

Senhor Presidente da República

Prof. Doutor Aníbal Cavaco Silva

Excelência:

A 18 de dezembro de 2015, pelo Decreto da Assembleia da República n.º7/XIII, foi aprovada a lei que permite a adoção conjunta de crianças por pessoas do mesmo sexo, com o seguinte Título *“Elimina as discriminações no acesso à adoção, apadrinhamento civil e demais relações jurídicas familiares, procedendo à segunda alteração à Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, à primeira alteração à Lei n.º 9/2010, de 31 de maio, à vigésima terceira alteração ao Código do Registo Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 131/95, de 6 de junho, e à primeira alteração ao Decreto-Lei n.º 121/2010, de 27 de outubro”*.

I. A aprovação deste diploma, no entanto, não foi precedida da discussão social alargada dos seus fundamentos e consequências, que o princípio democrático exigia.

Por um lado, pelo enorme alcance das opções legislativas do ponto de vista antropológico e bioético, social e jurídico.

Por outro lado, pelos especiais deveres do Estado na proteção e assistência às crianças privadas do seu ambiente familiar original (art.20.º/1 da Convenção dos Direitos das Crianças), como a maioria das crianças passíveis de serem adotadas, normalmente acolhidas em Centros de Acolhimento Temporário e Lares de Infância de Juventude.

Uma cultura verdadeiramente democrática teria imposto que as matérias objeto das alterações legislativas, habitualmente designadas como *social e politicamente fraturantes*, tivessem sido objeto de um diálogo cívico e político acrescido e esclarecedor, que potenciasse a procura de consensos tão alargados quanto possível, ou que, pelo menos, assegurasse o esclarecimento e a tomada de consciência dos problemas em causa e das diversas soluções possíveis.

Ao contrário desta exigência, assistiu-se a uma campanha eleitoral em que a temática não foi ativamente debatida com intervenção dos partidos mais votados, a uma aprovação em escassos dias, em termos que espelham uma

profunda divisão das forças políticas mais representativas e dos respetivos eleitorados.

Assinala-se, assim, este deficit de diálogo social e político, com o correspondente deficit democrático que ele representa.

II. Para além e não obstante I supra, sumariam-se os pontos temáticos que se reputam essenciais na reflexão e na apreciação das alterações introduzidas quanto ao instituto da adoção, com aprofundamento remetido para os artigos juntos com esta exposição.

A. Os projetos de lei n.º2/XIII (BE), n.º5/XIII (PS), n.º11/XIII (GPV), n.º28/XIII (PAN), n.º31/XIII (BE), que deram origem à lei aprovada, expuseram como objetivos de intervenção legislativa: a eliminação da discriminação de pessoas unidas de facto ou casadas com pessoas do mesmo sexo, em razão de orientação sexual, na candidatura ao apadrinhamento civil e à adoção; a proteção jurídica de crianças filhas biológicas ou adotadas de uma das pessoas que coabitem em união de facto ou casamento com pessoa do mesmo sexo, sem cautela jurídica adequada; o benefício de crianças acolhidas em instituições, sem clarificação do mesmo.

A Lei aprovada pelo Decreto da Assembleia da República n.º7/XIII com origem nestes Projetos: não alterou as finalidades da adoção (destina-se a constituir um vínculo em tudo semelhante à filiação biológica); permite que as crianças adotadas adquiram uma dupla filiação adotiva materna ou paterna, com inscrição no registo civil; estende a possibilidade de adoção a pessoa do mesmo sexo que se encontre separada ou divorciada do pai ou da mãe da criança, que reunisse os requisitos para a adoção conjunta antes da aprovação da lei.

B. Estes fundamentos de intervenção e as alterações merecem, todavia, apreciações críticas:

1. As alterações introduzidas no regime da adoção eliminam a especificidade deste instituto qualificado do sistema jurídico da proteção de infância retirada da sua família de origem, com base em fundamentos descentrados da tutela jurídica dos direitos destas crianças abrangidas pelo regime alterado:

1.1. A discussão centrou-se na satisfação de interesses de paternidade e maternidade de adultos com orientação homossexual.

1.2. Na discussão não se atendeu: aos direitos fundamentais de filiação materna e paterna das crianças protegidas pelo instituto da adoção, normalmente providas de meios sociais desfavorecidos, acolhidas em CAT e Lares de Infância de Juventude, em grande parte por falência da intervenção do Estado no desenvolvimento e apoio do seu meio natural de vida; aos graves problemas e sofrimentos vividos por crianças adotadas, mesmo com as cautelas de procura de reconstituição de uma família natural e estável, em face da perda da família biológica, da necessidade de conhecimento da sua identidade e da sua história.

2. O regime legal português do instituto da adoção, *maxime*, da adoção conjunta de crianças por um homem e uma mulher, que a lei aprovada na Assembleia da República pretende alterar:

2.1. Não implica a discriminação de qualquer cidadão face à adoção de uma criança, em razão da sua orientação sexual, conforme é invocado no fundamento principal da alteração. *Vide* argumentação da Doutrina nos documentos nº 2 a 4.

O sistema português de proteção de infância prevê institutos de acolhimento e proteção de crianças sem filiação estabelecida, cujos pais faleceram, que foram abandonadas, que foram sujeitas a perigos graves em relação à sua vida, saúde, segurança, educação, desenvolvimento (arts.1918.º do Código Civil, 1921.º, 1978.º do Código Civil).

Nestes casos, estas crianças podem ser confiadas a pessoas diferentes dos seus pais, nomeadamente: nas medidas de promoção e proteção de apoio junto de familiar, de confiança a pessoa idónea ou a família de acolhimento, de confiança a pessoa selecionada para a adoção art.35.º, n.º1, als. b), c), e) e g) da Lei n.º147/99, de 1 de setembro, na redação que lhe foi dada pela Lei n.º142/2015, de 8 de setembro); no instituto do apadrinhamento civil (Lei n.º.103/2009, de 11 de setembro); no instituto da tutela (arts.1921.º ss do Código Civil; no instituto da adoção (arts.1973.º ss do Código Civil).

Se em todas estas providências civis se pretende proteger a criança, no instituto da adoção pretende-se, ainda, beneficiar a criança com um vínculo em tudo semelhante ao da sua filiação biológica.

Neste âmbito, e em condições de igualdade: qualquer pessoa pode candidatar-se a proteger uma criança em qualquer instituto de proteção, independentemente da sua orientação sexual; qualquer pessoa pode adotar singularmente uma criança, independentemente da sua orientação sexual,

estabelecendo-se entre a mesma e a criança um vínculo semelhante ao da filiação paterna ou materna.

A inadmissibilidade legal de adoção de uma criança por duas pessoas do mesmo sexo não é determinada pela orientação sexual de qualquer um dos candidatos mas é exigida pela própria finalidade e configuração do instituto, não alterado pela nova lei aprovada- duas pessoas do mesmo sexo, de orientação homossexual ou de orientação heterossexual, não são capazes de reconstituir a filiação natural da criança pretendida pelo instituto (obrigatoriamente materna e paterna), nem as representações da sua geração.

Este obstáculo estrutural e abstrato já não existe no instituto do apadrinhamento civil, razão pela qual a eliminação da proibição de apadrinhamento por duas pessoas do mesmo sexo não é objeto desta exposição, admitindo-se que a adequação ou a inadequação das candidaturas aos interesses da criança possa ser avaliada em concreto, no âmbito da intervenção social, administrativa e judicial.

2.2. Não desprotege qualquer criança adotada singularmente ou filha biológica de pessoa que viva em união com pessoa do mesmo sexo, conforme é invocado noutro fundamento da alteração.

Estas crianças, tal como todas as crianças que vivem com o progenitor natural ou adotivo, sozinho ou em comunhão de vida e habitação com outras pessoas, beneficiam de proteção jurídica geral exposta no ponto II-1 do documento n.º 6, para que se remete.

Esta proteção geral foi reforçada e ampliada, ainda, pelas disposições dos arts.1903.º e 1904.º-A do Código Civil, na redação introduzida pela Lei n.º137/2015, de 7 de setembro, que passaram a tutelar especificamente a relação da criança com a pessoa unida de facto e casada com o pai ou mãe natural ou adotivo.

3. As alterações legislativas agora operadas não são aptas a resolver o problema do acolhimento residencial de crianças, ou a diminuir o seu número, crianças em relação às quais o Estado tem maiores deveres de proteção:

3.1. As crianças confiadas com vista à adoção correspondem a proporção não superior a 5% das crianças acolhidas em CAT ou Lares de Infância e Juventude a nível nacional. Em relação a estas crianças, existe uma proporção aproximada ao quádruplo dos candidatos selecionados para a sua adoção (pessoas singulares e casais de homem e mulher) e em lista de espera.

3.2. As crianças acolhidas em CAT ou em Lares de Infância e Juventude não confiadas com vista à adoção (cerca de 95% das crianças acolhidas) carecem de grandes medidas de proteção familiar, distinta da adoção (em grande parte não implementadas), tendo em conta: que as razões do acolhimento residencial, maioritariamente fundadas em perigos decorrentes de limitações e incapacidades dos pais e familiares, geradas pela pobreza e exclusão social, sem dolo ou negligência grave, não preenchem os pressupostos graves da confiança para a adoção (arts.1978.º do Código Civil); que os efeitos gravosos da confiança para adoção e da adoção (arts.1978.º-A e 1986.º do Código Civil), com extinção dos vínculos biológicos, não são efeitos proporcionais e adequados para a maioria das crianças acolhidas, com vínculos afetivos aos seus pais, aos seus irmãos, a outros familiares, ao seu contexto social e cultural originário.

4. As alterações legais introduzidas no instituto da adoção:

4.1. Descaracterizam o instituto da adoção: apesar de se manter a sua teleologia de reconstituição de vínculos em tudo semelhantes aos da geração e ao da filiação natural, o regime permite a constituição de vínculos duplos de filiação materna ou paterna, impossíveis na geração natural, contrários às representações simbólicas da mesma, inexistentes no seu reconhecimento jurídico; dilui a especificidade do instituto da adoção face aos demais institutos de proteção de crianças.

4.2. Comprime os direitos fundamentais das crianças, privadas do seu pai e da sua mãe, a referenciarem-se ao quadro da maternidade e paternidade (expresso pelo direito da criança à sua identidade paterna e materna, concretizada nos direitos a conhecer os pais, às suas relações familiares, à historicidade do seu património familiar, social e cultural, e pelo direito da criança a ser cuidada e educada pelo pai e pela mãe, com responsabilidade comum na sua educação e desenvolvimento - arts.7.º, n.º1, 8.º e 18.º, n.º1 da Convenção sobre os Direitos da Criança e art.26.º da Constituição da República Portuguesa). Esta compressão é feita: em favor de direitos reconhecidos aos adultos de serem pais de crianças que não geraram, quando beneficiam de outros institutos de tutela; sem que seja necessária, nos termos do art.18.º, n.º2, da Constituição da República Portuguesa.

4.3. Discriminam as crianças adotadas por pessoas do mesmo sexo em relação à globalidade das crianças.

4.4. Alteram a estabilidade pretendida na ponderação da constituição do vínculo adotivo (e de forma discriminatória em relação a pessoas de sexo diferente), ao permitir a adoção sucessiva de criança com pai ou mãe, pela pessoa do mesmo sexo que com ele conviveu e se encontra separado.

4.5. Criam insegurança jurídica às crianças acolhidas em instituições que desejem ter um pai e uma mãe, em recuperação da imagem da sua geração. A estas crianças, ao serem confiadas a uma instituição com vista à sua futura adoção, não se pode assegurar com certeza que o vínculo jurídico futuro a criar lhes reconstitua essa realidade desejada.

Vide documentos 1 a 6

Requer-se a Vossa Excelência que se digne aceitar estes contributos de reflexão, a ponderar no exercício dos poderes constitucionais de que legitimamente está investido, esperando que o Estado Português garanta os direitos fundamentais das crianças privadas dos seus pais naturais, em relação às quais tem um dever especial de proteção.

Juntam-se:

Lobo Xavier, Rita, *"Reflexão bioética sobre o projeto da lei coadoção"*, in Bioética e Políticas Públicas, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida 2014. (Doc.1)

Lobo Xavier, Rita, *"O Impacto da Retórica da Igualdade de Direitos das Pessoas com orientação homossexual nas leis relativas à família"*, em curso de publicação nas Atas do Congresso Autonomia e Heteronomia no Direito da Família e das Sucessões- FDU Porto, 1 e 2 de outubro de 2015. (Doc.2)

Lobo Xavier, Rita, *"Questões Atuais do Direito da Família"*, em curso de publicação no Livro Olhares sobre a Família, Universidade Católica Editora, 2015. (Doc.3)

Loureiro, João Carlos, *"Adoção, Procriação, Movimento LGBT e Leituras (Pós)- Queer em 'Tempos Líquidos'- Nótula sobre a questão da (in)constitucionalidade de uma proposta de referendo"*, in Separata de Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família, Ano 10, nº20, Julho- Dezembro de 2013. (Doc.4)

Vaz Patto, Pedro Maria Godinho, *"A Coadoção em Uniões Homossexuais"*, in Brotéria- Maio-Junho de 2013. (Doc.5)

Viana Lopes, Alexandra, in *“Apreciação Crítica do Projeto de Lei nº278/XII- Parte I da Audição de 4 de julho de 2013 na Comissão de Assuntos Constitucionais- Direitos Liberdades e Garantias da Assembleia da República”*, in <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleAudicao.aspx?BID=95649> (Doc.6)

Viana Lopes, Alexandra, in *“A Justiça na tutela dos direitos das crianças e das famílias sob a intervenção do Estado e a Coesão Social- contributos para uma reflexão judiciária”*, in *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, 2º Semestre de 2013- II. (Doc.7).

Com os melhores cumprimentos,

Lisboa, 6 de janeiro de 2016

Um subscritor,