

Carlos Pamplona Corte-Real

Pontos-chave relativos à intervenção feita no dia 16 de julho de 2013 na CPACDLG relativamente ao Projeto de Lei n.º 278/XII que “*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*”.

I – A Co-Adoção: recorte do instituto

1.O Projeto de Lei n.º 278/XII pretende consagrar o instituto da co-adoção pelo membro do casal do mesmo sexo, casado ou unido de facto, relativamente ao filho apenas do outro membro (filiação biológica ou adotiva). E fá-lo, no pressuposto de se estar ante uma situação já constituída, em que a criança tem como referências parentais (dois pais ou duas mães), com os quais vive, sem que nenhuma situação *ex novo* ocorra, porque a vivência familiar enquadrante da criança existe legitimadamente até pela nossa lei civil, que admite o casamento entre pessoas do mesmo sexo, bem como a união de facto de pessoas do mesmo sexo.

Com isto não se quer dizer que a co-adoção seja uma adoção conjunta, porque como o projeto estatui a adoção pelo segundo membro do casal é feita apenas por ele, ainda que naturalmente sujeita também às regras de controlo judicial ponderado o interesse superior da criança. A expressão co-adoção é utilizada pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, como explicita o Prof. Robert Wintemute no seu estudo “Igualdade na parentalidade de casais do mesmo sexo em Portugal: co-adoção e adoção conjunta” *in* “Famílias no plural: alargar o conceito, largar o preconceito”, Portugal, 2013, pp. 129 e ss..

A co-adoção é, no fundo, a extensão da parentalidade de um dos progenitores ao outro com ele casado ou unido de facto, mediante recurso ao mecanicismo adotivo. Não é, claro, uma adoção conjunta e, de resto, já é admitida no artigo 1979.º, n.º 2, do Código Civil e artigo 7.º da Lei da União de Facto (Lei n.º 7/2001, de 30 de 11 maio, com redação dada pela Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto) para casais heterossexuais.

II – Co-adoção, adoção e o interesse superior da criança

2. Poderia pensar-se que o artigo 1975.º do Código Civil, proibindo várias adoções, *maxime* singulares, do mesmo adotado dificultaria a solução sugerida no projeto em apreço; mas a parte final do preceito ilide qualquer dúvida, porque faz consumir pelo casamento, o mesmo se diga pela união de facto (*ex vi* do citado artigo 7.º da LUF), a eventual pluralidade adotiva que possa existir.

Claro que se adivinha o injustificado temor de, por via do instituto da co-adoção, se parecer poder abrir uma porta para a adoção conjunta por casais do mesmo sexo, proibida pelo artigo 3.º da Lei n.º 9/2010, de 31 de maio, e ainda pelo artigo 7.º da Lei n.º 7/2001, com a redação conferida pela Lei n.º 23/2010. Mas há que reconhecer que a questão é um tanto diversa, porque na adoção, vedada aos casais do mesmo sexo, se enceta um processo adotivo, enquanto que no presente projeto a preocupação se centra no interesse superior da criança que já vive num enquadramento parental por duas pessoas do mesmo sexo, que tem naturalmente como figuras de referência.

Achar-se que violaria o espírito do regime atual da adoção não consentir na extensão da parentalidade, é não perscrutar a candência de problemas do dia a dia – saúde, escola, hospital, decisões do mais variado teor, para não falar até na eventual morte do único progenitor – que exigem uma proteção não apenas monoparental da criança em causa.

3. Aliás a monoparentalidade está longe de constituir a regra do quadro afetivo legal tutelar de uma criança. Basta atentar-se em que a adoção plena, a adoção restrita, o apadrinhamento civil (Lei n.º 103/2009), e até mesmo no caso de divórcio ou extinção da união de facto, a lei preconiza um exercício plural e partilhado das responsabilidades parentais (apesar da extinção do vínculo nestes últimos casos).

Nem se percebe como poderia ir ao encontro do interesse superior da criança que vive com duas mães ou com dois pais, negar-se a parentalidade a um deles, pois só por preconceito homofóbico se pode sustentar tal asserção. Insiste-se porém que, de momento, se está

apenas a fazer face a um problema já existente, em que são denegados elementares direitos fundamentais às crianças com enquadramento homoparental. Nem se diga que a proteção dessa criança, seria suficientemente acautelada pela figura do tutor (cfr. artigo 1921.º e ss.) porque este só surge na carência de parentalidade (extinção, inibição) e, é óbvio que o tutor não é um pai, nem quando surge aos olhos da criança como tal poderá ser tido (Atente-se no próprio regime específico da tutela, v.g. artigos 1942, 1943 e 1946 do Código Civil, claramente denunciadores de que não se está perante uma relação familiar).

4. Causa alguma perplexidade pretender-se que a co-adoção não seria possível porque a lei se basta com a adoção singular, e, ao mesmo tempo, e contraditoriamente, dizer-se que a adoção é desenhada à imagem da filiação natural, exigindo uma referência parental masculina e uma referência parental feminina. Já se disse supra que a monoparentalidade não é a envolvência que a lei por regra confere à criança, mas também é certo que em nenhum local nela se afirma que a filiação natural ou biológica é inspirante da filiação adotiva. Basta

ver-se o regime da adoção plena em que é proibida a subsistência de qualquer vínculo com a família natural (artigos 1985.º e 1987.º do CC), o que é demonstrativo de uma predominância valorativa, inclusivé, concedida pela lei à adoção plena.

Aliás, a lei civil vai buscar outros mecanismos de tutela da criança já antes referenciados, desde a adoção restrita ao apadrinhamento civil, tudo porque busca formas de adoção que a facilitem, ainda que com afetação do estatuto jurídico filial do adotado restritamente, ou com o acolhimento da possibilidade de relacionamento das famílias apadrinhante e biológica. Em suma o que interessa, por mais que alguns dos institutos referenciados possam justificar uma ponderação crítica, é encontrar o meio legal idóneo de proteção da criança em concreto, e de respeito pelos seus direitos fundamentais (para não falar já nas “famílias de acolhimento” das crianças em risco).

III – A Co-Adoção, a condenação da Áustria pelo TEDH, a Não Discriminação, e a Coerência do Sistema Jurídico

5. E foi isso que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, no seu Acórdão de 9 de fevereiro de 2013 veio estatuir, ao condenar a Áustria, indemnizatoriamente, por não acolher legalmente a possibilidade de co-adoção pelo membro do casal do mesmo sexo, em união registada, quando permitia já tal co-adoção – nas mesmíssimas condições – se o casal fosse heterossexual. Entendeu o Tribunal que a legislação austríaca discriminava em função da orientação sexual, o que violaria os artigos 8.º e 14.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (*vd.* artigo 9.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia). Esclareça-se que, no presente, a partir da entrada em vigor no dia 1 de agosto, a Áustria já revogou a sua legislação neste tocante.

Ora Portugal, quer no que diz respeito ao casamento, quer no que diz respeito à união de facto, admite já a adoção co-parental nos casais de sexo diferente, pelo que se encontra em situação similar àquela em que se estava a Áustria...

6. Por fim, uma breve nota para dizer que não há nenhum atentado à coerência do nosso sistema jurídico adotivo porque o nosso ordenamento conjuga valores plúrimos, todos eles tendencialmente conducentes ao respeito pelo interesse superior da criança. Desde a Constituição da República Portuguesa, artigos 1.º a 3.º, 13.º, n.º 2, 26.º, 36.º, n.º 1, 69.º, até à própria legislação de índole europeísta que nos vincula, é naturalmente salvaguardada pelo Projeto de Lei em apreço a unidade global do nosso sistema jurídico. Unidade que se concretiza, partindo dos princípios básicos internacionais e constitucionais para os princípios gerais de direito e lugares paralelos de menor relevância hierárquica. (Uma palavra final apenas para negar qualquer relevância negativa, neste tocante, trazida pela Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, relativa à PMA, porque a situação de responsabilidade estabelecida nos artigos 36.º e ss. não se pode aplicar à situação de um membro do casal que tenha recorrido à inseminação artificial ou à maternidade de substituição no estrangeiro, ou num País da União Europeia, por motivos inequívocos de extraterritorialidade e até de imposição aos Estados-membros da

União Europeia do princípio da não discriminação relativamente a não nacionais).

Conclui-se pois pela pertinência indubitável do Projeto de Lei n.º 278/XII.