

Universidade Católica Portuguesa



Mestrado em Direito Privado

Dissertação de Mestrado

A Adopção no âmbito da
Parentalidade Homoafectiva

Orientadora: Prof. Dra. Maria Clara Sottomayor

Diogo Caldas Figueira
Junho de 2011

AGRADECIMENTOS

Antes de mais, à Exma. Senhora Professora Clara Sottomayor, o meu mais profundo agradecimento pela paciência, amizade, total disponibilidade, troca de ideias e inspiração, que em muito foram essenciais na elaboração do presente trabalho.

Para não correr o risco de cometer demasiadas injustiças e sabendo perfeitamente que os visados saberão quem são, agradeço aos meus amigos, os vários, que de uma forma directa ou indirecta, seja ou a fornecerem mais bibliografia, ou a ouvirem-me a ler excertos do trabalho, ou a trocar ideias sobre o assunto, ou simplesmente a aturarem-me o nervosismo e ansiedade presente, participaram neste projecto que me é tão querido. Obrigado por serem tão especiais!

Ainda nesta senda, terei que agradecer à Associação CASA – Centro Avançado de Sexualidades e Afectos, da qual faço parte, em especial ao seu grupo de dirigentes e voluntários, por diariamente me abrirem os olhos para novas realidades e novos mundos e pelo trabalho prolífico em busca de uma melhor sociedade, a troco, tão simplesmente e muitas vezes, de um simples sorriso.

Por fim, o agradecimento mais importante terá que ser à minha família, em especial ao meu irmão Luís, pelo sempre presente exemplo de excelência, e aos meus pais, pelo amor incondicional, aceitação, palavras de encorajamento e total apoio, e por diariamente me fazerem querer ser uma pessoa melhor.

Obrigado!

ÍNDICE

I. LISTA DE ABREVIATURAS.....	4
II. INTRODUÇÃO	5
III. PRESSUPOSTOS DO PROBLEMA	7
a) Conceito de Família e Discriminação	7
IV. CASO PORTUGUÊS	11
a) Processo de Adopção	11
b) Evolução Legislativa dos direitos familiares pessoais dos homossexuais.....	12
1. Lei 7/2001	12
2. Lei 9/2010	13
3. Apadrinhamento Civil	13
c) Panorama Nacional	14
V. A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 9/2010.....	16
a) Conteúdo da Lei.....	16
b) Proibição de adopção enquanto lei restritiva de Direitos Fundamentais	17
c) Análise dos argumentos contra a adopção gay à luz dos critérios de adequação e proporcionalidade	18
1. Orientação Sexual.....	19
2. Papéis de Género e Identidade de Género.....	19
3. Desenvolvimento Individual	20
4. Relacionamento Social	21
5. Modelo-ideal de Família	21
c) Coparentalidade Homossexual	24
1. Situação de Facto.....	24
2. Relação ex novo.....	25
d) Realidade científica	26
e) Crítica da solução legal	27
VI. DIREITO COMPARADO	29
VII. REALIDADE JURISPRUDENCIAL.....	31
a) Jurisprudência do TEDH.....	31
1. Caso Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal.....	31
2. Caso Fretté v. França.....	32
3. Caso E.B. v. França.....	32
b) Jurisprudência Americana e Brasileira	34
VIII. CONCLUSÃO	35
XIX. BIBLIOGRAFIA	38

I. LISTA DE ABREVIATURAS

Ac. – Acórdão
Artº - artigo
Artºs - artigos
BMJ – Boletim do Ministério da Justiça
c. – contra
CC – Código Civil
CEDH – Convenção Europeia dos Direitos Humanos
Cf. – conferir
cit. – citada
CP – Código Penal
CPC – Código de Processo Civil
CRC – Código de Registo Civil
CRP – Constituição da República Portuguesa
DL – Decreto-Lei
ed. – edição
EUA – Estados Unidos da América
i.e. – isto é
LPCJP – Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo
MP – Ministério Público
nº - número
ob. – obra
OTM – Organização Tutelar de Menores
p.e. – por exemplo
ss. – seguintes
S.S. – Segurança Social
STJ – Supremo Tribunal de Justiça
TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos Humanos
TFML – Tribunal de Família e Menores de Lisboa
TRL – Tribuna da Relação de Lisboa
UE – União Europeia
v. - versus

II. INTRODUÇÃO

Em Portugal e na maioria dos países, a adopção, nos termos do artº 1974º/1 CC, tem como principal objectivo realizar o superior interesse da criança¹ e é com base nesse interesse que se deve decidir da possibilidade ou impossibilidade da adopção.

A criança, de acordo com a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, é um sujeito de direitos fundamentais que exige do Estado a protecção e a segurança necessárias ao seu desenvolvimento, tendo sempre por base o seu interesse e necessidades concretas. O interesse da criança tem sido encarado pela maioria da doutrina e jurisprudência como um conceito indeterminado, cuja concretização e valoração é feita pelo aplicador do Direito, o que pode levar a uma subjectividade e arbitrariedade extremas. Apesar desta subjectividade inerente, o conceito de interesse de criança contém um núcleo essencial compreendido por valorações objectivas que reúnem o consenso na doutrina e na jurisprudência.² A manutenção da estabilidade da vida familiar e social da criança, e o respeito pelos seus laços afectivos e emocionais, são realidades que objectivam o conceito de interesse da criança e limitam a discricionariedade judicial.

Todos nós somos definidos pelas nossas memórias, experiências e relações. Os altos e baixos da vida são experiências que tomamos muitas vezes como certas e garantidas. Infelizmente muitas crianças não têm a possibilidade de ter estas memórias. Muitas crianças perderam a sua família biológica, outras são abandonadas desde pequenas, outras são retiradas das suas famílias. Independentemente da causa, quando uma criança não tem uma família, a sua necessidade de afecto e amor é visível. É função do Estado garantir a cada uma destas crianças uma família, um lar que lhes dê a segurança, os afectos e a estabilidade necessária ao seu desenvolvimento. Assim sendo, o instituto da adopção não deve ser uma *realidade tipificada ou rígida, que só seja possível dentro dos moldes da família tradicional, como substituição da procriação biológica*.³

A adopção por casais homossexuais poderá ser uma forma de garantir a essas crianças o amor que desde cedo lhes foi negado? Tal questão não poderá nunca ser entendida exclusivamente na perspectiva dos direitos dos homossexuais à igualdade mas, também, no direito da criança a encontrar uma família, no seu superior interesse. Desde já entendemos que não nos podemos deixar levar pelo facilitismo de utilizarmos este conceito do superior interesse da criança na sua dimensão mais ampla, apesar de *politicamente correcta*, levando-o ao extremo, uma vez que não existem famílias ou candidatos à adopção perfeitos. Por outro lado, importa sempre ter presente que a intervenção do Estado, neste domínio, está sujeita a critérios e princípios legitimadores constitucionalmente consagrados, não podendo pautar-se por arbitrariedades ou discricionariedades.⁴

¹ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Qual o interesse da criança? Identidade biológica versus relação*

² SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do exercício do poder paternal nos casos de divórcio*, 4ª edição, 2ª reimpressão, Coimbra, 2002, p. 38 e ss..

³ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *A adopção singular nas representações sociais de direito*, in *Lex Familiae*, ano I, nº1, 2004, p.46

⁴ artº 3º e 4º da LPCJP e artº 36º, nº 5 e 6 da CRP.

É neste sentido e tendo em conta a crescente desconexão entre a lei e a realidade social, que nos propomos, de seguida, fazer uma reflexão sobre a possibilidade ou não de se conseguir acautelar o *superior interesse da criança* através da sua adopção por um casal homossexual, analisando os vários argumentos, assim como os vários estudos doutrinários e científicos, bem como a realidade legal e jurisprudencial sobre esta matéria.

III. PRESSUPOSTOS DO PROBLEMA

a) *Conceito de Família e Discriminação*

Se quisermos encontrar uma definição jurídica de família poderemos retirá-la implicitamente do artº 1576º CC que, ao invés de definir família, opta por enumerar o que para o Direito pode ser considerado como fonte de constituição de relações familiares: o casamento, o parentesco, a afinidade e a adopção. Ao contrário de muitos outros institutos, igualmente regulados pelo Direito, compreende-se o porquê de o legislador (e não apenas o português) não ter procurado oferecer uma definição concreta de família, pois enquanto realidade maioritariamente social e evolutiva, o conceito de família não é coadunável com a sua redução a meros conceitos técnico-jurídicos.⁵

Apesar da introdução do princípio da igualdade dos sexos na CRP e da reforma do CC de 1977, os comportamentos e as práticas sociais não acompanharam a mudança legislativa, continuando muitas famílias a viver num *patriarcado implícito*⁶, organizado sob o princípio da autoridade do *pater familias*, proliferando a convicção da superioridade da família heterossexual, composta por um pai e por uma mãe, onde o biologismo triunfa sobre o afecto e o casamento se assume como a relação familiar reguladora dos direitos dos vários membros que compõem a família. Este conceito de família remonta aos primórdios da Humanidade, tendo sido alimentado e incutido no pensamento social através dos vários dogmas político-religiosos. A família nestes moldes é ainda encarada como a célula *mater* da sociedade, como a instituição-base da vida humana, à volta da qual tudo deve girar. Discordamos deste pensamento ao entendermos que, no centro da sociedade, deve estar o indivíduo pleno, que encontrando-se a si mesmo, tem o direito (e não o dever), se assim o entender, de buscar a sua felicidade e plena realização na constituição de uma família. Entendemos, no entanto, que apesar de se dever partir da pessoa enquanto célula *mater* da sociedade, que esta pessoa é uma pessoa naturalmente social e que de *per si* desenvolve relações sociais e afectivas com diferentes pessoas. Simplesmente discordamos que obrigatoriamente se tenha de considerar a instituição família como a base da sociedade. Optamos por entender que as relações de cuidado, independentemente da sua conformação e contexto, é que criam a base da sociedade e promovem o humanismo e a continuação da espécie.⁷

⁵ Discorda-se, p.e., de Rita Lobo Xavier que entende que o artº 36º CRP estabelece uma garantia institucional para o conceito de família, não podendo o legislador nem a sociedade desvirtuar este mesmo instituto, que, segundo a autora, se resume à família heterossexual, dita “normal”, família esta no topo da “hierarquia das várias formas de família”, vide XAVIER, Rita Lobo, *Ensinar Direito da Família*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2008, p. 75. Entendemos, pelo contrário, que é a própria dignidade da pessoa humana que confere à pessoa humana o poder de conformar a sua família para, assim, garantir a sua felicidade e pleno desenvolvimento da sua personalidade.

⁶ FINEMAN, Marta, *The Illusion of Equality*, University of Chicago Press, Chicago, 1994.

⁷ Sobre a Teoria Feminista relativa à Prestação de Assistência aos dependentes, vide TOMÉ, Maria João, *Algumas Considerações sobre a dependência*, in *Pessoa Humana e Direito*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 338 e ss.

Actualmente, a família deve ser encarada como algo bem mais expansivo, abrangendo inúmeras relações sociais que vão muito mais além do que o casamento ou os vínculos biológicos. Uniões de facto, famílias monoparentais, uniões homoafectivas⁸, entre outras, são claros exemplos do constante alargamento do conceito de família. Hoje em dia, a parentalidade desprende-se muitas vezes da vertente biológica, sendo suplantada pela vertente afectiva ou social. Olhar para as crianças exclusivamente do ponto de vista biológico é negar-lhes a dimensão de pessoa e ignorar as suas necessidades específicas. Apesar de a verdade biológica ser o ponto de partida da parentalidade, é a verdade sociológica e afectiva que surge como uma realidade determinante na vida e no bem-estar emocional de uma criança.

Como afirmado por CLARA SOTTOMAYOR⁹, as crianças passam por diversas fases de desenvolvimento, sendo a relação emocional e o afecto os factores que lhe permitem ultrapassar com sucessos as várias etapas de crescimento, independentemente de haver ou não um vínculo biológico com os seus cuidadores. É neste contexto que a adopção, enquanto vínculo semelhante à filiação biológica mas independentemente dos laços de sangue e assentando numa verdade afectiva, social e emocional, deve ser protegida.¹⁰

A adopção tem como objectivo criar um vínculo semelhante à filiação biológica, mas tal não implica que esse objectivo seja apenas conseguido pela existência de um casal heterossexual, pelo facto de estes poderem procriar. O que realmente importa não é *imitar* laços biológicos mas sim recriar e construir os laços emocionais e afectivos presentes numa relação entre pais e filhos. A adopção é uma forma de garantir e proteger o superior interesse da criança e como tal, diferentemente da filiação biológica, permite escolher quem poderá cumprir esse papel com mais eficácia e dedicação. Assim sendo, facilmente se conclui que não é por um casal ser homossexual que este deve ser, *a priori*, excluído da adopção, pois não se trata de criar uma situação substitutiva da filiação biológica mas sim de criar uma relação que acautele e defenda os interesses da criança.¹¹ Apesar disso, sempre existiu e continua a existir uma hostilidade social e judicial para com os casais homossexuais que pretendem constituir família através da adopção de uma criança, traduzindo-se muitas vezes esta hostilidade em decisões claramente negadoras e prejudiciais dos interesses e direitos da criança.

⁸ Optámos por utilizar este neologismo, dado a importância e o crescente reconhecimento do afecto como valor jurídico digno de tutela no âmbito das relações homossexuais, *vide* DIAS, Maria Berenice, *União Homossexual: o preconceito e a justiça*, 3.ª ed., Livraria do Advogado Editora, 2006, p.34.

⁹ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Adopção, Um acto de Amor*, in Revista da Associação dos Defensores Públicos do Distrito Federal, nº3, Ano 3, Fortium Editora, Brasília, Dezembro 2008, p. 115.

¹⁰ Na sociedade e na justiça, contudo, prevalece uma visão restritiva da adopção, segundo a qual, esta deve ser um instituto que imite em tudo a filiação biológica e que apenas deve ser utilizado como última *ratio*. Neste sentido, admitir-se a adopção de crianças por casais homossexuais seria criar uma situação absolutamente contra-natura, uma vez que os casais homossexuais não estariam no mesmo plano que os casais heterossexuais, pois enquanto estes últimos podem procriar os primeiros não. A adopção nesta perspectiva surge, não só como um instituto que visa proteger e tutelar o superior interesse da criança, mas também como um meio de permitir a filiação a casais heterossexuais que, pelas mais diversas razões, não a possam promover biologicamente.

¹¹ FERNÁNDEZ, Pedro Talavera, *El Matrimonio entre personas del mismo sexo frente a la adopción*, in “Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo”, *Cadernos de Derecho Judicial XXVI*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, p. 422 e 423.

Esta atitude claramente desconfiada no que diz respeito às capacidades parentais dos homossexuais, prende-se com a própria atitude discriminatória da sociedade para com a homossexualidade. Ao longo da história da Humanidade, os homossexuais têm sido e são um grupo discriminado e reprimido, apesar da homossexualidade ser uma realidade que esteve presente nas mais diversas civilizações e culturas ao longo do tempo, antecedendo qualquer padrão dito *normal* imposto pela lei ou pela sociedade.

Em Portugal, a homossexualidade começou a ser punida com a revisão do CP de 1886, mantendo-se esta punição até 1982, data em que a homossexualidade deixou de ser crime¹², desde que praticada entre adultos e com o consentimento de ambos, sendo apenas criminalizada a homossexualidade com adolescentes. Antes desta data, e apesar de não haver na lei uma única menção expressa à homossexualidade, determinava-se que, quem “se entregar habitualmente à prática de vícios contra a natureza”¹³ deveria sofrer a aplicação de medidas como internamento em manicómio criminal ou interdição do exercício da profissão.

Apesar de hoje em dia, o panorama legislativo e social relativo à homossexualidade ter mudado, entendemos que muitos dos argumentos subjacentes à consideração de que a adopção gay é prejudicial à criança prendem-se com o facto de os homossexuais terem, ao longo da história, sofrido um conjunto de discriminações que fazem com que a opinião pública fique inquinada por estereótipos negativos e preconceitos, não havendo sequer lugar a reflexão sobre a causa dos mesmos.

Enquanto no CP de 1886, a homossexualidade era crime, o abuso sexual de crianças era encarado como mera bagatela penal punida com pena correccional¹⁴. Apesar de tal solução nos parecer perfeitamente absurda, na verdade, tendo em conta as actuais percepções relativas à homossexualidade e à pedofilia, podemos arriscar a afirmação de que a mentalidade que lhe é subjacente – homofobia e tolerância com o abuso de crianças – ainda existe.

Efectivamente é vedada aos homossexuais, *a priori*, por via legislativa, a possibilidade de criarem uma criança, presumindo-se que não são candidatos idóneos, duvidando-se das suas intenções e capacidades. Contudo, um condenado por abuso sexual de crianças, ao fim de 23 anos¹⁵, nos termos da lei 113/2009, vê o seu registo criminal extinto, não havendo qualquer obstáculo legal à sua candidatura para adopção.¹⁶ Perguntamos, então, onde se encontra o superior interesse da criança? Não será uma hipocrisia impedir a adopção aos homossexuais? Não reflectirá este sistema a herança de uma cultura que punia a homossexualidade e tolerava a pedofilia?

¹² A homossexualidade ainda hoje é crime em vários países africanos e asiáticos como a Líbia, Marrocos ou a Etiópia, etc. (cfr. www.wikipedia.org).

¹³ Artºs 70º e 71º CP 1886.

¹⁴ OSÓRIO, Luis, *Notas ao Código Penal Português*, França e Arménio editores, Coimbra, 1917, p. 714.

¹⁵ Este período temporal foi alargado com a nova lei 113/2009, sendo que o anterior período era entre 5 a 10 anos.

¹⁶ A possibilidade de adopção de crianças por abusadores foi levantada com o caso ocorrido recentemente na Áustria com Josef Fritzl, que manteve durante 24 anos a filha prisioneira na cave de sua casa, tendo durante esse período adoptado três das sete crianças que teve com ela, uma vez que o seu registo criminal havia sido limpo 15 anos após ter sido condenado por violação.

A resposta a esta pergunta passa necessariamente por uma reflexão sobre as nossas percepções da homossexualidade como algo necessariamente limitativo das capacidades sócio-afectivas de um ser humano.

IV. CASO PORTUGUÊS

Poder-se-ia questionar a relevância do tratamento desta questão num ordenamento jurídico como o nosso em que a adopção de crianças por casais homossexuais não é permitida. No entanto, entendemos que não se trata de uma mera realidade abstracta, tendo havido ao longo das últimas duas décadas inúmeros afloramentos a esta temática por parte do legislador português e não só. Já em 1996 o panorama jurídico foi abalado pela decisão do TEDH que condenou o Estado Português por discriminação fundada em orientação sexual ao decidir a quem dar a guarda de uma criança no **Caso Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal**, analisado à frente.

A adopção em Portugal é encarada como uma forma de garantir a uma criança um ambiente familiar em que seja bem tratada e cuidada, nos casos em que esta, por qualquer razão, não tem uma família biológica capaz de o fazer. A adopção pode ser plena ou restrita, conjunta ou singular.¹⁷ Sendo sempre decretada por sentença judicial, os art's 1974º e 1975º CC estabelecem os requisitos gerais para ser decretada a adopção: trazer reais vantagens para o adoptando; assentar em motivos legítimos; inexistência de sacrifícios injustos para os eventuais outros filhos do adoptante e criação entre adoptando e adoptante de um vínculo semelhante ao da filiação. Determina-se ainda a necessidade de a criança ter estado ao cuidado do adoptante por tempo suficiente para se auferir da possibilidade da constituição deste vínculo, nos termos do artº 1974º/2 CC.

a) Processo de Adopção

O processo de adopção¹⁸ é um processo de jurisdição voluntária, marcado por critérios de oportunidade, para permitir decisões capazes de assegurar os interesses das partes envolvidas. O superior interesse da criança deve ser utilizado como critério base no âmbito das relações familiares. Contudo, não se consegue compreender a discrepância de tratamento dado ao mesmo por parte do Estado, quando comparado os pais biológicos com os candidatos a adopção. Por um lado, nos processos de adopção, este superior interesse da criança é levado ao seu extremo máximo, assumindo o Estado e os órgãos oficiais um verdadeiro papel fiscalizador, procurando seleccionar candidatos ideais. Assistimos, assim, a um processo em que se procura fazer o encontro entre candidatos ideais, casais heterossexuais jovens e crianças ideais, as de tenra idade ou saudáveis, ou entre candidatos de segunda (singulares ou casais idosos) e crianças consideradas menos apetecíveis para a adopção (crianças mais velhas, com problemas de saúde ou de outras etnias), havendo uma verdadeira discriminação consciente relativo a outras camadas populacionais.

Por outro lado, no âmbito de relações biologicamente constituídas, o Estado assume um papel extremamente passivo, resignando-se com o facto de haver um vínculo biológico e dando sucessivas e renovadas oportunidades a famílias biológicas

¹⁷ Artigos 1977.º e 1978.º CC.

¹⁸ COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família, Volume II – Direito da Filiação, Tomo I – Estabelecimento da Filiação, Adopção*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 272 e ss..

negligentes. Neste domínio, até mesmo o papel interventivo do Estado, nos termos da LPCJP, fracassa na maioria das vezes em que é utilizado, ou é simplesmente ignorado. Assim sendo, apesar da real importância do superior interesse da criança, a sua maximização apenas no contexto de candidaturas à adopção permite perpetuar situações duais, tratadas de forma diferente, quando na realidade a procura pela manutenção de uma família estável e apta deveria ser o objectivo principal.

Em virtude do princípio da igualdade e não discriminação, constitucionalmente consagrado, parece-nos que um homossexual poderá adoptar singularmente¹⁹ uma criança, tendo em conta apenas as suas reais qualidades humanas. No entanto, alguma doutrina²⁰ entende que, prevendo o artº 1973º/2, a necessidade de um inquérito prévio sobre a idoneidade do adoptante para educar e criar o adoptando, tal implica, “por força de uma leitura sistémica, que a adopção pareça estar vedada pelo legislador ordinário, mesmo singularmente ao homossexual”. Esta avaliação da idoneidade do candidato não é marcada por critérios legais²¹ mas sim por critérios de oportunidade acerca do que é convencional e socialmente aceite. Uma vez que a homossexualidade é ainda encarada como um estigma, tal leva a que, mesmo sem proibição legal, seja vedado a um homossexual na prática, o acesso ao instituto da adopção por não passar no *teste da idoneidade*, de acordo com os juízos discricionários dos organismos oficiais que intervêm neste processo.

b) Evolução Legislativa dos direitos familiares pessoais dos homossexuais

Apesar de alguns avanços em matéria de reconhecimento de direitos aos casais homossexuais, o legislador português tem sido peremptório, no que diz respeito à negação do acesso ao instituto da adopção por parte destes casais.

1. Lei 7/2001

Em Portugal, podem também adoptar duas pessoas casadas há mais de 4 anos e não separadas judicialmente de pessoas e bens ou de facto, se ambas tiverem mais de 25 anos.²² É ainda permitida a adopção a pessoas que vivam em uniões de facto, desde que preencham os requisitos exigidos e análogos para as pessoas casadas, nos termos do artº 7º da Lei 7/2001, lei que veio criar uma situação análoga entre as uniões de facto homossexuais e heterossexuais.

¹⁹A modalidade da adopção singular consagrada em Portugal, após a reforma de 1977 do CC, surgiu, na época, como uma solução inovadora que veio quebrar o dogma instituído da preferência de casais heterossexuais como norma dos candidatos ideais para adopção (Cf. SOTTOMAYOR, Clara, *A adopção singular nas representações sociais de direito*, in *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano I, nº1, Coimbra Editora, 2004, p. 41 e 42).

²⁰ CORTE-REAL, Carlos Pamplona e PEREIRA, José Silva, *Direito da Família: Tópicos para uma reflexão crítica*, AAFDL, Lisboa, 2008, p. 155.

²¹ O artº 6/2 DL 185/93 menciona alguns critérios de ponderação como a situação familiar, económica, etc..

²² Cfr. Artº 1979º/1 CC.

Apesar desta equiparação, o artº 7º determina que apenas podem adoptar as pessoas que vivem em condições análogas às dos cônjuges. Uma vez que nessa data ainda não se previa o casamento gay, o conceito de cônjuges, retirado do artº 1979º/1, implicava diversidade de sexos, levando a que a adopção conjunta estivesse, assim, limitada aos unidos de facto heterossexuais.

Apesar de se ter clamado pela inconstitucionalidade desta solução legal, por violação do principio da igualdade, somos da opinião que não estaríamos perante uma verdadeira discriminação, dado que a solução legal passava tão somente pela regulação dos moldes de um instituto legal, a adopção, não se especificando expressamente que casais não poderiam adoptar, apesar de, num contexto legislativo que exigia a diversidade de sexos como elemento essencial do casamento, a exclusão de casais homossexuais era a leitura óbvia e única que se poderia fazer.

2. Lei 9/2010

A Lei 9/2010 de 31/05 veio permitir o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, alterando a noção de casamento para “contrato celebrado entre duas pessoas”, não exigindo diversidade de sexos. Se se limitasse a essa alteração, daí facilmente se retirava que os obstáculos legais para um casal gay adoptar eram eliminados. Acontece que esta lei, no seu artº 3º, veio determinar que as alterações introduzidas pela mesma não implicam a admissibilidade legal de adopção por casais do mesmo sexo, indo mesmo mais longe ao afirmar que nenhuma disposição legal em matéria de adopção pode ser interpretada no sentido de permitir a adopção por casais homossexuais. Esta solução legal levanta, contudo, problemas em sede da sua constitucionalidade, como veremos.

3. Apadrinhamento Civil

O apadrinhamento civil é a nova figura jurídica, criada pela Lei 103/2009, que veio permitir que pessoas com mais de 25 anos possam acolher uma criança ou jovem em risco, a título definitivo, desde que o vínculo à família biológica não se perca e pais e padrinhos estabeleçam um compromisso.

O DL 121/2010, que veio regulamentar esta figura, ao referir-se aos factores de ponderação para se poder apadrinhar, remete para o regime previsto pela lei 9/2010, nomeadamente para o seu artº 3º que não admite possibilidade “legal de adopção por pessoas casadas com cônjuge do mesmo sexo”. Não havendo em qualquer momento uma proibição específica de homossexuais recorrerem à figura do apadrinhamento civil, a orientação sexual parece relevar apenas para efeitos de ponderação e não de exclusão, ao lado das condições afectivas e económicas, tendo-se aberto a porta para os casais homossexuais apadrinharem uma criança. Tal entendimento tem vindo a ser perfilhado por vários juristas.²³ A solução legal é dúbia. Somos da opinião, no entanto, que ao remeter para as normas que expressamente proíbem a adopção por

²³ <http://www.tvi24.iol.pt/sociedade/apadrinhamento-homossexuais-gays-criancas-adopcao-tvi24/1206959-4071.html>

casais homossexuais, o DL sugere que tal proibição também vigora no apadrinhamento civil. Por outro lado, ainda que discordemos da actual solução legal em termos de adopção, como veremos, não nos parece que este DL possa ser interpretado de outra forma, atendendo aos princípios orientadores e ao espírito das várias leis que até hoje têm regulado a matéria da constituição de relações familiares ou para-familiares por parte de casais homossexuais.

c) Panorama Nacional

Em Portugal tem-se assistido a um aumento do número de adopções, essencialmente em relação a crianças de etnia branca, saudáveis e de tenra idade. Apesar de haver uma ligeira tendência no aumento de adopção de crianças com idade superior aos 7 anos, esta parcela é ainda muito pouco significativa.²⁴ Estas subidas devem-se, por um lado, à crescente sensibilização dos vários técnicos e juristas que trabalham na área, e por outro lado, à existência de listas nacionais com candidatos a pais e filhos, em vigor desde 2006²⁵, permitindo um cruzamento de dados e facilitando a circulação de informação, assegurando uma maior celeridade e uma melhor combinação entre adoptantes e adoptandos.

Por outro lado, Portugal é o país da UE com maior taxa de institucionalização de crianças, havendo cerca de 10.000 crianças a viverem em instituições e muito delas em condições de serem adoptadas.²⁶ Uma criança numa instituição cresce sem uma referência familiar de qualquer tipo, sendo as suas relações interpessoais caracterizadas pela impessoalidade dos contactos e pela falta de uma vinculação afectiva mais forte. Há inúmeras situações de crianças que chegam às instituições com tenra idade e só as abandonam quando se considera que as mesmas já têm a idade e a maturidade suficiente para *vingarem* no mundo. Quanto a estas, vários autores afirmam que uma sensação permanente de abandono e de desprendimento afectivo irá acompanhá-las durante a vida adulta.²⁷ Para esta situação em muito contribui a morosidade excessiva que caracteriza os processos de adopção em Portugal, que eterniza situações de privação e de falta de afecto, dificultando a consolidação do vínculo adoptivo, bem como os juízos de valor dos organismos intervenientes no processo.²⁸

²⁴ http://www.dn.pt/inicio/portugal/interior.aspx?content_id=1474093

²⁵ Lei 31/2003 de 22/08.

²⁶ http://www.dn.pt/inicio/portugal/interior.aspx?content_id=1240290.

²⁷ PERES, Ana Paula Ariston Barion, *A adoção por homossexuais: fronteiras da família na pós-modernidade*, Renovar, Rio de Janeiro, 2006, p.144.

²⁸ P.e., Luis Villas-Boas, Presidente de Acompanhamento da Lei da Adopção, afirmou, em entrevista ao PÚBLICO de Março de 2004 que “seria melhor para uma criança passar toda a vida numa instituição do que ter a infelicidade de ser educada por homossexuais, o que iria interferir com a sua sexualidade natural”.

Ao contrário da crença social dominante, em Portugal não existem mais crianças em condições de serem adoptadas²⁹ do que o número de casais a adoptar. Neste sentido, muitas vezes é apontado que, permitir-se a adopção de crianças por casais gays, diminuiria as possibilidades de casais heterossexuais conseguirem uma criança. Tal argumento é de repudiar pois uma diferenciação em função da orientação sexual, colocando os casais heterossexuais como os *primeiros da fila*, não é legítima nem justificável, reflectindo uma ideia pré-concebida acerca do que é melhor para uma criança e do carácter secundário dos casais homossexuais enquanto cidadãos.

Por outro lado, os candidatos a adoptantes tendem a procurar crianças de tenra idade, pois existe uma ideia enraizada de que quanto *mais nova for a criança mais semelhante* a um filho biológico será, não tendo propensão para desenvolver alguns dos possíveis traumas associados ao abandono e conseqüente adopção, e sendo mais fácil o desenvolvimento de uma *natural* relação de filiação. Tal ideia advém ainda da noção de adopção enquanto substituto da filiação biológica, procurando-se com esta simplesmente prover a casais que não possam de outra forma ter filhos. Como já se viu, tal não deve ser o princípio norteador deste instituto, que deve antes de mais satisfazer o superior interesse da criança. Por outro lado, deve-se, como referido, promover um desprendimento do conceito de parentalidade biológica e abraçar-se o conceito de parentalidade afectivo-social.

Esta concepção da adopção faz com que crianças mais velhas com problemas de saúde e que não sejam caucasianas tenham grandes dificuldades em encontrar pais adoptivos, apesar de se encontrarem em perfeitas condições de adoptabilidade. Estas crianças acabam por ficar demasiado tempo nas instituições, sendo tratadas como as *crianças que ninguém quer*. Crianças com mais de dez anos, com problemas de saúde grave ou ligeiros, com deficiências ou grupos de irmãos são normalmente preteridas. O Instituto da S.S., em 2009, contabilizou a existência de 437 crianças em *condições de adoptabilidade* por casais estrangeiros, porque na maioria dos casos estas são preteridas pelos cidadãos nacionais.³⁰ Acontece também que o número de adopções por casais estrangeiros tem vindo a diminuir gradualmente, não sobrando outra solução para estas crianças, a não ser a institucionalização, sendo-lhes negada a família que anseiam e não se equacionando sequer que algures poderá existir um casal homossexual capaz de acarinhar e cuidar desta criança.³¹ Chegamos a este ponto, perguntamo-nos novamente: onde está o superior interesse da criança?

²⁹ Existem muitas crianças que se encontram em instituições por terem sido vítimas de violência doméstica mas que não podem ser adoptadas por não se conseguir obter o consentimento da família ou supri-lo pelas mais diversas razões.

³⁰ http://www.dn.pt/inicio/portugal/interior.aspx?content_id=1596261&page=1.

³¹ Segundo um estudo do ISCTE, 62% da população portuguesa diz que estes casais não devem poder adoptar crianças (o peso é ligeiramente superior entre os que se consideram religiosos) e apenas 28,3 por cento defendem o contrário, vide <http://www.ilga-portugal.pt/noticias/233.php>.

V. A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 9/2010

a) Conteúdo da Lei

A lei 9/2010, apesar de inovadora ao permitir o casamento homossexual, criou, no entanto, um verdadeiro imbróglia jurídico no que diz respeito à adoção gay. Esta solução legal acaba por levar a um conjunto de soluções práticas contraditórias que não devem de todo merecer acolhimento por parte do legislador português.

Podemos afirmar que poderão existir inúmeras formas de casais e pessoas homossexuais adoptarem crianças, torneando de certa forma a solução legal. Como já referido, o nosso ordenamento jurídico consagra a figura da adoção singular, pelo que permite que qualquer pessoa com mais de 30 anos possa adoptar³², não estando *limitado* pela sua orientação sexual. Acontece, também, que se tal pessoa revelar a sua orientação sexual, o mais certo é que os vários órgãos intervenientes no processo de adoção considerem que o candidato não tem a *idoneidade* exigida para exercer o seu papel parental. Tal nunca será posto em causa, se o candidato não revelar a sua orientação sexual, passando a avaliação da sua idoneidade a deixar de ser condicionada por esse factor.

Em termos teóricos e perante a ausência de proibições legais na adoção singular, pode acontecer que um dos membros da união homossexual pretenda adoptar o filho do seu companheiro, progenitor biológico da criança. Imaginando que, em função de divórcio ou abandono de um dos pais, a custódia de um filho é dada ao pai ou à mãe. Nesta hipótese, se o progenitor que ficou com a guarda da criança vive numa relação homossexual com outro homem ou com outra mulher, poderá este candidatar-se como adoptante singular da criança filha do seu companheiro ou companheira? Ainda não existe em Portugal jurisprudência sobre esta matéria pelo que apesar de, na teoria, ser perfeitamente possível, parece-nos que, na prática, mesmo sem proibição legal, o próprio espírito da lei que proíbe a adoção de crianças por casais homossexuais evitará que, no decorrer de todo o processo de adoção, seja permitida esta solução, pois a *ratio* da proibição será sempre chamada à colação, evitando que duas pessoas do mesmo sexo sejam *pais legais* de uma criança. Mesmo sem a candidatura à adoção, neste caso a criança está a ser criada por um casal homossexual, mas sem a protecção legal que lhe é devida.

Na prática, poder-se-á assistir a unidos de facto homossexuais, que para cuidarem de uma criança como filha, optem por um pedido de adoção singular, procurando esconder a sua orientação sexual e/ou o seu relacionamento, por receio de indeferimento. Trata-se de um verdadeiro artifício, pois, na realidade a criança será criada pelos dois membros do casal. A lei 9/2010 veio implicar que, se em vez de união de facto, o casal decidir casar, então a adoção singular fica-lhes completamente vedada porque o seu estado civil e a sua orientação sexual já não pode ser escondida. O companheiro, se estiver casado com o pai ou mãe da criança, deixa de poder adoptar singularmente o filho/a deste/a ou uma terceira criança. Cria-se

³² Artº 1979/2 CC.

assim uma situação completamente descabida, em que, por um lado se avança no campo dos direitos, permitindo o acesso ao casamento civil por parte dos casais homossexuais, e, por outro, nega-se-lhes peremptoriamente a possibilidade de acederem ao instituto da adopção enquanto casal. Chega-se ao extremo de podermos ter no futuro situações em que casais homossexuais, que se casaram ao abrigo desta nova lei, sintam a necessidade de se divorciarem para poderem aceder à adopção singular. O casamento civil acaba por se tornar, no âmbito das relações homossexuais, um verdadeiro impedimento ao acesso à adopção.

b) Proibição de adopção enquanto lei restritiva de Direitos Fundamentais

A adopção deve ser, em primeira mão, um direito da criança a viver numa família, direito que decorre do artº 69º/1 CRP. Apesar de não podermos, sem mais, afirmar que os homossexuais têm uma justificação constitucional para invocarem o direito a adoptar, o que acontece é que temos uma lei que determina que os casais homossexuais, pela sua orientação sexual, não podem adoptar crianças.³³

Entendemos que não devemos tão simplesmente pugnar pela violação do artº 13º da CRP. Assim, nos termos do artº 36º/1 CRP, todas as pessoas têm direito a constituir família. Entendemos que se deve retirar deste artigo que a ninguém pode ser vedada a possibilidade de ter filhos. Vamos mesmo mais longe ao defender que existe um direito constitucionalmente consagrado no sentido de que qualquer pessoa tem um direito a ter filhos ou a procriar.³⁴ No entanto, tal direito a *ser pai/mãe* nunca pode prevalecer sobre o superior interesse da criança. Não se trata de um direito de propriedade sobre a criança mas sim de uma responsabilidade ou de um direito-dever.³⁵ Relativamente às pessoas que não podem procriar, o Estado deve assegurar-lhes mecanismos alternativos de forma a garantir-lhes a possibilidade de criarem uma família. A constituição de família faz parte do projecto de vida do indivíduo, encontrando-se estreitamente ligado ao desenvolvimento e construção da sua personalidade, direito este também consagrado no artº 26º CRP. É a própria dignidade da pessoa humana, enquanto valor fundamental consagrado no artº 1º CRP, que é posta em causa pela proibição do direito à parentalidade.

³³ Como afirmam Gomes Canotilho e Vital Moreira, o direito à adopção não é um direito fundamental, pelo que a CRP nos seu artº 36º/7 apenas visa dar guarida e protecção constitucional ao instituto da adopção. Entendem que se trata de uma garantia institucional, não podendo o legislador desvirtuar o sentido deste instituto. (*vide* CANOTILHO, Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição República Portuguesa Anotada*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 128). Mesmo que entendessemos que não existe um direito fundamental a adoptar, esta garantia constitucional relacionada com o princípio da igualdade, plasmado no artº 13º CRP, permite levantar dúvidas sobre a solução actualmente em vigor.

³⁴ Neste sentido, *vide* também CAMPOS, Diogo Leite de, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, p.98. Segundo o autor, a colocação, no artº 36º, da expressão constituição de família antes de celebração de casamento, implica um necessário reconhecimento independente de um direito a procriar.

³⁵ Cf. COELHO, Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de, ob. Cit., 2006, p. 103 a 108. Concordamos com os autores, no sentido de se entender que o art.º 36.º CRP se refere, num primeiro plano, ao direito a procriar e num segundo plano, ao estabelecimento de relações de maternidade e paternidade.

A adoção pode surgir como forma alternativa à relação biológica de filiação. Poder-se-ia falar, assim, de um direito fundamental a adoptar, direito este que decorre do direito expressamente consagrado de constituir família. Entendemos que tal direito não deve jamais ser encarado numa perspectiva absoluta, não devendo prevalecer sobre o superior interesse da criança, dado que este factor é determinante da constituição da relação de adopção. No entanto, da conjugação do direito a constituir família com o princípio da igualdade, retiramos a existência de um direito a constituir família através da adopção em condições de igualdade. Ou seja, todo e qualquer cidadão tem direito a candidatar-se a um processo de adopção e a ver a sua candidatura aceite ou rejeitada, em condições de plena igualdade com os demais cidadãos. Acontece que, o nosso legislador expressamente impede os casais homossexuais de acederem a este instituto. O acesso à adopção iria permitir, aos homossexuais, constituir uma família, realizando o seu direito constitucionalmente consagrado, e desenvolver em pleno a sua personalidade. Julgamos, assim, haver uma clara restrição destes direitos fundamentais por parte do nosso legislador.

A restrição de um direito fundamental, de acordo com JORGE MIRANDA³⁶, só poder ser admitida nos termos previstos nos n.º2 e 3 do art.º 18.º da CRP. Além de a restrição ter que obrigatoriamente salvaguardar o núcleo essencial do direito, a mesma só poderá ocorrer quando salvasse o chamado princípio da proporcionalidade na sua tripla vertente: necessidade, adequação e proibição do excesso.

c) Análise dos argumentos contra a adopção gay à luz dos critérios de adequação e proporcionalidade

No seguimento do supra-explicitado, entendemos que uma análise cuidada dos vários argumentos contra a adopção de crianças por casais homossexuais, à luz dos actuais conhecimentos científicos, poderá permitir-nos perceber se o interesse da criança é ou não posto em causa pela adopção homossexual, aferindo, assim, da compatibilidade ou não da lei proibitiva com as três componentes do princípio da proporcionalidade.

Antes de mais, convém referir que analisaremos esta questão mais aprofundadamente sob o ponto de vista do interesse da criança, dado que a mesma não deve ser tratada como uma questão de direitos da população homossexual. De entre os vários tipos de argumentos utilizados contra a adopção de crianças por casais homossexuais podemos destacar cinco categorias diferentes:³⁷

³⁶ MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, Direitos Fundamentais, 3.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, p.328.

³⁷ Rejeita-se por completo a abordagem ou análise de argumentos meramente homofóbicos e como tal sem qualquer tipo de validade merecedora de análise. Entendemos também não abordar o argumento religioso, uma vez que tal não deverá influenciar a feitura das leis num Estado Laico como o português. Contudo, estes argumentos, apesar de nunca serem frontalmente assumidos, estão por trás de algumas posições mais restritivas.

1. Orientação Sexual

Um dos mais antigos argumentos utilizados contra a adoção gay prende-se com o receio de que uma criança adoptada por um casal gay possa de certa forma vir a ser influenciada na sua orientação sexual, sendo a sua educação ou ambiente mais propícia ao desenvolvimento de uma orientação homossexual. Acontece que a orientação sexual, como já exaustivamente demonstrado pela comunidade científica, não é algo passível de ser influenciado pela convivência com pessoas de uma determinada orientação sexual. Convém lembrar que a maioria dos homossexuais teve pais heterossexuais³⁸, o que desde logo, *de per si*, descredibiliza a ideia de possível contágio ou influência.³⁹

Poder-se-ia, ainda, falar do próprio carácter discriminatório e com tons homofóbicos de que esta argumentação se reveste. Se *efectivamente houvesse* uma relação de causalidade entre a orientação sexual dos pais e a das crianças por eles adoptadas, passar-se-ia a rejeitar a adoção por casais homossexuais com base neste argumento, o que *de per si* traduz uma ideia de que a homossexualidade tem um carácter pernicioso e que deve ser evitada e *contida*, como se de uma doença maléfica se tratasse, o que não faz sentido tendo em conta as verdades e a realidade científica que hoje envolve a homossexualidade.

2. Papéis de Género e Identidade de Género

Perpetua-se, ainda, a ideia que a criança necessita de um pai e de uma mãe para poder ter modelos de identificação de ambos os sexos, sob pena de a criança ter dificuldades em definir o seu género ou em agir dentro dos chamados *parâmetros normais* do género a que pertence. CLÁUDIO PÉRSIO CARVALHO⁴⁰ fala mesmo de uma “orfandade em duplo sentido”, uma vez que, nestas relações, haveria sempre a falta de um pai ou de uma mãe e nunca haveria um pai ou uma mãe no verdadeiro sentido da palavra, isto é, um elemento masculino ou feminino *correctamente* definido. A este argumento acresce a preocupação de que a criança possa apresentar problemas de identidade de género, passando a identificar-se com o género oposto.

Esta argumentação é uma forma de perpetuar a ideia da superioridade da família dita *normal*, heterossexual, composta por um pai e uma mãe sob outras formas de família, não só a heterossexual mas também a monoparental, entre outras. Uma pessoa, independentemente do seu sexo, desenvolve em si características masculinas e

³⁸ MALLON, Gerald P., *Gay Men Choosing Parenthood*, Columbia University Press, Nova Iorque, 2004, p.12.

³⁹ GREEN, Richard, 1996, *Lesbian Mothers and their Children: A comparison with Solo Parent Heterosexual Mothers and their Children*, in Archives of Sexual Behaviour, Vol.II, pág. 167. Vários estudos recentes comprovaram também que a maioria de crianças criadas por casais homossexuais eram heterossexuais. Vide PATTERSON, Charlotte, *Children of Lesbian and Gay Parents: Summary of Research Findings*, in Same-Sex Marriage: Pro and Con, A Reader, Andrew Sullivan, Vintage Books, Nova Iorque, 1997, p. 244.

⁴⁰ BRANDÃO, Débora, *Parcelas Homossexuais – Aspectos Jurídicos*, Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 94.

femininas, podendo desempenhar com sucesso funções maternas e paternas.⁴¹ Estamos perante uma forma de discriminação de género, quando se parte de noções rígidas sobre o que é ser homem e sobre o que é ser mulher, levando ao pressuposto que o homem e a mulher desempenham papéis completamente diferentes e estanques, exclusivamente condicionados pelo género a que pertencem. Esta ideia surge de uma sociedade que ao longo dos séculos tem reprimido nos homens a emotividade e capacidade de ternura e nas mulheres a capacidade para exercer poder ou autoridade.⁴² Quanto aos alegados problemas de identidade género, os mesmos têm vindo a ser desmistificados por vários estudos dos mais variados sectores doutrinários.⁴³ Importante destacar ainda que uma criança, independentemente da conformação do seu meio familiar, não vive isolada, tendo sempre presente ao longo da sua vida diversas figuras de referência de ambos os sexos.

3. Desenvolvimento Individual

Defende-se ainda que uma criança, devido à falta de modelos de identificação de sexos opostos, revelará mais dificuldades no seu crescimento, desenvolvendo doenças do foro psicológico e apresentando graves sintomas de baixa auto-estima. Este argumento assenta na ideia que um homem e uma mulher, pelas características associadas ao seu género, contribuem de forma diferente para o desenvolvimento da criança, sendo ambas as contribuições indispensáveis.⁴⁴

A ideia muitas vezes perpetuada na nossa sociedade de que estas crianças seriam infelizes, *de per se*, por não saberem lidar com a *diferença* em que estão inseridas não tem qualquer validade científica, tendo-se demonstrado que o relevante é a qualidade do vínculo afectivo e não a composição da família.⁴⁵ Não há por isso uma relação causa-efeito entre a orientação sexual dos pais e eventuais dificuldades no desenvolvimento da criança.⁴⁶

⁴¹ SOTTOMAYOR, Clara, *A adopção singular...*, ob. cit., p.46

⁴² Sobre esta questão, vide SOTTOMAYOR, Clara, *A adopção singular...*, ob.cit., pág. 43 e ss..

⁴³ Vários estudos realizados desde a década de 80 têm demonstrado não haver qualquer tipo de correlação entre os problemas de identidade de género e o facto de se ser criado num ambiente gay (Green, Mandel, Hotvedt, Gray & Smith, 1986). Também já, desde essa década, outros estudos têm revelado não encontrar diferenças entre crianças criadas por casais heterossexuais e crianças criadas por casais homossexuais, no que diz respeito aos chamados papéis de género, não se verificando grandes diferenças nas preferências relativas a brinquedos, actividades, interesses e hobbies (Kirkpatrick et al, 1981). Vide BELCASTRO, Philip A., *A Review of Data Based Studies Addressing the Effects of Homosexual Parenting on Children's Sexual and Social Functioning*, in *Same Sex Marriage...*, ob.cit., p. 252.

⁴⁴ WARDLE, Lynn, *The Potential Impact of Homosexual Parenting on Children* in *University of Illinois Law Review*, 1997, pág. 833.

⁴⁵ Estes estudos não são unânimes, havendo outros estudos que contestam a validade científica daqueles, adoptando uma tese que passa pela ideia do maior sofrimento e infelicidade das crianças adoptadas por casais homossexuais, vide LERNER, Robert, *No Basis: What the Studies Don't tell us about Same-Sex Parenting*, Marriage Law Project, 2001.

⁴⁶ Um dos mais famosos e fiáveis estudos, tendo por base a questão "How children raised by gay/lesbian parents fare?", foi realizado em 2004 por Charlotte Patterson, onde através de uma amostra de 12105 adolescentes, comparou 44 jovens criados por casais de lésbicas com 44 jovens criados por casais heterossexuais. Através de uma metodologia cuidada e controladora de vários

4. Relacionamento Social

Provavelmente o argumento mais vezes referido assenta na ideia de que as crianças com pais ou mães homossexuais terão dificuldades em estabelecer relações interpessoais com os pares, devido à elevada possibilidade de virem a ser estigmatizadas ou gozadas pela orientação sexual dos seus pais, pelo facto de pertencerem a uma família *diferente*. As próprias crianças poderão sentir-se diferentes dos seus pares, tendo, por isso, maiores dificuldades em criar amizades, o que poderá levar a isolamento social. A homossexualidade, vista como algo desprezível e anormal, levaria a maus tratos que poderiam causar traumas irreparáveis às crianças. Considera-se, pois, que só crianças com grande capacidade emocional seriam capazes de suportar tal ambiente provocado pela *diferença*.

Esta questão surge como uma possibilidade real que não deve ser de todo ignorada nem minimizada. No entanto, é importante lembrar que todas as crianças em algum momento da vida experimentam a sensação de serem diferentes das restantes. Muitas das crianças actualmente vivem em famílias monoparentais, bi-raciais, com pais divorciados. Outras vivem em famílias que são cultural, religiosa, étnica ou fisicamente diferentes das famílias dos seus vizinhos e dos seus amigos. Não há qualquer dúvida que essas crianças serão gozadas ou estigmatizadas pois é normal que todas as crianças gozem e estigmatizem os seus pares pelas suas diferenças.⁴⁷ O suposto constrangimento e estigmatização que estas crianças podem sentir, hoje em dia, assemelha-se ao suposto constrangimento que os filhos oriundos de relações interracialis ou monoparentais um dia sentiram. A sociedade vai evoluindo, e as várias formas de família acompanham esta evolução. É o contacto com a diferença que irá permitir às crianças de hoje e aos adultos de amanhã a aceitar a diferença e respeitá-la no futuro.

5. Modelo-ideal de Família

Ainda hoje se considera que a família na sua tradicional formação (pai, mãe e crianças) deve ser um dos principais valores a defender nos vários ordenamentos jurídicos. A admissibilidade da adopção homossexual iria contra esse conceito de família e seria uma forma de promover os ideais dos casais homossexuais, instrumentalizando a criança nas suas lutas e desprotegendo a unidade familiar, os valores da sociedade, pondo em risco os interesses da criança.

factores, concluiu-se que não havia qualquer diferença entre os grupos no que diz respeito a sociabilidade, autoestima, ansiedade, desempenho escolar, etc. Defendeu que o essencial era a qualidade da relação entre a criança e os pais, não desempenhando a orientação sexual dos mesmos qualquer papel relevante.

⁴⁷ Pallon afirma que as crianças gozam umas com as outras pelos mais diversos motivos, seja por serem baixas ou altas demais, por serem magras ou terem um peso acima da média e também pelas diferenças étnico, religiosas, entre outras. Vários estudos comprovam que as crianças demonstram uma grande força e resiliência para lidarem com estas situações, especialmente quando são oriundas de um ambiente familiar estável, ainda que independente da sua conformação, *vide* PALLON, Gerard P., ob.cit., p. 25.

A convicção de que famílias heterossexuais têm maior capacidade para educar e garantir o desenvolvimento psicológico das crianças é quase uma verdade incontestada pela maioria da população, o que demonstra um défice no conhecimento das reais origens da família e um défice de confiança na capacidade adaptativa e evolutiva do ser humano. Esta crença assenta, basicamente, em 5 axiomas tradicionais:⁴⁸

1. as crianças necessitam de dois pais, um de cada sexo;
2. as responsabilidades parentais e familiares devem ser divididas na família, assumindo o pai a função de sustento económico e a mãe a função de cuidado da casa;
3. as mulheres têm maior apetência para cuidar das crianças;
4. as crianças devem sempre ser deixadas ao cuidado de pessoas pertencentes à sua *família de sangue*;
5. Casais heterossexuais, de etnia branca, pertencentes à classe-média, têm capacidades parentais superiores e os seus filhos terão mais oportunidades para cingrar no futuro.

Cria-se, assim, um estereótipo social do que deve ser uma família ideal, estereótipo este que tem vindo a ser rompido pelas mais diferentes conformações familiares.

Há ainda quem defenda que um casal homossexual é incapaz de promover a tão necessária estabilidade familiar, devido ao seu maior nível de promiscuidade e incapacidade de manter relações duradouras, havendo também maior probabilidade de existirem situações de violência doméstica e abuso sexual.⁴⁹ Desde logo, deve-se destacar o facto de as mais variadas estatísticas revelarem que a maioria das situações de abuso sexual de menores é levada a cabo por homens heterossexuais.⁵⁰ Por outro lado, apesar de fazerem parte de uma minoria e terem de enfrentar os preconceitos da sociedade, as relações homossexuais tendem a apresentar um grau de satisfação conjugal usualmente grande, permitindo rejeitar os argumentos supra.

Na sociedade, existe o preconceito de que casais homossexuais teriam incapacidades inatas para serem pais, prejudicando o desenvolvimento da criança. Tal facto não corresponde à verdade, quando diversos estudos demonstram que ser homossexual é perfeitamente compatível com o desenvolvimento de uma parentalidade real e satisfatória. O exercício da parentalidade não é condicionado pela orientação sexual de quem a exerce mas sim por factores como disponibilidade, afecto, responsabilidade ou compromisso. Neste sentido, há estudos⁵¹ que vão para além da mera rejeição dos argumentos contra a adopção gay, advogando que esta poderá mesmo trazer benefícios para as crianças em certos domínios, em comparação com as crianças

⁴⁸ LAMB, Michael E., *Parenting and Child Development in "NonTraditional" Families*, Lawrence Erlbaum Associates, Publishers, Londres, 1999, p.4.

⁴⁹ Vide, p.e., CONNOR, Ken, ex-presidente do Family Research Council, in <http://www.slate.com/id/2061789/>.

⁵⁰ PATTERSON, Charlotte J., *Adoption of minor children by lesbian and gay adults: a social science perspective*, in *The Duke Journal of Gender Law & Policy*, 1995, pág. 6.

⁵¹ Ailsa Steckel foi uma pioneira na questão de estudar os benefícios para as crianças em serem criadas por casais homossexuais. (STECKEL, Ailsa, *Psychosocial Development of Children of Lesbian Mothers in Gay and Lesbian Parents*, nº75, Bozzet Ed., 1987)

criadas por casais heterossexuais. Uma das grandes descobertas de alguns desses estudos é que as crianças criadas num lar homossexual têm mais tendência a sentirem-se bem consigo mesmas e com os seus próprios sentimentos, o que facilmente se pode explicar pelo facto de viverem num ambiente desprovido de preconceitos, facilitando a abertura e a discussão dos problemas com os pais.⁵² Jovens criados por pais homossexuais dizem muitas vezes que tal facto lhes permitiu ter uma melhor perspectiva sobre os vários problemas que as outras minorias sociais também enfrentam, permitindo-lhes aceitar com mais naturalidade as diferenças e a diversidade humana. Fala-se também de uma visão mais expansiva sobre os papéis tipicamente atribuídos aos diferentes sexos, uma vez que as crianças assistem à concentração dos mesmos em duas pessoas do mesmo sexo, sentindo-se mais confortáveis em agir como lhes parece correcto e não como lhes é imposto pelos preconceitos sociais. A divisão do trabalho doméstico é também, normalmente, mais equitativa nas famílias homossexuais, pelo que as crianças desde cedo se habituem a uma mais justa divisão das responsabilidades, ao contrário do que acontece na maioria das famílias heterossexuais, em que as mulheres são as principais, e por vezes únicas, responsáveis pelo trabalho familiar e doméstico.⁵³

Um estudo recente, levado a cabo em Espanha⁵⁴, identificou um conjunto de factores capazes de classificar a idoneidade de uma família para adoptar uma criança, tendo chegado à conclusão que os casais homossexuais não apresentavam diferenças face aos casais heterossexuais neste domínio:

- 1) Candidatos com perfil equilibrado: os vários casais homossexuais estudados apresentavam elevados níveis de autoestima, sem problemas psicológicos e com recursos económicos para fazer face a uma paternidade/maternidade.
- 2) Capacidades educativas adequadas: os casais homossexuais apresentaram estilos educativos bastante adequados, com doses de afecto e comunicação superiores às existentes nas famílias heterossexuais, estilos estes marcados por um maior abertura e proximidade com a criança.
- 3) Dinâmica familiar saudável.
- 4) Apoio Social suficiente: verificou-se a inexistência de situações de isolamento, tendo-se constatado que estas famílias homossexuais se encontravam perfeitamente enquadradas na sociedade, mantendo relações normais com a comunidade da qual faziam parte.

Existem também estudos que têm advogado a maior capacidade dos casais gays para cuidar e educar uma criança⁵⁵, afirmando que estes têm uma maior facilidade na

⁵² PATTERSON, Charlotte J., *Adoption of minor children...*, ob. cit. , pág. 8

⁵³ COWAN, Carolyn P. e COWAN, Philip A., *When Partners become Parents*, Routledge, 1993, pág. 87.

⁵⁴ GONZÁLEZ, Maria del Mar, *Familias Homoparentales*, in "Matrimonio y adopción...", ob.cit., p. 458.

⁵⁵ BOZETT, Frederick e BIGNER, Jerry, *Parenting by Gay Fathers*, in *Same-Sex Marriage: Pro and Con*, ob. cit., p. 262. Os autores entendem que as superiores capacidades parentais dos casais gays se explicam pelos fortes sentimentos de culpa que os casais homossexuais sentem por saberem que a criança está a ser criada num ambiente fora do normal, o que levará a uma maior motivação para

resolução de questões cruciais relacionadas com os seus filhos e são mais atentos ao desenvolvimento destes, facto que se poderá explicar pela razão de se tratar, na grande maioria das situações, de uma filiação *desejada e planeada*. Apesar de alguns estudos⁵⁶ afirmarem que as crianças adoptadas por casais homossexuais têm uma maior tendência para adoptarem comportamentos *tipicamente* femininos quando pertencem ao sexo masculino e vice-versa, entende-se que tal não deve ser de todo preocupante pois o fundamental é o vínculo afectivo, a relação parental e não a concepção rígida do que é e deve ser o comportamento humano.

Mesmo que se considere que não existam benefícios extra no facto de uma criança ser criada por um casal homossexual, parece, pelo exposto, que também não existe qualquer tipo de prejuízo para a criança, tendo esta exactamente as mesmas condições e oportunidades, para crescer feliz, saudável e forte. O desenvolvimento e o alcance da felicidade por parte da criança não parece estar dependente da orientação sexual dos seus pais.

c) Coparentalidade Homossexual

1. Situação de Facto

Ao utilizar o argumento de *defesa da família* como forma de negar a adopção de crianças por casais homossexuais, esquece-se que, por todo o mundo, milhões de crianças estão a ser criadas efectivamente por estes casais, seja porque a criança é filha biológica de um dos membros do casal, em virtude de relação anterior ou do recurso a técnicas de reprodução medicamente assistida, ou porque simplesmente houve uma adopção singular. Perante esta inegável realidade não parece, de todo, ser de acordo com o interesse da criança negar a essas crianças a segurança que lhes pode proporcionar, no futuro, a adopção pelo outro membro do casal, no caso, p.e., de falecimento do progenitor biológico ou do adoptante. Reconhecer a possibilidade de adopção do filho do outro significará que, não só haverá dois pais financeiramente responsáveis pela criança, mas trará também benefícios para a própria criança: esta poderá ter a nacionalidade de ambos os pais; em caso de rompimento da relação, ambos poderão ter guarda conjunta e direitos de visita; em caso de morte do pai ou mãe biológica, o outro membro do casal será legalmente reconhecido como pai ou mãe, o que vai permitir que a criança não seja retirada do seu lar familiar nem perca contacto com alguém que sempre cuidou dela, nem perca direitos legais, como o direito a alimentos.⁵⁷ Inúmeras decisões judiciais⁵⁸ têm impedido o companheiro/a do

serem bons pais. Outro factor será a consciência que a sociedade os tem *debaixo de olho*, uma vez que facilmente a sua parentalidade será escrutinizada e criticada pela sua orientação sexual.

⁵⁶ WARDLE, Lynn, *The Potential...*, ob.cit., pág. 844.

⁵⁷ Não é normalmente reconhecido à criança, em caso de rompimento da relação, direito a alimentos a serem prestados pelo ex-companheiro/a do pai/mãe, ainda que comprovada a existência de vínculo afectivo entre ambos e mesmo que esses alimentos tenham sido assegurados durante a manutenção da relação – DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito da Família*, 4.ª ed., Edit. Rev. Dos Tribunais, São Paulo, 2007, p. 48. No mesmo sentido, artº2009º CC.

⁵⁸ Caso Alison D. v. Virginia M, vide SHAPIRO, Julie, *A Lesbian-Centered Critique of Second-Parent Adoption*, in Berkeley Women's Law Journal, Volume 14, 1999, p. 24.

progenitor biológico de ter qualquer tipo de contacto com a criança em caso de rompimento das relações, independentemente de se comprovar ou não que este/a teve um papel crucial no desenvolvimento da criança ou mesmo em caso de acordo de divisão das responsabilidades parentais.

Negar a possibilidade de reconhecimento legal de paternidade/maternidade de casais homossexuais para proteger a *família tradicional* não só é profundamente injusto, porque pune a criança por algo que lhe foge totalmente ao controlo, i.e., ter nascido no âmbito de uma relação homossexual, como é também desprovido de fundamento, uma vez que tal negação não vai alterar o facto de que este tipo de famílias existe e vai continuar a existir. Proteger a relação que a criança tem com ambos os pais e dar-lhe, perante a lei, a estabilidade e a segurança necessárias, é uma decisão que promove o interesse da criança. Efectivamente uma criança que está a ser criada por dois homens ou duas mulheres, que vivem numa relação duradoura, deve ter direito a protecção legal no seio dessa mesma relação, não só por uma questão de justiça para com os seus cuidadores que assumiram voluntariamente essa responsabilidade mas também para protecção do próprio interesse da criança. Uma sentença de adopção, nestes casos, permitiria criar um laço legalmente reconhecido e indissolúvel entre a criança e a mãe/pai não biológica/o, dando-lhe a estabilidade social, familiar e legal que a mesma necessita.⁵⁹

No extremo, algum dos opositores⁶⁰ da adopção gay admitem que, caso a criança se encontre numa das situações referidas, i.e., a ser criada por um pai homossexual, vivendo com o seu companheiro, se deverá poder admitir ao companheiro a adopção da criança para assim garantir a esta a total protecção e estabilidade, não prejudicando o seu superior interesse. Justifica-se esta opção pelo facto de a criança, nestas situações, ter já desde cedo *convivência com a relação homossexual apesar de já ter tido contacto com a relação heterossexual, como a que eventualmente existiu entre o pai biológico e a mãe biológica*, circunstância que lhe permite assimilar a nova realidade sem grandes traumas ou desconfortos.

2. Relação ex novo

Esta argumentação parece-nos inviável, pois, ao apelar para o interesse da criança, para admitir a adopção singular do filho do outro pelo companheiro homossexual, não explica porque não aceita as situações em que se cria uma relação *ab initio*. Segundo esta perspectiva, a adopção homossexual, apesar de tolerada nas situações de facto, não seria a solução ideal ou uma solução tão boa quanto a adopção por casais heterossexuais, no caso de relações criadas *ab initio*. Contudo, esta argumentação não tem coerência pois se se admite que um casal homossexual possa ser idóneo para

⁵⁹ Poder-se-ia questionar o porquê de se preferir a adopção em relação a outros institutos legalmente consagrados como a tutela, a guarda ou o apadrinhamento civil. Entendemos que a adopção, enquanto vínculo constitutivo de filiação, é a única forma de plenamente acautelar os interesses da criança neste domínio. Assim o é porque a tutela tem uma dimensão mais patrimonial do que afectiva, a guarda é revisível a todo momento e o apadrinhamento civil coexiste com a família biológica e pode ser revogado.

⁶⁰ BRITO, Luis Maria Serrano Marques Mesquita, *Adopção, Homossexualidade e Interesses da Criança*, Dissertação de Mestrado, Universidade Católica, Porto, 2004, p.91.

cuidar dos interesses da criança e garantir o seu desenvolvimento nas situações de facto, porque não admitir a adopção por um casal, criando uma relação *ex novo*?

Face a esta questão muitos têm respondido que, enquanto na situação em que a criança vai ser adoptada pelo companheiro, a criança já teve um contacto prévio com homossexuais, na adopção *ab initio* por casais homossexuais, ninguém sabe como a criança irá reagir. Neste caso, é muitas vezes invocada a ideia de responsabilidade do Estado pela segurança das crianças e o dever de proporcionar a melhor família possível a estas, entendendo-se que esta obrigatoriamente terá que o ser o modelo familiar da maioria, i.e., a família heterossexual. Mais uma vez parece-nos que tal argumentação é, no mínimo, falaciosa, pois o pressuposto da adopção é sempre a criação de um laço *ex novo* com o objectivo de garantir e promover o superior interesse da criança. Mesmo na adopção por um casal heterossexual, *perfeito*, ninguém sabe prever como a criança irá reagir. O desenvolvimento da relação entre os pais adoptivos e a criança adoptada é algo que dependerá sempre de um investimento de ambas as partes, sendo totalmente independente da orientação sexual dos pais.

d) Realidade científica

Tratando-se esta matéria de uma realidade complexa e não meramente normativa, é de destacar a dimensão multidisciplinar do Direito, que apoiada por ciências como a Psicologia ou a Sociologia, permite trazer à colação importantes factos que devem ser tidos em conta na discussão jurídica do tema em análise.

Assim, ao longo dos anos, vários estudos levados a cabo por profissionais (na sua maioria americanos), têm vindo a analisar e a acompanhar o desenvolvimento de crianças que vivem com casais homossexuais, comparando os resultados obtidos com os de crianças que vivem com casais heterossexuais, acabando por, na sua generalidade, refutar, de uma maneira ou de outra, todos os argumentos contra a adopção já citados e propugnando pela possibilidade de as crianças serem adoptadas por casais gay.

Importantes organismos mundiais têm defendido que a adopção homossexual é no interesse das crianças. A Associação Americana de Psicologia, entre outras⁶¹, deu o seu parecer sobre esta matéria em 2004⁶², onde especificamente condenou todos os tipos de discriminação em matéria de adopção, tendo por base a orientação sexual dos potenciais adoptantes, afirmando também o interesse da Associação em ajudar a aprovar legislação que acabe com tal situação. Este parecer veio citar e reforçar os vários estudos que demonstram que não existem malefícios para uma criança adoptada por casais homossexuais, tendo ido mesmo mais longe, afirmando que é “*necessário proteger as relações entre crianças-pais através da permissão da adopção (conjunta ou singular) por casais homossexuais*”.

⁶¹ Destaque para a American Bar Association e o National Adoption Center.

⁶² <http://aappolicy.aappublications.org/cgi/reprint/pediatrics;109/2/339>

De destacar também a American Medical Association, que, num parecer emitido⁶³, reforçou a importância máxima de se acautelar os interesses da criança, permitindo a sua adopção pelo companheiro/a do pai/mãe biológica, ou seja, a *second-parent adoption*. Exactamente neste mesmo sentido, a American Academy of Pediatrics⁶⁴ defende que uma criança criada por um casal do mesmo sexo necessita de estabilidade e segurança legal que apenas poderão ser alcançadas através da permissão da adopção da criança pelo membro do casal sem ligações biológicas a esta. Esta associação entende que ao negar-se o parentesco legal ao segundo membro do casal está-se a punir a criança, impedindo-a de gozar da segurança que advém do facto de ter dois pais, igualmente afectuosos e responsáveis por ela. Por seu turno, a Child Welfare League of America afirma que “*pais gays, lésbicas ou bissexuais têm exactamente as mesmas capacidades para cuidar e criar uma criança que os pais heterossexuais*”.⁶⁵

No mesmo sentido, se pronuncia, na Europa, o Colégio Oficial de Psicólogos de Madrid⁶⁶ que, em 2002, emitiu um parecer, afirmando que a orientação sexual dos progenitores não é uma variável relevante no desenvolvimento da criança.

O facto de não haver muitos outros estudos de grande relevo a nível europeu tem levado alguns opositores da adopção gay a afirmar que as várias investigações feitas neste domínio carecem de fundamento científico, sendo meramente hipotéticos, com amostras da população extremamente reduzidas.⁶⁷ Independentemente de haver alguns resultados contraditórios e de não dispormos de estudos definitivos, a realidade científica tem apontado, cada vez mais, para o facto de o superior interesse da criança ser perfeitamente acautelado no caso de uma adopção por um casal gay, desde que estes possuam todas as características necessárias para garantir a sua capacidade, não sendo a orientação sexual relevante para este efeito.

e) Crítica da solução legal

Face ao supra-exposto, entendemos que, a proibição expressa de acesso à adopção por casais homossexuais, nos termos da lei 9/2010, representa uma restrição dos direitos fundamentais anteriormente elencados e viola o princípio da proporcionalidade. Tendo em conta todos os argumentos analisados, não podemos deixar de entender que não existem motivos, do ponto de vista dos direitos e interesses da criança, nem um interesse público (protecção do modelo tradicional de família), em proibir aos casais homossexuais o acesso à adopção, pelo que tal solução reveste um carácter marcadamente desadequado e excessivo, estando a solução legal actualmente prevista ferida de inconstitucionalidade por violação conjugada dos artºs 36º/1, 13.º e 18.º CRP. Rejeitamos o argumento de que tal diferenciação poderia ser

⁶³ Consiste na maior organização profissional dos EUA, sendo composta por mais de 250 000 médicos - <http://www.ama-assn.org/ama/pub/about-ama/our-people/member-groups-sections/glb-adv-committee/ama-policy-regarding-sexual-orientation.shtml>.

⁶⁴ <http://aappolicy.aappublications.org/cgi/content/full/pediatrics;109/2/339>

⁶⁵ <http://www.cwla.org/articles/cv0201gayadopt.htm>.

⁶⁶ <http://www.lukor.com/not-soc/cuestiones/0412/21175836.htm>

⁶⁷ Fala-se que entregar crianças a um casal homossexual não é uma questão de discriminação mas sim de irresponsabilidade, vide FERNÁNDEZ, Pedro Talavera, *El Matrimonio...*, ob.cit., pág. 447.

feita com base no sentido material da igualdade, que se traduz na ideia de tratar igual o que é igual e diferente o que é diferente. A orientação sexual de alguém não é razão suficiente para fundamentar uma possível distinção quanto ao exercício da parentalidade, uma vez que o superior interesse da criança, objetivo máximo do instituto da adopção, será sempre passível de ser acautelado, não encontrando este tratamento diferenciado qualquer justificação ou fundamento material.⁶⁸

Enquanto lei restritiva de direitos fundamentais, entendemos, ainda, que a lei 9/2010 não apresenta a generalidade e a abstracção que lhe é exigida por força do artº 18º CRP. Entendemos que a generalidade se afere, não pela forma como o preceito se encontra redigido, mas pelo facto de não ser objectivamente possível individualizar num determinado momento todas as pessoas às quais o mesmo se reporta.⁶⁹ Neste caso, facilmente se verifica que falta esta generalidade, dado que conseguimos individualizar os casais homossexuais como grupo populacional alvo da disposição.

Poderíamos ir ainda mais longe e afirmar que a negação às crianças criadas por casais homossexuais e às crianças institucionalizadas da possibilidade de serem adoptadas, significa uma violação de outros direitos constitucionalmente garantidos, como o direito ao pleno desenvolvimento da personalidade das crianças, artº 25º CRP e o seu direito ao desenvolvimento integral, artº 69º/1. O próprio Estado parece que, ao fazê-lo, está a demitir-se da sua função de protecção da infância, dever este também constitucionalmente previsto no artº 69º CRP, uma vez que cabe ao Estado, não só garantir o direito à parentalidade, como também promover a segurança, felicidade e bem-estar das crianças.

Na nossa opinião, a solução legal portuguesa ao determinar a proibição explícita de adopção de crianças por casais homossexuais vai contra o artº8.º/2 da CEDH, que determina que não pode, de todo, haver ingerência por parte do Estado em matérias que digam respeito à intimidade de cada um, como é a orientação sexual. Obviamente poderíamos chamar à colação o argumento de que esta intervenção estaria legitimada pela preocupação com a protecção do superior interesse da criança. No entanto, como já extensivamente demonstramos, este interesse não é prejudicado pelo simples facto de alguém ter uma orientação sexual diferente da norma. Assim sendo, entendemos que a intervenção do Estado, neste domínio, não se encontra legitimada nos termos do artº8º/2 CEDH e é manifestamente desproporcional, de acordo com o artº14º do mesmo diploma.

⁶⁸ Cfr. CANOTILHO, Gomes e MOREIRA, Vital, ob. cit., p. 340 e 341. Segundo os autores apenas se poderá admitir tratamentos diferenciados quando estes se baseiam em distinções objectivas de situações e não se fundamentam em qualquer dos factores elencados no artº 18/2, tenham um fim legítimo segundo o ordenamento constitucional positivo e se revelam necessários, adequados e proporcionados à satisfação do seu objetivo.

⁶⁹ Neste mesmo sentido, *vide*, MIRANDA, Jorge, Manual..., ob.cit., p.338.

VI. DIREITO COMPARADO⁷⁰

Apesar de haver uma aceitação crescente no que diz respeito à noção de que os interesses da criança conseguem ser acautelados, através da adopção por um casal homossexual, as soluções legais nos vários países são ainda muito díspares e por vezes ambíguas.

Através de uma análise de Direito Comparado podemos verificar a existência de três soluções legais distintas, no que diz respeito à parentalidade Homoafectiva: possibilidade de adopção singular por parte de um individuo homossexual; possibilidade do companheiro adoptar o filho biológico do seu companheiro e possibilidade de adopção conjunta por parte de um casal homossexual.

- África do Sul: Em 2002 o Tribunal Constitucional entendeu que a “*vida familiar (...) pode ser vivida de muitas formas diferentes*”. *A estabilidade, o apoio e o afecto (...) podem ser proporcionados por (...) união homossexual estável*”, declarando inconstitucional a legislação sul-africana que proibia os casais gays de adoptarem. Esta decisão foi tomada antes da legalização do casamento homossexual.
- Dinamarca: Desde 1999, que os indivíduos homossexuais podiam adoptar singularmente uma criança, permitindo-se também ao parceiro adoptar os filhos do outro, considerando-se que assim, ambos os membros do casal estariam em igualdade de posição quanto às responsabilidades parentais. Em Maio de 2010, o parlamento dinamarquês aprovou uma lei que permite aos casais homossexuais adoptarem conjuntamente.⁷¹
- Espanha: Em 2005, após legalização do casamento homossexual, desapareceram os entraves legais aos casais homossexuais no acesso à adopção, havendo uma equiparação total aos casais heterossexuais. Estranhamente, esta equiparação não se verifica em casos de união de facto homossexuais, a não ser em algumas comunidades autónomas como é o caso da Catalunha.⁷²
- Holanda: Além de ter sido o primeiro país a legalizar o casamento homossexual, também se destaca pela sua solução legal quanto à adopção por casais homossexuais, não distinguindo entre orientação sexual ou estado civil, e determinando que o essencial para a adopção conjunta é que os adoptantes coabitem há pelo menos 3 anos.⁷³
- Reino Unido: Com a aprovação e entrada em vigor do Adoption and Children Act 2002 em 2005, qualquer pessoa capaz de oferecer um ambiente familiar saudável a uma criança poderá candidatar-se à adopção, independentemente da sua orientação sexual ou do seu estado civil.

⁷⁰ ROCA, Encarna, *Famílies Homossexuais: Matrimoni, Adopció i Acolliment de Menors*, in BJU2002 – “El Divorcio y los hijos: ruptura y reconstitución familiar”, pág. 13 e ss..

⁷¹ <http://www.cphpost.dk/component/content/48896.html?task=view>

⁷² Llei 3/2005 de 8 d’abril

⁷³ artº 272º/2 do CC Holândes.

- EUA: não existe qualquer tipo de lei federal relativamente à matéria da adopção, pelo que cabe a cada um dos 52 estados legislar sobre esta matéria. A tendência tem sido favorável à adopção de crianças por casais homossexuais, havendo cada vez um maior número de Estados a permiti-la, como é o caso da Califórnia, New Jersey, New York, Connecticut, Florida, Indiana, Massachusetts, Iowa, entre outros. De realçar o facto de a adopção de crianças por casais homossexuais ser permitida em maior número de Estados do que aqueles que permitem o casamento gay e ainda o facto de a mesma ser legal em estados tradicionalmente conservadores como é o caso da Florida. À semelhança da solução legal americana, o mesmo acontece no Canadá⁷⁴ e na Austrália⁷⁵, onde determinados estados/distritos admitem a adopção gay.
- Israel:⁷⁶ Através de uma decisão do STJ em 2002, foi determinado, em 2008, que a Lei da Adopção deveria ser interpretada de forma a abranger também as uniões de facto homossexuais, permitindo assim aos casais homossexuais o recurso à adopção.
- Vaticano: Em documento denominado “Considerações sobre os projectos de reconhecimento legal das uniões entre pessoas homossexuais”⁷⁷, defendeu-se que a adopção de crianças por casais homossexuais seria *“praticar violência, ao aproveitar-se do estado de fraqueza das mesmas para introduzi-las em ambientes prejudiciais ao seu desenvolvimento”*.

Além dos países mencionados, Andorra (2005), Argentina (2010), Bélgica (2006), Brasil (2010), Islândia (2005), Noruega (2009) e Uruguai (2009)⁷⁸ são os restantes países que admitem a possibilidade de adopção conjunta por casais gays. A Alemanha (2004), a Finlândia (2009) e a Gronelândia (2009), apesar de não permitirem a possibilidade de um casal homossexual adoptar uma criança, permitem que um dos membros do casal adopte o filho biológico do outro. Nos restantes países, a posição oficial relativamente à adopção por casais homossexuais é negativa, apesar da existência de algumas ambiguidades na interpretação de inúmeras legislações nacionais. Entendemos que é importante realçar o facto de, na maioria dos países onde a adopção por casais homossexuais é permitida, o casamento homossexual não o é ou a sua permissão surge posteriormente. Tal facto demonstra que o casamento homossexual é um direito de uma determinada minoria populacional, enquanto que a adopção por casais homossexuais não se prende apenas com um direito à constituição de família mas também com o próprio dever dos Estados de protegerem e cuidarem das crianças.

⁷⁴ <http://www.parl.gc.ca/information/library/PRBpubs/921-e.htm> .

⁷⁵ http://www.austlii.edu.au/au/legis/wa/consol_act/aa1994107/s39.html .

⁷⁶ <http://www.haaretz.com/hasen/spages/953097.html> .

⁷⁷ <http://www.entrededes.org.br/index.php?op=noticia&wcodigo=12546&wsecao=30>

⁷⁸ <http://www.heraldsun.com.au/news/breaking-news/uruguay-votes-to-allow-gay-adoptions/story-e6frf7k6-1225766951314>

VII. REALIDADE JURISPRUDENCIAL

a) Jurisprudência do TEDH

A matéria da parentalidade Homoafectiva, apesar de parca na jurisprudência portuguesa, em virtude de haver solução legal para o efeito pois a lei recusa a adopção por casal gay, tem sido alvo de discussões jurisprudenciais, que com avanços e recuos, tem trazido novos dados e importantes contributos para esta discussão.

1. Caso Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal

Este caso, apesar de não dizer respeito à questão da adopção mas sim à guarda de uma criança, é relevante para o efeito de se discutir a admissibilidade da adopção gay, em virtude de ter sido a primeira decisão de relevo do TEDH em que, tendo por base a dicotomia orientação sexual do progenitor, por um lado, e superior interesse da criança, por outro, entendeu que a primeira seria irrelevante para efeitos de condicionamento da segunda.

O caso chegou ao TEDH como recurso de decisão proferida pelo TRL, no Ac. de 9/01/96, que veio revogar a decisão do TFML, negando a guarda da criança ao pai, homossexual, e dando a mesma à mãe, ignorando a relação de maior proximidade entre o pai e a filha e a idoneidade do mesmo para tomar conta desta. A justificação do TRL assentou no argumento de que *“a menor deve viver no seio de uma família (...) tradicional portuguesa que não a do seu pai, uma vez que este vive com outro homem, como se de marido e mulher se tratasse. (...) estamos perante uma anormalidade e uma criança não deve crescer à sombra de situações anormais; di-lo a própria natureza humana (...)”*. O requerente veio intentar recurso para o TEDH com base no facto de entender que o Ac. supracitado violava o artº8º da CEDH ao implicar uma ingerência injustificada na esfera privada da sua intimidade, uma vez que alegou que a decisão de entrega da criança à mãe se baseava tão somente na sua orientação sexual.

O TEDH pronunciou-se sobre esta matéria, entendendo que o TRL tinha em mente um fim legítimo que era a protecção dos interesses do menor, e que por isso a questão prender-se-ia, não com a violação do artº8º, mas com a questão de saber se tinha havido um tratamento diferenciado e discriminatório do pai, proibido nos termos do artº14º da CEDH. Neste sentido e tendo por base os excertos do Ac. acima transcritos, o TEDH veio considerar que, ao contrário do contestado pelo Governo Português, *“a homossexualidade do requerente pesou de modo determinante na decisão final”*, tendo o Tribunal feito uma *“distinção ditada por considerações que têm a ver com a orientação sexual do requerente, distinção que não se poderá tolerar segundo a convenção”*. Conclui por fim que houve uma violação do artº 8º conjugado com o artº 14º da CEDH, condenando o Estado Português ao pagamento de uma indemnização ao requerente.

2. Caso Fretté v. França

Em 2002, chegou ao TEDH o primeiro caso especificamente relacionado com adopção homossexual, neste caso, singular, o caso Fretté v. França. Aqui, a reclamação para o Tribunal adveio de uma recusa por parte das autoridades francesas da candidatura à adopção por um cidadão francês, pelo facto de o mesmo ser homossexual⁷⁹, tendo este alegado ter sido vítima de um tratamento diferenciado no exercício do seu direito à reserva da intimidade da vida privada, nos termos dos artºs 8º e 14º da CEDH. O Governo Francês contestou o pedido apresentado pelo cidadão francês, afirmando que, mesmo que o critério único para negar a adopção a este tivesse sido a sua homossexualidade, tal seria sempre justificável em virtude do superior interesse da criança e pelas dúvidas e falta de consenso científico e social relativamente ao potencial perigo para o desenvolvimento individual da criança ao ser criada por alguém com a referida orientação sexual.

Contrariamente ao que se esperava, tendo em conta a decisão proferida no caso de custódia Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal, o TEDH acabou por corroborar os argumentos invocados pelo Governo Francês, condenando, antes de mais, a discriminação com base na orientação sexual, mas entendendo que neste domínio da adopção não existe um comum acordo, seja nas sociedades seja na comunidade científica, e como tal deverá ser dado um amplo poder discricionário aos vários Estados, dado que as autoridades locais estão em melhores condições de avaliar os particularismos de cada caso concreto. Entendeu, assim, o TEDH que a diferenciação não violou o princípio da proporcionalidade e como tal não violava o artº 14º da CEDH.

Apesar de não ter expressamente negado a possibilidade de um Estado conceder o direito à adopção por casais homossexuais, o TEDH acabou por afirmar que o mesmo não é imposto pela CEDH. Esta decisão não foi unânime, tendo havido inúmeras declarações de voto de vencido que acusaram a maioria de ter feito com que a *“luta pelos direitos fundamentais tivesse dado um passo atrás com aquela decisão”*.⁸⁰

3. Caso E.B. v. França

Decisão contrária foi tomada no caso E.B. v. França⁸¹, caso com contornos semelhantes ao anteriormente analisado.

⁷⁹ Destaque para o facto de esta recusa ter advindo mesmo após pareceres dos serviços da SS que demonstravam o carácter idóneo do Sr. Fretté para adoptar uma criança, descrevendo-o como uma pessoa sensata, altruísta, inteligente, com boas condições sócio-económicas e cujo motivo para adoptar uma criança se baseava no seu desejo de proporcionar a esta afectos e cuidados necessários ao seu desenvolvimento, considerando que o essencial era amar e cuidar da criança, sendo a adopção apenas o meio legal/administrativo para legitimar tal relação.

⁸⁰ Os três Juízes que votaram vencidos entenderam que não havia razão legítima para ter em conta a orientação sexual do requerente, uma vez que não havia qualquer referência de que tal facto poderia ser uma ameaça para os interesses daquela criança em concreto. A posição do governo francês seria, assim, desproporcional e injustificada e como tal violadora dos artºs 8º e 14º da CEDH.

⁸¹ DOTY, Kathleen, *From Frette to E.B.: The European Court of Human Rights on Gay and Lesbian Adoption*, in *Law & Sexuality: A review of LGBT Legal Issues*, 2009, pág. 121.

Aqui, E.B., uma professora de ensino primário com 45 anos de idade que vivia com uma psicóloga, R., desde 1990, procurou, em 1998, adoptar uma criança junto dos Serviços de SS, informando-os da sua orientação sexual e da sua relação com R.. De imediato, a sua candidatura foi rejeitada pelos serviços de adopção, decisão esta posteriormente confirmada pelo Conselho Nacional de Ética Francês, com base no argumento de que “*a falta de um modelo de identificação do sexo masculino implicaria que a referida adopção não seria no interesse da criança*”. Após recurso para o TEDH, este considerou que a decisão francesa era violadora dos artºs 14º e 8º da CEDH, concluindo que “*excluir a possibilidade de uma criança ser adoptada com base na orientação sexual dos adoptantes é um motivo ilegítimo e contra os direitos humanos, e contra o próprio interesse da criança.*” Adiantou, ainda, que preconceitos nunca devem “*interferir com a possibilidade de uma criança receber os cuidados e o amor que merece*”.

O Tribunal considerou que as autoridades francesas haviam colocado um ênfase desproporcional na orientação sexual da requerente, aquando da análise da sua candidatura, tendo, assim, entendido que a homossexualidade desta tinha sido o factor determinante, único e exclusivo, para negar a adopção. Um dos argumentos utilizado recorrentemente para negar a adopção foi a *inexistência de uma figura paternal*, o que é uma discriminação, uma vez que a lei francesa admite a adopção singular e esse argumento não é colocado em causa, quando uma pessoa heterossexual pede adopção singular. O Tribunal também veio rejeitar expressamente os argumentos invocados pelo Governo francês de que não haveria consenso europeu no que diz respeito à adopção gay e de que a comunidade científica ainda se encontrava dividida relativamente às consequências de criar uma criança numa família homossexual.

Com base nesta decisão, o TEDH acabou por revogar a decisão tomada no Caso Fretté, levando a que a partir dessa data, nenhum tribunal ou governo nacional pudesse excluir um potencial adoptante com base apenas e exclusivamente na sua orientação sexual, argumentando, sem mais, que a mesma seria contrária ao interesse da criança.

O paradigma na jurisprudência do TEDH parece ter mudado e cada vez mais parecem chegar a este Tribunal casos relacionados com parentalidade Homoafectiva como é o caso do Caso Gas e Dubois v. France (no. 25951/07), ainda sem sentença. Este diz respeito a um casal lésbico que, após 11 anos de vida em conjunto, tiveram uma filha através do recurso a técnicas de procriação medicamente assistida. A mãe *não biológica* requereu, com o consentimento da sua companheira, junto dos Tribunais franceses a adopção singular da filha da mesma para garantir que a criança tivesse duas mães e não uma. Tal pretensão foi rejeitada uma vez que os tribunais franceses entenderam que tal decisão seria contrária ao superior interesse da criança, uma vez que iria enfraquecer os laços biológicos em virtude da criação de uma relação *ex novo*. O casal recorreu para o TEDH, considerando que a decisão francesa atentava contra a reserva da intimidade da vida privada e familiar e que traduzir-se-ia numa decisão com resultado discriminatório em função da orientação sexual.

b) Jurisprudência Americana e Brasileira

Na jurisprudência americana⁸², que funciona na base do precedente, verificamos que, durante largas décadas, o poder judicial, nos casos relacionados com guarda, e, mais tarde, adopção de crianças, se caracterizava por uma verdadeira *homofobia judicial*, rejeitando os Tribunais direitos de visita, guarda de crianças, sem indicar razões específicas e válidas para o efeito, alegando somente a homossexualidade da pessoa em questão, facto que a tornava naturalmente incapaz para cuidar de uma criança. Entretanto, outros casos, em que a homossexualidade do progenitor não o excluiu da guarda, demonstraram que uma relação homosexual não deve ser, *de per se*, considerada maléfica para a criança. Importa destacar a decisão histórica proferida por um Tribunal de New Jersey em Janeiro de 1998, em que, pela primeira vez nos EUA, se concedeu a possibilidade de um casal gay adoptar uma criança.⁸³

No Brasil, p.e., é de destacar a decisão pioneira tomada no Rio de Janeiro em 1997, em que o Juiz permitiu a adopção de uma criança a uma mulher homossexual que já detinha a sua guarda de facto desde os 2 anos da idade, argumentando que “*devemos agir sem preconceitos. Se é aberta a possibilidade de a criança ter uma nova família, direito garantido pela Constituição, temos que aprovar, porque o objectivo da adoção é, acima de tudo, fazer crianças felizes*”.⁸⁴ Treze anos depois desta decisão, o STJ veio permitir a adopção de crianças por casais homossexuais, considerando-se que o que está em causa deve ser sempre o interesse e a vontade da criança e não a orientação sexual dos pais.⁸⁵

⁸² CALDWELL, Gary L., *Doe v. Doe: Destroying the Presumption that Homosexual Parents are Unfit – The New Burden Proof*, in *University of Richmond Law Review*, Volume 16, n.º4, 1982, p.852 a 854.

⁸³ O Tribunal permitiu ao casal John e Michael adoptar o pequeno Adam, que já vivia com eles desde os 3 meses da idade, data em que foi abandonado pelos pais biológicos por ser seropositivo, *vide* http://en.wikipedia.org/wiki/LGBT_adoption.

⁸⁴ Cf. também o Ac. do Tribunal Judicial de Rio Grande do Sul de 29 de Julho de 2009, onde o juiz reconheceu que é do interesse da criança ver os seus laços com a família biológica cortados e ser adoptada por um casal homossexual, com quem vive há 5 anos e por quem desenvolveu uma profunda relação afectiva e a quem chama e trata de pais.

⁸⁵ <http://www.oreconcavo.com.br/2010/04/27/stj-reconhece-adocao-por-casal-gay/>

VIII. CONCLUSÃO

Uma posição neutra relativamente à parentalidade adoptiva por casais homossexuais só pode existir se conseguirmos abstrair dos dogmas e das crenças sociais, e entendermos objectivamente o superior interesse da criança.

É um pressuposto consensual deste debate aceitar que qualquer pessoa, independentemente da sua orientação sexual, pode desenvolver em si a capacidade de amar, cuidar e assumir as responsabilidades por uma criança. A família não deverá ser encarada como um mero instituto legal ou um contrato social. Antes disso, a base da mesma devem ser os afectos e o respeito, bem como os laços de cuidado que unem os seus membros entre si. É o próprio princípio da dignidade humana que pugna pela protecção da família nestes termos, retirando-lhe uma tipicidade desnecessária e permitindo a sua conformação e adaptação às diversas realidades afectivo-sociais, independentemente do vínculo biológico.

As constantes interrogações e suspeitas relativas às capacidades dos casais homossexuais não irão desaparecer a curto prazo, apesar de infundadas. No entanto, o tempo dispendido em discussões paralelas faz a sociedade esquecer-se da existência de inúmeras crianças que, de uma forma ou de outra, se encontram tão simplesmente à espera de uma família. Todas essas crianças merecem os cuidados, o carinho e, acima de tudo, o amor necessário ao seu crescimento, ao seu desenvolvimento, felicidade e realização pessoal. Amar e ser amado, sonhar, sentir-se importante e importar-se com o sentimento dos seus familiares são factores fundamentais para o desenvolvimento da personalidade de uma criança. É no total interesse desta criança crescer e ser criada num ambiente que lhe garanta todos estes direitos. É função do Estado garantir a essa criança a sua inserção numa família capaz de lhe proporcionar este ambiente familiar saudável, afectuoso e responsável, ambiente esse que poderá surgir ou não, mas sempre independentemente da orientação sexual dos envolvidos. Casais homossexuais têm vindo a criar crianças ao longo dos anos sem qualquer tipo de influência negativa nas mesmas. Negar à criança a possibilidade de ter, perante a lei e a sociedade, o reconhecimento de ambos os seus pais ou mães e a protecção que lhe é inerente, é prejudicá-la, é puni-la, é, acima de tudo, ir contra o seu interesse.

Não pugnamos por um direito absoluto a adoptar. Entendemos, no entanto, que se retira da solução constitucional portuguesa a existência de um direito a constituir família através da adopção em condições de igualdade (artº 36/1 e 13º CRP). Defendemos que a lei 9/2010, enquanto lei restritiva deste direito, não encontra qualquer justificação legitimadora nem no interesse da criança nem em qualquer interesse público. É, assim, imperativo eliminar o obstáculo legal criado, que além de desadequado, se encontra ferido de inconstitucionalidade.

Estando nós, perante um instituto como o da adopção, onde critérios de oportunidade, discricionariedade e conceitos indeterminados abundam, assim como onde as percepções e crenças sociais assumem um papel fundamental, sabemos que não será apenas com a previsão legal da adopção por casais homossexuais que esta realidade se efectivará. Permitindo-se aos casais homossexuais candidatarem-se à adopção, os mesmos poderão, ainda assim, ver o seu processo indeferido em virtude da homofobia e desinformação, aliada à discricionariedade e discriminações conscientes dos vários

organismos oficiais que intervêm em todo o processo. É mister formar profissionais capazes de conseguirem entender o interesse da criança em cada caso concreto, abstraindo-se de convicções pessoais, e analisando as candidaturas de casais homossexuais com a mesma neutralidade, rigor e suporte com que são analisadas as dos casais heterossexuais.

Apesar de sabermos que não será uma mudança imediata, acreditamos que o Direito, como já o fez em vários momentos da História, virá ao de cima fazendo valer os princípios pelos quais se rege, garantido a efectivação da dignidade da pessoa humana e fazendo com que, lenta mas gradualmente, a mentalidade social acompanhe o novo paradigma jurídico. Eliminando-se o obstáculo legal, faremos com que a homofobia e a desconfiança para com os casais homossexuais deixe de estar legitimada e prevista na lei, facilitando a sua aceitação social. O fundamental é pugnar para que, no futuro, não seja qualquer tipo de legislação rígida e desadequada mas sim um órgão competente desprovido de mitos e preconceitos a decidir quais os candidatos idóneos para adopção, não havendo grupos excluídos *a priori* por lei, como ainda hoje acontece. A ponderação necessária deverá incidir tão somente na capacidade de assumir responsabilidade por uma criança, não se podendo discriminar candidaturas pelo sexo, estado civil, situação económica-social, idade ou orientação sexual.

A família, que tantas crianças procuram, não pode ser escolhida tendo por critério último a orientação sexual dos adultos que a compõem. Excluir e negar à criança o ambiente e a família capaz de responder às suas necessidades de afecto, com base em critérios dúbios, discriminatórios e sem validade científica, é um erro e uma hipocrisia total, num mundo que *supostamente* procura, acima de tudo, proteger as suas crianças, os seus jovens, o *tal* superior interesse da criança.

“O dia em que as nossas vidas mudaram para sempre foi o dia em que pela primeira vez vimos o nosso filho. Foi como um verdadeiro blind date mas com as assistentes sociais a fazerem o papel de cupido. Já nos tínhamos encontrado com elas e todos concordávamos: podíamos ser perfeitos para ele. “Quem são estes senhores”, perguntava a Sally ao Scott, enquanto ele olhava para nós de cima a baixo com um sorriso envergonhado. Com 3 anos feitos há duas semanas, tudo estava preparado para o nosso encontro com uma pequena ajuda de um álbum de fotos e de um DVD que preparamos para ele. Não sabemos qual foi a primeira palavra que ele disse mas as primeiras palavras que o ouvimos dizer foram os nossos nomes. “Philip e Michael”, disse ele. Claro que não podíamos ter certezas, mas ele parecia entender quem nós éramos. Viemos embora deste primeiro encontro de duas horas extasiados. O pequeno Scott tinha sido encantador e extremamente afectivo. O meu instinto dizia-me que aquela blind date iria resultar. Durante a primeira noite que ele passou no seu novo quarto, recém-decorado e mobilado para ele, eu e o Michael acordávamos a cada 15 minutos perguntando-nos se ele ainda estaria vivo. O Scott, por sua vez, sem preocupações, dormiu mais de 12 horas seguidas. Foi um alívio ouvi-lo a cantar para ele quando ainda não eram 6:30 da manhã. Têm havido alguns momentos inesperados. A primeira vez que nós os 3 andamos de Metro, numa carruagem a transbordar de pessoas, uma senhora viu-me com o Scott nos braços, levantou-se e cedeu-me o lugar. O Scott parece bastante despreocupado pelo facto de ter dois pais. Com apenas 3 anos, ele não faz a mínima ideia que existe algo de diferente na sua família. E na verdade, não existe mesmo. Tanto na nossa vizinhança como nos nossos amigos, algumas crianças têm um pai e uma mãe, outros têm um de cada e outros têm dois de cada. Esperamos que ele cresça sem se preocupar com esta questão, mas também iremos explicar-lhe com o tempo que a família e a vida familiar podem vir em diferentes formas, espécies ou variedades. Também já nos fomos habituando aos amuos, birras e choros do Scott e, por estranho que seja dizer isto, às vezes é bom quando ele está assim. Claro que não fico contente por ele não estar contente. Mas quando ele cai e arranha o joelho, é uma sensação inexplicável porque ele vem ter connosco à procura de conforto, com os abraços completamente abertos a pedir colo, e, enquanto o levanto nos meus braços, ele afunda a cabeça no meu ombro. Ele não fazia isso, no início. Mostra que ele sabe que estamos e estaremos para sempre aqui para ele. Muitos desafios e incertezas virão, e sempre vão existir, e eles existem também para todos os pais biológicos. Mas os tempos e momentos difíceis são mais que compensados pelos momentos de alegria e felicidade, que podem chegar com o mais pequeno e insignificante gesto ou triunfo: quando ele se lembra de nos dizer que precisa de fazer chichi; quando consegue entrar sozinho para sua bicicleta azul ou quando simplesmente alguém nos visita e nos diz o quão feliz o Scott parece. Eu costumava pensar que o orgulho era um pecado mortal. Mas isso era antes de ter o meu filho.”⁸⁶

⁸⁶ REAY-SMITH, Phil, 2009, “Our new life as Dad and Daddy”, in The Times

XIX. BIBLIOGRAFIA

- Citada

ADOPTION CHILDREN ACT, disponível em:
http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2002/ukpga_20020038_en_1

AMERICAN MEDICAL ASSOCIATION, *Policy Regarding Sexual Orientation*, disponível em: <http://www.ama-assn.org/ama/pub/about-ama/our-people/member-groups-sections/glb-t-advisory-committee/ama-policy-regarding-sexual-orientation.shtml>

AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION, 2004, *Sexual Orientation, Parents & Children*, disponível em <http://aappolicy.aappublications.org/cgi/reprint/pediatrics;109/2/339>

APPELL, Annette R., *The Endurance of biological connection: heteronormativity, same-sex parenting and the lessons of adoption*, in *BYU Journal of Public Law*, Brigham Young University, 2008.

AUSTRALIAN ADOPTION ACT, Sect. 39, 1994, disponível em http://www.austlii.edu.au/au/legis/wa/consol_act/aa1994107/s39.html

BELCASTRO, Philip A., *A Review of Data Based Studies Addressing the Effects of Homosexual Parenting on Children's Sexual and Social Functioning*, in *Same-Sex Marriage: Pro and Con, A Reader*, Andrew Sullivan, Vintage Books, Nova Iorque, 1997.

BOZETT, Frederick e BIGNER, Jerry, *Parenting by Gay Fathers*, in *Same-Sex Marriage: Pro and Con, A Reader*, Andrew Sullivan, Vintage Books, Nova Iorque, 1997.

BRANDÃO, Débora, *Parcelas Homossexuais – Aspectos Jurídicos*, Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BRITO, Luis Maria Serrano Marques Mesquita, *Adopção, Homossexualidade e Interesses da Criança*”, Dissertação de Mestrado, Universidade Católica, Porto, 2004.

CALDWELL, Gary L., *Doe v. Doe: Destroying the Presumption that Homosexual Parents are Unfit – The New Burden Proof*, in *University of Richmond Law Review*, Volume 16, n.º4, 1982.

CORTE-REAL, Carlos, *Homoparentalidade: uma perspectiva jurídica*, in *Encontro sobre Homoparentalidade*, ISPA, 2006.

-----, e PEREIRA, José Silva, *Direito da Família: Tópicos para uma reflexão crítica*, AAFDL, Lisboa, 2008.

CANOTILHO, Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição República Portuguesa Anotada*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme, *Curso de Direito da Família, Volume II – Direito da Filiação, Tomo I – Estabelecimento da Filiação; Adopção*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006.

COWAN, Carolyn P. e COWAN, Philip A., *When Partners become Parents*, Routledge, 1993.

DIAS, Maria Berenice, *União Homossexual: o preconceito e a justiça*, 3.^a ed., Livraria do Advogado Editora, 2006.

-----, *Manual de Direito da Família*, 4.^a ed., Edit. Rev. Dos Tribunais, São Paulo, 2007.

DOTY, Kathleen, *From Frette to E.B.: The European Court of Human Rights on Gay and Lesbian Adoption*, in *Law & Sexuality: A review of LGBT Legal Issues*, 2009.

FERNÁNDEZ, Pedro Talavera, *El Matrimonio entre personas del mismo sexo frente a la adopción*, in “Matrimoio y adopción por personas del mismo sexo”, *Cadernos de Derecho Judicial XXVI*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.

FINEMAN, Marta, *The Illusion of Equality*, University of Chicago Press, Chicago, 1994.

GONZÁLEZ, Maria del Mar, *Familias Homoparentales*, in “Matrimoio y adopción por personas del mismo sexo”, *Cadernos de Derecho Judicial XXVI*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.

GREEN, Richard, *Lesbian Mothers and their Children: A comparison with Solo Parent Heterosexual Mothers and their Children*, in *Archives of Sexual Behaviour*, Vol.II, 1996.

HUMANS RIGHT WATCH, *Europe: Gay Adoption Ruling Advances Family Equality*, disponível em <http://www.hrw.org/en/news/2008/01/23/europe-gay-adoption-ruling-advances-family-equality>.

HURLEY, Mary C., *Sexual Orientation and Legal Rights in Canada*, 2007, disponível em <http://www.parl.gc.ca/information/library/PRBpubs/921-e.htm>.

LAMB, Michael E., *Parenting and Child Development in “NonTraditional” Families*, Lawrence Erlbaum Associates, Publishers, Londres, 1999.

LEITE DE CAMPOS, Diogo, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2010.

LERNER, Robert, *No Basis: What the Studies Don't tell us about Same-Sex Parenting*, Marriage Law Project, 2001.

MALLON, Gerald P., *Gay Men Choosing Parenthood*, Columbia University Press, Nova Iorque, 2004.

MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, Direitos Fundamentais, 3.^a Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2000.

MÚRIAS, Pedro, *Um símbolo como bem juridicamente protegido: sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo*, in *Casamento entre pessoas do mesmo sexo: sim ou não?*, Entrelinhas, Lisboa, 2008.

OSÓRIO, Luis, *Notas ao Código Penal Português*, França e Arménio editores, Coimbra, 1917.

PATTERSON, Charlotte J., *Adoption of minor children by lesbian and gay adults: a social science perspective*, in *The Duke Journal of Gender Law & Policy*, Virginia, EUA, 1995.

-----, *Children of Lesbian and Gay Parents*, in *Association for Psychological Science*, Vol. 15, nº5, Virginia, EUA, 2006.

PERES, Ana Paula Ariston Barion, *A adoção por homossexuais: fronteiras da família na pós-modernidade*, Renovar, Rio de Janeiro, 2006.

REAY-SMITH, Phil, “*Our new life as Dad and Daddy*”, in *The Times*, 2009.

ROCA, Encarna, *Famílies Homossexuais: Matrimoni, Adopció I Acolliment de Menors*, in *BJU2002 – “El Divorcio y los hijos: ruptura y reconstitución familiar”*, 2002.

SHAPIRO, Julie, *A Lesbian-Centered Critique of Second-Parent Adoption*, in *Berkeley Women’s Law Journal*, Volume 14, 1999.

SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do exercício do poder paternal nos casos de divórcio*, 4.^a edição, 2.^a reimpressão, Coimbra, 2002.

-----, *A adoção singular nas representações sociais de direito*, in *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano I, nº1, Coimbra Editora, 2004.

-----, , *Adopção, Um acto de Amor*, in *Revista da Associação dos Defensores Públicos do Distrito Federal*, nº3, Ano 3, Fortium Editora, Brasília, Dezembro 2008.

-----, *Qual o interesse da criança? Identidade biológica versus relação afectiva*, in *Volume Comemorativo dos 10 anos do Curso de Pós-Graduação “Protecção de Menores – Prof. Doutor F.M. Pereira Coelho”*, nº12, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito da Família, Coimbra, 2009.

STECKEL, Ailsa, *Psychosocial Development of Children of Lesbian Mothers in Gay and Lesbian Parents*, nº75, Bozzet Ed., 1987.

TOMÉ, Maria João, *Algumas Considerações sobre a dependência*, in *Pessoa Humana e Direito*, Almedina, Coimbra, 2009.

WARDLE, Lynn, *The Potential Impact of Homosexual Parenting on Children* in *University of Illinois Law Review*, Illinois, EUA, 1997.

YOAZ, Yuval, *Attorney General okays wider adoption rights for same-sex couples*, disponível em <http://www.haaretz.com/hasen/spages/953097.html> .

XAVIER, Rita Lobo, *Ensinar Direito da Família*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2008.

- Outra

ALMEIDA, Miguel Vale de, *O casamento entre pessoas do mesmo sexo. Sobre “gentes remotas e estranhas” numa “sociedade decente”*, in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.º 76, Coimbra, 2006.

BAGNALL, Robert, *Burdens on Gay Litigants and Bias in the Court System*, in *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review*, Vol. 19, n.º 2, 1984.

BARTHOLET, Elizabeth, *Family Bonds. Adoption and the Politics of Parenting*, Houghton Mifflin Company, New York, 1993.

BORRILLO, Daniel, *Homosexualités et droit*, Presses Universitaires de France, Paris, 2.ª ed., 1999.

CADORET, Anne, *Padres como los demás. Homosexualidad y parentesco*, Gedisa Editorial, Barcelona, 2003.

CANOTILHO, Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, Coimbra, 2011.

DIAS, Maria Berenice e CHAVES Marianna, *As famílias homoafectivas no Brasil e em Portugal*, in *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano V, n.º 9, Coimbra Editora, 2008.

DIAS, Pedro Branquinho Ferreira, *A Adopção de Crianças por casais homossexuais: Sim, Não ou Talvez?*, in *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano II, n.º4, Coimbra Editora, 2006.

DUNCAN, William C., *In whose best interests: Sexual orientation and adoption law*, in *Capital University Law Review*, Columbus, EUA, 2003.

EVAN B. DONALDSON ADOPTION INSTITUTE, *Eliminating Legal and Practice Barriers to Gay and Lesbian Adoption from Foster Care*, 2008, disponível em: http://www.adoptioninstitute.org/research/2008_09_expand_resources.php

FINNIS, John M., *Law, Morality and Sexual Orientation*, in *Notre Dame Law Review*, Volume 69, Oxford, 1994.

GUIGET, Benoit, *Le Droit Communautaire et la reconnaissance des partenaires de meme sexe*, in *Cahiers de Droit Europeen*, ano 35, n.º 5, Bruxelles, 1999.

HEDGES, Rebra Carrasquillo, *The Forgotten Children: Same-Sex Partners, Their Children and Unequal Treatment*, in *Boston College Law Journal*, Boston, EUA, 2000.

HILL, John Lawrence, *What does it mean to be a parent? The claims of biology as the basis for parental rights*, in *Family, State and Law*, Volume II, Georgetown, 1995.

HILLS, Roderick M., Jr., *You say you want a Revolution? The case against transformation of culture through antidiscrimination laws*, in *Antidiscrimination Law and Social Equality*, New Haven: Yale University Press, 1996.

KOPPELMAN, Andrew, *Three Arguments for gay rights*, in *Sexual Orientation and Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1995.

LEBLANC, Jeff, *My Two Moms*, in *La Verne Law Review*, *Journal of Juvenile Law*, 2006.

RODRIGUES, Anabela, *Repensar o Direito de Menores em Portugal – Utopia ou Realidade?*, *Revista Portuguesa de Ciências Criminais* (Jul-Set), Coimbra Editora, 1997.

- Sites

<http://www.direitohomoafetivo.com.br/index.html>

<http://adoption.about.com/od/adopting/tp/gayadoptionbasics.htm>

http://en.wikipedia.org/wiki/Gay_adoption

<http://www.tvi24.iol.pt/sociedade/apadrinhamento-homossexuais-gays-criancas-adopcao-tvi24/1206959-4071.html>

http://www.dn.pt/inicio/portugal/interior.aspx?content_id=1474093

http://www.dn.pt/inicio/portugal/interior.aspx?content_id=1240290.

http://www.dn.pt/inicio/portugal/interior.aspx?content_id=1596261&page=1

<http://www.ilga-portugal.pt/noticias/233.php>

<http://www.slate.com/id/2061789/>

<http://www.cphpost.dk/component/content/48896.html?task=view>

<http://www.parl.gc.ca/information/library/PRBpubs/921-e.htm> .

http://www.austlii.edu.au/au/legis/wa/consol_act/aa1994107/s39.html .

<http://www.haaretz.com/hasen/spages/953097.html> .

<http://www.entrededes.org.br/index.php?op=noticia&wcodigo=12546&wsecao=30>

<http://www.heraldsun.com.au/news/breaking-news/uruguay-votes-to-allow-gay-adoptions/story-e6frf7k6-1225766951314>

<http://www.oreconcavo.com.br/2010/04/27/stj-reconhece-adocao-por-casal-gay/>