

ORDEM DOS ADVOGADOS

PORTUGAL

BASTONÁRIO

Exmo. Senhor  
Dr. Fernando Negrão  
Ilustre Presidente da  
Comissão de Assuntos Constitucionais,  
Direitos, Liberdades e Garantias da  
Assembleia da República

V/Ref. Ofcº 33/XII/1ª – CACDLG/2012  
N/Ref. Ent.621 de 9/01/12

ASSUNTO: Solicitação de Parecer sobre os Projectos de Lei nº 92/XII/1ª (PCP),  
nº 110/XII/1ª (PS) e nº 126/XII/1ª (BE)

*Exmo. Senhor Presidente*

Junto envio os pareceres da Ordem dos Advogados sobre os Projectos de Lei em  
assunto, conforme solicitado no ofício de V.Exa. do passado dia 5 de Janeiro.

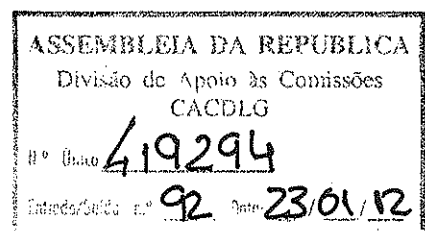
Com os melhores cumprimentos *em Consideração*

*António Marinho e Pinto*

António Marinho e Pinto  
(Bastonário)

Lx.19/01/12

B31/12





## Parecer da Ordem dos Advogados

(Projecto de Lei n.º 126/XII (BE) que tem por objecto a "*Eliminação da impossibilidade legal de adopção por casais do mesmo sexo – Primeira Alteração à Lei n.º 9/2010, de 31 de Maio, Segunda Alteração à Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio, e Primeira Alteração ao Decreto-Lei n.º 121/2010, de 27 de Outubro*")

### I

#### O objecto do projecto de lei

O Projecto de Lei n.º 126/XII apresentado, por deputados do Bloco de Esquerda, tem por objecto, como se refere no respectivo art. 1º, a eliminação dos impedimentos legais actualmente existentes em matéria de adopção e de apadrinhamento civil, no que respeita às pessoas casadas com cônjuge do mesmo sexo e às uniões de facto entre pessoas do mesmo sexo .

Para tanto, propõe

- a revogação do art. 3º da Lei n.º 9/2010, de 31 de Maio, que veio permitir o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo e em cujo n.º 1 se estabelece 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.*";
- a alteração do art. 5º da mesma Lei n.º 9/2010, para suprimir a ressalva que aí é feita ao disposto no art. 3º;
- a alteração da Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio, relativa à protecção das uniões de facto e com as alterações que lhe foram introduzidas, pela Lei n.º 23/2010, de 30 de Agosto, para suprimir, no seu art. 7º, a expressão "**de sexo diferente**" – cfr. art. 7º em vigor e cujo teor se transcreve:



" Artigo 7.º

Adopção

*Nos termos do actual regime de adopção, constante do livro IV, título IV, do Código Civil, é reconhecido às pessoas de sexo diferente que vivam em união de facto nos termos da presente lei o direito de adopção em condições análogas às previstas no artigo 1979.º do Código Civil, sem prejuízo das disposições legais respeitantes à adopção por pessoas não casadas. "*

→ e, por último, a revogação do n.º 4 do art. 3º do Decreto-Lei n.º 121/2010, de 27 de Outubro, que procede à regulamentação do regime jurídico do apadrinhamento civil, aprovado pela Lei n.º 103/2009, de 11 de Setembro, e cuja redacção em vigor é a seguinte:

*" 4 — Para efeitos da ponderação a que se refere o n.º 1, é, ainda, aplicável à habilitação dos padrinhos, com as necessárias adaptações, o disposto no artigo 3.º da Lei n.º 9/2010, de 31 de Maio, e no artigo 7.º da Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio. "*

## II

### **O impedimento legal de adopção e de apadrinhamento civil, por casal de pessoas do mesmo sexo**

Na exposição de motivos do projecto de lei, é referido que *" A adopção de crianças é, em Portugal, uma reivindicação dos movimentos sociais que se batem pela extinção de todas as discriminações em função do sexo e/ou da orientação sexual, e que ficou no passado submergida pela consagração do casamento. Tratando-se de uma importante vitória, o Bloco de Esquerda, hoje como no passado, preserva os seus compromissos: não há direitos pela metade e o avanço conseguido no âmbito do casamento só fica completo com o fim da discriminação no âmbito da parentalidade. "*

Afigura-se, porém, salvo o devido respeito e melhor opinião, que as soluções a adoptar em matéria de adopção não se devem pautar e determinar a partir da óptica dos interesses, legítimos e defensáveis, das pessoas que sejam candidatas a adoptantes, mas sim pela primazia absoluta dos interesses da criança que esteja em condições de ser adoptada.



O argumento de que a adoção, por casal de pessoas do mesmo sexo, deve ser admitida, porque o seu impedimento legal constitui uma discriminação, em função do sexo e/ou da orientação sexual dessas pessoas, e que tal é necessário para completar a vitória já alcançada com a consagração do casamento entre pessoas do mesmo sexo, afigura-se relegar para um plano secundário a primazia que deve ser dada ao "**superior interesse da criança**" e que deverá ser sempre a razão última justificativa da adoção, como decorre do art. 1974º do Código Civil, cujo teor se transcreve:

#### **Artigo 1974º**

##### **Requisitos gerais**

1. A adoção visa realizar o superior interesse da criança e será decretada quando apresente reais vantagens para o adoptando, se funde em motivos legítimos, não envolva sacrifício injusto para os outros filhos do adoptante e seja razoável supor que entre o adoptante e o adoptando se estabelecerá um vínculo semelhante ao da filiação.
2. O adoptando deverá ter estado ao cuidado do adoptante durante prazo suficiente para se poder avaliar da conveniência da constituição do vínculo.

E, para averiguar as reais vantagens da adoção para a criança adoptanda e fazer prevalecer o seu superior interesse, o n.º 2 do art. 1973º do Código Civil exige que o processo de adoção seja instruído "*com um inquérito, que deverá incidir, nomeadamente, sobre a personalidade e a saúde do adoptante e do adoptando, a idoneidade do adoptante para criar e educar o adoptando, a situação familiar e económica do adoptante e as razões determinantes do pedido de adoção.*", o que quer dizer que poderá haver candidatas a adoptantes aos quais, independentemente da respectiva orientação sexual, poderá ou não ser concedida a adoção de criança ou crianças a que se tenham candidatado junto dos serviços competentes, e que, portanto, a adoção não é propriamente um direito das pessoas candidatas a adoptantes, mas sim um instituto jurídico destinado a salvaguardar os superiores interesses de crianças sem pais ou com pais que as maltratam ou não cuidaram delas devidamente.

A "*impossibilidade legal*" de um casal de pessoas do mesmo sexo poder adoptar, enquanto casal, só constituirá discriminação em função do sexo ou em razão da orientação sexual desse casal, se as razões determinantes de tal impedimento legal radicarem, de forma essencial, no fundamento homossexual de tais uniões.



Todavia e salvo melhor opinião, parece que a referida impossibilidade legal radica antes na consideração de que o superior interesse da criança será melhor acautelado e prosseguido, se o casal que a pretende adoptar reunir as referências de um pai e de uma mãe, ou seja, se fôr um casal de pessoas de sexo diferente.

Na verdade, o n.º 1 do art. 68º da Constituição reconhece que *os pais e as mães têm uma acção insubstituível em relação aos filhos, nomeadamente quanto à sua educação*, e o n.º 2 do mesmo artigo proclama que *a maternidade e a paternidade constituem valores sociais eminentes*.

É certo que a adopção não se confunde juridicamente com a maternidade e/ou paternidade, mas é também certo que aquela visa suprir, por via jurídica, o papel insubstituível que o pai e a mãe assumem na vida e na formação da personalidade de uma criança.

Afigura-se, por isso, que o legislador, ao ponderar as várias opções legislativas que, em abstracto, são susceptíveis de constituir uma referência familiar mais adequada e completa para a criança adoptanda, possa considerar, legitimamente, que o superior interesse da criança adoptanda fica melhor salvaguardado e assegurado num ambiente familiar em que o casal adoptante seja de pessoas de sexo diferente, de modo a que a criança possa crescer e desenvolver-se com os referenciais de um pai e de uma mãe.

Por isso, vistas as coisas a esta luz à qual se afigura que não poderão deixar de ser vistas, o impedimento legal que o projecto de lei pretende remover não é, em si mesmo, discriminatório, seja em função do sexo, seja em função da orientação sexual de casais de pessoas do mesmo sexo, dado que tal impedimento, embora assente no elemento objectivo de o casal ser constituído por pessoas do mesmo sexo, afigura-se que apenas atende a esse elemento objectivo, para salvaguardar, em termos de valoração geral e abstracta, o que considerou ser mais adequado ao superior interesse da criança adoptanda, pois um casal de pessoas do mesmo sexo não poderá,



objectivamente, fornecer à criança adoptanda os referenciais de um pai e de uma mãe, mas apenas ou de dois pais ou de duas mães.

A referida conclusão de que o impedimento legal de adopção, por casal de pessoas do mesmo sexo, não assenta em discriminação baseada no sexo e/ou na orientação sexual desse casal, é reforçada pelo facto de, em relação a pessoas adoptantes que não se encontrem casadas ou que não vivam em união de facto, a lei não estabelecer, como impedimento legal à adopção, a orientação sexual dessas pessoas, dado que qualquer pessoa do sexo feminino ou do sexo masculino e qualquer que seja a respectiva orientação sexual pode, legalmente, adoptar.

Isto demonstra que, em matéria de impedimentos legais para adopção, o que releva não é a orientação sexual de pessoas candidatas a adoptantes, mas sim o facto de um casal de pessoas do mesmo sexo não poder, objectivamente, fornecer à criança adoptanda os referenciais de um pai e de uma mãe, mas tão só e apenas ou de dois pais ou de duas mães.

E também não está em causa o facto de pais ou mães homossexuais poderem, em concreto, educar melhor uma criança do que um casal de pessoas de sexo diferente, pois admite-se que tal possa verificar-se em muitas situações concretas.

O que está em causa, isso sim, é, à partida e no campo das valorações abstractas das opções legislativas possíveis, o legislador considerar ou não, como mais adequado para o superior interesse de uma criança adoptanda, o quadro familiar de um casal constituído por pessoas do mesmo sexo.

E nem se argumente com a circunstância de, nos tempos actuais, haver muitas famílias monoparentais, pois uma coisa é o facto de a monoparentalidade de tais famílias ser uma consequência de um dos progentiores ter falecido ou ter ficado impedido ou inibido do exercício do poder parental, e, nesses casos, é a realidade dos factos que impõe a família monoparental, e outra é a de se considerar, à partida, que a família monoparental ou de dois pais ou de duas mães é, em abstracto, a mais adequada para o desenvolvimento afectivo e psicossocial de uma criança.



E se é ao legislador que cabe fazer as opções mais adequadas para, de forma geral e abstracta, salvaguardar o superior interesse da criança, afigura-se que existe fundamento constitucional e sociológico, para se optar por um casal constituído por pessoas de sexo diferente, no qual a criança adoptanda tem as referências de um pai e de uma mãe, em detrimento de casais do mesmo sexo em que existem ou dois pais ou duas mães.

Negar que as referências conjuntas e simultâneas de um pai e de uma mãe não são, objectivamente, mais significantes e adequadas para o desenvolvimento da criança e, portanto, preferíveis às referências ou de dois pais ou de duas mães é, salvo o devido respeito, querer sobrepor os interesses desses casais do mesmo sexo aos superiores interesses da criança adoptanda.

Faz-se notar que esta defesa da primazia que se afigura existir, tendo em vista acautelar e salvaguardar o superior interesse da criança, através das referências que um casal de pessoas de sexo diferente lhe podem transmitir, nada tem nada a ver, nem perfilha o entendimento, muitas vezes esgrimido, de que um casal de pessoas do mesmo sexo poderão induzir, na criança, uma orientação homossexual, mas assenta, única e exclusivamente, na consideração de que um casal de pessoas de sexo diferente é mais propício a fornecer-lhe as referências de pai e mãe que deverão acompanhar o crescimento e a construção da personalidade do ser humano.

É assim compreensível que o legislador, em sede de escolha de melhores soluções que lhe cumpre acautelar, tenha optado pela consagração do impedimento legal de adopção, por casal de pessoas do mesmo sexo.

As razões acima indicadas justificam, igualmente, o impedimento legal de apadrinhamento civil, por casal constituído por pessoas do mesmo sexo, quer sejam casadas entre si, quer vivam em união de facto.



**III**

**Em conclusão**

A Ordem dos Advogados considera, salvo o devido respeito e melhor opinião, que deverá ser mantido o impedimento legal de adopção e de apadrinhamento civi, por casal de pessoas do mesmo sexo, dado se afigurar que tal impedimento foi estabelecido, para salvaguardar e acautelar os superiores interesses da criança adoptanda, na consideração de que as referências de um pai e de uma mãe são mais adequadas para salvaguardar e acautelar tais interesses, no crescimento e desenvolvimento afectivo, familiar e social da personalidade da criança.

Lisboa, 19 de Janeiro de 2012

A Ordem dos Advogados dos Portugueses