Rita Lobo Xavier

Texto que serviu de base à exposição inicial na audição realizada na Assembleia da República (Grupo de Trabalho constituído na Comissão Parlamentar de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias para preparação da discussão e votação na especialidade do Projeto de Lei n.º 278/XII/1.ª (PS) – "*Consagra a possibilidade de co-adoção pelo cônjuge ou unido de facto do mesmo sexo e procede à 23.ª alteração ao Código do Registo Civil*")

1. Nota introdutória

Irei centrar-me nas questões de natureza técnico-jurídica suscitadas pelo articulado proposto. Não vou abordar a questão geral da adoção plena conjunta por duas pessoas do mesmo sexo, uma vez que a intenção da revisão global do instituto da adoção nessa matéria foi expressamente arredada da discussão pelos subscritores do projeto. Penso, no entanto, como decorrerá da minha exposição, que as soluções propostas deveriam ter sido apresentadas a escrutínio como parte integrante de uma proposta de regulação unitária, uma vez que o regime proposto contrasta com os princípios gerais vigentes.

O projeto de lei apresentado propõe-se estabelecer um regime jurídico que permita a uma pessoa adotar plenamente o filho biológico ou adotado do cônjuge do mesmo sexo ou do companheiro do mesmo sexo com quem viva em união de facto. Invoca-se para tanto o interesse superior da criança.

2. Titularidade das responsabilidades parentais e exercício das responsabilidades parentais

Em primeiro lugar, saliento que se trata de uma questão que tem a ver com a titularidade das responsabilidades parentais e não apenas com o exercício, como vem referido no n.º1 do artigo 2.º do projeto. Na lei portuguesa, em princípio, os titulares das responsabilidades parentais são os pais, e as responsabilidades parentais são irrenunciáveis, intransmissíveis,

imprescritíveis, indisponíveis. Os titulares das responsabilidades parentais em princípio também as exercem, a não ser que estejam inibidos do seu exercício; e também podem delegar o respetivo exercício. A constituição da relação de adoção plena extingue o vínculo do adotado com os seus familiares naturais e integra-o na família do adotante, passando este a ser o titular das responsabilidades parentais.

Pretende--se que a lei venha tutelar a vontade do titular das responsabilidades parentais no sentido de partilhar a titularidade com o seu cônjuge ou companheiro, o que quebra o princípio da intransmissibilidade. De qualquer modo, o instituto da adoção em Portugal não tem uma natureza contratual, mas sim pública. Mesmo que se viesse a admitir uma adoção neste contexto, teria sempre que haver um inquérito sobre as reais qualidades humanas e sobre a idoneidade moral, social e educativa do adotante, não seria suficiente ter sido escolhido como cônjuge ou como companheiro pelo titular das responsabilidades parentais.

Por outro lado, faço notar que a extensão da titularidade das responsabilidades parentais ao cônjuge ou ao companheiro do mesmo sexo não envolve apenas a responsabilidade nos cuidados, não se trata apenas de a criança ficar "a cargo" dos dois. A permissão da constituição da adoção implicaria uma alteração no assento de nascimento da criança quanto à menção relativa à paternidade e à maternidade.

3. A denominação proposta (*co-adoção*)

Além de enganadora, a denominação escolhida para este regime é errada. O projeto visa permitir a adoção pelo cônjuge ou unido de facto do mesmo sexo daquele que é titular das responsabilidades parentais relativamente ao adotando, quer na hipótese de tal titularidade ter como fonte o parentesco de origem biológica quer resulte de adoção singular. Em

nenhuma destas hipóteses se trata de “co-adoção”: a adoção do filho biológico pelo companheiro não é “co-adoção”, pois só este adota; a adoção da criança já adotada singularmente também não o é: duas adoções singulares sucessivas não fazem uma “co-adoção”.

Como referido, pretende-se com este projeto que a lei permita que o titular das responsabilidades parentais compartilhe as mesmas com o seu cônjuge ou companheiro do mesmo sexo.

4. O resultado da aplicação do regime proposto e o postulado da unidade do sistema jurídico

A adoção plena conjunta por duas pessoas do mesmo sexo não é admitida na Lei n.º 9/2010 de 31 de Maio, que permite o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, nem na Lei n.º7/2001 de 11 de Maio, que adota medidas de proteção das uniões de facto. A Lei n.º 32/2006 de 26 de Julho, que regula a utilização de técnicas de procriação medidamente assistida, exige que os beneficiários das mesmas sejam um homem e uma mulher, casados ou vivendo em união de facto. No campo da regulação do exercício das responsabilidades parentais, cada vez mais se sublinha a importância da presença do pai e da mãe na vida de uma criança, sendo a regra a do exercício conjunto. No plano do registo civil, a constituição da relação de adoção implica a feitura de um novo de assento de nascimento, onde atualmente se deve fazer menção da paternidade e da maternidade.

A aprovação do projeto representa uma enorme violência sobre o sistema jurídico, na medida em que admite que uma lei avulsa crie uma espécie de enclave abrangido por um regime particular, em manifesta contradição com os princípios substanciais de solução decorrentes do regime geral que regula as questões da mesma natureza, quebrando o postulado da sua unidade. O postulado da unidade do sistema jurídico é um

dos pilares em que assenta o Estado de Direito, pressupondo que as normas jurídicas não devem ser contraditórias nem desconexas entre si.

O projeto contempla quer a hipótese de a titularidade das responsabilidades parentais ser efeito do parentesco de origem biológica quer a de resultar da adoção singular. A lei portuguesa admite a adoção plena por uma só pessoa - adoção singular - desde 1977. A constituição da relação de adoção (singular) supõe uma decisão judicial que atesta que uma só pessoa pode assegurar a qualidade da relação parental – como mãe, se for mulher, como pai, se for homem - tal como é exigido pelo interesse da criança.

Tendo havido uma adoção singular e não sendo legalmente permitida a adoção conjunta por duas pessoas do mesmo sexo, o regime proposto viria admitir que por via de duas adoções singulares sucessivas fosse atingido o resultado não permitido pela adoção conjunta simultânea. É manifesto que o projeto põe em causa a unidade do sistema jurídico e, inclusivamente, a própria ideia de sistema, na medida em que vem proteger situações resultantes da violação das normas que o integram.

5. O projeto desfigura o instituto da adoção plena na lei portuguesa vigente

A adoção plena é uma construção legal, e é possível que lhe sejam dados o conteúdo e efeitos exigidos pela sua finalidade em cada momento histórico. A adoção tem uma fisionomia própria na lei portuguesa vigente. Depois de ter desaparecido em Portugal a partir do final do século XVI, este instituto recuperou algum relevo no início do século XX e reapareceu no atual Código Civil de 1966. A partir de então, apesar das muitas alterações legislativas sofridas, a sua finalidade é a proteção da infância, através do estabelecimento de um

vínculo jurídico semelhante ao da filiação natural para as crianças que não a têm. Para realizar a integração do adotado na família dos adotantes, assemelhando-o a um filho deles nascido, quebram-se os laços com a família de origem e procede-se ao averbamento da adoção no seu registo de nascimento indicando os adotantes como pai e mãe. O campo de aplicação da adoção plena, inicialmente muito circunscrito, foi sendo progressivamente alargado, quer quanto aos adotantes - permitindo-se a adoção plena singular a pessoa não casada, por exemplo -, quer quanto aos adotados - disciplinando-se a situação de declaração judicial de abandono para dispensar o consentimento dos pais, para dar outro exemplo. Esta é a finalidade fundamental do instituto da adoção: visa constituir uma relação semelhante à da filiação natural, no interesse do adotado. Para tanto, é organizado um processo por entidades integradas na Administração estadual, destinado a averiguar as reais vantagens da constituição da adoção para o adotado, e a idoneidade da pessoa e motivações do adotante. Para além destes aspetos, os fins de natureza pública estão ainda patentes no caráter constitutivo da sentença e na natureza da intervenção do Tribunal. A adoção não está ao serviço da vontade do adotante, não tem uma natureza contratual, mas publicística.

Daqui decorre, desde logo, que para ser decretada a adoção do filho do cônjuge ou do companheiro do mesmo sexo, não baste a prova dessa relação, sendo necessário um processo destinado a ajuizar da idoneidade do adotante e das reais vantagens para o adotado. Ora, no caso de ter havido previamente uma adoção singular, a sentença envolveu a decisão de que o adotante poderia assegurar sozinho a qualidade da relação parental, não se percebendo as razões pelas quais deverá ser aberto outro processo de adoção sobre a mesma criança. As

únicas razões serão as que se prendem com o interesse dos adultos, não com o da criança. Além disso, o princípio de que não deve haver duas adoções sobre a mesma pessoa seria posto em causa. Dir-se-á que uma exceção a esse princípio quando os adotantes forem casados um com o outro (cfr. art. 1975.º CC, *in fine*). Esta norma tem de ser entendida no contexto em que surgiu, isto é, em estreita ligação com a geração de filhos por um homem e uma mulher, e em que o paradigma era a filiação resultante do casamento. A adoção por parte do padrasto ou da madrasta, numa primeira versão, referia-se à adoção do filho ilegítimo de um dos adotantes, era realizada pelos dois - pelo progenitor biológico e pelo padrasto ou madrasta-, constituindo uma forma de legitimação de filhos ilegítimos. Acresce que foi só em 1977 que o adotado passou a integrar, com todos os seus ascendentes, a família do adotante. Ora, no caso de ser o padrasto ou a madrasta a adotar, mantêm-se as relações com os respetivos parentes naturais (cfr. art. 1986.º, n.º2 CC), o que indicia que fica completamente fora do horizonte da norma a possibilidade de a exceção da adoção pelo cônjuge abranger a hipótese de uma segunda adoção singular subsequente a outra adoção singular.

A possibilidade de a lei permitir a adoção singular não contraria por si mesma o paradigma da estrutura bi-parental mãe/pai. A esta modalidade subjaz a ideia de que pode bastar um deles, pai ou mãe, conforme o adotante for homem ou mulher. Quando a lei aponta duas pessoas como titulares das responsabilidades parentais não o faz por acaso, mas porque na geração de um filho estão sempre envolvidos um homem e uma mulher, não se tratando de um trio fixado aleatoriamente. Na verdade, existe uma correlação entre paternidade e maternidade, não se trata de conceitos autónomos e de repartição aleatória.

6. As situações supostamente carecidas de solução jurídica

O regime proposto assenta na suposição da necessidade de dar resposta a situações carecidas de tutela. A exposição de motivos refere-se a "situações que já existem" e a "famílias que já existem": há crianças que, de facto, já vivem com dois adultos do mesmo sexo e tratam a ambos por mães, ou por pais, conforme se trate de duas mulheres ou de dois homens; no entanto, apenas um deles é titular das responsabilidades parentais.

A origem de tais situações "que já existem" e que supostamente careceriam de enquadramento legal adequado poderá estar na filiação biológica, mas também numa adoção singular, em que o candidato a adotante e os serviços administrativos e judiciais do Estado entenderam criar a situação de monoparentalidade; ou num recurso monoparental a PMA realizada no estrangeiro, uma vez que a lei portuguesa apenas permite casais como beneficiários de PMA. Também poderá existir algum par de homens autor de um projeto parental bem-sucedido com ajuda de uma mulher gestadora, o que também não é permitido em Portugal, e que quererão estabelecer juridicamente a paternidade em relação a ambos. Se existem estas situações, muitas terão sido criadas em fraude à lei, mas são agora apresentadas como "casos reais consumados" carecidos de proteção jurídica. Muitos destes casos terão sido deliberadamente criados contra as orientações da lei; tratar-se-á de pessoas que usaram a lei ou prescindiram dela para criar as situações de monoparentalidade e agora reivindicam a tutela legal[1]. Acontece que semelhantes situações já têm enquadramento

[1] Concluo que estará sempre uma situação de filiação estabelecida apenas relativamente a um dos progenitores, sendo o assento de nascimento omisso quanto ao outro, uma vez que, segundo o artigo 2.º, n.º 3, do articulado projetado "*Não pode ser requerida a co-adoção se existir um segundo vínculo de filiação estabelecido em relação ao menor*". A referência ao outro vínculo "um segundo vínculo" inculca a ideia de que a filiação é

legal. O progenitor ou adotante pode, para o caso do seu falecimento, indicar no seu testamento o cônjuge ou companheiro como tutor da criança; mesmo não o fazendo, é possível que o companheiro sobrevivo seja nomeado tutor se se tratar de pessoa que de facto cuidou do filho do falecido, podendo subsequentemente vir a adotá-lo. Para efeitos de partilha dos cuidados de saúde e educação, pode haver delegação do exercício das responsabilidades parentais.

Faço ainda notar que a solução proposta não é necessária para a proteção dos direitos das crianças envolvidas, antes pelo contrário: implica restrições aos direitos fundamentais da criança, sobretudo quanto ao direito à identidade pessoal e ao direito a constituir relações de filiação, e originará discriminações relativamente às crianças que não ficarão abrangidas pelo regime.

Finalmente, lembro que as circunstâncias de facto da vida dos adultos não têm porque se traduzir em vínculos com as crianças. Nem todas as situações de facto vividas pelas crianças podem ter tradução jurídica ou merecer proteção. Todos nós conhecemos situações de crianças obrigadas a separarem-se dos cônjuges ou namorados dos pais ou mães, a quem estavam vinculados afetivamente, por causa de um divórcio ou de uma rutura definitiva. Não existem instrumentos legais que protejam as crianças dos efeitos das relações afetivas, por vezes precárias e fugazes, que o seu progenitor vai estabelecendo no exercício dos seus próprios direitos e liberdades.

---

constituída por dois vínculos, um primeiro e um segundo, sejam eles quais forem. De facto, a filiação reporta-se à maternidade e à paternidade, pelo que o texto seria mais claro e rigoroso se estabelecesse que "…só pode ser requerida se a filiação for omissa quanto a um dos vínculos".