

A SEXUALIDADE HUMANA E O DIREITO DA FAMÍLIA

João Paulo Remédio Marques

Professor Associado, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Portugal

Sumário: O presente texto analisa algumas das múltiplas dimensões da sexualidade e do género no Direito da Família no quadro legal de Portugal e de Macau (v.g., o casamento, a maternidade, a paternidade, a adopção, as responsabilidades parentais, orientação sexual, mudança de sexo, esterilização).

Palavras-chave: Direito da Família; sexualidade; género; casamento; união de facto; adopção; homossexualidade; responsabilidades parentais; reprodução medicamente assistida.

1. Introdução

O Direito da Família acolhe múltiplas expressões e expressões multiformes e entre si diferenciadas da sexualidade humana. Isto é assim porque a Medicina e o Direito têm construído discursos que constituem sistemas simbólicos; sistemas que se alicerçam nos valores aceites por determinadas culturas e sociedades e exercem um poder de regulação sobre dimensões como o casamento, a sexualidade, a procriação e a maternidade.

As fontes de relações jurídico-familiares são os receptáculos dessas expressões da sexualidade, quais sejam: parentesco, casamento, afinidade, adopção, união de facto. E cada ordenamento jurídico modela tais expressões de acordo com as concepções sócio-culturais e ético-axiológicas dominantes.

2. Casamento

O casamento, fonte mais importante do ser-com-o-outro e expressão mais íntima e socialmente aceite da sexualidade humana, implica vários problemas de expressão da sexualidade com incidência tanto no momento da sua celebração, quanto para efeitos da sua dissolução.

O casamento é um poderoso modelo de relação em muitas sociedades ocidentais e é validado legalmente com muita força, oferecendo reconhecimento e legitimação social às relações heterossexuais e, recentemente, em muitos países, às relações homossexuais.

2.1. Unicidade *versus* diversidade de sexo/género

A heterossexualidade era, no direito português, uma característica indiscutível do casamento, tanto civil como católico, e a sua justificação parecia elementar. Isto porque a diversidade de sexos era exigida pelo fim do matrimónio, que é o de estabelecer entre os cônjuges uma plena comunhão de vida, nos termos do art. 1577.º do CC português e do art. 1462.º do CC de Macau. O regime e a justificação ainda é esta em Macau, mas deixou de o ser em Portugal. Em Macau, o casamento entre cônjuges do mesmo sexo é considerado inexistente.

Por identidade de sexo deve entender-se *identidade legal* de sexo, ou seja, só é relevante a concreta menção do sexo que conste do assento de nascimento.

Há identidade de sexo se, não obstante, um dos nubentes proceder a alterações do seu aspecto fenotípico (isto é, os caracteres sexuais externo-genitais, incluindo os seios e o formato do rosto e/ou das ancas), permanecer no registo civil com a menção da identidade sexual diversa da que passa a ostentar por efeito de tais alterações cirúrgicas e/ou hormonais. Em Portugal, a recepção constitucional do conceito histórico de casamento como união entre duas pessoas de sexo diferente radicado intersubjetivamente na comunidade como instituição não permitiu retirar da Constituição Portuguesa um reconhecimento directo e obrigatório dos casamentos entre pessoas do mesmo sexo. Todavia, a Constituição Portuguesa não proibia necessariamente o legislador de proceder ao seu reconhecimento ou à sua equiparação ao casamento. Isto veio a suceder com a Lei n.º 9/2010, de 31 de Maio, que alterou o art. 1577.º Código Civil, suprimindo as palavras “*de sexo diferente*”, e revogou a alínea *e*) do art. 1628.º, que determinava a inexistência do casamento entre pessoas do mesmo sexo.

2.2. Casamento civil e casamento religioso

Em Portugal o sistema matrimonial é o do casamento civil facultativo na segunda modalidade. Em Macau vigora um sistema de casamento civil facultativo na primeira modalidade (art. 121.º/1 do Código do Registo Civil de Macau).

2.2.1. Demonstração da realização de exames médicos no quadro do processo preliminar para casamento

O processo preliminar para casamento inclui, como primeiro acto dentro do procedimento administrativo, a declaração para casamento acompanhada de vários documentos (alíneas *a*) e *b*) do n.º 1 do art. 137.º do Código do Registo

Civil português). Porém, nenhum desses documentos é a certidão médica passada em laboratório de análises respeitante à despistagem de doenças sexualmente transmissíveis. Os países que, porém, prevêm a junção deste documento não impedem a celebração do casamento se ele não for junto. A ideia é a de apenas levar ao conhecimento do outro nubente, de uma forma oficial, a condição médico-sexual do nubente com quem pretende casar, contribuindo para melhor formar a sua vontade de contrair ou rejeitar a celebração do casamento.

2.2.2. O casamento católico (em Portugal) como espaço que (também) visa a procriação

O casamento católico é encarado pelo Código de Direito Canónico como “ato da vontade pelo qual o homem e a mulher, por pacto irrevogável, se entregam e recebem mutuamente a fim de constituírem o matrimónio (Cânone 1057, § 2). O direito civil português admite que certas causas de invalidade do casamento católico sejam reguladas exclusivamente pela legislação eclesiástica e os respectivos litígios sejam dirimidos nos tribunais e repartições eclesiásticas

O Código de Direito Canónico, de 1917, considerava fim primário do casamento, a *procreatio atque educatio prolis* e fim secundário (o *mutuum adjutorium*) e o *remedium concupiscentiae* (Cânone 1013, § 1), admitindo embora que o casamento visasse o fim secundário, e só ele, no caso de o fim primário não poder ser alcançado. Já não é assim no actual Código de 1983 (Cânone 1055, § 1), o qual define o casamento como “comunhão íntima de toda a vida, ordenada por sua índole natural ao bem dos cônjuges e à procriação e educação da prole”. O “bem dos cônjuges” e a “procriação e educação da prole” são postos, lado a lado, como fins do casamento.

Isto significa que a consumação (isto é, a existência de relações sexuais com potencialidade para serem fecundantes) continua a ter no casamento católico um relevo que não possui no casamento civil. Vale dizer: a consumação como que torna o acto matrimonial mais estável, pois só depois de consumado é que o casamento católico goza de indissolubilidade. Observe-se que o casamento católico não consumado pode dissolverse por graça ou dispensa pontifícia (“dispensa do casamento rato e não consumado”), nos termos do Cânone 1142 Código de Direito Canónico. Refira-se, por outro lado, que no direito canónico a impotência é impedimento matrimonial dirimente (Cânone 1084), o que também revela como o espírito do direito canónico é diverso, neste ponto, do direito civil.

O casamento católico evidencia três “bens do matrimónio” (*bona matrimonii*): o *bonum prolis* (a procriação e educação dos filhos), o *bonum fidei* (a mútua fidelidade) e o *bonum sacramenti* (a indissolubilidade). Os elementos essenciais que individualizam o casamento exprimem-se assim em direitos e deveres recíprocos dos cônjuges. Ora, se os nubentes (ainda antes da celebração do casamento)

têm intenção de não assumir esses deveres, excluindo um ou alguns daqueles “bens”, o casamento católico é inválido por falta de consentimento matrimonial. Como diz o Cânone 1101, § 2, “se uma ou ambas as partes, por um ato positivo de vontade, excluírem [...] algum elemento essencial do matrimônio ou alguma propriedade essencial, contraemno invalidamente”.

2.3. O consentimento para casar e a sexualidade

O consentimento para celebrar casamento deve ser livre, o que a lei também presume (art. 1634.º do CC português). É assim necessário que a vontade dos nubentes tenha sido esclarecida, ou seja, formada com exacto conhecimento das coisas, e se tenha formado com liberdade exterior, isto é, sem a pressão de violências ou ameaças.

A expressão e conformação da sexualidade de cada um dos nubentes pode contaminar o consentimento para casar. Estou a referir-me ao *erro*. Este, como é sabido, deve recair sobre a pessoa com quem se realiza o casamento e *versar sobre uma qualidade essencial dessa pessoa*.

Algumas dimensões dessa sexualidade podem ter implicações em matéria de erro na celebração do casamento. O erro só é relevante (como causa de anulação do casamento) se versar sobre *qualidade essencial* da pessoa do outro cônjuge (art. 637.º do CC português; art. 1509.º do CC de Macau. São essenciais as qualidades particularmente significativas, que, em abstracto, sejam idóneas para determinar o consentimento para casar. Neste sentido, a vida e costumes desonrosos, a impotência, deformidades físicas graves, doenças incuráveis e que sejam hereditárias ou contagiosas, etc. serão circunstâncias que, entre outras, poderão assumir relevância para este efeito. A impotência instrumental (falta, mutilação ou conformação anormal dos órgãos sexuais), a impotência funcional (os órgãos sexuais existem e têm a sua conformação normal, mas não são aptos para a cópula), a impotência seja absoluta ou relativa (ou seja, quer se manifeste em relação a qualquer pessoa ou só em relação a certas pessoas e, em particular, à pessoa do outro cônjuge) constituem qualidades essenciais.

2.4. Impedimentos matrimoniais e sexualidade

Como se sabe, os impedimentos matrimoniais são as circunstâncias que impedem a celebração do casamento; isto é, as circunstâncias verificadas que, uma vez concretamente verificadas, obstam a que o casamento se possa celebrar, sob pena de anulabilidade do acto ou de sanções de natureza essencialmente patrimonial.

A expressão da sexualidade antes e durante o casamento não é, em si, impedimento. Mas a expressão dessa sexualidade entre pessoas unidas por determinados graus de parentesco pode sê-lo. Em primeiro lugar, temos o vínculo

e casamento anterior não dissolvido. Visa-se proibir a bigamia ou a poliandria. Nos países que adoptam sistemas de casamento civil na 2.^a modalidade (em que o casamento católico é regido, em parte, por normas do Código de Direito Canónico), é possível aos nubentes celebrar casamento católico e, depois, celebrar entre si casamento civil. O parentesco na linha recta (art. 1602.º, al. *a*), do CC português; art. 1480.º do CC Macau) e no segundo grau da linha colateral (art. 1602.º, alínea *c*), CC português; 1480.º do CC Macau), assim como a afinidade na linha recta (art. 1602.º, alínea *d*), do CC português) impedem sempre o casamento entre os familiares visados (p. ex., entre avô e neta; entre irmãos) ou os afins atingidos. E o mesmo se deve entender na adopção plena relativamente ao adoptante e adoptado e familiares de um e de outro. Trata-se de proteger aqui o valor da proibição do incesto, com todas as razões de ordem ética, eugénica que fazem desta proibição social um dos tabus mais sólidos da civilização.

Em Portugal, a Lei n.º 137/2015, de 7 de Setembro, acrescentou um novo impedimento dirimente relativo na alínea *b*) do art. 1602.º do Código Civil: a relação anterior de responsabilidades parentais. Isto é, o cônjuge de um pai ou mãe, ou unido de facto com estes que, nos termos daquela lei, tenha assumido responsabilidades parentais relativamente ao filho desse pai ou mãe, fica impedido de casar com esse filho, mesmo após a dissolução do casamento da mãe ou do pai ou de o menor ter atingido a maioridade. Este impedimento não se funda no parentesco e valem a favor dele motivos de índole social.

Já o impedimento do *prazo internupcial* previsto no artigo 1605.º/1, do CC português, impõe-se a ambos os cônjuges para fazer respeitar as convenções sociais, o luto; por outro lado, e em relação à mulher, o maior prazo internupcial pretende evitar as dúvidas que poderiam suscitarse sobre a paternidade do filho nascido depois do 2.º casamento. Note-se que estas pessoas não podem celebrar casamento (civil ou religioso) dentro dos referidos, mas podem evidentemente expressar a sua sexualidade no seio de uma união de facto, de um concubinato duradouro ou de relações sexuais efémeras com um ou vários parceiros sexuais, ao mesmo tempo ou de forma sucessiva. De igual modo, o parentesco no terceiro grau da linha colateral (art. 1604.º, alínea *c*), do CC português: tios e sobrinha; tia e sobrinho) é, igualmente, um impedimento, mas pode ser dispensado por autorização da Conservatória do Registo Civil, ponderados motivos da pretensão dos nubentes. Estes não são, porém, impedimentos matrimoniais em Macau.

2.5. Deveres conjugais; incapacidade física dos cônjuges; danos indirectos causados por facto ilícito de terceiro

Tal como em Portugal, em Macau o dever conjugal de coabitação e de fidelidade estão expressamente previstos na lei (art. 1533.º do CC de Macau). *A jusante* há, porém, diferenças, pois Macau mantém o sistema do divórcio-sanção

por causa de violação culposa de deveres conjugais (art. 1635.º/1). Portugal aboliu expressamente este sistema, em finais de 2008, embora ele esteja implicitamente presente no *divórcio-ruptura* quando se alega a violação de tais deveres que, *objectivamente*, constata uma situação de crise matrimonial a que urge por termo. É verdade que está em causa apenas a ruptura, independentemente das razões que a tenham determinado, designadamente a recusa em manter relações sexuais ou outras formas de expressão da sexualidade dentro do casal.

2.5. Mudança de sexo na constância do casamento

Em Portugal, para alguns autores (Pereira Coelho, Guilherme De Oliveira), o casamento de um transexual, conseguisse obter a mudança legal de sexo no registo civil, tornava-se inexistente: se o casamento contraído entre pessoas do mesmo sexo era inexistente, devia, logicamente, deixar de ter existência jurídica se os cônjuges passassem a ter o mesmo sexo, embora fossem de sexo diferente à data da celebração do casamento. Tratava-se de uma *inexistência sucessiva* ou *superveniente* não corresponderia inteiramente ao da inexistência originária, única que a lei previu no art. 1630.º (*idem*, art. 1501.º, alínea *e*), do CC de Macau), pois o casamento do transexual mantinha todos os efeitos que produzira desde a data em que fora celebrado até à do trânsito em julgado da sentença que reconhecesse a mudança de sexo. A inexistência podia em princípio ser invocada por qualquer pessoa e a todo o tempo, independentemente de declaração judicial; mas se o casamento estivesse registado e a inexistência não resultasse do próprio contexto do registo este não era inexistente (art. 85.º/1, alínea *a*), do Código do Registo Civil português), tornando-se necessária uma ação judicial em que se pedisse a declaração de inexistência do casamento e, acessoriamente, o cancelamento do registo.

Outros Autores (Remédio Marques e Jorge Duarte Pinheiro) preferem ver nessa mudança de sexo a causa da *dissolução automática* do casamento por meio do recurso à figurada *ineficácia jurídica*, a qual, pela sua própria configuração negocial, verifica-se sempre *após* a celebração do acto/negócio jurídico.

Em Macau, a discussão permanece, uma vez a identidade de sexo é requisito essencial da celebração de casamento (civil). Em Portugal, após a admissão de celebração de casamento entre pessoas do mesmo sexo, PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, entendem que a mudança de sexo de um dos cônjuges não torna o casamento inexistente nem gera qualquer causa de invalidade. Eu julgo, porém, há dois de casamento (homossexual e heterossexual) cujo regime jurídico é praticamente idêntico após a sua celebração, mas é diferente até ao momento da sua celebração: o cônjuge que celebra um *casamento heterossexual* forma o seu consentimento com base diversidade de sexos; qualquer alteração do sexo legal do outro cônjuge atinge a formação de tal consentimento, visto que o sexo, nesse outro modelo social, constitui um elemento essencial da pessoa do outro

cônjuge (art. 1636.º CC português), cuja diferente conformação (desconhecido do outro) vicia a vontade e conduziria à anulação desse casamento. Neste sentido, o *casamento heterossexual seguido da mudança legal de sexo de um dos cônjuges* implica a *dissolução automática* desse casamento, após o trânsito em julgado da decisão que afirme e constitua essa mudança do sexo.

Se o casamento for originariamente celebrado entre pessoas do mesmo sexo legal (o que não é possível em Macau), a mudança legal de sexo de um dos cônjuges poderá ter relevância em matéria de vícios da vontade — pode conduzir à anulação do casamento por erro —, mas, na minha opinião, não deve importar a dissolução automática de tal casamento.

Deve, por outro lado, ser afastada a solução autorize um dos cônjuges a divorciar-se do outro (cuja legitimidade activa caberia ao cônjuge que não foi objecto de mudança de sexo). É verdade que o comportamento do cônjuge, que, sem o consentimento do outro, se faz submeter a operação cirúrgica de mudança de sexo, podia conduzir ao divórcio nos termos gerais de um casamento heterossexual. Todavia, a operação cirúrgica pode ter sido acordada entre os cônjuges; por outro lado, não se justificaria que a sorte de um matrimónio considerado pela lei de como inexistente ficasse na dependência da vontade do outro cônjuge, mantendose o casamento entre cônjuges do mesmo sexo no caso de não ser requerido o divórcio.

3. União de facto

A vida em comum em condições análogas às dos cônjuges é o que caracteriza a denominada união de facto, uma vez que a lei portuguesa continua a não definir esta situação jurídica de expressão da sexualidade humana. O CC de Macau procedeu a uma maior densificação desta situação jurídica familiar (arts. 1471.º e 1472.º).

As pessoas vivem em comunhão de leito, mesa e habitação, como se fossem casadas, apenas com a diferença de que não o são, pois não estão ligadas pelo vínculo formal do casamento. A circunstância de viverem como se fossem casadas cria uma aparência externa de casamento, em que terceiros podem confiar, o que explica alguns efeitos atribuídos à união de facto. Relações sexuais fortuitas, passageiras, acidentais, não configuram uma união de facto. Uma pessoa só pode viver em união de facto com outra, não com duas ou mais. É claro, porém, que não deixa de haver união de facto porque um dos sujeitos da relação não é fiel ao outro, tal como não deixa de haver casamento se um dos cônjuges viola o dever de fidelidade e mantém relações sexuais com outra pessoa.

3.1. Unicidade *versus* diversidade de sexo/género na união de facto

Em Portugal (diferentemente de Macau), a noção de união de facto cobre não apenas a relação entre pessoas de sexo diferente, que vivam como marido e mulher, mas também (desde a Lei n.º 7/2001), a união de facto entre pessoas do mesmo sexo, a qual é tratada, para todos os efeitos legais, à união de facto entre pessoas de sexo diferente.

4. Adopção: orientação sexual dos adoptante(s)

No processo de adopção não se inquire a orientação sexual dos adoptantes, na adopção conjunta (ou do adoptante, na adopção singular). O artigo 1825.º/2 do CC de Macau refere-se apenas ao inquérito sobre a personalidade e a saúde do adoptante e do adoptando, a idoneidade do adoptante para cuidar do adoptando e educá-lo, bem como a situação familiar e económica do adoptante. Isto não significa que essa orientação seja irrelevante, à luz das circunstâncias do caso concreto, caso seja voluntariamente revelada pelo adoptante ou venha ao conhecimento dos técnicos de serviço social ou do juiz antes da emissão da sentença que decreta a adopção. O *superior interesse do menor*, cuja adopção é requerida exige, a meu ver, que seja ponderada a orientação sexual e a vivência dos progenitores na construção da identidade pessoal (e, sexual) do menor, e no seu ser-com-os-outros.

5. Poderes-deveres parentais

5.1. Autodeterminação sexual dos menores

Os menores de 18 anos estão sujeitos ao poder paternal (ou aos poderes-deveres parentais). Todavia, esta incapacidade de exercício projecta-se sobretudo na vertente patrimonial. Em outras dimensões da existência dos menores, designadamente, na expressão da sexualidade, os menores desfrutam de notórias maioridades especiais antes de perfazerem 18 anos. Vejamos.

5.2. As «maioridades especiais» dos menores de 18 anos e a sua autodeterminação dentro da família

Do ponto de vista da expressão da sexualidade, o artigo 26.º da Constituição da República Portuguesa consagra o direito ao desenvolvimento da personalidade. E o mesmo ocorre nos termos do art. 67.º do CC de Macau, bem como ao abrigo do Ponto 2, n.º 4, da «Declaração Conjunta Do Governo Da República Portuguesa e Do Governo Da República Popular Da China Sobre a Questão De Macau». Os

menores de 18 anos são assim titulares de direitos fundamentais. E esta titularidade projecta-se no domínio do Direito Civil, no Direito Criminal e em várias dimensões do Direito Administrativo.

Surpreendem-se várias «maioridades especiais» que traduzem a autonomia dos menores no exercício dos seus direitos de personalidade, mesmo dentro da família e face aos poderes-deveres parentais. Por exemplo, em Portugal, o juiz deve ouvir a opinião do menor que tenha 14 anos se tiver que dirimir um desacordo entre os progenitores respeitante ao exercício das responsabilidades parentais (poder paternal), nos termos do artigo 1901.º/2 do Código Civil; em matéria de adopção, exige-se o consentimento do adoptando com mais de 12 anos (art. 1981.º/1, alínea *a*), do mesmo Código); o menor de 16 anos pode escolher livremente a sua religião (art. 1886.º, *idem*; também assim no CC de Macau); os menores com 16 anos podem celebrar casamento válido (art. 1649.º do CC português); em geral, nos processos de regulação de responsabilidades parentais e demais processos tutelares cíveis, os menores com capacidade natural para entender devem ser ouvidos pelo juiz, sob pena de nulidade processual. No domínio da *saúde* e da *sexualidade humana*, estas «maioridades especiais» são mais intensas. Vejamos. Admite-se o acesso livre às *consultas de planeamento familiar* a todos os jovens em idade fértil, sem quaisquer restrições, independentemente de autorização prévia dos pais (art. 5.º da Lei n.º 3/84, de 24 de Março). Neste domínio da informação sexual e contraceção, os menores não se sujeitam ao poder paternal. No que respeita à *saúde sexual e reprodutiva*, a Resolução da Assembleia da República n.º 51/98, de 2 de Novembro recomenda ao Governo a criação de consultas próprias de ginecologia e obstetrícia para adolescentes nos centros de saúde e hospitais, o que já se verifica desde finais dos anos noventa do século passado. A Lei n.º 120/99 de 11 de Agosto, que reforça as garantias do direito à saúde reprodutiva, reafirma que os jovens podem ser atendidos em qualquer consulta de planeamento familiar, mesmo que o centro de saúde não sea o da sua área de residência.

De igual maneira, não há restrições etárias, em Portugal, para a venda de contraceptivos de venda livre; aliás, estes são inclusivamente fornecidos nos centros de saúde aos jovens menores que os solicitem. Enfim, o livre acesso individual, com garantia de confidencialidade, garante maior liberdade aos adolescentes relativamente à sua autodeterminação com a saúde reprodutiva, pois o artigo 5.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 157/99, de 10 de Maio, determina que são utentes dos centros de saúde todos os cidadãos que neles se queiram livremente inscrever. No que toca à interrupção voluntária da gravidez não criminalmente punível, a lei portuguesa dá o poder de decisão à grávida com 16 anos ou mais (art. 142.º do Código Penal). O consentimento é prestado por documento escrito pela mulher grávida, sempre que possível com a antecedência mínima de três dias relativamente à data da intervenção. Em Macau, o art. 3.º, alíneas *b*), *c*) e

d) do Decreto-Lei n.º 59/95/M, de 27 de Novembro, exclui a punibilidade da interrupção da gravidez se for realizada até às 24 semanas de gestação, contanto que estejam verificadas determinadas circunstâncias factuais atendíveis (isto é, doença incurável do nascituro, malformações graves, a mãe tiver sido vítima de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual; perigo de morte ou de grave e duradoura lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida). O consentimento da grávida deve ser prestado se tiver 16 anos ou mais. Para as menores de 16 anos, esse consentimento deverá ser prestado pelo representante legal, por ascendente ou descendente ou, na sua falta, por quaisquer parentes da linha colateral (art. 3.º/3, alínea b), do citado decreto-lei).

Quanto às demais intervenções médicas, incluindo as de alteração dos caracteres genitais externos e/ou internos, só os menores de 14 anos, ou os que não possuam o discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance do consentimento é que serão substituídos pelos representantes. A idade de 14 anos constitui assim no direito português uma presunção de capacidade para consentir intervenções médicas. Quanto aos menores com idade inferior a 14 anos, há quem entenda que é o médico a pessoa que tem o ónus de demonstrar que o menor desfruta do discernimento e capacidade suficiente para consentir, independentemente da vontade dos representantes legais.

6. Esterilização (terapêutica/não terapêutica) voluntária/coactiva

Em Macau, o artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 111/99/M, de 13 de dezembro, determina que, sem prejuízo do disposto no artigo 16.º, qualquer intervenção sobre uma pessoa incapaz de prestar o seu consentimento apenas pode ser efectuada em seu benefício directo. E estatui ainda que, sempre que, nos termos da lei, um menor seja incapaz de consentir numa intervenção, esta não pode ser efectuada sem a autorização do seu representante ou, na sua impossibilidade, do tribunal competente, sendo a opinião do menor tomada em conta, em função da sua idade e do seu grau de maturidade. Em Portugal, o artigo 10.º/1 da Lei n.º 3/84, requer idade acima de 25 anos, declaração escrita e assinada, requerendo a realização do procedimento, bem como explicitando que a pessoa foi esclarecida sobre a intervenção; essa declaração deverá ter ainda o nome e assinatura do médico solicitado a intervir.

Já quanto aos incapazes de facto, em virtude de distúrbio mental, de doença ou de motivo similar, a intervenção não pode ser efectuada sem a autorização do seu representante ou do suprimimento judicial do consentimento, devendo a pessoa em causa, na medida do possível, participar no processo de autorização. Em Portugal não há legislação específica sobre a esterilização não terapêutica

de maiores incapazes. A Lei n.º 3/84 limita-se a estatuir que o limite mínimo de idade de 25 anos é dispensado nos casos em que a esterilização é determinada por razões de ordem terapêutica. Todavia, o *Conselho de Ética para as Ciências da Vida* já emitiu parecer (n.º 35/CNECV/01), no sentido de que a esterilização não terapêutica de incapazes através da laqueadura só deve ser realizada como medida de último recurso, tendo em vista sua difícil reversibilidade, e mais, a decisão deve partir de uma autorização do Tribunal. O Código Deontológico da Ordem dos Médicos de Portugal determina, no seu art. 66.º/4, que os métodos de esterilização irreversíveis só devem ser executados após pedido devidamente fundamentado no sentido de evitar graves riscos para a sua vida ou saúde dos seus filhos hipotéticos e, sempre, mediante prévio consentimento judicial. A família do incapaz e dos médicos são aqueles em quem a lei faz recair a difícil decisão acerca da esterilização não terapêutica como meio de controlo de natalidade. Isto sem prejuízo de, como referi, o incapaz dever ser ouvido. Mas tal como em Portugal, em Macau o consentimento é tolerante, pois nos termos do n.º 5 deste artigo 6.º a autorização referida pode ser retirada, em qualquer momento até à execução da intervenção, no interesse da pessoa em causa.

7. A fertilização medicamente assistida

As crenças e os padrões comportamentais são muito diferentes ao longo do planeta. E isso tem que ser reflectido na regulação jurídica e no Direito. A doação de óvulos e até de embriões levanta menos problemas do que a doação de esperma por causa de ideias em torno da experiência do nascimento e da ligação maternal durante a gravidez. Na China (e, logo, em Macau), a doação de óvulos é mais aceite do que a de esperma por causa de valores patriarcais e preocupações com a continuidade das linhagens patriarcais, ao passo que acontece exactamente o contrário em Israel, onde a identidade judaica é estabelecida através da mãe. No Reino Unido e nos EUA a doação de esperma é vista de modo sexualizado – talvez porque a doação atravessa as fronteiras de género –, enquanto a doação de ovos é vista como assexuada e altruísta.

8. Outras situações; epílogo

Todas as sociedades atravessam actualmente momentos de forte ambiguidade. Portugal e Macau não escapam. Na verdade, Macau não dispõe de uma lei das uniões de facto. Porém, o art. 25.º da sua Lei Básica (e, implicitamente, a Declaração Conjunta entre Portugal e a República Popular da China) proíbe

a discriminação por orientação sexual. Também não existe um debate público e político que certamente acerca da legalização do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. Macau revela um sentido negativo relativamente à adopção por casais homossexuais, mas dispõe de algumas (poucas) regras sobre procriação medicamente assistida no próprio Código Civil (arts. 1723.º a 1728.º). Portugal tem um regime específico de procriação medicamente assistida, desde 2006, mas que até muito recentemente vedava, em absoluto e sem qualquer derrogação, o acesso por parte de mulheres sozinhas e por casais de mulheres às técnicas de procriação medicamente assistida e aos acordos de gestação para terceiros em casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez (Lei n.º 25/2016, de 29 de Julho). Este regime condicionador e até impeditivo vigora, todavia, em Macau. As lésbicas portuguesas (e supõem-se também o mesmo em Macau) têm recorrido a formas de reprodução que passam sobretudo pelas seguintes estratégias: o recurso à procriação medicamente assistida no estrangeiro, por parte das mulheres; o recurso a um dador amigo, com ou sem definição de futuro envolvimento parental deste; projectos de co-parentalidade, com um/a amigo/a ou casal; o recurso à adopção singular com ocultamento da (ou prévio à) existência de um/a parceiro/a. Noutros casos, nacionais da China continental recorrem às autoridades sanitárias de Macau para realizar técnicas de procriação assistida ilícitas face ao ordenamento da República Popular da China (e, por vezes, de Macau). De todos estes casos novos e radicais a bibliografia mais recente sobre estes assuntos sugere que os modelos construídos por famílias, parceiros e pais *gays* e lésbicas, bem como pelos pais de crianças nascidas graças a novas tecnologias reprodutivas, assentam igualmente em ideias radicais e em ideias conserva. Durante muito tempo a sexualidade, a procriação, a filiação e a aliança coincidiam, mesmo que apenas idealmente, assim como a produção e reprodução da família. Hoje, em muitos países (de que é expressão o ordenamento português), a cada vez maior saliência cultural da homoparentalidade ainda vai confrontar-se, por muito tempo, com os efeitos das normas jurídicas geralmente aceites e produzidas nos Parlamentos, para efeitos da constituição das subjectividades (neste caso de “pais” e “filhos”). E isto será tanto mais assim quanto, sobretudo em contextos contemporâneos na Europa e nos E.U.A., a lei segue e apoia o biologismo da cultura e a biologia tende a seguir e a apoiar o biologismo da lei (Miguel Vale de Almeida).