

## **Direitos em doses homeopáticas: a situação jurídica das famílias homoafetivas em Portugal.**

Marianna Chaves\*

**Sumário:** Introdução. 1. Breves notas sobre a família em Portugal e na Europa. 2. Casamento civil. 3. União de facto. 4. Adoção e co-adoção. 5. Procriação medicamente assistida. Considerações finais. Referências.

### **Resumo**

Portugal passou a permitir o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo com a Lei n. 9/2010. A pergunta que ainda resiste: terá sido a igualdade plena atingida com a aprovação desta lei? Não nos parece, quando saltamos da análise do direito matrimonial e passamos à análise do direito parental ou da filiação, tendo em vista que o rol de beneficiários das técnicas de PMA nos termos da Lei n. 32/2006 não contempla os casais homossexuais e a adoção por pares do mesmo sexo foi expressamente vedada pelo Diploma de 2010. Será essa vedação ao exercício da parentalidade por parte dos casais homossexuais uma discriminação arbitrária ou estará ela de acordo com o espírito do sistema português? O presente artigo pretende oferecer um panorama da atual situação jurídica das famílias homoafetivas em Portugal.

**Palavras-chave:** Homossexualidade; Uniões; Casamento; Parentalidade; Portugal.

### **Abstract**

Portugal allowed civil marriage between same-sex partners with the Law n. 9/2010. The question that still stands is: full equality have been achieved with the sanction of this law? It does not seem to be the case, when we jump from the analysis of matrimonial law and pass to the examination of parental law or parentage rights, given that the list of beneficiaries of ART techniques in accordance with Law n. 32/2006 does not include homosexual couples and adoption by same-sex couples was expressly forbidden by the 2010 law. Is this obstruction of the exercise of parentage by homosexual couples an arbitrary discrimination or it is in accordance with the spirit of the Portuguese system? This paper aims to provide an overview of the current legal situation of “homoaffective” families in Portugal.

**Keywords:** Homosexuality; Same-sex unions; Same-sex marriage; Parentage; Portugal.

---

\* Doutoranda em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Mestre em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Secretária de Relações Internacionais do IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família; Vice-Presidente da Comissão de Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo da OAB/PB; Membro-consultor da Comissão de Diversidade Sexual do Conselho Federal da OAB – Ordem dos Advogados do Brasil; Consultora Jurídica.

## *Introdução*

As uniões de pessoas do mesmo sexo existem desde os tempos mais remotos, mas a partir do momento em que a Igreja sacralizou o conceito de família, conferindo-lhe finalidade meramente procriativa, as relações entre iguais se tornaram alvo do preconceito e do repúdio social. A mais nefasta consequência da exclusão no âmbito jurídico é a absoluta invisibilidade a que são, muitas vezes, condenados os vínculos afetivos, cujo único diferencial decorre do fato de serem constituídos por pessoas de igual sexo.

Mas as lutas emancipatórias, o florescer dos direitos humanos e a laicização dos Estados estão forjando a construção de novas sociedades mundo afora, reconhecendo que as uniões entre pessoas, independente de sua orientação sexual, é uma união de afetos e como tal precisam ser identificadas. Daí a expressão homoafetividade.

Assim, pode-se dizer que o estudo e o reconhecimento das uniões homoafetivas e dos direitos delas decorrentes passaram a constar na agenda jurídica mundial, em especial no mundo ocidental. Aos poucos, o dito mundo civilizado vem acordando, transformando em realidade o que há muito proclamava a Revolução Francesa: o direito à liberdade e à igualdade, com a edição de normas asseguradoras do direitos civis dos indivíduos e casais homossexuais.

Portugal, acompanhando os passos da Europa Ocidental, vem avançando no âmbito da homoafetividade nos últimos anos, estando, entretanto, a sua legislação aquém do esperado – em comparação a países próximos como Espanha, França e Bélgica – e muitas vezes em contradição ao disposto na Constituição da República Portuguesa.

A ideia do presente artigo é fazer uma breve análise da situação da homoafetividade em Portugal, abordando as questões do casamento civil, das uniões de facto, da adoção e da co-adoção e da procriação medicamente assistida, quando estão em causa pares do mesmo sexo.

### *1. Breves notas sobre a família em Portugal e na Europa*

Nos tempos antigos, a família era uma instituição que possuía, basicamente, fundamentos religiosos e políticos, onde sobressaía a *autorictas* do chefe familiar, que a representava como um todo componente da sociedade (Pereira, 1990: 25).

Atualmente, ela é vislumbrada como o resultado de uma conexão afetiva, na qual

se edificam os sentimentos de solidariedade, lealdade, respeito, confiança e cooperação. É uma entidade além de jurídica, ética e moral. É concebida como um agrupamento de afeto e entreatajuda, onde o que mais releva é a intensidade das relações pessoais de seus componentes (Muniz e Oliveira, 1999: 13).

É compreendida como “núcleo de oxigenação do equilíbrio emocional dos indivíduos e de socialização das crianças e jovens” (Gomes, 2012: 78). Além disso, a família é a sede de formação das pessoas, da sua dignidade e personalidade; é refúgio caloroso, cerne de felicidade, onde os seus membros podem se realizar integralmente (Fachin: 2001: 148).

É importante lembrar que – na maior parte das vezes – a evolução da família não foi acompanhada pelo direito e, quando foi, apresentou-se um descompasso patente. Todavia, não existem sinais de falência ou de decadência<sup>1</sup> da família, não obstante pensamentos em contrário. O que se evidencia é o resultado de transformações sociais, o denominado fenômeno da repersonalização das relações familiares, onde se busca observar interesses essenciais para as pessoas, como o afeto, a solidariedade, a confiança, a lealdade, o respeito e o amor. Foi imposto ao Estado, nas suas funções jurisdicionais e legislativas, o dever executar medidas necessárias para a constituição e o desenvolvimento das famílias.

Mesmo que houvesse uma mudança na Humanidade, na História e nos costumes, existe a imortalização da percepção de família como lugar onde é possível integrar os sentimentos, esperanças e valores, sendo o caminho para a realização do projeto de felicidade pessoal (Hironaka *apud* Dias, 2001: 60). A doutrina portuguesa parece seguir esse raciocínio, conceituando a família como reduto sacrossanto dos afetos, da realização, desenvolvimento e consolidação da personalidade dos seres humanos (Guerra, 2008: 171).

Assim, pode-se afirmar que a família é a base da estrutura social e sede de plenitude do bem-estar do ser humano. Nada mais é que a base, o esteio sobre o qual se organiza a sociedade. E o desafio dos tempos modernos é o de encontrar o vetor

---

<sup>1</sup> Como bem alerta Rodrigo da Cunha Pereira, com as mudanças observadas nos últimos tempos, passou-se a pensar que família estaria no caos e em crise. Como alerta o jurista, é normal que diante de um processo histórico – que ainda está a acontecer – que exista uma visão acanhada e pessimista em relação às transformações. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 4.

caracterizador das relações interpessoais que possibilite denominá-las como família. E tal referencial parece só poder ser encontrado na afetividade<sup>2/3</sup>.

A função da família está em constante renovação. As suas funções tradicionais (política, econômica, de conservação e transmissão do patrimônio) perderam a força ou tiveram a sua essência modificada, abrindo espaço para novas funções essenciais. Em poucas palavras, entende-se a família como *locus* instrumental ao desenvolvimento da personalidade de cada um de seus componentes. Assim, abandona-se a ideia de mera família-instituição, para se observar o surgimento da “família-instrumento”<sup>4</sup>.

É importante também ressaltar que a ideia de vida familiar e, por consequência, o direito das famílias, sofreram uma transformação substancial nos últimos 40 anos na Europa, analogamente ao que ocorreu um pouco por todo o ocidente. Muito embora não tenha existido simultaneidade temporal na introdução as modificações caracterizadoras de uma nova Era, por parte dos legisladores e jurisprudência de cada Estado, esses avanços – de forma mais ou menos lenta – terminaram por se alastrar por toda a área de soberania dos Estados-membros da União Europeia (Costa, 2011: 11-12).

## 2. Casamento civil

A antiga redação do art. 1577º do Código Civil português rezava que o “casamento

---

<sup>2</sup> Que, por sinal, foi alçada à categoria de princípio jurídico e, em conjunto com a dignidade da pessoa humana, torna-se base para todos os outros princípios norteadores do direito das famílias. O afeto tornou-se um valor jurídico, no momento em que as relações familiares deixaram de ser um *locus* de reprodução e economia comum. O afeto não é apenas um liame que envolve os integrantes de uma família, possuindo também um viés externo que torna a afetividade o princípio norteador do direito das famílias. Cfr. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. “Uma principiologia para o direito de família”. In: *Leituras complementares de direito civil: Direito das famílias – Em busca da consolidação de um novo paradigma baseado na dignidade, no afeto, na responsabilidade e na solidariedade*. EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; ALVES, Leonardo Barreto Moreira (Orgs.). Salvador: JusPodivm, pp. 43-50, 2010, p. 49; DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, pp. 73-74-

<sup>3</sup> Para uma explicação mais elucidativa sobre o caminho percorrido pela afetividade, desde a sua consideração como fato psicológico e/ou sociológico, até a sua consideração como valor jurídico e a sua consagração como princípio, consultar OLIVEIRA, Catarina Almeida de. “Refletindo o afeto nas relações de família. Pode o direito impor amor?”. In: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; Marcos Ehrhardt Jr.; Catarina Almeida de Oliveira (Coords.). *Famílias no direito contemporâneo: Estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo*. Salvador: JusPodivm, pp. 47-67, 2010, pp. 51-53.

<sup>4</sup> No mesmo sentido, consultar: MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Em busca da nova família: uma família sem modelo. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (orgs.). *Pensamento crítico do direito civil brasileiro*. Curitiba: Juruá, pp. 215-226, 2011, p. 215.

é contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida”. Note-se que o legislador lusitano havia sido bem explícito na sua definição de casamento, ao contrário, por exemplo, do legislador brasileiro. Além disto, o Diploma Civil português determinava, em seu art. 1628º, al. “e”, que o casamento contraído por duas pessoas do mesmo sexo deveria ser tido como inexistente.

A Constituição da República Portuguesa em seu art. 13º, n. 2, veda a discriminação por orientação sexual e em seu art. 36º consagra o direito fundamental de contrair casamento. Aí parecia residir o fundamento para a discussão sobre a inconstitucionalidade dos dispositivos supracitados do CC português. E assim, há tempos, já se posicionava uma corrente minoritária dos doutrinadores familiaristas lusitanos<sup>5</sup>.

Sobre a restrição do acesso ao casamento apenas por pessoas de sexo distinto, foi suscitada judicialmente a inconstitucionalidade dos dispositivos supra elencados do CC português, quando duas mulheres pretenderam contrair casamento na 7ª Conservatória do Registo Civil de Lisboa, desígnio que lhes foi denegado<sup>6</sup>. Exauridas as

---

<sup>5</sup> Liderada por Carlos Pamplona Corte-Real, para quem a restrição do acesso ao casamento de pessoas do mesmo sexo era materialmente inconstitucional, em virtude dos dispositivos constitucionais supracitados. CORTE-REAL, Carlos Pamplona. “Homoafectividade: a respectiva situação jurídico-familiar em Portugal”. In: *Escritos de direito das famílias*. DIAS, Maria Berenice; PINHEIRO, Jorge Duarte (coords.). Porto Alegre: Magister, pp. 11-38, 2008, pp. 26-27.

<sup>6</sup> Descritores: HOMOSSEXUALIDADE; CASAMENTO; UNIÃO DE FACTO; FAMÍLIA; PRINCÍPIO DA IGUALDADE; LIBERDADE CONTRATUAL; CONTRATO; NORMA IMPERATIVA; ORDEM PÚBLICA. Sumário: I - A Constituição da República Portuguesa não consagra um direito dos homossexuais a contrair casamento. II - O casamento não é a única forma de constituir família; as uniões de facto, registadas ou não, entre pessoas do mesmo sexo são também uma forma de constituir família. III - O artigo 36º da Constituição Política consagra dois direitos ( e não um só): o direito de constituir família e o direito a contrair casamento, não sendo, portanto, correcta a afirmação de que, à face da lei portuguesa, os homossexuais não podem constituir entre si uma relação familiar. IV - O artigo 36º da Constituição da República Portuguesa não contém normas fechadas, remetendo para o legislador ordinário a regulamentação dos requisitos e efeitos do casamento e até a sua forma de celebração. V - Ao autonomizar o casamento, o legislador constitucional revelou implicitamente não ignorar as coordenadas estruturais delimitadoras do casamento na ordem jurídica portuguesa e a lei portuguesa considera integrativo do seu núcleo essencial a celebração do contrato de casamento por pessoas de sexo diferente (artigo 1577º do Código Civil) considerando juridicamente inexistente o casamento contraído por duas pessoas do mesmo sexo ( artigo 1628º ,alínea e) do Código Civil). VI - O princípio da liberdade contratual consagrado no artigo 405º do Código Civil não é um princípio absoluto: o próprio preceito prescreve que a faculdade de celebrar contratos e de fixar livremente o respectivo conteúdo deve exercer-se “dentro dos limites da lei”. VII- Um dos campos em que avultam restrições ao princípio da liberdade de contratar é exactamente o campo do direito de família, área em que predominam normas imperativas e interrogáveis por vontade das partes, resultando tal circunstância do interesse público atinente à vida familiar, constituindo relevante restrição a que resulta precisamente dos artigos 1577º e 1628º, alínea e) do Código Civil. (TRL, Proc. 6284/2006-8, Rel. Pedro Lima Gonçalves, j.

vias ordinárias, onde foram invocadas a inconstitucionalidade dos artigos referidos, recorreram ao Tribunal Constitucional com objetivo de obterem o acesso ao casamento, em virtude da declaração de inconstitucionalidade material dos mencionados artigos do Código Civil português. O Tribunal Constitucional terminou por reconhecer que não havia afronta ao princípio constitucional da igualdade e o caso das duas senhoras foi encerrado sem lograr êxito<sup>7</sup>.

Antes do Decreto-Lei 9/XI, algumas tentativas legislativas neste sentido já haviam ocorrido. Dois projetos de lei foram levados à discussão na Assembleia da República onde foram derrubados na votação.<sup>8</sup> Finalmente, em 2010, foi aprovado pela Assembleia da República portuguesa, na generalidade em 8 de Janeiro e na especialidade em 11 de Fevereiro do mesmo ano o decreto que garantiu aos homossexuais o acesso ao instituto do matrimônio civil<sup>9</sup>.

---

15/02/2007).

<sup>7</sup> Uma análise detida do caso Teresa e Helena pode ser encontrada em: SANTOS, Duarte. *Mudam-se os Tempos, Mudam-se os Casamentos?* O Casamento entre Pessoas do Mesmo Sexo e o Direito Português. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 60-72.

<sup>8</sup> Os projetos do Partido Ecologista “Os Verdes” e do Bloco de Esquerda foram apresentados no ano de 2006 e, na expressão típica portuguesa, “chumbaram” quando foram apreciados em conjunto no ano de 2008.

<sup>9</sup> “ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA □ Lei Nº 9/XI □ de 31 de Maio □ Permite o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

A Assembleia da República decreta, nos termos da alínea c) do artigo 161º da Constituição, o seguinte:

Artigo 1º

Objecto

A presente lei permite o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

Artigo 2º

Alterações ao regime do casamento

Os artigos 1577º, 1591º e 1690º do Código Civil, passam a ter a seguinte redacção:

“Artigo 1577º [...]

Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código.

Artigo 1591º [...]

O contrato pelo qual, a título de esponsais, desposórios ou qualquer outro, duas pessoas se comprometem a contrair matrimónio não dá direito a exigir a celebração do casamento, nem a reclamar, na falta de cumprimento, outras indemnizações que não sejam as previstas no artigo 1594.o, mesmo quando resultantes de cláusula penal.

Artigo 1690º [...]

1 - Qualquer dos cônjuges tem legitimidade para contrair dívidas sem o consentimento do outro.

2 - (... )” .

Artigo 3º

Adopção

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

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

Entretanto, antes de sua promulgação, a mencionada normativa foi submetida a escrutínio, a um controle preventivo de constitucionalidade, ou seja, o Presidente da República portuguesa, requereu ao Tribunal Constitucional, ao abrigo dos n.ºs 1 e 3 do artigo 278º da CRP, do n.º 1 do artigo 51º e do n.º 1 do artigo 57º da Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional, aprovada pela Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro, alterada, por último, pela Lei n.º 13-A/98, de 26 de Fevereiro (LTC), a apreciação da constitucionalidade das normas do artigo 1º, do artigo 2º – este na medida em que modifica a redação dos artigos 1577º, 1591º e 1690º, n.º 1, do Código Civil –, do artigo 4º e do artigo 5º<sup>10</sup>.

A Corte Constitucional portuguesa procedeu à análise, dispositivo a dispositivo, da lei e, em não encontrando indicação quanto à inconstitucionalidade do decreto, decidiu julgar improcedentes quaisquer dúvidas sobre a constitucionalidade do mesmo. Assim, foi dado prazo ao Presidente Aníbal Cavaco Silva para vetar ou promulgar a lei que entrou em vigor no dia 17 de Maio de 2010.

### 3. *União de facto*

A união de facto, figura paramatrimonial, presente no Direito português, não possui definição legal. É regulada pela Lei n.º 23/2010 que veio a alterar a Lei n.º 7/2001 de 11 de Maio. Distingue-se do casamento na seara da constituição, dos efeitos e da extinção<sup>11</sup>.

---

Artigo 4º

Norma revogatória

É revogada a alínea e) do artigo 1628º do Código Civil.

Artigo 5º

Disposição final

Todas as disposições legais relativas ao casamento e seus efeitos devem ser interpretadas à luz da presente lei, independentemente do género dos cônjuges, sem prejuízo do disposto no artigo 3º.”

<sup>10</sup> Todos os artigos da referida norma tiveram a sua constitucionalidade questionada, menos o único dispositivo que poderia ser considerado inconstitucional, que é exatamente o artigo 3º, que à semelhança do art. 7º da Lei de União de Facto, determina uma vedação explícita a que os casais do mesmo sexo adotem conjuntamente. Neste sentido já nos manifestamos alhures. Cfr. CHAVES, Marianna. *Homoafetividade e direito: proteção constitucional, uniões, casamento e parentalidade*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012, pp. 227-228.

<sup>11</sup> A união de facto, para a doutrina mais tradicionalista portuguesa é uma relação jurídica parafamiliar. Em sentido contrário, com o qual comunga-se, se manifestam Carlos Pamplona Corte-Real e José Silva Pereira, para quem não se pode considerar a união de facto como um instituto alheio ao direito e de viés parafamiliar. Para os doutrinadores, não se enxerga “qualquer diferença na índole da união de facto e do casamento, já que embatem nos mesmíssimos valores inerentes a uma profunda intersubjectividade e interrelacionalidade dos cônjuges e, ou, parceiros conviventes: dignidade, liberdade, intimidade, respeito pelo próximo e boa-fé. O casamento não pode ser diverso e mais

Essa modalidade de união – que até o ano de 2010 era a única alternativa de constituição de vida em comum dos pares homossexuais – é considerada formada no momento em que os indivíduos estejam coabitando<sup>12</sup>, sendo dispensável qualquer tipo formalidade. A norma reguladora não prevê direitos e obrigações que vinculem mutuamente os companheiros da união de facto, tampouco estabelece normas especiais em matéria de administração e disposição dos bens ou de dívidas. E o vínculo entre as partes se dissolve pela mera vontade de um deles, sem qualquer pressuposto formal.

Seus efeitos estão concentrados na seara do Direito Privado e são reduzidos ao serem comparados com os efeitos da união estável brasileira ou das uniões civis/parcerias registradas de diversos outros países europeus.<sup>13</sup>

Basilarmente, trata da proteção da morada de família, estabelecendo direito real de habitação. Não há qualquer disposição que trate do direito a alimentos em caso de ruptura da união,<sup>14</sup> não há direito sucessório entre os companheiros<sup>15</sup> e, o mais grave, os companheiros homossexuais que vivam em união de facto não podem adotar conjuntamente nem tampouco tem direito de acesso às técnicas de procriação medicamente assistida.

Ao legislador ordinário português cabia a escolha de dois caminhos: ou criava um

---

respeitável juridicamente, porque se está também aqui ante uma similar e acordada convivencialidade plena entre dois entes”. CORTE-REAL, Carlos Pamplona; PEREIRA, José Silva. *Direito da Família – Tópicos para uma reflexão crítica*. Lisboa: AAFDL, 2008, p. 47.

<sup>12</sup> Note-se que a união de facto portuguesa, como já existiu na seara da união estável brasileira, estabelece um prazo para que a união passe a produzir efeitos: pelo menos 2 anos de convivência.

<sup>13</sup> Art. 3º Efeitos

1 — As pessoas que vivem em união de facto nas condições previstas na presente lei têm direito a:

- a) Protecção da casa de morada da família, nos termos da presente lei;
- b) Beneficiar do regime jurídico aplicável a pessoas casadas em matéria de férias, feriados, faltas, licenças e de preferência na colocação dos trabalhadores da Administração Pública;
- c) Beneficiar de regime jurídico equiparado ao aplicável a pessoas casadas vinculadas por contrato de trabalho, em matéria de férias, feriados, faltas e licenças;
- d) Aplicação do regime do imposto sobre o rendimento das pessoas singulares nas mesmas condições aplicáveis aos sujeitos passivos casados e não separados de pessoas e bens;
- e) Protecção social na eventualidade de morte do beneficiário, por aplicação do regime geral ou de regimes especiais de segurança social e da presente lei;
- f) Prestações por morte resultante de acidente de trabalho ou doença profissional, por aplicação dos regimes jurídicos respectivos e da presente lei;
- g) Pensão de preço de sangue e por serviços excepcionais e relevantes prestados ao País, por aplicação dos regimes jurídicos respectivos e da presente lei.

<sup>14</sup> Apenas pode-se pleitear alimentos à herança do companheiro falecido.

<sup>15</sup> Restando apenas a possibilidade que um companheiro beneficie o outro através de um testamento, relativamente à sua quota disponível.

estatuto jurídico próprio equiparado ao casamento,<sup>16</sup> que reconhecesse e institucionalizasse devidamente as uniões homoafetivas ou se abria o caminho para o matrimônio, tendo em vista que a situação vivida pelos pares homossexuais até 2010 traduzia-se em uma afronta ao livre desenvolvimento de suas personalidades e violação da proibição de discriminação por orientação sexual.<sup>17</sup>

Terminou-se por reconhecer, afinal, que os portugueses – independentemente da sua orientação sexual – possuem o direito a contrair matrimônio, o que pareceu a solução mais ajustada, tendo em vista que uma união civil, uma parceria registrada ou algo do gênero deveria constituir apenas mais uma opção de organização de vida em comum e não a única.

#### 4. Adoção e co-adoção

A adoção é um instituto com um forte viés de ficção jurídica, que cria um vínculo paterno/materno filial que não corresponde à realidade biológica. É, portanto, a adoção uma filiação fundamentalmente jurídica, que se sustenta no pressuposto de um liame não genético ou biológico, mas afetivo (Dias, 2011: 164).

Em território português, a adoção singular, individual ou monoparental, emergiu com a Reforma de 77 do Código Civil. Os beneficiários desta modalidade podem ser o (a) adulto (a), solteiro (a), divorciado (a) ou viúvo (a). Assim, a adoção singular é a modalidade mais procurada por pessoas solteiras, que desejam exercer o seu direito à parentalidade. Também por aqueles que desejam adotar o filho do cônjuge ou companheiro, situação comum nas relações heterossexuais. É algo corriqueiro as pessoas se divorciarem, e refazerem a sua vida afetiva com outro indivíduo, que pode vir a adotar o seu filho. Mas e se for um par homossexual, como se dará o desfecho da situação?

Relativamente à adoção restrita, o Código Civil português<sup>18</sup>, tampouco a Lei de União de Facto parecem ser explícitos e claros como nos casos anteriores. Pode-se dizer o mesmo em relação à adoção singular plena, fazendo-se uma exegese da primeira parte do art. 1979º, nº 2 do CC.

---

<sup>16</sup> À semelhança de diversos outros países europeus.

<sup>17</sup> Fato que, de certa forma, no que toca à parentalidade, ainda perdura em território português.

<sup>18</sup> Consultar os arts. 1992º e 1993º do CC português.

No caso de adoção plena unilateral, pode ainda adotar quem tiver mais de 30 anos ou, se o adotando for filho do cônjuge do adotante, mais de 25 anos. Parece aí residir a abertura para a adoção unilateral – ou singular – por um homossexual. Não obstante, como alerta-se na doutrina portuguesa, de acordo com o art. 1973º, nº 2 do CC português, para que a sentença seja proferida, deve existir um inquérito sobre a idoneidade do adotante para educar e criar o adotando e também acerca da sua situação econômica e familiar, “o que não pode deixar de implicar, por força de uma leitura sistémica, que a adopção plena pareça ser vedada pelo legislador ordinário, mesmo singularmente, ao homossexual”, como afirmam Corte-Real e Pereira (Corte-Real e Pereira, 2008: 155).

Os beneficiários da adoção plena conjunta são 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, de acordo com o art. 1979º, nº 1 do Código Civil português. Todavia, para derrubar a pretensão de casais homossexuais que desejassem adotar conjuntamente, o art. 3º da foi bem claro ao dispor que, as alterações introduzidas pelo DL 9/XI não implicam a admissibilidade legal da adoção, em qualquer das suas modalidades, por pessoas unidas pelo vínculo matrimonial, se pertencerem ao mesmo sexo.

Entretanto, em virtude do disposto no n. 2 do art. 13º da Constituição da República portuguesa, é imperioso afirmar que as vedações encontradas pelos companheiros ou cônjuges homossexuais estão maculadas por inconstitucionalidade como já foi afirmado anteriormente, no tópico em que analisou-se a questão do casamento civil.

Indubitavelmente, em nome de um patente preconceito homofóbico travestido em uma suposta proteção do melhor interesse da criança, só se está a causar prejuízos. Primeiro, aos próprios infantes que quando possuem a filiação estabelecida a um dos membros do casal, deixam de ter a segurança jurídica do reconhecimento da maternidade ou paternidade ao outro componente do casal, filiação esta que já existe factualmente<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> Um dos fortes argumentos utilizados contra a adoção homoafetiva é a de que a criança necessita, invariavelmente, de referências de pai e de mãe. Ora, esse argumento é facilmente derrubável com a simples indicação de que, ao agarrar-se a essa lógica, estar-se-ia por considerar as famílias monoparentais, entidades familiares de segunda categoria. Para além disso, a ausência de pais dos dois sexos não influencia o desenvolvimento da identidade sexual e psicológica da prole. O modelo de

No caso de vedação ao pleito pelo casal, um enorme número de crianças deixa de sair da institucionalização<sup>20</sup> e poder experimentar o amor, e os casais deixam de poder exercer o seu direito à parentalidade, em nome de discriminações infundadas, atentatórias ao próprio conteúdo da Constituição da República Portuguesa. Resta esperar que um questionamento de constitucionalidade, referente a esse artigo seja feita ao Tribunal Constitucional.

Em caso de confirmação de constitucionalidade, pode-se ainda recorrer ao Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, alegando-se tratamento diferenciado no exercício do seu direito à vida privada e familiar, constantes arts. 8º e 14º da Constituição Europeia dos Direitos Humanos, lembrando que nos casos mais recentes, o TEDH se inclinou a considerar que havia violação dos artigos mencionados<sup>21/22</sup>.

Recentemente, a Assembleia da República portuguesa aprovou a denominada co-adoção por homossexuais. Assim, o cônjuge ou o membro de união de facto homoafetiva está autorizado a adotar a prole do seu par.<sup>23</sup> Até ao presente momento,

---

identidade de referências femininas e masculinas não resta prejudicado tendo em vista que pode ser exercitado pela presença de outros adultos na vida do infante, como avós, tios, professores, amigos dos pais/mães. Neste mesmo sentido se manifesta DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva*, op. cit., pp. 168-169.

<sup>20</sup> Negar um lar não é proteger. Não se pode esquecer que a criança que espera a adoção normalmente já passou por dolorosas experiências de vida – foi abandonada pelos pais, ou tiveram extintas as responsabilidades parentais – e espera ansiosamente por alguém que a queira e a ame genuinamente. Será que alguém já foi a algum abrigo perguntar às crianças que lá estão depositadas se aceitam ser adotadas por duas mulheres ou por dois homens que a equipe técnica interdisciplinar reconheceu como tendo todas as condições de desempenharem efetivamente e afetivamente os papéis parentais? É função do Estado proteger essas crianças. Não se pode deixar o preconceito vencer e simplesmente impedir a adoção por duas pessoas que mantêm uma família homoafetiva.

<sup>21</sup> Vale lembrar o entendimento do TEDH por ocasião do julgamento do caso E.B. v. França, em 22 de Janeiro de 2008. Assim, a sra. B. recorreu à Corte de Estrasburgo, com a alegação de que a sua pretensão à adoção foi negada com fundamento na sua orientação sexual, violando os já mencionados arts. 8º e 14º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. As alegações da recorrente foram acatadas pelo TEDH e aquando da análise do mérito, o TEDH terminou por entender que a orientação sexual da requerente foi fator decisivo que conduziu à recusa da sua autorização para adotar, o que configurou tratamento discriminatório, à luz dos arts. 8º e 14º da CEDH, modificando o seu posicionamento anterior na matéria. Terminando por condenar a França ao pagamento de € 10.000,00 a título de danos morais e €14.352,00 a título de reembolso das despesas com advogado e com os processos, o que caracterizou um significativo avanço do TEDH em relação aos processos desta natureza.

<sup>22</sup> E a doutrina portuguesa ressalta esta possibilidade, em especial no que tange à adoção unilateral ou singular. Nas palavras de Corte-Real e Pereira, “será pertinente referir que, face à admissão pela nossa lei civil, da figura da adoção singular a um membro de um casal homossexual pode suscitar problemas a Portugal, a nível de TEDH”. A seguir relatam o caso de condenação da França, exposto na nota anterior. Continuam por dizer que “o Tribunal Europeu justificou a decisão pelo facto de a admissibilidade da adoção singular induzir que, no espírito da lei, se prescinde da vetusta e conservadora ideia de uma necessária complementaridade educativa heterossexual parental”. CORTE-REAL, Carlos Pamplona; PEREIRA, José Silva. *Direito da Família*, op. cit., pp. 155-156.

<sup>23</sup> Desde que não haja um segundo vínculo de filiação em relação à criança.

ainda falta a discussão da lei na especialidade e a sua promulgação pelo Presidente português. Quando isto ocorrer, Portugal será o quarto país europeu após Dinamarca, Finlândia, Áustria e Alemanha a regulamentar essa modalidade de parentalidade. Na mesma ocasião, foram discutidos 3 projetos de lei que visavam possibilitar aos casais homossexuais a adoção conjunta plena. Todos foram rejeitados<sup>24</sup>.

É importante lembrar que a adoção, mais do que uma questão meramente jurídica, trata-se de uma situação de vida, de uma escolha, uma opção, um ato de amor, onde há a imperiosidade de compreender o *animus* de quem decide adotar uma criança e a necessidade de quem espera a possibilidade de ser integrado a uma família. E tais fatos e circunstâncias independem da orientação sexual de todos os envolvidos.

##### *5. Procriação Medicamente Assistida*

O art. 6º da Lei n. 32/2006, de 26 de Julho estabelece explicitamente quem são os beneficiários das técnicas de reprodução assistida. O acesso às técnicas de PMA está restrito às pessoas (maiores e capazes) casadas que não se encontrem separadas judicialmente de pessoas e bens ou separadas de fato ou as que, sendo de sexo diferente, vivam em condições análogas às dos cônjuges há, pelo menos, dois anos.

Automaticamente, a legislação afasta do seu âmbito de aplicação os casais homossexuais que vivam em união de facto. Mas qual a situação dos casais homossexuais unidos pelo matrimônio, após a aprovação do DL 9-XI/2010, que autorizou o casamento civil homoafetivo em Portugal?

Já restou patente que a referida legislação vedou expressamente a adoção por casais homossexuais quando estabeleceu em seu art. 3º, nº1 que "as alterações introduzidas pela presente lei não implicam a admissibilidade legal da adopção, em qualquer das suas modalidades, por pessoas casadas com cônjuge do mesmo sexo". E no nº 2 determina que "nenhuma disposição legal em matéria de adopção pode ser interpretada em sentido contrário ao disposto no número anterior". Mas o que dizer do acesso às técnicas de PMA pelos casais homossexuais?

---

<sup>24</sup> Para um relato mais detalhado de toda a situação, veja-se GUERRA, Rita Brandão. "Portugal torna-se o quinto país a aprovar co-adopção por casais homossexuais". Disponível em: [www.publico.pt](http://www.publico.pt). Acesso em: 10 jul. 2013.

O DL 9-XI/2010 simplesmente foi silente a esse respeito, o que representa uma possível abertura das técnicas de PMA, *a priori*, aos casais de lésbicas, em virtude da própria legislação vigente, senão veja-se:

O art. 6º expressamente determina que são beneficiários das técnicas de procriação medicamente assistida as *pessoas casadas*, que não se encontrem separadas judicialmente ou de facto. O legislador português não se referiu a homem e mulher ou homem com mulher. Se referiu a pessoas casadas. Ponto. E se houvesse desejado vedar o acesso dos casais de lésbicas unidas pelo matrimônio às técnicas de PMA, o teria feito de maneira explícita, como fez com a questão da adoção.

Todavia esse acesso ainda se encontra vedado ao casal masculino que para realizar o projeto parental por meio da utilização das técnicas de reprodução assistida, invariavelmente, deve recorrer à denominada "barriga de aluguel". Todavia, o uso da maternidade de substituição é expressamente proibida em Portugal, como se depreende do art. 8º, nº1 da LPMA, que estabelece que "são nulos os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de maternidade de substituição", afastando, por enquanto, os casais masculinos do acesso à PMA.

### *Considerações finais*

É indubitável que Portugal se encontra dentro do seleto rol progressista de países que abriram as portas do instituto do matrimônio a casais do mesmo sexo. Questiona-se: foi suficiente para assegurar os mandamentos constitucionais da igualdade e da vedação à discriminação por orientação sexual? Antes de responder a essa indagação, é imperioso se fazer algumas ponderações.

A Constituição de Portugal já permitia aos *gays* lésbicas enquadrar os seus argumentos em termos de igualdade, em vez de diferença, em termos de liberdade, cidadania e dignidade. Os homossexuais estavam a pedir nada a mais do que os heterossexuais já tiveram, há muito, concedido para si: a liberdade de casar-se com a pessoa que deseja.

A garantia do casamento homoafetivo não se traduz em um risco social, como alguns alegavam. Não se estaria colocando o matrimônio heterossexual em xeque. "Casamentos" homossexuais sempre existiram, em uma variedade de formas que acabaram por ser eufemizadas. As uniões homoafetivas existiam em todos os sentidos,

menos o jusfamiliar. Por fim, consagrou-se a possibilidade do casamento civil homoafetivo.

Todavia, o Estado português esqueceu-se do instituto da adoção. Ou melhor, deliberadamente – em disposição de caráter discriminatória e patentemente inconstitucional – vetou o seu acesso, conjuntamente, aos homossexuais. Olvidaram-se os legisladores portugueses que é – ou deveria ser – a idoneidade dos requerentes à adoção, assim como a sua capacidade para o exercício efetivo e afetivo da parentalidade, que deveriam ser levados em conta, para materialização do melhor interesse da criança.

Só um estudo aprofundado nessas questões poderá evidenciar se o interesse daquela criança estará sendo atendido, o que poderá resultar da preterição ou não do exercício da parentalidade, sem que esse resultado tenha qualquer relação com a orientação sexual dos requerentes.

Uma das justificativas para o óbice à adoção conjunta por homossexuais é que tal opção de diferenciação foi seguida na maioria dos Estados em cuja cultura jurídica Portugal se insere. Assim, Portugal optou por uma garantia dos direitos LGBT em doses homeopáticas: primeiro a união de facto, depois o casamento e agora a co-adoção. Quem sabe um dia, seguindo os passos de países como Bélgica, Holanda, Espanha e França, passe a permitir a adoção conjunta e o acesso às técnicas de reprodução assistida.

Pode-se dizer, afinal, que Portugal deu um importante passo à frente, com a abertura do casamento civil aos homossexuais e um passo atrás, pois a explícita vedação à adoção conjunta – e o silêncio em relação ao acesso à reprodução assistida – por esses pares afronta patente e fortemente o princípio da igualdade.

Além disso, não se pode esquecer que o contingente de crianças abandonadas e institucionalizadas, não obstante Portugal seja um país pequeno, é enorme e que com tal medida, o país deixou de assegurar o melhor interesse de todos esses infantes, que poderiam estar experimentando uma vivência recheada de amor e afeto mas, em virtude de dispositivos legais preconceituosos, vivem em abrigos, em situação de abandono moral e afetivo.

### Referências Bibliográficas

CHAVES, Marianna. *Homoafetividade e direito: proteção constitucional, uniões, casamento e parentalidade*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

CORTE-REAL, Carlos Pamplona. Homoafetividade: a respectiva situação jurídico-familiar em Portugal. In: Dias, Maria Berenice; Pinheiro, Jorge Duarte (coords.). *Escritos de direito das famílias*. Porto Alegre: Magister, pp. 2008.

CORTE-REAL, Carlos Pamplona; PEREIRA, José Silva. *Direito da Família – Tópicos para uma reflexão crítica*. Lisboa: AAFDL, 2008.

COSTA, Marta. *Convivência More Uxorio na Perspectiva de Harmonização do Direito de Família Europeu: União Homossexuais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. *União homossexual: o preconceito & a justiça*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

\_\_\_\_\_. *União homoafetiva: o preconceito & a justiça*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Em busca da família do novo milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GOMES, Carla Amado. “Direito das famílias na jurisprudência portuguesa: filiação, adoção e protecção de menores”. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; COLTRO, Antônio Carlos Mathias; OLIVEIRA E TELLES, Marília Campos (orgs.). *Problemas da família no direito*. Belo Horizonte: Del Rey, pp. 77-102, 2012.

GUERRA, Rita Brandão. “Portugal torna-se o quinto país a aprovar co-adoção por casais homossexuais”. Disponível em: [www.publico.pt](http://www.publico.pt). Acesso em: 10 jul. 2013.

GUERRA, Paulo. “Sensibilidade, sentimento e Direito na filiação, na adoção e na protecção das crianças e jovens”. In: DIAS, Maria Berenice; PINHEIRO, Jorge Duarte (coords.). *Escritos de Direito das Famílias: uma perspectiva luso-brasileira*. Porto Alegre: Magister, pp. 164-183, 2008.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. “Em busca da nova família: uma família sem modelo”. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (orgs.). *Pensamento crítico do direito civil*. Curitiba: Juruá, pp. 215-226, 2011.

MUNIZ, Francisco José Ferreira; OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *Curso de direito de família*. 3 ed. Curitiba: Juruá, 1999.

OLIVEIRA, Catarina Almeida de. “Refletindo o afeto nas relações de família. Pode o direito impor amor?”. In: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; EHRHARDT JR, Marcos; OLIVEIRA, Catarina Almeida de. (Coords.). *Famílias no direito contemporâneo: Estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo*. Salvador: JusPodivm, pp. 47-67, 2010.

PEREIRA, Áurea Pimentel. *A nova Constituição e o direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1990.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

\_\_\_\_\_. “Uma principiologia para o direito de família”. In: Ehrhardt Júnior, Marcos; ALVES, Leonardo Barreto Moreira (Orgs.). *Leituras complementares de direito civil: Direito das famílias – Em busca da consolidação de um novo paradigma baseado na dignidade, no afeto, na responsabilidade e na solidariedade/* Salvador: JusPodivm, pp. 45-50, 2010.

SANTOS, Duarte. *Mudam-se os Tempos, Mudam-se os Casamentos? O Casamento entre Pessoas do Mesmo Sexo e o Direito Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.