil Partnership* em Dezembro de 2005, já 6516 pessoas tinham optado pela parceria civil. Este jornal noticiava ainda que o Governo esperava que até 2010, entre 11 000 e 22 000 pessoas celebrassem uniões civis.

Assim, a legislação vigente no Reino Unido, e de acordo com o relatório da DILP (Divisão de Informação Legislativa e Parlamentar) não permite o casamento entre duas pessoas do mesmo sexo, mas com aprovação do *Civil Partnership*³¹⁵ de 2004 que entrou em vigor em 5 de Dezembro de 2005, veio a ser permitida a celebração de uniões civis entre pessoas do mesmo sexo.

No fundo, como narra MARTA COSTA, trata-se de um “diploma que atribui aos casais homossexuais a possibilidade de se submeterem a obrigações e direitos idênticos aos advenientes do matrimónio”.

Do referido diploma resulta que os parceiros da união civil têm muitos dos mesmos direitos dos casados, havendo até quem tenha defendido não existir nenhuma diferença entre o casamento e as uniões civis, a não ser a sua designação. No entanto, a união civil difere do casamento em questões como a da formalidade da cerimónia (pode não existir qualquer troca de palavras procedendo-se apenas à

³¹³ COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais.; Civil Partnership Act - [Em Linha] [Consultado em 18 de Abril, 20 de Julho e 9 de Setembro de 2012]. Disponível em <http://www.legislation.hmso.gov.uk/acts20040033.htm>.

³¹⁴ GUARDIAN NEWSPAPER - [Consultado 29 de Abril e 9 de Setembro 2012]. Disponível em <http://www.guardian.co.uk/>.

³¹⁵ O CPA - Civil Partnership Act - contém 264 artigos e 30 anexos, e veio regular as uniões entre pessoas do mesmo sexo. O texto completo pode ser [consultado em Abril/Setembro] disponível em <http://www.opsi.gov.uk/acts2004/pdf/ukpga>.

assinatura dos documentos) e a de ter apenas uma vertente civil (não existe acesso a uma cerimónia religiosa). Os requisitos para a celebração das uniões são idênticos aos exigidos para o casamento, no entanto e ao contrário da lei alemã, aqui os menores de dezoito anos podem também celebrar uniões registadas com o consentimento dos pais, mas existem ainda impedimentos relacionados com o grau de parentesco ou a existência de uniões civis anteriores, e a violação destes requisitos importa a nulidade da «civil partnership».³¹⁶

No Reino Unido os casais do mesmo sexo quando celebram uma união civil podem manter os seus apelidos de solteiros ou solicitar a mudança do seu apelido, criando um nome de família. Neste último caso, os parceiros podem optar por uma de várias hipóteses: um adoptar o apelido do outro; criar um novo apelido que resulte de dois anteriores apelidos dos parceiros ou criar um novo apelido, o apelido pode ser adoptado antes ou depois da cerimónia de celebração da união civil.³¹⁷

No âmbito do poder paternal e da adopção, cumpre registar que a existência de uma parceria civil não atribuída automaticamente a um parceiro direitos sobre os filhos do outro parceiro, nomeadamente o exercício do poder paternal, contudo e caso existisse acordo sobre tal exercício, poderia ser interposta no Tribunal acção com a finalidade de solicitar a adopção da criança, e consequentemente o exercício conjunto do poder paternal, sendo permitida a adopção dos filhos do outro parceiro.

Em 30 de Dezembro de 2005 com a entrada em vigor de o Adoption and Children Act 2002 (ACA), e como anota MARTA COSTA³¹⁸, “veio estabelecer a possibilidade de um membro da relação exercer o poder paternal relativamente ao filho do outro, com o acordo deste último”. Este diploma veio abrir assim a adopção de crianças por pares homossexuais. O CPA confirmou esse direito nos termos da secção 79. Sublinhamos³¹⁹ que curiosamente, e numa atitude de verdadeira não discriminação vieram a ser permitidas a adopção por parte de casais homossexuais. Diríamos estar perante um sistema verdadeiramente progressista, pois sem consagrar o direito ao

³¹⁶ Divisão de Informação Legislativa e Parlamentar - [consultado em Abril/Setembro de 2012].Disponível em http://www.asg-plp.org/upload/cadernos_tematicos/doc_132.pdf, p. 14.

³¹⁷ Cadernos Temáticos - [Em linha][Consultado em Abril/Setembro de 2012].Disponível http://www.asg-plp.org/upload/cadernos_tematicos/doc_132.pdf, p. 14.

³¹⁸ COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais.

³¹⁹ Sublinhado nosso

casamento, permite adopção independentemente da orientação sexual.³²⁰

4.1.8. MODELO JURÍDICO DAS RELAÇÕES ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO NA HOLANDA

Segundo o relatório da DILP, e como anota NUNO SALTER CID³²¹ entre outros, a “Holanda foi o primeiro país da Era Moderna que, com a aprovação do Act on the Same-Sex Marriage em Abril de 2001”, passou a consagrar na legislação a permissão do casamento entre pessoas do mesmo sexo, mas impondo o requisito de que os nubentes sejam nacionais. A este propósito veja-se a lei publicada no Staatsblad 2001, n.º 9, de 11.01.2001, tendo na mesma data entrado em vigor a lei relativa à adopção por pares homossexuais, a qual teve a sua génese na Proposta de Lei 26673, de 08 de Julho de 1999 e promulgada pela Rainha Beatriz em 21 de Dezembro de 2000, tendo esta lei entrado em vigor em 01 de Abril de 2001.

Como enfatiza MARTA COSTA³²², pela inovação desta lei, quer a de 1997, quer esta última, “fez centrar em si as atenções dos juristas comparativas de Direito da Família de todo o mundo”. Esta lei veio estabelecer que os estrangeiros que não residem no país não podem contrair casamento, excepto se uma das partes aí residir.

Factualidade que já supra referimos, quando relatámos as diferenças entre nacionais e não nacionais. Com a finalidade de evitar casamentos de conveniência, a lei exige àqueles que não apresentem licença permanente de residência, uma declaração emitida pela polícia dos estrangeiros que justifique a legalidade da permanência. A lei permite ainda o casamento entre duas pessoas que vivam no estrangeiro, desde que uma delas tenha nacionalidade holandesa. O acto de celebração do casamento tem lugar na Holanda.

Assim a partir de 2001, com a publicação da Lei de 21 de Dezembro de 2000³²³, que

³²⁰ Sobre o Regime Jurídico no Reino Unido Vide CURRY, Summer Ian - All well that ends registered ?. The substantive and private international law aspects of non-marital registered relationships in Europe.

³²¹ CID, Nuno de Salter - Direitos Humanos: quando os homossexuais querem casar.; COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais.

³²² COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais.

³²³ Lei de 9/ 2000 que veio eliminar o requisito da diversidade de sexos – [Consultada em Abril/Julho]. Disponível em <http://www.lemur.unisa.it>; DILP – Divisão de Informação Legislativa Parlamentar -[consultado em [18 de Abril 14 de Maio e novamente em Setembro]. Disponível em http://www.asg-plp.org/upload/cadernos_tematicos/doc_132.pdf

veio alterar o artigo 30 do Código Civil Holandês³²⁴, os casais homossexuais, a exemplo dos casais heterossexuais, podem formalizar a sua relação optando pelo casamento civil, parceria de vida registada ou acordo de coabitação (cohabitation agreement).³²⁵ Tal casamento é permitido, ainda que um dos nubentes não seja de nacionalidade holandesa, sendo irrelevante que no país de um dos nubentes, não seja admitido o casamento, cf. artigo 43, n.º 1, do Código Civil Holandês.

O que é importante realçar, é que o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo apresenta grandes similitudes com o casamento entre pessoas de sexo diferente, no que respeita a direitos e deveres consagrados em legislação específica.

Há, no entanto, excepções quanto à adopção de crianças e à aceitação do casamento no estrangeiro. A parceria de vida registada, de certa forma, compreende os mesmos direitos e deveres que o casamento civil que se encontram contemplados em legislação própria. A lei permite a conversão das parcerias de vida registada em casamentos civis daí que, em termos estatísticos, se verificou uma diminuição destas, a partir de 2001.

Segundo DUARTE SANTOS³²⁶,

tal mudança foi justificada no princípio da igualdade de tratamento, tendo estado na sua génese o caso submetido ao Hoge Road”, (Tribunal de Amesterdão) em que os requerentes protestaram pela não atribuição de uma licença para casamento, e na qual o tribunal veio a considerar que muito embora o artigo 30 do Código Civil holandês não restringia expressamente o casamento a pares heterossexuais, seriam as razões históricas que o impediam. Contudo, o Tribunal escudando-se na sua incompetência, remeteu a questão para o poder político e legislativo. Aproveitando este caso, o poder político criou uma comissão especializada para analisar o assunto, a chamada Comissão Kortmann, que levou aprovação da lei relativa às uniões registadas em 1997³²⁷. Posteriormente, e com a criação da segunda comissão, em 1998, o governo remeteu ao Parlamento uma proposta de Lei com vista à permissão do casamento entre pessoas do mesmo sexo, que viria a ser aprovada em 19 de Dezembro de 2001.

No acordo de coabitação (ou contrato de vida comum) (cohabitation agreement)³²⁸, as partes, por forma escrita, podem optar por escolher os direitos e deveres que esse acordo inclui. As consequências legais resultantes deste acordo, apenas dizem

³²⁴ O artigo 30 do código civil holandês passou a ter a seguinte redacção: «o casamento pode ser celebrado por duas pessoas de sexo diferente ou do mesmo sexo».

³²⁵ Divisão de Informação Legislativa e Parlamentar – [Em linha][Consultado em Abril/Setembro de 2012]. Disponível em http://www.asg-plp.org/upload/cadernos_tematicos/doc_132.pdf

³²⁶ SANTOS, Duarte - Mudam-se os tempos, mudam-se os casamentos? ...

³²⁷ SANTOS, Duarte - Mudam-se os tempos, mudam-se os casamentos? ...p. 145.

³²⁸ Exemplo de um Acordo de Coabitação – [consultado em 19 de Agosto] disponível em <http://www.roylaw.co.za/home/article/cohabitationagreement/pageid/living-together>,

respeito às partes que o assinaram, não produzindo assim efeitos perante terceiros.

Segundo a lei, ninguém pode estar casado, ao mesmo tempo, com mais de uma pessoa, e, não são permitidos casamentos consanguíneos, excepto se tratar de casamento entre irmãos por adopção e desde que seja solicitada permissão ao ministro da justiça. Alguém que, por abuso do álcool ou por incapacidade de gerir as próprias finanças, tenha sido colocado sob a guarda do tutor, apenas pode contrair matrimónio com a permissão deste. No caso de recusa, pode recorrer da decisão para o tribunal competente. Quem sofra de perturbações mentais e que esteja sob a guarda do tutor terá que solicitar ao tribunal competente permissão para contrair matrimónio.

O processo seguido para a concretização do casamento civil entre duas pessoas do mesmo sexo passa pela apresentação dessa intenção no registo civil, habitualmente na municipalidade da residência. Para além da apresentação dos documentos legais exigidos. As partes, no caso de ter havido casamento civil ou parceria de vida registada anterior, devem provar a dissolução dos mesmos. A solenização do acto tem lugar duas semanas após a data da entrada dos documentos. Para a celebração do casamento é indispensável a presença de um mínimo de duas e um máximo de quatro testemunhas maiores de 18 anos de idade.

Na Holanda, a idade mínima para contrair matrimónio é de 18 anos, pode ser outra a idade desde que o ministro da justiça assim decida. Aos menores que queiram contrair matrimónio é exigida a autorização dos pais ou de tutor legal. Se não for possível obter a permissão o menor pode recorrer para o tribunal competente.

A lei holandesa dispõe que, os casais, mediante acordo, possam estabelecer regras quanto à venda da casa de morada de família ou ao arrendamento da mesma.

A legislação determina que os casais do mesmo sexo, unidos por casamento, gozam do mesmo regime jurídico de férias, faltas e licenças que os casais de sexo diferente, e dispõe ainda que, quando duas pessoas do mesmo sexo se unem por casamento, é criado entre eles, para além da comunhão de bens, a obrigação de assistência mútua e na doença.

Na Holanda, nos termos da lei, alguém que tenha contribuído para um sistema de segurança social, adquire o direito a uma pensão de reforma ou de sobrevivência. Adquirido esse direito durante a constância do casamento, em caso de divórcio, esse

direito pode ser repartido com o outro parceiro. No caso de falecimento, o cônjuge sobrevivente tem direito à pensão de reforma ou sobrevivência do falecido. Relativamente à coabitação, a lei não prevê nenhuma legislação específica, contudo e para que os coabitantes possam beneficiar de direitos idênticos aos cônjuges, necessitam de celebrar contrato de coabitação perante notário, nomeadamente para efeitos fiscais e de pensões por morte ou invalidez.

Os casais do mesmo sexo estão sujeitos às mesmas obrigações fiscais que os casais heterossexuais.

A lei holandesa dispõe que a forma de dissolução do casamento reveste a mesma forma do regime para os pares heterossexuais, a única forma possível, já que não existe forma administrativa, é a do divórcio por decisão judicial³²⁹.

Na Holanda a legislação³³⁰ determina que os casais do mesmo sexo estão obrigados à prestação de alimentos um ao outro à semelhança dos casais heterossexuais.

E se é possível afirmar que os direitos dos cônjuges do mesmo sexo são idênticos aos cônjuges do sexo oposto, a verdade é que a lei ainda estabelece algumas limitações, assim o casamento real (da Rainha ou do Rei), tem de ser aprovado pelo parlamento holandês, e não será admissível o casamento real entre pessoas do mesmo sexo³³¹.

Relativamente à adopção, na lei holandesa, se a adopção não for possível ou não seja desejável, o pai/mãe e o seu cônjuge do mesmo sexo podem obter, por decisão judicial, a permissão da partilha do poder paternal, desde que, e apenas, um dos pais exerça o poder paternal e o outro cônjuge mantenha uma boa relação com a criança. O interesse da criança é preservado ao impedir que os contactos com o pai/mãe biológicos não sejam ameaçados. No entanto, a lei aprovada em Janeiro de 2002 que modificou o Código Civil, atribui automaticamente o exercício conjunto do poder paternal³³² aos casais do mesmo sexo (feminino) sempre que nasça uma criança, na

³²⁹ Cfr. artigos 150, 151 e 154 do Código Civil holandês.

³³⁰ Sobre o matrimónio nos países baixos vide CIMBALO, Giovanni - Apertura del matrimonio civile e modifica della disciplina delle adozioni nella legislazione nei Paesi Bassi. Apud COSTA, Marta...

³³¹ Cfr. artigo 28 da Constituição Holandesa.

³³² O poder paternal é automaticamente exercido pela mãe e pelo pai na constância do seu casamento de acordo com o artigo 251.º, n.º 1 do Código Civil holandês. No caso dos pais que não são casados e nem nunca exerceram o poder paternal conjunto, este pode ser conferido, desde que requerido conjuntamente e registado junto do tribunal de comarca (artigo 252.º Código Civil).

constância do casamento, resultante de inseminação artificial de dador anónimo.³³³

A regra referida, não se aplica à situação do nascimento de uma criança que não resulte de inseminação artificial de dador anónimo e cujo pai reconhece a criança.

Como ensina MARTA COSTA³³⁴, na Holanda “os casais do mesmo sexo podem adoptar, apenas, crianças de nacionalidade holandesa e que residam no país, não reconhecendo assim, a adoção de crianças de outra nacionalidade”, ao contrário do que acontece às relações heterossexuais. Conforme MARTA COSTA, a adoção internacional não é permitida (artigo 227º. n. 1 do CC, alterado pela lei de 21 de Dezembro).

No processo da adoção os casais têm que provar que vivem juntos há mais de três anos e que têm prestado cuidados à criança artigo 227º. Nº 2, do CC holandês) pelo menos, durante o período de um ano. Contudo, o casamento entre pessoas do mesmo sexo não cria laços de filiação, deste modo, num casal homossexual, o cônjuge não se torna pai do filho do seu esposo a não ser que o adopte. Em matéria de procriação medicamente assistida, não existe legislação a limitar o acesso às respectivas técnicas, pelo que qualquer mulher, independentemente do seu estado civil, pode recorrer à PMA.³³⁵³³⁶

4.1.9. MODELO JURÍDICO DAS RELAÇÕES ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO NA BÉLGICA

Como defende NUNO SALTER CID³³⁷, a “Bélgica começou por ser influenciada pelos ventos parlamentares franceses de 1992”. De acordo com o relatório da DILP, as iniciativas parlamentares Belgas tiveram início em 1993, com a apresentação de várias propostas legislativas³³⁸. A verdadeira mudança ocorreria apenas com a Lei de 13 de Fevereiro de 2003 que alterou o artigo 143.º do Código Civil belga e veio permitir o

³³³ Relativamente à génese legislativa, veja-se COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais, p. 814-825.

³³⁴ COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais.

³³⁵ É de sublinhar que à data das obras consultadas o casamento ainda não era permitido nalgumas destas legislações, nomeadamente na Dinamarca só veio a ser aprovado em Março de 2012 e entrar em vigor em 21 Julho de 2012, pelo que foi necessário proceder às adaptações necessárias.

³³⁶ COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio numa perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais. p.823.

³³⁷ Cid, Nuno de Salter - Direitos humanos: quando os homossexuais querem casar.

³³⁸ Cid, Nuno de Salter - Direitos humanos: quando os homossexuais querem casar, p. 227.

casamento entre duas pessoas do mesmo sexo³³⁹, contudo e como ensina MARTA COSTA³⁴⁰, desde 1998, a Bélgica já incluía no seu ordenamento a figura da «choabitation légale».³⁴¹ Nas suas palavras, tratou-se, portanto de tutelar novas formas de relações sentimentais e sexuais, podendo inclusive disciplinar relações formadas entre dois familiares, designadamente irmãos e segundo a autora, esta é a grande particularidade do modelo no seio dos Estados-Membros da EU³⁴². Mas a nova Lei de 2003, não faz qualquer distinção entre casais do mesmo sexo e casais de sexo oposto, exigindo e atribuindo os mesmos requisitos e idênticos direitos e obrigações.³⁴³

Na Bélgica, têm capacidade para contrair casamento quem tiver idade igual ou superior a dezoito anos. É ainda se sublinhar, que os casais do mesmo sexo gozam do mesmo regime patrimonial dos casais heterossexuais. A legislação permite ainda que um cônjuge adopte o apelido do outro independentemente do casamento ser entre pessoas do mesmo sexo ou do sexo oposto, contudo e para que o apelido adoptado possa vir a ser usado na vida profissional, tem que existir um acordo nos termos do artigo 216.º Código Civil Belga³⁴⁴. É de notar, como sublinha MARTA COSTA³⁴⁵, “que inicialmente a doutrina belga, apenas abria o casamento a cidadãos belgas, o que veio a ser alterado, em Outubro de 2004”.³⁴⁶ Ensina ainda, que o direito Belga “permite ainda a transmissão do regime do arrendamento ou casa de residência de família entre casais do mesmo sexo, sendo-lhes aplicado o regime previsto no Código Civil”. Os cônjuges podem entre si transmitir a qualquer título, bens ou direitos e celebrar toda a espécie de contratos, recaindo sobre os cônjuges direitos e deveres de mútuo respeito e mútua colaboração.

Nota ainda MARTA COSTA, que se “ a Lei de 13 de Fevereiro de 2003, excluía do âmbito do casamento entre pessoas do mesmo sexo qualquer presunção de paternidade, a Lei de 18 de Maio de 2006 veio introduzir uma alteração” ao Código

³³⁹ Artigo 143.º - Oeux personnes de sexe différent ou de même sexe peuvent contracter mariage-.

³⁴⁰ COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais.

³⁴¹ Regime Jurídico vide CATHERINE Couquelet - La loi cohabitation légale, In Actualités du droit familiale. p. 35

³⁴² COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais, p. 825-834.

³⁴³ A propósito do regime jurídico Belga vide KATHARINA, Boele; ANGELIKA, Fuchs - Legal recognition of same-sex couples in Europe. p. 50.

³⁴⁴ Cf. Artigo 216. do Código Civil - Aucun des époux ne peut user dans ses relations professionnelles du nom de son conjoint qu'avec l'accord de cetui-cis.

³⁴⁵ COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais.

³⁴⁶ COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais.

Civil Belga, visando permitir a adoção conjunta por pessoas do mesmo sexo de crianças nacionais e estrangeiras. Estes podem ainda adoptar e perfilhar os filhos naturais/biológicos do seu parceiro.

Assim, e no capítulo da adoção, de acordo com o regime jurídico Belga, os casais do mesmo sexo podem adoptar e perfilhar os filhos naturais/biológicos do seu parceiro desde 2006, e os direitos e deveres dos pais são idênticos para os casais de sexo diferente e para os casais do mesmo sexo. Na verdade, os pais assumem os direitos e deveres de, na devida proporção das suas possibilidades, assegurar aos seus filhos habitação, sustento, vestuário, vigilância, educação e formação. O dever de formação do filho mantém-se, mesmo após maioridade deste, caso a sua formação ainda não tenha terminado. No caso de adoção simultânea por duas pessoas do mesmo sexo, estas declaram de comum acordo perante o Tribunal, qual das duas dará o seu nome ao adoptado. O juiz deverá mencionar esta declaração.³⁴⁷

Como se observa desta análise simplista, e segundo MARTA COSTA, a inicial coabitação legal (Registered partner ship) “tinha uma particularidade, ao contrário do modelo dinamarquês e finlandês, de não ter um âmbito de aplicação exclusivo ou limitado aos casais homossexuais, o que denota uma verdadeira consagração de igualdade”.³⁴⁸³⁴⁹

4.1.10. MODELO JURÍDICO DAS RELAÇÕES ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO NA ESPANHA

Actualmente, a Espanha é um dos dez países do mundo que permite o casamento entre pessoas do mesmo sexo e tem uma das legislações mais progressistas sobre temas que afectam a comunidade LGBT, como a adoção ou a alteração de sexo legal. Não obstante a sociedade Espanhola ser fortemente conservadora e fortemente cristã, é possível afirmar que Espanha possui uma forte tutela das relações homossexuais, isto é, possui uma legislação não discriminativa, e uma legislação das mais progressista e defensora da igualdade e da proibição de discriminações em

³⁴⁷ Cadernos Temáticos- [Em linha] [Consultado em Maio/Setembro de 2012].Disponível em http://www.asg-plp.org/upload/cadernos_tematicos/doc_132.pdf, p. 9.

³⁴⁸ COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais. p.826.

³⁴⁹ COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais, p. 830: A Bélgica, foi o segundo Estado-membro da EU a abrir o matrimónio a casais formados por duas pessoas do mesmo sexo, sendo que a técnica legislativa utilizada passou essencialmente por uma reformulação dos diplomas já existentes, com a consequente substituição dos termo “mari” e “feme”, de forma a obter uma indiferenciação de géneros.

função do género. Por outro lado, é de assinalar que aqui neste regime, a lei permite o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e a sua particularidade, com nota entre outros, MARTA COSTA e DUARTE SANTOS³⁵⁰, “é que não faz qualquer distinção entre os casados do mesmo sexo e os do sexo oposto”.

Partilhamos aqui o pensamento de MARTA COSTA, quando defende que “efectivamente Espanha não só foi um dos primeiros países a permitir que duas pessoas do mesmo sexo se vinculassem por laços matrimoniais, como o fez directamente, isto é, sem ter passado por um estágio intermédio a nível estatal”.³⁵¹

É curial sublinhar que a Espanha, à semelhança do que ocorre com os EUA, não possui legislação unitária, existem sim várias leis regionais, esta é a sua particularidade, tendo sido na Catalunha a primeira região autónoma a regulamentar a união de facto, quer entre pessoas do mesmo sexo, quer entre pessoas de sexo oposto, como conclui MARTA COSTA³⁵², “a Espanha constitui ao nível legislativo das uniões de facto, um fenómeno plurilegislativo, existindo assim uma legislação regional em doze das dezassete comunidades” pois efectivamente como observa MARTA COSTA³⁵³, “que neste país, ao nível da convivência more uxorio homossexual, não existe a nível nacional um diploma unitário, independente do sexo desses conviventes”, o que só por si, consideramos já facticidade de grande particularidade.

Mas porque o nosso estudo tem incidência específica no casamento entre pessoas do mesmo sexo e adopção, apenas desenvolveremos aqui a permissão do casamento entre pessoas do mesmo sexo, sem contudo, fazer notar que outra das particularidades de Espanha, é que mesmo não existindo legislação homogénea, a verdade é que, como constata MARTA COSTA, “também no tratamento das uniões de facto, não é feita qualquer distinção ou discriminação em função do sexo dos conviventes”. Como observa ainda MARTA COSTA³⁵⁴, e centrando-nos agora no casamento entre pessoas do mesmo sexo, “efectivamente, nos outros países, ainda que pioneiros, iniciaram a sua actividade legislativa por estádios intermédios através de regulamentações pontuais e ou uniões registadas, mas diferenciadas do

³⁵⁰ SANTOS, Duarte - Mudam-se os tempos, mudam-se os casamentos?

³⁵¹ COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais, p. 849.

³⁵² COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais, p. 349, 848.

³⁵³ COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais.

³⁵⁴ COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais, p. 848.

matrimónio”.

De acordo com o relatório do Divisão de Informação legislativa e Parlamentar (DILP)³⁵⁵, em Julho de 2005, foi aprovada a Lei n.º 13/2005³⁵⁶, de 1 de Julho, que modificou o Código Civil em matéria do direito a contrair matrimónio, e que consagrou o princípio segundo o qual o casamento exige os mesmos requisitos e produz os mesmos efeitos independentemente do sexo dos contraentes, sendo que a idade mínima para contrair casamento é de 16 anos ou 14 anos consoante haja dispensa por decisão judicial.

Deste modo, a Espanha aprovou o casamento entre pessoas do mesmo sexo e o direito a adoptarem crianças. A lei acima referida foi aprovada com os votos a favor do PSOE e os votos contra do Partido Popular e da formação catalã Unió. Assim, a Espanha tornou-se o quarto país do mundo a legalizar o casamento entre pessoas do mesmo sexo, depois da Holanda, Bélgica e Canadá. O Congresso espanhol (Câmara Baixa do Parlamento) aprovou a lei promovida pelo partido no poder, o Partido Socialista (PSOE), tendo obtido 187 votos a favor e 147 contra, que incluíram os deputados do conservador Partido Popular (PP) e da Unió, uma pequena formação nacionalista catalã. Quatro deputados abstiveram-se.³⁵⁷

Aquando da aprovação desta lei, contrastando com a satisfação do primeiro-ministro, Luís Zapatero, o líder do PP, Mariano Rajoy, criticou a aprovação desta lei, considerando que a nova legislação vai dividir a sociedade espanhola.

Segundo DUARTE SANTOS³⁵⁸,

na génese da lei esteve uma proposta do Conselho de Ministros, um ante-projecto de reforma do Código Civil, estando na sua base a pretensão de abolir toda e qualquer discriminação baseada na orientação sexual, esta lei procurou dar resposta às exigências dos cidadãos do nosso tempo ao permitir que, aqueles que livremente adoptem uma opção sexual e afectiva por pessoas do mesmo sexo possam desenvolver a sua personalidade e os seus direitos em condições de igualdade, concretizando o artigo 32 da Constituição Espanhola, que garante o direito de institucionalizar as relações independentemente da orientação sexual. Esta lei garante que os efeitos do matrimónio são os mesmos, quer no que respeita aos direitos e prestações sociais, quer quanto à possibilidade de ser parte em processos de adopção.

³⁵⁵ DILP - [Consultado em Abril/Setembro de 2012]. Disponível em http://www.asg-plp.org/upload/cadernos_tematicos/doc_132.pdf, (2008)

³⁵⁶ Cf. Boletim Oficial do Estado n.º 157, de 02 de Julho de 2005, p. 23-632.

³⁵⁷ Cfr. dosite http://portugalgay.pt/news/300605C/espanha:_aprovada_lei_que_permite_casamento_entre_homossexuais

³⁵⁸ SANTOS, Duarte - Mudam-se os tempos, mudam-se os casamentos? ...

Como refere MARTA COSTA³⁵⁹, “com as modificações introduzidas pela mencionada lei, o legislador procedeu a uma adaptação terminológica dos artigos do Código Civil que se referem ao casamento”, assim como a uma série de normas do ordenamento jurídico que se referem ao sexo das partes, designadamente substituindo as expressões marido e mulher, por cônjuges, pai e mãe, por progenitores, entre outras, à semelhança do que ocorreu no sistema jurídico Belga³⁶⁰.

Em Espanha, não é prática oficial o uso dos apelidos do outro cônjuge, é aplicado o regime consagrado na lei civil. Os cônjuges são iguais em direitos e deveres.

Na lei Espanhola, mediante o regime da comunhão de bens adquiridos após o casamento, os bens e ou os benefícios obtidos indistintamente por qualquer dos cônjuges, são comuns e em caso de dissolução do casamento são repartidos de forma igualitária. A legislação permite que os casais possam fixar livremente, em convenção antenupcial, o regime de bens do casamento em minuta própria, junto do notário. Para além do que os casais possam convencionar, devem, em princípio, contribuir para os custos resultantes da manutenção dos encargos familiares, através da partilha das receitas e das despesas. À sucessão de bens é aplicado o regime que rege o casamento entre pessoas de sexo diferente, no entanto, os casais podem fazer acordos alternativos mediante minuta reconhecida notarialmente. Segundo a lei Espanhola é aplicado o regime geral consagrado na lei, os cônjuges são iguais em direitos e deveres e devem respeitar-se e ajuda-se mutuamente e actuar no interesse da família. Ao nível da protecção e acesso em igualdade ao sistema de segurança social, é aplicado o regime geral consagrado na lei ao determinar que os efeitos do matrimónio são os mesmos no que respeita aos direitos e prestações sociais, independentemente das partes serem do mesmo sexo ou de sexo diferente e o mesmo se diga relativamente ao regime de tributação fiscal.

Ainda de acordo com a legislação Espanhola, e no que concerne ao divórcio também é aplicável o regime geral consagrado na lei civil quanto ao divórcio para heterossexuais, sendo igualmente extensível aos casais do mesmo sexo, o regime da obrigação de prestação de alimentos. No que concerne à partilha do poder paternal, é aplicado o regime geral consagrado na lei civil, os filhos não emancipados estão sob

³⁵⁹ COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais.

³⁶⁰ COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais, p. 848.

a autoridade dos seus progenitores, e os progenitores, ainda que não exerçam o poder paternal, têm o direito de relacionar-se com os seus filhos menores, excepto os adoptados pelo outro cônjuge ou conforme o disposto em resolução judicial. Em suma, na lei Espanhola, é aplicado o regime geral consagrado na lei, e os cônjuges são iguais em direitos e deveres e devem respeitar-se e ajudar-se mutuamente e actuar no interesse da família, independentemente do seu sexo.

Em Espanha a lei consagra a plenitude e a igualdade de direito e obrigações nos casamentos entre pessoas do mesmo ou de sexo diferente, sendo os referidos direitos e obrigações extensíveis aos procedimentos da adopção de crianças nacionais ou estrangeiras³⁶¹. Ninguém pode ser adoptado por mais de uma pessoa, salvo se for realizada conjunta ou sucessivamente por ambos os cônjuges. Tendo sido o casamento realizado após a adopção, é permitido ao cônjuge a adopção dos filhos do seu consorte. No caso de morte do adoptante ou no caso de este sofrer de algumas das excepções previstas na lei é possível uma nova adopção do adoptado.

A adopção produz a extinção dos vínculos jurídicos entre o adoptado e a sua família anterior. Por excepção, os vínculos jurídicos com a família do progenitor subsistem quando o adoptado seja filho do cônjuge do adoptante, ainda que o consorte tenha falecido ou quando só um dos progenitores haja sido legalmente determinado, sempre que tal efeito tenha sido solicitado pelo adoptante e o adoptado seja maior de 12 anos.

Assim, é possível afirmar que no capítulo da adopção, e não obstante a divergência legislativa entre as diferentes comunidades espanholas, a verdade é que como observa MARTA COSTA³⁶², com a permissão do casamento entre pessoas do mesmo sexo, e dada a sua particularidade a adopção passou também a ser permitida.

É de assinalar uma particularidade no regime da adopção, conforme refere MARTA COSTA³⁶³, “a adopção dual é a excepção, e que não é prevista qualquer idade máxima, nem duração mínima necessária para a relação matrimonial ou de convivência more uxorio, a qual tanto pode ser hetero como homossexual”.

³⁶¹ A este propósito vide COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais.

³⁶² COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais, 469.

³⁶³ COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais.

O facto de o casamento entre pessoas do mesmo sexo ser permitido desde 2005, como resultado da Lei n.º 13, nem por isso foi consensual a sua aceitação. Assim, as reacções contestatárias a esta lei não se fizeram esperar, nos vários sectores da sociedade Espanhola, designadamente por parte do Conselho de Estado, que considera que o casamento está exclusivamente reservado aos parceiros de sexo oposto³⁶⁴, do Conselho Geral e do Poder Judicial, considerou que tal permissão distorce a instituição matrimonial, e ainda da Real Academia de Jurisprudência, considerou inconstitucional a abertura do casamento a união entre pessoas do mesmo sexo.

Também o Partido Popular opôs-se veementemente, e propôs³⁶⁵ alteração ao Código Civil, com o objectivo de proibir o casamento entre pessoas do mesmo sexo e a adopção, contudo em 2007 tal proposta foi chumbada.³⁶⁶

Segundo a ILGA, em 2010, o governo espanhol concedeu asilo político a um homossexual colombiano vítima de perseguição no seu país de origem. Manuel António Velandia era um importante militante LGBT na Colômbia e nos anos 70 foi um dos fundadores do Movimento de Liberação Homossexual. A decisão de deixar o seu país e solicitar asilo na Espanha veio depois que Velandia foi vítima de um atentado à bomba e de várias ameaças de morte, que se estenderam também a alguns dos seus parentes. O activista mora em Espanha desde 2007, e o seu pedido para ser aceite na condição de refugiado surgiu graças ao intermédio da Cruz Vermelha Espanhola.

Para Velandia, a concessão do pedido é uma prova de que o governo de José Luis Rodríguez Zapatero tem “pleno reconhecimento da diversidade sexual e de que a orientação sexual é um direito que na Colômbia deixa vulneráveis as pessoas homossexuais, lésbicas e bissexuais”.³⁶⁷

O casamento para gays e lésbicas foi legalizado na Espanha há quase sete anos mas só em junho de 2012 passou a ser reconhecido no dicionário oficial. A Real Academia Espanhola, a instituição que regula o idioma espanhol, acrescentou uma definição à

³⁶⁴ Agência Estatal Boletim Oficial del Estado – Base de Datos – [Consultado em Agosto 2012]. Disponível em <http://www.boe.es/g/es/bases-datos-ce/doc.ph>

³⁶⁵ Proposta de Lei n.º 120/000005, in BOCG.

³⁶⁶ Vide as seguintes obras: LASARTE, Carlos - De la pensión a la compensación: el trunfo de la temporalidad, in familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI. ; IDADFE, UNED; GONZÁLEZ, Isabel Lázaro - Las uniones de hecho en derecho internacional privado español. ; MORAL, Maria Jesus Guitierrez del - El derecho a no contraer matrimonio.

³⁶⁷ INTERNATIONAL LESBIAN, GAY, BISEXUAL, TRANS AND INTERSEX ASSOCIATION (ILGA Europe) – [Consultado em Maio/Junho e em 18 Agosto 2012]. Disponível em <http://ilga.org/ilga/pt/article/mnX5p2Z10P>,

palavra casamento no seu dicionário on-line este mês, definindo-a como “em algumas legislaturas, a união de duas pessoas do mesmo sexo”.³⁶⁸

A adição juntou-se às quase 17000 alterações de palavras em espanhol que reflectem o mundo em mudança na Espanha e fora dela, nesta quinta revisão do dicionário desde 2001, realizada em colaboração com 22 Academias da Língua na Espanha e no exterior.

4.1.11. MODELO JURÍDICO DAS RELAÇÕES ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO NA FRANÇA

Em França, e apesar de não ser permitido o casamento entre duas pessoas do mesmo sexo, a lei prevê uma forma de vida em comum que se aplica quer a pessoas do mesmo sexo, quer a pessoas de sexo diferente: O Pacto Civil de Solidariedade (Pacte Civil de Solidarité - PACS)³⁶⁹, consagrado na Lei n.º 99-944, de 15 de Novembro de 1999³⁷⁰, esta é uma particularidade, e assim, se em Espanha, o regime do casamento civil, é comum para todos os cônjuges independentemente do seu sexo, aqui, no regime jurídico francês, a particularidade reside no facto da tutela as uniões de facto, aplicarem-se também a todas as relações, ou melhor a todos os conviventes, independentemente do seu sexo.

Desta particularidade, resultou a escolha e referência a este Estado-Membro da EU, pois embora não reconheça o casamento entre pessoas do mesmo sexo, encontrou, do nosso ponto de vista, uma solução jurídica curiosa, e fortemente defensora da não discriminação, já que com os PACS³⁷¹, aplicáveis quer aos casais homossexuais quer aos casais heterossexuais, não se verificam quaisquer discriminações.³⁷² Segundo MARTA COSTA, esta lei “atribui aos casais do mesmo sexo apenas alguns dos direitos e deveres dos casais heterossexuais, não contemplando a lei qualquer

³⁶⁸ Base de Dados – [consultado em 13 de Maio e 18 de Agosto de 2012].Disponível em <http://casamentocivil.org/casamentocivil/news.asp?uid=260612A>

³⁶⁹ Sobre o regime vide CORNU, Gerard - Droit civil, la famille, p. 102-103, Apud COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio ... - a originalidade deste regime, é que apesar de pensado para as uniões homossexuais, ele é extensivo às uniões de facto heterossexuais.

³⁷⁰ A lei foi aprovada em 13 de Outubro de 1999 e publicada no JORF n.º 265, de 16 de Novembro de 1999, pp. 16-959 e ss, estando vigente de acordo com a redacção que lhe foi dada pela Lei 2006-728, de 23 de junho, publicada no JORF n.º 145, de 24 de junho de 2006, pp. 9513 ss., em vigor desde 01 de Janeiro de 2007. Pode ser consultado no site EURO-LEX access to european union law- [Consultado em Maio/Setembro de 2012]. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:72008L0048:EN:NOT>

³⁷¹ PACS - [Consultado Abril e Maio de 2012].Disponível em http://www.textes.justice.gouv.fr/art-pix/boj_20070001_0000_0015.pdf

³⁷² Posição por nós defendida.

normativo quanto à adopção do apelido do parceiro”.³⁷³

A verdade é que, e segundo MARTA COSTA³⁷⁴, “durante muito tempo o direito gálico não protegia as relações more uxorio homossexuais, tal só veio a ocorrer com a criação do pacto de solidariedade social”.

Por outro lado, e como observa a citada³⁷⁵ a, “lei francesa apresenta ainda outra particularidade: é que não contém uma definição constitucional à família”. “E consideram o concubinato como um facto jurídico e os Pacs, como um acto jurídico”.

Os PACS, como refere ainda MARTA COSTA³⁷⁶, “são verdadeiros contratos atípicos, mas não contratos matrimoniais”. Da análise do regime jurídico dos PACS, e de acordo com o relatório do Departamento de Informação e Legislação Parlamentar (DILP) da Assembleia da República, a dissolução da vida em comum pode ser da iniciativa de um ou dos dois parceiros, tendo que ser registada no documento de celebração do PACS ou resultar do casamento de um dos parceiros num casamento heterossexual.

Este regime, PACS, procura regular as relações de comunhão de vida à margem do casamento, com regras muito específicas e distintas do casamento e que visam regular as relações à margem do casamento, abrangendo contudo as uniões homossexuais e heterossexuais.

Da análise dos PACS, e ao nível dos requisitos, constitui um impedimento à celebração de PACS, sob pena de nulidade: casamento ou PACS anterior não dissolvidos, o parentesco na linha recta, ainda ao nível dos requisitos, o PACS exige como idade mínima, à semelhança de outros ordenamentos, os 18 anos de idade. Por outro lado a eficácia dos PACS perante terceiros depende do seu registo. O PACS, como sublinha MARTA COSTA³⁷⁷, “cria uma obrigação de vida em comum, ao exigirem a morada de família comum, contudo o direito ao nome entre casais do mesmo sexo não se encontra previsto na legislação francesa”. Igualmente nos PACS,

³⁷³ COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais, p. 356.

³⁷⁴ COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais, p. 72.

³⁷⁵ COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais, p. 128.

³⁷⁶ COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais, p. 168.

³⁷⁷ COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais.

os parceiros têm mútua vinculação em termos de assistência mútua, e proporcional aos rendimentos de cada um, e de forma absolutamente inovadora, estabelecem a responsabilidade solidária dos parceiros em caso de dívidas contraídas por um só dos parceiros, contudo, e contrariamente ao casamento não se exige ou impõe o dever de fidelidade.

A legislação francesa³⁷⁸, como observa DANIEL BORRILLO, prevê que em caso de abandono do domicílio pelo titular do contrato de arrendamento, o direito se transmitirá ao seu parceiro, mas apenas pelo período inicialmente contratado, pelo que os direitos do locatário nestas situações, ainda que se trate da casa de morada de família, estão fragilmente protegidos.

Da análise do PACS, resulta ainda que é omissivo relativamente à adopção de crianças por casais do mesmo sexo e a lei geral não permite nem a adopção de crianças, nem a adopção de filhos naturais ou biológicos do parceiro. Como observa MARTA COSTA³⁷⁹, “a adopção está reservada às uniões matrimoniais, isto é, aos cônjuges heterossexuais, não sendo sequer possível a adopção de filho do parceiro.” Refere ainda a citada³⁸⁰, que aos “conviventes e independentemente do sexo a título singular, em teoria é possível adoptar”. Por outro lado, a responsabilidade parental não é partilhada, sendo a sua competência exclusiva do progenitor biológico, independentemente do facto de viverem ou não como casal.

Também está vedada a procriação medicamente assistida que, nos termos da Lei 2141-1 a L2141-12, é reservada às uniões heterossexuais, e desde que vivam há pelo menos dois anos. Relativamente aos direitos ao nível da protecção social, os parceiros gozam de subsídio de doença e maternidade, em função dos descontos e rendimentos do beneficiário. Ao nível do direito laboral, gozam ainda de privilégio na marcação e gozo de férias, podendo ainda beneficiar do regime de faltas idêntico ao dos heterossexuais.

³⁷⁸ BORRILLO, Daniel - O individuo homossexual, o casal de mesmo sexo e as famílias homoparentais: análise da realidade jurídica francesa no contexto internacional p. 115, Apud COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais, p.357 em rodapé/nota n. 1029.

³⁷⁹ COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais, p. 471.

³⁸⁰ COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais, p. 472.

No campo fiscal, e segundo MARTA COSTA³⁸¹, impõem-se a obrigação de declaração conjunta de rendimentos, mas somente a partir do terceiro ano de vida em comum. Os PACS podem dissolver-se por morte, ou por acordo conjunto, ou ainda por casamento entre os parceiros, contudo, e em caso de dissolução, não existem quaisquer direitos ou obrigações de prestar alimentos, e em caso de morte de um dos parceiros a lei francesa não confere quaisquer direitos sucessórios. Ao nível do regime patrimonial, poder-se-á dizer que os bens adquiridos anteriormente à celebração do Pacto Civil de Solidariedade, são próprios do seu titular, os bens móveis, adquiridos a título oneroso, após a celebração do Pacto Civil, presumem-se comuns, pertencendo a ambos os parceiros. Relativamente aos outros bens móveis, valores mobiliários, veículos e outros, no caso de não existir cláusula contrária, são considerados bens comuns, sendo partilhados igualmente por ambos. Como ensina MARTA COSTA³⁸², as pessoas reunidas pelos PACS, “não são considerados herdeiros, e por isso em caso de falecimento de um dos parceiros, não existindo nenhum herdeiro legal, contudo é possível por testamento, deixar bens ao parceiro sobrevivente”. Assim, a legislação Francesa, confere direitos e deveres às uniões estabelecidas à margem do casamento, sem lhes conferir natureza ou efeitos próprios do casamento.

4.1.12. CONSIDERAÇÕES:

Podemos assim afirmar que são 10, os países do Mundo, que permitem o casamento entre pessoas do mesmo sexo, dos quais 8 são europeus, designadamente Bélgica, Islândia, Finlândia, Noruega, Países Baixos, Espanha, Suécia e por fim Portugal. Fora da Europa, temos na Argentina, no Canadá e na África do Sul casamentos desse tipo. Também são realizados e reconhecidos no estado brasileiro de Alagoas, Cidade do México e em alguns estados dos Estados Unidos. Algumas jurisdições não realizam os casamentos homossexuais, mas reconhecem no entanto os que forem realizados em outros países como Israel, os países caribenhos pertencentes ao Reino dos Países Baixos, partes dos Estados Unidos e todos os estados do Brasil e do México. A Austrália reconhece casamentos do mesmo sexo apenas se um parceiro mudar de sexo depois do casamento.³⁸³ Em 2012, existem já propostas para introduzir o casamento homossexual em pelo menos dez outros países, contudo à data da

³⁸¹ COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais, p. 284.

³⁸² COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais, p. 338.

³⁸³ Casamento entre pessoas do mesmo sexo no mundo – [Em linha][Consultado em Abril/Maio/Setembro de 2012]. Disponível em http://pt.wikipedia.org/wiki/Casamento_entre_pessoas_do_mesmo_sexoeer

execução do presente trabalho ainda não é possível desenvolver esta matéria, dada a inexistência de decisões definitivas. Partilhamos aqui mais uma vez do entendimento de MARTA COSTA, que são já numerosos os países da União Europeia que oferecem uma protecção aos conviventes *more uxorio* homossexuais extremamente próxima da prevista para os cônjuges. Na nossa dissertação, e no que à matéria importa, diríamos que são já numerosos os países que permitem a celebração do casamento. Contudo, existem ainda muitos, tal como entende, MARTA COSTA, “que efectivamente não só não legislam as relações *more uxorio* entre homossexuais, como mais grave, ignoram tais relações”.³⁸⁴ Contudo, entendemos que a tendência é no sentido da não discriminação, o que aliás se veio a verificar com o caso do Estado Português. Quanto ao casamento entre pessoas do mesmo sexo em Portugal falaremos no capítulo seguinte.

³⁸⁴ De um estudo realizado, pela F.D.L podemos concluir que a verdade é que tanto na Europa como no Mundo em geral, a maioria dos países continua a não atribuir aos casais homossexuais os mesmos direitos legais que aos casais heterossexuais. A década de 90 é esta em que vivemos têm constituído o momento de viragem no que diz respeito à discriminação legal dos homossexuais, e não é directamente proporcional o nível de desenvolvimento económico de um país com a abertura a esta questão. A Europa é a zona do mundo que mostra maior acolhimento ao casamento entre homossexuais e que, mesmo nos países em que nenhuma protecção legal é dada a estes casais, mais discute a sua possibilidade. Sete dos dez Estados-Membros que recentemente aderiram à EU (8 dos quais do antigo bloco de leste) não conferem qualquer protecção legal a casais do mesmo sexo, estamos numa época em que este assunto está na ordem do dia em muitos países do mundo. A verdade é que dos 27 Países da União Europeia, 70% não reconhecem quaisquer direitos legais a casais homossexuais. O que só por si revela a tendência homofóbica destes Estados. Estão entre outros, Letónia, Lituânia, Estónia, Polónia, Grécia, Republica Checa, Malta, etc.

«As maneiras de amar já não são o que eram, tal como o não é a relação entre o masculino e o feminino. É um dos aspectos mais perturbadores de uma modificação simultânea das relações familiares, uma mutação incómoda, talvez a mais importante das transformações que afectam a nossa civilização em vésperas do terceiro milénio.»

Georges Duby (1991)

5. O PERCURSO DO CASAMENTO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO EM PORTUGAL

5.1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O CASAMENTO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO EM PORTUGAL

Até há pouco tempo, a legislação vigente em Portugal não permitia o casamento entre duas pessoas do mesmo sexo. Todavia, já conferia protecção legal às uniões de facto entre duas pessoas, independentemente do sexo, que vivam juntas há mais de dois anos, sendo que esta matéria foi definida pela Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio.³⁸⁵ Ao longo de vários anos, as iniciativas de natureza política e legislativa, bem como os movimentos da sociedade civil, defensores do casamento entre pessoas do mesmo sexo, levaram a aprovação da Lei n.º 9/2010 de 31 de Maio³⁸⁶, que veio a permitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Mas como veremos, tal consagração não foi consensual, havendo ainda quem considere que tal opção legislativa é inconstitucional³⁸⁷.

Assim, neste capítulo iremos tratar das várias iniciativas que levaram à consagração legal do casamento entre pessoas do mesmo sexo, e da análise jurisprudencial e constitucional da Lei n.º 9/2010 de 11 de Maio.

5.1.1. PERCURSO LEGISLATIVO DAS UNIÕES DE FACTO HOMOSSEXUAIS AO CASAMENTO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO

³⁸⁵ [Lei 7/2001 de 11 de Maio](http://www.cga.pt/Legislacao/Lei_200105117.pdf) – [Em linha] [consultado em Maio e Setembro de 2012]. Disponível em http://www.cga.pt/Legislacao/Lei_200105117.pdf

³⁸⁶ Vide <http://dre.pt/pdf1s/2010/05/10500/0185301853.pdf>

³⁸⁷ Entre os quais destaca-se ASCENSÃO, José de Oliveira - O casamento entre pessoas do mesmo sexo, p. 408.

Em Portugal, inicialmente a união de facto, como defende FRANÇA PITÃO³⁸⁸,

quer no sentido stricto sensu, quer lato sensu, embora não estando definida na Lei 135/99, de 28 de Agosto³⁸⁹, estava nela regulamentada, como sendo uma situação de facto constatada pela realidade social, em tudo semelhante ao casamento, mas a ele não elevado”, comungando assim os parceiros de alguns direitos, contudo o legislador nunca equiparou tal união ao casamento e nem sequer a definiu³⁹⁰.

Aqui, importa ainda referir que antes da publicação da Lei 135/99 de 28 de Agosto, e ainda antes da reforma ao Código Civil operada pelo Decreto-lei n.º 496/77, de 25 de Novembro, como observam PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA³⁹¹, “as uniões de facto não eram elevadas à categoria de relações familiares”, e efectivamente ainda hoje não o são, defende-se aqui a posição de MARTA COSTA, que considera “ser mais prudente classificar as uniões de facto no direito português como relações quase familiares ou para familiares”.³⁹²

Deste modo, e face ao disposto no artigo 1576.º do Código Civil, que enumera as fontes das relações familiares, e no artigo 36.º da CRP, o legislador não elevou tais relações à categoria de relações familiares. Contudo, existem teses contrárias; a favor encontramos GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA³⁹³, tese contrária, defende PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA³⁹⁴, e ainda no mesmo sentido, PEREIRA COELHO.

Quer a jurisprudência quer a doutrina maioritária não têm equiparado a união de facto ao casamento, contudo a lei não deixou de atribuir às primeiras relevâncias pontuais.³⁹⁵ Efectivamente e durante muito tempo, a Jurisprudência não atribuiu qualquer relevância jurídica à união de facto.³⁹⁶

A Lei 135/99, de 28 de Agosto, veio regular a situação jurídica de duas pessoas de sexo diferentes que viviam em união de facto há mais de dois anos, mas restringia

³⁸⁸ PINTÃO, José António de França - União de facto e economia comum, p.20.

³⁸⁹ Código Civil 2001.

³⁹⁰ PINTÃO, José António de França - União de facto e economia comum, p.20.

³⁹¹ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de - Curso de direito da família.

³⁹² COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: as uniões homossexuais, p. 108 ; COELHO, Francisco Pereira; /OLIVEIRA, Guilherme de - Curso de direito de família, p.99.

³⁹³ Constituição da República Portuguesa, Anotada, Coimbra 1978, págs. 200 e 351 e Ac.RL, de 22 de Setembro de 1993, Colectânea de Jurisprudência, 1993, Tomo IV, p. 178.

³⁹⁴ Código Civil Anotado Vol. V, Coimbra, 1995, p.620.

³⁹⁵ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21 de Novembro de 85, in BMJ n.º 351, p.429, Acórdão Relação de Lisboa, de 19 de Dezembro de 1985, in CJ, 1985, Tomo 5, p.117 e ACRL, de 17 de Março de 1992, in BMJ, 415, p. 717.

³⁹⁶ Acórdão da Relação de Coimbra, de 20 de Janeiro de 1998.

assim os efeitos jurídicos às uniões de facto heterossexuais, deixando de fora as uniões homossexuais, e como refere, FRANÇA PINTÃO.³⁹⁷

Neste sentido, militavam todas as normas que regulamentavam as uniões de facto heterossexuais, pois já que, a própria lei no seu artigo 1º, excluía as relações homossexuais, bem como as remissões que fazia para a lei civil, designadamente para o artigo 2020.º do Código Civil, em matéria de alimentos, ao restringir também a sua aplicação àqueles que “viviam em condições análogas às dos cônjuges”³⁹⁸, exigia portanto a diversidade de sexos e assim, excluía as uniões de facto homossexuais.

Assim, como observa FRANÇA PITÃO,

Com a introdução da Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio, verificou-se o alargamento da eficácia da união de facto à situação jurídica de duas pessoas independentemente do sexo, conforme resulta da leitura do artigo 1º, n.º 1, da referida Lei, assim as tendências legislativas de deplorar toda e qualquer forma de discriminação, levaram à consagração da regulamentação das uniões de facto homossexuais. Deste modo, a Lei 6/2001 e a Lei 7/2001, de 11 de Maio, vieram introduzir uma revolução na dinâmica das uniões de facto entre homossexuais³⁹⁹.

Ora, todas estas alterações foram fruto dos vários movimentos da sociedade civil⁴⁰⁰, em particular da ILGA, que defendiam que a não aplicação do regime das uniões de facto heterossexuais às uniões de facto homossexuais constituía uma verdadeira discriminação, e conseqüentemente uma violação do artigo 6.º do Tratado de Amesterdão. Outras foram as iniciativas no âmbito político, entre as quais destacamos aqui os projectos do Partido Ecologista “Os Verdes”, datado de 1999 e do Partido Socialista de 23 de Fevereiro de 2000, e um outro do Bloco de Esquerda.

Note-se, que anteriormente já tinham existido outros projectos, nomeadamente o Projecto da Lei 338/VII apresentado pelo PEV e o projecto-lei 384/VII, por iniciativa da deputada Odete Santos. Do resultado daqueles projectos, nasceu um pacto de regime dos partidos políticos, e dos quais resultou aprovação da Lei n.º 6/2001 e a Lei 7/2001, ambas de 11 de Maio. Contudo, a instituição da equiparação dos efeitos jurídicos, foi

³⁹⁷ PITÃO, José António de França - Uniões de facto e economia comum, p.48.

³⁹⁸ Lei 135/99 de 28 de Agosto, onde no seu artigo 1º se lia, a presente lei regula a situação jurídica das pessoas de sexo diferente que vivem em união de facto há mais de 2 anos e artigo 6º n.º 1, da mesma lei, que remetia para o artigo 2020.º do Código Civil, o qual prescrevia que o direito a alimentos era atribuído apenas a quem vivia em condições análogas às dos cônjuges.

³⁹⁹ PITÃO, José António de França - Uniões de facto e economia comum, p.48.

⁴⁰⁰ Iniciativas da ILGA, OPUS GAY, ABRAÇO, que encabeçaram um manifesto reivindicativo, em 28 de Junho de 1998, e no qual apelaram a introdução do critério de orientação sexual no texto do artigo 13.º, n.º 2 da CRP, bem como, a legalização da união de facto homossexual, e ainda o direito à adopção por uniões de facto homossexuais e também o Grupo de Trabalho Homossexual do P.S.R. promove no Porto uma manifestação frente à Porto Editora para protestar, entre outras, contra as seguintes definições do Dicionário de Língua Portuguesa: "Homossexualismo = Inversão sexual", "Lesbianismo = Aberração do instinto sexual da mulher" (19 de Fevereiro).

apenas parcial, dado que ficou excluída das uniões de facto homossexuais a possibilidade de poderem adoptar tal como nas uniões de facto heterossexuais⁴⁰¹, e que veio a ser alterada pela Lei n.º 23/2010⁴⁰², de 30 de Agosto, mas também esta lei não concedeu a possibilidade de adopção por parte de casais homossexuais. Como faz notar, OLIVEIRA ASCENSÃO e FRANÇA PITÃO “estava aberto o caminho às reivindicações e à luta pelo casamento entre pessoas do mesmo sexo, contudo o percurso ainda demoraria alguns anos, conforme veremos infra”.⁴⁰³

⁴⁰¹ Cfr. Artigo 7.º da Lei N.º 7/2001, de 11 de Maio, “Nos termos do actual regime de adopção, constante do Livro IV, título IV, do Código Civil, é reconhecido às pessoas do sexo diferente que vivem em união de facto nos termos da presente lei o direito de adopção em condições análogas às previstas no art.º 1979.º do Código Civil, sem prejuízo das disposições legais respeitantes à adopção por pessoas não casadas”.

⁴⁰² Primeira alteração à Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio, que adopta medidas de protecção das uniões de facto, terceira alteração ao Decreto-Lei n.º 322/90, de 18 de Outubro, que define e regulamenta a protecção na eventualidade da morte dos beneficiários do regime geral de segurança social, 53.ª alteração ao Código Civil e 11.ª alteração ao Decreto-Lei n.º 142/73, de 31 de Março, que aprova o Estatuto das Pensões de Sobrevivência, seguindo-se um aditamento do artigo 2,3, 4 e à Lei 7/2002 de 11 de Maio, que veio introduzir alterações aos artigos 496.º, 2019.º e 2020.º do Código Civil

⁴⁰³ PITÃO, José António de França - Uniões de facto e economia comum, p. 48.; ASCENSÃO, José de Oliveira - O casamento entre pessoas do mesmo sexo, p. 408.

6. O CASAMENTO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO E A GÉNESE E EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

Após a entrada em vigor da Lei n.º 6/2001 e da Lei 7/2001, ambas de 11 de Maio, várias foram as iniciativas no seio da sociedade civil, e no seio da sociedade política, com vista à legalização do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Em Portugal, as iniciativas remontam ao ano de 1997, que sob a influência dos ventos de outros países europeus, arrancaram com o primeiro «arraial», tendo se lhes seguidos outros⁴⁰⁴⁴⁰⁵. Com a entrada em vigor do Tratado de Amesterdão, legitimando a União Europeia, e com a proibição da discriminação em razão da orientação sexual que passou a estar contemplada na ordem constitucional portuguesa, ganharam força os movimentos pró casamento entre homossexuais.

Os movimentos foram ganhando visibilidade e força, passando a estar na ordem do dia na sociedade civil, quer pela realização de fóruns⁴⁰⁶ sobre o tema do casamento entre pessoas do mesmo sexo, quer pela apresentação de cartas abertas dirigidas aos Portugueses, e ainda pela formulação e apresentação de petições⁴⁰⁷⁴⁰⁸.

Como enfatiza NUNO SALTER CID⁴⁰⁹, “tudo começou com a petição entregue pela ILGA – Portuguesa, em 2006, na qual se preconizava a alteração ao Código Civil, com vista a permitir o casamento entre parceiros do mesmo sexo”, defendendo a ILGA, que o artigo 1577.º do Código Civil, ao reservar o casamento aos pares heterossexuais, excluindo desse instituto os pares homossexuais, constituía uma verdadeira violação à Constituição da Republica Portuguesa, pois vedava um conjunto de benefícios e deveres exclusivos aos pares heterossexuais. O Acórdão do Tribunal Civil de Relação

⁴⁰⁴ CID, Nuno de Salter - Direitos humanos e família: quando os homossexuais querem casar, p. 206.

⁴⁰⁵ Podem ser consultados artigos jornalísticos sobre vários movimentos, como o da Opus Gay e Branco no Lilás marcam presença na manifestação do 25 de Abril (DUARTE, António de Sousa, «Pela primeira vez no 25 de Abril gays e lésbicas no desfile da liberdade», *24 Horas*, 23 de Abril de 1999), Cfr. RATO, Vanessa - Homossexualidade, naturismo e casamento antes e depois da Revolução dos Cravos», *Público*, p. 24 e as «Quinze Reivindicações pela Igualdade de Direitos». Manifesto subscrito pelos grupos ILGA-Portugal, Grupo de Trabalho Homossexual do P.S.R., Grupo Lilás, Clube Safo, Opus Gay, *Korpus Revista Homossexual e Abraço* («As 15 reivindicações 'gay'», *Diário de Notícias*, 26 de junho de 1999, p. 23).

⁴⁰⁶ Fórum sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo, realizado em 2005 no ISCTE, em que reuniu vários especialistas em torno do debate sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

⁴⁰⁷ Cronologia 90 – [Em linha][Consultado em Maio e Setembro de 2012].Disponível em <http://dossieractivista.no.sapo.pt/cronologia.90.htm>, consultado em Maio de 2012.

⁴⁰⁸ CID, Nuno de Salter - Direitos humanos e família: quando os homossexuais querem casar. p. 190.; PAIS, Sofia Oliveira - A união de facto e as uniões registadas de pessoas do mesmo sexo, R.O.A.. p. 693.

⁴⁰⁹ CID, Nuno de Salter - Direitos humanos e família: quando os homossexuais querem casar.

de Lisboa, de 15 de Fevereiro de 2007, foi também um marco a registar na luta dos homossexuais, e foi protagonizado pelo caso de Teresa e Helena.

Iremos expor o caso de Teresa e Helena, por ter sido esse o caso paradigmático que despoletou esta matéria ao nível dos tribunais.

Assim, e no seguimento de recusa por parte do conservador em realizar o casamento entre um par feminino de pessoas do mesmo sexo, as mesmas recorreram para o Tribunal de Lisboa, e uma vez mantida a decisão, recorreram para o Tribunal da Relação de Lisboa, alegando a inconstitucionalidade do artigo 1577.º do Código Civil, bem como as disposições do Código Civil que estavam em contradição com as disposições da Constituição da República, e por fim alegaram que o que estava em causa era a dignidade da pessoa humana. A Relação⁴¹⁰ veio a julgar a Apelação improcedente e assim manter a sentença da primeira instância, tendo defendido, que ;

A Constituição da República Portuguesa não consagra um direito dos homossexuais a contrair casamento, e que não sendo o casamento a única forma de constituir família; as uniões de facto, registadas ou não, entre pessoas do mesmo sexo são também uma forma de constituir família. Por outro lado foi defendido no aresto, que o artigo 36.º da Constituição da República Portuguesa consagra dois direitos (e não um só): o direito de constituir família e o direito a contrair casamento, não sendo, portanto, correcta a afirmação de que, à face da lei portuguesa, os homossexuais não podem constituir entre si uma relação família, note-se, que neste argumento, a Relação considerou a união de facto como uma relação familiar.

Segundo a Relação o artigo 36º da Constituição da República Portuguesa não contém normas fechadas, remetendo para o legislador ordinário a regulamentação dos requisitos e efeitos do casamento e até a sua forma de celebração. Ao autonomizar o casamento, o legislador constitucional revelou implicitamente não ignorar as coordenadas estruturais delimitadoras do casamento na ordem jurídica portuguesa e a lei portuguesa considera integrativo do seu núcleo essencial a celebração do contrato de casamento por pessoas de sexo diferente (artigo 1577.º do Código Civil) considerando juridicamente inexistente o casamento contraído por duas pessoas do mesmo sexo (artigo 1628.º, alínea e) do Código Civil). O princípio da liberdade contratual consagrado no artigo 405.º do Código Civil não é um princípio absoluto: o próprio preceito prescreve que a faculdade de celebrar contratos e de fixar livremente o respectivo conteúdo deve exercer-se “dentro dos limites da lei”. Foi defendido ainda no referido acórdão que um dos campos em que avultam restrições ao princípio da liberdade de contratar é exactamente o campo do direito de família, área em que predominam normas imperativas e inderrogáveis por vontade das partes, resultando tal circunstância do interesse público atinente à vida familiar, constituindo relevante restrição a que resulta precisamente dos artigos 1577.º e 1628.º, alínea e) do Código Civil.

⁴¹⁰ Referido acórdão pode ser consultado na íntegra em www.dgsi.pt-processo n.º 6284/2006-8 – [Consultado em 25 de Maio de 2012 e novamente em 27 de Julho de 2012] disponível em www.dgsi.pt

Inconformadas, Teresa e Helena, recorreram inicialmente para o Supremo Tribunal de Justiça⁴¹¹, e tendo visto o mesmo recurso indeferido, recorreram para o Tribunal Constitucional e do que aqui é possível transcrever, alegaram mais uma vez a inconstitucionalidade da lei civil pretendendo que

«...se ponha termo à persistente e discriminatória afirmação de que, por serem homossexuais, (...) têm uma capacidade jurídica inferior à dos demais cidadãos». Para o efeito, começam por sustentar que «se sabemos que a lei reserva este direito [a contrair casamento em condições de plena igualdade] para pessoas de sexo diferente, esse saber não pode orientar o percurso da análise do enquadramento jurídico da questão; isto é, a Lei Fundamental deve ser lida sem o óculo do direito vigente, sob pena de se inverter a hierarquia das fontes de direito. Interessa determinar o que, à data, independentemente do que prescreva o direito ordinário, a Constituição impõe e, daí, retirar as devidas consequências». Daí que se afigure infundado pretender afastar a inconstitucionalidade das normas impugnadas com base na figura da garantia de instituto, esta causaria «um círculo vicioso normativo, o privilégio arbitrário do passado, alheio à Constituição, a desconsideração das posições subjectivas e a desconsideração dos fins últimos dos institutos, além de conduzir a uma vacuidade argumentativa», considerando ainda, que a «garantia de instituto promove imobilismos sociais quer de privilégios de minorias, quer no caso do casamento, de discriminação de minorias». Para as recorrentes, «a Lei Fundamental evoluiu num sentido específico de protecção dos direitos que possam ser afectados por força da orientação sexual do titular». Isso acontece no artigo 13.º, n.º 2, e no artigo 26.º: «a dignidade da pessoa humana concretiza-se num imperativo de igual tratamento das pessoas, estando expressamente proibida a discriminação com base na orientação sexual, e finalmente todos temos o direito de contrair casamento, num sentido de universalidade».

O casamento civil, «que só vale nos termos reconhecidos pela lei e pela Constituição, atribui um estatuto simbólico que ultrapassa em muito os deveres jurídicos indicados expressamente no Código Civil e noutros diplomas». Ora, «não se consegue divisar qualquer motivo constitucionalmente atendível para negar a um casal de pessoas do mesmo sexo o acesso a este “bem jurídico”».

Desde logo, não se pode atribuir qualquer finalidade procriativa ao casamento, atendendo ao regime legalmente estabelecido. Assim, não existe um limite máximo de idade para casar, nada obsta ao casamento de pessoas inférteis, a infertilidade ou o uso de contraceptivos não são fundamento de divórcio, o casamento pode ser celebrado in articulo mortis. Pelo contrário, «com a progressiva hegemonia (histórica) do conceito de Amor Romântico, o casamento passou a ter como razão primeira o sentimento, sem prejuízo do surgimento de outras variáveis e do estilhaçar do binómio casamento/filhos», assim sendo, «o acesso de um casal de duas pessoas do mesmo sexo apenas à união de facto, ao contrário dos casais heterossexuais que optam livremente entre a união de facto e o casamento, envolve uma distinção que carece de fundamento constitucional».

Alegaram ainda,

⁴¹¹ Cfr. Ac. Tribunal Constitucional de 9 de Julho de 2009.

que a recusa do casamento entre pessoas do mesmo sexo releva de um «fenómeno homofóbico inaceitável à luz da Constituição», negando aos homossexuais «a possibilidade de assegurarem mutuamente direitos sucessórios, de pensões de sobrevivência, de comunhão patrimonial, de valoração jurídica aos compromissos consubstanciados nos deveres conjugais, etc., etc.», pelo que, e passa-se a citar, negar às pessoas do mesmo sexo o casamento significa negar que «as suas famílias tenham de pleno o estatuto de elementos fundamentais da sociedade». Ao consagrar o casamento, a ordem jurídica limita-se a proporcionar um conjunto de efeitos jurídicos, não se encontrando alojado no Direito «o significado social de supremo compromisso existencial entre duas pessoas». Na visão do casamento, à ideia de contrato, «favorável à autonomia e à preponderância do indivíduo», opõe-se a instituição, «tendente à afirmação dos interesses (valores) supra individuais», para finalmente concluírem que, «dada a menção da orientação sexual no artigo 13.º, n.º 2, da CRP, presume-se a inconstitucionalidade de todas as distinções legais formal ou substancialmente dependentes da orientação sexual», pelo que «o ónus argumentativo cabe à tese da não inconstitucionalidade do casamento homossexual».

O Tribunal Constitucional veio a pronunciar-se em 9 de Julho de 2009 sustentando que,

«se o legislador constitucional pretendesse introduzir uma alteração da configuração legal do casamento, impondo ao legislador ordinário a obrigação de legislar no sentido de passar a ser permitido a sua celebração por pessoas do mesmo sexo, certamente que o teria afirmado explicitamente, sem se limitar a legitimar o conceito configurado pela lei civil; e não lhe faltaram ocasiões para esse efeito, ao longo das revisões constitucionais subsequentes». Sublinhando ainda, que se as recorrentes salientam com especial ênfase a alteração introduzida no n.º 2 do artigo 13º da Constituição pela sexta revisão constitucional, que proibiu expressamente a discriminação em função da “orientação sexual”, a par de outras razões, como ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica e condição social. Mas a verdade é que aditar a orientação sexual à lista das circunstâncias por força das quais “ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever”, em homenagem ao princípio da igualdade, significa, tão-somente, que a ordem jurídica é alheia à orientação sexual dos indivíduos.

De resto, o argumento invocado prova demais, na perspectiva da tese das recorrentes; com efeito, fica totalmente por explicar a razão pela qual o legislador constitucional não completou a suposta imposição do casamento homossexual, aditando ao artigo 36º da Constituição uma determinação nesse sentido, pois não é legítimo pensar – precisamente por força da alteração ao n.º 2 do artigo 13º – que tivesse admitido ser desnecessária uma referência normativa expressa com esse objectivo.

As recorrentes afirmam um entendimento segundo o qual a extensão do casamento às pessoas do mesmo sexo não envolveria uma redefinição da ordem jurídica, mas tão só a remoção da sua restrição, inadmissível à luz do princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana, a pessoas de sexo diferente, como resulta das normas impugnadas. Mas a circunstância de a Constituição, no já citado n.º 1 do seu artigo 36.º, se referir expressamente ao casamento sem o definir, revela que não pretende pôr em causa o conceito comum, radicado na comunidade e recebido na lei civil,

configurado como um «contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente». Neste sentido aponta, como se disse, o n.º 2 do mesmo artigo 36.º, ao estabelecer que «a lei regula os requisitos e os efeitos do casamento» (cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa Anotada, vol. I, 4.ª edição, Coimbra, 2007, pág. 362). Com efeito, em anotação ao artigo 36º, os citados autores afirmam: [...] Todavia, o alargamento do âmbito de protecção do preceito à realidade de comunidades familiares diversas e plurais não se transfere de plano para o casamento de pessoas do mesmo sexo. Seguramente que basta o princípio do Estado de direito democrático e o princípio da liberdade e autonomia pessoal, a proibição de discriminação em razão da orientação homossexual, o direito ao desenvolvimento da personalidade, que lhe vai naturalmente associado, para garantir o direito individual de cada pessoa a estabelecer vida em comum com qualquer parceiro da sua escolha (cfr. anotação ao art. 13.º) (embora sempre com a limitação dos impedimentos impeditivos do casamento em sentido restrito, o que leva a proibir, como é óbvio, uniões homossexuais de irmãs, irmãos, mães-filhos, pais-filhos etc. e de pessoas sem idade nupcial). Mas 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-2), sem todavia proibir necessariamente o legislador de proceder ao seu reconhecimento ou à sua equiparação aos casamentos (como querem outros). Por sua vez, Jorge Miranda e Rui Medeiros, na Constituição Portuguesa Anotada, anotam ao aludido artigo 36º o seguinte: [...] Por um lado, a Constituição não consagra um direito dos homossexuais a contraírem casamento. Pelo contrário, como foi assinalado mais atrás, a Constituição impõe que sejam respeitados pelo legislador os princípios estruturantes do casamento na ordem jurídica portuguesa e, entre estes princípios, dificilmente se pode deixar de encontrar a exigência da diferença de sexo entre os dois cônjuges. Da mesma forma, no que toca à adopção, e uma vez que a Constituição defere para a lei a sua regulação e protecção, nada obsta a que o legislador ordinário, com a sua legitimidade democrática, exclua a adopção por casais homossexuais, tanto mais que, no espaço de discussão pública, é controverso em que medida o interesse superior da criança se compadece com a admissibilidade da adopção nesses casos e, parafraseando o Acórdão n.º 105/90, a abertura da Constituição não pode deixar de valer “quando na comunidade jurídica tenham curso perspectivas diferenciadas e pontos de vista díspares e não coincidentes sobre as decorrências ou implicações que dum princípio «aberto» da Constituição devem retirar-se para determinado domínio ou para a solução de determinado problema jurídico. Nessa situação sobretudo – em que haja de reconhecer-se e admitir-se como legítimo, na comunidade jurídica, um «pluralismo» mundividencial ou de concepções – sem dúvida cumprirá ao legislador (ao legislador democrático) optar e decidir”.

No tratamento da questão de saber se o direito de contrair casamento previsto na Constituição deve ser estendido ao casamento entre pessoas homossexuais, devem pois, ser excluídos quer o entendimento segundo o qual essa extensão não envolveria uma redefinição judicial do casamento, quer o entendimento segundo o qual o casamento objecto de tutela constitucional envolve uma petrificação do casamento tal como este é hoje definido na lei civil, excluindo o reconhecimento jurídico de outras comunhões de vida entre pessoas com efeitos análogos aos do casamento.

As considerações que antecedem não devem ser entendidas como envolvendo a aceitação de que o casamento reveste, no artigo 36.º da Constituição, o alcance de

uma garantia, no sentido de que a norma constitucional apenas se teria limitado a receber no seu seio, definitivamente, o conceito de casamento vigente em dado momento na lei civil.

Não é possível conceber as garantias institucionais deste modo, tomando como parâmetro de aferição da tutela constitucional não a Constituição, mas a lei ordinária. Com efeito, não se aceita o entendimento segundo o qual o casamento objecto de tutela constitucional envolve uma petrificação do casamento tal como este é hoje definido na lei civil, excluindo o reconhecimento jurídico de outras comunhões de vida entre pessoas.

O tribunal sustentou ainda,

que «se é necessário admitir que a pretensão das recorrentes envolve, segundo uma certa perspectiva das coisas, que não é possível arredar por completo, uma profunda revisão do conceito de casamento em vigor na lei civil, isso não significa admitir também que esse conceito se impõe, sem mais, no próprio plano do direito constitucional». Como anteriormente se referiu, uma tal admissão só poderia fazer-se nos quadros de um entendimento da categoria das garantias institucionais que deve ter-se por inadequado. De modo diferente, o sentido útil que poderia retirar-se da figura da garantia institucional seria o de obrigar o legislador a criar regras, assegurando para as uniões entre pessoas do mesmo sexo um conteúdo funcional equivalente ao casamento. Simplesmente, nada impõe que essas regras envolvam uma extensão pura e simples do instituto do casamento às pessoas do mesmo sexo. A conclusão contrária pressuporia que previamente o legislador – e não, certamente, como se disse, este Tribunal – optasse claramente por uma concepção do casamento como simples relação privada. Só em tal contexto o princípio da igualdade tornaria constitucionalmente ilegítima uma restrição do casamento aos casais heterossexuais. Tal opção não é, no entanto, a subjacente ao actual quadro legislativo. Em suma, e como afirmam a este propósito Gomes Canotilho e Vital Moreira, «a redacção constitucional do conceito histórico de casamento como união entre duas pessoas de sexo diferente não permite retirar da Constituição um reconhecimento directo e obrigatório dos casamentos entre pessoas do mesmo sexo». Por outro lado, considerou ainda, que saber se as normas impugnadas violam o princípio da igualdade é uma questão cuja resposta se encontra na concepção do casamento adoptada. Se entender o casamento como uma instituição social que é apresentada aos cônjuges com um significado relativamente estável, enquanto união entre homem e mulher, designadamente assente na função que lhe cabe na reprodução da sociedade, pode fazer sentido reservar o casamento aos casais heterossexuais. Pelo contrário se apenas se adoptasse uma concepção do casamento como relação puramente privada entre duas pessoas adultas, sem qualquer projecção na reprodução da sociedade, a exclusão dos casais homossexuais surgiria necessariamente como discriminatória. Ora, como se disse, não foi essa a opção legislativa, concluindo pela improcedência do recurso, e conseqüentemente pela alegada violação do direito a contrair casamento e, ainda, a dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, sendo certo que é manifestamente deslocada a invocada violação da garantia de constituição e tutela de família, resultante do artigo 36.º, n.º 1, conjugado com o artigo 67.º da Constituição, já que nada obsta a que as recorrentes, mesmo sem a celebração jurídica do casamento, pudessem ou possam constituir "família".

É de sublinhar⁴¹²,

que existiram dois votos de vencido, que reconheceram que “a reforma da ordem jurídica cabe a órgãos de representação estrita da vontade popular, investidos no poder de fazer opções de natureza político-legislativa”, contudo, entenderam que o artigo 1577.º do Código Civil (CC), na parte em que determina que casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente, é inconstitucional, por violação dos artigos 13.º, nº 2, e 36.º, nº 1, da Constituição da República Portuguesa (CRP).⁴¹³

Face ao Acórdão proferido, a então presidente da ILGA Portugal, disse ao PÚBLICO que, “no entender da associação de defesa dos direitos lésbicos, gay, bissexuais e transgénico, a decisão do Tribunal Constitucional continua a deixar o parlamento livre para legislar sobre a matéria e até é lida pela organização de certa maneira como positiva”.

6.1. AS EMBRIONÁRIAS INICIATIVAS POLÍTICAS DEFENSORAS DO CASAMENTO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO

Em paralelo à decisão dos Tribunais no caso Helena e Teresa, várias iniciativas político-legislativa⁴¹⁴, como já referimos, decorriam a favor do casamento entre pessoas do mesmo sexo, e que agora iremos reproduzir da forma mais fiel possível. A primeira foi apresentada pelo Bloco de Esquerda no seu projecto⁴¹⁵ apresentado à Assembleia da República, em 1 de Fevereiro de 2006, o qual defendeu a inconstitucionalidade do artigo 1577.º do Código Civil, face ao artigo 36.º, nº1 e 13.º da Lei fundamental, defendendo a eliminação de toda e qualquer forma de discriminação consagrada no Código Civil, propondo uma redefinição do conceito de casamento. A este projecto, seguiu-se o apresentado pelo partido ecologista Os Verdes, (PEV), apresentado em 2 de Março de 2006⁴¹⁶, no qual se defendia o imperativo constitucional da alteração do artigo 1577.º do Código Civil, como consequência da alteração do artigo 13.º n.º 2 da CRP, decorrente da reforma constitucional operada em 2004, devendo assim ser consagrado o direito à igualdade no acesso ao casamento, independentemente da orientação sexual, sem contudo negar a natureza contratual do casamento. Curiosamente, ressalvaram as matérias respeitantes ao

⁴¹² Sublinhado nosso.

⁴¹³ Cfr. Acórdão TC, proferido em 9 de Julho de 2009, Acórdão n.º 359/2009, Processo n.º 779/07, publicado no Diário da República, 2.ª série — N.º 214 — 4 de Novembro de 2009. [Consultado em 23 de Abril]. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090359.html>.

⁴¹⁴ Reproduzimos aqui neste capítulo as propostas de lei dos diferentes partidos e suas motivações, com as devidas alterações sem desvirtuar a reprodução fiel dos mesmos.

⁴¹⁵ Projecto-lei publicado no DAR n.º 85/X/1, II Série-A, de 11 de Fevereiro de 2006.

⁴¹⁶ Projecto-lei publicado no DAR n.º 93/X/1, II Série-A, de 11 de Março de 2006.

instituto da adopção, por considerarem que tal matéria envolvia direitos de terceiros e carecia ainda de um debate e discussão séria, e ainda inexistente, o que aliás sucedeu com o anteprojecto da juventude socialista, no qual e embora se defendesse a permissão do casamento entre pessoas do mesmo sexo, pela alteração da lei civil, contraditoriamente à argumentação defendida, deixaram de fora a adopção.

Em Outubro de 2008, os vários projectos apresentados, viriam a ser debatidos e votados na Assembleia da Republica, sendo todos eles chumbados. O partido do PSD defendeu, e não obstante ter sido defensor da inclusão da expressão “orientação sexual” na revisão constitucional de 2004, o carácter institucional do casamento, e a exigência da heterossexualidade, considerando-o desta forma vedado aos pares homossexuais. Já o PCP defendeu o casamento entre pessoas do mesmo sexo, mas também ressalvou a adopção, face à ausência de debate e estudo aprofundado. Em sentido absolutamente diverso, manifestou-se o CDS-PP ao defender que o respeito pelas opções individuais, não pode significar tratar igual o que é diferente, salientando ainda a falta de legitimidade do parlamento para uma alteração desta natureza, em virtude da falta de sufrágio e por razões de natureza constitucional.

Por sua vez o PS assumiu o propósito de eliminar toda e qualquer discriminação, contudo só o faria quando existissem condições para tal, ou seja considerou inoportuno o momento. Na verdade todos os projectos viriam a ser rejeitados.

Em 2009, o então primeiro-ministro, Jose Sócrates, no Congresso do Partido Socialista, viria apresentar na sua moção política, a remoção de todas as barreiras jurídicas à realização do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, deixando de fora no entanto a adopção por pares homossexuais, fazendo assim constar tal matéria do seu programa eleitoral.

Estava aberto o caminho ao diploma que viria aprovar o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

6.1.1. PROPOSTA DE LEI DO GOVERNO SOBRE O CASAMENTO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO E AS DIFERENTES PROPOSTAS DOS DIFERENTES PARTIDOS POLÍTICOS

6.1.1.1. PROPOSTA DO PARTIDO SOCIALISTA QUE ESTEVE NA ORIGEM DA LEI N.º 9/2010, DE 31 DE MAIO

O Partido Socialista em 17 de Dezembro de 2009, desencadeou um movimento legislativo, e apresentou a Proposta de Lei n.º 7/XI/1417⁴¹⁸, como consequência do seu programa eleitoral, apontando como motivos justificativos de tal projecto, a necessidade de «remover as barreiras jurídicas à realização do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo», defendendo ainda que tal proposta procurava dar respostas ao longo e aprofundado debate na sociedade portuguesa, excluindo assim toda e qualquer discriminação, à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade e tomando em linha de conta a proibição constitucional de qualquer discriminação em razão da orientação sexual (expressamente consagrada no artigo 13.º da Constituição, no seguimento da VI Revisão Constitucional, de 2004, e à luz do artigo 32.º da CRP, que consagra o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade, defendendo assim, a necessidade de uma resposta legislativa. Nas motivações do seu projecto, argumentaram

que o próprio Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 359/2009, de 9 de Julho, perfilhou que a Constituição Portuguesa, no conjunto dos seus princípios e disposições relevantes, fornece um enquadramento jurídico-constitucional aberto quanto à liberdade de conformação do legislador em matéria de casamento entre pessoas do mesmo sexo. Assim, no entender do Tribunal Constitucional, se é certo que a Constituição tanto quanto cabe ao poder judicial aferir, não impõe ao legislador que consagre necessariamente a possibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo, também é certo que não impede o legislador de o consagrar em nome de uma suposta «petrificação» da definição legal do casamento constitucionalmente tutelado – que não é de admitir, confirmando assim a liberdade de conformação do legislador ordinário para «optar e decidir» quanto ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, no fundo, deixando ao legislador (democrático) optar e decidir^{419,420}.

Sublinharam ainda no seu projecto que o instituto do casamento sofreu ao longo dos tempos mutações significativas, pelo que seria incompreensível o seu não reconhecimento em razão da sua livre orientação sexual, a sua exclusão afigura-se, em si mesma, objectivamente discriminatória, além de implicar restrições totalmente injustas na igualdade de acesso a certos direitos, invocaram ainda o Direito Comparado, designadamente os casos da vizinha Espanha, a Holanda, a Bélgica, a Suécia, a Noruega, a África do Sul e o Canadá, para além de alguns Estados dos

⁴¹⁷ Proposta Lei - Assembleia da Republica – [Consultado em Maio/Setembro de 2012].Disponível em <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=35004>

⁴¹⁸ Cfr.Loc. cit., p. 1-7.

⁴¹⁹ Projecto-Lei - [Consultado em 30 de Maio e Setembro de 2012].Disponível em <http://app.parlamento.pt/ARschars>

⁴²⁰ Fonte: o conteúdo desta informação aqui explanada foi consultado no site do Parlamento Português e aqui reproduzido uma vez tratar-se de um documento oficial.

Estados Unidos da América, como exemplo a seguir, no que respeito diz à constituição da família, na sua diversidade.

Assim, com esta Proposta de Lei do Governo, pretendeu-se eliminar das disposições do Código Civil as referências que tratam o casamento como contrato necessariamente celebrado entre pessoas de sexo diferente, exercício que implicaria modificar a redacção dos artigos 1577.º, 1591.º e 1690.º, bem como eliminar a alínea e) do artigo 1628.º do referido Código, o que aliás viria a acontecer com aprovação da Lei que legalizou o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Importa realçar que a referida proposta agora em análise, circunscreveu-se, de facto, ao acesso ao casamento civil, deixando de fora a adopção, por um lado por considerarem que a mesma caia fora do compromisso eleitoral, e por outro lado por se tratar de uma questão distinta. Assim, a Proposta de Lei do Governo afastou, clara e explicitamente qualquer implicação das alterações agora introduzidas no regime do acesso ao casamento na matéria, bem diversa, que é a admissibilidade legal da adopção em qualquer das suas modalidades, por pessoas casadas com cônjuge do mesmo sexo. Tal implicação, defendiam, era expressamente rejeitada pelo legislador, vedando-se, também expressamente, qualquer interpretação em sentido contrário de qualquer das disposições legais vigentes em matéria de adopção - onde se incluem, naturalmente, as constantes do Código Civil. Daqui resulta, por exemplo, que tenham defendido na sua proposta, que quando em matéria de adopção a lei refere que podem adoptar «pessoas casadas»; devem interpretar-se tais disposições à luz do quadro jurídico anterior às modificações agora introduzidas, isto é, de modo a não conferir tal faculdade de adopção às pessoas que, ao abrigo desta modificação legislativa, celebraram casamento civil com outra do mesmo sexo.

Argumentam que,

enquanto no casamento civil entre pessoas do mesmo sexo estamos perante a opção livre de duas pessoas, em razão da sua também livre orientação sexual, a adopção envolve os interesses de um terceiro – uma criança à guarda do Estado - defendendo ainda que nestas situações, não existe discriminação no acesso a um direito, visto que não pode sequer falar-se, nem existe em sentido próprio, um verdadeiro «direito a adoptar» e muito menos como um «direito dos cônjuges» ou «inerente» ao casamento civil. Pelo contrário, o que a lei regula (nos artigos 1979.º e 1992.º do Código Civil) são os requisitos que permitem determinar quem «pode adoptar», plena ou restritamente – o que é coisa muito diferente de conferir um direito. De facto, ao fixar tais requisitos a lei está, tão-somente, a determinar quem é que se pode «candidatar» à condição de adoptante. Ora, sucede que tais requisitos, como todo o regime da adopção, não se destinam a satisfazer quaisquer «direitos dos adoptantes», a que houvesse que aceder

em condições de igualdade, mas sim a garantir o respeito pelos superiores interesses do adoptando. Por essa razão, o artigo 1974.º do Código Civil, ao fixar os requisitos gerais da adopção, estabelece taxativamente que a adopção «apenas será decretada quando apresente reais vantagens para o adoptando». É esse critério que tem em conta o interesse superior de um terceiro - a criança - que deve nortear o legislador na determinação de quem «pode adoptar».

Nessa medida, tendo em conta os objectivos do regime da adopção e o quadro social e científico envolvente, bem como os termos e os limites do mandato democrático que legitima a presente iniciativa legislativa, justificava-se estabelecer que a adopção não estivesse disponível por parte das pessoas casadas com cônjuge do mesmo sexo, esse foi o sentido da Proposta do Governo.

Assim, na referida proposta de lei, permitia-se o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo circunscrevendo-se, de facto, o acesso ao casamento civil, e consequentemente, propuseram a alteração ao artigo 1577.º do Código Civil, que passaria a ter a seguinte redacção; - «Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste código», e consequentemente propuseram alterações ao regime do casamento, designadamente aos artigos 1591.º e 1690.º do Código Civil. No artigo 3º da referida proposta de Lei, visa expressamente a vedar adopção, propondo a seguinte redacção no artigo 3.º:

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

6.1.1.2. PROPOSTA DO PARTIDO DO PSD

A par desta proposta, de 4 de Janeiro de 2010, o Partido do PSD, apresentou a proposta de Lei n.º 119/XI, na qual se defendia as uniões registadas entre pessoas do mesmo sexo. As motivações defendidas pelo PSD assentaram na defesa da liberdade na orientação sexual e na não discriminação em função desse facto enquanto direitos plenamente consagrados na nossa Constituição. Argumentando ainda a necessidade de regulamentar as relações estabelecidas entre parceiros do mesmo sexo, face ao vazio legal que tinha vindo a ser suprido nas sociedades contemporâneas, havendo, só na Europa, 16 países que regulamentaram novas formas de parcerias civis registadas. Propuseram assim, a criação do instituto da união civil registada, o qual pretendia ser uma garantia de protecção das pessoas do mesmo sexo que vivem em condições análogas às dos cônjuges, e que, por conseguinte, deveriam desfrutar de

um grau de protecção equiparável, ainda que com algumas ressalvas, atendendo à especificidade deste novo instituto. Tratava-se assim de criar condições de solenidade e protecção jurídicas que naturalmente não resultavam do regime das uniões de facto, conferindo uma segurança acrescida que só o registo público e oficial pode garantir, através desta união registável, enquanto contrato constituinte de direitos e obrigações entre os parceiros e perante o Estado e a sociedade, semelhante ao contrato de casamento em tudo o que não tem de ser diferente pela diferente realidade das duas situações⁴²¹⁴²².

6.1.1.3. PROPOSTA DO PARTIDO ECOLOGISTA OS VERDES

O projecto-lei do Partido Ecologista Os Verdes⁴²³, foi apresentado em 30 de Outubro de 2009, e veio à semelhança do já defendido no projecto apresentado em 2006, defender o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Mais uma vez reiterando as motivações do seu projecto, de que o “Princípio da Igualdade” previsto no artigo 13º da CRP, com a nova redacção fixada na 6ª Revisão Constitucional, consagrando a proibição de discriminação em função da orientação sexual, constituía um progresso assinalável do nosso ordenamento jurídico e, principalmente, uma vitória da nossa sociedade e da nossa democracia.

Sustentaram ainda que,

não é possível construir uma sociedade plenamente livre, justa e solidária, baseada na dignidade da pessoa humana, quando se exclui uma parte dos seus cidadãos, sem justificação sustentável ou convincente, do pleno e livre exercício e gozo de direitos fundamentais, não sendo por isso possível continuar a negar ou restringir o acesso a um básico direito de natureza pessoal, com a dignidade de direito fundamental e gozando do estatuto especial do artigo 18º (que inclui a aplicabilidade directa), reservado para todos os Direitos, Liberdades e Garantias, principalmente quando não está em causa a salvaguarda do núcleo essencial de outros direitos com a mesma dignidade. Assim, defenderam que o direito ao casamento, previsto no artigo 36.º da Lei Fundamental, é um direito fundamental ao qual todos devem ter acesso, em condições de igualdade e de equidade, independentemente da sua ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual.

⁴²¹ Projecto-Lei – Assembleia da Republica – [Em linha] [Consultado em 30 de Maio e em Setembro de 2012]. Disponível em <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=35004> e ainda [Consultado em Maio e em Agosto / Setembro de 2012]. Disponível em <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=35011> [Consultado em Maio de 2012 e Setembro de 2012.]

⁴²² Cfr. Loc. cit., pp. 1-8.

⁴²³ Projecto de Lei n.º 24XI, consagra a universalidade e igualdade no direito ao casamento.

À semelhança do projecto lei do governo, consideraram ser um imperativo constitucional alterar a lei civil no que diz respeito a eliminar o impedimento expresso existente na redacção do artigo 1577.º do Código Civil, ao determinar que o casamento é um contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente, considerando ainda, que o casamento é, num estado laico como o nosso, antes de mais, um contrato civil, com origem no instituto jurídico do direito romano, do qual decorre no nosso ordenamento jurídico actual, um conjunto de direitos, deveres e regras próprias que enformam as relações dos cônjuges entre si, com os respectivos familiares e com o próprio Estado. Pelo que, foi entendimento de “Os Verdes” não ser legítimo continuar a impedir a constituição de um núcleo ou célula familiar por meio da manifestação livre e esclarecida de um acordo de vontades, no âmbito do casamento, com vista não só a exercer os direitos e a cumprir os deveres inerentes a esse estatuto, mas também a exercer o legítimo direito de assumir social e publicamente uma relação entre duas pessoas, apenas porque são do mesmo sexo.

Não deixando de referir à semelhança do governo PS, que o conceito de família não é imutável, tendo evoluído ao longo dos tempos, não correspondendo de forma alguma à noção de família “típica” do séc. XX, por exemplo, às várias noções, de diferentes contornos, que ao longo da história este “instituto” social tem vindo a assumir.

No seu projecto, “Os Verdes” optaram, em termos de técnica legislativa⁴²⁴,

por alterar o Código Civil no seu artigo 1577.º (noção de casamento), aproveitando ainda para alterar mais alguns artigos no sentido de expurgar o mesmo Código e o Código de Processo Civil de pequenas incongruências que subsistiriam, designadamente eliminando a disposição que sanciona o casamento entre pessoas do mesmo sexo com a “inexistência”, propondo ainda a eliminação de todas as disposições constantes de quaisquer diplomas legais, regulamentares ou administrativos que façam referência a “marido”, “homem”, “mulher”, “esposa” ou expressão análoga para efeitos normativos que consagrem direitos ou deveres, pressupondo a existência de um contrato de casamento, devem ser interpretadas no sentido de se referirem a “cônjuge”. Mais uma vez omitiram por completo a questão da adopção por pessoas do mesmo sexo.⁴²⁵

⁴²⁴ Projecto de Lei n.º 24XI, consagra a universalidade e igualdade no direito ao casamento

⁴²⁵ PARLAMENTO - Projecto de Lei n.º 24XI na íntegra foi [Consultado em Maio e em Setembro de 2012]. Disponível em <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=35004>

6.1.1.4. PROPOSTA DO PARTIDO DO BLOCO DE ESQUERDA

O Bloco de Esquerda apresentou o seu projecto em Outubro de 2009, projecto de Lei n.º 14/XI⁴²⁶, no qual defendeu o alargamento do direito ao casamento a todas as pessoas, pela alteração do Código Civil, conformando assim a lei ordinária com o espírito da lei constitucional.

Na sua nota justificativa⁴²⁷, o referido partido, sustentou que tal é uma questão fundamental de democracia, de direitos humanos e de combate ao preconceito e à discriminação. Argumentando,

que a reivindicação da igualdade no acesso ao casamento faz parte da história recente no mundo, na Europa e no nosso país e vem na esteira de reivindicações mais antigas, desde os direitos civis para os negros ao reconhecimento da igualdade plena entre os sexos, libertando as mulheres da condição de “propriedade” dos homens e de um estatuto de inferioridade⁴²⁸.

Alegaram ainda,

que na luta contra o preconceito e a segregação racista, a reivindicação da possibilidade do casamento inter-racial foi uma luta historicamente determinante, num contexto em que o casamento era uma instituição que não permitia a consagração de uniões entre “negros” e “brancos” – assim acontecia na África do Sul do *apartheid* ou com as leis de miscigenação que subsistiram até 1967 em mais de uma dezena de estados dos Estados Unidos da América. Não deixando de sublinhar, as importantes e profundas transformações, operadas na sociedade e nomeadamente na esfera das relações entre as pessoas, designadamente pela crescente valorização das componentes pessoais e afectivas como base das relações de conjugalidade, pelo surgimento de novos modelos familiares.

Assim, no entender do BE, era importante que a lei respondesse aos problemas, às práticas sociais e ao sentido de justiça contemporâneos e que elimine todas as discriminações baseadas na orientação sexual, nomeadamente no que diz respeito ao casamento, como forma, de dar o exemplo da igualdade legal para inverter a longa trajectória de discriminação baseada na orientação sexual.

No seu projecto, foi também invocado nas motivações,

O reconhecimento das uniões nos outros países, como exemplo a seguir. Sublinhando ainda, que o facto do Parlamento Europeu, por seu turno, apoiou expressamente o

⁴²⁶ O Projecto pode ser consultado na íntegra no site do parlamento cujo endereço é: <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=35004>, visitado em Maio e Setembro de 2012.

⁴²⁷ Motivações do Projecto-Lei do Bloco de Esquerda

⁴²⁸ No referido projecto p. 1-7.

casamento homossexual e o direito dos homossexuais a adoptarem. No seu relatório sobre “Os Direitos Fundamentais na União Europeia em 2002”, os eurodeputados solicitam aos Estados-Membros que adoptem as medidas necessárias ao reconhecimento de todas as formas de família. O seu projecto criticou veementemente o argumento da “reprodução”, que a considera como o fim último deste instituto jurídico e que, a partir dessa consideração, pretende defender a legitimidade da discriminação de uma parte dos cidadãos no acesso ao casamento, esquece que tal decisão é um produto da escolha livre dos cônjuges.

Alegaram ainda,

Que, o Código Civil não obsta ao casamento de qualquer pessoa infértil ou impotente, nem impõe a concepção. A realidade actual demonstra que a reprodução é uma realidade bem diversa do casamento, pelo que é simplesmente absurdo insistir na manutenção dessa linha argumentativa para impedir pessoas do mesmo sexo do exercício de um direito fundamental.

Acentuando ainda, como já o fizeram no anterior projecto, que a Revisão Constitucional de 2004 introduziu no artigo 13º da lei fundamental uma menção explícita segundo a qual ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado ou privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão da orientação sexual. Para tornar efectiva a sua proposta, o BE, apresentou as seguintes alterações: propuseram alteração ao código civil nos seus artigos 1577.º, 1591.º e 1690.º, designadamente pela alteração do conceito de casamento⁴²⁹, e revogação da alínea e) do artigo 1628º do Código Civil, mas também esta proposta viria a ser reprovada no parlamento.

6.1.1.5. CONSIDERAÇÕES FINAIS SOBRE AS PROPOSTAS

Em 8 de Janeiro de 2010, a proposta de Lei do então governo sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo foi aprovada na generalidade no Parlamento com os votos favoráveis da esquerda, PS, PCP, Bloco de Esquerda e Os Verdes; aprovaram o documento na generalidade, e desceu posteriormente à apreciação da Comissão, na especialidade. As deputadas do Movimento Humanismo e Democracia (independentes mas eleitas nas listas do PS), Maria do Rosário Carneiro e Teresa Venda, foram as únicas parlamentares da bancada do PS que votaram contra a proposta do governo.

Na bancada do PSD, que teve liberdade de voto, apenas 7 deputados sociais-democratas se abstiveram, com os restantes a rejeitar a proposta.

O CDS-PP também votou contra o diploma do executivo, que foi apresentado pelo próprio primeiro-ministro e secretário-geral socialista de José Sócrates, no início do debate que se prolongou por mais de três horas. E igualmente foi rejeitado o projecto do PSD que previa uma união civil entre pessoas do mesmo sexo, em vez de

⁴²⁹ À semelhança do que já haviam defendido no projecto-lei apresentado em 2006.

casamento, com os votos contra da esquerda, de um deputado do próprio PSD e de dois do CDS, houve ainda 8 deputados do CDS e 3 do PSD que optaram pela abstenção⁴³⁰.

Em 11 de Fevereiro 2010, a proposta viria a ser aprovada na especialidade na Assembleia da República na Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias. Foram ouvidos dois constitucionalistas além dos obrigatórios, por força do regime parlamentar, Bastonário da Ordem dos Advogados, Conselho Superior da Magistratura e Conselho Superior do Ministério Público. O ponto da discórdia nas diversas audiências foi a forma como a exclusão da adoção foi redigida na lei e também sobre se seria ou não constitucional tal exclusão, sendo que as posições apresentadas publicamente têm sido no de sentido que tal medida é constitucional, como trataremos no capítulo seguinte. Na própria comissão foi discutida a eliminação da exclusão de adoção por parte dos casais do mesmo sexo, proposta que teve os votos contra do PS, PSD, CDS-PP e PCP, e apenas os votos favoráveis do BE e PEV. Em 1 de Março de 2010, foi publicada em Diário da República (II Série A - Número: 042) o Decreto Nº 9/XI com o texto da lei aprovada sem alterações, tendo esta sido enviada para promulgação do Presidente da República, em 5 de Março de 2010. O Presidente da República, Professor Aníbal Cavaco Civil, em 12 de Março de 2012, enviou o diploma legal para o Tribunal Constitucional, requerendo a fiscalização preventiva, no que dizia respeito à compatibilidade com o artigo 36.º, n.º 1 da CRP, que dispõe: “todos têm o direito de constituir família e contrair casamento em condições de plena igualdade”.⁴³¹ Desse pedido foi o artigo ínsito no diploma sobre co-adoção.

É de sublinhar que os próprios partidos que defenderam o casamento entre pessoas do mesmo sexo e os que votaram favoravelmente quiseram intencionalmente deixar de fora a matéria a matéria da adoção.

O Tribunal Constitucional, por Acórdão⁴³² de 8 de Abril de 2010, entendeu que “o conceito constitucional de casamento é um conceito *aberto*, que admite não só diversas conformações legislativas, mas também diversas concepções políticas, éticas e sociais, tendo sido confiada ao legislador ordinário a tarefa de, em cada momento histórico, apreender e verter no ordenamento aquilo que nesse momento corresponda

⁴³⁰ In artigo publicado pela Agência Lusa.

⁴³¹ O pedido foi acompanhado por um parecer do Professor Freitas do Amaral

⁴³² Cfr. Acórdão n.º 121/2010, de 8 de Abril.

às concepções dominantes nesta matéria”, e assim, não colocou objecções à igualdade no casamento civil em resposta ao pedido do Presidente da República, e desta forma a Lei do casamento homossexual viria a ser promulgada pelo Presidente da República, Cavaco Silva, em 17 de Maio de 2010.

7. AS DIFERENTES POSIÇÕES DEFENDIDAS NO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL QUE APRECIOU O DIPLOMA SOBRE O CASAMENTO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO

7.1. ACÓRDÃO CONSTITUCIONAL N.º 121/2010, DE 8 DE ABRIL QUE APRECIOU O DIPLOMA QUE APROVOU O CASAMENTO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO

Em requerimento enviado a 13 de Março para o Palácio Ratton, o Presidente da República Aníbal Cavaco Silva, suscitava a fiscalização preventiva da constitucionalidade de quatro dos cinco artigos que formavam o diploma que enquadrava o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Cavaco Silva deixou à margem do requerimento o artigo que impede a adopção por casais homossexuais. O pedido do Chefe de Estado seguiu acompanhado de um parecer jurídico assinado pelo antigo ministro Diogo Freitas do Amaral. No pedido sustentou-se entendimento que o casamento entre pessoas do mesmo sexo está constitucionalmente proibido.

Na apreciação da constitucionalidade preventiva, o Tribunal Constitucional⁴³³, começou por ressaltar,

que embora o objecto do pedido de fiscalização preventiva seja constituído por diversas normas, só uma (ou só um efeito normativo) está verdadeiramente em discussão: o artigo 1.º, ao permitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo. O mais, é a reflexão desta opção legislativa nos indicados preceitos do Código Civil e uma norma integrativa da ordem jurídica, mandando interpretar todas as disposições legais relativas ao casamento e seus efeitos (com excepção das que respeitem à matéria da adopção) à luz da nova solução normativa, sublinhando ainda, que o ponto fulcral da alteração legislativa que justifica a interrogação de constitucionalidade é a identidade ou diversidade do sexo dos cônjuges, interessando a esta tão-somente saber se duas pessoas do mesmo sexo possam desposar-se. Entendendo assim deixar de fora a explicitação ou densificação do conceito de “orientação sexual”.

Acentuou ainda o Tribunal,

que no regime jurídico vigente, a diversidade de sexo entre os nubentes (e, conseqüentemente, entre os cônjuges) constitui um pressuposto necessário e um requisito essencial do casamento. Se os cônjuges forem do mesmo sexo, o casamento é juridicamente inexistente (artigo 1628.º, alínea e), do Código Civil). É esta característica da diversidade de sexos entre os cônjuges, a exigência insuperável de

⁴³³ Acórdão do TC n.º 121/2010, de 8 de Abril – [Em linha][Consultado em Maio de 2012]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/jurel/cst_busca_palavras.php?buscajur=&ficha=384&pagina=14&exacta=&nid=9285

que o matrimónio se celebre entre um homem e uma mulher, desde sempre vigente na ordem jurídica portuguesa e, que a iniciativa legislativa questionada veio afastar.

Por outro lado, o Tribunal Constitucional, sustentou que,

que face à Constituição da República Portuguesa, três alternativas de resposta são conjecturáveis e têm tido efectivo curso doutrinário acerca da possibilidade de duas pessoas do mesmo sexo contraírem entre si casamento: a) o casamento entre pessoas do mesmo sexo é uma exigência constitucional; b) o casamento entre pessoas do mesmo sexo está constitucionalmente proibido; c) o casamento entre pessoas do mesmo sexo pode ser reconhecido pelo legislador ordinário. Não deixou o Tribunal de mencionar que esta questão tem tido uma premência crescente nas três ou quatro décadas, tanto na ordem jurídica portuguesa como noutros lugares do mesmo espaço de civilização e cultura jurídica, onde encontra cambiantes e alternativas de resposta e cujo excurso o Acórdão não deixou de explicar, pela referência às diferentes formas como os diferentes estados têm regulado as relações entre pessoas do mesmo sexo, fazendo ainda uma referência sumária às diferentes decisões jurisprudenciais. Não deixando de fazer particular menção ao artigo 12.º e 14.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de 4 de Abril de 1950, «A partir da idade núbil, o homem e a mulher têm o direito de se casar e de constituir família, segundo as leis nacionais que regem o exercício deste direito». Em matéria de igualdade, estabelece o artigo 14.º da Convenção que «O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação», bem como, à resolução do Parlamento Europeu que, insistindo na ideia de que «o não reconhecimento legal dos casais do mesmo sexo no conjunto da União constitui uma discriminação, nomeadamente à luz do direito à livre circulação e do direito ao reagrupamento familiar»⁴³⁴, com particular destaque para a Resolução: – de 1998, em que o Parlamento Europeu convida todos os Estados-Membros a reconhecerem a legalidade dos direitos dos homossexuais, nomeadamente através da instauração, nos países em que ainda não tenham sido adoptados, de contratos de união civil, tendo em vista suprimir todas as formas de discriminação de que ainda são vítimas os homossexuais, nomeadamente em matéria de direito fiscal, regimes patrimoniais, de direitos sociais⁴³⁵, etc. (cfr., Resolução sobre o respeito dos Direitos do Homem na União Europeia (1996), de 17/02/1998, in JO C 80, de 16/03/1998, pág. 50, pontos 67-68); e de 2001 e de 2003, sobre a situação dos direitos fundamentais na União Europeia⁴³⁶ (in: JO C 65 E, de 14/03/2002, e JO C 38 E, de 12/02/2004), no sentido de recomendarem aos Estados-Membros que modifiquem a sua legislação com vista ao reconhecimento das uniões de facto entre pessoas do mesmo sexo ou de sexos diferentes e lhes atribuam direitos iguais. Após o qual passaram à directa apreciação do pedido.

O Tribunal iniciou a apreciação do pedido pela análise da redacção dos n.ºs 1 e 2 do artigo 36.º da CRP, chamando atenção,

⁴³⁴ JO C 132, de 28/04/1997, págs. 31, ponto 137.

⁴³⁵ Resolução sobre o respeito dos Direitos do Homem na União Europeia (1996), de 17/02/1998, in JO C 80, de 16/03/1998, pág. 50, pontos 67-68.

⁴³⁶ JO C 65 E, de 14/03/2002, e JO C 38 E, de 12/02/2004.

que a mesma permaneceu inalterada desde o texto originário da Constituição, e o n.º 5 foi alterado na Revisão Constitucional de 1989 e o n.º 7, introduzido na Revisão Constitucional de 1982, foi alterado na Revisão Constitucional de 1997, defendendo ainda que não é possível deixar de atribuir relevância interpretativa a esta circunstância, não porque o sentido da Constituição deva determinar-se de acordo com o direito ordinário, mas porque fazendo o texto constitucional fixa na realidade social e no contexto jurídico em que emergiu, o casamento era então o que desde há séculos um acordo entre um homem e uma mulher, feito segundo as determinações da lei e dirigido ao estabelecimento de uma plena comunhão de vida entre eles. Assim, e afirmam que o casamento que a Constituição representou foi o casamento entre duas pessoas de sexo diferente, mas sublinhando, por outro lado, não houve qualquer opção deliberada no sentido de proibir a evolução da instituição matrimonial. E o certo é que a Constituição remete para o legislador, além da determinação dos “efeitos”, a fixação dos “requisitos” do casamento (n.º 2 do artigo 36.º), poder este que, não pode ser lido como restrito aos aspectos de mera regulação formal, pelo que importa saber se, independentemente do que era o casamento no contexto social e jurídico em que a norma do n.º 1 do artigo 36.º foi elaborada, a inovação legislativa em análise, procurando responder ao que o legislador entendeu constituir pretensão legítima de reconhecimento e tutela perante novas necessidades sociais a que, como se referiu, já vêm sendo conferidas outras formas de acolhimento jurídico, é de molde a infringir a garantia institucional do casamento, consideraram ainda que o casamento está coberto pela chamada “garantia de instituto”, simultaneamente com o reconhecimento de direitos individuais, o artigo 36.º reconhece e garante também a família e o casamento como instituições em si mesmas, sendo repositório “de típicas garantias institucionais, que por isso não podem ser legalmente suprimidas ou desqualificadas” ⁴³⁷(GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, ob. cit., p. 561).

Discorreu ainda o Tribunal, que o que a Constituição directamente elege como objecto de protecção enquanto “elemento fundamental da sociedade” é a família e não o casamento (*lato sensu*, a instituição matrimonial) que é somente um dos modos de constituí-la (artigo 67.º).

Para o Tribunal, o direito fundamental ao casamento,

compreende, além da liberdade individual de casar ou não casar, a exigência de que para o efeito o Estado organize procedimentos e mantenha estruturas oficiais (o procedimento preliminar, a celebração, o registo público), mas ainda – como os demais direitos fundamentais que se analisem em pretensões a estatutos – o de que a ordem jurídica comporte normas reguladoras da constituição e extinção da situação jurídica correspondente e dos seus efeitos pessoais e patrimoniais. Trata-se de um direito subjectivo público que pressupõe conceptualmente a existência do correspondente instituto jurídico de direito privado, cuja preexistência fornece elementos de interpretação do âmbito normativo objectivo da norma constitucional consagradora no direito fundamental. É, efectivamente, possível conceber os direitos fundamentais como apresentando ou comportando um “lado” jurídico individual, enquanto garantem aos seus titulares um direito subjectivo público, e um “lado” institucional objectivo, enquanto garantias constitucionais de âmbitos de vida juridicamente ordenados e conformados. Alegando assim, que não pode, a partir do pensamento institucionalístico, inverter-se o

⁴³⁷ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, CITADOS NO ACÓRDÃO.

sentido da garantia, impondo a conservação do instituto, tal como ele existe, contra acções do legislador que não colidam com a determinação de sentido do direito fundamental em causa no quadro axiológico do sistema de direitos fundamentais. O que, aplicado à opção legislativa submetida a fiscalização, significa verificar se os fins ou bens jurídicos individuais e comunitários a que o direito fundamental ao casamento deva considerar-se constitucionalmente adstrito, no quadro de um sistema de direitos fundamentais axialmente centrado na dignidade da pessoa humana (artigo 1.º da Constituição), sofrem compressão do seu núcleo essencial de realização.

Ora para o Tribunal,

no pedido – e no parecer em que este se apoia –, reconhecendo-se a liberdade de conformação outorgada ao legislador pelo n.º 2 do artigo 36.º da Constituição, sustentou-se que a alteração legislativa em causa não respeitou esses limites, violando o conceito de casamento operante no n.º 1 do mesmo artigo 36.º, em síntese, por razões de duas ordens: uma pela sua origem histórica e numa interpretação sistemática, o conceito constitucional de casamento, concatenado com a sua ligação ao conceito de família e de filiação, aponta inequivocamente para o casamento como união entre duas pessoas de sexo diferente; e por outra; o conceito de casamento deve ser interpretado, por imposição do n.º 2 do artigo 16.º da Constituição, em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH). E, nesta, o casamento que se prevê e protege e de que, por força daquela norma constitucional, resulta um conceito vinculativo para Portugal, é o casamento entre um homem e uma mulher. Na análise desta última o tribunal invocou que a DUDH estabelece no seu n.º 1 do artigo 16.º que “a partir da idade núbil, o homem e a mulher têm o direito de casar e de constituir família”. Sendo esta referência ao género dos titulares do direito caso isolado na DUDH (“Todos os seres humanos” – artigo 1.º e 2º – “Todo(s) o(s) indivíduo(s)” – artigos 3.º, 6.º, 15.º e 19.º; “Todos” – artigos 7.º, 23.º e 27.º; “Toda a pessoa” – artigos 8.º, 10.º, 11.º, 13.º, 14.º, 17.º, 18.º, 20.º, 21.º, 22.º, 23.º, 24.º, 25.º, 26.º, 27.º, 28.º; “Ninguém” – artigos 4.º, 5.º, 9.º, 11.º, 12.º, 17.º, 20.º) , pelo que é razoável concluir que o conceito de casamento objecto de protecção por este texto de direito internacional respeita à união entre um homem e uma mulher.

Admitida esta interpretação da DUDH e dispondo a Constituição, no n.º 2 do artigo 16.º, que «os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem», sustentou-se que o n.º 1 do artigo 36.º teria de ser interpretado como, do mesmo passo em que consagra o direito ao casamento entre indivíduos de sexo diferente, proibindo a extensão do casamento a pessoas do mesmo sexo. Ao que o Tribunal observou, que se assim é a questão de constitucionalidade poderia dar-se por resolvida, se essa fosse a interpretação imperativa do texto constitucional.

Enunciando um princípio de interpretação conforme à Declaração Universal dos Direitos do Homem, o alcance útil do n.º 2 do artigo 16.º da Constituição é o de permitir recorrer à Declaração Universal para fixar o sentido de uma norma constitucional de direitos fundamentais a que não possa atribuir-se um significado unívoco, ou para densificar conceitos constitucionais indeterminados referentes a direitos fundamentais⁴³⁸ (GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, ob. cit., pp. 367-368; VIEIRA DE ANDRADE, ob. cit., p. 45). Aceita-se, pois, que o artigo 16.º, n.º 2, da

⁴³⁸ In Loc. Cit. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA.

Constituição eleva a DUDH ao estatuto de critério de interpretação e de integração das regras legais e mesmo constitucionais em matéria de direitos fundamentais.

Além da recepção da Declaração Universal dos Direitos do Homem na ordem jurídica interna, constatou pois o Tribunal, que se reconhece a este instrumento um lugar especial, quase supra-constitucional, a partir do momento em que o concebemos como elemento de referência para a interpretação das próprias regras constitucionais.

Mas, sendo certas, quer a interpretação do n.º 1 do artigo 16.º da DUDH, quer a existência do princípio da interpretação da Constituição em conformidade com esse instrumento de direito internacional de que o pedido se socorre, há um equívoco na invocação do argumento. O sentido da norma que confere esse relevo à DUDH é o de alargar a cobertura constitucional dos direitos fundamentais e não o de restringir ou limitar, extensiva ou intensivamente, assim, o n.º 2 do artigo 16.º da Constituição funciona apenas do “lado” jurídico-individual dos direitos fundamentais e quando não conduza a uma solução menos favorável aos direitos fundamentais do que a interpretação “endógena” da Constituição. Deve intervir aqui o princípio da preferência de aplicação das normas consagradoras de um nível de protecção mais elevado, à semelhança do que prescrevem os artigos 52.º, n.º 3 e 53.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, ob. cit., p. 368). Assim, entendeu o Tribunal, que o n.º 2 do artigo 16.º não pode operar no sentido de impedir o legislador ordinário, desde que com isso não restrinja ou limite o acesso ao casamento heterossexual por homens ou mulheres em idade núbil ou lhe diminua o conteúdo enquanto direito fundamental, mas de o permitir também a uma categoria de indivíduos que não têm inclinação para o relacionamento afectivo e sexual duradouro com pessoas do sexo oposto e que, conseqüentemente, não poderiam reclamar a protecção da DUDH para casar em conformidade com essa sua orientação sexual.

Advogando ainda o Tribunal,

que a sustentação de que as normas constitucionais referentes à instituição familiar, estão associadas à filiação, pelo que a diversidade de sexo entre os dois cônjuges seria imposta para salvaguarda dos fins ou valores constitucionais de protecção da família e da potencialidade procriativa do casamento, não pode ser erigida numa finalidade essencial à garantia constitucional em causa porque não integra sequer o actual conceito de casamento heterossexual. Efectivamente, a vontade inicial e constante dos cônjuges de não terem filhos não os impede de contrair casamento e de se manterem casados. Como o não impedem ou invalidam a esterilidade ou a impotência, por si mesmas. Aliás, como lembra PEDRO MÚRIAS, “os casamentos em idades estéreis são frequentes e, pela sua relevância, têm inclusive previsão legal (cfr., artigo 1720.º, n.º 1, alínea b), do Código Civil)” (Casamento entre Pessoas do mesmo Sexo, págs. 40-41).

Da configuração do direito a contrair casamento como direito fundamental resulta que o legislador não pode suprimir do ordenamento jurídico o casamento, enquanto instituto jurídico destinado a regular as situações de comunhão de vida entre duas pessoas, num reconhecimento da importância dessa forma básica de organização social.

Mas a Constituição não define o perfil dos elementos constitutivos do instituto a que o n.º 1 do artigo 36.º se refere, relegando no n.º 2 do mesmo preceito para o legislador a

incumbência de manter a necessária conexão entre Direito e realidade social. O conceito constitucional de casamento é um conceito aberto, que admite não só diversas conformações legislativas, mas também diversas concepções políticas, éticas ou sociais, sendo confiada ao legislador ordinário a tarefa de, em cada momento histórico, apreender e verter no ordenamento aquilo que nesse momento corresponda às concepções dominantes nesta matéria (vid., neste sentido, MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, em “Casamento entre Pessoas do mesmo Sexo”, pp. 58-59 [N]).

Fazendo aqui referência, que esta é a leitura que já se encontra na fundamentação do Acórdão n.º 359/2009, quando nele se disse que “...não se aceita o entendimento segundo o qual o casamento objecto de tutela constitucional envolve uma petrificação do casamento tal como este é hoje definido na lei civil, excluindo o reconhecimento jurídico de outras comunhões de vida entre pessoas.”

E, neste aspecto, a Constituição Portuguesa é mais favorável à intervenção do legislador no sentido agora questionado do que outras congéneres, na medida em que coloca a essa interpretação menos obstáculos textuais. Quer porque no n.º 1 do artigo 36.º se designa a titularidade do direito mediante a palavra “Todos” e não pela expressão “O homem e a mulher” que é geralmente invocada, perante outros textos constitucionais ou de direitos fundamentais como argumento a favor da heterossexualidade necessária do casamento, quer, sobretudo, pela expressa previsão do n.º 2 do mesmo artigo 36.º da CRP.

Esta posição não significa que o casamento referido no artigo 36.º da Constituição seja encarado como uma fórmula vazia de qualquer conteúdo, a preencher livremente pelo legislador, o casamento, sob pena de desfiguração do seu núcleo essencial e, portanto, do próprio âmbito de protecção como direito (subjectivo) fundamental, deverá contemplar o estabelecimento de uma relação de comunhão de vida entre duas pessoas, estabelecida mediante um ato como tal designado, com efeitos vinculativos legalmente fixados, livre, incondicional e inaprazável. Contrair casamento (casamento *in fieri*) é aceder ao estado de casado (casamento *in facto esse*) que se define em função dos efeitos jurídicos em que o casamento opera. Como dizem FRANCISCO PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, ob. cit., p. 337, “uma pessoa casa e, depois, é outra, é juridicamente outra. É outra a condição da sua pessoa, como é outra a situação dos seus bens”.

Verdadeiramente, se o estabelecimento de uma situação de comunhão de vida entre duas pessoas é elemento estruturante do conceito de casamento, sem o qual o mesmo se descaracteriza, já o mesmo não pode dizer-se da diversidade sexual das pessoas que pretendem envolver-se nessa comunhão e submetê-la às regras do casamento. Essa diversidade de sexos seria apenas imprescindível para que a comunhão no plano sexual pudesse levar à geração de filhos biologicamente comuns, finalidade a que o casamento não está constitucional nem legalmente adstrito.

Considerou ainda o Tribunal,

que a comunhão de vida entre duas pessoas, caracterizada pela partilha e entreajuda, num percurso de vida comum juridicamente disciplinado, com carácter tendencialmente perpétuo, também está naturalmente ao alcance de duas pessoas do mesmo sexo que assim queiram vincular-se, uma para com a outra e perante o Estado, e serem como tal

reconhecidas pela comunidade. Por isso não está vedado ao legislador conferir a esse modo de livre desenvolvimento da personalidade a forma vigente para tutela das relações entre pessoas de sexo diferente, permitindo aos interessados acolher-se à figura do casamento, sem que o instituto se considere privado de elementos típicos essenciais à correspondente função garantística.

Sublinhando ainda, que a extensão do casamento a cônjuges do mesmo sexo não contende com o reconhecimento e protecção da família como “elemento fundamental da sociedade” (artigo 67.º da Constituição).

Mais salientando,

que importa ter presente que a Constituição desvinculou a constituição da família do casamento. O conceito de família que a Constituição acolhe como “elemento fundamental da sociedade” é um conceito aberto e plural, adaptável às necessidades e realidades sociais. A Constituição não definiu o que é a família, dando protecção aos distintos modelos de família que existem na nossa realidade social. Como o Tribunal disse no Acórdão n.º 651/09, embora tendo como pano de fundo as uniões de facto heterossexuais, a família que, nos termos do artigo 67.º da Constituição merece a protecção do Estado, “não é só aquela que se funda no matrimónio; é também aquela outra que pressupõe uma comunidade auto-regulada de afectos, vivida estável e duradouramente à margem da pluralidade de direitos e deveres que, nos termos da lei civil, unem os cônjuges por força da celebração do casamento. O direito a escolher viver em tal comunidade de afectos, modelada por vontade própria à margem dos efeitos civis do casamento, tem por certo assento constitucional – seja através da disjunção que o n.º 1 do artigo 36.º da CRP estabelece entre o “direito de constituir família” e o “direito de contrair casamento”, seja através da cláusula de liberdade geral de actuação que vai inscrita no direito ao desenvolvimento da personalidade, contido no n.º 1 do artigo 26.º.”

Assim, o Tribunal Constitucional defendeu,

que o casamento entre pessoas do mesmo sexo apenas vai conduzir a que o espaço de realização interpessoal, coabitação, mútua assistência e contribuição para as necessidades comuns com vista à plena realização pessoal, em que a família consiste, assuma, também para elas, a veste jurídica que resulta da sua recíproca vinculação. Não há fundamento para ver nesse alargamento sacrifício, nem sequer no plano de administração de recursos públicos escassos, para a realização das tarefas que nesse domínio incumbem ao Estado (n.º 2 do artigo 67.º da Constituição).

Alegou ainda o Tribunal,

que não se vê, pois, em que possa colidir o novo regime do casamento com os deveres de protecção “da sociedade e do Estado” em relação à família, entendida como categoria existencial ou fenómeno da vida, assumida pela Constituição como instituição jurídica necessária.

Parece, porém, manifesto que a atribuição do direito ao casamento a pessoas do mesmo sexo não afecta a liberdade de contrair casamento por pessoas de sexo diferente, nem altera os deveres e direitos que para estas daí resultam e a

representação ou imagem que elas ou a comunidade possam atribuir ao seu estado matrimonial. Salvo, obviamente, se a perda de valor simbólico do casamento em geral fosse atribuída à circunstância de esse estatuto passar a poder ser compartilhado com casais de orientação homossexual. Concepção que se fundaria num motivo constitucionalmente ilegítimo (artigo 13.º, n.º 2, da CRP), sendo, por isso, insustentável.

Em resumo, o Tribunal concluiu que o casamento entre pessoas de sexo diferente mantém-se intocado, nas suas condições de realização, nos seus efeitos jurídicos, entre os cônjuges e perante o Estado e terceiros, e no seu significado como fonte de relações familiares e compromisso social. E por fim, e em resposta alegando violação do princípio da igualdade, o Tribunal considerou que o princípio da igualdade consagrado no n.º 1 do artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa, impõe ao legislador que dê tratamento igual ao que for essencialmente igual e que trate diferentemente o que for essencialmente diferente.

Alegou e sublinhou o Tribunal, que,

sendo embora certo que, na perspectiva biológica, sociológica ou antropológica, constituem realidades diversas a união duradoura entre duas pessoas do mesmo sexo e duas pessoas de sexo diverso, no aspecto jurídico a equiparação de tratamento não é destituída de fundamento material. Na verdade, é razoável que o legislador possa privilegiar o efeito simbólico e otimizar o efeito social anti-discriminatório do tratamento normativo, estendendo à tutela dessas uniões o quadro unitário do casamento, remetendo ainda para a leitura do Acórdão n.º 359/2009, perante uma alteração legislativa desta natureza, se afigura útil recordar o que o Tribunal afirmou no Acórdão n.º 105/90.

Donde, o Tribunal julgou improcedentes as dúvidas de constitucionalidade que justificaram o pedido de fiscalização preventiva de inconstitucionalidade, não se considerando violado, por qualquer das normas sujeitas a apreciação, o n.º 1 do artigo 36.º da Constituição, e decidiu não se pronunciar pela inconstitucionalidade das normas do artigo 1.º, do artigo 2.º – este na medida em que altera a redacção dos artigos 1577.º, 1591.º e 1690.º, n.º 1 do Código Civil – do artigo 4.º e do artigo 5.º do Decreto n.º 9/XI, da Assembleia da República.

Concluindo, o Tribunal Constitucional sustentou que “a extensão do casamento a pessoas do mesmo sexo” não contradiz a protecção do conceito de família enquanto “elemento fundamental da sociedade”. A iniciativa legislativa para a legalização do casamento homossexual, estabelece o Tribunal, “não viola a garantia constitucional de casamento”: “A mesma não tem por efeito denegar a qualquer pessoa ou restringir o direito fundamental a contrair (ou a não contrair) casamento”, assim, o Tribunal

considera que “o núcleo essencial da garantia constitucional do casamento não é franqueado pelo abandono da regra da diversidade de sexos entre os cônjuges” e que “a extensão do casamento a pessoas do mesmo sexo não contende com o reconhecimento e protecção da família como elemento fundamental da sociedade”. Em nota difundida após a leitura do acórdão, ressalva que os juízes do Palácio Ratton tiveram em consideração a tese da representação do casamento heterossexual na letra da Lei Fundamental. Porém, o Tribunal sublinha que “pode também seguramente concluir-se que não teve qualquer opção no sentido de proibir a evolução da instituição”.

A Constituição propugna o acórdão, não estabelece o perfil dos elementos constitutivos da instituição. Por outro lado, lê-se, o casamento é “um conceito aberto, que admite não só diversas conformações legislativas, mas também diversas concepções políticas, éticas ou sociais, cabendo ao legislador ordinário a tarefa de, em cada momento histórico, apreender e verter no ordenamento aquilo que nesse momento corresponda às concepções dominantes”. E assim, o diploma foi aprovado.

Assim, podemos concluir, como o faz OLIVEIRA ASCENSÃO⁴³⁹, que “foram três as posições assumidas” no Acórdão do Tribunal Constitucional; a Constituição impõe a admissão do casamento entre pessoas do mesmo sexo, a Constituição exclui o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e por fim a posição que defendeu que a Constituição não toma posição, estando na esfera do legislador ordinário adoptar uma ou outra solução positiva, e que mais não é do que as diferentes posições doutrinárias sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

7.2. A CONSTITUCIONALIDADE OU INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 9/2010 DE 31 DE MAIO

Chegados aqui, e com aprovação da Lei 9/2010 de 31 de Maio, importa então questionar se a lei aprovada é ou não inconstitucional, impondo-se aqui um pequeno excursão sobre as diferentes posições de alguns autores, que mais não são do que diferentes posições doutrinárias. Assim, para aqueles⁴⁴⁰ que defendem o casamento entre pessoas do mesmo sexo, “a nova Lei é uma exigência constitucional”, e argumentam “que a sua proibição constituiria uma violação do princípio da igualdade

⁴³⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira - O casamento entre pessoas do mesmo sexo. R.O.A., Ano 71, p. 392.

⁴⁴⁰ CORTE-REAL, Carlos Pamplona; D` ALMEIDA, Luís Duarte; MOREIRA, Isabel - O casamento entre pessoas do mesmo sexo, três pareceres sobre a inconstitucionalidade dos artigos 1577.º e 1628.º, alínea e) do Código Civil, p.30.

de tratamento, do direito ao desenvolvimento da personalidade e do direito à reserva da vida privada”, neste sentido encontramos o Professor CARLOS PAMPLONA CORTE REAL, ISBAEL MOREIRA, LUIS ALMEIDA, na base desta posição está o “conceito de casamento como símbolo do amor, a legitimação do amor entre duas pessoas, rejeitando a concepção apriorística do casamento, e rejeitando-se assim a teoria da garantia institucional”, e acentuando-se o carácter exclusivamente privado do casamento⁴⁴¹, questionando-se a sua heterossexualidade, pois sublinham “que a procriação não constitui um elemento essencial do casamento, não obstante à sua constituição infertilidade ou a impotência”. Defendendo ainda que a plena comunhão de vida, “tanto ocorre no casamento como na união de facto e independentemente do sexo dos seus pares”.

Ainda neste sentido, CARLOS PAMPLONA CORTÊ-REAL⁴⁴², considera que a proibição do casamento entre pessoas do mesmo sexo “é o reflexo de um sentimento homofóbico resultante de uma concepção heteronormativa, o seu não reconhecimento constituiria uma negação à possibilidade de reconhecimento social desta relação”, sublinhando ainda que esta posição impõe-se por força da alteração ao n.º 2 do artigo 13.º da CRP, com a revisão constitucional de 2004.

Em sentido contrário, outros autores entre os quais destacamos OLIVEIRA ASCENSÃO⁴⁴³, PAULO CUNHA, GULHERME DE OLIVEIRA, PIRES DE LIMA, ANTUNES VARELA, JORGE MIRANDA, defenderam que o casamento entre pessoas do mesmo sexo está constitucionalmente proibido,

Fazendo apelo à concepção tradicional do casamento e apelando que a «plena concepção de vida», casamento, só está ao alcance de uma união entre pessoas de sexo diferente, admitir o contrário seria desfigurar a instituição matrimonial, que sempre esteve configurado para os pares de sexo oposto⁴⁴⁴. Defendem ainda, que a constituição impõe o respeito pelos princípios estruturantes do casamento, pelo que aí se inclui a exigência da diferença de sexo entre os dois cônjuges. Segundo eles admitir o contrário seria pôr em causa o próprio conceito de casamento, descaracterizando o seu núcleo essencial.

⁴⁴¹ OLIVEIRA, Guilherme - Um Direito da família europeu. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, p. 119; COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more usorio na perspectiva do direito da família europeu: as uniões homossexuais, p.17.

⁴⁴² CORTE-REAL, CORTE-REAL, Carlos Pamplona; D` ALMEIDA, Luís Duarte; MOREIRA, Isabel - O casamento entre pessoas do mesmo sexo, três pareceres sobre a inconstitucionalidade dos artigos 1577.º e 1628.º, alínea e) do Código Civil, p. 26 e p.45-46.

⁴⁴³ ASCENSÃO, José de Oliveira - O casamento de pessoas do mesmo sexo R.O.A., Abr./Jun, p. 371.

⁴⁴⁴ Seguimos de perto o estudo de Santos Duarte, em «mudam-se os tempos mudam-se os casamentos?» p. 221.

Outros defendem que o casamento entre pessoas do mesmo sexo não está protegido pelo art.º 36.º, n.º1 da CRP, mas que também não está excluído por ela. Isto é, o conceito histórico do casamento como a união entre pessoas do sexo oposto, não permite retirar da constituição um reconhecimento directo e obrigatório dos casamentos entre pessoas do mesmo sexo, sem que contudo, o legislador ordinário fique proibido de proceder ao seu reconhecimento ou à sua equiparação aos casamentos.

Estas diferentes posições foram consagradas no Acórdão do Tribunal Constitucional, que levou à promulgação da lei que aprovou o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Na análise da constitucionalidade da Lei 9/2010, de 31 de Maio, importa a apreciação do art.º 36.º n.º 1 da CRP. Dispõe o art.º 36.º n.º 1 da CRP, «que todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de perfeita igualdade», estabelecendo o artigo 67.º, n.º 1 da CRP, «a família, como elemento fundamental da sociedade, tem direito à protecção da sociedade e do Estado e à efectivação de todas as condições que permitem a realização pessoal dos seus membros». Assim, e no entender OLIVEIRA ASCENSÃO⁴⁴⁵, “resulta destes preceitos o reconhecimento do significado institucional básico da família, como resulta dos mesmos que o modo normal de constituição da família, juntamente com a filiação resulta do casamento”.

Ainda no seu entender, é na projecção destes princípios que surge o conceito do casamento que anteriormente o artigo 1577.º do Código Civil definia como contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir família.

Então, segundo o citado OLIVEIRA ASCENSÃO,

A família e o casamento têm que resultar de uma definição legal, advertindo ainda que as leis são flexíveis temporalmente e por isso só valem num contexto histórico, e na concreta sociedade a que se aplicam. Pelo que, e no seu entender, em Portugal, as noções de casamento e família não são compatíveis com uma união de pessoas do mesmo sexo, admitir o contrário seria atentar contra o sentido comum. Defendendo ainda que a família não pode estar à mercê de maiorias ocasionais, tendo que respeitar os parâmetros básicos da inserção do homem na sociedade. OLIVEIRA ASCENSÃO⁴⁴⁶ apela ainda, aos elementos, histórico, sistemático e teleológico da interpretação da lei, para defender que o sentido de família e casamento que a Constituição de 1976 teve

⁴⁴⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira, - O casamento entre pessoas do mesmo sexo. R.O.A., Abr./Jun, 2011, p. 391.

⁴⁴⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira - O casamento entre pessoas do mesmo sexo. R.O.A., Abr./Jun, 2011, p. 391.

em vista, é incompatível com o casamento entre pessoas do mesmo sexo, sublinhando que o próprio Acórdão do Tribunal Constitucional, também o reconheceu, mas por outro lado o Tribunal não deixou de referir também que a Constituição não proíbe a evolução da instituição matrimonial. Ora o autor nega que tenha existido uma evolução histórica que tenha dado um novo sentido ao casamento na sociedade portuguesa, afirmando que não houve qualquer alteração conceptual mas sim uma pretensão de minorias activistas.

Já quanto ao elemento sistemático, defende o citado autor OLIVEIRA ASCENSÃO⁴⁴⁷,

Que importa distinguir a conexão remota existente entre o art.º 36 da CRP com o art.º 67.º. Defende que a constituição associal família, casamento e a procriação, assim e muito embora reconheça que possa existir procriação fora de todo o vínculo e pode haver casamento sem procriação, considera que a procriação é uma manifestação, uma vontade última do casal. Por outro lado, defende ainda que do confronto com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, e porque o artigo 16/2 da CRP dispõe que os preceitos constitucionais relativos aos direitos fundamentais devem ser integrados de harmonia com a DUDH, sendo que naquela declaração dispõe o art.º 16/1: “A partir da idade núbil, o homem e a mulher tem o direito de casar e de constituir família...” há pois no seu entender uma expressão específica da diversidade dos géneros, sublinhado que o Acórdão do Tribunal considerou que há um equívoco na invocação do argumento: a DUDH só poderia ser invocada para alargar o âmbito dos direitos fundamentais e não para os restringir, posição que aliás não se deixa de concordar inteiramente. E concorda-se com o autor, quando diz que o Acórdão defende esta posição, por tomar uma posição neutra relativamente à questão. Defende ainda o autor, que o texto da DUDH, não prevê “todos” ou todas as pessoas, mas sim “o homem e a mulher, pois a não ser assim, poderiam casar pais e filhos, deste modo conclui que também o elemento sistemático leva a interpretar a constituição no sentido de exigir a heterogeneidade dos sexos.

Outra consideração importa no que respeito diz ao elemento teleológico, através do qual o autor defende,

Que a exigência da diversidade dos sexos não é arbitrária, e em seu entender ao contrário do Acórdão do Tribunal constitucional, que embora e através de uma posição relativamente neutral, tenha defendido como já anteriormente referimos, que a Constituição não dispõe sobre tal matéria, cabendo ao legislador ordinário tomar livremente a posição que entendesse. Segundo o autor a diversidade biológica e temperamental de homem e mulher, é uma evidência, e é ela que permite a “plena comunhão de vida”, defende assim, que o casamento entre pessoas do mesmo sexo, amputa o significado do casamento, pelo que nele o elemento teleológico não funciona, podendo tais parceiros obter os seus direitos por via de outro instituto como o da união civil, para o autor o casamento continua a ter um valor simbólico, que a permissão do casamento entre pessoas do mesmo sexo veio fracturar. Aceitar o casamento entre pessoas do mesmo sexo, é pôr em causa a identidade cultural prevista no art.º 78, n.º 2 da CRP, concluindo que não é possível admitir uma interpretação de casamento e família que esteja em contradição com essa identidade cultural comum.

⁴⁴⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira - O casamento entre pessoas do mesmo sexo. R.O.A., Abr./Jun.2011, p. 391.

O autor defende assim, a inconstitucionalidade da Lei n.º 9/2010 que permitiu a instituição do casamento entre pessoas do mesmo sexo, por contrariar o conceito de família e casamento adoptado pela Lei fundamental, e segundo o mesmo, a Constituição não se limita a estabelecer conceitos-quadro abertos, à descrição do legislador ordinário, caso contrário casamento e família seriam meros nomes, contestando assim a alteração constitucional operada pela lei ordinária, e mesmo que se entendesse poder mudar a constituição, contra o sentir generalizado do povo e da sua identidade cultural, sempre se impunha a consideração da inconstitucionalidade da lei, que põe em causa o valor simbólico do casamento, pois este está ínsito na consagração e protecção constitucional do casamento, e que esta lei veio pôr em causa⁴⁴⁸.

Segundo, LUIS DUARTE D'ALMEIDA, CARLOS PAMPLONA CÔRTE-REAL e ISABEL MOREIRA⁴⁴⁹, as normas expressas pelos artigos 1577.º e 1628.º, alínea e), do Código Civil - que vedam o acesso ao casamento a pessoas que não sejam de “sexo diferente”, são inconstitucionais.

Segundo os citados autores, tais normas,

Assentam em juízos acerca de uma pretensa inferioridade “moral” das relações afectivas homossexuais e em preconceitos sobre a qualidade das famílias constituídas por duas pessoas do mesmo sexo. A conseqüente discriminação é atentatória dos princípios constitucionais de dignidade da pessoa humana e de igualdade, e do direito fundamental a contrair casamento - também na sua dimensão de direito de uma pessoa a escolher com quem casar. É esta a opinião jurídica defendida pelos autores.⁴⁵⁰

Importa agora e em jeito de resumo, considerar o seguinte; não se partilha da posição de OLIVEIRA ASCENÇÃO, pois na verdade e em primeiro lugar consideramos que na análise do quadro constitucional devemos partir da ideia base que o direito previsto no artigo 36.º da CRP, é o direito de contrair casamento em condições de plena igualdade. Aliás, está enquadrado sistematicamente na categoria dos direitos, liberdades e garantias, e é efectivamente um direito de pessoas e não um direito a uma instituição como a “família”⁴⁵¹. Do n.º 2 do mesmo preceito, que refere os requisitos do casamento, remetendo tal matéria para a lei civil, daqui retiraram alguns autores, que será a lei a decidir se duas pessoas do mesmo sexo podem ou não casar. E ao contrário da tese defendida por OLIVEIRA ASCENÇÃO, inclinamo-nos a

⁴⁴⁸ ASCENÇÃO, José de Oliveira - O casamento entre pessoas do mesmo sexo. R.O.A. Abr./Jun. 2011. p. 400.

⁴⁴⁹ D'ALMEIDA, Luís Duarte; CORTE-REAL, Carlos Pamplona; MOREIRA, Isabel - Casamento entre pessoas do mesmo sexo.... , p.56-79; 13-33; 37-54.

⁴⁵⁰ D'ALMEIDA, Luís Duarte; CORTE-REAL, Carlos Pamplona; MOREIRA, Isabel - Casamento entre pessoas do mesmo sexo.... , p.56-79; 13-33; 37-54

⁴⁵¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital - Constituição da Republica Portuguesa Anotada, I, p.561.

defender a tese perfilhada por ISABEL MOREIRA⁴⁵², sendo que a Lei fundamental não estabelece qualquer conceito de casamento entre pessoas de sexo diferente, isso seria ler a Constituição a partir do direito civil, invertendo assim a ordem de exercício. Por outro lado, não se aceita, como defende OLIVEIRA ASCENSÃO⁴⁵³, que não existiu uma evolução histórica que tenha dado um novo sentido ao casamento na sociedade portuguesa, na verdade os conceitos de família e casamento evoluíram ao longo dos tempos⁴⁵⁴, e é inegável que assumem hoje na sociedade diferentes valorações, e de facto a lei não é imutável, e a cada momento o legislador é forçado a escutar o eco da população. Assim, e no quadro constitucional actual, nascido da última revisão constitucional de 2004, é claramente rejeitada a redução do casamento ao conceito de procriação. Efectivamente, o direito de constituir família e de contrair casamento são duas realidades distintas, o direito a contrair casamento é no fundo uma concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, baseado numa concepção personalista, fundada na dignidade da pessoa humana, no respeito pelos direitos fundamentais, na autodeterminação do indivíduo e na igualdade de acesso ao casamento⁴⁵⁵, por essa razão e como defende ISABEL MOREIRA, com o qual concordamos, “tal direito fundamental não pode ficar refém da vontade parlamentar, ou das vontades do consenso social e num Estado de Direito”, só por razões muito ponderosas e excepcionais “podia o legislador afastar uma categoria de pessoas daquele direito”, estando nessas situações quando se verifica ou impõe a defesa de um interesse público fundamental⁴⁵⁶, e assim, caberá a cada indivíduo, enquanto sujeito eticamente autónomo, a configuração e densificação do contendo preciso da sua dignidade, cabendo-lhe assim a sua autodeterminação.

E ainda neste âmbito, não podemos deixar de sublinhar que a plena comunhão de vida não é restrita dos casais heterossexuais⁴⁵⁷, até porque tal não pressupõe nenhuma conexão entre casamento e procriação.

⁴⁵² MOREIRA, Isabel - O casamento entre pessoas do mesmo sexo, p. 37.

⁴⁵³ ASCENSÃO, José de Oliveira - O casamento entre pessoas do mesmo sexo. R.O.A., Abr.7Jun., 2011.

⁴⁵⁴ CID, Nuno de Salter - Comunhão de Vida à margem do casamento: entre o facto e o direito, p. 234; CAMPOS, Diogo Leite de - Nós, Estudos sobre os direitos das pessoas. ; COELHO, Francisco Pereira - Curso de direito da família. ; CAMPOS, Diogo Leite de - Lições de direito da família e das sucessões. ; MENDES, João de Castro; VARELA, João de Matos Antunes - Família e casamento.

⁴⁵⁵ Cfr. artigos 1.º, 2.º, 26.º, 36.º, n.º 1 todos da CRP.

⁴⁵⁶ Cfr. artigo 18.º, n.º 2, da CRP, por exemplo quando se estabelece a idade mínima para a celebração do casamento, quando se proíbe o casamento por razões de parentalidade ou quando se veda o casamento por razões de anomalias psíquicas, ou a existência de casamento anterior não dissolvido.

⁴⁵⁷ VARELA, João de Matos Antunes - Direito da família, p.181-182.

Com a revisão constitucional de 2004, que veio estabelecer no artigo 13.º da CRP, o critério da orientação sexual, como critério proibitivo de discriminações, e sendo inegável que a ratio legislativa de tal alteração⁴⁵⁸, teve por base a história de discriminações ilegítimas, parece óbvio, que a Constituição veio consagrar um direito de todos poderem contrair casamento, pelo que a lei civil não poderia face a este quadro constitucional vedar o casamento a pessoas do mesmo sexo. Tal negação, equivaleria a negar a evolução da constituição e a mudança do tecido social ao nível das relações afectivas e a visibilidade que elas hoje têm ao nível global, o conceito histórico e simbólico do casamento, não poderia, face aos direitos constitucionalmente consagrados, constituir fundamento de negação à permissão do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Como corolário do supra referido, importa ainda reter, que o princípio da igualdade constitui um dos princípios estruturantes do Estado Democrático e corresponde a uma ideia de justiça e dignidade da pessoa humana (cfr. artigo 13.º da CRP), assim o legislador democrático do Estado de Direito social, está hoje obrigado a atender às diferenças reais entre as pessoas⁴⁵⁹. Assim, e associado ao princípio da igualdade está a proibição da arbitrariedade, proibindo-se assim actuações que careçam de fundamento racional, objectivo e razoável, impondo uma proporcionalidade. É também ilegítima qualquer diferenciação de tratamento baseada em critérios subjectivos, por outro lado impõe ainda a Constituição no seu artigo 16.º, n.º 1, a inclusão e respeito por todos os direitos fundamentais constantes das leis e regras aplicáveis de Direito internacional, e no n.º 2, vai mais além, ao impor a interpretação em harmonia com a DUDH. E por fim, o princípio da igualdade impõe ainda a obrigação de diferenciação, impondo ao legislador o exercício da sua função social, atenuando as diferenças e desigualdades sociais, a chamada igualdade da lei ou através da lei⁴⁶⁰. Ora face ao princípio da igualdade nas suas diversas vertentes, uma interrogação se impõe, não seria inconstitucional a proibição do casamento entre pessoas do mesmo sexo?

Como tão cristalinamente MARTA COSTA⁴⁶¹, narra,

“as leis se interpretam umas às outras, consabido que elas se acham todas mais ou menos relacionadas entre si, pelo que é necessário interpreta-las de

⁴⁵⁸ Veja-se leitura dos debates parlamentares da sexta revisão constitucional in DAR n.º 4, II Série-RC, de 28 de Janeiro de 2004, p.134.

⁴⁵⁹ NOVAIS, Jorge Reis - Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa, p.104.; NOVAIS, Jorge Reis - Direitos fundamentais trunfos contra a maioria, p.28-32.

⁴⁶⁰ SANTOS, Duarte - Mudam-se os tempos mudam-se os casamentos?...

⁴⁶¹ COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio numa perspectiva de harmonização do direito de família europeu: as uniões homossexuais.

modo que umas se harmonizem com as outras e reciprocamente se completem, excluindo-se as interpretações que levaria aplicar a lei de forma que fiquem em contradição com os conceitos formulados noutras leis.

É nosso entendimento, que à luz do princípio da igualdade, nas suas diferentes vertentes, e nos termos do preceituado no artigo 9.º do Código Civil, isto é, «tendo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada», presumindo sempre que na fixação do sentido e alcance da lei o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados, parece que nova interpretação se imponha, pelo que a nova lei parece não ser inconstitucional, e acima de tudo parece ser uma imposição dos novos tempos e uma imposição de uma interpretação actualizada, tal como o Direito impõem tendencialmente no sentido de uma harmonização jurídica com os restantes Estados.⁴⁶²

⁴⁶² COSTA, MARTA ANDREA MATOS DA - Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais, p. 65.

8. A ADOÇÃO EM PORTUGAL E AS SUAS VICISSITUDES FACE À LEI 9/2010 DE 31 DE MAIO

8.1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

A Lei 9/2010 de 31 de Maio, que veio permitir o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo alterando assim o conceito legal de casamento. Não obstante, no seu artigo 3, n.º 1, da referida Lei, consagrou expressamente a impossibilidade legal da adopção em qualquer uma das suas modalidades, e o seu n.º 2 estabeleceu que nenhuma disposição legal em matéria de adopção pode ser interpretada em sentido contrário ao disposto no número anterior. O sistema jurídico Português consagra assim uma incongruência; se por um lado permite o casamento entre pessoas do mesmo sexo como forma de constituir família, por outro lado, veda a possibilidade de adopção às mesmas famílias.

Acresce que, a Lei 103/2009⁴⁶³, de 11 de Setembro, e que entrou em vigor a partir de 28 de Outubro de 2010, veio introduzir no nosso ordenamento jurídico uma nova figura jurídica, denominada de apadrinhamento civil, caracterizada como uma relação para familiar, e que procura constituir um vínculo afectivo e jurídico entre uma criança ou um jovem e um adulto ou uma família, também parece excluir a possibilidade da sua constituição aos homossexuais. Em bom rigor criou-se um novo instituto jurídico entre a tutela e a adopção, de forma a promover a desinstitucionalização de crianças e jovens em perigo que não possam ser integrados numa família adoptiva ou que não possam regressar à família de origem. Também neste novo instituto jurídico, e partilhando aqui a posição de FRANÇA PITÃO⁴⁶⁴,

muito embora a lei seja omissa e não especifique ou privilegie nenhum modelo de família, evidentemente que nele só cabem pessoas de sexo diferente, pois na verdade e como resulta do n.º 4, do art.º 3 do diploma regulamentar (Decreto-lei 121/2010, de 27 de Outubro), “à habilitação de padrinhos é aplicável com as devidas adaptações, o disposto no art.º 3 da Lei n.º 9/2010, de 31 de Março, e no art.º 7.º da Lei 7/2001, de 11 de Maio, ora nos termos desta Lei, republicada pela Lei n.º 23/2010, de 30 de Agosto, é reconhecido aos unidos de facto de sexo oposto, e somente a estes, o direito à adopção nas condições análogas às previstas no art.º 1979.º do Código Civil.

⁴⁶³ O diploma entrou em vigor no dia seguinte ao da publicação do Decreto-Lei n.º 121/2010, ou seja 28 de Outubro, contudo não produziu qualquer efeito antes da entrada em vigor do Decreto Regulamentar, 2010/12/26.

⁴⁶⁴ PITÃO, José António de França - Uniões de facto e economia comum.

Significa pois que o apadrinhamento, quer seja singular quer seja plural, está também vedado a pessoas que vivam em união de facto e não sejam do sexo oposto, o que aliás veio a ser reforçado pela Lei n.º 9/2010, de 31 de Maio.

Assim, o sistema jurídico Português também não permite mesmo nas situações de união de facto entre homossexuais a adopção, mas paradoxalmente, é possível, adopção singular por qualquer pessoa desde que reunidos os requisitos, e o mesmo se diga da Procriação Medicamente Assistida, em que ficam também de fora, aqueles que não possuam uma relação estável e os que sendo do mesmo sexo vivam em união de facto.

MARTA COSTA⁴⁶⁵, considera, que “pelo menos do ponto de vista teórico, é possível um sujeito homossexual adoptar uma criança, e que com ela venha a viver no seio da sua actual ou futura relação homossexual”⁴⁶⁶, note-se que qualquer membro da união de facto pode requerer adopção singular de uma criança, sem que careça do consentimento do outro, solução que MARTA COSTA não concorda, e com a qual também não se concorda, “pois efectivamente a criança passará a fazer parte desse agregado, dessa família”, e questionamos se nessas circunstâncias o interesse superior da criança, já não constitui a primazia? Pode nesse caso não ser atendível? Que garantia existe de que haverá uma plena integração da criança, não obstante a falta de consentimento do outro companheiro?

Chegados aqui, e usando as palavras de OLIVEIRA ASCENSÃO⁴⁶⁷, os homossexuais, querem mais! Querem poder adoptar, pois casar já podem! Com o novo paradigma do casamento, surgem agora novos movimentos associativos e legislativos em prole da adopção.

São estas e outras questões que iremos tratar neste capítulo. Iniciando a nossa exposição por uma breve alusão à evolução histórica da adopção, seguindo-se uma nota breve sobre o novo regime da adopção e do instituto do apadrinhamento civil e faremos posteriormente uma análise das várias iniciativas legislativas ocorridas neste âmbito.

⁴⁶⁵ COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais.

⁴⁶⁶ COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais, p. 461, 462.

⁴⁶⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira - O casamento entre pessoas do mesmo sexo. R.O.A., 2011, p. 391.

8.1.1. BREVE REFERÊNCIA HISTÓRICA

Segundo BOAVENTURA SANTOS e MARTA COSTA, a adoção remonta à antiguidade, e já no próprio código Hammurabi datado de 2800 A.C., surgem os primeiros vestígios da sua existência, muito embora ainda de forma rudimentar, mas os registos mais credíveis do instituto surgem mais tarde na Roma Antiga, onde este instituto foi claramente desenvolvido e aperfeiçoado⁴⁶⁸⁴⁶⁹.

Ainda segundo BOAVENTURA SANTOS⁴⁷⁰, outras civilizações usaram também sistemas adoptivos, “como a China e a Índia, mas na generalidade das civilizações a adoção na antiguidade era muito rara, dado que a maioria das crianças eram recolhidas para trabalhos forçados”.

No período medieval, as civilizações germânicas, célticas e eslávicas repugnaram a adoção devido à importância que atribuíam à linhagem pura, pelo que é possível afirmar que o abandono das crianças à sua sorte atravessou civilizações. A igreja encarregou-se então da assistência dos “desprotegidos” e dos “enjeitados”, e é desse tempo a publicação da carta régia em 1543, que conferia à Santa Casa da Misericórdia de Lisboa a função de recolher e criar os “expostos” ou “enjeitados”.

Como narra BOAVENTURA SANTOS⁴⁷¹,

A adoção só viria a ressurgir no século XIX no período de Napoleão com o advento da Revolução Francesa, como um verdadeiro direito e passando a estar codificada e a defender os interesses do adoptado e as suas necessidades de afecto, o que constituía uma verdadeira novidade. Foi Roosevelt, 26º presidente dos EUA, quem, em 1909, convocou uma conferência em torno do problema de crianças abandonadas. Aí, entre muitos protestos, ficou decidido um processo adoptivo muito mais próximo daquele que hoje conhecemos, contudo só muito mais tarde, em meados do século XX, é que esta visão foi alargada à Europa e ao resto do mundo. Este novo modelo de adoção conheceu o seu grande desenvolvimento entre o período das grandes guerras mundiais, como resultado do grande número de crianças que ficaram órfãs. Contudo, só no século XX, é que a adoção conhece uma profunda alteração no seu regime,

⁴⁶⁸ Cfr. COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais, p. 444.; SANTOS, Boaventura de Sousa - Estudo do observatório da justiça: - uma reforma da justiça civil em avaliação, a adoção: os bloqueios de um processo administrativo e jurídico complexo, p. 2-440.

⁴⁶⁹ Os senhores nobres, quando não tinham um filho varão que desse continuidade às suas linhas, adoptavam crianças que lhes pudessem suceder. Alguns Imperadores, como César Augusto e Trajano foram até adoptados!

⁴⁷⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa - Estudo do observatório da justiça: - uma reforma da justiça civil em avaliação, a adoção: os bloqueios de um processo administrativo jurídico e complexo.

⁴⁷¹ SANTOS, Boaventura de Sousa - Estudo do observatório da justiça: - uma reforma da justiça civil em avaliação, a adoção: os bloqueios de um processo administrativo e jurídico complexo, p. 2-440.

centrando-se agora no interesse exclusivo da criança, dar uma família a uma criança e não a criança a uma família.

8.1.2. BREVE REFERÊNCIA HISTÓRICA DO INSTITUTO DA ADOPÇÃO EM PORTUGAL

Como ensina GUILHERME BRAGA DA CRUZ, “o instituto da Adopção em Portugal⁴⁷² remonta às Ordenações Afonsinas com a designação de perfilhação, com intuitos meramente sucessórios”, mas como narra MARTA COSTA⁴⁷³, a adopção, enquanto “instituto jurídico é um fenómeno recente no direito civil português, remontando ao Código Civil de 1966⁴⁷⁴, por influência do Código Napoleónico, pois o Código de Seabra não contemplava o instituto da adopção em virtude do seu autor, Visconde Seabra, o considerar uma imitação dos verdadeiros laços de adopção, considerando mesmo que tal instituto era uma verdadeira aberração⁴⁷⁵ .⁴⁷⁶

Aquando o seu surgimento, o instituto da adopção surgiu com o intuito de proteger as crianças desprotegidas, no fundo para dar respostas às situações de orfandade, estando o seu regime sujeito a apertadas regras pela imposição de vários requisitos.

Conforme, PEREIRA COELHO E GUILHERME DE OLIVEIRA, até à reforma de 1977, a adopção era de aplicação restrita, sendo a adopção plena escassa e praticamente inexistente, com aprovação do Decreto-Lei 496/77, de 25 de Novembro, “assistiu-se a uma valorização do instituto e flexibilização das condições ao seu acesso⁴⁷⁷ .

O objectivo da reforma, por força das exigências constitucionais foi largamente alcançado, isto é, o aumento da adopção. Com a reforma Constitucional de 1982, a adopção passou a ter garantia constitucional no seu artigo 36.º, n.º 7. Até 1993, com a publicação do Decreto-lei 274/80, de 13 de Agosto, não se verificaram alterações significativas, diploma no qual o legislador veio a acentuar que o interesse da criança

⁴⁷² Para um estudo mais aprofundado sobre a história da adopção em Portugal vide CRUZ, Guilherme Braga da - Obras esparsas Volume I e II- Estudos de história do direito Antigo - 1ª/2ª Parte, Capitulo - Algumas considerações sobre o “perfilhação”, Biblioteca Geral da Universidade de Coimbra, Vo. I 1979, e V. II, p. 2-705 e ainda COSTA, Almeida - A adopção na historia do direito português e nos temas de historia do direito, p. 271.

⁴⁷³ COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais, p. 444.

⁴⁷⁴ Aprovado pelo Decreto-Lei 47 344, de 25 de Novembro, passando a adopção a constituir fonte de relações jurídicas familiares.

⁴⁷⁵ COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais, p. 444.

⁴⁷⁶ Para um estudo detalhado do regime da adopção, veja-se COELHO, Francisco PEREIRA; OLIVEIRA, Guilherme de - Curso de direito da família. V.II, Tomo I. estabelecimento da filiação adopção.

⁴⁷⁷ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de - Curso de direito da família. V.II, Tomo I. estabelecimento da filiação adopção, p. 262.

era o prevalecente em todo o processo da adopção⁴⁷⁸, tendo-se verificado uma diminuição dos requisitos na figura da adopção plena.

Segundo os citados autores, PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA⁴⁷⁹,

Em 1985, Portugal viria acolher a resolução n.º 41/85, isto é, os princípios e orientações aí constantes em matéria relativa ao bem estar e protecção de crianças, e em 1990 por Decreto do Presidente da República n.º 7/90 de 20 de Fevereiro, Portugal viria a ratificar a Convenção Europeia em Matéria de Adopção de Crianças, no mesmo ano e ainda por Decreto Presidencial n.º 49/90⁴⁸⁰, foi ainda ratificada a Convenção das Nações Unidas Sobre os Direitos das Crianças, assinada em Nova Iorque. Em 1993, assistiu-se a uma tímida alteração legal com vista à simplificação da constituição do vínculo da adopção, através da publicação do Decreto-Lei 153/92 de 23 de Julho. Contudo a reforma mais substancial só viria a ocorrer em 1993 e mais tarde em 2003.

Em 1993, a adopção conheceu um novo impulso com reforma operada pelo Decreto-Lei 185/93 de 22 de Maio, no qual a adopção veio a ser considerada “um segundo nascimento do homem”, onde o legislador renovou os instrumentos susceptíveis de dignificar a criança, através de alterações essencialmente adjectivas e algumas de carácter substantivo, como reflexo da adesão à Convenção Europeia, já referida. Como inovador reconhece-se a criação do instituto de confiança do menor, alterando ainda algumas regras relativas ao consentimento e à identidade, os requisitos da adopção plena foram também flexibilizados, e diminui-se para quatro anos o tempo de duração do casamento e de 30 anos a idade mínima para adopção, tudo com o escopo de criar um vínculo idêntico ao da filiação⁴⁸¹. Ao nível do Direito Internacional, importa referir que em 29 de Maio de 1993 seria assinada em Haia a Convenção sobre a Protecção de Menores e Cooperação Internacional em matéria da Adopção, que viria assumir grande importância no discurso público e nas decisões e soluções jurídicas sobre a adopção, assim e aquando a IV Revisão Constitucional, o Legislador Constitucional viria a sublinhar que a adopção seria regulada nos termos da lei «devendo estabelecer formas céleres para a sua constituição.

Como observa BOAVENTURA SANTOS⁴⁸²,

Mais tarde, veio a ser instituído o Programa Adopção 2000, que assentava na reforma da legislação sobre a adopção com o claro intuito de proceder a alteração do serviços de estruturação da Segurança Social, de forma a promover a adopção, à luz do dever do Estado enquanto garante dos direitos da criança numa lógica de responsabilização da comunidade perante a criança. Assim, nasceu a reforma de 1998, operada pelo Decreto-Lei 120/98, de 8 de Maio, que viria a reorganizar todo o processo de adopção, tendo sido objecto de especial atenção ao reforço do segredo da identidade do nubente

⁴⁷⁸ Cfr. Art.º 1973.º, n.º 2 do CC e art.º 163.º da OTM.

⁴⁷⁹ COELHO, Francisco PEREIRA; OLIVEIRA, Guilherme de - Curso de direito da família. V.II, Tomo I. estabelecimento da filiação adopção, p. 262.

⁴⁸⁰ A Convenção proíbe no seu artigo 12.º, nº 2, a exclusão da adopção às pessoas com filhos legítimos, ao estabelecer expressamente que a lei não pode proibir uma pessoa de adoptar um menor pelo facto de ter ou poder vir a ter um filho.

⁴⁸¹ Cfr. Preambulo Decreto-lei 185/93 de 22 de Maio.

⁴⁸² SANTOS, Boaventura de Sousa - Estudo do observatório da justiça: - uma reforma da justiça civil em avaliação, a adopção: os bloqueios de um processo administrativo e jurídico complexo.

adoptado plenamente, tendo ainda sido estabelecida a possibilidade da pessoa com idade inferior a 60 anos adoptar menor que com ele já convivesse, alargou-se assim a possibilidade do consentimento prévio a outros familiares ou tutor a quem a criança estivesse confiada. Contudo, a grande inovação trazida pelo decreto-lei seria a possibilidade das instituições de solidariedade social poderem intervir junto da segurança social nos processos de adopção, tudo com vista à facilitação de processos de adopção e para que fosse dada ao menor uma maior estabilidade na nova relação familiar constituída.

Em 1999 foi introduzida no ordenamento jurídico português a possibilidade da adopção plena por parte de casais heterossexuais unidos de facto há mais de dois anos, dada pela primeira vez pela Lei 135/99, de 28 de Agosto⁴⁸³.

A última reforma viria a ocorrer em 2003, com a publicação da Lei n.º 31/2003, de 22 de Agosto, que veio estabelecer um conjunto de medidas visando tornar mais célere a constituição da adopção, agilizando os procedimentos legais e reforçando que a adopção visa realizar os interesses superiores da criança e é nesse o seu critério fundamental para a sua constituição. Ao nível da confiança judicial com vista à adopção reformulou-se os seus pressupostos, reforçando-se os princípios de que o que está em causa é essencialmente a qualidade e a continuidade dos vínculos afectivos próprios da filiação.

Com a nova lei desenvolveu-se a noção de “menor em perigo”, elevou-se para 60 anos, e bem a nosso ver, a idade máxima do candidato à adopção, eliminou-se a possibilidade dos pais biológicos poderem revogar o consentimento prestado de modo a evitar que o processo de adopção continuasse a aguardar o período de dois anos, verificou-se ainda a redução de alguns prazos no âmbito da intervenção e de acompanhamento por parte dos serviços da segurança social, encurtou-se de 12 meses para 6 meses o período de pré-adopção, criaram-se mecanismos, nomeadamente a obrigatoriedade de listas nacionais de candidatos seleccionados, bem como de crianças em situação de adoptabilidade, por forma a aumentar as possibilidades de adopção.

Inovadora foi ainda a lei, ao estabelecer que os magistrados que vierem a ser colocados nos tribunais de família deverão ter formação regular e adequada. A nova

⁴⁸³ Crf. Artigo 3 da Lei 135/99 de 28 de Agosto.

lei⁴⁸⁴ parece ter sido um passo em frente na protecção das crianças em perigo, tal como defende MARIA CLARA SOTTOMAYOR⁴⁸⁵:

“A lei afirma expressamente que a adopção visa realizar o superior interesse da criança (...), algo que já estava subjacente ao espírito do anterior regime jurídico da adopção, mas cuja consagração expressa, nas normas do código civil, tem um importante valor simbólico susceptível de fornecer orientações concretas ao intérprete e de o vincular a uma concepção da adopção, como o instituto centrado nos interesses da criança e no seu direito a ter uma família”. Na sua opinião, também na equiparação da filiação biológica com a filiação afectiva houve uma evolução, ao centrar a análise dos laços afectivos no ponto de vista da criança e não no dos pais.

Ainda na perspectiva de CLARA SOTTOMAYOR, as novas formas de família vieram trazer uma reflexão acerca do que é o bem-estar da criança, prevalecendo nesses agregados o afecto e não os laços biológicos⁴⁸⁶.

8.1.3. O NOVO REGIME JURÍDICO DA ADOPÇÃO

Face à impossibilidade legal da adopção de crianças por candidatos “homossexuais”, reforçada pela Lei que permitiu o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e porque os modelos familiares são hoje diferentes, importa analisar se faz sentido inverter a realidade social impondo soluções jurídicas no âmbito da adopção que são hoje desconformes com as realidades afectivas existentes neste mundo em permanente mudança e com os reais interesses das crianças.

Ora a análise desta questão impõe um breve enquadramento do instituto jurídico da adopção.

O instituto da adopção nasceu da necessidade de conferir protecção à criança desprovida de um meio familiar, sendo hoje entendida como a medida ideal e privilegiada em matéria de protecção de menores e caracteriza-se como sendo o vínculo que, à semelhança da filiação natural, mas independentemente dos laços de sangue, se estabelece entre duas pessoas nos termos do disposto no artigo 1973.º do Código Civil⁴⁸⁷. Assim, como narra TOMÉ RAMIÃO, o fundamento da intervenção do Estado e da Comunidade é assegurar e viabilizar o direito fundamental de toda a

⁴⁸⁴ Lei n.º 31/2003, de 22 de Agosto.

⁴⁸⁵ SOTTOMAYOR, Maria Clara - A nova lei da adopção, p. 241-258.

⁴⁸⁶ SOTTOMAYOR, Maria Clara - A família de facto e o interesse da criança. Boletim da Ordem dos Advogados (45), 2007.

⁴⁸⁷ RAMIÃO, Tomé D'Almeida - Regime jurídico actual da adopção, p.11.

criança a desenvolver-se no seio de uma família⁴⁸⁸, e tem hoje consagração Constitucional (art.º 67.º e 37.º ambos da CRP).

8.1.4. CONSTITUIÇÃO DA ADOÇÃO

A adoção só pode ser constituída por uma decisão judicial e mediante um processo próprio ao contrário de outros sistemas jurídicos em que a mesma pode ser constituída por mera decisão administrativa. Realça-se aqui o estatuto de isenção, independência e imparcialidade de que goza o titular dos órgãos jurisdicionais.⁴⁸⁹⁴⁹⁰

8.1.5. Modalidades da Adoção: Adoção Plena e Adoção Restrita⁴⁹¹

Nos termos do artigo do Código Civil a adoção pode assumir duas modalidades, ou adoção plena ou restrita, em bom rigor, a sua modalidade varia em função da extensa dos seus efeitos.

De acordo com o artigo 1977.º e 1979.º do Código Civil, e conforme observa PEREIRA COELHO E GILHERME DE OLIVEIRA⁴⁹²,

Na adoção plena, ocorre uma integração completa do adoptando como filho de adoptante na família deste, passando a ser considerado para todos os efeitos legais como filho deste, extinguindo-se assim os laços familiares⁴⁹³ com a sua família biológica (artigo 1986º a artigo 1988º do Código Civil). Contudo, no caso de adoção por um dos cônjuges do filho do outro, mantêm-se as relações de parentesco entre o adoptando e o cônjuge do adoptante e os familiares deste (artigo 1986.º nº 2 do Código Civil).⁴⁹⁴

Todavia, os laços de parentesco com a família biológica, de sangue, mantêm-se para efeitos de matrimónio, de forma a evitar o incesto (artigos 1602º alínea a), b) e c), artigo 1603º, artigo 1604º alínea c) e 1986º nº 1, todos do Código Civil)⁴⁹⁵.

⁴⁸⁸ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de - Curso de direito da família. Vol. II. Tomo I, p. 262. Refere que uma inovação importante do Código Civil de 1966, foi o reconhecimento da adoção como fonte de relações jurídicas familiares.

⁴⁸⁹ O processo de adoção constitui um processo de jurisdição voluntária conforme dispõe o artigo 1973º do Código Civil.

⁴⁹⁰ Convenção europeia em matéria de adoção de crianças, no seu artigo 4º, permite, ainda, que a adoção seja decretada por autoridade administrativa, mas o mesmo não se aplica em Portugal.

⁴⁹¹ Previstas nos artigos 1977.º, nº 1, 1979.º e 1992.º do Código Civil.

⁴⁹² COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de - Curso de direito da família. Vol. II. Tomo I.

⁴⁹³ A este propósito veja-se art.º 10.º/1 da Convenção Europeia em Matéria de Adoção de Crianças.

⁴⁹⁴ O mesmo prevê a Convenção Europeia em Matéria de Adoção de Crianças no seu artigo 10º nº 1.

⁴⁹⁵ Impedimentos dirimentes relativos e impedientes matrimoniais.

Por outro lado, e dado o carácter estável, definitivo e plenamente integrador, e de acordo com o disposto no artigo 1989.º do Código Civil, uma vez decretada a adopção plena, como observa PEREIRA COELHO, já não é possível voltar a estabelecer a filiação natural do adoptando, nem fazer prova dessa filiação. Depois de decretada e uma vez constituído o seu vínculo, a adopção plena já não pode ser revogada, mesmo que para tal acordem o adoptando e o adoptante.⁴⁹⁶

Já na adopção restrita, e segundo o citado autor, PEREIRA COELHO⁴⁹⁷, e como resulta da lei, o adoptado não corta relações definitivas com a sua família biológica, conservando todos os efeitos e deveres em relação à mesma (artigo 1994º do Código Civil).

No mesmo âmbito, refere ainda o citado, que existem ainda limitações de natureza sucessória e no que toca à obrigação de prestação de alimentos. Isto porquanto, o adoptado, ou os seus descendentes, e os parentes do adoptante não são herdeiros legítimos ou legitimários uns dos outros, nem ficam vinculados à prestação de alimentos (artigos 1996º e 1999º do Código Civil).

Assim, nos termos do artigo 1999.º n.º 3, do código civil, na sucessão legítima o adoptado ou os seus descendentes, apenas são chamados à herança do adoptante, desde de que a este não sobrevivam cônjuge, descendentes, ascendentes, irmãos e sobrinhos.

Por outro lado a constituição do vínculo de adopção restrita, nos termos do artigo 1604º, alínea e) e artigo 1607º, ambos do Código Civil constitui impedimento impediendo obstando ao casamento, ou seja apesar de não plena, conhece ainda limitações que são comuns a ambos as modalidades.

A verdade é que, como observa PEREIRA COELHO⁴⁹⁸, “o adoptado não perde os seus apelidos”, embora o Tribunal possa, a pedido do adoptante, atribuir-lhe apelidos deste, mas nunca perdendo os primeiros (artigo 1995º do Código Civil). No que respeita a alimentos, o adoptado ou os seus descendentes, como observa PEREIRA COELHO, “só são chamados a prestá-los ao adoptante no caso de este não ter cônjuge, descendentes ou ascendentes em condições de o satisfazer”. Nos termos da

⁴⁹⁶ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de - Curso de direito da família. V. II. Tomo I, p. 271 e 272.

⁴⁹⁷ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de - Curso de direito da família. V. II. Tomo I.

⁴⁹⁸ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de - Curso de direito da família. V. II. Tomo I, p. 271 e 272.

lei, artigo 2000.º do Código Civil, o adoptante é considerado como ascendente em 1º grau para efeito de alimentos, antecedendo aos pais naturais, excepto se for o seu cônjuge o progenitor do adoptado (artigo 2000º do Código Civil).

Resta sublinhar que a adopção restrita pode ser convertida, a todo o momento, em adopção plena, tendo em conta os limites previsto no artigo 1980º nº 2 do Código Civil, e mediante o previsto no artigo 1977.º nº 2 do Código Civil. Ao contrário da adopção plena, a adopção restrita pode, a todo o tempo, ser revogada.⁴⁹⁹

8.1.6. REQUISITOS GERAIS DA ADOPÇÃO PLENA E RESTRITA

Os requisitos da adopção, independentemente da sua modalidade, são comuns e estão firmados no artigo 1974 n.º1 do Código Civil, destacando-se o facto, como observa FRANCISCO PEREIRA COELHO, ALMIRO RODRIGUES, CLARA SOTTOMAYOR⁵⁰⁰, de a lei enunciar que a adopção visa realizar o superior interesse do menor. Mas para além do superior interesse do menor⁵⁰¹, e como observa PEREIRA COELHO, para que adopção possa ser decretada é necessário que se verifiquem cumulativamente os seguintes requisitos:

Apresente reais vantagens para o adoptando (vantagens de carácter económico ou de outra natureza); que se fundamente em motivos legítimos ou justas razões; não envolva sacrifício injusto para os outros filhos do adoptante; seja razoável supor que entre o adoptante e o adoptado se estabelece um vínculo semelhante ao da filiação.

Observa ainda o citado autor, PEREIRA COELHO⁵⁰²,

que conforme dispõe ainda, o n.º 2 do artigo 1974.º do Código Civil, que é necessário que o adoptando esteja durante um período razoável de tempo sob os cuidados e encargos do adoptante de forma a averiguar a conveniência e razoabilidade deste vínculo, não fixando contudo qualquer prazo mínimo para este efeito. Prazo este que se inicia após o adoptando ser entregue ao adoptante no âmbito da confiança judicial ou administrativa ou medida de promoção e protecção de confiança a pessoa seleccionada para a adopção, é o que resulta do período de pré-adopção, nunca podendo ser superior a 6 meses, conforme dispõem os artigos 9º n.ºs. 1 e 2 e artigo 10º do Decreto-Lei nº 185/93, de 22 de Maio (com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei nº 120/98 de 8 de Maio e Lei nº 31/2003 de 22 de Agosto).

⁴⁹⁹ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de - Curso de direito da família. V. II. Tomo I, p. 306.

⁵⁰⁰ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de - Curso de direito da família. V. II. Tomo I. ; RODRIGUES, Almiro - O novo regime jurídico da adopção. ; SOTTOMAYOR, Maria Clara - Quem são os verdadeiros pais.

⁵⁰¹ COELHO, Francisco Pereira, OLIVEIRA, Guilherme de - Curso de direito da família. V. II. Tomo I, p. 271.

⁵⁰² COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de - Curso de direito da família. V. II. Tomo I.

Por outro lado, e nos termos da lei,

no caso de o adoptando ser filho do cônjuge do adoptante este prazo não deve ser superior a 3 meses, iniciando-se logo após a comunicação da vontade de adoptar ao organismo da Segurança Social, pressupondo-se aqui uma relação mais estreita entre aqueles.

A matéria de consentimento, e como observa PEREIRA COELHO⁵⁰³, “o candidato a adoptante só pode tomar o menor a seu cargo, mediante confiança administrativa”.⁵⁰⁴ Esta matéria vem prevista no artigo 1981.º do Código Civil, referido o citado PEREIRA COELHO⁵⁰⁵, que,

Sendo necessário o consentimento das seguintes pessoas: - Do adoptando maior de 12 anos, podendo este consentimento ser dispensado pelo Tribunal desde que o adoptando esteja privado do uso das suas faculdades mentais ou se, por qualquer outro motivo, houver grave dificuldade em o ouvir (artigo 1981º nº 1 alínea a) e 3, alínea a) do Código Civil); - Do cônjuge do adoptante não separado judicialmente de pessoas e bens, podendo ser dispensado pelo Tribunal nos mesmos termos do anterior (artigo 1981º alínea b) e 3 alínea a) do Código Civil); - Dos pais do adoptando, ainda que menores e não exerçam o poder paternal, excepto de tiver havido confiança judicial ou medida de promoção e protecção de confiança a pessoa ou instituição com vista a futura adopção. A falta de consentimento dos pais do adoptando quando necessária, ou a dispensa indevida desse consentimento constitui fundamento de revisão da sentença que decretou a adopção. Também neste caso o Tribunal pode dispensar o consentimento destas pessoas se estiverem privadas do uso das suas faculdades mentais ou se houver grave dificuldade em ouvi-las ou verificando-se algumas das situações previstas nas alíneas c), d) e e) do nº 1 e do nº 4 do artigo 1978º do Código Civil que permitiriam a confiança judicial (artigo 1981º nº 3 alínea b) do Código Civil).⁵⁰⁶

Assim, para que a adopção possa ser decretada, como observa PEREIRA COELHO⁵⁰⁷,

nuns casos exige-se o consentimento, noutros dispensa-se o mesmo, pelas razões já apontadas, de todo o modo esse consentimento tem que ser prestado de foram oral e

⁵⁰³ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de - Curso de direito da família. V. II. Tomo I, p. 276.

⁵⁰⁴ Jurisprudência sobre esta matéria: Acórdão da Relação do Porto de 01/07/1980 in Colectânea de Jurisprudência IV; Acórdão da Relação de Lisboa de 23/05/1984 in Colectânea de Jurisprudência III; Acórdão da Relação de Lisboa de 12/07/1984 in Colectânea de Jurisprudência IV; Acórdão da Relação de Évora de 15/11/1984 in Colectânea de Jurisprudência V; Acórdão da Relação de Lisboa de 29/01/1985 in Colectânea de Jurisprudência I; Acórdão da Relação do Porto de 06/11/1990 in Colectânea de Jurisprudência.

⁵⁰⁵ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de - Curso de direito da família. V. II. Tomo I, p. 277.

⁵⁰⁶ Sobre a necessidade de consentimento ver o artigo 5º da Convenção Europeia em Matéria de Adopção.

⁵⁰⁷ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de - Curso de direito da família. V. II. Tomo I, p.278-289.

perante o Juiz, tudo nos termos do disposto no artigo 1982º n.º 1 do Código Civil, e não pode estar sujeita a nenhum termo nem condição⁵⁰⁸. O consentimento pode ser prestado no processo de adopção, mas é também admitida a prestação do consentimento prévio, ou seja, pode ser prestado independentemente da existência de qualquer processo de adopção, a todos aqueles que o devem prestar, sem necessidade de se identificar um futuro adoptante. Neste caso é, desde logo, permitida a confiança judicial do menor com vista a futura adopção (artigo 1978º n.º 1 alínea b) do Código Civil), bem como, a confiança administrativa na sequência da comunicação feita ao organismo da Segurança Social da prestação de consentimento⁵⁰⁹.

A mãe não pode dar o seu consentimento para a adopção antes de decorridas as seis semanas após o parto (artigo 1982º n.º 3 do Código Civil). É de sublinhar, que é irrevogável a prestação do consentimento quer este seja prestado no processo de adopção quer previamente. No entanto estabelece a lei o prazo máximo de 3 anos durante o qual o consentimento se considere válido e eficaz, assim, decorrido o prazo de 3 anos, contados sobre a data em que foi prestado o consentimento, sem que o menor haja sido adoptado, confiado judicial ou administrativamente ou sem que lhe seja aplicada medida de promoção e protecção de confiança a pessoa ou instituição com vista a futura adopção o consentimento caduca.⁵¹⁰

8.1.6.1. CAPACIDADE PARA ADOPTAR

8.1.6.1.1. REGIME DA ADOPÇÃO PLENA

Como observa PEREIRA COELHO⁵¹¹, a lei refere e exige o consentimento que é um acto jurídico complexo, mas exige ainda o “assentimento”. Assim, e no que concerne à adopção plena, o artigo 1979.º do Código Civil fixa alguns limites quanto à capacidade de adoptar, quer em razão da idade (mínima e máxima) do adoptante, quer exigindo um período mínimo de estabilidade familiar.

Assim, nos termos da lei e como enumera PEREIRA COELHO,

Podem adoptar plenamente, duas pessoas (adopção plural/conjunta) casadas há mais de 4 anos e não separadas judicialmente de pessoas e bens ou de facto, desde que ambas tenham mais de 25 anos de idade, quem tiver mais de trinta anos de idade (adopção singular), quem tiver mais de 25 anos de idade (adopção singular) apenas quando o adoptando for filho do cônjuge do adoptante), duas pessoas de sexo diferente que vivam em união de facto há mais de 4 anos, desde que tendo ambas mais de 25 anos de idade. Estabeleceu-se ainda a nova lei quanto à idade máxima, a lei fixa em 60 anos a data a partir da qual não é possível adoptar, excepto do caso do

⁵⁰⁸ LIMA, Fernando Andrade Pires de; VARELA, João de Matos Antunes - Código Civil Anotado, Volume V, p. 530.

⁵⁰⁹ A prestação de consentimento pode ser requerida ao Tribunal pelas pessoas que o devem prestar, pelo Ministério Público ou pelo organismo da Segurança Social.

⁵¹⁰ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de - Curso de direito da família. V. II. Tomo I, p. 277.

⁵¹¹ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de - Curso de direito da família. V. II. Tomo I, p. 289.

adoptante ser filho do cônjuge do adoptante, única situação em que o legislador não fixou qualquer limite máximo de idade. Isto tendo em conta que a partir dos 50 anos a diferença de idade entre adoptando e adoptado não pode ser superior a 50 anos, admitindo-se excepcionalmente essa possibilidade desde que motivos ponderosos o justifiquem, nomeadamente, no caso de se tratar de uma adopção de irmãos e essa diferença de idades se verifique, apenas, em relação a um deles (artigo 1979 n.º 3 e 4 do Código Civil). Este regime de diferença de idade também não é aplicável quando o adoptado for filho do cônjuge ou companheiro do adoptante (n.º 5 do artigo 1979.º do Código Civil). Sendo o adoptante tutor ou administrador dos bens do adoptando, só pode adoptar depois da aprovação das contas da tutela ou administração de bens e saldada a respectiva responsabilidade (artigo 1976.º do Código Civil). A nossa legislação não refere o momento em que devem estar reunidos estes pressupostos no processo de adopção, mas considera-se que deverá ser no momento em que a vontade de adoptar é manifestada junto do organismo da Segurança Social, pois este procede ao estudo da sua pretensão e profere decisão positiva ou negativa quanto à adopção.⁵¹²

Assim, e como refere o citado PEREIRA COELHO⁵¹³, a adopção plena, e desde a data do decretamento da sentença, e não do nascimento, corta os laços do adoptado com a família natural, colocando-o na situação de filho do adoptante, em cuja família se integra, passando a gozar de todos os direitos que a lei lhe atribui, direito alimentos, poder paternal, direitos sucessórios, etc.

8.1.6.1.2. ADOÇÃO RESTRITA

Como já referimos anteriormente, e embora existam regras comuns nas diferentes modalidades da adopção, analisemos agora a adopção restrita prevista no art.º 1992.º e seguintes do Código Civil.

Nesta modalidade de adopção podem adoptar nos termos e para efeitos do disposto no artigo 1992.º do Código Civil, todos aqueles que tiverem entre 25 anos e 60 anos de idade à data em que o menor lhe tenha sido confiado por decisão judicial e administrativa, ou na sequência de aplicação de medida de promoção e protecção de confiança, a pessoa seleccionada para a adopção excepto tratando-se do adoptando filho do cônjuge do adoptante, caso em que não existe qualquer limite máximo de idade, regra esta também aplicável aos unidos de facto⁵¹⁴. Nota ainda FRANCISCO

⁵¹² COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de - Curso de direito da família. V. II, Tomo I, p. 306.

⁵¹³ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de - Curso de direito da família. V. II, Tomo I, p. 299.

⁵¹⁴ Cfr. Acórdão da Relação do Porto de 07/02/1995 in www.dgsi.pt; Acórdão da Relação do Porto de 23/11/1999 in www.dgsi.pt; Acórdão da Relação de Lisboa de 01/06/2000 in Colectânea de Jurisprudência III; Acórdão da Relação de Guimarães de 21/05/2003 in www.dgsi.pt e Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 14/11/2006 in www.dgsi.pt

PEREIRA⁵¹⁵ COELHO, que relativamente ao regime e requisitos da adopção restrita, “a lei limita-se a remete-la para o regime da adopção plena. Na verdade as principais diferenças acentuam-se ao nível dos efeitos de ambas”.

Como refere PEREIRA COELHO⁵¹⁶, neste tipo de modalidade “a lei remete o seu regime para o regime da adopção, contudo nesta modalidade os efeitos são mais restritos”, não adquirindo o adoptado a situação de filho do adoptante, nem se integrando com os seus descendentes.

8.1.7. CAPACIDADE RELATIVAMENTE AO ADOPTADO QUER NA ADOPÇÃO RESTRITA QUER NA ADOPÇÃO PLENA

Relativamente a esta matéria cumpre assinalar que a mesma vem regulada nos artigos 1980.º no que concerne à adopção plena, e no artigo 1993º nº 1, no que respeito diz à adopção restrita, ambos do Código Civil.

Os normativos, prescrevem quais os menores que podem ser adoptados,

Estabelecendo o respectivo limite de idade e os seus pressupostos consoante os adoptantes, assim, os menores filhos de cônjuge do adoptante (mesmo que o outro progenitor seja vivo, falecido, conhecido ou incógnito), os menores que tenham sido confiados ao adoptante mediante confiança administrativa, confiança judicial ou medida de promoção e protecção de confiança a pessoa seleccionada para adopção. Só os menores podem ser adoptados, em regra com idade inferior a 15 anos à data da entrada da petição de adopção no Tribunal, contudo o nº 2 do artigo 1980.º do Código Civil fixa algumas excepções em que o menor pode ser adoptado tendo menos de 18 anos. À luz do artigo 1975.º do Código Civil é proibida a adopção sucessiva, assim, e enquanto subsistir uma adopção não é permitida a constituição de outra, excepto se os adoptantes forem casados ou unidos de facto.

A justificação do preceito, e segundo diversos autores, entre os quais destacamos, PEREIRA COELHO, GUILHERME DE OLIVEIRA⁵¹⁷, “assenta no facto de que com a adopção se cria uma relação familiar em termos idênticos à da filiação natural em que o menor só tem um pai e uma mãe”. Mas o preceito deve ser interpretado nos devidos termos ou seja, como refere ALMEIDA RAMIÃO⁵¹⁸, “não permite uma segunda adopção enquanto subsistir a primeira”. Neste sentido, e como sublinham os citados

⁵¹⁵ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de - Curso de direito da família. V. II, Tomo I, p. 306-307.

⁵¹⁶ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de - Curso de direito da família. V. II, Tomo I, p. 307.

⁵¹⁷ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de - Curso de direito da família. V. II, Tomo I, p. 308.

⁵¹⁸ RAMIÃO, Tomé D` Almeida - A adopção regime jurídico actual.

autores, também, “o artigo 6º nº 2 da Convenção Europeia em Matéria de Adopção”, estatuidando que a lei só pode permitir uma nova adopção de um menor quando: o menor seja adoptado pelo cônjuge do adoptante; o anterior adoptante tiver falecido; a adopção anterior tiver sido anulada ou a anterior adopção tiver cessado.

Na adopção plena a identidade do adoptante não pode ser revelada aos pais biológicos do adoptando, excepto se aquele declarar expressamente que não se opõe a tal revelação.

Também a identidade dos pais biológicos do adoptando não pode ser revelada aos adoptantes, mas neste caso, tendo aqueles de declarar expressamente que se opõem a tal revelação (artigo 1985º do Código Civil). Importa ainda referir que à adopção restrita inexistente o segredo da identidade (artigo 1993 nº 1 do Código Civil). A adopção restrita pode ser, a todo o tempo, convertida em adopção plena, desde que se verifiquem todos os requisitos desta modalidade de adopção (artigo. 1977º nº 2 do Código de Processo Civil).

Por seu lado, a adopção plena é absoluta, sem efeitos retroactivos, e é definitiva, pois não pode ser revogada, mesmo com acordo entre os adoptantes e o adoptado. Isto, mesmo que a adopção se mostre inconveniente para o adoptado. Decretada a sentença que possibilita a adopção plena ou restrita, a mesma pode ser revista quando se verificarem os vícios essenciais e taxativos previstos no artigo 1990º do Código Civil. Não obstante a verificação de quaisquer desses vícios, a revisão da sentença não será decretada quando coloque em causa os interesses do adoptado, designadamente, no caso do menor não ter, por si, condições de prover do seu sustento, excepto se razões ponderosas o exigirem.

8.1.7.1. ÂMBITO E PRESSUPOSTOS DA CONFIANÇA JUDICIAL COM VISTA À FUTURA ADOPÇÃO

Apenas podem adoptar aqueles a quem o menor tenha sido entregue por confiança administrativa, confiança judicial ou medida de promoção e protecção de confiança a pessoa seleccionada para a adopção, exceptuando os casos em que o menor é filho do cônjuge do adoptante⁵¹⁹.

⁵¹⁹ Por imposição do artigo 36º nº 5 e 6 da CRP Portuguesa os pais têm o direito e dever de educação e manutenção dos filhos e destes não podem ser separados, salvo quando não cumpram os seus deveres fundamentais enquanto pais e sempre mediante decisão judicial, e ainda o artigo 69º nº 1 da CRP dispõe

A este propósito, como refere PEREIRA COELHO, GUILHERME DE OLIVEIRA e ALMEIDA RAMIÃO⁵²⁰, o artigo 1978º do Código Civil;

Enuncia de forma taxativa as situações em que o Tribunal pode ordenar a entrega do menor a outras pessoas que não os progenitores com vista a futura adopção. Importante é número dois do referido preceito, no qual expressamente se estipula que o Tribunal deve atender prioritariamente aos direitos e interesses do menor. Através de uma interpretação literal do artigo 1978.º do Código Civil poder-se-ia entender que aquelas situações provocadas involuntariamente não impediriam a confiança judicial. No entanto, essa solução poderá suscitar dúvidas quanto à sua constitucionalidade, nomeadamente por violar o disposto nos artigos 36.º nº 6 e 67.º nº 1 da Constituição da República Portuguesa, o que não é verdade pois não há uma censura ético-jurídica, quando os pais estão impedidos, de facto, de manter contacto com o filho, não sendo essa a sua vontade⁵²¹.

O nº 6 do artigo 1978.º do Código Civil dispõe ainda, as situações em que o candidato à adopção seleccionado pelos serviços competentes pode requerer a confiança judicial. Duas são porém as condições impostas, que o candidato tenha sido seleccionado para a adopção pelo organismo da Segurança Social e que o menor esteja a seu cargo, ainda no âmbito da confiança judicial, e de acordo com o disposto no artigo 1978.º nº 5 do Código Civil, têm legitimidade para requerer a confiança judicial, o Ministério Público, o organismo da Segurança Social da área de residência do menor, a pessoa a quem o menor tenha sido administrativamente confiado e o director do estabelecimento público ou a direcção da instituição particular que o tenha acolhido. O nº 6 do artigo 1978.º do Código Civil dispõe ainda, as situações em que o candidato à adopção seleccionado pelos serviços competentes pode requerer a confiança judicial. Duas são porém as condições impostas, que o candidato tenha sido seleccionado para a adopção pelo organismo da Segurança Social e que o menor esteja a seu cargo. Requerida a confiança judicial poderá o tribunal atribuir a guarda provisória ao candidato à adopção, depois de ouvido o Ministério Público e o organismo da Segurança Social da área de residência do menor.

que deve o Estado e a sociedade proteger esses menores cujos pais não cumprem os seus deveres fundamentais, visando o seu desenvolvimento integral, especialmente, contra todas as formas de abandono, de discriminação e de opressão. No mesmo sentido dispõe o artigo 19º nº 1 da Convenção sobre os Direitos da Criança.

⁵²⁰ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de - Curso de direito da família. V. II, Tomo I, p. 308; RAMIÃO, Tomé D` Almeida - A adopção regime jurídico actual.

⁵²¹ O artigo 69º nº 1 da Constituição da República Portuguesa dispõe que deve o Estado e a sociedade proteger esses menores cujo os pais não cumprem os seus deveres fundamentais, visando o seu desenvolvimento integral, especialmente, contra todas as formas de abandono, de discriminação e de opressão. No mesmo sentido dispõe o artigo 19º nº 1 da Convenção sobre os Direitos da Criança. Exemplo típico é o dos pais, considerados exemplares que, devido a um acidente de viação, pelo qual têm de ser internados, vêm o seu filho acolhido numa instituição e confiado judicialmente para futura adopção, apenas porque durante esse internamento se viram impossibilitados de manter contacto com o filho.

8.2. MEDIDA DE PROMOÇÃO E PROTECÇÃO DE CONFIANÇA À PESSOA SELECIONADA PARA ADOPÇÃO

À luz do artigo 1980.º do Código Civil, esta medida passou a ser equiparada à confiança judicial ou administrativa para que a criança possa ser adoptada, pelo facto de esta medida envolver a definição da adopção como projecto de vida para o menor, na sequência da detecção de uma situação de risco ou perigo⁵²². Aqui, como refere ALMEIDA RAMIÃO⁵²³, o conceito de “perigo” como “o risco actual ou iminente para a segurança, saúde, formação moral, educação e desenvolvimento do menor”, como alias é considerado pelo Tribunal da Relação de Coimbra, no Acórdão de 22.05.2007, e como acentua CATARINA CUNHA FERNANDES.

Aplicada esta medida, passar-se-á de imediato ao período de pré-adopção, não superior a 6 meses, e à realização do inquérito previsto no artigo 1973º do Código Civil, a realizar pelo organismo da Segurança Social, com a respectiva notificação do adoptante, após o que deverá ser instaurado o processo de adopção, sem que haja lugar a outros procedimentos preliminares. Decretada a medida de promoção e protecção do menor, os pais do menor ficam, desde logo, inibidos de exercer o poder paternal, conforme o disposto no artigo 1978.º - A do Código Civil, esta medida vigora até ser decretada a adopção, não está sujeita a revisão e os pais biológicos não podem visitar a criança. Se no momento da aplicação da medida de promoção e protecção não for conhecida pessoa seleccionada para a adopção, será aplicada a medida de confiança a instituição com vista a futura adopção e logo que conhecido candidato à adopção a criança ser-lhe-á entregue pelo organismo da Segurança Social, para quem será transferida a curadoria provisória, a requerimento desse organismo.

É de salientar, conforme observa PEREIRA COELHO,

que este instituto gera algumas dificuldades e é pouco utilizado, pois a lei exige, apenas para a sua concessão, a não posição inequívoca dos pais biológicos do menor, pelo que basta que estes, quando ouvidos, nada digam para que seja decretada. Basta pois que aqueles não manifestem de forma inequívoca o seu desagrado para que o filho possa ser confiado.

Uma vez decididas, a confiança judicial e ou a confiança administrativa ou a medida de promoção e protecção de menor, inicia-se o período de pré-adopção, em que o organismo da Segurança Social ou a Santa Casa da Misericórdia, conforme o caso,

⁵²² FERNANDES, Catarina Cunha - Adopção de crianças por candidatos homossexuais.

⁵²³ RAMIÃO, Tomé D` Almeida - A adopção regime jurídico actual.

procede ao acompanhamento da situação do menor durante um período não superior a 6 meses e à realização do inquérito previsto no artigo 1973.º n.º 2 do Código Civil. No caso do adoptando ser filho do cônjuge do adoptante o período de pré-adopção não pode exceder três meses, iniciando-se após a comunicação pelo adoptante da sua vontade de adoptar ao organismo da Segurança Social ou à Santa Casa da Misericórdia, conforme os casos. Decorrido esse período de acompanhamento estão reunidas as condições para se iniciar o processo de adopção. O relatório de inquérito elaborado por aquelas entidades assume relevante importância, pois não de ser decidido, pelo Tribunal, qualquer processo de adopção sem o mesmo. O inquérito deverá incidir sobre a personalidade, a saúde e a situação económica do adoptante, a sua vida familiar e a instalação do seu lar, a sua aptidão para educar o menor e os motivos pelos quais o adoptante deseja adoptar o menor, os motivos pelos quais no caso de só um cônjuge pedir a adopção o outro não se associa ao pedido, a adaptação mútua do menor e do adoptante e a duração do período durante o qual tenha sido confiado aos seus cuidados, a personalidade e a saúde do menor e, salvo proibição legal, os antecedentes do menor e a opinião do menor em relação à adopção proposta.

Não sendo requerida a adopção no prazo de um ano após a notificação do relatório de inquérito ou não tendo este sido elaborado no prazo devido, deverá o organismo da Segurança Social ou a Santa Casa da Misericórdia realizar nova análise das situações supra descritas. O pedido de adopção só pode ser elaborado após a notificação ao candidato à adopção do relatório de inquérito ou após o período para a sua elaboração.

8.3. Da Adopção Internacional e da Adopção de Menor Residente em Portugal por Candidato Residente no Estrangeiro

Ao nível da Adopção internacional, e no que ao regime da adopção importa, cumpre desde logo referir, como observa PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA⁵²⁴,

que com a ratificação da Convenção Relativa à Protecção Das Crianças e à Cooperação em matéria de adopção internacional feita em Haia em 29 de Maio de 1993, Portugal ficou vinculado a respeitar os princípios nela consagrados, a qual faz parte integrante do nosso ordenamento jurídico, como resulta do artigo 8.º n.º 2 da Constituição da República Portuguesa, e como já referimos no ponto anterior do presente capítulo.

Ainda a propósito, enuncia o citado autor, PEREIRA COELHO⁵²⁵,

que a referida Convenção consagrou um conjunto de princípios que devem ser respeitados e observados pelos Estados, de modo a que o interesse superior da criança seja sempre observado e respeitado, e abrangendo as situações em que crianças residentes num Estado de origem tenham sido, sejam ou venham a ser transferidas para outro Estado contratante seja após a sua adopção no Estado de origem por casal ou pessoa residente habitualmente no Estado receptor, seja com o

⁵²⁴ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de - Curso de direito da família. V. II, Tomo I, p. 325.

⁵²⁵ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de - Curso de direito da família. V. II, Tomo I, p. 326.

objectivo de ser adoptada no Estado receptor ou no Estado de origem. A convenção abrange, apenas, as adopções que estabelecem um vínculo de filiação, no caso do Estado português, a adopção plena. No que concerne ao direito material aplicável, matéria excluída da convenção será de observar as normas do direito interno de cada Estado, no caso do ordenamento jurídico português as normas de conflitos, nomeadamente os artigos 60.º e 61.º do Código Civil.

No respeitante à matéria de adopção de menor, residente em Portugal, por candidato residente no estrangeiro, e conforme narra ALMEIDA RAMIÃO,

cumpra anotar que a colocação de menor residente em Portugal no estrangeiro depende da atribuição de medida de promoção e protecção de confiança a pessoa seleccionada para a adopção ou a instituição com vista a futura adopção ou de confiança judicial do menor, depende sempre de prévia decisão judicial. A sua colocação no estrangeiro depende, ainda, de não ser viável a sua adopção em Portugal. Independentemente do menor residir em Portugal e de aqui ser viável a sua adopção, passou a ser legalmente permitida, a sua adopção desde que se mostre verificados alguns pressupostos, a saber: ter o menor a mesma nacionalidade que o candidato a adoptante; o menor seja filho do cônjuge do adoptante, seja do interesse do menor a sua adopção no estrangeiro. Já quanto à adopção por residente em Portugal de menor residente no estrangeiro, todo o candidato nestas condições deve comunicar a sua pretensão ao organismo da Segurança Social competente, que juntamente com a autoridade central de Portugal analisará a sua pretensão. Posteriormente a autoridade central de Portugal providenciará com a autoridade central do país de residência do menor para que a confiança judicial seja transferida para o candidato à adopção e, atribuída esta, serão tomadas as medidas necessárias com vista à obtenção de autorização da saída do menor do seu país de origem e da sua entrada e permanência em Portugal. Uma vez confiado e colocado o menor à guarda do candidato à adopção segue-se, em Portugal, o período de pré-adoção.⁵²⁶

8.4. A PROIBIÇÃO DA ADOÇÃO POR CASAIS DO MESMO SEXO

Após um breve enquadramento legal do regime da adopção, constatamos que para que a mesma seja decretada é necessário que se verifique algumas das situações elencadas nas diversas alíneas do n.º 1 do artigo 1978.º do Código Civil, que se consubstanciam em requisitos, e por outro lado, constatamos que o instituto da adopção assenta na preocupação de dar à criança desprovida de meio familiar uma família, que lhe dê afecto, carinho e amor, que promova a sua educação, saúde, sustento, e promova o seu desenvolvimento psíquico e afectivo, numa palavra, o seu desenvolvimento harmonioso, integral e completo. Trata-se pois de um instituto de natureza complexo e misto⁵²⁷, composto por um acto de natureza privada e um outro de natureza pública, ao qual lhe estão subjacentes interesses particulares das

⁵²⁶ RAMIÃO, TOMÉ D'ALMEIDA - A adopção regime jurídico actual, p. 84.

⁵²⁷ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de - Curso de direito da família. Vol. II, Tomo I, p.269.

pessoas envolvidas e interesses de natureza pública, mas sempre visando realizar o interesse superior da criança⁵²⁸. E aqui coloca-se a questão de saber se efectivamente é do interesse da criança que os parceiros homossexuais possam adoptar. Esta é a questão, saber se é ou não discriminatório que não o possam fazer, pois aqui estão em causa os interesses da criança.

Na verdade, os modelos familiares são hoje muito diversos e distintos, essa é a realidade. Existem hoje, famílias monoparentais, famílias recompostas e famílias compostas por parceiros homossexuais e heterossexuais. Assim, há quem defenda que não é possível afirmar que um modelo é melhor que outro, e a este propósito citamos EDUARDO SÁ, quando observa que, “uma família onde só a mãe ou só o pai desempenham uma função educativa pode ser, e é-o em muitas circunstâncias, uma família melhor que muitas ditas tradicionais...”.⁵²⁹

É inegável, como já referimos no primeiro capítulo, que as transformações ocorridas nas sociedades ao longo das últimas décadas sofreram alterações a todos os níveis, económicos, sociais e culturais⁵³⁰. Como observa PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA⁵³¹, “das famílias tradicionais alargadas evolui-se para as famílias nucleares”.

Surgiram assim, novos modelos familiares, novas formas de amar, e com elas novos modelos de famílias; as famílias heterossexuais que vivem em união de facto, as famílias monoparentais, as famílias recompostas, e as famílias constituídas por homossexuais. No mesmo sentido, observa DIOGO LEITE CAMPOS e PEREIRA COELHO⁵³²,

Estes novos modelos não são apenas fruto das transformações ocorridas na sociedade globalizada, são também fruto do direito à dignidade e à liberdade de escolha de orientação sexual, numa sociedade do “eu”, em que as pessoas querem não só amar, mas amar bem, e de acordo com o respeito pela sua dignidade e escolha, e acresce sublinhar estes modelos, não só são expressivos como tem hoje uma forte visibilidade na sociedade, e tem hoje uma aceitação generalizada numa sociedade que apesar de ainda preconceituosa, começa aceitar bem a diferença.

⁵²⁸ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de - Curso de direito da família. Vol. II, Tomo I, p. 263-264.

⁵²⁹ SÁ, EDUARDO - A família por dentro e por fora, p. 12.

⁵³⁰ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de - Curso de direito da família. Vol. II, Tomo I, p. 264. COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais, p.138.

⁵³¹ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de - Curso de direito da família, p. 104-105.

⁵³² COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de - Curso de direito da família. ; CAMPOS, Diogo Leite de - Lições de direito da família e das sucessões.

Como já anteriormente referimos, e como resulta do enquadramento jurídico do regime da adopção, a lei ao permitir a adopção singular, não excluiu que um homem ou uma mulher possam adoptar e assim constituir uma família monoparental.

Por outro lado, a possibilidade da adopção por parte dos casais que vivem em união de facto à margem do instituto jurídico do matrimónio, só foi possível com a Lei 135/99, e a Lei que veio regular as Uniões de Facto, a Lei 7/2001, de 11 de Maio, alterada pela Lei 23/2010, de 30 de Agosto, e na qual o seu art.º 7 dispõe «nos termos do actual regime de adopção, constante do livro IV, título IV, do Código Civil, é reconhecido às pessoas de sexo diferente que vivam em união de facto nos termos da presente lei o direito de adopção em condições análogas às previstas no artigo 1979.º do Código Civil, sem prejuízo das disposições legais respeitantes à adopção por pessoas não casadas», parece claro que ao restringir a adopção às pessoas de sexo diferente, o legislador quis claramente afastar e impedir a possibilidade de adopção por parte das pessoas do mesmo sexo que vivam em união de facto. E sublinhe-se, se dúvidas existissem quanto à proibição da adopção por parte de unidos de facto do mesmo sexo, ou casados, o artigo 3.º, nº 1 da Lei n.º 9/2010, de 31 de Maio, diploma que veio permitir o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, afastou quaisquer dúvidas ao expressamente consagrar a impossibilidade legal de adopção, em qualquer das modalidades, por pessoas casadas do mesmo sexo.

Aquando da análise dos requisitos de adopção, e para cuja leitura remetemos, constatamos que o legislador, quer no art.º 1974.º, nº1 do Código Civil, quer na Lei 31/2003, de 22 de Agosto, pretendeu claramente conceptualizar a adopção como um instituto centrado exclusivamente no interesse da criança. O que aliás resulta também da Convenção das Nações Unidas sobre o direito das Crianças, e da Convenção Europeia em Matéria de Adopção de Crianças, ratificadas por Portugal, como já se aludiu anteriormente. A referida conceptualização e critério resultava já do preâmbulo do Decreto-lei n.º 185/93 e no preâmbulo da nova lei da adopção e no novo instituto jurídico do apadrinhamento civil, em que a adopção está configurada como “sádio instrumento utilizado pela comunidade a favor das crianças desprotegidas” e “a despeito das modificações ocorridas na composição e na estrutura da família limitada agora àquilo a que alguém já chamou o seu “núcleo irredutível”, ela continua a ser a principal instituição socializadora das crianças, sendo nela que se opera segundo

CLARA SOTTO MAYOR e PEREIRA COELHO⁵³³, o “segundo nascimento do homem”, como diz CLARA SOTTO MAYOR, a família é, pois, “o lugar onde as relações familiares são mais densas e ricas, o lugar por excelência para a educação das crianças”. Mas como refere ainda, CLARA SOTTO MAYOR⁵³⁴,

o interesse da criança, como critério de decisão do destino de um menor é sempre o interesse concreto e actual de cada criança, pelo que os conceitos indeterminados previstos no diploma, tais como, «motivos legítimos», «sacrifício injusto», «vínculo semelhante ao da filiação», «reais vantagens», são conceitos classificatórios⁵³⁵ e por isso determináveis pela via interpretativa.

A nova Lei n.º 31/2003 de 22 de Agosto, e no projecto que lhe deu origem sublinha que “a adopção é uma alternativa à filiação natural, cujos efeitos se aproximam tanto quanto possível dos desta. Destina-se a encontrar uma família e, nomeadamente, uns pais, para as crianças que não tiveram a sorte de nascer dotadas de uma família natural, onde se pudessem desenvolver harmoniosamente ou que a vieram a perder.”

A adopção visa assim, e como referem todos aos autores supra citados, realizar o superior interesse da criança, nos termos do disposto no artigo 1974.º do Código Civil e apenas será decretada quando: presente reais vantagens para o adoptando (requisito da conveniência do vínculo); baseada em motivos legítimos; não envolva sacrifício injusto para os outros filhos do adoptante; seja razoável supor que entre o adoptante e o adoptando se estabelecerá um vínculo semelhante ao da filiação⁵³⁶. Independentemente das considerações que se possam eventualmente fazer sobre qualquer um dos três primeiros requisitos, é claro, com o disposto no ponto quatro, que a adopção é válida se o vínculo estabelecido for semelhante ao da filiação biológica. Este é, aliás, o entendimento plasmado no n.º 7 do artigo 36.º da Constituição da República Portuguesa com a epígrafe “família, casamento, filiação”. Contudo, não poderemos também deixar de sublinhar que o interesse da criança e por força do artigo 68.º do CRP, tem também subjacente o interesse da família adoptante, dos pais biológicos e do próprio Estado, pois como vimos, trata-se de um instituto de natureza mista, onde confluem interesses privados mas também públicos. Ora o

⁵³³ SOTTOMAYOR, Maria Clara - A nova lei da adopção, p. 248 ; COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de - Curso de direito da família, p. 101.

⁵³⁴ SOTTOMAYOR, Maria Clara - A nova lei da adopção, p. 249.

⁵³⁵ SOTTOMAYOR, Maria Clara - A nova lei da adopção, p. 249.

⁵³⁶ O que aliás se extrai do Ac. Acórdão do TRP de 05.07.1999, in www.dgsi.pt, entre outros, onde se lê o seguinte: “I. O regime de adopção visa a protecção do interesse do adoptado, apreciado à luz do interesse geral e do interesse público II. É requisito fundamental da adopção plena o pressuposto de que entre o adoptante e o adoptado se estabelecerá um vínculo semelhante ao da filiação”.

legislador ordinário, quer na Lei 7/2001 quer na Lei n.º 9/2010, de 31 de Maio, entendeu que a um casal de homossexuais está vedada a possibilidade de adoptar, quer vivam em união de facto quer sejam casados, e seja em que modalidade for. Pelo que, e nos termos do art.º 1979.º, n.º 1 e 2 do Código Civil, podem adoptar plenamente «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» e ainda quem tiver mais de trinta anos ou, se o adoptando for filho do cônjuge do adoptante, mais de 25 anos e ainda de acordo com o art.º 1992.º, n.º 1 do Código Civil, «pode adoptar restritamente quem tiver mais de vinte cinco anos». Ora da conjugação da lei da união de facto bem como do regime da adopção, parece resultar que qualquer pessoa casada ou qualquer pessoa solteira, desde que preencha os requisitos de idade podem adoptar, segundo a modalidade que se designa da adopção singular.

Assim, conforme MARTA COSTA e DUARTE SANTOS, e teoricamente de acordo com o regime da lei da adopção, “é permitido, ainda que de forma indirecta, que qualquer pessoa singular ou qualquer membro de uma união homossexual possa adoptar, sendo certo que o outro não poderá partilhar essa adopção”⁵³⁷. Contra esta possibilidade manifestou desde logo, a Igreja, por considerar a homossexualidade como um “impulso perverso”, segundo a mesma, a sociedade contra estes comportamentos desviantes deverá ter uma postura de compreensão, mas em simultâneo de desaprovação⁵³⁸.

Contudo, crê-se que tal possibilidade, isto é, a adopção singular por parte de um solteiro com orientação homossexual ou parceiro homossexual que viva em união de facto, não é possível face à nova lei que permitiu o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Senão veja-se, por um lado, e como oportunamente referimos aquando do enquadramento do regime da adopção, o processo de adopção é precedido de um conjunto burocrático de várias fases, entre as quais se destaca a fase de inquérito, na qual os organismos competentes e através dos seus técnicos estão incumbidos de seleccionar os candidatos, sob a égide do interesse da criança, a fim de apurar das

⁵³⁷ COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais. SANTOS, Duarte - Mudam-se os tempos mudam-se os casamentos?, p. 391-392.

⁵³⁸ Posição defendida pelo cónego Eduardo Melo, num debate sobre a homossexualidade e os direitos dos homossexuais que decorreu na Universidade do Minho.

“reais” capacidades dos candidatos a adoptantes. No fundo, trata-se de um prévio estudo que incidirá sobre a personalidade, saúde, idoneidade do candidato para criar o menor, da sua situação familiar e económica, bem como, das razões que o levam a querer adoptar. Certamente que no âmbito desse estudo de idoneidade serão também apuradas as orientações sexuais dos candidatos, e, das duas uma; ou os candidatos conseguem subtilmente omitir a sua orientação sexual, conseguindo assim adoptar, ou; não o conseguindo, os técnicos ao apurarem a sua orientação homossexual, irão seguramente excluir tal candidato. Ou então, o candidato aquando do processo de adopção, efectivamente, pode não ter essa orientação sexual, mas poderá vir a tê-la no futuro, e nessas circunstâncias não haverá impossibilidade de adoptar. Nessas situações, paradoxalmente o candidato e futuro adoptante, e de acordo com a lei poderá ao momento reunir os requisitos para que a adopção seja decretada, e no futuro após o decretamento da adopção e ao mudar a sua orientação sexual, já a mesma não seria decretada, seria então revogada, revista? Então e o interesse superior da criança? Na verdade, avaliar a personalidade do adoptante, a sua saúde e a sua personalidade, as suas condições económicas, transcendem em muito, como defende CARLOS PAMPLONA CORTE-REA⁵³⁹, “o interesse da criança adoptante, pondo em causa o desiderato da primazia do interesse da criança como propósito primeiro do instituto da adopção”.

Defende-se aqui a posição de PEREIRA COELHO⁵⁴⁰, entre outros, quando afirma que “a presunção de inidoneidade do homossexual ou bissexual para adoptar constitui uma discriminação em função da orientação sexual, contrária ao art.º 13.º da CRP”.

Assim, perfilhamos aqui o entendimento, segundo o qual a proibição da discriminação em função da orientação sexual e o direito à intimidade da vida privada, expressa nos artigos 13.º, n.º 2 e 26.º n.º 1 da CRP, não só proíbe que o adoptante singular seja questionado sobre a sua orientação sexual, como proíbe que alguém seja impedido de adoptar em virtude da sua orientação sexual.

Contudo e a nossa ver, o legislador ordinário com a nova lei do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, quis claramente abranger ou fazer estender tal proibição à adopção singular por parte de homossexuais, vedando assim a possibilidade da homoparentalidade. Na verdade, a nova lei alterou a noção de casamento, contemplada no artigo 1577.º do Código Civil, mas não as disposições referentes à

⁵³⁹ CORTE-REAL, Carlos Pamplona - Direito da família tópicos para uma reflexão crítica.

⁵⁴⁰ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de - Curso de direito da família, p. 269.

adopção porquanto está expresso no seu artigo 3.º com a epígrafe “adopção” que, passo a citar:

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

Querendo assim claramente afastar a possibilidade de adopção por parte de qualquer homossexual.

Face a estas considerações, defendemos a posição de DUARTE SANTOS, quando afirma que “o sistema jurídico é anacrónico”⁵⁴¹; pois se por um lado não permite a adopção por membros de uma união de facto homossexual, por outro e pelo menos em teoria é possível adopção singular por parte de homossexuais. Cremos sim, que o sistema para além de anacrónico é paradoxal, pois se por um lado permite o casamento entre pessoas do mesmo sexo, aceitando alterar a conceptualização do instituto do matrimónio, como imposição do princípio da igualdade e da proibição de discriminação, por outro, impede os homossexuais e em função da sua orientação sexual de constituírem família, numa clara violação do estipulado nos artigos 37/1º e 36.º da CRP. Tal anacronismo reflecte-se ainda no facto da lei negar também à criança o direito a ter família, contradizendo assim o próprio princípio fundamental que norteia o regime da adopção, isto é, o «interesse da criança» em ser-lhe atribuída uma família.

Ora existe na ordem jurídica portuguesa um direito a adoptar, e tal resulta da conjugação do art.º 36.º da CRP e do 1576.º do Código Civil, e reproduzindo aqui as palavras de MARTA COSTA⁵⁴²,

concebemos que o direito a adoptar reconhecido a todos os cidadãos em condições de plena igualdade, possa sofrer restrições, desde que as mesmas se encontrem de acordo com o art.º 18 da CRP, o qual estabelece os parâmetros de verificação necessária para a restrição dos direitos fundamentais.

Mas por outro lado entendemos que o Estado como garante da protecção da criança e da promoção dos direitos e da protecção familiar, nega esses mesmos direitos.

Neste sentido, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem teve ocasião de afirmar recentemente a propósito da recusa das autoridades de um Estado-Membro em aceitar a candidatura de um homossexual a um processo de adopção singular em

⁵⁴¹ SANTOS, Duarte - Mudam-se os tempos, mudam-se os casamentos. p.399.

⁵⁴² COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio na perspectiva da harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais.

função da sua orientação sexual, constitui uma discriminação em função da orientação sexual não compatível com o artigo 14.º da CEDH⁵⁴³.

Cumpra ainda aqui referir o caso Salgueiro da Silva Mouta no qual o Tribunal da Relação de Lisboa⁵⁴⁴ retirou a um pai homossexual a guarda da sua filha, que lhe havia sido confiada pelo Tribunal de Família e Menores de Lisboa, porquanto considerar:

que não é um ambiente desta natureza (relação homossexual o mais salutar e adequado ao normal desenvolvimento moral, social e mental de uma criança, designadamente dentro do modelo dominante da nossa sociedade, considerando ainda tratar-se de uma anormalidade e uma criança não deve crescer à sombra de situações anormais.

O TEDH, viria a reverter esta decisão e a condenar o Estado Português por essa mesma decisão.

Parece resultar que urge atingir um justo equilíbrio nas opções legislativas, e que ainda não foi alcançado provocando a nosso ver um claro prejuízo na efectivação do interesse da criança. Tal falta de equilíbrio legislativo deve-se em grande parte, à natureza heteronormativa do sistema jurídico, e por outro lado, ao legislador ordinário que se mantém tradicionalmente conservador e arreigado a preconceitos de ordem religiosa e moral, ficando aquém das próprias transformações ocorridas na sociedade global, não compreendendo que os institutos jurídicos não são nem podem ser estáticos e imutáveis.

Este desequilíbrio, tenderá a ser mais chocante e visível, se pensarmos na hipótese não pouco provável, face ao mundo globalizado em que vivemos, de um par de homossexuais num país da Europa, como na Holanda, em Espanha, Inglaterra na Suécia, entre outros como já referimos no capítulo do Direito Comparado, poder constituir uma família homoparental, e, caso venham a residir em Portugal, só um dos membros do casal poderá exercer a parentalidade. Ou imaginemos uma situação pós divórcio, em que um dos progenitores assume a sua homossexualidade, então esse será impedido de exercer a sua parentalidade, estas e outras hipóteses, não são assim tão remotas quanto isso, e têm consequências gravosas pois criam ou podem criar situações jurídicas não reguladas isto é que escapam ao direito.

⁵⁴³ Cfr. Caso E.B. v França, Acórdão de 22 de Janeiro de 2008.

⁵⁴⁴ Cfr. Acórdão do TRL de 01 de Setembro de 1996.

Ora tais direitos fundamentais, nomeadamente o direito a constituir família, como defende MARTA COSTA, “só podem ser restringidos pelo legislador ordinário, na medida em que forem rigorosamente observados os pressupostos do art.º 18.º da CRP”, intitulado «força jurídica», assim e nessa medida apenas poderão ser restringidos direito que se mostrem necessários à salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos⁵⁴⁵, ora é aqui o que se questiona é saber se o direito dos homossexuais a adoptar poderá ser restringido pelo interesse da criança.

Se a adopção tem por primazia dar resposta ao interesse da criança, questiona-se, não será do interesse da criança ter uma família onde possa ser amada? No entender de CLARA SOTTOMAYOR, “as crianças que não são desejadas estariam melhor no seio de uma família homossexual, com casais homossexuais que reunissem as condições exigidas pela lei”⁵⁴⁶. Vários estudos têm sido efectuados ao longo das últimas décadas, e apoiado muitas das posições de diversos defensores da adopção por parte de homossexuais, entre os quais destacamos aqui, os estudos e pareceres emitidos pelo American Academy of Pediatrics, que emitiu Child Welfare League of America, o instituto Evan B. Donaldson Adoption Institute, American Medical Association; National Association of Social Workers; American Psychoanalytic Association; American Academy of Child and Adolescent Psychiatry ;American Academy of Pediatrics ;American Psychiatry Association; North American Council on Adoptable Children’s⁵⁴⁷, todos eles favoráveis à adopção por parte de homossexuais, sendo que referimos apenas aqui, aqueles que nos parecem mais relevantes.

Assim, o Instituto de Adopção Evan B. Donaldson, em Setembro de 2008, publicou o relatório “institucionalizadas,⁵⁴⁸ cuja leitura do seu sumário executivo, resulta um conjunto de recomendações para a alteração de leis estaduais tendo em vista aumentar o leque de potenciais famílias adoptivas de crianças em instituições e mudar as práticas de agências, para que estas se tornem mais acolhedoras para candidatos homossexuais. Este relatório baseia-se no documento de 2006 sobre políticas e perspectivas de práticas do Instituto, e no qual se defende adopção por homossexuais.

⁵⁴⁵ COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais, p.486

⁵⁴⁶ SOTTOMAYOR, Maria Clara - A nova lei da adopção.

⁵⁴⁷ O Instituto Adopção Evan B. Donaldson nasceu formalmente em 1996, e é uma organização norte-americana sem fins lucrativos cujo trabalho se centra no desenvolvimento de práticas e políticas de adopção. A sua missão é promover melhores leis, políticas e práticas de adopção através da pesquisa científica, educação e formação de forma a melhorar a vida de todas as pessoas envolvidas em processos de adopção

⁵⁴⁸ Evan B. Donaldson – [Em linha][Consultado em Agosto de 2012]. Disponível em <http://familias.ilga-portugal.pt/posicao-oficial-child-welfare-league-of-america>

Também A Child Welfare League of America⁵⁴⁹, (CWLA) defende que mães lésbicas, pais *gays*, e pais e mães bissexuais têm tantas capacidades de educar crianças como os seus homólogos heterossexuais, concluindo que qualquer tentativa de impedir os indivíduos ou casais *gays*, lésbicas e bissexuais de viverem a parentalidade, apenas com base na sua orientação sexual, não vai ao encontro do superior interesse das crianças. É de notar, que também a *American Psychological Association*, em 1995, numa pesquisa efectuada e na qual se comparavam os pais homossexuais aos pais heterossexuais, e os filhos de pais homossexuais aos filhos de pais heterossexuais, conclui que os estereótipos negativos mais comuns não são sustentados (Patterson, 1995). Da mesma forma, crenças sobre os adultos *gays* ou lésbicas serem pais desadequados não têm qualquer fundamentação empírica, sublinhando que as evidências científicas demonstram que as crianças que crescem com um ou ambos os pais *gays* ou lésbicas funcionam tão bem a nível emocional, cognitivo, social e sexual como as crianças cujos pais são heterossexuais, às mesmas conclusões chegou um estudo realizado em 2001 pelo Perrin, 2001.

Igualmente o *Committee on Psychosocial Aspects of Child and Family Health*, em 2002, através de inquérito efectuado pelo *National Health and Social Life Survey* concluiu que a heterossexualidade predominante, o preconceito sexual, a homofobia e a estigmatização daí resultante pode levar a provocações, designadamente ao *bullying* e ao constrangimento das crianças por causa da orientação sexual dos seus pais ou da sua estrutura familiar, restringindo a sua capacidade para formar e manter relações de amizade. Apesar disso, as crianças parecem sair-se bem com os desafios de dar a compreender a sua realidade familiar aos seus pares e professores. De todos estes estudos realizados por institutos dos E.U.A⁵⁵⁰, efectuados ao longo de várias décadas, demonstraram persuasivamente que não existem diferenças sistemáticas entre pais homossexuais e pais heterossexuais na saúde emocional, de facto, até ao momento, os dados sugerem que os ambientes domésticos proporcionados por pais *gays* ou

⁵⁴⁹ A Liga Americana de Protecção à Criança é uma federação de centenas de agências privadas e públicas que defendem as crianças e famílias vulneráveis desde 1920. A sua acção, liderança, conhecimentos, inovação em políticas, programas e práticas têm ajudado a melhorar as vidas de milhões de crianças em todos os estados dos EUA.

⁵⁵⁰ Conforme os resultados dos censos norte-americanos do ano 2000 (2000 U.S. Census), existiam aproximadamente 600.000 casais do mesmo sexo nos E.U.A. (Simmons & O'Connell, 2003). Mais de 30% destes casais têm pelo menos um filho, e mais de metade desses 30% têm dois ou mais filhos. Portanto, os casais com pais do mesmo sexo estão a educar pelo menos 200.000 crianças – possivelmente mais de 400.000 – nos E.U.A. (estes números não incluem pais *gays* ou mães lésbicas solteiras.

mães lésbicas apoiam e possibilitam o crescimento psicossocial das crianças, tal como os proporcionados por pais heterossexuais.

É de notar que no plano europeu⁵⁵¹, a investigação nesta área é coincidente com a investigação norte-americana e ao nível nacional, vários estudos têm sido também efectuados, dos quais destacamos aqui o estudo levado a cabo pela Faculdade de Psicologia e de Ciências da Educação da Universidade do Porto, também este coincidente com a posição norte americana, e ainda no campo da antropologia, não podemos esquecer e referir o trabalho continuado de Miguel Vale de Almeida⁵⁵² acerca da parentalidade social e, nomeadamente, da homoparentalidade.

O mesmo se diga relativamente a estudos efectuados no seio da Espanha, Holanda, Reino Unido e Brasil, onde do contributo em diversas áreas científicas, têm resultado os mesmos consensos, no sentido de concluírem que está cientificamente comprovado que não existem diferenças sistemáticas entre o exercício da parentalidade por casais de pessoas do mesmo sexo ou de sexo diferente, sublinhando que a impossibilidade legal de os casais de pessoas do mesmo sexo poderem adoptar constitui uma diferença de tratamento face aos casais heterossexuais, a qual radica numa diferença de tratamento com base na orientação sexual que, por sua vez, constitui uma discriminação injustificada, e face à nossa lei nacional uma verdadeira violação ao disposto nos artigos 13.º e 36.º da Constituição, prejudicando direitos fundamentais de crianças e pondo em causa o verdadeiro interesse da criança.

A adopção por casais do mesmo sexo é hoje permitida em 11 países da Europa, como a Holanda e a Suécia⁵⁵³, primeiros países a legalizar a adopção por casais homossexuais, Andorra, Bélgica, Noruega, Dinamarca, Islândia, a Inglaterra, o País de Gales e a Escócia, sendo a co-adopção aqui permitida, designadamente na Alemanha e a Finlândia. Além destes países, a vizinha Espanha procedeu, desde 3 de Julho de 2005, à permissão deste direito ao generalizar os requisitos e efeitos de todos os casamentos, em Portugal ainda não é permitida, muito embora recentemente tenham

⁵⁵¹ Cfr. Relatório elaborado na conferência “Famílias no Plural”, que decorreu no ISCTE em Outubro de 2011, e pode ser consultado no site da ILGA.

⁵⁵² ALMEIDA, Miguel Vale de - Homoparentalidade.

⁵⁵³ Vide estudo efectuado no capítulo do Direito Comparado.

sido apresentados vários projectos leis na Assembleia da República, ainda que sem sucesso, como veremos seguidamente.⁵⁵⁴

8.5. A FIGURA DO APADRINHAMENTO CIVIL E A SUA INAPLICABILIDADE AOS CASAIS DO MESMO SEXO

A Lei n.º 103/2009, de 11 de Setembro, em vigor a partir de Outubro de 2010, e regulamentada pelo Decreto-lei n.º 121/2010, de 27 de Outubro, veio introduzir no nosso ordenamento jurídico uma nova figura jurídica, denominada de apadrinhamento civil⁵⁵⁵⁵⁵⁶. Este novo instituto jurídico, que teve por finalidade primordial a diminuição da institucionalização das crianças através da constituição de uma relação para familiar tendencialmente permanente, em que se constitui um vínculo afectivo e jurídico entre uma criança ou jovem e um adulto ou uma família com atribuição de responsabilidades parentais, reservando-se aos progenitores o direito de visita e dever de colaboração com os padrinhos⁵⁵⁷. Criou-se assim um instituto intermédio entre adopção restrita e a tutela, alargando-se desta forma através da nova lei os mecanismos de protecção relativa aos menores, preferencialmente em situação de perigo para a sua segurança, educação, formação e desenvolvimento, que não possam ser integradas numa família adoptiva nem regressar à família de origem, por ausência total desta ou por manifesta incapacidade. Assim, como observa GUILHERME DE OLIVEIRA⁵⁵⁸,

O apadrinhamento situa-se assim, entre a tutela e a adopção restrita, o padrinho é mais que um tutor; pois entra numa relação quase-familiar, prevendo inclusive obrigação recíproca de alimentos, e é menos do que um adoptante restrito, pois os requisitos são menos exigentes, dispensa-se o consentimento para a sua constituição, não se prevê adopção ou atribuição de apelidos, não há direitos sucessórios, sendo a sua revogação mais facilitada, mas tal como adopção, assenta também numa relação de afecto, não se pretende criar um vínculo de filiação, mas tem, tal como na adopção apresentar reais vantagens para o menor. Sendo aqui de salientar, que embora o apadrinhamento, e à luz da desinstitucionalização da criança implique um regime mais simplificado e célere do que o regime da adopção, nem por isso, o legislador foi menos exigente nos critérios de selecção dos candidatos a padrinhos, contudo e estabelecendo apenas limites mínimos para a constituição do apadrinhamento não estabelece limites máximos, pelo que é possível afirmar que o regime ao nível dos requisitos, apenas se basta em garantir patamares mínimos de maturidade àqueles que pretendem

⁵⁵⁴ Projectos - 2011 - [Consultado em Agosto de 2012]. Disponível em <http://www.ilga-portugal.pt/ficheiros/pdfs/projetoADOCAObe2011.pdf>

⁵⁵⁵ Cujá definição jurídica consta do art.º 2 da Lei N.º 103/2009, de 11 de Setembro.

⁵⁵⁶ Figura jurídica proposta e desenhada pelo Observatório Permanente da Adopção.

⁵⁵⁷ Cfr. art.º2.º, 5.º ambos da Lei 103/2009, de 11 de Setembro.

⁵⁵⁸ OLIVEIRA, Guilherme de - Regime jurídico do apadrinhamento civil.

desempenhar cabalmente o papel de substituto dos pais, mas porque não aspiram a ser pais o limite da idade não se justificaria, sendo que as responsabilidades parentais do padrinho, são temperadas ou limitadas pelo controlo judicial e pelo próprio poder paternal da família biológica, conforme resulta do artigo 7.º da Lei n.º 103/2009, de 11 de Setembro.

Exigência com a qual não poderíamos deixar de estar mais de desacordo. Isto é, como é possível permitir ou exigir o consenso por parte daqueles que não puderam ou não quiseram exercer o poder paternal? Contudo, este novo regime procura servir o interesse das crianças e dos jovens que não vão seguir o caminho da adopção através da constituição de um vínculo afectivo e emocional, que constitui o objectivo fundamental desta nova figura⁵⁵⁹.

Sendo uma lei recente, ainda não existem dados concretos sobre a sua efectivação, contudo, foi possível apurar num relatório na sequência da Reunião de Magistrados do Ministério Público da Rede de Família e Menores do Distrito Judicial de Lisboa, que teve lugar no passado dia 20 de Abril de 2012, que a sua aplicação tem sido reduzida, correspondendo-lhe uma percentagem quase inexpressiva e seguramente abaixo da expectável. Assim, tem sido recomendando por essa mesma razão medidas tendentes à promoção de tal instituto⁵⁶⁰.

A importância da família é reconhecida no preâmbulo da Convenção Sobre os Direitos da Criança⁵⁶¹.

Tal como na adopção, caberá exclusivamente ao tribunal a competência para a constituição do vínculo do apadrinhamento civil. Por outro lado, a relação de apadrinhamento uma vez constituída mantém-se para além da maioridade da criança ou jovem, constituindo assim um vínculo permanente, contrariamente ao que sucede com a tutela.⁵⁶²

⁵⁵⁹ Cfr. Resulta do art.º 20.º da Lei 103/2009 de 11 de Setembro, a não constituição desse vínculo é causa de revogação do apadrinhamento civil, conforme resulta da leitura do art.º 25.º/1 da referida lei.

⁵⁶⁰ Resumo da Lei do Apadrinhamento Civil – Procuradoria Geral da República – [Consultado em Agosto e Setembro de 2012]. Disponível em

http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/docpgd/doc_mostra_doc.php?nid=180&doc=files/doc_0180.html

⁵⁶¹ Feita em Nova Iorque em 1989, e publicada no DR, N.º 211, I Serie, de 12/09/1990 onde se lê “(...) convictos de que a família, elemento natural e fundamental da sociedade e meio natural para o crescimento e bem-estar de todos os seus membros, e em particular das crianças, deve receber a protecção e assistência necessárias para desempenhar plenamente os eu papel na comunidade: Reconhecendo que a criança, para o desenvolvimento harmoniosos da sua personalidade, deve crescer num ambiente familiar, em clima de felicidade, amor e compreensão (...)”

⁵⁶² Cfr. art.ºs 24.º, 25.º, 18.º e 13.º todos da Lei n.º 103/2009 de 11 de Setembro, e art.º 1961.º do Código Civil.

Mas é também questão central saber se este novo instituto pode ser constituído por homossexuais e ou por casais homossexuais. Da leitura da lei, como refere GUILHERME DE OLIVEIRA⁵⁶³, “parece resultar que o legislador configurou o regime exclusivamente às famílias heterossexuais”. Efectivamente, e como explica o citado autor,

muito embora a lei seja omissa quanto ao conceito de “família” prescrito no art.º 2.º da Lei do apadrinhamento, não especificando nem privilegiando qualquer tipo de modelo familiar, parece ser evidente que nele só cabem pessoas singulares heterossexuais, ou pessoas casadas ou unidas de facto, mas de sexo oposto. Vejamos cada uma das hipóteses. De acordo com o artigo 1.º da Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio, com as alterações que lhe foram 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 sexo, vivam em condições análogas às dos cônjuges há mais de dois anos”, ora como resulta do art.º 3.º, n.º 4 do diploma que regula a lei do apadrinhamento civil, “à habilitação dos padrinhos é aplicável, com as devidas adaptações, o disposto no art.º 3.º da Lei n.º 9/2010, de 31 de Maio e no art.º 7.º da Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio”.

Ora nos termos do art.º 7.º da Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio, é reconhecido às pessoas de sexo diferente que vivam em união de facto, nos termos do referido diploma, o direito de adopção em condições análogas às previstas no art.º 1979.º do Código Civil, sem prejuízo das disposições legais respeitantes à adopção por pessoas não casadas.

Significa pois, que o apadrinhamento civil, quer plural quer singular, é permitido às pessoas de sexo diferente que vivam em união de facto. Já quanto às pessoas do mesmo sexo que vivam em união de facto ou sejam entre si casadas, tal regime não lhe é aplicável, o que equivale a dizer que não podem apadrinhar, valendo aqui as considerações supra efectuadas no ponto 7, do presente capítulo.

Efectivamente, o Decreto-Lei 121/2010, de 27 de Outubro, que veio regulamentar a Lei do Apadrinhamento civil, expressamente no n.º 4 do seu artigo 3.º, veio remeter o regime do apadrinhamento em matéria de requisitos relativos à constituição do vínculo, para as disposições do artigo 3.º da Lei n.º 9/2010, de 31 de Maio, e o art.º 7 da Lei/2001, de 11 de Maio, isto é, vedou expressamente a possibilidade de constituição do vínculo do apadrinhamento civil às pessoas do mesmo sexo, que vivam em união de facto ou sejam casadas dentre si. E não obstante, o regime de apadrinhamento ser mais simplificado que o regime da adopção, e muito embora ambos não se confundam, o legislador, claramente expressou a sua intenção no preâmbulo do diploma regulamentar, quando diz (...) que “habilitação dos padrinhos não deve ser menos exigente do que a selecção dos candidatos a adoptantes, uma

⁵⁶³ OLIVEIRA, GUILHERME DE - Regime jurídico do apadrinhamento civil.

vez que, em ambos os casos, está em causa a constituição de um vínculo afectivo e jurídico entre uma criança ou jovem e um adulto ou família, com atribuição de responsabilidades parentais”. Não restam assim dúvidas de que por estar expressamente impedida a candidatura e subsequente habilitação, a pessoas casadas do mesmo sexo ou unidas do mesmo sexo, pelo que o legislador claramente pretendeu estabelecer para o apadrinhamento civil o mesmo regime jurídico que vigora para a adopção, no que respeita à capacidade dos candidatos.

Valem aqui os mesmos argumentos enunciados relativamente à impossibilidade de adopção por parte de homossexuais. Efectivamente o regime é anacrónico pelas razões largamente expendidas, no ponto anterior.

Além do mais, o regime ainda é mais anacrónico se tivermos em conta que o regime da adopção não se confunde com o regime do apadrinhamento. Aqui, o que está em causa é a constituição de uma relação afectiva, com a consequente atribuição das relações parentais e com as limitações que já referimos, designadamente é susceptível de ser revogada⁵⁶⁴, e importa a obrigação de colaboração mútua, razão pela qual o conceito de “família” não poderia ser limitado ou reduzido, de modo a excluir a possibilidade de duas pessoas do mesmo sexo, casadas ou não, a apadrinharem uma criança ou um jovem, pois o próprio regime não lhe vedou tal possibilidade. Não se vêem assim, razões para que os organismos não pudessem habilitar candidatos independentemente da sua orientação sexual, desde que possuíssem idoneidade, até porque o artigo 14.º alínea f) da referida lei, a propósito do consentimento, parece reforçar o entendimento da possibilidade não fazendo distinção alguma. Tal entendimento parece ser ainda reforçado pelo mesmo artigo na alínea c), a propósito do consentimento dos pais, que podem sempre recusar tal apadrinhamento, logo, a escolha pressupõe o consentimento dos próprios progenitores e do próprio jovem, poderia sempre ser excluída tal possibilidade, mas na verdade e de acordo com intenção do legislador tal foi expressamente afastado no preâmbulo.

Mais uma vez o legislador, dando primazia à heterogeneidade e à luz do preconceito do “género”, contraditoriamente por um lado criou um instituto que alegadamente privilegia a prevalência das relações afectivas profundas, como forma de desinstitucionalização das crianças, procurando agilizar os mecanismos, com esta

⁵⁶⁴ Cfr. art.º 25 da Lei 103/2009, de 11 de Setembro.

medida intermédia e afastando-o do regime da adopção, e sempre à luz do interesse da criança, e por outro veda a essas mesmas crianças a plenitude de uma relação afectiva no seio de um novo modelo familiar que a própria lei não distinguiu nem privilegiou.⁵⁶⁵

⁵⁶⁵ OLIVEIRA, Guilherme de - Regime jurídico do apadrinhamento civil, p.5-91.

8.6. PERCURSO LEGISLATIVO DA ELIMINAÇÃO DA IMPOSSIBILIDADE LEGAL DE ADOPÇÃO POR CASAIS DO MESMO SEXO

Apesar de esta questão ser ainda muito recente, a verdade é que no seio da sociedade portuguesa tem-se verificado diversas movimentações tendentes ao reconhecimento da adopção por parte de pessoas homossexuais. Pelo que cumpre neste capítulo identificar as diferentes propostas de lei, as suas motivações e enunciar os diferentes argumentos, bem como, uma sumária referencia aos diferentes pareceres dos principais órgãos chamados à colação de uma matéria tão relevante quanto esta.

Com a publicação da nova Lei que veio permitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo que o tema da adopção por pessoas do mesmo sexo tem sido alvo de várias iniciativas político-legislativas e outras designadamente por parte da ILGA. Assim, iremos reproduzir aqui os projectos apresentados pelos diferentes partidos políticos com vista à eliminação da impossibilidade legal de adopção por parte de casais do mesmo sexo.

8.7. PROJECTO DE LEI DO BLOCO DE ESQUERDA

A 22 de Dezembro de 2011, o Bloco de Esquerda, apresentou na Assembleia da República o Projecto Lei n.º 126/XX/1^{a566} com vista à eliminação da impossibilidade legal de adopção por casais do mesmo sexo, constituindo assim a primeira proposta de alteração à Lei n.º 9/2010, 31 de Maio, e segunda alteração à Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio, e primeira alteração ao Decreto-Lei n.º 121/2010, de 27 de Outubro. Na exposição de motivos projecto-lei pode ler-se,

Que a adopção homoparental é um direito bloqueado, nomeadamente pelo quadro legal que permitiu o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Defendendo que é pelo fim desta discriminação e pelo superior interesse das inúmeras crianças que, em Portugal, aguardam a oportunidade de uma família que as acolha e lhes dê todos os cuidados a que têm direito, que se impõe a consagração deste direito na legislação nacional. Afirmam ainda nas suas motivações que cada criança tem o direito a ser adoptada por quem lhe der as melhores condições, alegando ainda que e a orientação sexual não é um critério que possa intrometer-se no trabalho dos técnicos da Segurança Social que procedem à avaliação de candidatos e candidatas, sublinhando que neste contexto, a posição assumida em 2010 pela Associação Americana de Psiquiatria: “A Associação Americana de Psiquiatria apoia as iniciativas

⁵⁶⁶ Projecto-lei n.º 126/XX/1ª – [Consultado em Agosto e em Setembro de 2012].Disponível em <http://www.parlamento.pt/Paginas/default.aspx> visitado em Agosto de 2010.

que permitam a casais de pessoas do mesmo sexo adoptar e coeducar crianças.” Referem ainda os inúmeros estudos que têm trazido a verdade da adopção à luz do dia: são as condições garantidas às crianças para o seu crescimento harmonioso e em conformidade com a plenitude dos seus direitos que contam, independentemente da orientação sexual de quem as adopta. Neste sentido sublinham-se, entre outros, o trabalho de Nanette Gartrell, investigadora da Universidade da Califórnia, que estudou durante mais de duas décadas os filhos de mães lésbicas e cujas conclusões, publicadas na revista “*Pediatrics*”, da Academia Americana de Pediatria, revelam que os adultos de hoje não só não apresentam diferenças, ao longo do seu desenvolvimento, em relação aos filhos de famílias tradicionais, como até os superam pela positiva em indicadores psicológicos, sociais e académicos. Defendem ainda que não podem existir direitos pela metade e o avanço conseguido no âmbito do casamento só fica completo com o fim da discriminação no âmbito da parentalidade.

Consideram assim, que, em 2010, a aprovação do casamento entre pessoas do mesmo sexo introduziu uma nova discriminação para estes casais, no campo da adopção. Com efeito, a Lei n.º 9/2010, de 31 de Maio, sob a epígrafe, “Permite o Casamento Civil entre pessoas do mesmo sexo”, bloqueou expressamente o direito à adopção através do seu Artigo 3.º, que refere: “1 - As alterações introduzidas pela presente lei não implicam a admissibilidade legal da adopção, em qualquer das suas modalidades, por pessoas casadas com cônjuges do mesmo sexo; 2 – Nenhuma disposição legal em matéria de adopção pode ser interpretada em sentido contrário ao disposto no número anterior”. Sublinhando, ainda, que a disposição sobre adopção na lei do casamento foi transposta, em Novembro de 2010, para a nova lei do apadrinhamento civil, que também vedou o apadrinhamento a casais do mesmo sexo, criando mais um condicionamento inaceitável. Finalmente, a Lei da União de Facto Lei n.º 7/2001 de 11 de Maio inibe também a adopção por casais do mesmo sexo. Neste contexto, defenderam que esta iniciativa legislativa responde a todos estes bloqueios, garantindo a capacitação para a adopção, independentemente da orientação sexual dos candidatos e candidatas na base do estipulado no n.º 1 do Artigo n.º 1974 do Código Civil: “A adopção visa realizar o superior interesse da criança e será decretada quando apresente reais vantagens para o adoptando (...)”. Procuraram assim com apresentação do projecto a eliminação de todas as formas de discriminação de género, e é pelo respeito pelas crianças e pela criação de condições de adopção que garantam os seus direitos e condições de desenvolvimento harmonioso, por forma assegurar a todos e todas o direito a serem candidatos à adopção de crianças, consagrando o casamento e a união de facto entre pessoas do mesmo sexo como uma união de plenos direitos. Quanto ao conteúdo do projecto, o artigo 1.º, define o objecto do projecto-lei, isto é, a eliminação dos impedimentos legais de adopção e apadrinhamento civil por pessoas casadas ou em união de facto, com pessoas do mesmo sexo. No seu artigo 2.º, propõe a alteração do artigo 5.º da Lei n.º 9/2010, de 31 de Maio, que passaria a ter a seguinte redacção: “[...] todas as disposições legais relativas ao casamento e seus efeitos devem ser interpretadas à luz da presente lei, independentemente do género dos cônjuges.” No artigo 3.º proponham a alteração do artigo 7.º da Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio, com as alterações da Lei n.º 23/2010, de 30 de Agosto, que passaria a ter a seguinte redacção: “[...] nos termos do actual regime de adopção, constante do livro IV, título IV, do Código Civil, é reconhecido às pessoas que vivam em união de facto nos termos da presente lei o direito de adopção em condições análogas às previstas no artigo 1979.º do Código Civil, sem prejuízo das disposições legais respeitantes à adopção por pessoas não casadas”, e revogavam o artigo 3.º da

Lei n.º 9/2010, de 31 de Maio e o n.º 4 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 121/2010, de 27 de Outubro, que expressamente proíbe a adopção⁵⁶⁷.

O presente projecto, uma vez submetido à discussão e à votação viria a ser rejeitado por votos contra das várias facções políticas. Simultaneamente foi ainda apresentado na mesma data e também chumbado o projecto-lei 127/XX/1ª que visava a alteração ao Código de Registo Civil, tendo em conta a procriação medicamente assistida, a adopção e o apadrinhamento civil por casais do mesmo sexo. Esta iniciativa consagrava no Código do Registo Civil a igualdade de tratamento no registo da adopção, apadrinhamento civil e procriação medicamente assistida, quando os adoptantes, padrinhos ou um dos progenitores estejam casados ou unidos de facto com pessoas do mesmo sexo.

Com o referido projecto,

no seu artigo 1.º, definiam o seu objecto e no artigo 2.º proponham a alteração ao Código do Registo Civil, artigo 1.º aprovado pelo Decreto-Lei n.º 131/95, de 6 de junho, com as alterações posteriores, que passa a ter a seguinte redacção: “Artigo 1.º [...] 1- (...).2 - (...) e por fim o 3 - Quando, na procriação medicamente assistida, na adopção ou apadrinhamento civil, os progenitores, adoptantes ou padrinhos forem casados ou estejam em união de facto com pessoa do mesmo sexo, os assentos, averbamentos ou novos assentos de nascimento no registo civil são efectuadas de forma idêntica à prevista nas leis em vigor para casais de sexo diferente, com as devidas adaptações.”

Contudo também este projecto foi rejeitado.

8.7.1. PROJECTO DE LEI DOS PEV

O Partido Os Verdes viria em 17 de Fevereiro de 2012, apresentar o Projecto-Lei n.º 178/XII⁵⁶⁸, que visava também ele alargar as famílias com capacidade de adopção, alterando a Lei n.º 9/2010, de 31 de Maio e a Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio. Na sua nota justificativa invocaram,

ser do superior interesse das crianças ter uma família e viver num ambiente familiar estruturado, saudável e enriquecedor dos mais diversos pontos de vista. Sublinhando que em Portugal existem cerca de dez mil crianças institucionalizadas que, com percursos diferentes e por razões diversas, perderam ou foram afastadas da sua família biológica. São crianças que foram privadas de uma vivência familiar, que encontram acolhimento numa instituição que, por melhor que seja, não consegue

⁵⁶⁷ Projecto do BE publicado no DAR II série A N.º.91/XII/1 de 4 de Abril de 2012 (pp. 5-7) a sua votação foi publicado no DAR I série N.º.77/XII/1 de 25 de Fevereiro de 2012.

⁵⁶⁸ DAR II série A N.º.125/XII/1 de 22 de Fevereiro de 2012 (pp. 12-13).

substituir o “calor” e a atenção de uma família. Ter uma família é o sonho destas crianças, pelo que e no seu entender, consideraram que a única condição é que a família corresponda a uma estrutura que gere estabilidade à criança, amor e justas e valorizadoras condições de vida, concluindo ser incompreensível a razão de se restringir o conceito familiar daqueles que podem adoptar crianças em Portugal, excluindo os casais compostos por pessoas do mesmo sexo, ao contrário dos diversos países na União Europeia que permitem a adopção de crianças por casais homossexuais.

Em Portugal caminhou-se progressivamente na erradicação de discriminações absolutamente incompreensíveis de homossexuais, designadamente reconhecendo que todas as formas de constituição de família não discriminam ninguém em função da orientação sexual das pessoas, de resto como determina a Constituição da República Portuguesa. Não se compreende, por isso, que se reconheça plena igualdade do conceito familiar, independentemente do sexo das pessoas, e não se reconheça a plena consequência de se ser uma família. Alegaram ainda que a sociedade tem o direito de garantir uma boa família a todas as crianças (e boas e más famílias não dependem das orientações sexuais dos seus membros, existindo ambas em casais homo ou heterossexuais), e é às instituições que têm competências nas diversas etapas de um processo de adopção que compete decidir se determinada família tem ou não condições objectivas para garantir o que de melhor se pode oferecer para criar uma criança, competindo por isso à Lei erradicar uma restrição, hoje contida no nosso ordenamento jurídico, que afasta famílias estruturadas do direito à adopção.

No que concerne ao conteúdo do seu projecto, no seu artigo 1.º, definiam o âmbito, e proponham no seu artigo 2.º a alteração dos artigos 3.º e 5.º da Lei nº 9/2001, de 31 de Maio passam a ter a seguinte redacção: o artigo 3.º passaria a ter a seguinte redacção: “1- As alterações introduzidas pela presente lei implicam a admissibilidade legal de adopção, em qualquer das suas modalidades, por pessoas casadas com cônjuge do mesmo sexo. 2- Nenhuma disposição legal em matéria de adopção pode ser interpretada em sentido contrário ao disposto no número anterior. Sendo que o artigo 5º, passaria a ter a seguinte redacção: Todas as disposições legais relativas ao casamento e seus efeitos devem ser interpretadas à luz da presente lei, independentemente do género dos cônjuges.” Já quanto ao artigo 3.º da Lei nº 7/2001, de 11 de Maio, proponha a seguinte redacção: “Nos termos do actual regime de adopção, constante do livro IV, título IV, do Código Civil, é reconhecido às pessoas que vivam em união de facto nos termos da presente lei o direito de adopção em condições análogas às previstas no artigo 1979.º do Código Civil, sem prejuízo das disposições legais respeitantes à adopção por pessoas não casadas”.

A votação deste projecto foi publicada no DAR I série Nº.77/XII/1 de 25 de Fevereiro de 2012 (p. 44), e mais uma vez também este projecto foi rejeitado.

8.7.2. PROJECTO DE LEI DO PARTIDO SOCIALISTA RELATIVO À PROcriação Medicamente Assistida.

Ainda em matéria de não discriminação fica aqui, a menção ao Projecto do Partido Socialista, em matéria de PMA. Assim em 6 de Janeiro de 2012, também o Partido Socialista e na esteira destas iniciativas viria apresentar o Projecto-lei n.º 131/XII⁵⁶⁹, que procede à segunda alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, alterada pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, consagrando excepções à proibição de recurso à maternidade de substituição. Na exposição dos seus motivos,

O Partido Socialista, invocou que a Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, alterada pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, relativa à Procriação Medicamente Assistida, deu um passo decisivo na concretização do direito fundamental de constituir família e do direito à reprodução no quadro da infertilidade conjugal. O interesse primordial em tratar da doença da infertilidade implica que em certos casos existam excepções à proibição do recurso à maternidade de substituição. Sublinhando ainda, a existência de vários casos em que não é possível obter-se uma gravidez através do acesso às técnicas de procriação medicamente assistida, previstas na Lei n.º 32/2006 de 26 de Julho, e a última alternativa para superar a doença da infertilidade é o recurso à maternidade de substituição.

A Assembleia da República rejeitou os projectos de lei do Bloco de Esquerda (BE) sobre a eliminação da impossibilidade legal de adopção por casais do mesmo sexo, bem como, os dois projectos do BE e dos Verdes para permitir a adopção por casais homossexuais, numa votação em que a maioria dos socialistas votaram a favor e, no voto contra, apenas houve unanimidade no PCP. Os projectos foram rejeitados por toda a bancada do PCP e pela maioria dos deputados do PSD e do CDS-PP, tendo todos os deputados dos Verdes e do Bloco de Esquerda votado a favor ambos os diplomas. No PS, 38 deputados votaram a favor e 12 abstiveram-se, num total de 63 parlamentares registados no início das votações de hoje na Assembleia da República, em relação ao projecto do BE, em relação ao projecto dos Verdes, votaram a favor 39 deputados socialistas e 11 abstiveram-se. No PSD, houve 9 votos a favor e duas abstenções e no CDS houve um voto a favor e uma abstenção em relação aos dois projectos⁵⁷⁰.

⁵⁶⁹ Cfr. Publicação no DAR II série A N.º.95/XII/1 de 11 de Janeiro de 2012 (pp. 10-13).

⁵⁷⁰ HUGO Filipe Coelho - Lusa em 24 de Fevereiro de 2012, pelas 12:59 - Jornal DN.

8.7.3. DIFERENTES POSIÇÕES E PARECERES SOBRE OS PROJECTOS

Em matéria dos Pareceres⁵⁷¹ sobre os projectos supra mencionados, importa aqui referir a posição da Ordem dos Advogados, que defendeu a manutenção do impedimento legal da adopção e do apadrinhamento civil por casais do mesmo sexo, por considerar ser essa a opção legislativa mais correcta em prole dos interesses superiores da criança, defende ainda que tal opção não constitui uma discriminação, assentando na consideração de que um casal heterossexual é o mais propício ao desenvolvimento de uma criança no seio de uma família, pois as referências de um pai e uma mãe são imprescindíveis ao desenvolvimento de uma criança, o que não seria possível num casal homossexual, onde só existiriam duas mães ou dois pais.

Sublinha-se ainda aqui, o parecer da Comissão dos Assuntos Constitucionais Direitos Liberdades e Garantias, cujo relator, considerou que o impedimento legal da adopção por casais homossexuais, constitui uma restrição inconstitucional ao direito a constituir família previsto no art.º 36.º da CRP, e uma violação ao princípio da igualdade plasmado no art.º 13.º da CRP.

No que concerne ao Conselho Superior do Ministério Público, e nesta matéria, a Procuradoria emitiu parecer favorável, considerando que tais projectos constituem uma forma de por fim a uma discriminação injustificável no acesso ao regime da adopção, sublinhando que o que importa não é a orientação sexual dos candidatos, mas as reais e efectivas capacidades dos candidatos.

O Instituto Superior de Psicologia Aplicada (ISPA) defende que com base nos diversos estudos científicos, e muitos deles já desenvolvidos em Portugal, não existem diferenças que justifiquem a inadmissibilidade da adopção por parte de casais homossexuais, pelo contrário, defende que com base em diversos estudos está provado sim, que as atitudes homofóbicas e discriminatórias são prejudiciais ao desenvolvimento das crianças e atentam contra o seu interesse. Relativamente à ILGA Portugal⁵⁷², não deixou de criticar veementemente a posição da Ordem dos Advogados, e apoiando o seu parecer num conjunto de estudos efectuados por diversas associações, mais uma vez defendeu que a impossibilidade legal da adopção

⁵⁷¹ Para mais desenvolvimentos consultar Parlamento – [Consultado em Maio de 2012 e 01 de Agosto de 2012].Disponível em http://www.parlamento.pt/Paginas/XIIL1S_RP20120224.aspx ; ABOIM, Sofia - Análise Social – p. 801-825. [consultado em Agosto de 2012].Disponível em <http://www.ispa.pt/ui/uipes> p. 801-825.

⁵⁷² Pode ser consultado em www.ilga.pt no site do parlamento.

por parte de casais homossexuais, não tem qualquer justificação científica e constitui uma verdadeira discriminação e violação do princípio da igualdade.

9. REFLEXÃO CRÍTICA E CONCLUSÕES

“O Amor não conhece limites,
género ou sexo, só conhece
afectos”

Renata de Oliveira

9.1. APRECIÇÃO CRÍTICA E CONCLUSÕES SOBRE O CASAMENTO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO E A ADOÇÃO

A sociedade conheceu ao longo dos tempos, e de forma demasiado rápida, transformações e convulsões sociais que acarretaram novas “formas de amar”. Assim, ao longo dos tempos, a família foi evoluindo perdendo muito das suas funções tradicionais, esta disfuncionalização da família, como observa PEREIRA COELHO, “reforçou porém a sua intimidade⁵⁷³, do casamento “instituição” evolui-se para o casamento “relação pura”, o chamado “casamento amor”, como designa PEREIRA COELHO. O Estado e a Igreja foram perdendo as suas funções no seio da legitimação da comunhão de vida, e assim, dentro do casal “a lei é a ausência de lei”, “o amor tornou-se um assunto exclusivo dos amantes” e o casal tornou-se o “próprio legislador”.⁵⁷⁴

No entender de alguns autores, como PEREIRA COELHO, estas novas condições particulares “fizeram acrescer o enfraquecimento da união matrimonial e da família enquanto instituição, enquanto conjunto de referências externas, “dadas” à relação particular pela tradição, pela moral, pela Igreja ou pelo Direito”.⁵⁷⁵

A evolução está intimamente associada à libertação da mulher, e do seu papel no seio da família e da própria sociedade. Mas no nosso entender, e sem discordar do autor, a verdade é que a família enquanto “instituição” não está enfraquecida, mas sim renovada, os valores de hoje são diferentes mas a família continua a ocupar o papel central na sociedade, e nela se renova a cada instante. A família não está em crise, está sim em permanente mudança, e como enfatiza DIOGO LEITE CAMPOS⁵⁷⁶, o problema da família, está no centro da questão social do Século XX, e na verdade as

⁵⁷³ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de - Curso de direito da família, p. 101.

⁵⁷⁴ DONATI - Manuale di sociologia della famiglia. ; BECK-GERNSHEIM, Elisabeth - La reinvention de la familia. En busca de nuevas formas de convivencia.

⁵⁷⁵ COELHO, Francisco Pereira ; OLIVEIRA, Guilherme de - Curso de direito da família, p. 102.

⁵⁷⁶ CAMPOS, Diogo de Leite - Lições de direito da família e das sucessões.

suas funções principais mantêm-se, “o que se alterou foi a sua estrutura, que deixou de estar assente em relações de dominação, para passar a resultar da livre procura por cada um dos seus membros da sua felicidade pessoal, surgindo assim novos modelos familiares” sublinhado nosso; novas formas de amar, e com eles novos modelos de famílias - as famílias heterossexuais que vivem em união de facto, as famílias monoparentais, as famílias recompostas, e as famílias constituídas por homossexuais -, e em particular estes últimos, pois são o tema central da nossa dissertação.

Como refere NUNO DE SALTER CID⁵⁷⁷, “hoje não há família nem casamentos: há famílias e casamentos”. Estes novos modelos não são apenas fruto das transformações ocorridas na sociedade globalizada, são também fruto do direito à dignidade e à liberdade de escolha de orientação sexual, numa sociedade do “eu”, em que as pessoas querem não só amar, mas amar bem, e de acordo com o respeito pela sua dignidade e escolha. Acresce sublinhar que estes modelos, não só são expressivos, como anteriormente já referimos, como têm hoje uma forte visibilidade na sociedade, e têm hoje uma aceitação generalizada numa sociedade, que apesar de tudo ainda é preconceituosa. Verificou-se assim, como defende PEREIRA COELHO⁵⁷⁸, “um reconhecimento crescente da autonomia individual”. Todas estas matérias têm sido alvo e objecto de liberalização progressiva nos diversos países, essencialmente no Ocidente, mas a evolução ainda não terminou em todos os países⁵⁷⁹, mas é indubitável, como diz o citado autor, que se verificou uma “crescente privatização da relação íntima e da família, com rejeição progressiva de toda a legitimação externa”.

A verdade é que, e como defende o citado autor, “o casamento não perdeu atracção e a idolatria do matrimónio ou da união contínua”. As famílias hoje procuram realização no amor. Como enfatiza, DIOGO LEITE CAMPOS, “falar de família é falar de amor”. As famílias globalizaram-se e em simultâneo individualizaram-se, hoje as famílias face à sua diversidade de modelos, assumem realizações diferentes e buscam o seu reconhecimento. Estes novos modelos, vão desde as uniões de facto, à economia comum, às famílias monoparentais, às famílias recompostas, sejam elas homossexuais ou heterossexuais. Estas são hoje as realidades que se impõem neste novo século, e impõem-se ao Direito e ao preconceito. As famílias hoje, são no nosso

⁵⁷⁷ CID, Nuno de Salter - Direitos humanos e família: quando os homossexuais querem casar.

⁵⁷⁸ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de - Curso de direito da família.

⁵⁷⁹ CAMPOS, Diogo de Leite - Lições de direito da família e das sucessões.

entender, as “famílias do afecto”, desprendidas do *pater famílias*, onde a mulher conquistou o seu lugar, e onde a busca do amor é a sua tónica principal. As famílias são hoje mais individualistas, os seus parceiros procuram nela a sua realização: a felicidade através do amor. A par destas transformações, a homossexualidade foi tendo maior visibilidade, mas não menos discriminação, e a história assim o demonstrou. A homossexualidade remonta aos primórdios da civilização, e atravessou séculos, e como expressa NUNO SALTER CID⁵⁸⁰, a título de citação, quando narra que ainda hoje é um “debate aberto, escolha ou condição, ninguém sabe ao certo, mas uma coisa todos sabemos, foi perseguida ao longo dos séculos e discriminada”, mas é inegável, como historicamente já referimos, que a sua existência é tão antiga como o Mundo!

E, como defende SOFIA OLIVEIRA PAIS⁵⁸¹, “se aceitação do casamento entre homossexuais há poucos anos, podia soar a música futurista e ser juridicamente inaceitável”, hoje é uma realidade jurídica”. Contudo, esta não é uma realidade em todos os países do Mundo, mesmo na Europa, muitos são os ordenamentos jurídicos que ainda não legislam sobre a matéria e outros que não proíbem a discriminação e que constituem uma forma de discriminação e manifestam uma legislação homofóbica. A verdade é que a legislação das relações homossexuais não implica um reconhecimento de facto nem uma aceitação de facto, e a maioria das vezes é até discriminatória.

A história demonstrou que o preconceito, o racismo, a religião e outros ataques xenófobos, estiveram na origem de grandes perseguições à humanidade, tendo-se cometido em nome delas grandes atrocidades, como a perseguição nazi aos judeus, e a mortandade que a mesma causou, as perseguições ao povo romeno, que são tão pouco faladas, as perseguições às mulheres ao longo da história da humanidade, as atrocidades cometidas contra as crianças, entre muitas outras. As causas foram sempre comuns; discriminações em função de uma raça de um credo, dum género ou do status. Uma verdadeira violação à vida humana e à dignidade humana, uma herança pesada para a humanidade que a história não apagará e à qual a humanidade não se poderá furtar da sua responsabilidade. Tudo em nome do preconceito e da não-aceitação da diferença.

⁵⁸⁰ CID, Nuno de Salter - Direitos humanos e família: quando os homossexuais querem casar.

⁵⁸¹ PAIS, Sofia Oliveira / SOUSA, António Frada de - A união de facto e as uniões registadas de pessoas do mesmo sexo: uma análise de direito material e conflitual.

Mas não é preciso recuar muito no tempo, para assistir a grandes atrocidades e genocídios, que não são herança do passado, mas vivenciam-se no presente, e em pleno século XX, a guerra do Ruanda, o Apartheid na África do Sul, os acontecimentos do 11 de Setembro, os fundamentalismos muçulmanos, as perseguições políticas, os atentados diários que nos chegam pela mão da comunicação social, e que nos chocam diariamente pondo em causa todos os valores que a humanidade conquistou ao longo do tempo e cuja importância se parece ter desvanecido.

Contudo, parece-nos que as perseguições e as discriminações e os verdadeiros atentados à dignidade humana, não são pertença exclusiva de um grupo ainda minoritário, os homossexuais, transexuais e bissexuais, infelizmente são pertença de vários grupos sociais.

Mas porque é desse grupo minoritário, mas já bastante numeroso, que trata o nosso trabalho, é dele que nos ocupamos aqui, para reforçar as discriminações de que tem efectivamente sido alvo ao longo da história, e para saber que caminhos se percorreram para contrariar essa discriminação e quais os que ainda falta trilhar.

E nem se diga, que o tema é já muito debatido, ou que as discriminações são hoje casos isolados ou pontuais, pois infelizmente tal não corresponde à verdade. A luta contra as discriminações impõe-se e é ainda hoje muito actual. Presentemente ainda existem pessoas condenadas à morte por amarem alguém do mesmo sexo, parece irreal mas acontece. Muitos são ainda os Estados homofóbicos que praticam perseguições contra aqueles que amam outros do mesmo sexo⁵⁸², numa verdadeira imposição de heterogenia e numa verdadeira negação da identidade e liberdade sexual de cada.

Em pleno século XXI, e segundo um relatório da ILGA de 2010⁵⁸³, em 76 países do mundo, ainda se persegue pessoas em nome da sua orientação sexual, e dentro destes, cinco ainda condenam à morte pessoas com base na sua orientação sexual, entre os quais: Irão, Mauritânia, Arábia Saudita, Sudão e Líbano (e algumas regiões da Nigéria e da Somália). Esta atitude homofóbica representa um sexto da população humana, o que é manifestamente revelador da discriminação. Dos 76 países, trinta e

⁵⁸² Falamos aqui apenas das relações entre pessoas do mesmo sexo, por ser o tema central do nosso trabalho, excluindo assim os transexuais, bissexuais, muito embora em relação a esses tais discriminações e perseguições também existam, contudo e por limitações de âmbito e de tempo não nos é permitido efectuar tais desenvolvimentos.

⁵⁸³ Já referido no nosso trabalho.

oito, são países africanos que possuem leis criminalizadoras da homossexualidade, alguns deles com a pena de morte e muitos outros com penas de prisão muitas vezes indeterminadas. Como caso paradigmático encontramos o Uganda, com leis anti-homossexuais, e ainda o caso da condenação de um casal no Malawi que chocou a comunidade internacional. África, ocupa assim, o 4º lugar dos países que no mundo se cometem mais crimes de ódio contra os homossexuais. Contudo, a África do Sul, constitui hoje um dos países mais exemplares em matérias de direitos das relações homossexuais, que culminou com a permissão do casamento entre pessoas do mesmo sexo pela Lei de 30 de Novembro de 2006. Essa Lei teve origem no célebre caso Fourie, quando em 2004, duas lésbicas que pretendiam casar, e sendo impedidas, travaram uma longa batalha jurídica, da qual saíram vencedoras. Mas as práticas discriminatórias não se circunscrevem apenas a África, a verdade é que também na Europa, existem legislações homofóbicas, é o caso da Republica Turca do Chipre do Norte e da Polónia. Relembramos aqui a proposta de 13 de Março de 2007, anunciada pelo então Vice-Ministro da Educação Polaco, Miroslaw Orzechowski, que proibia “a promoção da homossexualidade e outros comportamentos desviantes” nas escolas polacas. O objectivo da medida é “punir com expulsão, multa ou detenção quem promover a homossexualidade ou outro comportamento sexual desviante nas escolas”⁵⁸⁴. Esta proposta de lei, viria a ser condenada pela Amnistia Internacional, que veio a considerar que a medida anti-homossexualidade do Ministro da Educação Polaco, poderá restringir o acesso dos estudantes à informação e violar a sua liberdade de expressão, e exortou as autoridades para que estas garantam o respeito pelos direitos de todos os cidadãos, proibindo qualquer acto discriminatório. Pede, em particular, que os políticos condenem e afirmem publicamente que qualquer discriminação ou violação dos direitos humanos não será tolerada. Como se consta, em plena Europa, existem comportamentos discriminatórios e homofóbicos, o que vem sublinhar que efectivamente essa cultura não é exclusiva dos povos Africanos.

Mas a título meramente informativo, podemos referenciar vários países da Europa, em que as práticas homossexuais entre adultos não são criminalizadas, entre os quais destacamos: Albânia, Andorra, Arménia, Áustria, Azerbaijão, Bélgica, Bósnia - Herzegovina, Bulgária, Croácia, Chipre, República Checa, Dinamarca, Estónia, Finlândia, França, Geórgia, Alemanha, Grécia, Hungria, Islândia, Irlanda, Itália,

⁵⁸⁴ Cfr. Informação noticiada pela Amnistia Internacional. Acesso em http://www.amnistia-internacional.pt/index.php?option=com_content&view=article&id=387:polonia-projecto-de-lei-podera-violar-os-direitos-de-professores-e-alunos-e-reforcar-a-homofobia&catid=24:noticias&Itemid=84 Setembro de 2012.

Kosovo, Letónia, Liechtenstein, Lituânia, Luxemburgo, Macedónia, Malta, Moldávia, Mónaco, Montenegro, Países Baixos, Noruega, Polónia, Portugal, Roménia, Rússia, San Marino, Sérvia, Eslováquia, Eslovénia, Espanha, Suécia, Suíça, Ucrânia, Reino Unido e Cidade do Vaticano.

Não obstante estes países não penalizarem as práticas homossexuais, nem por isso tal é sinonimo de não discriminação, pois muitos destes países não consagram quaisquer tipos de direitos aos homossexuais e em muito poucos é permitido o casamento entre pessoas do mesmo sexo, como já anteriormente referimos, apenas em 11 países da Europa dos 27 é permitido o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

A propósito dos Estados Unidos, e muito embora não constitua objecto do presente trabalho, cumpre-nos apenas deixar uma palavra. Os Estados Unidos, tem a particularidade de consagrar uma legislação não uniforme, diríamos plurilocalizada, aqui as diferenças de tratamento das relações homossexuais variam de Estado para Estado, uns consagrando direitos aos homossexuais, permitindo o casamento, e outros consagrando verdadeiras legislações discriminatórias. É ainda paradigmático o caso *Loving v. Virgínia*, em que se proibiu o casamento de um casal por ele ser de “raça branca” e ela ser de “raça negra”. Aqui, a discriminação tinha por causa a raça. Mas o caso processual que viria a dar origem à discussão da inconstitucionalidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo, seria caso *Baier v. Lewin*, no Tribunal do Havaia.

Assim no Estados Unidos, dos 50 Estados, já existem alguns onde é permitido o casamento entre pessoas do mesmo sexo, designadamente no Alasca, Alabama, Arizona, Califórnia, Arkansas, Geórgia, Hawaii, Idaho, Kansas, Kentucky, Louisiana, Michigan, Mississípi, Missouri, Montana, Nevada, Nebraska, Ohio, Oregon, South Carolina, South Dakota, Texas, Virgínia, Utah, Wisconsin, North Dakota e Tennessee. Assim, e em matéria de casamento entre pessoas do mesmo sexo e à semelhança do que ocorre com Espanha, existirão diferenças de tratamento e soluções jurídicas diametralmente opostas de Estado para Estado.

No Canadá desde de 2005 é permitido o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Não obstante estas considerações, muitos são ainda os países que consagram discriminações em função da orientação sexual. Em pleno século XXI, são mortas

pessoas em função da sua opção sexual. Não podemos deixar de lembrar que em pleno século XX, e até 1973 Associação Americana de Psiquiatria, classificava a homossexualidade como doença mental e a própria Organização Mundial de Saúde só em 1985, viria banir da sua lista de classificação de doenças, a homossexualidade.

O que manifesta claramente que a discriminação e homofobia perdurou tarde em países fora de África, ditos de países desenvolvidos e Democráticos.

É nossa convicção que a luta contra a discriminação não pode ser uma luta das minorias sexuais, deve ser uma luta da humanidade pela humanidade, semelhante à luta contra o racismo misoginia, ou qualquer outro tipo de exclusão, impõe-se a inclusão e o respeito pelo outro, o respeito pela diferença, mas, que essa diferença não importe uma desvalorização ou inferiorização.

Não podemos aceitar ou permitir que morram pessoas só pelo simples facto de amarem alguém do mesmo sexo, porque a sociedade lhes impõe um outro modelo, uma outra linguagem afectiva. “Amar” é algo de íntimo e pertence à dignidade, autonomia privada e liberdade de cada um.

Ora sendo a dignidade humana o princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, como pode um Estado tolerar discriminações? Permitti-las? E nalguns casos promove-las, como e.g. na Polónia.

A orientação sexual do ser humano não pode ser mote de preconceito e motivo de exclusão de direitos, o certo é, como narra MARTA COSTA⁵⁸⁵ “que durante muitos anos os homossexuais encontravam-se totalmente imbuídos na esfera da ilegalidade”, mas a verdade é que numa sociedade cada vez mais globalizada⁵⁸⁶ na qual o inevitável contacto com a diversidade conduz a uma necessidade, senão um imperativo indefensável à convivência pacífica, respeitar o que vemos de diferente no outro. Dir-se-ia mais do que uma imposição da convivência pacífica, é uma imposição de um Estado de Direito Democrático, o respeito pela diferença, é uma imposição do direito da igualdade e da não discriminação. A própria alteração do conceito de casamento, que se desprendeu como defende a citada autora, “da procriação”, contribuiu fortemente para a discussão do casamento entre pessoas do mesmo sexo.

⁵⁸⁵ COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: as uniões homossexuais.

⁵⁸⁶ PAIS, Sofia Oliveira; SOUSA, António Frada de - A união de facto e as uniões registadas de pessoas do mesmo sexo: uma análise de direito material e conflitual.

Nos últimos anos, os movimentos dos homossexuais têm sido no sentido não só de reivindicarem o casamento mas mais do que isso, como observa NUNO SALTER CID “os homossexuais querem ver reconhecidos os seus direitos enquanto família, face ao Direito e face à sociedade⁵⁸⁷, reclamando o direito à diferença”. E nesta luta, pelo reconhecimento à diferença, alcançaram pelo menos nalguns países, como em Portugal o direito a casar.

Contudo, e em nosso entender mais do que o direito à diferença, aquilo que os homossexuais pretendem é o direito à inclusão, querem ter os mesmos direitos que qualquer cidadão. Procuram assim igual reconhecimento das relações familiares, porque são cidadãos, são famílias, buscam protecção efectiva contra todas as formas de exclusão.

Nas ultimas décadas assistimos a fortes movimentos associativos por parte dos homossexuais, que lutam pelo seu direito à dignidade e igualdade de tratamento, lutam pelo igual reconhecimento das relações familiares, pretendendo estender às suas famílias aquilo que já existia para as outras famílias. Em algumas partes do mundo essa luta assume contornos diferentes, é uma luta pela própria vida, reportamo-nos aqui aos países onde existe pena capital.

É comum apontar que o surgimento desses movimentos na Europa é coincidente com o “Maio de 68”, por influência dos ventos que sopravam de Nova Iorque e que terão sido iniciados em “Stonewall”. Estes movimentos espalharam-se por todo o mundo, assumindo contornos diferentes mas com objectivos idênticos. Portugal também não escapou a esses movimentos, como já referimos anteriormente.

Como já anteriormente expusemos, inicialmente os movimentos de defesas dos direitos dos homossexuais direccionaram a sua actuação contra atitudes homofóbicas e xenófobas, posteriormente tais movimentos direccionaram a sua actuação para o reconhecimento legal das uniões homossexuais, o que foi alcançado em Portugal com a Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio e com as alterações que lhe sucederam. Posteriormente, tais movimentos acentuaram essa luta pela abertura ao casamento, e actualmente com a conquista do casamento, pela Lei n.º 9/2010, de 31 de Maio, direccionam a sua actuação no sentido de estender os efeitos do casamento entre

⁵⁸⁷ CID, Nuno de Salter - Direitos humanos e família: quando os homossexuais querem casar.

heterossexuais aos casamentos homossexuais, em particular lutam pela defesa da adoção e pelo acesso às práticas de procriação medicamente assistida.

Ao longo do nosso trabalho, constatamos que a luta pela não discriminação e pelo reconhecimento e a institucionalização das relações de facto homossexuais, tem vindo a acontecer um pouco por toda a Europa e parte do mundo, tendo sido a Dinamarca em 1989, o primeiro país onde surgiu o primeiro reconhecimento normativo das uniões de facto de pessoas do mesmo sexo, o designado casamento aparente, ficando conhecido pelo Modelo Escandinavo.

Na análise do tratamento das uniões de facto e do casamento por pessoas do mesmo sexo no âmbito do Direito Europeu, ou mais concretamente no âmbito do Direito Comunitário, isto é, a forma como as relações homossexuais têm sido tratadas pelos Órgãos da União Europeia, podemos observar a multiplicidade de iniciativas antidiscriminatórias e as tentativas de harmonização jurídica e não discriminatória por parte dos diferentes Estados.

O Conselho da Europa, como já oportunamente referimos, foi dianteiro na defesa e promoção dos direitos dos homossexuais, através da promulgação de várias resoluções e recomendações, e pela exortação aos Estados Membros de uma revisão em matéria das famílias homossexuais defendendo igual tratamento. Sendo habitualmente apontada como a mais relevante a resolução de 2007, que veio recomendar aos Estados-Membros uma luta eficaz contra todas as discriminações fundadas no género ou na orientação sexual e a adoção de legislação anti-discriminatória, designadamente o reconhecimento legal das uniões entre pessoas do mesmo sexo. Contudo, do nosso estudo concluímos que não obstante estas medidas, a extinta Comissão Europeia dos Direitos do Homem, no seu artigo 8.º da CEDH, continua sem considerar a relação homossexual estável como constituidora de “vida familiar”, e a este respeito, como observou SUSANA ALMEIDA⁵⁸⁸, a comissão “sustentou que apesar da moderna evolução de atitudes perante a homossexualidade a relação não caía no âmbito do direito ao respeito pela vida familiar salvaguardado pelo artigo 8.º da CEDH”, protegendo sim o direito ao respeito pela «vida privada». Por outro lado, a CEDH considerou que as disposições nacionais que protegem ou conferem um regime mais favorável às uniões heterossexuais, não são violadoras do artigo 14.º da CDEH, isto é, do princípio da não discriminação.

⁵⁸⁸ ALMEIDA, SUSANA - O respeito pela vida familiar na jurisprudência do tribunal europeu dos direitos do homem.

Também a Jurisprudência proferida pelo Tribunal dos Direitos Humanos têm, igualmente considerado que a penalização das práticas homossexuais entre adultos é discriminatória, e é digno de relevância o vasto conjunto de arestos proferidos pelo Tribunal em matéria de não discriminação. Não obstante, e como foi analisado em sede própria, e na qual advogamos a posição de SUSANA ALMEIDA, “essas decisões, oscilam entre o reconhecimento, e a negação da classificação de tais relações como familiares”. Isto é, o Tribunal condena as discriminações, contudo não tem reconhecido as relações entre pessoas do mesmo sexo como relações familiares.

E sublinhe-se, como observam diversos autores que fomos citando, a proibição de discriminação não se aplica à possibilidade de contrair casamento, pois aqui o Tribunal tem entendido face às conotações sociais e culturais de tal instituto, que caberá a cada estado face ao artigo 12.º da CEDH, a sua apreciação. Constatamos ainda e por outro lado, que a União Europeia tem desenvolvido um esforço sério no âmbito do direito da família, em particular na luta pela não discriminação, e na luta pela harmonização de soluções jurídicas. Assim, tem assumido particular relevo a actividade do Parlamento Europeu na defesa dos direitos dos homossexuais e em especial, na luta pela consagração nos Estados-Membros do casamento entre pessoas do mesmo sexo, ou na concessão de um estatuto alternativo, conforme várias resoluções e recomendações que promulga e que fomos citando ao longo do nosso trabalho. Importa nesta matéria tecer algumas considerações conclusivas, fruto da análise dos dados que fomos recolhendo, e das diferentes posições defendidas pelos diversos autores que citámos. Podemos afirmar que, actualmente, existe uma verdadeira “política familiar comunitária”, e um esforço sério por parte dos diversos órgãos e instituições comunitárias no sentido de tutelar as uniões de facto de pessoas do mesmo sexo e uma luta contra a homofobia e condenação expressa de todo e qualquer tipo de discriminação, nomeadamente pela mão do Tribunal e da União Europeia, através do Parlamento. Contudo, e partilhando aqui a posição de vários autores, entre os quais destacamos MARTA COSTA, NUNO DE SALTER CID, SOFIA OLIVEIRA PAIS e SUSANA ALMEIDA,⁵⁸⁹ a verdade é que a Comissão e o Conselho, embora defendendo a protecção das referidas uniões no seio das Instituições da União Europeia, “não defendem tal tutela”, nós diríamos que existe assim uma espécie de avanço temperado por um recuo. A própria extinta Comissão Europeia dos Direitos do Homem advogou a legitimidade da restrição do casamento à união de pessoas de

⁵⁸⁹ MARTA COSTA, NUNO SALTER CID, SOFIA OLIVEIRA PAIS, SUSANA ALMEIDA em ob. citadas.

sexo oposto, e o Tribunal de Estrasburgo continua a defender o instituto do casamento para pessoas do sexo oposto. Aliás, relembramos que durante um largo período de tempo, a Comissão Europeia permitiu, sob o fundamento da protecção da saúde e da moral dos Estados, que estes limitassem o respeito pela vida privada dos homossexuais, pela criminalização da homossexualidade. Como descreve SUSANA ALMEIDA, e concluindo do mesmo modo, “o percurso revela uma jurisprudência compreensiva da causa homossexual, o Juiz Europeu manteve assim uma postura de guardião do templo do casamento tradicional”. Contudo, a tendência tem sido evolutiva, a verdade é que a posição do Tribunal tem vindo a converter-se, e assim e à luz do direito ao respeito pela vida privada e familiar, e não se comprometendo, o Tribunal alargou amplamente o campo de aplicação do artigo 8.º da CEDH, e consequentemente o conceito ou noção de “vida familiar” e deste modo, embora não se comprometendo pois nada define, faz assomar um único direito: o direito ao respeito pela vida privada, e alegando e sublinhando que importa respeitar o poder legislativo de cada Estado, deixando assim a nosso ver, uma ampla discricionariedade ou arbitrariedade a cada Estado. Contudo, é incontestável o importante contributo da Jurisprudência comunitária no seio dos Estados-Membros, na criação de um direito da família europeu não discriminatório, mas ainda muito “agarrado” ao conceito tradicional de casamento, mas seguramente contributivo para a harmonização jurídica da regulação das relações homossexuais.

Do estudo do Direito Comparado, concluímos que a sua relevância hoje extensível a todas as áreas do direito, em particular do direito da família, e certamente, como advoga MARTA COSTA, como consequência do mundo globalizado em que hoje vivemos que reclama soluções jurídicas também elas globais.

Do estudo e comparação dos diferentes ordenamentos jurídicos por nós seleccionados, por nos parecerem os mais progressistas e pioneiros, e que manifestam maior regulação das relações homossexuais; uns porque lhes reconhecem direitos enquanto uniões registadas e lhes atribuem efeitos semelhantes ou próximos do casamento, outros, porque elevaram tais relações ao instituto do casamento civil, como foi o caso de Portugal, foi possível identificar conceitos, princípios e regras comuns.

Dos comparativos das jurisdições, identificamos o seguinte: em Espanha, à semelhança do que ocorre com os EUA, não possui legislação unitária, existem sim

várias leis regionais, esta é a sua principal particularidade, tendo sido na Catalunha a primeira região autónoma a regulamentar a união de facto, quer entre pessoas do mesmo sexo, quer entre pessoas de sexo oposto, pois não existe qualquer distinção. Efectivamente, Espanha constitui ao nível legislativo das uniões de facto homossexuais e heterossexuais um fenómeno plurilegislativo, existindo assim uma legislação regional em doze das dezassete comunidades, já para o casamento homossexual a legislação é unitária e a partir do momento em que passou a ser permitido, não faz qualquer distinção entre os casados do mesmo sexo e os do sexo oposto, produzindo o casamento os mesmos efeitos jurídicos independentemente do sexo dos contraentes sendo a adopção igualmente permitida. O ordenamento jurídico Belga, inicialmente permitia as uniões registadas, já regulando assim as relações homossexual, contudo e com a Lei aprovada em 2003 que veio permitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo, neste ordenamento jurídico, não é feita qualquer distinção entre casais do mesmo sexo e casais de sexo oposto, à semelhança do ordenamento jurídico Espanhol. Na Dinamarca, Suécia, Finlândia e Holanda, começaram por regular as relações homossexuais pelas uniões registadas, actualmente em todas é permitido o casamento entre homossexuais, e produz efeitos idênticos ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, sendo permitida a adopção, com uma particularidade, é que na Finlândia, só é permitida adopção conjunta aos cônjuges, aqui o impedimento ou requisito, não é a orientação sexual mas o estado civil. Por outro lado, e ainda em termos de particularidades a Holanda, estabelece a possibilidade dos parceiros homossexuais optarem por uma das três modalidades: uniões registadas, acordo de coabitação ou casamento. Oferece assim um leque variado de protecção jurídica aos homossexuais, contudo e embora permitindo a adopção, a adopção de crianças de outra nacionalidade não é reconhecida. Dos últimos comparados, encontramos o Reino Unido, França e Alemanha, nestes três países não é permitido o casamento entre pessoas do mesmo sexo, contudo e nem por isso estes ordenamentos deixaram de conferir direitos e deveres às relações homossexuais. Assim, encontramos no ordenamento do Reino Unido as uniões registadas que atribuem os mesmos efeitos jurídicos de um casamento, e por outro lado é permitida a adopção. Na Alemanha, as uniões registadas são exclusivas dos homossexuais, no entanto tais uniões não produzem os mesmos efeitos do casamento, não é permitida a adopção conjunta mas é permitida a adopção singular. No último caso, encontramos a França, em que também não é permitido o casamento entre pessoas do mesmo sexo mas e à semelhança destes últimos países

comparados, também confere direitos e deveres às uniões estabelecidas à margem do casamento, mas também sem lhes conferir natureza ou efeitos próprios do casamento, a adopção está reservada às uniões matrimoniais, isto é, aos cônjuges heterossexuais, não sendo sequer possível a adopção de filho do parceiro, o que afasta este ordenamento do ordenamento do Reino Unido e da Alemanha. Assim, cumpre concluir, que todos estes países foram pioneiros na regulamentação das relações homossexuais, uns através de estados intermédios, através da institucionalização das uniões registadas e outros através da institucionalização do casamento, mas em todos se conferem direitos e deveres às uniões estabelecidas à margem do casamento, uns conferindo-lhes natureza ou efeitos próprios e comuns ao casamento, outros dele o aproximando.

Possuindo todos eles a nosso ver, uma legislação progressista orientada por princípios de não discriminação.

Constatámos assim que são 10, os países do Mundo, que permitem o casamento entre pessoas do mesmo sexo, dos quais 8 são europeus, designadamente Bélgica, Islândia, Finlândia, Noruega, Países Baixos, Espanha, Suécia e por fim Portugal. Fora da Europa, temos na Argentina, no Canadá e na África do Sul casamentos desse tipo. Também são realizados e reconhecidos no estado brasileiro de Alagoas, Cidade do México e em alguns estados dos Estados Unidos. Dos países da Europa, por nós estudados e que permitem o casamento, os países nórdicos forma os pioneiros, seguindo-se-lhes os restantes, tendo sido a Dinamarca o primeiro exemplo no mundo a criar o sucedâneo de casamento para os Homossexuais e a Holanda o primeiro a permitir o casamento. A tendência actual é no sentido de abertura do casamento às pessoas do mesmo sexo, sendo que em 2012, existem já propostas para introduzir o casamento homossexual em pelo menos dez outros países, contudo à data da execução do presente trabalho ainda não é possível desenvolver esta matéria, dada a inexistência de decisões definitivas.

No ordenamento jurídico Português, como enfatizou NUNO SALTER CID, “tudo começou com a petição entregue pela ILGA – Portuguesa, em 2006, na qual se preconizava a alteração ao Código Civil, com vista a permitir o casamento entre parceiros do mesmo sexo”. Em Portugal existiu um estado intermédio, inicialmente o legislador foi tomando medidas legislativas destinadas a garantir a igualdade e a não discriminação em função da orientação sexual, o que aliás decorria de imposições

comunitárias, sem a elevar as relações homossexuais à equiparação de casamento ou casamento informal, a Lei 7/2001 de 11 de Maio, que revogou a anterior lei das uniões de facto – Lei 135/99 de 28 de Agosto – veio estender os efeitos das uniões de facto entre heterossexuais aos homossexuais, vindo posteriormente a culminar com a Lei 9/2010 de 31 de Maio, que veio a permitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

E quer se aprove ou não o casamento entre pessoas do mesmo sexo, ele hoje é uma realidade jurídica inegável em Portugal. Entendemos falar nele, pois o seu tratamento é fundamental à questão da adopção por parte de homossexuais. Contudo, e como constatámos no discorrer do nosso trabalho, esta realidade jurídica, ainda recente, não é consensual. Na apreciação da nova lei por parte do Tribunal Constitucional, três foram as posições assumidas e que destacamos aqui: a posição que defende que a Constituição impõe a admissão do casamento entre pessoas do mesmo sexo, a uma outra que defende que a Constituição exclui o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e por fim a posição que defendeu que a Constituição não toma posição, estando na esfera do legislador ordinário adoptar uma ou outra solução positiva. Constatamos assim, que estas diferentes posições, mais não são do que as diferentes posições doutrinárias sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo. E que aqui nos escusamos de desenvolver pois já o fizemos em sede própria. Importa apenas concluir, no nosso entendimento, e não advogando ou promovendo o casamento entre pessoas do mesmo sexo ou das relações homossexuais, pois não é esse o objectivo do nosso trabalho, o que é certo é que essa é hoje uma realidade social e jurídica e à qual o Direito não pode ficar indiferente, e são cada vez mais os Estados que sentem necessidade de regular essa matéria num mundo cada vez mais globalizado e sujeito a conflitos de direito familiar plurilocalizados. Contudo, e sem nos alongarmos demasiado, pois já o fizemos anteriormente, não apoiamos aqui a posição de OLIVEIRA ASCENSÃO, GULHERME DE OLIVEIRA, PIRES DE LIMA, ANTUNES VARELA, JORGE MIRANDA, que defenderam que o casamento entre pessoas do mesmo sexo está constitucionalmente proibido, fazendo apelo à concepção tradicional do casamento, pois consideramos que o conceito de casamento não pode ser visto como uma instituição imutável, como a aliás historia demonstrou, mas em permanente evolução. Por outro lado, consideramos que na análise do quadro constitucional devemos partir da ideia base que o direito previsto no artigo 36.º da CRP, é o direito de contrair casamento em condições de plena igualdade, é efectivamente um direito de pessoas e não um direito a uma instituição como a “família”. Alias da análise do n.º 2 do artigo 36.º da CRP, como então, discorreremos, que enuncia os requisitos do

casamento, remetendo tal matéria para a lei civil, daqui retiraram alguns autores, que será a lei civil a decidir se duas pessoas do mesmo sexo podem ou não casar. Assim, inclinamo-nos a defender a tese de que a Lei fundamental não estabelece qualquer conceito de casamento entre pessoas de sexo diferente, até porque tal, como defendem alguns autores que então citamos, seria ler a constituição a partir do direito civil subvertendo a ordem, por outro lado, e como não nos cansamos de repetir, existiu uma evolução histórica que deu um novo sentido ao casamento na sociedade na verdade os conceitos de família e casamento evoluíram ao longo dos tempos e é inegável que assumem hoje na sociedade diferentes valorações. De facto a lei não é imutável, e a cada momento o legislador é forçado a escutar o eco da população.

Assim, e no quadro constitucional actual, nascido da última revisão constitucional de 2004, é claramente rejeitada a redução do casamento ao conceito de procriação.

Efectivamente, o direito de constituir família e de contrair casamento são duas realidades distintas, o direito a contrair casamento é no fundo uma concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, baseado numa concepção personalista fundada na dignidade da pessoa humana, no respeito pelos direitos fundamentais, na autodeterminação do indivíduo e na igualdade de acesso ao casamento, e por essa razão e como defende ISABEL MOREIRA, com a qual concordamos, “tal direito fundamental não pode ficar refém da vontade parlamentar, ou das vontades do consenso social num Estado de Direito”, só por razões muito ponderosas e excepcionais “podia o legislador afastar uma categoria de pessoas daquele direito”, estando nessas situações quando se verifica ou impõe a defesa de um interesse público fundamental⁵⁹⁰, e assim, caberá a cada indivíduo, enquanto sujeito eticamente autónomo, a configuração e densificação do contendo preciso da sua dignidade, cabendo-lhe assim a sua autodeterminação.

Com a revisão constitucional de 2004, que veio estabelecer no artigo 13.º da CRP, o critério da orientação sexual, como critério proibitivo de discriminações, e sendo inegável que a ratio legislativa de tal alteração teve por base a história de discriminações ilegítimas, parece óbvio, que a Constituição veio consagrar um direito de todos poderem contrair casamento, pelo que a lei civil não poderia face a este quadro constitucional vedar o casamento a pessoas do mesmo sexo. Tal negação,

⁵⁹⁰ Cfr. artigo 18.º, n.º 2, da CRP, por exemplo quando se estabelece a idade mínima para a celebração do casamento, quando se proíbe o casamento por razões de parentalidade ou quando se veda o casamento por razões de anomalias psíquicas, ou a existência de casamento anterior não dissolvido.

equivaleria a negar a evolução da constituição e a mudança do tecido social ao nível das relações afectivas e a visibilidade que elas hoje têm ao nível global, o conceito histórico e simbólico do casamento, não poderia, face aos direitos constitucionalmente consagrados, constituir fundamento de negação à permissão do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Como corolário do supra referido, importa ainda reter, que o princípio da igualdade constitui um dos princípios estruturantes do Estado Democrático e corresponde a uma ideia de justiça e dignidade da pessoa humana (cfr. artigo 13.º da CRP), assim o legislador democrático do Estado de Direito social, está hoje obrigado a atender às diferenças reais entre as pessoas⁵⁹¹. Assim, e associado ao princípio da igualdade está a proibição da arbitrariedade, proibindo-se assim actuações que careçam de fundamento racional, objectivo e razoável, impondo uma proporcionalidade. É também ilegítima qualquer diferenciação de tratamento baseada em critérios subjectivos, por outro lado impõe ainda a Constituição no seu artigo 16.º, n.º 1, a inclusão e respeito por todos os direitos fundamentais constantes das leis e regras aplicáveis de Direito internacional, e no n.º 2, vai mais além, ao impor a interpretação em harmonia com a DUDH. E por fim, o princípio da igualdade impõe ainda a obrigação de diferenciação, impondo ao legislador o exercício da sua função social, atenuando as diferenças e desigualdades sociais, a chamada igualdade da lei ou através da lei⁵⁹². Ora face ao princípio da igualdade nas suas diversas vertentes, uma interrogação se impõe; não seria inconstitucional a proibição do casamento entre pessoas do mesmo sexo? A verdade é que, como observa MARTA COSTA⁵⁹³ “as leis se interpretam umas às outras, consabido que elas se acham todas mais ou menos relacionadas entre si, pelo que é necessário interpreta-las de modo que umas se harmonizem com as outras e reciprocamente se completem”, excluindo-se as interpretações que levaria aplicar a lei de forma que fiquem em contradição com os conceitos formulados noutras leis. Assim, concluímos nesse capítulo, que à luz do princípio da igualdade, nas suas diferentes vertentes, e nos termos do preceituado no artigo 9.º do Código Civil, isto é, «tendo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada», presumindo sempre que na fixação do sentido e alcance da lei o legislador consagrou as soluções mais acertadas.

⁵⁹¹ NOVAIS, Jorge Reis - Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa, p.104.; NOVAIS, JORGE REIS - Direitos fundamentais trunfos contra a maioria.p.28-32.

⁵⁹² DUARTE, Santos - Mudam-se os tempos mudam-se os casamentos?

⁵⁹³ MARTA, Costa - Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu.

Mas a verdade é que, e não obstante a consagração do casamento entre pessoas do mesmo sexo, da análise estatística foi possível apurar que os modelos familiares por toda a Europa assumiram novos contornos, tendencialmente ocorrem menos casamentos verificando-se ainda um aumento de divórcios. Ao nível dos casamentos entre pessoas do mesmo sexo, ainda é mais curial notar que decorridos dois anos sobre aprovação da lei que veio permitir o casamento, a realização de tais casamentos não teve qualquer expressão significativa, numa palavra, por toda a Europa casa-se menos e os modelos familiares mudaram definitivamente e vão continuar a mudar.

No que concerne à adopção, cerne principal da nossa dissertação, importa tecer algumas reflexões e conclusões. Como já anteriormente referimos, a possibilidade da adopção por parte dos casais que vivem em união de facto à margem do instituto jurídico do matrimónio, só foi possível com a Lei 135/99, e a Lei que veio regular as Uniões de Facto, a Lei 7/2001, de 11 de Maio, alterada pela Lei 23/2010, de 30 de Agosto, e na qual o seu art.º 7 dispõe «nos termos do actual regime de adopção, constante do livro IV, título IV, do Código Civil, é reconhecido às pessoas de sexo diferente que vivam em união de facto nos termos da presente lei o direito de adopção em condições análogas às previstas no artigo 1979.º do Código Civil, sem prejuízo das disposições legais respeitantes à adopção por pessoas não casadas», parece claro que ao restringir a adopção às pessoas de sexo diferente, o legislador quis claramente afastar e impedir a possibilidade de adopção por parte dos parceiros do mesmo sexo que vivam em união de facto. E sublinhe-se, se dúvidas existissem quanto à proibição da adopção por parte de unidos de facto do mesmo sexo, ou casados, o artigo 3.º, nº 1 da Lei n.º 9/2010, de 31 de Maio, diploma que veio permitir o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, afastou quaisquer dúvidas ao expressamente consagrar a impossibilidade legal de adopção, em qualquer das modalidades, por pessoas casadas do mesmo sexo. Aquando a análise do regime da adopção, e para cuja leitura remetemos, constatámos que o legislador, quer no art.º 1974.º, nº1 do Código Civil, quer na Lei 31/2003, de 22 de Agosto, pretendeu claramente conceptualizar a adopção como um instituto centrado exclusivamente no interesse da criança. O que aliás resulta também da Convenção das Nações Unidas sobre o direito das Crianças, e da Convenção Europeia em Matéria de Adopção de Crianças, ratificadas por Portugal, como já se aludiu anteriormente. Adopção constrói uma “família de afectos”,

ela é segundo CLARA SOTTO MAYOR e PEREIRA COELHO⁵⁹⁴, o “segundo nascimento do homem”. Assim com a nova Lei n.º 31/2003 de 22 de Agosto, e no projecto que lhe deu origem sublinha que “a adopção é uma alternativa à filiação natural, cujos efeitos se aproximam tanto quanto possível dos desta. Destina-se a encontrar uma família e, nomeadamente, uns pais, para as crianças que não tiveram a sorte de nascer dotadas de uma família natural, onde se pudessem desenvolver harmoniosamente ou que a vieram a perder. Parece incontestável para todos os autores que fomos citando, que a adopção visa realizar o superior interesse da criança, e apenas será decretada quando: apresente reais vantagens para o adoptando e seja razoável supor que entre o adoptante e o adoptando se estabelecerá um vínculo semelhante ao da filiação⁵⁹⁵. Pela adopção plena, estabelecem-se vínculos idênticos aos da filiação biológica. Este é, aliás, o entendimento plasmado no n.º 7 do artigo 36.º da Constituição da República Portuguesa com a epígrafe “família, casamento, filiação”. Contudo, não poderemos também deixar de sublinhar que o interesse da criança e por força do artigo 68.º do CRP, tem também subjacente o interesse da família adoptante, dos pais biológicos e do próprio Estado, pois como vimos, trata-se de um instituto de natureza mista, onde confluem interesses privados mas também públicos. Ora o legislador ordinário, quer na Lei 7/2001 quer na Lei n.º 9/2010, de 31 de Maio, entendeu que a um casal de homossexuais está vedada a possibilidade de adoptar, quer vivam em união de facto quer sejam casados, e seja em que modalidade for. Pelo que, da conjugação da lei da união de facto bem como do regime da adopção, parece resultar que qualquer pessoa casada ou qualquer pessoa solteira, desde que preencha os requisitos de idade podem adoptar, segundo a modalidade que se designa da adopção singular. Ora, segundo alguns autores, que em sede própria citamos, teoricamente de acordo com o regime da lei da adopção, “é permitido, ainda que de forma indirecta, que qualquer pessoa singular ou qualquer membro de uma união homossexual possa adoptar, sendo certo que o outro não poderá partilhar essa adopção. Contra esta possibilidade manifestou desde logo, a Igreja, por considerar a homossexualidade como um “impulso perverso”, segundo a mesma, a sociedade contra estes comportamentos desviantes deverá ter uma postura de compreensão, mas em simultâneo de desaprovação. Contudo, crê-se que tal

⁵⁹⁴ SOTTOMAYOR, Maria Clara - A nova lei da adopção, p. 248; COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA Guilherme de - Curso de direito da família, p. 101.

⁵⁹⁵ O que aliás se extrai do Ac. Acórdão do TRP de 05.07.1999, in www.dgsi.pt, entre outros, onde se lê o seguinte: “I. O regime de adopção visa a protecção do interesse do adoptado, apreciado à luz do interesse geral e do interesse público II. É requisito fundamental da adopção plena o pressuposto de que entre o adoptante e o adoptado se estabelecerá um vínculo semelhante ao da filiação.

possibilidade, isto é, a adopção singular por parte de um solteiro com orientação homossexual ou parceiro homossexual que viva em união de facto, não é possível face à nova lei que permitiu o casamento entre pessoas do mesmo sexo, pois a mesma expressamente excluiu tal possibilidade, e se aquando a fase de inquérito, a orientação homossexual do candidato ou candidata for detectada, certamente os técnicos incumbidos de seleccionar os candidatos, sob a égide do interesse da criança, irão seguramente excluir tal candidato, a menos que este consiga subtilmente omitir a sua orientação sexual, conseguindo assim adoptar, o que na realidade deve ocorrer com frequência. A verdade é que o candidato pode não ter essa orientação sexual, mas poderá vir a tê-la no futuro, e nessas circunstâncias não haverá impossibilidade de adoptar. Nessas situações, paradoxalmente o candidato e futuro adoptante, e de acordo com a lei poderá ao momento reunir os requisitos para que a adopção seja decretada, e no futuro após o decretamento da adopção e ao mudar a sua orientação sexual, já a mesma não seria decretada, seria então revogada, revista? Então e o interesse superior da criança? Estas são questões pertinentes que se colocam, pois se por um lado a lei impede adopção por parte de homossexuais, por outro lado, quer na prática quer na teoria, e face ao supra descrito, certamente existirão muitas situações desta natureza, e então nesse caso, será de perfilhar a tese que alguns autores que anteriormente citamos, perfilham, que o nosso sistema jurídico, é anacrónico, nós diríamos paradoxal, pois se por uma lado proíbe adopção aos casais homossexuais, por outro permiti adopção singular por homossexuais. Mas outras questões se colocam, será que avaliar a personalidade do adoptante, a sua saúde e a sua personalidade, as suas condições económicas, não transcendem em muito, como defende CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL⁵⁹⁶, “o interesse da criança adoptante, pondo em causa o desiderato da primazia do interesse da criança como propósito primeiro do instituto da adopção”. Na verdade aos pais biológicos, e às famílias biológicas ainda que disfuncionais, ninguém as questionou abinício das suas reais capacidades e idoneidades para serem pais, que tantas vezes violam os interesses das crianças seus filhos. Não será, como defende PEREIRA COELHO⁵⁹⁷, entre outros, que “a presunção de inidoneidade do homossexual ou bissexual para adoptar constitui uma discriminação em função da orientação sexual, contrária ao art.º 13.º da CRP”? Tendemos a perfilhar o entendimento, segundo o qual a proibição da discriminação em função da orientação sexual e o direito à intimidade da vida privada,

⁵⁹⁶ CORTE-REAL, Carlos Pamplona - Direito da família tópicos para uma reflexão crítica.

⁵⁹⁷ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de - Curso de direito da família, II, p. 269.

expressa nos artigos 13.º, n.º 2 e 26.º n.º 1 da CRP, não só proíbe que o adoptante singular seja questionado sobre a sua orientação sexual, como proíbe que alguém seja impedido de adoptar em virtude da sua orientação sexual.

Constatamos sem qualquer dúvida, e a nossa ver, o legislador ordinário com a nova lei do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, quis claramente abranger ou fazer estender tal proibição à adopção singular por parte de homossexuais, vedando assim a possibilidade da homoparentalidade.

A verdade é que, a lei ao permitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo, aceitando alterar a conceptualização do instituto do matrimónio, como imposição do princípio da igualdade e da proibição de discriminação, por outro, impede os homossexuais e em função da sua orientação sexual de constituírem família, numa clara violação do estipulado nos artigos 37/1º e 36.º da CRP. Tal anacronismo reflecte-se ainda no facto de a lei negar também à criança o direito a ter família, contradizendo assim o próprio princípio fundamental que norteia o regime da adopção, isto é, o «interesse da criança» em ser-lhe atribuída uma família.

Ora existe na ordem jurídica portuguesa um direito a adoptar, e tal resulta da conjugação do art.º 36.º da CRP e do 1576.º do Código Civil, mas será que esse é um direito das crianças em serem adoptadas ou um direito de quem quer adoptar.

Sem dúvida que o direito a adoptar tem consagração constitucional, ora será que esse direito poderá sofrer limitações? Perfilhamos aqui a posição de MARTA COSTA⁵⁹⁸, que defende e concebe que o direito a adoptar reconhecido a todos os cidadãos em condições de plena igualdade, pode sofrer restrições, desde que as mesmas se encontrem de acordo com o art.º 18 da CRP, o qual estabelece os parâmetros de verificação necessária para a restrição dos direitos fundamentais.

Mas será que, o Estado como garante da protecção da criança e da promoção dos direitos e da protecção familiar, ao impedir os homossexuais de adoptarem, não nega também às crianças esses mesmos direitos?

Foi neste sentido, que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem teve ocasião de afirmar recentemente a propósito da recusa das autoridades de um Estado-Membro em aceitar a candidatura de um homossexual a um processo de adopção singular em

⁵⁹⁸ MARTA, Andrea Matos da Costa - Convivência more uxorio na perspectiva da harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais.

função da sua orientação sexual, constitui uma discriminação em função da orientação sexual não compatível com o artigo 14.º da CEDH⁵⁹⁹. A esse propósito, e aquando das considerações do tema, referimos citamos o processo Salgueiro da Silva Mouta, no âmbito do qual o TEDH, viria a condenar o Estado Português por considerar tal decisão negatória de atribuição do poder paternal em função da orientação sexual do progenitor discriminatória.

As respostas a todas estas questões não são simples, mais do que fracturantes são complexas e reclamam uma reflexão séria e soluções consensuais. Aqui e a nosso ver não estão em causa os direitos dos homossexuais ou interesses das minorias à luz da não discriminação, aqui o que importa é o direito da criança e os seus reais e superiores interesses.

Considerando que o instituto da adopção desde sempre teve como escopo primordial e subjacente o interesse da criança, e o direito a esta de ter uma família em substituição daquela que não pode ou não quis assumir esse papel, contribuindo assim para a diminuição da institucionalização das crianças. A verdade é que a questão não é fácil, actualmente existem muitas famílias compostas por elementos homossexuais e com crianças no seu seio, esta é uma realidade que carece de protecção legal. Por outro lado, impedir adopção não será contribuir para o aumento de institucionalização de crianças? Contudo parece ser possível constatar que o sistema é paradoxal, pelas razões já apontadas. Parece resultar que urge atingir um justo equilíbrio nas opções legislativas que ainda não foi alcançado, provocando a nosso ver um claro prejuízo na efectivação dos interesses da criança. Tal falta de equilíbrio legislativo deve-se em grande parte, à natureza heteronormativa do sistema jurídico, e por outro lado, ao legislador ordinário que se mantém tradicionalmente conservador e arreigado a preconceitos de ordem religiosa e moral, ficando aquém das próprias transformações ocorridas na sociedade global, não compreendendo que os institutos jurídicos não são nem podem ser estáticos e imutáveis. Este desequilíbrio tenderá a ser mais chocante e visível, se pensarmos na hipótese não pouco provável, face ao mundo globalizado em que vivemos, de um par de homossexuais num país da Europa, como na Holanda, em Espanha, Inglaterra na Suécia, entre outros como já referimos no capítulo do Direito Comparado, poder constituir uma família homoparental, e, caso venham a residir em Portugal, só um dos membros do casal poderá exercer a parentalidade. Ou imaginemos uma situação pós divórcio, em que

⁵⁹⁹ Cfr. Caso E.B. v França, Acórdão de 22 de Janeiro de 2008.

um dos progenitores assume a sua homossexualidade, então esse será impedido de exercer a sua parentalidade, estas e outras hipóteses, não são assim tão remotas quanto isso, e têm consequências gravosas pois criam ou podem criar situações jurídicas não reguladas, isto é, que escapam ao direito. Ora tais direitos fundamentais, nomeadamente o direito a constituir família, como defende MARTA COSTA, “só podem ser restringidos pelo legislador ordinário, na medida em que forem rigorosamente observados os pressupostos do art.º 18.º da CRP”, intitulado «força jurídica», assim e nessa medida apenas poderão ser restringidos direitos que se mostrem necessários à salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos⁶⁰⁰, ora é aqui o que se coloca a questão de saber se o direito dos homossexuais a adoptar poderá ser restringido pelo interesse da criança.

Se a adopção tem por primazia dar resposta ao interesse da criança, questiona-se, não será do interesse da criança ter uma família onde possa ser amada?

No entender de CLARA SOTTOMAYOR “as crianças que não são desejadas estariam melhor no seio de uma família homossexual, com casais homossexuais que reunissem as condições exigidas pela lei ”⁶⁰¹. Como já referimos, e sob pena de repetição, importa sublinhar que vários estudos têm sido efectuados ao longo das últimas décadas, e apoiado muitas das posições de diversos defensores da adopção por parte de homossexuais, entre os quais destacamos aqui, os estudos e pareceres emitidos pelo American Academy of Pediatrics, que emitiu Child Welfare League of America, o instituto Evan B. Donaldson Adoption Institute, American Medical Association; National Association of Social Workers; American Psychoanalytic Association; American Academy of Child and Adolescent Psychiatry ;American Academy of Pediatrics ;American Psychiatry Association; North American Council on Adoptable Children’s, todos eles favoráveis à adopção por parte de homossexuais, sendo que referimos apenas aqui, aqueles que nos parecem mais relevantes, defendendo ainda que mães lésbicas, pais gays, e pais e mães bissexuais têm tantas capacidades de educar crianças como os seus homólogos heterossexuais, concluindo que qualquer tentativa de impedir os indivíduos ou casais gays, lésbicas e bissexuais de viverem a parentalidade, apenas com base na sua orientação sexual, não vai ao encontro do superior interesse das crianças, concluindo ainda que as crenças sobre os adultos gays ou lésbicas serem pais desadequados não têm qualquer fundamentação

⁶⁰⁰ COSTA, Marta Andrea Matos da - Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais, p.486

⁶⁰¹ SOTTOMAYOR, Maria Clara - A nova lei da adopção.

empírica, sublinhando que as evidências científicas demonstram que as crianças que crescem com um ou ambos os pais *gays* ou lésbicas funcionam tão bem a nível emocional, cognitivo, social e sexual como as crianças cujos pais são heterossexuais, as mesmas conclusões. Parece resultar de todos os estudos realizados por institutos especializados na matéria, e efectuados ao longo de várias décadas, que não existem diferenças sistemáticas entre pais homossexuais e pais heterossexuais na saúde emocional, de facto, até ao momento, os dados sugerem que os ambientes domésticos proporcionados por pais *gays* ou mães lésbicas apoiam e possibilitam o crescimento psicossocial das crianças, tal como os proporcionados por pais heterossexuais.

Foi possível ainda constatar neste capítulo, que no plano europeu⁶⁰², a investigação nesta área é coincidente com a investigação norte-americana e ao nível nacional, vários estudos têm sido também efectuados, dos quais destacamos aqui o estudo levado a cabo pela Faculdade de Psicologia e de Ciências da Educação da Universidade do Porto, também este coincidente com a posição norte americana, e ainda no campo da antropologia, não podemos esquecer e referir o trabalho continuado de Miguel Vale de Almeida⁶⁰³ acerca da parentalidade social e, nomeadamente, da homoparentalidade. O mesmo se diga relativamente a estudos efectuados no seio da Espanha, Holanda, Reino Unido e Brasil, onde do contributo em diversas áreas científicas, têm resultado os mesmos consensos, no sentido de concluírem que está cientificamente comprovado que não existem diferenças sistemáticas entre o exercício da parentalidade por casais de pessoas do mesmo sexo ou de sexo diferente, sublinhando que a impossibilidade legal de os casais de pessoas do mesmo sexo poderem adoptar constitui uma diferença de tratamento face aos casais heterossexuais, a qual radica numa diferença de tratamento com base na orientação sexual que, por sua vez, constitui uma discriminação injustificada, e face à nossa lei nacional uma verdadeira violação ao disposto nos artigos 13.º e 36.º da Constituição, prejudicando direitos fundamentais de crianças e pondo em causa o verdadeiro interesse da criança.

A adopção por casais do mesmo sexo é hoje permitida em 11 países da Europa, como a Holanda e a Suécia⁶⁰⁴, primeiros países a legalizar a adopção por casais

⁶⁰² Crf. Relatório elaborado na conferência “Famílias no Plural”, que decorreu no ISCTE em Outubro de 2011, e pode ser consultado no site da ILGA.

⁶⁰³ ALMEIDA, Miguel Vale de - Homoparentalidade.

⁶⁰⁴ Vide estudo efectuado no capítulo do Direito Comparado.

homossexuais, Andorra, Bélgica, Noruega, Dinamarca, Islândia, a Inglaterra, o País de Gales e a Escócia, sendo a co-adopção aqui permitida, designadamente na Alemanha e a Finlândia e Espanha. Em Portugal ainda não é permitida, muito embora recentemente tenham sido apresentados vários projectos leis na Assembleia da República, ainda que sem sucesso, como foram referidos no nosso trabalho. Merecendo aqui particular relevo, salientar que sobre os projectos supra mencionados, recaíram vários pareceres, entre os quais destacamos o parecer da Ordem dos Advogados, que defendeu a manutenção do impedimento legal da adopção e do apadrinhamento civil por casais do mesmo sexo, por considerar ser essa a opção legislativa mais correcta em prole dos interesses superiores da criança, defende ainda que tal opção não constitui uma discriminação, assentando na consideração de que um casal heterossexual é o mais propício ao desenvolvimento de uma criança no seio de uma família, pois as referências de um pai e uma mãe são imprescindíveis ao desenvolvimento de uma criança, o que não seria possível num casal homossexual, onde só existiriam duas mães ou dois pais.

Já a Comissão dos Assuntos Constitucionais Direitos Liberdades e Garantias, considerou que o impedimento legal da adopção por casais homossexuais, constitui uma restrição inconstitucional ao direito a constituir família previsto no art.º 36.º da CRP, e uma violação ao princípio da igualdade plasmado no art.º 13.º da CRP.

O Conselho Superior do Ministério Público, e que merece destaque, a Procuradoria emitiu parecer favorável, considerando que tais projectos constituem uma forma de pôr fim a uma discriminação injustificável no acesso ao regime da adopção, sublinhando que o que importa não é a orientação sexual dos candidatos, mas as reais e efectivas capacidades dos candidatos. Igualmente o Instituto Superior de Psicologia Aplicada (ISPA) defendeu que com base nos diversos estudos científicos, e muitos deles já desenvolvidos em Portugal, não existem diferenças que justifiquem a inadmissibilidade da adopção por parte de casais homossexuais, pelo contrário, defende que com base em diversos estudos está provado sim, que as atitudes homofóbicas e discriminatórias são prejudiciais ao desenvolvimento das crianças e atentam contra o seu interesse.

No que concerne à ILGA Portugal, e como não podia deixar de ser, criticou veementemente a posição da Ordem dos Advogados, e apoiando o seu parecer num conjunto de estudos efectuados por diversas associações supra citadas, mais uma vez defendeu que a impossibilidade legal da adopção por parte de casais homossexuais,

não tem qualquer justificação científica e constitui uma verdadeira discriminação e violação do princípio da igualdade.

Estendemos iguais considerações ao instituto jurídico do Apadrinhamento civil, pois também em relação a este tema a sua constituição está claramente vedada aos homossexuais, como oportunamente discurremos. Não restam assim dúvidas de que por estar expressamente impedida a candidatura e subsequente habilitação, a pessoas casadas do mesmo sexo ou unidas do mesmo sexo, pelo que o legislador claramente pretendeu estabelecer para o apadrinhamento civil o mesmo regime jurídico que vigora para a adopção, no que respeita à capacidade dos candidatos, valendo aqui os mesmos argumentos enunciados relativamente à impossibilidade de adopção por parte de homossexuais.

Efectivamente o regime aqui parece ser anacrónico, pois se tivermos em conta que o regime da adopção não se confunde com o regime do apadrinhamento. Aqui, o que está em causa é a constituição de uma relação afectiva, com a consequente atribuição das relações parentais e com as limitações que já referimos, designadamente é susceptível de ser revogada, e importa a obrigação de colaboração mútua, razão pela qual o conceito de “família” não poderia ser limitado ou reduzido, de modo a excluir a possibilidade de duas pessoas do mesmo sexo, casadas ou não, a apadrinharem uma criança ou um jovem, pois o próprio regime não lhe vedou tal possibilidade.

Não se vêem assim, razões para que os organismos não pudessem habilitar candidatos independentemente da sua orientação sexual, desde que possuíssem idoneidade, até porque o artigo 14.º alínea f) da referida lei, a propósito do consentimento, parece reforçar o entendimento da possibilidade não fazendo distinção alguma. Tal entendimento parece ser ainda reforçado pelo mesmo artigo na alínea c), a propósito do consentimento dos pais, que podem sempre recusar tal apadrinhamento, logo, a escolha pressupõe o consentimento dos próprios progenitores e do próprio jovem, poderia sempre ser excluída tal possibilidade, mas na verdade e de acordo com intenção do legislador tal foi expressamente afastado no preâmbulo. Mais uma vez o legislador, dando primazia à heterogeneidade e à luz do preconceito do “género”, contraditoriamente por um lado criou um instituto que alegadamente privilegia a prevalência das relações afectivas profundas, como forma de desinstitucionalização das crianças, procurando agilizar os mecanismos, com esta medida intermédia e afastando-o do regime da adopção, e sempre à luz do interesse

da criança, e por outro veda a essas mesmas crianças a plenitude de uma relação consideramos contudo, que tal instituto e até hoje, não teve expressão significativa, parece-nos que nada trouxe de novo aos bloqueios existentes no regime da adopção, parece ser de concluir que os seus objectivos que estiveram na base da sua criação, e como a realidade tem demonstrado, parecem não terem sido alcançados.

Assim, consideramos que o direito a adoptar, é reconhecido a todos os cidadãos em condições de plena igualdade, e perfilhamos o entendimento de PEREIRA COELHO, segundo o qual, “a presunção de inidoneidade do homossexual ou bissexual para adoptar constitui uma discriminação em função da orientação sexual, contrária ao art.º 13.º da CRP”, e por outro lado, cremos que a proibição da discriminação em função da orientação sexual e o direito à intimidade da vida privada, expressa nos artigos 13.º, n.º 2 e 26.º n.º 1 da CRP, não só proíbe que o adoptante singular seja questionado sobre a sua orientação sexual, como proíbe que alguém seja impedido de adoptar em virtude da sua orientação sexual.

Saber se esta é a resposta cabal ao problema da adopção e necessariamente das crianças, não possuímos certezas. Mas esta é, realmente, a questão principal e deveras importante, pois o que está em causa é que existem milhares de crianças institucionalizadas, crianças sem família, sem afectos, e que os reclamam à luz dos seus interesses, e à luz da Convenção das Nações Unidas sobre o direito das Crianças, e da Convenção Europeia em Matéria de Adopção de Crianças, ratificadas por Portugal, que defende que adopção constrói uma “família de afectos”. Por outro lado o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, tem defendido que negar a possibilidade da adopção em função da orientação sexual constitui discriminação.

Consideramos, que a convicção de que a presença simultânea de uma mãe e de um pai são essenciais para o bom exercício da parentalidade tem subjacente a concepção de que a maternidade e a paternidade implicam capacidades mutuamente exclusivas em termos de género, a verdade é que a realidade tem demonstrado o contrário, muitas dessas famílias ditas tradicionais, algumas disfuncionais, e são muitas, têm provado o contrário. A realidade demonstra que existem muitas famílias homossexuais e cuja regulamentação das suas relações de parentalidade carece de resposta. Esta é das questões mais importantes, exige uma reflexão séria da sociedade em geral, pois efectivamente as crianças têm o direito de ser amadas e o Estado tem o dever de lhes proporcionar e promover tal direito.

A permissão da adopção a casais homossexuais certamente contribuirá para a diminuição da institucionalização das crianças, e constituirá uma resposta legislativa à parentalidade dos homossexuais.

Estas questões são essenciais e carecem, no interesse das crianças, de respostas urgentes e consensuais e que o legislador ainda não foi capaz de apontar. Talvez o primeiro passo deva passar por uma revisão total do regime da adopção com vista agilizar o processo e a rever a forma como os candidatos são seleccionados, é importante que o processo de adopção seja mais célere e que avalie as reais capacidades dos adoptantes, numa escolha séria e exclusivamente atenta aos interesses da criança, contribuindo assim para o aumento da adopção e do estabelecimento de uma relação afectiva. Os caminhos são complexos e não existem soluções absolutas, perfeitas ou únicas, mas as respostas urgem, pois são as crianças que esperam e não os homossexuais. Obviamente, que não defendemos que este seja um desígnio ou uma luta das minorias sexuais mas sim em prole das crianças, e defendemos, como defende MARTA COSTA, que nem todas as crianças poderão ou deverão ser adoptadas, como nem todos os homossexuais, e não por o serem, mas enquanto candidatos adoptantes, poderão adoptar.

Consideramos que o importante é dar uma família a uma criança, e não um filho a um homossexual ou a um heterossexual, e não uma família qualquer, mas sim uma família de afectos. Todas as crianças tem o direito a ser adoptadas por quem lhe der as melhores condições e só essas deverão poder adoptar.

Será que negar adopção em função da orientação sexual, não será negar o direito à diferença e o direito aos afectos? Numa palavra à família dos afectos?

Cremos que vários serão os caminhos possíveis, mas só um se exige, o caminho que satisfaça os interesses da criança, e que este não fique bloqueado por opções políticas ou ideológicas!

As crianças reclamam uma família, um caminho, o caminho dos afectos!

REFERÊNCIAS

ABOIM, Sofia - Conjugalidade, afectos e formas de autonomia Individual, Análise Social : Revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, Vol. IXII, I.C.U., Lisboa: 2006. [Em linha].[Consultado em Abril e Setembro de 2012]. Disponível em <http://www.scielo.oces.mctes.pt/pdf/aso/n180/n180a05.pdf> e <http://www.ispa.pt/ui/uipes>

Acordo de coabitação - [Em linha]. [Consultado em 19 de Agosto de 2012]. Disponível em <http://www.roylaw.co.za/home/article/cohabitationagreement/pageid/living-together>.

Acórdãos do Tribunal Europeu de Direitos Humanos - [Em linha]. [Consultado em 28 de Abril e 27 de Julho de 2012]. Disponível <http://www.echr.coe.int/HUDOCED/Default.htm><http://www.echr.coe.int>
<http://europa.eu/http://www.europart.europa.eu/parliament/public/staticDisolay.do:jsessionid=67E2A0D3C4CA6F948922BE67CA4DAD11.node1?id=14&language=PT>

Acórdão do Tribunal Constitucional - Acórdão n.º 359/2009, Processo 779/07, In Diário da Republica, 2ª Serie – n.º 214, Novembro de 2009. [Em Linha]. [Consultado em 23 de Abril e Setembro de 2012]. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090359.html>

Acórdão do Tribunal Constitucional - Acórdão n.º 121/2010, de 8 de Abril In Diário da Republica, 2ª Serie, de 2010. [Em Linha]. [Consultado em Maio e Setembro de 2012]. Disponível em <http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/jurel/cstbuscavalavras.php?buscajur&ficha=384&pagina=14&exacta=&nid=9285>

Acórdãos do Tribunal Constitucional - Todos os Acórdãos do Tribunal Constitucional, In Diário da Republica, 2ª Serie, por Ano. [Em Linha]. [Consultados em Abril a Setembro de 2012]. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa - Acórdão de 1.09.1996 - processo n.º 0004411 [Em linha]. [Consultado em Abril e Maio de 2012]. Disponível em www.dgsi.pt.

Acórdão da Relação de Lisboa - Acórdão da Relação de Lisboa de 19 de Dezembro de 1985. In CJ, 1985, Tomo 5, p.117.

Acórdão da Relação de Lisboa - Acórdão da Relação de Lisboa de 17 de Março de 1992. In BMJ, 415, p. 717.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça - Acórdão do STJ de 21 de Novembro de 1985. In BMJ n.º 351.

Acórdão do Tribunal Constitucional - Acórdão de 9 de Julho de 2009 - n.º 359/2009, Processo n.º 779/07, publicado no Diário da República, 2.ª série — N.º 214 — 4 de Novembro de 2009. [Em linha]. [Consultado em Maio de 2012]. Disponível em www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos

Acórdão da Relação de Coimbra - Acórdão de 20 de Janeiro de 1998.

Acórdão da Relação do Porto - Acórdão da Relação do Porto de 01/07/1980. In Colectânea de Jurisprudência IV.

Acórdão da Relação de Lisboa - Acórdão da Relação de Lisboa de 23/05/1984. In Colectânea de Jurisprudência III.

Acórdão da Relação de Lisboa - Acórdão da Relação de Lisboa de 12/07/1984. In Colectânea de Jurisprudência IV.

Acórdão da Relação de Évora - Acórdão da Relação de Évora de 15/11/1984. In Colectânea de Jurisprudência V.

Acórdão da Relação de Lisboa - Acórdão da Relação de Lisboa de 29/01/1985. In Colectânea de Jurisprudência I.

Acórdão da Relação do Porto - Acórdão da Relação do Porto de 06/11/1990. In Colectânea de Jurisprudência V.

Acórdão da Relação de Lisboa de 01/06/2000 in Colectânea de Jurisprudência III.

Acórdão da Relação de Coimbra - Acórdão da Relação de Coimbra de 22.05.2007.

Acórdão da Relação de Lisboa - Acórdão da Relação de Lisboa de 21.12.99.

Acórdão da Relação de Lisboa - Acórdão da Relação de Lisboa de 31 de Maio de 2001.

Acórdão da Relação de Lisboa - Acórdão da Relação de Lisboa de 15 de Fevereiro de 2007.

Acórdão n.º 105/90; Acórdão n.º 359/2009, de 9 de Julho; Acórdão de 8 de Abril de 2010; Acórdão n.º 359/2009; Acórdão n.º 651/09; Acórdão n.º 105/90; Acórdão de 21.12.99; [Em linha]. [Consultado em Maio e Agosto de 2012]. Disponível em www.dgsi.pt

ACÓRDÃOS - Acórdão E.B. contra França, datado de 22 de Janeiro de 2008 (queixa n.º 43 546/02); Acórdão de 22.10.1981 Norris v. Irlanda; Acórdão de 26.10.1988, Modinos v. Chipre; Acórdão de 22.04.1993; A.D.T. v. Reino Unido, de 31.07.2000; Acórdão de Dudgeon v. Reino Unido; Acórdão Fretté c. França, de 26 de Fevereiro de 2002, RO2-I, & 42; Acórdão de 31.05.2001 do Reino da Suécia. [Em linha]. [Consultado em Maio e Agosto de 2012]. Disponível em <http://www.echr.coe.int/HUDOCED/Default.htm>; <http://www.echr.coe.int> e <http://europa.eu/> e <http://www.europarl.europa.eu/parliament/public/staticDisplay.do;jsessionid=67E2A0D3C4CA6F948922BE67CA4DAD11.node1?id=146&language=PT>

Acórdão da Relação de Lisboa - de 09.01.2003; Acórdão de 03.05.2007; Acórdão 22.01.2008; [Em linha]. [Consultado de Abril a Setembro de 2012]. Disponível em www.dgsi.pt

Acórdão da Relação do Porto - Acórdão da Relação do Porto de 01/07/1980. In Colectânea de Jurisprudência IV.

Acórdão da Relação de Lisboa - Acórdão da Relação de Lisboa de 23/05/1984. In Colectânea de Jurisprudência III.

Acórdão da Relação de Lisboa - Acórdão da Relação de Lisboa de 12/07/1984. In Colectânea de Jurisprudência IV.

Acórdão da Relação de Évora - Acórdão da Relação de Évora de 15/11/1984. In Colectânea de Jurisprudência V.

Acórdão da Relação de Lisboa - Acórdão da Relação de Lisboa de 29/01/1985. In Colectânea de Jurisprudência I.

Acórdão da Relação do Porto - Acórdão da Relação do Porto de 06/11/1990. In Colectânea de Jurisprudência V.

Acórdão da Relação do Porto - Acórdão da Relação do Porto de 07/02/1995 In Colectânea de Jurisprudência VI.

Acórdão da Relação do Porto - Acórdão da Relação do Porto de 23/11/1999;

Acórdão da Relação de Lisboa - Acórdão da Relação de Lisboa de 01/06/2000. In Colectânea de Jurisprudência III;

Acórdão da Relação de Coimbra - Acórdão da Relação de Coimbra de 22.05.2007. In Colectânea de Jurisprudência.

Acórdãos da Relação do Porto - Acórdão da Relação do porto de 05.07.1999; Acórdão da Relação do Porto; Acórdão da Relação do porto de 22 de Janeiro de 2008; [Em linha]. [Consultado em Abril e Setembro]. [Disponível em www.dgsi.pt].

Acórdãos da Relação de Lisboa - Acórdão da Relação de Lisboa de 01./09/96; Acórdão da Relação de Lisboa de 21.12.1999; Acórdão da Relação de Lisboa de 22.10.1981; Acórdão da Relação de Lisboa de 26.10.1988; Acórdão da Relação de Lisboa de 22.04.1993; Acórdão da Relação de Lisboa de 09.01.2003; Acórdão da Relação de Lisboa 31.05.2001 – [Em linha]. [Consultados de Abril a Setembro de 2012]. Disponível em www.dgsi.pt

Acórdão da Relação do Porto - Acórdão da Relação do Porto de 01/07/1980. In Colectânea de Jurisprudência IV.

Acórdão da Relação de Lisboa - Acórdão da Relação de Lisboa de 23/05/1984. In Colectânea de Jurisprudência III.

Acórdão da Relação de Lisboa - Acórdão da Relação de Lisboa de 12/07/1984. In Colectânea de Jurisprudência IV;

Acórdão da Relação de Évora - Acórdão da Relação de Évora de 15/11/1984. In Colectânea de Jurisprudência V.

Acórdão da Relação de Lisboa - Acórdão da Relação de Lisboa de 29/01/1985. In Colectânea de Jurisprudência I.

Acórdão da Relação do Porto - Acórdão da Relação do Porto de 06/11/1990. In Colectânea de Jurisprudência V.

Acórdãos do TDEU - Acórdãos do TDEU Citados na dissertação - [Em linha] Consultado em Abril em 27 de Julho e em Setembro de 2012]. Disponível em <http://www.echr.coe.int/HUDOCED/Default.htm><http://www.echr.coe.int> <http://europa.eu/http://www.europarl.europa.eu/parliament/public/staticDisplay.do;jsessionid=67E2A0D3C4CA6F948922BE67CA4DAD11.node1?id=146&language=PT>

Act on Registered Partnerships - Legislação. [Em linha]. [Consultado em Abril e em Setembro de 2012]. Disponível em https://www.asg-plp.org/upload/cadernos_tematicos/doc123pdf.

AGÊNCIA, Estatal - Boletim Oficial Relatório do Estado, Base de dado Estado. [Em linha]. [Consultado em Agosto de 2012]. Disponível em <http://www.boe.es/g/es/bases-datos-ce/doc.ph>

ALMEIDA, Ana Nunes; WALL, Karine - A família em Portugal Hoje. Lisboa: INA. 1999.

NUNES, Ana Almeida - Família, Conjugalidade e Procriação: Valores e Papéis, in J. Vala e M. Villaverde Cabral (eds.), Valores europeus numa perspectiva comparada, Lisboa, ICS, 2002.

ALCAIDE, Carlos Villagrasa - La experiencia legislativa sueca y las tendencias legislativas en nuestro entorno. Barcelona: Edições Cedecs. 1996.

ALMEIDA, Ana Almeida NUNES - Relações Familiares: Mudança e Diversidade, in José M. Leite Viegas e António Firmino da Costa (Org.), Portugal, Que Modernidade?, Oeiras, Celta Editora, (pp. 45-78) 1998.

ALMEIDA, Carlos Ferreira - Introdução ao Direito Comparado. Editora Almedina. 1998.

ALMEIDA, Geraldo da Cruz - Da união de facto, convivência more uxorio em direito internacional privado. Pedro Ferreira. Lisboa. 1999.

ALMEIDA, Miguel Vale de - Homoparentalidade, uma perspectiva antropológica. In Conferência no seminário sobre homoparentalidade, organização clube Safo, Instituto Superior de Psicologia Aplicada. Lisboa, 3 de Julho 2004.

ALMEIDA, Susana - O Respeito pela Vida Privada Familiar na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: A tutela das novas formas de família. Coimbra Editora, 2008.

ALOCUÇÕES, dos Papas - Paulo IV e João Paulo II ao Tribunal da Rota Romana, (pp. 260 e 263). [Em linha]. [consultado em 11 Abril e Setembro de 2012]. Disponível em www.vatican.va.

AMARAL, Ana Luísa; GABRIELA, Moita - Como se faz e se desfaz? O Armário: algumas representações da homossexualidade no Portugal de hoje. In AA.VV.,

Interdisciplinar a Teoria Estudos Gays, Lésbicos e Queer. ANTÓNIO FERREIRA CASCAIS (org.). Fenda. 2004.

AMNISTIA INTERNACIONAL - Documentos, relatórios e notícias sobre actuações homofóbicas e discriminatórias, na Polónia e nos noutros países da Europa e fora da Europa. [Em linha]. [Consultado em Setembro de 2012]. Disponível em http://www.amnistia-internacional.pt/index.php?option=com_content&view=article&id=387:polonia-projecto-de-lei-podera-violar-os-direitos-de-professores-e-alunos-e-reforçar-a-homofobia&catid=24:noticias&Itemid=84

ANUÁRIO ESTATÍSTICO DO INSTITUTO NACIONAL DE ESTATÍSTICA - Estudos Estatísticos. [Em linha]. [Consultado em 18 de Abril e em Agosto de 2012]. Disponível em www.ine.pt

ANUÁRIO TEMÁTICO SOBRE DEMOGRAFIA - Estudo das Estatísticas Demográficas referentes ao ano de 2010. In Revista do INE 70^a. Edição Anuário, publicado pelo INE em Janeiro de 2012. [Em linha]. [Consultado em Abril de 2012]. Disponível em PORDATA-Base de dados de Portugal Contemporâneo em www.pordata.pt.

ARAUJO, António - Crimes Sexuais contra menores. Entre o Direito Penal e a Constituição. Coimbra Editora. 2005.

ASCENÇÃO, José de Oliveira - O Direito, Introdução e Teoria Geral. 13.^a Ed., Coimbra: Almedina. 2005.

ASCENÇÃO, José de Oliveira - O Casamento de pessoas do mesmo sexo. In Revista da Ordem dos Advogados. Ano 71, Abril /Junho. 2011.

ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA - PT. Actividade Parlamentar e Processo Legislativo. Proposta de Lei 7/XI. [Em Linha] [Consultado Abril a Setembro de 2012]. Disponível em <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=35004>

ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA - PT. Actividade Parlamentar e Processo Legislativo: Destaques da Reunião plenária - 2012.02.24 (sexta-feira) 10:00 horas. [Em Linha]. [Consultado Abril, Junho e Setembro de 2012]. Disponível em http://www.parlamento.pt/Paginas/XIIL1S_RP20120224.aspx

BARRETO, António - Mudança Social em Portugal, 1960-2000. In António Costa Pinto (Eds.), Portugal Contemporâneo. Lisboa: Publicações Dom Quixote. 2005.

BARRETO, Ireneu Cabral - A Convenção Europeia dos Direitos do Homem, anotada, 3^a Edição. Coimbra Editora. 2005.

BECK-GERNSHEIM, Elisabeth - La reinención de la familia. Barcelona: Edições Paidós Contextos Ibérica. 2003.

BEILFUSS, Cristina Gonzales - Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Union Europea. Madrid: Marcial Pons. 2004.

BELEZA, Maria Teresa Couceiro Pizarro - Mulheres, Direito, Crime ou a Perplexidade de Cassandra. Lisboa: 1990.

BELEZA, Maria Teresa Couceiro Pizarro - Sem sombra de pecado - o repensar dos crimes sexuais na revisão do Código Penal, In AA.VV., Jornadas de Direito Criminal. Revista do Código Penal. Centro de Estudos Judiciários. 1995.

BELLON, Jacques - Direito soviético. Tradução Portuguesa. Coimbra. 1975.

BOGDAN, Michael - Registered Partnership and EC Law. In AA.VV., Legal Recognition of same-sex Couples in Europe, KATHARINE BOELE-WOELKI e ANGELICA FUCHS. Antuérpia: Edição Intersentia. 2003.

BOELE - WOELKI, Katharina;FUCHS, Angeliha - Legal Recognition of Same-Sex Couples in Europe. Antuérpia: Intersentia Publishers. 2003.

BOWEL-WOELKI, Katharina - Perspectives for the unification and harmonisation of family law in Europe., Oxford, New York: Eds. Antwerp Intersentia. 2003.

BOSWELL, John - Cristianismo, tolerância social y homosexualidad. Barcelona : Muchinik. 1993.

BOSWELL, John - Same-sex unions in premodern Europe. Nova Iorque: Vintage Books Editions. 1995.

BOLETIM DA ORDEM DOS ADVOGADOS - A família de facto e o interesse da criança. Boletim da Ordem dos Advogados nº 45. 2007.

BORRILLO, Daniel - O individuo homossexual, o casal do mesmo sexo e as famílias homoparentais: análise da realidade jurídica francesa no contexto internacional: Tradução EDUARDO REGO e revisão técnica MÁRCIA ARÁN. In Mundo Jurídico. 2005.

BRITO, Miguel Nogueira de; PEDRO, Múrias - Casamento entre Pessoas do mesmo Sexo. Edição Entrelinhas. 2008.

BRUNDAGE, J. A. - Law, sex, and Christian society in medieval Europe. Canadian Journal of History, V.. 23, nº 3. 1988.

BURGUIÈRE, ANDRÉ - História da Família, 4º V.. Lisboa: Terramar. 1999.

BURLESON, ELISABBETH - International Human Rights Law, Co-Parent Adoption, and the Recognition of Gay and Lesbian Families. In Loyola Law Review, V. 55, 2010. [Em linha]. [Consultado em 14 de Abril de 2012]. e Disponível <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/loyolr55&div=34&id=&page=>

CADERNOS TEMÁTICOS – [Em linha] [Consultado em Abril e Setembro]. Disponível em http://www.asg-plp.org/upload/cadernos_tematicos/doc_132.pdf. p. 4.

CAETANO, MARCELO - História do Direito Português. Lisboa: Verbo Editora. 2000.

CAETANO, MARCELO - Manual de Direito Administrativo, I V., Coimbra: Almedina. 1999.

CAMPOS, ABEL - A protecção dos direitos humanos na Europa: as instituições e o recurso supranacional. In o Cidadão Revista Direitos Humanos. Ano II, n.º 7-8. 2004.

CAMPOS, DIOGO LEITE – Nós - Estudos sobre os Direitos das pessoas. Coimbra: Edições Almedina. 2004.

CAMPOS, DIOGO LEITE - Lições de Direito da Família e das Sucessões. 2ª Edição. Coimbra: Almedina. 1997 e 2010.

CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES / MOREIRA, VITAL - Constituição da República Portuguesa Anotada I. Coimbra. 2007.

CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES - Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina. 1998.

CBS – Escritório de Dados Estatísticos Holandeses [Em linha]. Consultado em Abril , Maio e Agosto de 2012]. Disponível em <http://www.cbs.nl/enGB/menu/home/default.htm?Languageswitch=on>

CANTARELLA, EVA - Bisexuality in the ancient World. New Haven: Tradução de Comac Ó Culileanáin. Yale University Press. 1994.

CARBONNIER, JEAN - Flexible Droit. 5ª Edição. Paris: L.G.D.J. 1993.

CARBONNIER, JEAN - Droit Civile - Título 2 : La famille, l'enfant, le couple. V. I. Coleção Quadrige. Paris: P.U.F. 2002.

CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA - In Jornal Oficial das Comunidades (JOC) n.º 115, de 09.05.2008. [Em linha][Consultado em Abril e Setembro de 2012]. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/pt/index.htm>

CASAMENTO CIVIL SUÉCIA - [Em linha], [Consultado 12 Abril de 212]. Disponível em <http://casamentocivil.org/casamentocivil/news.asp?uid=100612C>

CASAMENTO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO - DINAMARCA: Casamento civil e matrimónio religioso abertos a gays e lésbicas: 10 de Junho de 2012. [Consultado em Abril e 20 de Agosto de 2012]. Disponível em <http://casamentocivil.org/casamentocivil/news.asp?uid=100612C>

Casamento entre pessoas do mesmo sexo no mundo – [Em linha]. [Consultado em Abril/Maio e em Setembro de 2012]. Disponível em [http://pt.wikipedia.org/wiki/Casamento entre pessoas do mesmo sexoer](http://pt.wikipedia.org/wiki/Casamento_entre_pessoas_do_mesmo_sexoeer)

CASAMENTO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO - ESPANHA: Casamento igualitário entra para o dicionário oficial de 26 de Junho de 2012. [Em Linha]

[Consultado em 18 de Agosto]. Disponível em <http://casamentocivil.org/casamentocivil/news.asp?uid=260612A>,

CATHERINE-ANNE MEYER - Homosexualités et droit: de la tolerance sociale à la reconnaissance juridique. Daniel Borrilo (dir.). Presses Universitaires de France. 1998.

CHILD, Welfare League of América - Posição Oficial do Child Welfare League of América: de 6 de Janeiro de 2012. [Em Linha]. [Consultado em Abril e Setembro de 2012]. Disponível em <http://familias.ilga-portugal.pt/posicao-oficial-child-welfare-league-of-america>.

CID, NUNO DE SALTER - Direitos Humanos e Família: quando os homossexuais querem casar. In Revista de Economia e Estudos Sociais (R.E.S.) n.º 66, Évora. 1988.

CID, NUNO DE SALTER - A Comunhão à margem do casamento: entre o facto e o direito. Coleção Teses. Coimbra: Livraria Almedina. 2005.

CIMBALO, GIOVANNI - Apertura del matrimonio civile e modifica della disciplina delle adozioni nella legislazione nei Paesi Bassi. Bologna: Libreria Bonomo Editrice. 2007.

CIRS - Lei n.º 135/99 de 28 de Agosto. [Consultado em Junho e Setembro de 2012]. Disponível http://www.igf.min-financas.pt/inflegal/codigos_tratados_pela_IGF/IRC/Leg_complementar/Lei_13599.htm

CIVIL PARTNERSHIP ACT - [Em linha]. [Consultado Abril, Maio, Setembro de 2012]. Disponível em <http://www.opsi.gov.uk/acts2004/pdf/ukpga>.

CARVALHO, Cláudia Constante - Trabalho desenvolvido no âmbito de uma investigação subsidiada pelo programa de Ciência da Junta de Investigação Científica e Tecnológica. Instituto Superior de Psicologia aplicada de Lisboa: BM/1948/91.

CÓDIGO CIVIL FRANCÊS - [Em linha]. [Consultado em Abril e Maio de 2012]. Disponível em <http://www.codigo-civil.org/archivado/codigos-civiles/codigos-civiles/>

CÓDIGO CIVIL HOLANDÊS - [Em linha]. [Consultado em Abril e Maio de 2012]. Disponível em <http://www.codigo-civil.org/archivado/codigos-civiles/codigos-civiles/>

COELHO, Francisco Pereira - Casamento e família no Direito Português. Coimbra: Almedina. 1986.

COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme - Curso de Direito de Família, Vol.I, Introdução ao direito matrimonial. Centro de Direito da Família, Coimbra: Coimbra Editora. 1988 e 2003.

COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme - Curso de Direito de Família Vol. II, Tomo I, Estabelecimento da Filiação Adopção. Coimbra: Coimbra Editora. 2006.

CORDEIRO, António Menezes - O Sistema Lusófono de Direito. In Revista da Ordem dos Advogados, R.O.A., Ano 70, Vol I/IV. 2010.

Convenção Europeia em Matéria de Adopção de Crianças – Gabinete de Documentação de Direito Comparado - [Em linha] [Consultado em Abril e Agosto de 2012]. Disponível em <http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-civil-comercial/ce/ce-58-rar.html>

CORDEIRO, António Menezes - Evolução do Direito europeu das sociedades. In Revista da Ordem dos Advogados, R.O.A., Ano 66, Vol. I. 2006.

COUQUELET, Catherine - La loi cohabitation légale, In Actualités du droit familiale, V. 33. 1999.

CORNU, Gerard - Droit Civil, La Famille. 8ª Ed. Paris: Editions Montchrestien. 2003.

CORNU, Gerard- La Famille. 8ª Ed. Paris, Editions Montchrestien, 2006.

CORTE-REAL, Carlos Pamplona; D'ALMEIDA, Luís Duarte/ MOREIRA Isabel - O casamento entre pessoas do mesmo sexo, três pareceres sobre a inconstitucionalidade dos artigos 1577.º e 1628.º, alínea e) do Código Civil. Almedina. 2008.

CORTE-REAL, Carlos Pamplona - Tópicos para uma reflexão crítica, Associação Académica da Faculdade de Lisboa (aafdl) .

COSTA, Mário Júlio de Almeida - História do Direito Português. 2ª Edição. Coimbra: Almedina. 1992.

COSTA, Marta Andrea Matos da Costa - Convivência More Uxorio na Perspectiva de Harmonização do Direito da Família Europeu : Uniões Homossexuais. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Coleção Teses: 1ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora. 2011.

COUQUELET, Catherine - La loi cohabitation légale, In Actualités du droit familiale, V. 33. 1999.

COURT'S WEBSITE – sapo – [Em linha]. [Consultado em Abril/Maio 2012]. Disponível em <http://www.echr.coe.int> e em <http://www.echr.coe.int/HUDOCED/Default.htm>.
CRONOLOGIA 90 - [Em linha][consultado em Maio e Setembro de 2012]. Disponível em <http://dossieractivista.no.sapo.pt/cronologia.90.htm>.

CRUZ, Guilherme Braga da - Obras Esparsas V. I e II – Estudos de História do Direito Antigo - 1ª e 2ª parte. Capítulo - Algumas considerações sobre o “perfiliation”. Biblioteca Geral da Universidade de Coimbra: VI.1979, e V. II. 1981.

CURRRY, Summer - Ian, All's Well that ends registerd? The Substantive and private international law aspects of non-marital registerd relationships in Europe. Antuerpia: Intersintia. 2005.

D'ALMEIDA, Luís; CORTE-REAL, Carlos Pamplona; MOREIRA Isabel - O casamento entre pessoas do mesmo sexo: Inconstitucionalidade dos artigos 1577.º e 1628.º, alínea e) do Código Civil. p . 56-79. Almedina. Coimbra. 2008.

DAUVILLIER, Jean - Le Mariage dans le droit classique de l'Eglise. Bordeaux : Paris, 1933.

DAVID, René - Os grandes Sistemas de Direito Comparado Contemporâneo. Direito Comparado. 2.^a Edição. Tradução: de HERMÍNIO A. CARVALHO. Lisboa. 1978.

Debates Parlamentares - Debates Parlamentares da sexta revisão constitucional. In D.r. n.º 4 II Serie de 28 de Janeiro de 2004.

Decreto-Lei n.º 322/90 de 18 de Outubro - [Consultado em Maio e Agosto de 2012]. Disponível em http://www.cga.pt/Legislacao/DL_19901018322.pdf

DEMÉTRIO, José - Homossexualidade. Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra. [Em linha] [Consultado em 18 de Agosto de 2012]. Disponível em <http://www4.fe.uc.pt/fontes/trabalhos/2003026.pdf>,

DIÁRIO DA REPÚBLICA ELETRÓNICO - [Em linha] [Consultado de Abril a Setembro de 2012]. Disponível em <http://dre.pt/>

DICIONÁRIO RELACIONAL - Casamento entre homossexuais. [Em linha] [Consultado em Abril e 16 de Agosto de 2012]. Disponível em <http://www.linguee.com.br/portuguesingles/search?source=auto&query=casamento+entre+homossexuais>.

DILP - Divisão de Informação Legislativa e Parlamentar da Assembleia - Casamento e outras formas de vida em comum entre pessoas do mesmo sexo. Temas, n.º 26. Maio, 2007. [Em Linha] [Consultado em Maio e Agosto de 2012] Disponível em http://www.asg-plp.org/upload/cadernos_tematicos/doc_132.pdf

DONATI - In Manuale di sociologia della famiglia. 2.^a Edição. Roma-Bari: Ed. Laterza 1999.

DUARTE, António de Sousa - Pela primeira vez no 25 de Abril gays e lésbicas no desfile da liberdade. Jornal 24 horas. 23 de Abril de 1999.

DUBY, George - Amor e Sexualidade no Ocidente. Lisboa: Terramar. 1991.

DUBY, George - Amor e Sexualidade no Ocidente. História da vida privada: do império romano ao ano mil, p. 85. Lisboa: Terramar. 1991.

EINGETRAGENE LEBENS-PARTNERSCHAF - Lei das Uniões Registadas – [Em linha]. [Consultado em Abril/Setembro 2012]. Disponível em <http://www.lsvd.de/lpartg/index.html> ;

ESMEIN, Adhémar - Le mariage en droit canonique. In Revue d' Histoire de L'Église de France V. 16, n.º 71, p. (279-281) 1930.

ESKRIDGE, William N. Jr. - A History of same-sex marriage. In Virginia Law Review n. 79. 1993.

Europe Direct- Email: [citizen_reply@edcc.ec.europa.eu] portal Europe Direct Centro de Documentação : pedido de dados estatísticos – [mensagem em linha] recebido a 30 Abril de 2012]. Disponível em

http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics_explained/index.php/Marriage_and_divorce_statistics#Fewer_marriages.2C_more_divorces

EUROPEAN PARLIAMENT - Resolução sobre a homofobia na Europa. [Em linha] [Consultado em Maio e Agosto de 2012]. Disponível em www.europarl.europa.eu/registo/documentos

FAVEIRO, Vitor; ARAÚJO, Laurentino - Código Penal Português Anotado. 7ª. Edição. Coimbra: Coimbra Editora. 1971.

FERNANDES, Catarina Cunha - Adopção de Crianças por candidatos homossexuais – análise jurídica. Verbo Jurídico Net. 2012. [Em linha] [Consultado em Agosto 2012]. Disponível em www.verbojuridico.net

FERREIRA, Pedro - HAMMURABI - The oldest Code of Laws in the World the code of laws promulgated by Hammurabi, King of Babylon b.c.. Projecto Gutenberg Literary Archive Foundation (2005)

FONSECA, Sara ; VIDAL, Sara Louraço; LOURENÇO, Silvia - Os movimentos femininos em Portugal no século XX: o caso particular do MDM.Lisboa: Núcleo de Estudantes de História do Instituto Superior das Ciências do Trabalho e da Empresa, [s.d.].

FORGEOT-FLORA, Leroy - Le Droit et le Couple Homosexuel. Edição Odile Jacob. 2001.

FRUMER, Philippe - La discrimination fondée sur le orientation sexuelle dans les relations de partenariat ou de cohabitation une question de intérêt general devant la Cour européenne des droits de l` homem. In RTDH, 1eme année, n,º 59. 2004.

GIDDENS, Anthony - Modernidade y identidade del yo. Madrid: Península. 1995.

GLENDON, Mary Ann - Patterns of Contemporary Legal Response to the Social Phenomenom of the fact Marriage. In Konflikt und Ordnung, Festschrift für Murad Ferid Zum 70. Geburtstag. Muchen: C.H.Beck. p.492- 493. 1978.

GLENDON, Mary Ann - Law and family. Amsterdam, New Yorq, Oxford: Norh-Hollanda Publications.2003.

GLENDON, Mary Ann - The Transformation of Family Law – State Law and family in the United States and Western Europe. The University of Chicago Press. Ed. 1996.

GONZÁLEZ, Isabel Lázaro - Las unions de hecho en derecho internacional privado espanol. Madrid: Tecnos. 1999

GUARDIAN NEWSPAPER - [Em linha].[Consultado 29 de Abril e 9 de Setembro 2012].Disponível em <http://www.guardian.co.uk/> .

GUADEMET Tallon, Hélène - La Désunion du couple en droit intenational privé. In Rec. Cour, V. I p. 161. 1991.

HAMMURABI - The Oldest Code of Laws in the World: The code of laws promulgated by Hammurabi, King of Babylon B.C. (2285-2242). Project Gutenberg Literary Archive Foundation. 2005.

HILTUNES, Rainer; WAADIJK, Kess - Major legal consequences of marriage, cohabitation and registered partnerships for different-sex and same-sex partners in Finland. In AA.VV. More or less together: levels of legal consequences of marriage, cohabitation and registered partnerships for different-sex and same-sex partners: a comparative study of nine European countries, International research project on same-sex unions in Europe. Documents de travail 2005. Institute Nacional d'Etudes Démographiques n.º 125. Paris: Ed. Ined. 2005.

HOMOSSEXUALIDADE, em Espanha - [Em Linha][Consultado em 18 de Agosto de 2012]. Disponível em http://pt.wikipedia.org/wiki/Homossexualidade_na_Espanha,

IGLESIAS, Rodrigues;GÁLVEZ, Alejandro Valle - El Derecho Comunitário y Las relaciones ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Triunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales constitucionales nacionales. In Revista de derecho comunitário europeo, n.º2. 1997.

ILGA EUROPE - International Lesbian and Gay Association, fundada em 1978. [Em linha] [Consultado em Abril, Agosto e Setembro de 2012]. Disponível em www.ilga.org/index.asp

ILGA-PORTUGAL – Artigo publicado no site da ILGA: Expresso on line 27 de Junho de 2010: Islândia - Primeira Ministra da Islândia: Johanna Sigurdardottir é a primeira homossexual a casar-se no dia em que entrou em vigor a nova lei. [Em Linha] [Consultado em 18 de Agosto de 2012]. Disponível em <http://www.ilga-portugal.pt/noticias/113.php>,

INSTITUTO DA ADOÇÃO EVAN B. DONALDSON - [Consultado em Julho e Agosto de 2012]. Disponível em <http://www.adoptioninstitute.org/index.php>

INSTITUTO NACIONAL DE ESTATÍSTICA - Anuário Estatístico de Portugal 2010. [Em Linha] [Consultado em Maio e Agosto de 2012] Disponível em www.ine.pt,

INSTITUTO NACIONAL DE ESTATÍSTICA - Casamentos celebrados entre pessoas do mesmo sexo (feminino), segundo local de registo. . [Em Linha] [Consultado em Maio e Agosto de 2012] Disponível em http://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_indicadores&indOcorrCod=0006450&contexto=bd&selTab=tab2,

INSTITUTO NACIONAL DE ESTATÍSTICA - Casamentos celebrados entre pessoas do mesmo sexo (masculino), segundo local de registo. [Em Linha] [Consultado em Maio e Agosto de 2012]. Disponível em http://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_indicadores&indOcorrCod=0006448&contexto=bd&selTab=tab2, em 18 de Agosto de 2012.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTATÍSTICA - Proporção de casamentos católicos (%) por Local de Residência. Consultado no site http://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_indicadores&indOcorrCod=0000602&contexto=bd&selTab=tab2

INSTITUTO NACIONAL DE ESTATÍSTICA - Revista de Estudos Demográficos n.º 33, consultado no site http://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_publicacoes&PUBLICACOESpub_boui=378572&PUBLICACOESstema=55466&PUBLICACOESmodo=2&xlang=pt

ITABORAHY, Lucas Paoli - Relatório da ILGA sobre a Homofobia do Estado. [Em linha] [Consultado em 18 de Agosto de 2012]. Disponível em [http://old.ilga.org/Statehomophobia/ILGA_Homofobia do Estado 2012.pdf](http://old.ilga.org/Statehomophobia/ILGA_Homofobia_do_Estado_2012.pdf).

JAMES, Henry - Boston Marriage, a CurtainUp London review. [Em linha]. [Consultado em Abril e Maio de 2012]. Disponível em http://womenshistory.about.com/od/bostonmarriage/a/boston_marriage.htm

JAN, Latten - Journal Article: Royal Dutch Geographical Society KNAG. Tijdschrift voor Economische en Sociale Geografie 01/2005; 96(4), p. 444-451.

JORNAIS OFICIAIS E PORTAIS INSTITUCIONAIS - Dinamarca - [Consultado em 28 de Abril e novamente em 27 de Julho de 2012]. Disponível em <http://dre.pt/ue/dinamarca.html>,

JORNAL OFICIAL DA COMUNIDADE EUROPEIA - Todos os JOC citados - [Em linha]. [Consultado de Abril a Setembro de 2012] Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/pt/index.htm> e em <http://vlex.pt/tags/jornal-oficial-da-comunidades-europeias-1271797> ;http://www.drapc.min-agricultura.pt/base/legislacao/descricao_joce.htm

KASER, Max - Direito Privado Romano. Trad. Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1999.

LASARTE, CARLOS - De la pensión a la compensación: el trunfo de la temporalidade, in Família, matrimónio y divorcio en los albores del siglo XXI. 2005. Madrid El Derecho Editores.2006

LECRERQ, Jaques - A Família. Tradução Portuguesa Emérico Gama. São Paulo: Editora Univerisdade de São Paulo 1968.

Lei 7/2001 de 11 de Maio - Lei Publicada no D.R. N.º 109 Serie I-A de 2001-05-11-revogou a anterior lei das uniões de facto - Lei 135/99 de 28 de Agosto. [Em linha] [Consulta em Maio e Agosto de 2012]. Disponível em <http://dre.pt/pdf1s/2010/05/10500/0185301853.pdf>

Lei n.º 9/2010 de 31 de Maio - Lei Publicada no D.R. N.º 105 Serie I-A de 2010-05-31 [Em linha] [Consulta em Maio e Agosto de 2012]. Disponível em <http://dre.pt/pdf1sdip/2001/05/109A00/27972798.PDF>

Legislação e Decisões do Tribunal - Legislação europeia e Acórdãos do TDEU - Google - [Em linha]. [Consultado em Julho/Agosto 2102]. Disponível http://www.google.com/hostednews/afp/article/ALeqM5hWwYyPZn7oYAmbk3GAq_ZzDSFAFA e http://pt.wikipedia.org/wiki/Legisla%C3%A7%C3%A3o_sobre_a_homossexualidade_n_o_mundo http://pt.wikipedia.org/wiki/Casamento_entre_pessoas_do_mesmosexo.

Lei integral das Uniões Registada, [Em linha] [Consultada Abril/Maio 2012]. Disponível em <http://147.29.40.90/SHOW-B539976057/1877&a19890037230REGL&0001>

Lei - Relativa à cessação de discriminações das uniões homossexuais: uniões registadas, posteriormente alterada pela Lei de 15 de Dezembro de 2004, in BGBI, 2004, p.3396.[Em linha] [Consultada em Maio 2012]. e Disponível em www.lebenspartnerchaft.net

LEI - Lei Islandesa, as uniões de facto entre pessoas do mesmo sexo na Islândia. [Consultado em 18 Agosto 2012] disponível em <http://www.ilga-portugal.pt/noticias/113.php>.

LEI SUECA DA ADOPÇÃO - Lei 2002/603 e Lei 2004/2005 - [Em linha]. [Consultado em Maio e Agosto de 2012]. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:72008L0048:EN:NOT>

LEITE, SOFIA - A União de Facto em Portugal. In Revista de Estudos Demográficos, Nº 33, Lisboa: INE. 2003.

LEVINET, MICHEL - Couple et vie Familiale. In Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention Européenne des droits de l'home. Nemesi, Bruylant, Bruxelles: Frederic Sudre. 2002

LIMA, Fernando Andrade Pires de ; VARELA, João de Matos Antunes Varela - Código Civil Anotado Vol. IV. V.. Coimbra Editora. 1995.

LOURENÇO, Sílvia - Os Movimentos Femininos em Portugal no séc. XX [Em linha]. [Consultado em Maio de 2012]. http://neh.no.sapo.pt/documentos/os_movimentos_femininos_em_portugal.htm

Lov om registeret partneska - Lov n.º 372, de 07 de Junho de 1989. [Em linha] [Consultado em Abril, Maio e revista em Agosto de 2012].Disponível em www.ilga-europe.org e <http://dre.pt/ue/dinamarca.html>,

Lov om registrert partnerskap - Lov n.º 40, 30 de Abril de 1993. [Em linha]. [Consultado em Abril/Julho/ 2012]. Disponível em www.lemur.unisa.it

MAIA, ANABELA - Ordenações Afonsinas. Livro V. Título XXIII Coimbra: Instituto de História e Teoria das Ideias da Faculdade de Letras de Coimbra.

MELO, Guilherme José de - GAYVOTA um olhar (por dentro) da homossexualidade. Lisboa: Jornal "Diário de Notícias". 2002.

MENDES, João de Castro - Direito Comparado. AAFDL. 1983.

MENDES, João de Castro - Direito da Família. Edição revista por Miguel Teixeira de Sousa. AAFDL. 1990/91.

MEYER, Catherine Anne - Homosexualités et droit. Paris: Press Universitaires de France. 1998.

MOITA, Maria Gabriela - Discursos sobre a homossexualidade no contexto clínico. A homossexualidade os dois lado do espelho; Dissertação de Doutoramento do Instituto de Ciências Biomédicas Abel Salazar. Universidade do Porto. 2001.

MORAL, Maria Jesus Gutiérrez Del - El derecho a no contraer matrimonio. In derecho di familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el derecho comparado. Vizcaya: Serv. Edit. Universidad Pais Vasco. 2001.

MOREIRA, Isabel - Casamento entre pessoas do mesmo sexo: Três pareceres sobre a inconstitucionalidade dos artigos 1577.º e 1628.º, alínea e), do Código Civil. Almedina. Abril 2008.

NAPHY, William - Born to be Gay - História da Homossexualidade. Tradução de Jaime Arújo. Edições 70. 2006.

NIELSEN, Linda - Family Rights and The Registered Partnerships in Denmark.

Ed. I. J. L. & Fam. 1990.

NOVAIS, Jorge Reis - Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa. Coimbra Editora. 2004

NOVAIS, Jorge Reis - Direitos Fundamentais, Trunfos contra a maioria. Coimbra, 2006.

OLIVEIRA, Guilherme de - Regime Jurídico do apadrinhamento civil. Coimbra: Coimbra Editora. 2011.

OLIVEIRA, Guilherme de - Um Direito de Família Europeu ? (Play it again and again Europe!) . In Código Civil para a Europa. Coimbra Editora. 2002.

OSÓRIO, LUIÍS - Notas ao Código Penal Português, Vol. II, 2ª ed., e Vol. III. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora. 1923- 1924.

OTOSSON, DANIEL - Relatório da ILGA sobre a Homofobia do Estado, Maio de 2012. [Em linha]. [Consultado Agosto e Setembro de 2012]. Disponível em www.ilga.org/statehomophobia/homofobia-do-Estado-ILGA.2008.pdf,

PAIS, Sofia Oliveira; SOUSA, António Frada de - A União de facto e as uniões registadas de pessoas do mesmo sexo - uma análise de direito material e direito conflitual. In Revista da Ordem dos Advogados, ano 59, n.º 2, Abril. 1999.

PARLAMENTO EUROPEU E ACÓRDÃOS DO TEDU: [Em linha]. [Consultado em Abril e Maio de 2012] Disponível em <http://europa.eu/geninfo/query/resultaction.jsp?page=1>

PARLAMENTO PORTUGUES - Actividade Parlamentar - [Em linha].[Consultado em Maio e Setembro de 2012]. Disponível em <http://www.parlamento.pt/Paginas/default.aspx>

PARTNERSHIP ACT - DENMARK. [Em linha] [Consultado em Abril/Agosto de 2012]. Disponível em <http://www.grd.org/grd/world/europe/denmark/registered.partnership.act.with.amendments>,

PEINADO, F. LARA - Código Hammurabi. Estudio preliminar, traducción y notas. 2ª Ed. Madrid. 1992.

PINHEIRO, Duarte Jorge - O ensino do Direito da Família Contemporâneo. Lisboa: AAFDL. Novembro de 2008.

PINHEIRO, Duarte Jorge - Direito da Família e das Sucessões. V. I e V. II. 2ª Edição. AAFDL.2005/2006.

PITÃO, José António de França Pitão - União de Facto e Economia Comum. 3ª Edição. Ed. Almedina. 2011.

PORDATA (2010) -, Base de Dados de Portugal Contemporâneo. 70ª Edição [Em linha].[Consultado em Abril de 2012]. Disponível em www.pordata.pt.

PORTUGAL GAY PT «ESPANHA: Aprovada lei que permite casamento entre homossexuais de 30 de Junho de 2005. [Em linha]. [Consultado em 20 de Agosto de 2012] Disponível em [http://portugalgay.pt/news/300605C/espanha: aprovada lei que permite casamento entre h omossexuais](http://portugalgay.pt/news/300605C/espanha:aprovada-lei-que-permite-casamento-entre-homossexuais), em 20 de Agosto de 2012.

PROCURADORIA-GERAL DISTRITAL DE LISBOA - Apadrinhamento. Protecção de menores. Articulação da área de família e menores com a investigação da violência doméstica. [Em linha] [Consultado em Julho e Agosto de 2012] Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/docpgd/doc_mostra_doc.php?nid=180&doc=files/doc_0180.htmlv

PROJECTO-LEI N.º 126/XII/1.ª - Eliminação da impossibilidade legal de adopção por casais do mesmo sexo. Primeira alteração à lei n.º 9/2010, de 31 de Maio, segunda alteração à lei n.º 7/2001, de 11 de Maio, e primeira alteração ao decreto-lei n.º 121/2010, de 27 de Outubro. Bloco de Esquerda. Grupo Parlamentar. [Em linha] [Consultado em Maio e Agosto de 2012]. Disponível em <http://www.ilga-portugal.pt/ficheiros/pdfs/projetoADOCABe2011.pdf>

PROJECTO-LEI - Projectos sobre a eliminação da impossibilidade legal da adopção por casais do mesmo sexo. Projectos-Lei : N.º 127/XX/1ª; N.º 178/XXII; N.º 131/ XX [Em Linha]. [Consultado em Maio, Agosto em /Setembro de 2012].Disponível em <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=35004>; <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=35004>; <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=35011> e em <http://app.parlamento.pt/ARschars>

RADIO NEDERLAND WERELDOMROEP BRASIL (RNW) - Dez anos de casamento entre pessoas do mesmo sexo na Holanda. [Em linha]. [Consultado em 18 de Agosto]. Disponível em <http://archieff.rnw.nl/portuques/article/dez-anos-de-casamento-entre-pessoas-do-mesmo-sexo-na-holanda>,

RAINER Hiltunen e KEES Waaldijk - Major legal consequences of marriage, cohabitation and registered partnership for different-sex and same-sex partners in Finland. [Em linha]. [Consultado em Abril/Maio 2012]. Disponível em <https://same-sex.web.ined.fr/pdf/DocTrav125/05Doc125Finland.pdf>

RALLO, Vito - Introdução ao direito matrimonial - Discurso de Monsenhor Vito Rallo 15 Setembro 2004. [Em Linha] [Consultado em 23 de Abril de 2012]. Disponível em

WWW:<URL:http://www.vatican.va/roman_curia/secretariat_state/2004/documents/rc_seg-st_20040915_ciec-rallo_po.html>.

RAMIÃO, Tomé D´Ameida - Apadrinhamento Civil - Anotado e Comentado. Quid Juris Sociedade Editora, 2011.

RAPOSO, Vera Lúcia - Da Moralidade à Liberdade: o bem Jurídico tutelado na criminalidade sexual. In AA.VV. Liber Discipulorum para Jorge Figueiredo Dias. Coimbra Editora. 1985.

Reforma Protestante - Dados históricos da Reforma Protestante. [Em linha]. [Consultado em Abril e Agosto de 2012]. Disponível em www.infopedia.pt/reforma-protestante

RELATÓRIO DA EUROSTAT - Relatório da Eurostat de Outubro de 2011. [Em linha]. [Consultado em 18 de Agosto de 2012]. Disponível em http://europa.eu/documentation/statistics-polls/index_pt.htm,

Resolução - Resolução sobre a igualdade de direitos dos homens e mulheres homossexuais na Comunidade Europeia, de 08.02.1994. In JO C 61, de 28.02.1994, pp. 40. [Em linha] [Consultado Abril/Setembro 2012]. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/pt/index.htm>

Resolução - Resolução sobre a homofobia. In JO C 124, de 25.05.2006, p.410, ponto 24. [Em linha]. [Consultado Abril/Setembro 2012]. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/pt/index.htm>

Resolução - Resolução sobre o respeito dos Direitos do Homem na União Europeia, de 17/02/1998. In JO C 80, de 16/03/1998, pág. 50, pontos 67-68. [Em linha]. [Consultado em Abril e Maio de 2012]. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/pt/index.htm>

Resoluções - Todas as resoluções citadas. [Em linha]. [Consultado em Abril/Maio de 2012]. Disponível em <http://www.echr.coe.int/HUDOCED/Default.htm><http://www.echr.coe.int>
<http://europa.eu/http://www.europarl.europa.eu/parliament/public/staticDisplay.do;jsessionid=67E2A0D3C4CA6F948922BE67CA4DAD11.node1?id=146&language=PT>

REVISTA DE ESTUDOS DEMOGRÁFICOS - Revista do INE n.º 32 de 2002. Lisboa: LISBOA-INE. 2002. [Em linha] [Consultado em Maio e Agosto de 2012]. Disponível em www.ine.pt

REVISTA DE ESTUDOS DEMOGRAFICOS - Revista do INE n.º 33 de 2002. Lisboa: LISBOA-INE. 2011. [Em linha] [Consultado em Maio e Agosto de 2012]. Disponível em www.ine.pt

REVISTA JULGAR - O casamento e outras formas de vida em comum entre pessoas do mesmo sexo. In Revista Julgar n.º 4, Janeiro - Abril 2008. Coimbra Editora, 2008.

REVISTA JULGAR- Revista Julgar n.º 14, Maio - Agosto 2011. Coimbra Editora. 2011.

RATO, VANESSA - Homossexualidade, naturismo e casamento antes e depois da Revolução dos Cravos. In Jornal Público de 25 Abril de 1999. [Em linha] Consultado em Julho e Agosto de 2012]. Disponível em <http://dossieractivista.no.sapo.pt/cronologia90.htm>

ROBERT BOGDAN, Sari Biklen - Investigação qualitativa em educação. Porto Editora. 2000.

ROSA, MARIA JOÃO VALENTE / CHITAS, PAULO - Os números em Portugal. Fundação Francisco Manuel dos Santos: Ed. Relógio de Água. 2010.

ROTH, MARIANNE - The Norwegian Act on Registered Partnership for Homosexual Couples. 35 U. Louville J. Fam. L. 1996.

ROUSSEL, Aline - A política dos corpos: entre procriação e continência em Roma. In Pantel. Pauline Schmitt [org] - História das Mulheres: A Antiguidade. Porto: Afrontamento. 1993.

SÁ, Eduardo; CUNHA, Maria José - A Fertilização do Sonho. In: FREIRE, Fernando - Abandono e Adopção: contribuições para uma cultura da adopção. 20ª Edição. Curitiba: Associação Brasileira Terra dos Homens, 2001.

SÁ, Eduardo; SOTTOMAYOR, Maria Clara - Abandono e adopção. Almedina 2008.

SÁ, Eduardo - A família por dentro e por fora. XIS, 238, 2003.

SANTOS, Ana Cristina - Direitos Humanos e Minorias Sexuais em Portugal: O jurídico ao serviço de um novo movimento social. In Indisciplinar a Teoria. Estudos Gays, Lésbicos e Queer, António Ferando Cascais [org.] Fenda. 2004.

SANTOS, Ana Cristina - A Lei do Desejo. Direitos Humanos e minorias sexuais em Portugal. Edições Afrontamento. 2005.

SANTOS, Boaventura Sousa - Os Filhos de Afecto : A Evolução a Caracterização do Instituto da Adopção em Portugal. In Uma reforma da justiça civil em avaliação. A adopção: os bloqueios de um processo administrativo e jurídico complexo. Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, Centro de Estudos Sociais, Faculdade de Economia. Universidade de Coimbra. 2002.

SANTOS, DUARTE - Mudam-se os tempos, mudam-se os casamentos? O casamento entre Pessoas do Mesmo Sexo e o Direito Português. Coimbra: Colecção Teses. Coimbra Editora. 2009.

SCHLOSSER AKTUELL - Information Aus Recht Und Steuern. Archiv für die 'Lebenspartnerschaft' Kategorie. [Em linha] [Consultado em Maio e Agosto de 2012] Disponível em <http://www.lebenspartnerschaft.net/>

SCHMITT, Pauline - Historia das Mulheres. Porto: Afrontamento. 1993

SOTTOMAYOR, Maria Clara - A nova lei da adopção. In Direito e Justiça, V. XVIII, Tomo II. 2004.

SVOLAINEN, Matti - The Finnish and Swedish Partnership Acts -Similarities and Divergencies. In AA.VV. Legal Recognition of Same-Sex Couples in Europe. Antuérpia: Intersentia. 2003

TIJDSCHRIFT, Voor - Journal Article: Royal Dutch Geographical Society KNAG-Economische en Sociale Geografie ; 96(4), (pp. 444-451). 2005.

TOMÉ, Ramião D'Almeida - Regime Jurídico Actual da Adopção. 2ª Ed. Quid Juris. 2007.

TORRES, Anália Cardoso - Trajectórias dinâmicas e formas de conjugalidade, assimetrias sociais e de género no casamento. Dissertação de doutoramento em Sociologia. Lisboa: ISCTE. 2002.

TRADUÇÃO DE LEGISLAÇÃO E ACÓRDÃOS – [Em linha] [Consultado de Abril a Setembro]. Disponível em <http://www.linguee.com.br/portugues-ingles/search?source=auto&query=casamento+entre+homossexuais>,

UK PUBLIC GENERAL ACTS - [Em linha][Consultado em 28 de Abril e 27 Julho de 2012]. Disponível em <http://www.legislation.hmso.gov.uk/acts20040033.htm>, em 28 de Abril de 2012

VARELA, João de Matos Antunes; Lima, Pires de - Código Civil Anotado. Coimbra Editora. 2010. ISBN 978972320788

VARELA, João de Matos Antunes - Direito da Família. 5ª Ed. Livraria Petrony. 1999.

VERSCHRAEGEN, Bea - The right to private life and family, The right to marry and to found a family, and prohibition of discrimination. In AA.VV. Legal Recognition of same-sex couples in Europe; BOELE-WOELKI, Katerina; Angelika Fuchs. Intersentia.

VEYNE, Paul - O Império Romano. In ARIÈS, Philippe; DUBY, Georges (org.)História da Vida Privada: Do Império Romano ao Ano Mil. Tradução Armando Luís Carvalho Homem. Porto: Afrontamento.1989.

VIANA, Marco Aurélio - Da união estável. São Paulo: Saraiva. 1999.

VIEGAS, José M. Leite; COSTA, António Firmino da - Portugal. Que Modernidade? Oeiras: Editora Celta. 1998.

VOLTERRA, Edoardo - In Concubinato-Direito Romano. Novss. Dig. It. V. III. 1957.

WINTEMUTE, Roberto - Sexual Orientation and the Canadian Charter. Oxford: Clarendon Press.1995.

ZUMTHOR, PETER - Atmosferas : entornos arquitectónicos : as coisas que me rodeiam. Trad. Astrid Grabow. 2.ª Ed. Barcelona : Gustavo Gili. 2009.

BIBLIOGRAFIA

ADRAGÃO, Paulo Pulido - Casamento entre Pessoas do mesmo sexo? Pressupostos Fundamentais da Questão. Lisboa: Faculdade de Direito. 2006.

AGELL, Anders - The Swedish legislation on marriage and cohabitation. In the American Journal of comparative law, n.º 29. 1981.

ALBUQUERQUE, Catarina de - Os direitos da Criança em Portugal e no mundo globalizado - o princípio do interesse superior da criança, em AA.VV., Direitos das Crianças. Coimbra: Coimbra Editora. 2004.

ALMEIDA, Miguel Vale de - O casamento entre pessoas do mesmo sexo. Sobre Gentes Remotas e Estranhas numa Sociedade Decente. Revista Crítica de Ciências Sociais N.º 76. 2006.

ASCENSÃO, José de Oliveira - Procriação medicamente assistida e Direito. In Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martinez, Vol. I. Coimbra: Almedina. 2000.

AZAVAVANT, Marc - La Cour de cassation dit non au mariage homosexuel. In Droit de la Famille n.º 4, 12.º ano. Abril 2007.

BASTOS, Jacinto Fernandes Rodrigues - Direito da Família, V. VI. Lisboa: Livraria Petrony. 1976/1980.

BELEZA, Maria Leonor Pizarro - Direito da Família. Apontamentos das Lições proferidas no 3º ano, Ano lectivo de 1980/81. Lisboa: Edição A.A.F.D.L.. 1980.

BOELE-WOELKI, K. - Europe Challenges In Contemporary Family Law. Intersentia. 2008.

BORGES, Beatriz Marques - Protecção de Crianças e Jovens em Perigo (Comentários e anotações à Lei n.º 147/99 de 1 de Setembro). Coimbra: Almedina. 2007.

CADILHA, António - O impacto da Carta dos Direitos Fundamentais da EU no sistema da tutela jusfundamental no espaço europeu, in AA.VV. Estudos Comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Almedina. 2008.

CALÓ, Emanuel - Le convivenze resgistrate in Europe: verso un secondo regime patrimoniale della famiglia. Milano: Giuffrè Editore. 2000.

CAMPOS, Diogo Leite de - Ascensão e declínio da Instituição jurídica do matrimónio. RBDC Julho. 1990.

CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital - Constituição da Republica Portuguesa Anotada, I.. Coimbra: Coimbra Editora. 2007.

CANTÓN, Alberto Bernardes - Compendio de Derecho Matrimonial Canónico. 9ª Edição: reimpressão. Madrid: Tecnos. 2006.

CARRILHO, Maria; Patrício, Lurdes - A situação demográfica recente em Portugal. In Revistas de Estudos Demográficos, n.º 38. 2005.

COELHO, Francisco Pereira; Oliveira, Guilherme - Introdução ao Direito Matrimonial. Coimbra: Coimbra Editora. 2003.

COELHO, João Parracho Tavares - A família perspectiva evolutiva do conceito tradicional. In Revista do Ministério Público n.º 54, ano 14.º, Abril/Junho. 1993.

CORDEIRO António Menezes - Tratado do Direito Civil Português I, Tomo I. 2ª Edição. Almedina. 2007.

CORDEIRO António Menezes - Evolução do Direito Europeu das sociedades. In Revista da Ordem dos Advogados, Ano 66, V. I.. 2006.

CORTE-REAL Carlos Pamplona - Direito da família e das Sucessões, Relatório apresentado no concurso para professor associado da Faculdade de Direito de Lisboa, suplemento da RFDUL. Lisboa: Lex. 1996.

CORTE-REAL Carlos Pamplona - Os efeitos familiares e sucessórios da procriação medicamente assistida, estudos de homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, Vol I. Coimbra: Coimbra Editora. 2002.

CORTE-REAL, Carlos Pamplona - Da índole pretensamente heterossexual do instituto do casamento, texto elaborado como comunicação no âmbito do Fórum do Casamento entre pessoas do mesmo sexo, que teve lugar no ISCTE, nos dias 11 e 14 de Novembro de 2005. [Em linha] [consultado em Maio e Junho de 2012]. Disponível em <http://pwep.netcabopt>.

CORREIA, António de Arruda Ferrer - Lições de Direito Internacional Privado. Coimbra: Livraria Almedina. 1973.

COSTA, Marta Andrea Matos da - A intervenção da União Europeia na Harmonia do Direito da Família. Família 2006.

CURA, António Vieira - A União de Facto no Direito Romano. In Juris et Iure. Porto: 1998.

DIAS, Jorge Figueiredo - Comentário Conimbricense do Código Penal, V. I, II.. Coimbra Editora. 1999.

DIAS, Pedro Branquinho Ferreira - A adopção de crianças por casais homossexuais, sim, não ou talvez?. Lex familiae n.º 4. 2005.

DICIONÁRIO DE LINGUA PORTUGUESA. Porto Editora. 2011.

DICIONÁRIO MODERNO DE LINGUA PORTUGUESA. Vários. Porto Editora: ISBN 9789720014962. 2011.

DICIONÁRIO MODERNO INGLÊS-PORTUGUÊS-INGLÊS. Porto Editora: ISBN: 9789720014757. 2011.

DICIONÁRIO ESCOLAR PORTUGUÊS FRANCÊS. Porto Editora: ISBN: 9789720015617. 2011.

DICIONÁRIO ACADÉMICO PORTUGUÊS ESPANHOL. Porto Editora: ISBN: 9789720057556. 2011.

DOUET, Frédéric - Les apports des Pacs sur la situation fiscale des concubins ou les charmes fiscaux discrets du Pacs. In Droit de La famille, hors série, déc. 1999.

EKBERG, Birger - La cooperation scandinave em matere de legislation. In L' Unification du Droit of Law. 1948.

EPIFANO, Rui; LEANDRO, Armando Gomes - A adoção - sentido e alcance da evolução legislativa, em AA.VV., Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, Vol. I, Direito da Família e das Sucessões. Coimbra: Coimbra Editora. 2004.

FALLON, Marc - Droit familial e droit des communautés européennes. In Reveu trimestrielle de droit familial, n.º 3. 1998.

FRANK, Rainer - Family Law and the Federal Republic of Germany's basic Law. In international journal of law, policy and the family, V. 4, nº 2. 1990.

FURTADO, Jorge Pinto - Manual de Arrendamento Urbano. Livraria Almedina. 2011.

GRANT, Brenda - Comments and cases on Same-Sex Marriage. South African Journal on Human Rights 12. 1996.

GROSS, Martine - L'Homoparentalité. 2ª Ed. Paris: PUF. 2005.

JARDIM, Mónica - Breve análise da nova lei da adoção (Lei n.º 31/2003, de 22 de Agosto), em AAVV, Direito da Infância, da Juventude e do Envelhecimento. Coimbra: Coimbra Editora. 2005.

JORGE, Duarte Pinheiro - Adoção em Portugal, em Dário Moura Vicente, Direito Comparado. Perspectivas Luso-americanas. Vol. I. Coimbra: Almedina. 2006.

LEROY, Forget Fora; Mérary, Caroline - Le couple homosexuel et le droit. Editions Odile Jacob. 2001.

MACHADO, Batista - Lições de Direito Internacional Privado. Coimbra: Livraria Almedina. 1990.

MARQUES, João Paulo Remédio - Transexualidade: o reconhecimento judicial da mudança de sexo e o direito português. Alguns problemas. In Tribuna da JUSTIÇA N.º 36 e N.º 37.

MELLO, Michael - For today, I'm Gay: The Unfinished Battle for Same-Sex Marriage in Vermont. Vermont Law Review 25. 2000.

MENDES, João de Castro - Família e Casamento. In Estudos sobre a constituição, Jorge Miranda (coord.) V. I. Petrony. 1977.

MIRANDA, Jorge - Manual de Direito Constitucional, Tomo IV. 3ª Edição. Coimbra Editora. 2000.

MIRANDA, Jorge - Constituição Portuguesa anotada, T. I. Coimbra: Coimbra Editora. 2005.

MONTEIRO, Maria del Carmen Garcimartín - El sistema matrimonial de Estados Unidos. Navarra: Editorial Aranzadi. 2006.

MOREIRA, ISABEL - A solução dos Direitos, Liberdades e Garantias e dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais na Constituição Portuguesa. Coimbra: Almedina. 2007.

MOUSTARIA, Elina - Matrimnios del mismo sexo: un estudio comparativo de la realidad jurídica en vários países. In família, matrimónio y divorcio em los albores del sglo XXI. El derecho Editores. 2006.

NAVARRO, Susana Navas - Matrimónio homossexual y adopción: Perspectiva nacional e internacional. Madrid: Editorial Réus. 2006.

NETO, Abílio - Código Civil Anotado. Editora Ediforum. ISBN: 9789728035983. 2012.

NETO, Renato Avelino de Oliveira - Contrato de Coabitação Na União de Fato, Confronto entre o Direito Brasileiro e Português. Almedina. 2006.

PASCALÉ, Salvahe-Gerest - L' Adoption. Paris: Dalloz. 1992.

PINHEIRO, Jorge Duarte - A Adopção em Portugal, em Dário Moura Vicente (coord.) Direito Comparado. Perspectivas Luso-Americanas/Comparative Law Portuguese American Perspectives, Vol. I. Coimbra: Almedina. 2006.

PINHEIRO, Luís de Lima - O reconhecimento de decisões estrangeiras em matéria matrimonial e de responsabilidade parental - Regulamenta (CE) n.º 2201/2003, do conselho, de 27 de Novembro de 2003. In R.O.A. 2006.

PINTO, Fernando Brandão Ferreira - Dicionário de direito da família e de direito das sucessões. Livraria Petrony. 2004.

PITÃO, José António de França - Os novos casamentos ou a crise do casamento tradicional no direito português, em AA.VV., comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1997, V. I, Direito da Família e das Sucessões. Coimbra: Coimbra Editora. 2004.

PROENÇA, José João Gonçalves - Direito da Família. 3ª Edição. Lisboa: Universidade Lusíada Editora. 2004.

POUSSON-PETIT, Jacqueline - Chronique de droit belge. In Droit de la Famillie, n.º 4. Abril. 2007.

RAWLS, John - the Idea of Public Reason Revisited. In Collected Papers. Edições S. Freeman, Harvard University Press. 2001.

Richards, Claudina - The Legal Recognition of Same Sex Couples - The French Perspective, International and Comparative. Law Quarterly 51. 2002.

SOTTOMAYOR, Maria Clara - A adoção singular nas representações sociais e no Direito. Lex Familiae n.º 1. 2004.

WEIBERG, D. Kell - Family Law, Nova Iorque. Aspen Publishers. 2004.

OLIVEIRA, Carla Patrícia Pereira - Entre a Mística do Sangue e a Ascensão dos Afectos: O conhecimento das Origens Biológicas, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro do Direito da Família. Coimbra: Coimbra Editora. 2011.

OLIVEIRA, Guilherme de - Transformações do Direito da Família, em AA.VV., Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977, V. I, Direito da Família e das Sucessões. Coimbra: Coimbra Editora. 2004.

OLIVEIRA, Guilherme de - CrITÉrio Jurídico da Paternidade. Reimpressão. Almedina. 1998.

OLIVEIRA, Guilherme de - Legislar sobre procriação medicamente assistida. In temas de Direito da Medicina. Coimbra Editora. 1999.

POUSSON-PETIT, Jacqueline - Chronique de droit belge. In Droit de la Famille, n.º 4. Abril. 2007.

SCHRAMA, Wendy - Registered partnership in the Netherlands. In International Journal of law, policy and family, V. 13, n.º 3. 1999.

VARELA, João de Matos Antunes - Direito da Família. 5ª Edição. Lisboa: Livraria Petrony. 1999.

VARELA, João de Matos Antunes - A inseminação artificial e a filiação perante o direito português e o direito brasileiro. In Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 127, n.º 3843. 1994.

VILAÇA, José Luís; Miguel Gorjão-Henriques - Tratado de Amesterdão. 3ª Edição. 5ª Reimpressão. Almedina. 2002.

WEIBERG, D. Kell - Family Law, Nova Iorque. Aspen Publishers. 2004.

XAVIER, Rita Lobo - Novas sobre a união more uxorio em Portugal, In AA.VV, Estudos dedicados ao professor Doutor Mário Júlio de Almeida Costa. Universidade Católica Editora. 2002.

LISTA DE ANEXOS

Anexo A - Entrevistas

ANEXO A
Entrevistas

1. ANEXOS

ENTENDEMOS INCLUIR NO NOSSO TRABALHO O TESTEMUNHO DE ALGUNS CIDADÃOS RELATIVAMENTE AO TEMA DO NOSSO TRABALHO. ASSIM REPRODUZIMOS AQUI AS RESPOSTAS AO NOSSO QUESTIONÁRIO.

Foram colocadas aos entrevistados um conjunto de questões às quais os memos responderam por escrito, com excepção da entrevista da Doutora Joana Amaral, cujo seu testemunho foi prestado por gravação pelo que o mesmo é reproduzido de forma indirecta¹.

JOSÉ MANUEL GAMEIRO, MEMBRO FUNDADOR DA SOCIEDADE PORTUGUESA DE TERAPIA FAMILIAR, EM 1978, E FUNDADOR DO INSTITUTO DE TERAPIA FAMILIAR. DOUTORADO EM PSICOLOGIA E SAÚDE MENTAL PELA FACULDADE DE PSICOLOGIA DA UNIVERSIDADE DO PORTO, TRABALHA NO HOSPITAL MIGUEL BOMBARDA EM LISBOA E ENSINA PSICOLOGIA DA FAMÍLIA NO INSTITUTO SUPERIOR DE CIÊNCIAS DA SAÚDE.

Pergunta: Defende a adopção por parte de homossexuais? Quais as questões que se podem colocar?

Resposta: Não há nenhuma evidência científica que o crescimento de uma criança com um/uma homossexual, ou um casal de género idêntico, influencie o seu desenvolvimento emocional e a sua identidade de género. As variáveis parentais que concorrem para o desenvolvimento psico-afectivo das crianças, estão ligadas às capacidades afectivas, securizantes e de transparência relacional e não á orientação sexual dos adultos cuidadores/parentais. Em termos de adopção a questão que se pode pôr é de natureza social. Quais as repercussões na rede de relacionamento social – amigos, escola, famílias dos pares – para uma criança/jovem que seja adoptada por um casal homossexual? Se em termos teóricos não tenho qualquer objecção ao avançar desta medida, na prática ponho algumas reservas á sua implementação a curto prazo, sem que sejam analisadas as poucas experiências que já existem noutros países e haja um largo debate publico sobre esta questão que, tal como nos casamentos homossexuais, sirva para "fazer entrar" este novo tipo de

¹ Todas as respostas foram produzidas por escrito pelos entrevistados com excepção do testemunho da Doutora Joana Amaral, cujo testemunho foi gravado.

famílias na sociedade. Para terminar gostaria de rejeitar um argumento muitas vezes utilizado – é melhor assim do que estarem em instituições. Esta justificação considera estas famílias de segunda, penso que são famílias diferentes, mas não inferiores e que nunca poderão ser consideradas de recurso para a falta de famílias adoptantes que temos.

MARIA DO CÉU JOÃO DO VALE PIRES, JUÍZA DE DIREITO DO TRIBUNAL DE TRABALHO DE ALMADA.

Pergunta: Ao longo de vários anos, as iniciativas de natureza política e legislativa, bem como os movimentos da sociedade civil, defensores do casamento entre pessoas do mesmo sexo, levaram a aprovação da Lei n.º 9/2010 de 31 de Maio, que veio a permitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo, contudo, tal consagração não foi consensual, havendo ainda quem considere que tal opção legislativa é inconstitucional, e quem considere tal opção uma imposição do princípio da igualdade e da não discriminação? Como comentaria esta nova permissão, considera inconstitucional ou um imperativo legal à luz do princípio da igualdade e não discriminação? Acha que foi importante aprovação desta lei que aprovou o casamento? Porquê?

Resposta: Nunca havia pensado no casamento entre pessoas do mesmo sexo até à altura em que a discussão se intensificou. Discussão que culminou com a aprovação da Lei 9/2010. Assumo como um interesse legítimo que pessoas do mesmo sexo possam querer ver a sua situação como casal regulada ao abrigo da Lei. Confesso, no entanto, que o facto de se ter alterado o conceito legal de “casamento”, eliminando-se a expressão “de sexo diferente” de forma a abarcar a situação de pessoas do mesmo sexo não me satisfaz. Julgo que o reconhecimento da possibilidade de duas pessoas do mesmo sexo poderem contrair matrimónio, deveria ter passado pelo reconhecimento de um outro instituto similar ao casamento mas com as especificidades que a união entre duas pessoas do mesmo sexo apresentam.

Não se diga que tal entendimento é discriminatório ou põe em causa o princípio da igualdade, porquanto estando em causa situações desiguais o tratamento que lhe deve ser dado deve ser desigual.

Não se pode olvidar, que o casamento, no seu conceito tradicional, é a principal fonte das relações familiares.

Sendo certo que o próprio artº. 3º ao vedar a impossibilidade de adopção por casais homossexuais, casados, acaba por admitir, implicitamente, que o instituto casamento não é o adequado.

Pergunta: A Lei 9/2010 de 31 de Maio, que alterou o conceito legal de casamento, veio permitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo, contudo e no seu artigo 3º, nº1, consagrou expressamente a impossibilidade legal da adopção, será legítimo e constitucional vedar a adopção aos casais homossexuais? Concorda com esta proibição?

Resposta: Não concordo de todo com tal proibição. Parecendo-me a mesma de todo incongruente com o reconhecimento pela Lei da possibilidade de casamento entre duas pessoas do mesmo sexo, no seguimento do que afirmei supra.

Reconhecendo a Lei a possibilidade de duas pessoas de sexo diferente casarem, não faz sentido o referido artigo 3º da Lei, estando em causa a própria unidade do sistema jurídico.

Pergunta: É defensor da adopção por parte de homossexuais e por casais do mesmo sexo? Quais as razões da sua posição?

Resposta: Sou favorável à adopção por casais do mesmo sexo. Desde logo, porque não vejo (ainda que nunca tendo analisado a questão numa perspectiva científica), que a educação de uma criança por um casal homossexual seja prejudicial ao seu desenvolvimento, ou melhor dizendo, não creio que uma criança educada por um casal homossexual não possa ser uma criança com um desenvolvimento idêntico a uma criança educada no seio de uma família heterossexual.

Não se argumente, a meu ver, com a necessidade de identificação da criança com a figura do pai ou da mãe (o que poderá faltar numa família homossexual), dado que hoje em dia existem muitas crianças educadas em famílias monoparentais e com uma das figuras ausentes, cujo desenvolvimento não é sequer questionado.

Sendo certo que a identificação referida (se essencial) poderá ser assegurada pela família alargada.

Pergunta: Acha que ainda hoje existem discriminações na sociedade em relação aos homossexuais.

Sem dúvida alguma. Embora me pareça que se percorreu um longo caminho e que as gerações mais novas encaram a homossexualidade de outra forma. Convivendo “pacificamente” com a mesma.

Pergunta: Pensa que nos dias de hoje ainda faz sentido a existência de “arrais”?

Resposta: De todo.

Pergunta: Acha que é mais do interesse da criança a proibição da adopção impossibilitando a mesma de deixar de ser institucionalizada???

Resposta: De todo. Como já disse supra discordo em absoluto com a opção legislativa quanto a tal questão.

A inserção de uma criança numa família, independentemente da opção sexual dos adoptantes, é sempre preferível à institucionalização.

Pergunta: Que balanço faz do panorama actual da questão da homossexualidade e adopção por parte dos homossexuais?

Resposta: Penso que o reconhecimento do casamento por parte dos casais homossexuais serenou a discussão. No entanto, por tudo o que disse supra a questão e discussão não está encerrada e estou convicta que o próximo passo será reconhecer a possibilidade de adopção por parte desses casais.

PAULO RENATO DE FREITAS BELO, JUIZ ASSESSOR DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pergunta: Ao longo de vários anos, as iniciativas de natureza política e legislativa, bem como os movimentos da sociedade civil, defensores do casamento entre pessoas do mesmo sexo, levaram a aprovação da Lei n.º 9/2010 de 31 de Maio, que veio a permitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Contudo, tal consagração não foi consensual, havendo ainda quem considere que tal opção legislativa é inconstitucional, e quem considere tal opção uma imposição do princípio da igualdade e da não discriminação? Como comentaria esta nova permissão, considera inconstitucional ou um imperativo legal à luz do princípio da igualdade e não discriminação?

Resposta: Penso que a alteração legislativa que veio a permitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo não é inconstitucional. Com efeito, a meu ver, a CRP não impõe um determinado modelo de casamento (entre duas pessoas de sexo diferente) e quando nos arts. 67.º e ss. refere a protecção da família, da paternidade e maternidade e da infância não o faz tendo por pressuposto o casamento entre um homem e uma mulher (desligando-se os conceitos de casamento e de família).

Na verdade, a concepção de família para efeitos constitucionais é mais ampla que o modelo tradicional (isto é, a que resulta do casamento entre um homem e uma mulher), acolhendo também e do mesmo modo a família monoparental, a família com origem na união de facto e a que resulta dos vínculos da adopção, pelo que o casamento não é a única forma de constituição da família.

Pergunta: A Lei 9/2010 de 31 de Maio, que alterou o conceito legal de casamento, veio permitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo, contudo e no seu artigo 3º, nº1, consagrou expressamente a impossibilidade legal da adopção, será legítimo e constitucional vedar a adopção aos casais homossexuais?

Resposta: Face ao art. 13.º da CRP, que não admite quaisquer restrições de direitos baseados na orientação sexual, penso que é claramente inconstitucional a norma que vedou a adopção aos casais homossexuais. Por outro lado, não existe qualquer proibição (que de resto também seria inconstitucional) à adopção feita singularmente por um homossexual, o que constitui uma manifesta incongruência do regime legal consagrado.

Pergunta: É defensor da adopção por parte de homossexuais e por casais do mesmo sexo? Quais as razões da sua posição?

Resposta: Pelas razões supra adiantadas, no plano legal não vejo obstáculo à adopção por parte de casais do mesmo sexo. Da mesma forma, no plano teórico, e apesar de não ser especialista nestas áreas das ciências humanas, não vejo quaisquer razões de ordem afectiva ou psicológica para impedir essa adopção.

Todavia, perante cada situação concreta deve existir uma especial ponderação acerca do efectivo interesse dessa adopção para o menor, por motivos que se prendem com riscos de discriminação que podem existir na escola e na sociedade e que não são

despiciendos, podendo afectar em alto grau a sua auto-estima e o seu normal desenvolvimento.

NUNO DE BRITO, CONSULTOR NA ÁREA DE MARKETING E PUBLICIDADE E FORMADOR E PROFESSOR UNIVERSITÁRIO

Pergunta: Ao longo de vários anos, as iniciativas de natureza política e legislativa, bem como os movimentos da sociedade civil, defensores do casamento entre pessoas do mesmo sexo, levaram a aprovação da Lei n.º 9/2010 de 31 de Maio, que veio a permitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo, contudo, tal consagração não foi consensual, havendo ainda quem considere que tal opção legislativa é inconstitucional, e quem considere tal opção uma imposição do princípio da igualdade e da não discriminação? Como comentaria esta nova permissão, considera inconstitucional ou um imperativo legal à luz do princípio da igualdade e da não discriminação? Acha que foi importante aprovação desta lei que aprovou o casamento? Porquê?

Resposta: Na minha opinião esta lei veio equilibrar os direitos de um Estado de Direito que é Portugal, legitimando pela lei situações que já existiam de facto (De jure e de facto). Penso que esta lei vem contribuir para a não discriminação, retirando o “estigma” social das uniões entre homossexuais.

Pergunta: A Lei 9/2010 de 31 de Maio, que alterou o conceito legal de casamento, veio permitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo, contudo e no seu artigo 3º, nº1, consagrou expressamente a impossibilidade legal da adopção, será legítimo e constitucional vedar a adopção aos casais homossexuais? Concorda com esta proibição?

Resposta: Não concordo. Simplesmente pela questão da figura jurídica ser o “casamento”. Neste ponto de vista, penso que os direitos no “casamento” devem ser iguais independentemente de ser um casal homossexual ou heterossexual. Penso que essa discriminação deveria ser feita de forma transparente ao aprovar uma outra figura jurídica que não o “casamento”, optando por “uniões registadas”.

Pergunta: É defensor da adopção por parte de homossexuais e por casais do mesmo sexo? Quais as razões da sua posição?

Resposta: Penso que o afecto entre homossexuais não deve ser desvalorizado relativamente aos afectos de heterossexuais. Penso que isso é uma discriminação na lei e, conseqüentemente, na sociedade. Penso que a capacidade para educar uma criança e ser uma referência “moral” para ela não depende do facto de ser ou não homossexual.

Pergunta: Acha que ainda hoje existem discriminações na sociedade em relação aos homossexuais?

Resposta: Sim continuam a existir, ainda, muitas discriminações.

Pensa que nos dias de hoje ainda faz sentido a existência de “ arraias”?

Resposta: Sim, penso que sim. Mais do que uma reivindicação é, acima de tudo, uma manifestação cultural de um grupo social.

Pergunta: Acha que é mais do interesse da criança a proibição da adopção impossibilitando a mesma de deixar de ser institucionalizada???

Resposta: Penso que a questão da criança ser “institucionalizada” é uma forma do Estado proteger o direito da criança. Penso que cada caso é um caso, e deve ser estudado como tal. Penso que nunca deverá ser vedado o direito à adopção por casais homossexuais, mas sim, ter sempre em conta o direito da criança acima de tudo. Independentemente de ser um casal homossexual ou heterossexual, o direito do “melhor para a criança” deve prevalecer.

Pergunta: Que balanço faz do panorama actual da questão da homossexualidade e adopção por parte dos homossexuais?

Resposta: Penso que os interesses de um grupo social deverão ser respeitados. A cidadania não depende da orientação sexual, neste sentido deverão existir representantes junto das instituições que defendam os interesses dos homossexuais, só assim teremos uma sociedade mais paritária, equilibrada e mais justa. Penso que os homossexuais e as instituições que representam os seus interesses deverão continuar a sua legítima acção pelo reconhecimento dos direitos que julgam ter. Afinal

de contas, existem já muitas situações em Portugal que aguardam este novo enquadramento legal.

EDUARDO MARQUES FERNANDES, NOTÁRIO EM LISBOA

Pergunta: Ao longo de vários anos, as iniciativas de natureza política e legislativa, bem como os movimentos da sociedade civil, defensores do casamento entre pessoas do mesmo sexo, levaram a aprovação da Lei n.º 9/2010 de 31 de Maio, que veio a permitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo, contudo, tal consagração não foi consensual, havendo ainda quem considere que tal opção legislativa é inconstitucional, e quem considere tal opção uma imposição do princípio da igualdade e da não discriminação? Como comentaria esta nova permissão, considera inconstitucional ou um imperativo legal à luz do princípio da igualdade e da não discriminação? Acha que foi importante aprovação desta lei que aprovou o casamento? Porquê?

Como comentaria esta nova permissão, considera inconstitucional ou um imperativo legal à luz do princípio da igualdade e da não discriminação?

Resposta: Na nossa civilização românico cristã, o casamento inicialmente apenas existia enquanto um sacramento. Na religião católica o casamento consiste num voto sagrado feito entre um homem e uma mulher perante Deus.

Contudo hoje em dia o casamento é muito mais do que isso. Isto porque também temos o casamento civil. Este mais não é do que um mero contrato, razão pela qual muitos defendem que enquanto contrato não deveria estar regulado no Código Civil no livro da família mas no livro dos contratos. Como contrato que é dá a cada uma das partes um conjunto de direitos e as correspondentes obrigações.

Outra solução seria não chamar casamento ao casamento civil uma vez que não se trata da figura sacramental prevista na religião católica.

Ora nunca se discutiu a possibilidade de duas pessoas do mesmo sexo poderem fazer o sacramento, ou seja, poderem casar catolicamente ou no âmbito de outra religião. A discussão foi apenas quanto a duas pessoas do mesmo sexo poderem contrair

casamento civil, fazendo entre si o contrato regulado no Código Civil e nos termos do qual as partes intervenientes passam a ter o referido conjunto de direitos e obrigações.

Nestes termos quanto a mim era inconstitucional e discriminatório, não permitir que duas pessoas do mesmo sexo não pudessem celebrar entre si este tipo de contrato civil, o que quanto a mim indevidamente é chamado “casamento” civil.

É curioso que uma sociedade que se diz laica, não consiga deixar de ser cristã, importando, copiando e imitando as práticas religiosas. E por fazê-lo acaba por ficar sujeita às condenações e discriminações religiosas.

Pergunta: Acha que foi importante aprovação desta lei que aprovou o casamento? Porquê?

Resposta: Considero que foi muito importante, na medida em que hoje em dia em Portugal duas pessoas do mesmo sexo podem *casar civilmente* e ao fazê-lo podem aceder aos mesmos direitos e ter as mesmas obrigações que os demais cidadãos. Comprovando que cada vez mais a sociedade portuguesa é uma sociedade laica.

Pergunta: A Lei 9/2010 de 31 de Maio, que alterou o conceito legal de casamento, veio permitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo, contudo e no seu artigo 3º, nº1, consagrou expressamente a impossibilidade legal da adoção, será legítimo e constitucional vedar a adoção aos casais homossexuais? Concorda com esta proibição?

Resposta: Não concordo com essa proibição.

Pergunta: É defensor da adoção por parte de homossexuais e por casais do mesmo sexo? Quais as razões da sua posição?

Resposta: A minha posição é que deveria ser possível a adoção por casais do mesmo sexo. Na adoção o único interesse a salvaguardar é o interesse da criança.

Hoje em dia é possível uma pessoa homossexual adoptar uma criança e essa pessoa poderá viver maritalmente com outra pessoa do mesmo sexo e ambas educarem a criança como filho/a. O que a lei não permite é que os dois (casal homossexual) possam adoptar a criança. No fundo a lei quer limitar na teoria o que na prática afinal é impossível, na gíria popular esta situação é referida como gato escondido com o rabo de fora. Ao não se permitir a adoção por casais homossexuais apenas se está a

prejudicar a criança ao invés de se estar a salvaguardar os seus interesses. Como por exemplo, olhando para o caso supra em que uma pessoa homossexual tenha adoptado uma criança e essa pessoa viva maritalmente com outra pessoa do mesmo sexo e ambas tenham educado a criança como filho/a, esta não tem relativamente àquele que não a pôde adoptar, direitos sucessórios ou em termos alimentares, etc...

Pergunta: Acha que ainda hoje existem discriminações na sociedade em relação aos homossexuais?

Resposta: Uma sociedade é composta por indivíduos e estes fazem parte de grupos. Por vezes alguns destes grupos são minoritários razão pela qual poderão não ter os mesmos direitos que os grupos da maioria. Mas uma coisa é a discriminação legal outra a discriminação social.

Cada vez existem menos discriminações legais, contudo as discriminações sociais persistem e levam mais tempo a desaparecer apesar de também serem cada vez menores.

Pergunta: Pensa que nos dias de hoje ainda faz sentido a existência de “manifestações conhecidos pelos “arraiais” “manifestações gays”?

Resposta: Não tenho opinião formada, mas só por si parece-me uma discriminação ao contrário. O próprio grupo se discrimina ao pretender diferenciar-se dos demais grupos sociais.

Pergunta: Acha que é mais do interesse da criança a proibição da adopção impossibilitando a mesma de deixar de ser institucionalizada???

Resposta: Considero que essa impossibilidade nunca poderá ser pelo interesse da criança. Pois o interesse desta é ter dois pais que a eduquem, que lhe forneçam um lar e uma família, que tratem dela e principalmente que a amem. Independentemente da sua orientação sexual.

Pergunta: Que balanço faz do panorama actual da questão da homossexualidade e adopção por parte dos homossexuais?

Resposta: Uma coisa é o casamento civil e outra adopção por casais homossexuais. Se em matéria do casamento civil podemos dizer que somos uma sociedade avançada capaz de reconhecer os seus cidadãos o mesmo já não poderei dizer

relativamente à adopção. Quanto a esta há ainda um longo caminho a percorrer. Mas a permissão da adopção por casais homossexuais é inevitável e ainda bem não pelos casais homossexuais que querem adoptar mas pelas crianças que precisam de um lar e de pais.

ETELVINO TADEU DA FONSECA RODRIGUES, ADVOGADO E ELEMENTO DO CENTRO DE ORIENTAÇÃO FAMILIAR (CENOFÁ).

Pergunta: Ao longo de vários anos, as iniciativas de natureza política e legislativa, bem como os movimentos da sociedade civil, defensores do casamento entre pessoas do mesmo sexo, levaram a aprovação da Lei n.º 9/2010 de 31 de Maio, que veio a permitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Contudo, tal consagração não foi consensual, havendo ainda quem considere que tal opção legislativa é inconstitucional, e quem considere tal opção uma imposição do princípio da igualdade e da não discriminação? Como comentaria esta nova permissão, considera inconstitucional ou um imperativo legal à luz do princípio da igualdade e da não discriminação?

Resposta: O casamento entre pessoas do mesmo sexo viola o princípio da igualdade consagrado na CRP (artº 13º). A questão é simples: É que não se pode tratar de forma igual o que é diferente. Com efeito se os próprios reclamam um estatuto diferente dos heterossexuais, (no sentido de que são pessoas diferentes) não podem querer para si o instituto do casamento igual a estes. Por outro lado o casamento, como sempre foi entendido ao longo dos séculos não só para a Igreja como para o Estado, visa não só a comunhão plena de vida como também a procriação.

Ora esta só pode acontecer de modo natural entre duas pessoas de sexo diferente. O resto são meros «fait-divers». Portanto, mal andou o legislador ao ter aprovado uma lei que não só é inconstitucional como imoral por ser completamente aberrante. Ou seja: casamento sim e apenas entre pessoas de sexo diferente.

Pergunta: A Lei 9/2010 de 31 de Maio, que alterou o conceito legal de casamento, veio permitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo, contudo e no seu artigo 3º, nº1, consagrou expressamente a impossibilidade legal da adopção, será legítimo e constitucional vedar a adopção aos casais homossexuais?

Claro! Com efeito aqui o legislador teve o bom senso de perceber que uma criança precisa de pai/homem e mãe/mulher para poder crescer e viver de acordo com as mais elementares regras da psicologia humana. Cada filho transporta em si os genes de pai e mãe e sem pai e mãe não poderá crescer como homem ou mulher. Portanto é legítimo e constitucional vedar a adopção aos casais homossexuais.

Pergunta: É defensor da adopção por parte de homossexuais e por casais do mesmo sexo? Quais as razões da sua posição?

Resposta: Respondido na pergunta anterior.

JOANA AMARAL, MEMBRO DO CONSELHO DIRECTIVO DA ILGA

Pergunta: Ao longo de vários anos, as iniciativas de natureza política e legislativa, bem como os movimentos da sociedade civil, defensores do casamento entre pessoas do mesmo sexo, levaram a aprovação da Lei n.º 9/2010 de 31 de Maio, que veio a permitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo, contudo, tal consagração não foi consensual, havendo ainda quem considere que tal opção legislativa é inconstitucional, e quem considere tal opção uma imposição do princípio da igualdade e da não discriminação? Como comentaria esta nova permissão, considera inconstitucional ou um imperativo legal à luz do princípio da igualdade e não discriminação? Acha que foi importante aprovação desta lei que aprovou o casamento? Porquê?

Resposta: Segunda Doutora Joana, a permissão é uma consequência do princípio da igualdade e uma conquista e progresso na não discriminação.

Segunda a mesma, e no que é possível reconstruir com as nossas palavras, a negação existente durante anos, não só constituiu uma violação da dignidade da pessoa humana, e uma verdadeira exclusão, como constitui um verdadeiro entrava as estas famílias, pois foram privadas de exercer os seus direitos ao longo dos tempos, e falamos aqui, de heranças, questões patrimoniais, todos os aspectos no dia dias destas famílias.

No fundo é a conquista por uma luta da inclusão, com a nova lei conseguisse a igualdade no acesso ao casamento. Esse foi sempre o nosso objectivo termos direitos iguais e não direitos por metade.

Pergunta: A Lei 9/2010 de 31 de Maio, que alterou o conceito legal de casamento, veio permitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo, contudo e no seu artigo 3º, nº1, consagrou expressamente a impossibilidade legal da adopção, será legítimo e constitucional vedar a adopção aos casais homossexuais? Concorda com esta proibição?

Resposta: Efectivamente, defende a mesma que continuamos assistir a uma verdadeira discriminação e a uma violação do princípio da igualdade, a lei continua a perpetuar a exclusão de casais de pessoas do mesmo sexo e tarda em reconhecer formas de parentalidade. As mulheres lésbicas continuam ainda hoje impedidas de recorrer às técnicas procriação medicamente assistida. Mas a nossa luta é uma luta pela parentalidade. Existem hoje muitas famílias em que efectivamente que por viverem com pessoas do mesmos sexo, tem lhes sido vedada a possibilidade exercer a parentalidade, ora isto é grave.

A lei que existe é efectivamente violadora e uma que exclui e denega direitos, baseados num preconceito, e actua contra a realidade, pois hoje existem milhões de famílias por todo o mundo, que efectivamente vivem esta realidade.

Vivendo muitas delas diariamente com grandes dificuldades pois os direitos à parentalidade são lhes negados. No fundo estamos perante um direito bloqueado.

Pergunta: É defensora da adopção por parte de homossexuais e por casais do mesmo sexo? Quais as razões da sua posição?

Resposta: Obviamente que a minha resposta só podia ser no sentido positivo, ou melhor afirmativo.

Mas essa nem é grande questão, segunda a mesma a luta é a luta pela parentalidade, todos os dias famílias homossexuais, gays, vivem esta realidade, estão impedidos de exercer a parentalidade, estas situações são gravíssimas no dia a dia das pessoas, que vem que as suas relações familiares reais, não estão protegidas. Quanto á adopção, além de a lei ser absolutamente incongruente, pois permite o casamento e não permite a adopção, excluindo assim direitos e claramente discriminatória, por outro lado, não dá resposta À lai da adopção, isto é, se o objectivo é desinstitucionalizar as crianças, ao estabelecer essa proibição, não realiza o objectivo primordial. Por outro lado, está provado cientificamente que não existem diferenças entre adopção de

casais de sexo oposto e do mesmo sexo. Todos os estudos têm provado que as crianças não são mais ou menos felizes por viver com um modelo familiar diferente. Não existe uma família, existem sim várias famílias. E nem se diga que adopção vai criar para estas crianças uma estigmatização, tudo depende do projecto educacional de cada família, e ainda é mais aberrante afirmação de que as crianças criadas por casais homossexuais serão também crianças homossexuais. Ora a ser assim, então os progenitores dos homossexuais também eles o seriam, ou então não haveria homossexuais já que os seus progenitores também não eram homossexuais. Essa é a voz do preconceito e da discriminação a falar. As crianças criadas por pessoas LGBT ou por casais de pessoas LGBT tem um desenvolvimento emocional e social em tudo semelhante ao das crianças que integram as restantes famílias, a nossa preocupação é amar e ser amado, igual ao de todas as famílias. A criança não precisa de um pai ou de uma mãe a criança precisa sim de ser amada. Alias as conclusões do relatório da American Academy of Pediatrics, enfatizam e concluem que o desenvolvimento emocional e social da criança, assim como da sua identidade e orientação sexual, é igual aos das crianças educadas pelas famílias heterossexuais. E mesmo o argumento da ausência da figura paterna ou materna, é falacioso, pois essas ausências já existem, basta pensar nas famílias monoparentais. Esta proibição não é mais do que uma proibição derivada do preconceito.

Pergunta: Acha que ainda hoje existem discriminações na sociedade em relação aos homossexuais?

Resposta: Segundo a mesma, considera que sim. Defende, que ainda hoje existem discriminações gravíssimas, em Portugal, apesar da nova lei que veio permitir o casamento, as discriminações continuam a existir. Basta pensar nos bloqueios existentes relativamente à adopção e na parentalidade. Tudo porque o preconceito ainda existe e está enraizado na sociedade. Isto para não falar nas discriminações dos outros países, e na homofobia ainda existente, é preciso não esquecer que em muitos países de todo o mundo, em mais de 76 ainda existem pessoas a ser condenadas por práticas homossexuais entre adultos, ainda existem pessoas condenadas à morte, e outras condenadas a longas penas de prisão.

Pergunta: Pensa que nos dias de hoje ainda faz sentido a existência de manifestações por parte da comunidade LGBT?

Resposta. Considera que continua a ser necessário mobilizar a sociedade, pressionar a mesma, para serem ouvidos, na continua luta contra a discriminação e contra o preconceito e exclusão, continua a ser necessária a luta pela diversidade sexual como valor humano, denunciar a homofobia ainda existente em Portugal e no mundo.

Pergunta: Acha que é mais do interesse da criança a proibição da adopção impossibilitando a mesma de deixar de ser institucionalizada???

Resposta: Considera que sim, e pensa que como já se referiu que parece óbvio que se a lei da adopção tem como objectivo evitar e diminuir a institucionalização das crianças, vedar tal possibilidade, é contribuir para a institucionalização. É impedir que as crianças possa ter uma família uma rede de afectos, claro que não poderão ser todos os candidatos aceites, mas não em função da sua orientação sexual, mas sim e em função da suas reais capacidades.