

O DIREITO DA FAMÍLIA E A RETÓRICA DA IGUALDADE DE DIREITOS DAS PESSOAS COM ORIENTAÇÃO HOMOSSEXUAL

Rita Lobo Xavier

Professora Associada, Escola de Direito do Porto, Universidade Católica Portuguesa, Portugal

Resumo: Partindo da descrição do itinerário recentemente percorrido no contexto da defesa dos direitos das pessoas com orientação homossexual, proponho-me reflectir sobre as suas consequências no âmbito do Direito da Família.

A defesa da igualdade dos direitos das pessoas com orientação homossexual no plano individual foi transposta para o plano das relações familiares, conduzindo à reivindicação do direito à constituição de relações familiares de vida em comum, num primeiro momento, e, ulteriormente, dos direitos de constituir relações de filiação e de aceder à adoção e à procriação medicamente assistida correspondentes às opções individuais no campo da sexualidade.

O discurso igualitário tenta impor uma visão particular da sociedade e da Família focada nos direitos individuais que é fortemente politizada e escamoteia a própria realidade, rejeitando qualquer opinião distinta, e forçando uma atitude voluntarista no âmbito da produção legislativa que visa a conformação da sociedade nesta perspectiva muito particular. No entanto, no plano das leis sobre a Família, é forçoso reconhecer que o direito ao desenvolvimento da personalidade e, mais concretamente, o direito à autodeterminação sexual, e a proibição da discriminação em função da orientação sexual não exigem o reconhecimento de todas as situações de vida em comum e de todas as relações afetivas duradouras como equiparáveis, nem impõe a sua igual proteção como manifestações de vida familiar, devendo ser assegurados os direitos das crianças envolvidas, designadamente, o respeito pelo seu direito à vida familiar, mesmo que esta não se tenha ainda iniciado. A tutela dos direitos humanos dos adultos não pode servir para validar a violação dos direitos das crianças.

A questão evoca o problema da natureza das relações jurídicas familiares e da sua correspondência à realidade antropológica que lhes está subjacente. A perspetivação desta questão será auxiliada pela apreciação da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem nestas matérias e das mudanças impostas pelo discurso igualitário no Direito da Família português, que relevam de algum voluntarismo.



Palavras-chave: Direito da Família; igualdade de direitos; diferenciação sexual; orientação homossexual; direitos humanos; direito ao respeito pela vida familiar; direitos da criança.

Introdução

Nas sociedades ocidentais contemporâneas, o dever de respeitar o direito à autodeterminação no plano da sexualidade e à liberdade de escolha no âmbito dos comportamentos sexuais e formas de vida, de acordo com as preferências sexuais de cada um, é hoje consensual, sendo proibidas as discriminações com base nas preferências sexuais.

O respeito pelas escolhas de cada um, designadamente pela opção por viver de acordo com uma preferência homossexual, fez emergir um discurso que toma como correlativo o direito a construir relações jurídicas familiares correspondentes a tais escolhas, sob pena de discriminação. A defesa da igualdade dos direitos das pessoas com orientação homossexual no plano individual foi transposta para o plano das relações familiares, conduzindo à reivindicação do direito a constituir relações familiares de vida em comum, num primeiro momento, e, ulteriormente, dos direitos de constituir relações de filiação e de aceder à adoção e à procriação medicamente assistida correspondentes às opções individuais no campo da sexualidade.

A questão reside em saber se o direito de escolha relativamente aos comportamentos homossexuais implica o direito a que as formas de vida correspondentes a estes comportamentos seja reconhecida como familiar. Na verdade, a instituição jurídica da Família, refere-se à realidade antropológica subjacente, enquadrando as relações de comunhão entre um homem e uma mulher e os filhos por eles gerados.

No presente trabalho, pretendo contrariar a argumentação que transpõe a defesa dos direitos individuais para o plano do direito a constituir família, chamando a atenção para o impacto que tem tido na legislação, sobretudo no que se refere à filiação e à adoção, salientando o perigo da violação dos direitos das crianças envolvidas. A perspetivação desta questão será auxiliada pela apreciação da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem nestas matérias e das mudanças impostas pelo discurso igualitário no Direito da Família português, que relevam de algum voluntarismo.

1. O direito ao respeito pelas escolhas individuais no âmbito da sexualidade e a suposto direito ao reconhecimento de relações jurídicas familiares correspondentes a tais escolhas como relações familiares

A defesa dos direitos das pessoas com orientação homossexual convoca a



tutela de direitos fundamentais protegidos nos diferentes ordenamentos jurídicos do espaço cultural e jurídico onde se integra o português. No plano dos direitos individuais, o artigo 13.º (Princípio da igualdade) da Constituição da República Portuguesa de 1976 (CRP) proclama que “Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei”; e o n.º 2 enuncia um conjunto de factores de desigualdade inadmissíveis a título exemplificativo, no fundo aqueles que mais fortemente são recusados pelo legislador constituinte.

A atual redação do artigo 26.º (Outros direitos pessoais) da CRP, que constitui a sede fundamental da tutela geral da personalidade, inclui os direitos “ao desenvolvimento da personalidade” e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação, direitos “aditados pela quarta revisão constitucional de 1997. Esta última referência, embora seja expressão do princípio da igualdade consagrado no artigo 13.º tem o sentido útil de “impor um dever de legislar sempre que seja necessário tomar medidas para combater as formas de discriminação que a Constituição considere intoleráveis”. O direito ao desenvolvimento da personalidade, implica uma tutela abrangente da personalidade, incluindo a própria formação e o reconhecimento de um espaço de autonomia, de liberdade e de realização pessoal.

No âmbito das relações familiares, o artigo 36.º, n.º 1, da CRP consagra “o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de igualdade”, não se esgotando a tutela constitucional da família e do casamento na tutela da liberdade e autonomia individual, estando a dimensão institucional “no centro da tutela constitucional da Família.

O princípio da igualdade e a proibição da discriminação com base na orientação sexual foram invocados para legitimar alterações na regulação legal das relações familiares com vista à sua adequação à realidade das pessoas com orientação homossexual julgada necessária para eliminar discriminações. A reivindicação do direito de contrair casamento forçou a alteração legal que veio permitir em Portugal a celebração do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo (Lei n.º 9/2010, de 31 de Maio).

O direito de constituir família abrange o direito a procriar e o direito de estabelecer as relações jurídicas de paternidade e de maternidade, bem como o direito à constituição da relação de adoção, questionando-se se envolve o direito de recorrer a técnicas de procriação medicamente assistida. No entanto, o direito a procriar das pessoas com orientação homossexual esbarra com a impossibilidade de, no plano dos factos, duas pessoas do mesmo sexo gerarem um filho em conjunto. Não se questionando o reconhecimento do direito das pessoas a viver livre e plenamente de acordo com as suas escolhas no plano da sexualidade; no caso das pessoas com orientação homossexual, dessa opção decorrerá que se absterão de ter relações sexuais com pessoas do sexo diferente o que lhe impossibilita, de facto, a geração de filhos. Assim, a invocação do direito à igualdade neste domínio tem envolvido a exigência de que a lei permita a constituição de relações de filiação ou de adoção relativamente



a duas pessoas do mesmo sexo, prescindido da associação da maternidade e da paternidade no registo das crianças em causa.

A invocação de uma suposta discriminação com base na orientação sexual para exigir a legalização da vida em comum de duas pessoas do mesmo sexo como casamento supõe uma manipulação dos pressupostos, centrando-se a comparação das formas de vida em comum entre duas pessoas do mesmo sexo e entre duas pessoas de sexo diferente no plano da capacidade de compromisso e a componente de convivência e afetivo-social de modo a justificar um reconhecimento legal equivalente.

A transposição do discurso da discriminação para o âmbito do estabelecimento de relações de filiação, do exercício das responsabilidades parentais e da adoção é completamente destituída de fundamento, implicando que a lei deva proporcionar formas alternativas à procriação, permitindo a constituição de relações de filiação com dois pais ou duas mães, nomeadamente, facilitando a entrega de crianças geradas por outrem para serem cuidadas por duas pessoas do mesmo sexo como se elas as tivessem gerado. A argumentação usada que supõe que a proteção do direito à vida familiar das pessoas com orientação homossexual exige a tutela do seu direito a estabelecer relações familiares de filiação com dupla paternidade ou dupla maternidade, sob pena de discriminação, é muito insatisfatória. A opção pela vivência da sexualidade segundo uma determinada forma comportamental tem consequências lógicas no plano da geração de filhos. Na verdade, no que respeita à procriação, a diferença entre a situação de duas pessoas do mesmo sexo e a de duas pessoas de sexo diferente é evidente: a duas pessoas do mesmo sexo, não é possível procriar. Poderá falar-se fundadamente de discriminação quando a lei limita a permitir o estabelecimento de relações de filiação e de adoção correspondentes à realidade antropológica subjacente à geração de um filho? Será discriminatório não se admitir a inscrição da filiação relativamente a duas pessoas do mesmo sexo? O princípio da igualdade impõe que duas pessoas do mesmo sexo sejam admitidas a estabelecer relações simultâneas de filiação ou adoção de forma idêntica à de um homem e uma mulher? Será discriminatório o facto de a lei não contemplar uma forma alternativa de proteção do direito a constituir relações de filiação para duas pessoas do mesmo sexo que não podem gerar filhos em comum?

Do meu ponto de vista, estas perguntas devem ser respondidas de forma negativa. Para que haja discriminação é necessário que exista uma diferença de tratamento entre pessoas que estejam em situações similares ou equiparáveis, carecendo a diferença de uma justificação objetiva e razoável. Não é o legislador que restringe o estabelecimento da filiação a uma mulher como mãe e a um homem como pai; o legislador limita-se a reconhecer a realidade de que um ser humano é gerado por um homem e por uma mulher. A diferença de tratamento das situações não se baseia na orientação sexual, mas nas diferenças que existem quanto à possibilidade de geração de um filho em comum.



Não se questiona o reconhecimento do direito das pessoas a viver livre e plenamente de acordo com as suas escolhas no plano da sexualidade; no caso das pessoas com orientação homossexual, dessa opção decorrerá que se abstenham de ter relações sexuais com pessoas do sexo diferente o que lhe impossibilita, de facto, a geração de filhos. No entanto, o reconhecimento dos seus direitos como indivíduos não implica a atribuição a duas pessoas do mesmo sexo do direito de constituir relações jurídicas de filiação, mesmo sem terem gerado filhos em comum, através de construções legais e abstraindo da consideração dos interesses e direitos dos terceiros envolvidos.

2. O direito a constituir família e a retórica da igualdade de direitos das pessoas com orientação homossexual

A argumentação subjacente às exigências do princípio da igualdade no plano das relações familiares baseou-se no reforço das semelhanças e na diminuição das diferenças que existem entre as uniões entre duas pessoas de sexo diferente e entre duas pessoas do mesmo sexo. Sustentou-se que duas pessoas que optam por comportamentos homossexuais podem manter entre si formas de vida em comum que reproduzem as que a lei considera como relações familiares quando se verificam entre duas pessoas de sexo diferente e que são equivalentes. No âmbito das relações entre dois adultos, foi reivindicado o direito de acesso ao casamento por duas pessoas do mesmo sexo, sustentando-se que dois adultos do mesmo sexo poderiam manter entre si uma vida em comum estável equivalente à do casamento entre um homem e uma mulher. No âmbito das relações parentais, reivindica-se o direito a autodeterminação parental, ultrapassando-se o obstáculo natural à geração de um filho em comum por duas pessoas do mesmo sexo, através do acesso à adoção, à procriação medicamente assistida com dador ou à chamada gestação de substituição. Tem sido sublinhado o paradoxo presente na argumentação dos autodenominados movimentos LGBT (Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender) que, a respeito das reivindicações relativas ao reconhecimento do direito a constituir relações familiares, reclamam o direito à diferença, que pretendem ver traduzido no âmbito legal, e, simultaneamente, “igual tratamento, por alegada irrelevância da mesma diferença”.

A estratégia reivindicativa prossegue um percurso argumentativo sustentado em frentes diversificadas e suporte em abordagens multidisciplinares, das quais é de destacar a defesa da chamada “teoria do género”. Esta abordagem tenta desconstruir a diferenciação sexual binária homem-mulher e a sua ligação à reprodução humana, sustentando que se trata de uma construção cultural. A partir daqui, intenta edificar uma diversa distinção no âmbito sexual, esta sim totalmente artificial e culturalmente justificada, que se refere ao género como opção individual e às preferências e comportamentos sexuais como fenómeno identitário.



O conceito de “orientação sexual” e as categorias relacionadas como “pessoa homossexual e heterossexual” é usado para criar a ligação entre desejo sexual, preferência e atração e uma “identidade”, quando a verdade é que não existem dados científicos para apoiar tal sugestão. Pelo contrário, no que diz respeito à sexualidade e à identidade, a distinção fundamental e mais importante é a de que o ser humano é homem ou mulher.

O discurso argumentativo dos movimentos LGBT no âmbito das relações familiares chega ao ponto de apresentar de forma unitária e uniforme a grande variedade de preferências LGBTs. Quanto este aspeto, não pode deixar de se referir que próprios membros das organizações LGBTs contestam a abordagem da oposição hetero/homo, sendo cada vez mais salientada a variedade e a inviabilidade da construção identitária. A especificidade dos autodesignados como “bissexuais” e a emergência de casos assumidos como de transsexualismo e de transgenderismo como fenómenos identitários e políticos tem demonstrado o paradoxo de construir identidades (fixas) sobre a impossibilidade de qualquer identidade (fixa).

O discurso igualitário tenta impor uma visão particular da sociedade e da Família focada nos direitos individuais que é fortemente politizada e escamoteia a própria realidade, rejeitando qualquer opinião distinta, e forçando uma atitude voluntarista no âmbito da produção legislativa que visa a conformação da sociedade nesta perspetiva muito particular. No entanto, no âmbito das leis sobre a Família, não pode deixar de se concluir que o direito ao desenvolvimento da personalidade e, mais concretamente, o direito à autodeterminação sexual, e a proibição da discriminação em função da orientação sexual não exigem o reconhecimento de todas as situações de vida em comum e de todas as relações afetivas duradouras como equiparáveis, nem impõe a sua igual proteção como manifestações de vida familiar. Os seres humanos são sempre gerados por um homem e por uma mulher, e a generalização das relações homossexuais envolveria o risco de extinção da espécie humana. A própria recusa por parte dos movimentos LGBT daquilo que designam por heteronormatividade não implica a rejeição da heterofamília, padrão segundo o qual pretendem construir os seus sonhos familiares.

3. A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem relativa ao direito ao respeito pela vida familiar e ao direito de casar e de constituir família, em articulação com a proibição de discriminação em função da orientação sexual

No âmbito internacional, estas questões têm sido colocadas perante textos e instâncias que tutelam os direitos humanos, fazendo apelo à aplicação de princípios semelhantes aos descritos e desenvolvendo-se uma argumentação idêntica. No que



diz respeito à Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) e às decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), estas questões têm sido discutidas no âmbito dos artigos 8.º (direito ao respeito pela vida familiar) e 12.º (direito ao casamento), em articulação com o artigo 14.º (proibição de discriminação). A invocação cruzada destas três disposições tem sido usada para fundamentar pedidos de condenação dos Estados no contexto da negação do acesso de duas pessoas do mesmo sexo ao casamento ou à adoção.

As decisões relativas à violação do direito à vida familiar com base na orientação sexual são complexas, sendo difícil descrever de forma rigorosa a posição do TEDH, uma vez que foi evoluindo e que o tribunal tem presentes as alterações legislativas que vão ocorrendo quando se trata de fixar o âmbito da margem de apreciação nacional neste âmbito. Sobre o direito de contrair casamento, o sentido das decisões do Tribunal é o de que o artigo 12.º não obriga os Estados a garantir às pessoas do mesmo sexo o acesso ao casamento, e que o artigo 14.º, combinado com o 8.º não pode interpretar-se de modo a que imponha tal obrigação. Os Estados devem gozar de uma margem de apreciação quanto ao tempo das reformas legislativas neste domínio, bem como quanto aos efeitos a reconhecer às uniões entre duas pessoas do mesmo sexo. No que diz respeito à possível violação do artigo 14.º combinado com o artigo 8.º, sendo indiscutível que a relação entre duas pessoas do mesmo sexo integra a noção de “vida privada”, a questão é a de saber se também constitui “vida familiar” e se necessita de reconhecimento e de proteção igual à das pessoas de diferente sexo.

Relativamente ao direito de contrair casamento terá sobretudo interesse a análise do *caso Schalk e Kopf v. Áustria, de 24 de Janeiro de 2010*, caso em que pela primeira vez houve oportunidade para examinar se as pessoas do mesmo sexo têm direito a contrair casamento, muito embora a questão já tivesse chegado ao TEDH com referência aos transexuais. É igualmente de destacar o *caso Oliari e outros v. Itália, de 21 de julho de 2015*, por ser o mais recente e por reiterar as posições sustentadas no anteriormente mencionado. Surgem também controvérsias relacionadas com a filiação, e neste âmbito as decisões do TEDH refletem a evolução que se está a verificar nos diferentes ordenamentos jurídicos dos Estados membros da CEDH, no sentido de que alguns reconhecem as relações de filiação entre uma criança e duas pessoas do mesmo sexo ou entre apenas uma pessoa com orientação homossexual. O *caso Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal* costuma ser referido a este propósito, mas a verdade é que o conflito surgiu a propósito de o exercício das responsabilidades parentais ter sido atribuído em exclusividade à mãe da criança pelo facto de o pai ter orientação homossexual e viver com outro homem. No entanto a criança nasceu no contexto do casamento entre o pai e a mãe da criança em causa.

As referências que se seguem destinam-se a fornecer alguns exemplos para sustentar as tendências identificadas.

- *Caso CHAPIN et Bertrand CHARPENTIER v. França* (n.º 40183/07,



introduzido a 6 de Setembro de 2007)

- *Caso Schalk e Kopf v. Áustria* (24 de junho de 2010).
- *Caso Oliari e outros v. Itália* (21 de julho de 2015) n.º 18766/2011 e 36030/11.

Para efeitos do presente estudo têm sobretudo interesse referir as seguintes decisões respeitantes ao tema da adoção por parte de pessoas com orientação homossexual:

- *Caso FRETTE v. França* (26 de Fevereiro de 2002) n.º 36515/97
- *Caso E. B. v. France* (22 de janeiro de 2008) (application n. 43546/02).
- *Caso GAS e DUBOIS v. France* (15 de março de 2012).
- *Caso X e outros v. Áustria* (19 de fevereiro de 2013).
- *Caso BOECKEL e GESSNER-BOECKEL v. Alemanha* (n.º 8017/11), com decisão de 7 de maio de 2013 que decidiu pela inadmissibilidade do recurso.

Ainda por referência a situações de estabelecimento da filiação e responsabilidades parentais são de mencionar os seguintes casos, neste momento pendentes:

- *Caso BONNAUD e LECOQ v. França* (n.º 6190/11, introduzido a 8 de janeiro de 20011).
- *Caso Elodie LUCAS e Karine HALLIER v. França* (n.º 46386/10, introduzido a 13 de agosto de 2010).

4. Os direitos da criança e as limitações da retórica da igualdade de direitos das pessoas com orientação homossexual

As limitações da retórica da igualdade de direitos das pessoas com orientação homossexual no âmbito das relações familiares são mais evidentes quando não estão em causa apenas relações entre adultos mas também a situação das crianças envolvidas.

Neste ponto gostaria de salientar a opinião parcialmente dissidente subscrita por sete juizes no *Caso X e outros v. Áustria*, pelo interesse que reveste sobretudo pela chamada de atenção para a necessidade de serem assegurados os direitos das crianças envolvidas. Estes juizes consideraram não se ter verificado a violação do artigo 14.º conjugado com o artigo 8.º tendo em conta as especificidades factuais do caso e o conteúdo do direito austríaco, por uma lado, e considerações de direito comparado e de direito internacional, por outro. Sublinham que ficou por examinar o elemento que está no coração de qualquer processo de adoção: o interesse superior da criança (que referem como “o grande esquecido deste dossier”). Fazem ainda alusão à eventualidade de existir um conflito de interesses entre a mãe como representante do filho e o próprio filho, o que parece fazer sentido uma vez que a mãe é companheira da candidata a adotante. Afirmam que teria sido necessário averiguar a opinião do



filho que teria entre onze e doze anos na altura em que se desenvolveu o processo interno. Finalmente, tendo em conta o facto de a criança em causa ter uma mãe e um pai, também se interrogam sobre qual o interesse que justificaria a substituição do pai pela companheira da mãe. Os sete juízes distanciam-se igualmente do método usado pela maioria que a fazer abstracção de uma tendência clara da grande maioria dos Estados partes no sentido de recusar neste momento a adoção conjunta a duas pessoas não casadas e *a fortiori* a duas pessoas não casadas do mesmo sexo. Tendo consciência de que o Tribunal tem recordado frequentemente que a Convenção é um instrumento vivo que é preciso interpretar “à luz das condições de vida” vigentes em cada momento. No entanto, o sentido da chamada “interpretação evolutiva”, tal como é concebida pelo Tribunal, é o de acompanhar as mudanças, não de as preceder e, muito menos, a de as impor. Ora, sem excluir que as condições que prevalecerão no futuro na Europa poderão ir no sentido aparentemente querido pela maioria, esse não parece ser o caso na hora atual. Em seu entender, consequentemente, a maioria foi além dos limites habituais do método de interpretação designado como evolutivo.

Concordando com a opinião subscrita por estes juízes, farei algumas observações complementares respeitantes à consideração dos direitos das crianças.

O reconhecimento do direito à auto determinação no plano sexual não implica necessariamente o direito de duas pessoas do mesmo sexo estabelecerem vínculos jurídicos de natureza familiar conjunta e simultaneamente relativamente a uma mesma criança, ainda que se trate de filho(a) biológico(a) de um deles.

Na verdade, isso apenas será possível como mera construção jurídica e pela via da privação da criança da potencialidade de estabelecer vínculos jurídicos com um dos progenitores. O desejo de duas pessoas do mesmo sexo terem um filho em conjunto apenas pode ser satisfeito, realizado e protegido à custa dos direitos da criança envolvida, nomeadamente, privando-a do direito a um pai ou a uma mãe, direito este garantido pelo artigo 7.º da Convenção dos Direitos da Criança. O facto de os adultos terem constituído entre si uma relação do tipo familiar ou equiparada não lhes atribui o direito de privar uma criança dos seus direitos. Apesar das intenções benevolentes, o cuidado e o afecto que irão proporcionar à criança são insusceptíveis de substituir o seu direito à vida familiar, ainda que apenas em potência, não reparando a violação dos seus direitos que lhe é infligida.

A tutela dos direitos dos adultos tem de ser confrontada com os direitos conflitantes da criança, como sejam o direito ao conhecimento da ascendência biológica verdadeira, mas sobretudo o próprio direito ao respeito pela vida familiar.

O direito da criança ao estabelecimento do vínculo jurídico da paternidade e da maternidade é incompatível com o reconhecimento de eventuais direitos de autodeterminação das pessoas com orientação homossexual no âmbito parental. A constituição de um vínculo de dupla paternidade ou de dupla maternidade relativamente a uma criança será em si mesma geradora de desigualdade e redundará



em sacrifício injustificado dos direitos da criança, nomeadamente no direito a que sejam estabelecidos os vínculos jurídicos da paternidade e da maternidade.

A tutela dos direitos humanos dos adultos não pode servir para validar a violação dos direitos das crianças.

Por último, é certo que a Convenção deve ser interpretada de forma dinâmica e atualista, de forma a poderem ser apreendidas situações que não poderiam ser pressupostas no momento da assinatura da mesma, em 1950. Mas, vistas as coisas noutra perspetiva, a verdade é que o resultado deste método interpretativo pode ser o de que os Estados sejam condenados pelo Tribunal em relação a questões sobre as quais não foi assumido qualquer compromisso e sobre as quais ainda decorrem amplas discussões no contexto interno de cada país. Por outro lado, algumas das implicações que se pretendem como decorrências dos direitos humanos são discutíveis, tratando-se de meras opiniões fundadas ideologicamente.

5. O impacto da retórica da igualdade de direitos das pessoas com orientação homossexual no Direito da Família português

Os grupos de pressão LGBT tem forçado alterações nas leis relativas à constituição de relações familiares.

Na ordem jurídica portuguesa, a Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio (Adota medidas de proteção das uniões de facto) reconheceu relevância jurídica equivalente às uniões de facto entre pessoas de sexo diferente e do mesmo sexo, sobretudo a partir das alterações introduzidas pela Lei n.º 23/2010, de 30 de Agosto (alteração à Lei das Uniões de Facto). A Lei n.º 9/2010, de 31 de Maio, veio permitir o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, prevendo expressamente que tal permissão não implica “a admissibilidade legal da adoção, em qualquer das suas modalidades, por pessoas casadas com cônjuge do mesmo sexo” (art. 2.º, n.º 1).

No que diz respeito à relação de filiação, é importante referir o projeto de Lei n.º 278/XII, apresentado pelo Partido Socialista, que se propôs estabelecer um regime jurídico, designado por *coadoção*, que permitiria a uma pessoa adotar plenamente o filho, biológico ou adotado, do cônjuge do mesmo sexo ou do companheiro do mesmo sexo com quem vivesse em união de facto. Este projeto foi aprovado na generalidade e discutido em Comissão, acabando por ser rejeitado pela maioria dos deputados na votação final.

A alteração legislativa mais recente ocorreu por meio da Lei n.º 137/2015 de 7 de Setembro (Altera o Código Civil, aprovado pelo Decreto -Lei n.º 47 344, de 25 de Novembro de 1966, modificando o regime de exercício das responsabilidades parentais). Foram modificados os artigos 1602.º, 1903.º e 1904.º do CC, e acrescentado o artigo 1904.º-A.

A mudança mais significativa é a de permitir que o progenitor e o seu cônjuge ou companheiro, de sexo diferente ou do mesmo sexo, exerçam, em conjunto responsabilidades parentais sobre a mesma criança. Trata-se de uma forma de contornar a não aprovação do projeto sobre a *coadoção*, atrás mencionado, uma vez que permite alcançar o mesmo resultado prático no que diz respeito ao exercício conjunto das responsabilidades parentais por parte de duas pessoas do mesmo sexo relativamente ao filho ou à filha de uma delas, embora formalmente não se permita a inscrição no registo civil de duplas paternidades ou de duplas maternidades, nem se prevejam efeitos sucessórios.

A lei cria uma nova relação familiar, ou pelo menos, parafamiliar, acrescentando um novo impedimento dirimente relativo à celebração do casamento (Artigo 1602.º São também dirimentes, obstando ao casamento entre si das pessoas a quem respeitam, os impedimentos seguintes: (...) *b*): A relação anterior de responsabilidades parentais). A lei admite que se cria um vínculo entre uma pessoa e o filho do seu cônjuge ou unido de facto que não parece poder cessar por efeito da vontade do progenitor, do divórcio ou da ruptura da vida em comum. O novo impedimento dirimente relativo supõe que a proximidade da relação da criança com a pessoa que exerceu responsabilidades parentais, a ponto de a própria lei a assimilar a uma relação familiar (equivalente às relações de parentesco e afinidade mencionadas nas outras alíneas do artigo 1602.º).

Bibliografia

- ADRAGÃO, Paulo Pulido, «Casamento: entre Pessoas do Mesmo Sexo? Pressupostos Fundamentais da Questão», in AA.VV., *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcelo Caetano no Centenário do Seu Nascimento*, Vol. II, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (527-533). Coimbra Editora, 2006
- ARNAUD, André-Jean – “Philosophie des droits de l’homme et droit de la famille” in *Internationalisation des droits de l’Homme et la évolution du droit de la famille (Actes de la journée Études des 15 et 16 décembre)*. Paris: L.G.D.J., 1996 (3-25)
- ASCENSÃO, José de Oliveira, «O Casamento de pessoas do mesmo sexo» in *Lex Familiae*, Ano 8, n.º 15, Janeiro – Junho 2011
- BARROSO, Ivo - Casamento entre pessoas do mesmo sexo: um «direito fundamental» à medida da lei ordinária?, in *Lex Familiae*. Revista Portuguesa de Direito da Família, Centro de Direito da Família, Coimbra Editora, ano 7, n.º 13, 2010, pgs. 57-82
- BENTO, José Caldeira Messias, «Itinerários do Direito Matrimonial», in AA.VV., *Estudos em Memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida* (73-104).

- Coimbra Editora, 2007
- BRITO, Miguel Nogueira de, «Casamento Civil e Dignidade dos Homossexuais», *in idem* e Múrias, Pedro, *Casamento entre Pessoas do Mesmo Sexo – não ou sim? – sim ou não?.* Lisboa, Entrelinhas Editora, 2008
- BURGGAF, Jutta, «Género (Género)» in *Léxico da Família, Termos ambíguos e controversos sobre Família, vida e aspectos éticos*, Conselho Pontifício para a Família, Principia, Cascais, 2010 (541-549)
- CABALLERO, Susana Sanz – *La familia en perspectiva internacional y europea.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2006
- CABRERO, Estela Gilbaya - «La orientación sexual ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, UNED, Revista de Derecho Político, n.º 91, septiembre-diciembre 2014 (305-340)
- CID, Nuno de Salter – «As Sociedades Europeias e o Casamento entre Homossexuais do Mesmo Sexo: Factos e Argumentos» in *Perspectivas – Portuguese Journal of Political Science and International Relations*, n.º 3, 2010, Edição NICPRI – Núcleo de Investigação em Ciência Política e Relações Internacionais da Universidade do Minho)
- «Direitos humanos e Família: quando os homossexuais querem casar», in *Economia e Sociologia*, n.º 66, 1998 (189-235)
- *A comunhão de vida à margem do casamento: entre o facto e o direito.* Almedina, Coimbra, 2005
- COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme, *Curso de Direito da Família, I, Introdução e Direito Matrimonial*, 4ª Edição. Coimbra Editora, Coimbra, 2008
- «Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e as novas formas de família» in *Revista Jurídica da Universidade Portucalense*, n.º 15, 2012
- DIAS, Cristina Araújo «O casamento como contrato celebrado entre duas pessoas (de sexo diferente ou do mesmo sexo (!))» in *AA. VV. Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. 3 (353-396). Coimbra, Almedina, 2011
- DUBINSKY, Laura et alii, «ECHR article 8 and Family and private life», in *Foreign National Prisoners, Law and Practice (Chapter 16)*, Legal Action Group, UK, p. 279-292
- ESKRIDGE, JR, William N., *The case for same-sex marriage, From Sexual Liberty to Civilized Commitment*, The Free Press
- GRIJOLO, Michele, *Sexualities and the ECHR: Introducing the Universal Sexual Legal Subject*, in *EJIL* (2003), Vol. 14 No.5, 1023-1044
- ITXASO, M.ª ELÓSEGUI, *Diez Temas de Género, Hombre y Mujer ante los derechos productivos y reproductivos*, Ediciones Internacionales Universitarias, Madrid, Novembro 2002
- KHERIATY, Aaron *et alii*, «Sexuality and Identity: Scientific Findings» (em



- publicação); fonte
- KILKELLY, Ursula, Le droit au respect de la vie privée et familiale in *Précis sur les droits de l'homme*, n.º1 (73 p.)
- KUKURA, E. (2006). "Finding Family: Considering the Recognition of Same-Sex Families in International Human Rights at the European Court of Human Rights." *Human Rights Brief* 13(2): 17-20
- LACROIX, Xavier, «Homoparentalidade» in *Léxico da Família, Termos ambíguos e controversos sobre Família, vida e aspectos éticos*, Conselho Pontifício para a Família, Principia, Cascais, 2010 (609-623)
- LOUREIRO, João Carlos «Adoção, procriação, movimento LGBT e leituras (pós-) queer em "tempos líquidos. Sobre a questão da (in)constitucionalidade de uma proposta de referendo» in *Lex Familiae*, Ano 10, n.º 20, 2013
- MELEHI, Nadia, The Right to Family Life Free from Discrimination on the Basis of Sexual Orientation: The European and Inter-American Perspectives (946-987).
- MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª edição. Coimbra Editora, Coimbra, 2010
- PATTO, Pedro Vaz, "A coadoção em uniões homossexuais" in *Brotéria* 176 (2013/5-6) (433-452)
- PATTO, Pedro Vaz, e ALMADA, Gonçalo Portocarrero de, *Porque não – Casamento entre pessoas do mesmo sexo*. Bertrand, 2010
- PINHEIRO Jorge Pinheiro, *O Direito da Família Contemporâneo*, 4.ª Edição. AAFDL, Lisboa, 2013
- RAMOS, Rui Manuel Gens de, A Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Sua posição face ao ordenamento jurídico português, *Boletim do Ministério n.º 5 de 1981*, Procuradoria Geral da República, Gabinete de Documentação e Direito Comparado, Lisboa, 1982 (95-195)
- SANTOS, Duarte, *Mudam-se os Tempos, Mudam-se os Casamentos, O casamento entre Pessoas do mesmo Sexo e o Direito Português*. Centro de Direito da Família, Coimbra Editora, 2009
- VALLE, Javier Nanclares, La posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos acerca del matrimonio entre personas del mismo sexo in *Revista Crítica de Derecho Inmobiliário*, n.º 741 (195-249)
- XAVIER, Rita Lobo, "A garantia institucional do casamento, o legislador democrático e o Tribunal Constitucional: *Cuis custodiet ipsos custodes?*" in *Estudos em Homenagem ao Senhor Professor Doutor Jorge Miranda*, Vol III, Coimbra Editora, 2012 (601-614)
- «O público e o privado no Direito da Família», in *Direito e Filosofia: Intersecções = Law and Philosophy: Intersections* (Eds. Álvaro Balsas, SJ; Ricardo Barroso Batista), *Revista Portuguesa de Filosofia*, Volume 70 (2014), 4, Aletheia – Associação Científica e Cultural, Braga, 2014 (659-679)

