

FILIAÇÃO, ADOÇÃO E PROTECÇÃO DE MENORES.

Quadro Constitucional e Notas de Jurisprudência*

Carla Amado Gomes
Prof.ª Auxiliar da Faculdade de Direito
da Universidade de Lisboa

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

I. A FILIAÇÃO NAS CONSTITUIÇÕES PORTUGUESAS HISTÓRICAS

II. A FILIAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1976: DO TEXTO ORIGINAL ÀS FÓRMULAS ACTUAIS

1.º A DIMENSÃO SUBJECTIVA DE PROTECÇÃO DO DIREITO À FILIAÇÃO ENQUANTO DIREITO DE PERSONALIDADE:

1.1. Dos filhos relativamente aos pais

1.2. Dos pais relativamente aos filhos

2.º A DIMENSÃO OBJECTIVA DE PROTECÇÃO DOS LAÇOS DE FILIAÇÃO ENQUANTO PROMOÇÃO DO VALOR DA FAMÍLIA

2.1. Os deveres de protecção do Estado no sentido da salvaguarda da unidade da família

2.2. Os deveres de protecção do Estado no sentido da salvaguarda da integridade, física e psíquica do menor

2.3. Os deveres de protecção do Estado no sentido da salvaguarda das condições de apoio material à maternidade e paternidade;

3.º A ADOÇÃO NA CONSTITUIÇÃO

* Este texto corresponde à versão longa da intervenção da autora (com o mesmo título) na sessão da Pós-Graduação em *Direito da Filiação, Adopção e Protecção de menores* promovida pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, no ano lectivo de 2007/2008, sob a coordenação do Prof. Doutor Jorge Duarte Pinheiro, a quem se agradece o amável e estimulante convite.

INTRODUÇÃO

A filiação, tal como a família, é um conceito apanhado na tempestade da revolução dos costumes que assola as estruturas sociais (dos Estados ocidentais) desde os anos 1960. À família tradicional, fundada no casamento, junta-se a família tecida nos afectos, em união de facto; aos votos de casamento “até que a morte os separe” sobrepõe-se, em proporções crescentemente preocupantes, a atitude do “é eterno enquanto dura”, proliferando os divórcios e a fragmentação da família; à filiação natural acrescenta-se a filiação através de técnicas de procriação artificial, concretizando legítimos desejos de desenvolvimento da personalidade de pais incapazes de gerar por processos biológicos naturais, mas abrindo possibilidades de filiação alheias à contextualização familiar tradicional. Já não constituem propriamente surpresas (embora possam gerar perplexidade...) notícias como a de uma mãe de 50 anos que se prestou a ser inseminada com sêmen do marido da filha, a fim de dar a luz os filhos (irmãos? netos?) que esta não podia gerar¹. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, numa decisão que tem ressonâncias da filmografia de Pedro Almodovar, já reconheceu que existe família entre um transsexual, a sua companheira e um filho que esta gerou, por inseminação artificial². Enfim, com a viragem do século, já há até quem defenda – em dissertação de doutoramento em Inteligência Artificial – a possibilidade de casamento entre humanos e robots (e porque não, levando o raciocínio às últimas consequências, a filiação robótica?)³...

Tendo os textos constitucionais genericamente ignorado a instituição da família durante o período do liberalismo – mas não os Códigos Cíveis, nos quais se notava, ao contrário, uma tendência reguladora extrema⁴ –, adoptam, no modelo de Estado Social, uma atitude bipolar,

¹ *Gêmeos em dia santo*, in *Revista Única* nº 1824, de 13 de Outubro de 2007, pp. 64 segs

² Acórdão de 22 de Abril de 1997 (X, Y e Z contra o Reino Unido).

³ Tese de doutoramento apresentada por David Levy na Universidade de Maastricht, sob o título *As relações íntimas com parceiros artificiais* (fonte: Revista Sábado, nº 181, Outubro de 2007, p. 36).

⁴ Como refere GUILHERME DE OLIVEIRA (*Transformações do Direito da Família, in Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, Coimbra, 2007, pp. 763 segs, p. 769), o Código Prussiano de 1794 chegava ao ponto de impor o dever de amamentação da mãe ao filho! Em contrapartida, assiste-se hoje a uma “lenta erosão deste panjurismo iluminista” e à sua substituição por um “pluralismo contemporâneo que deixa os legisladores sem capacidade para escolher e impor um

de protecção dos direitos fundamentais dos cônjuges e filhos enquanto direitos de personalidade contextualizados num espaço sociológico próprio, por um lado, e de salvaguarda da instituição familiar enquanto núcleo de oxigenação do equilíbrio emocional dos indivíduos e de socialização das crianças e jovens, por outro lado. Em face da vertiginosa erosão do conceito de família e das “admiráveis” soluções de concretização do “direito a procriar”, poderia até questionar-se a utilidade da permanência de tal noção na Lei Fundamental.

Como texto aberto à evolução das mentalidades, a Constituição não deve ir além da fixação dos pressupostos inelimináveis de exercício dos direitos dos membros da família, num domínio em que o diálogo com as forças vivas da sociedade está sobretudo entregue à jurisprudência – *maxime* constitucional –, que acaba por funcionar como uma função-intérprete privilegiada das necessidades sociais e cujo labor certamente muito poderá contribuir para a construção de regimes disciplinadores das novas realidades. O “reenvio interpretativo” para noções tradicionais é, decerto, irresistível; contudo, numa lógica de dinamização dos direitos fundamentais compreendidos à luz das exigências da sociedade moderna, o juiz deve manifestar respeito pelo pluralismo sociológico ao abordar os “casos difíceis”, sem abdicar do respeito pelo princípio da dignidade da pessoa humana e pela natureza indisponível da relação de filiação.

O Tribunal Constitucional já por diversas vezes teve oportunidade de abordar o tema das relações familiares e do conceito de família. O Acórdão 690/98 é particularmente elucidativo sobre a posição de abertura que os juízes do Palácio Ratton têm manifestado – pelo menos relativamente às *cedências* menos controversas. Nessa decisão, na qual se tratava de averiguar quem deveria entender-se abrangido pela noção de “cônjuge sobrevivente” para efeitos de constituição como assistente em processo penal, o Tribunal Constitucional sublinhou a necessidade de distensão do conceito de “família”:

“16. A distinção constitucional entre família, por um lado, e matrimónio, por outro lado, referida no artigo 37º, nº 1, e ainda entre aquela

modelo de boas condutas universal. A consequência só pode ser a de as leis se retraírem, evitando pormenorizar os deveres conjugais, refugiando-se na adopção de cláusulas gerais que os cônjuges – que querem ser os seus próprios legisladores – não-de concretizar segundo o seu projecto individualizado”.

e os conceitos de paternidade e maternidade, operada nos artigos 67º e 68º, em nada dificulta, antes parece espelhar um entendimento e reconhecimento da família como uma realidade mais ampla do que aquela que resulta do casamento, que pode ser denominada de família conjugal. Assim, as referências ao «agregado familiar», aos «equipamentos sociais de apoio à família», como a uma «política de terceira idade» (cfr. o artigo 67º, alíneas a) e b)), são alguns dos índices que relevam a expressa admissão de duas realidades complementares: por um lado, o conjunto nuclear formado pelos cônjuges e descendentes e, por outro lado, o conjunto resultante das ligações familiares dos próprios cônjuges – e na primeira linha dos quais se inserirão os ascendentes destes, mas também os irmãos, designadamente.

A recente evolução da tradicional família alargada, característica essencialmente do meio rural, bem como de outras «fórmulas» familiares tem sido exaustivamente analisada e inventariada pela doutrina (...), concluindo esta pela tendencial «redução» da família moderna à família conjugal ou nuclear, ou seja, «circunscrita ao seu núcleo ir-reduzível» e caracterizada pelo progressivo esbatimento dos laços de parentesco colateral.

Mas assim como se reconhece constitucionalmente a importância dessa família nuclear ou conjugal, dessa célula essencial, não se está com isso a rejeitar a protecção ou a deixar de reconhecer as restantes relações familiares, derivadas dos laços de parentesco, de consanguinidade e mesmo de afinidade. Deve, com efeito, entender-se que a referência constitucional à família – fundamentalmente no artigo 67º, nº1, da CRP –, para além do mais, consagra o expresse reconhecimento constitucional dos laços familiares de parentesco, ou seja, consagra um conceito mais alargado de família, que poderemos designar de família-estirpe, ou família-linhagem.

E se a importância e relevância constitucional da família nuclear é um dado irrefutável, resulta do exposto que o legislador constitucional não ignorou este conceito alargado de família-estirpe como também merecedor de tratamento e protecção, reconhecendo a sua importância para o desenvolvimento harmonioso da sociedade e dos cidadãos. Se a família nuclear é o primeiro círculo social do indivíduo, é nas relações familiares, na descoberta da pertença a um grupo marcado ou definido pelos laços sanguíneos e de afinidade que o indivíduo prossegue o seu desenvolvimento humano e social, que estabelece as primeiras relações

sociais, enfim, que descobre a sua identidade, e as suas raízes. Ignorar tal realidade seria negar a própria colectividade”.

A consagração de uma “garantia institucional” da família e a paralela protecção dos direitos fundamentais dos membros da família conjugal foi, já o dissemos, uma conquista das Constituições de Estado Social. No caso português, só a Constituição de 1933 deu relevo à família, embora num contexto marcadamente conservador e corporativo. A Lei Fundamental de 1976 representou um passo decisivo na emancipação da família relativamente ao Estado e afirmou-a enquanto entidade *a se*, geradora de afectos, de laços de pertença, de direitos e de deveres dos seus membros, bem como de deveres de protecção do Estado enquanto realidade nuclear de realização do indivíduo no plano pessoal e do cidadão no plano social. Vejamos como se processou a evolução da abordagem dos temas da família e da filiação no constitucionalismo português (I.), com um enfoque especial no texto da Constituição de 1976, acompanhando esta análise de algumas referências jurisprudenciais relativas a decisões prolatadas pelo Tribunal Constitucional (II.).

I. A FILIAÇÃO NAS CONSTITUIÇÕES PORTUGUESAS HISTÓRICAS

Não se pode dizer que o Direito Constitucional português anterior à Constituição de 1933 tenha sido particularmente atento à realidade da família. Certamente a inspiração liberal das três Constituições monárquicas e da Constituição republicana contribuíram para que o domínio das relações familiares e o vínculo da filiação ficassem de fora do elenco dos direitos ou garantias constitucionais, como (mais) um assunto relativamente ao qual se prezava a não interferência do Estado. Na verdade, a única família a que as Constituições de 1822 e 1838 e a Carta Constitucional de 1826 se referiam era... à Família Real e sua dotação⁵!

Um outro aspecto comum às Constituições monárquicas foi a aliança que revelaram entre o vínculo da filiação e a aquisição da na-

⁵ Cfr. os artigos 133º segs da Constituição de 1822 (bem como os artigos 141º segs, no que toca às regras de sucessão à Coroa); os artigos 78º segs da Carta de 1826 (assim como os artigos 86º segs, no que toca às regras de sucessão à Coroa); os artigos 88º segs da Constituição de 1838 (a que acrescem os artigos 96º segs, no que toca às regras de sucessão à Coroa).

cionalidade portuguesa. Embora a associação não assentasse no critério do *ius sanguinis*, ficava clara a componente identitária objectiva do nexo de filiação: ao vínculo de filho de pai ou mãe portuguesa podia sobrepor-se o vínculo da nacionalidade. O critério do *ius soli* – determinante – ditava que os filhos de pai ou mãe portuguesa nascidos em território português são cidadãos portugueses, bem como aqueles que, tendo nascido de pai ou mãe portuguesa no estrangeiro, tenham vindo estabelecer domicílio em Portugal⁶. Tanto a Constituição de 1822 como a de 1838 continham também uma referência aos expostos no capítulo da nacionalidade: aqueles que fossem encontrados abandonados em território nacional cuja filiação se ignorasse eram considerados cidadãos portugueses⁷.

Uma curiosidade da Constituição de 1822 prendia-se com a capacidade eleitoral activa: o artigo 33º/II excluía os “filhos-famílias que estiverem no poder e companhia de seus pais, salvo se servirem em officios públicos” daquele universo. Depreende-se daqui uma presunção de menoridade cívica (atente-se em que a capacidade eleitoral activa se atingia aos 25 anos ou aos 20, pelo casamento) revelada pela não emancipação relativamente aos progenitores.

A Constituição de 1911 prescindiu, naturalmente, da disciplina da Família Real, sua dotação e sucessão ao trono. E como remeteu para a lei a fixação dos critérios de aquisição da nacionalidade, em apenas dois momentos tocava – cirurgicamente – no aspecto da filiação: por um lado, quando afirmava a abolição dos privilégios de nascimento (artigo 3º/3). Esta menção compagina-se com o ideário republicano da Constituição, assente na igualdade jurídica e política dos cidadãos – embora as mulheres continuassem a não ter direito de voto... Por outro lado, quando determinava a inelegibilidade, para o cargo de Presidente da República, “das pessoas das famílias que reinaram em Portugal” [artigo 40º/a)], em claro repúdio do sistema que a antecedia.

Curiosidades à parte, a Constituição de 1933 foi a primeira Lei Fundamental portuguesa a dar relevo à instituição familiar – embora se

⁶ Artigos: 21º da Constituição de 1822; 7º da Carta Constitucional; 6º da Constituição de 1838.

⁷ Artigos: 21º/III da Constituição de 1822; 6º/IV da Constituição de 1838. Sublinhe-se a particular atenção que a Constituição de 1822 dedicava às rodas de expostos, numa vertente assistencial que precedeu em muito as concepções sociais de Estado (artigo 240º).

possa duvidar da bondade do enaltecimento. Isto porque o texto de 1933 acolhia uma noção corporativa de família, bem patente no artigo 11^o⁸:

“O Estado assegura a constituição e defesa da família, como fonte de conservação e desenvolvimento da raça, como base primária da educação, da disciplina e harmonia social, e como fundamento de toda a ordem política pela sua agregação e representação na freguesia e no município”.

O cariz conservador do regime de 1933 determinava que a família assentasse exclusivamente no casamento e na filiação legítima (artigo 12^o/1). A igualdade de direitos e deveres dos cônjuges reportava-se apenas aos filhos legítimos, cuja sustentação e educação tinham a seu cargo (artigo 12^o/2). Sobre os filhos ilegítimos impendia um estigma, social e jurídico, intenso: enquanto aos filhos legítimos – leia-se: gerados no seio do matrimónio – é garantida “a plenitude dos direitos exigidos pela ordem e solidez da família”, aos ilegítimos “perfilháveis” a Constituição determinava o reconhecimento de direitos “convenientes à sua situação, em especial o de alimentos, mediante investigação acerca das pessoas a quem incumba a obrigação de os prestar” (artigo 12^o, §2^o).

Esta noção estrita de família, geradora de desigualdade jurídica e de traumas psíquicos profundos, foi radicalmente posta em causa pela Constituição de 1976, como veremos de seguida. Descontando, todavia, a visão conservadora e corporativa do texto de 1933, há que reconhecer o facto de ter preconizado o primeiro passo no sentido da publicização do direito da família e da filiação – veja-se o apelo à protecção da maternidade vertido no artigo 13^o/2 –, ao colocar o enfoque na dimensão socializadora da célula familiar (acentuado, até 1971, pela possibilidade de ministrar o ensino básico, obrigatório, no lar doméstico – artigo 43^o, §1^o)⁹, e ao estabelecer o dever de sustento dos filhos (mesmo ilegítimos) pelos pais.

⁸ Vejam-se também os artigos 5^o, §único (alterado na revisão constitucional de 1971), 6^o/1, 17^o, 42^o e 43^o/1 (alterado em 1971).

⁹ Cfr. também o artigo 13^o/4.

II. A FILIAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1976: DO TEXTO ORIGINAL À REDACÇÃO ACTUAL

Como logo se entrevia nos trabalhos da Constituinte, a noção de família e dos direitos e deveres associados à paternidade e maternidade resultaria profundamente modificada pela Revolução de 1974. Em várias intervenções no âmbito dos debates com vista à aprovação do artigo 36º, foi enaltecido o facto de se passar doravante a ter em consideração duas realidades, em plena igualdade: a família e o casamento¹⁰. Para tal “desdobramento”, foi decisiva a intenção de equiparação entre filhos nascidos no seio do casamento e fora dele. Conforme sublinhava o Deputado José Luís Nunes, esta equiparação deveria servir “para eradicar definitivamente do nosso espírito e da nossa vida cultural a ideia de que há filhos legítimos e ilegítimos. Na concebida fórmula, poderá quando muito, haver pais ilegítimos. Mas não se convençam, não pode acontecer, que as crianças possam nascer, logo de início, marcadas por um ferrete que, muitas vezes injustamente, é apontado como uma ignómia”¹¹.

A ruptura com o texto de 1933 levou a que a Constituinte rejeitasse sequer qualquer inscrição, na nova Lei Fundamental, de uma definição ou qualificação da realidade familiar (à semelhança, como vimos, do que sucedia no artigo 11º da Constituição de 1933)¹². Apesar de se ter enfatizado o facto de a família ser considerada, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, como “um elemento natural e fundamental da sociedade” (artigo 16º/3)¹³ – e de este texto não sofrer qualquer influência organicista ou corporativista da Constituição de 1933... –, ainda assim prevaleceu a ideia de que o texto constitucional deveria deixar em aberto a noção de família, quer para vincar a diferença relativamen-

¹⁰ Cfr. as intervenções: do Deputado Luís Catarino (MDP/CDE), *in DAC*, nº 39, de 29 de Agosto de 1975, p. 1078; do Deputado José Luís Nunes (PS), *in DAC*, nº 39, p. 1083; do Deputado Vital Moreira (PCP), *in DAC*, nº 39, p. 1087; do Deputado Jorge Miranda (PPD), *in DAC*, nº 59, de 8 de Outubro de 1975, p. 1804.

¹¹ *Cit., loc. cit.*

¹² A redacção inicial do corpo do artigo 23º, que viria a ser o artigo 67º da Constituição de 1976, rezava como segue:

“O Estado reconhece a constituição e assegura a protecção da família, a qual deve ainda ser considerada como elemento natural e fundamento da vida em sociedade e da educação dos filhos (...).”

¹³ Deputado Pedro Roseta (PPD), *in DAC*, nº 59, de 8 de Outubro de 1975, p. 1811.

te à realidade anteriormente vivida, quer, sobretudo, para manifestar a sua disponibilidade a acolher as mudanças profundas por que o conceito passa actualmente.

As normas mais relevantes para o tema que nos ocupa são as dos artigos 36º, 67º e 68º, e ainda que parcialmente, as dos artigos 69º e 70º (todos mantiveram a numeração inicial) da Constituição da República Portuguesa (=CRP). Que alterações sofreram, nestes últimos 30 anos (e sete revisões constitucionais depois)¹⁴?

O artigo 36º é o que revela menores retoques. O aditamento do nº 7, em 1982 (reformulado em 1997), é o mais sensível (além desta, a revisão de 1989 acrescentou ao nº 5 o dever de manutenção dos filhos). Depois de ter introduzido a menção à adopção, em 1982, que passou assim a gozar de protecção constitucional enquanto forma de constituição de um vínculo análogo à filiação, o legislador da revisão competrou-se dos entraves práticos que a legislação ordinária e a máquina administrativa criam aos candidatos a adopção e resolveu emitir uma injunção de facilitação de tais procedimentos, impondo a sua “tramitação célere”.

Quanto aos restantes, as mudanças são em maior número. Permitir-nos-íamos destacar sucintamente as seguintes:

i) No que toca ao artigo 67º, a revisão de 1982, porventura fruto de uma certa pacificação social, introduziu no nº 1 aditado aquilo que a Constituinte “deixou cair”: a caracterização da família como “elemento fundamental da sociedade” (de resto, ao encontro do artigo 16º/3 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, já referenciado, que é objecto de recepção formal no artigo 16º/2 da CRP). A revisão de 1997 aditou a alínea e), que se reporta à obrigação de o Estado, no âmbito da protecção da família, “regulamentar a procriação assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana”¹⁵;

ii) No que tange o artigo 68º, a alteração mais visível é a da epígra-

¹⁴ Para um recenseamento de todas as modificações, vejam-se as anotações aos preceitos na *Constituição Portuguesa Anotada*, I, da autoria de JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS (Coimbra, 2005), e na *Constituição da República Portuguesa, Anotada*, I, de J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (Coimbra, 2007).

¹⁵ Sobre o significado desta alínea, veja-se TIAGO DUARTE, *In vitro veritas? A procriação medicamente assistida na Constituição e na lei*, Coimbra, 2006, max. pp. 43 segs.

fê, que ocorreu em 1982, alargando a responsabilidade parental aos progenitores masculinos. O conteúdo das normas foi também retocado, em conformidade. A equiparação plena de direitos dos progenitores quanto à dispensa de trabalho (ressalvadas as diferenças ancoradas na natureza das coisas) foi atingida em 1997, quando o legislador da revisão inseriu o n° 4, alargando aos pais a possibilidade de dispensa de trabalho em atenção às necessidades de acompanhamento dos filhos;

iii) Relativamente ao artigo 69º, a novidade maior foi a introdução, com a revisão constitucional de 1997, do n° 3 (desafectado do artigo 74º), estabelecendo a proibição do trabalho de menores em idade escolar. O n° 2 foi retocado também em 1997, passando a aludir-se a crianças privadas de um “ambiente familiar normal”, no que alguns autores já qualificaram de fórmula menos feliz. “Não se trata – afirmam – de uma demissão do poder público perante situações objectivamente lesivas do bem-estar e desenvolvimento da criança, mas de evitar que o Estado tenha um poder funcional de catalogar modos de vida”¹⁶;

iv) Finalmente, no que respeita ao artigo 70º, as mexidas foram muitas, mas a diferença maior relativamente à versão primitiva é, supomos, a referência à protecção dos jovens na vertente da promoção de condições de acesso à habitação (revisão de 1997), contribuindo assim para a aquisição de um maior grau de independência em face dos progenitores.

Uma última nota sobre a evolução destes dispositivos para deixar a notícia da tentativa de inserção, no texto constitucional, de um artigo dedicado aos menores em risco. Estava contida no projecto apresentado pelo PCP (seria o artigo 69ºA), e previa, entre outras medidas de protecção especial a desenvolver pelo Estado, “estimular a colocação familiar e a adopção” dos menores em risco¹⁷. Este projecto não resistiu aos trabalhos preparatórios¹⁸.

¹⁶ A. SOUSA PINHEIRO e M. J. BRITO FERNANDES, *Comentário à IV revisão constitucional*, Lisboa, 1999, p. 203.

¹⁷ Cfr. A. SOUSA PINHEIRO e M. J. BRITO FERNANDES, *Comentário...*, cit., p. 204.

¹⁸ De acordo com J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (*Constituição...*, cit., p. 871), esta ausência remete para o legislador ordinário a regulação das formas de evitação ou minimização dos riscos a que os menores podem ser expostos. Apesar de a Constituição não consagrar ao tema uma disposição especial, a Lei Fundamental não deixa de constituir um referente destas medidas, na medida em que a fórmula ampla do

1º. A DIMENSÃO SUBJECTIVA DE PROTECÇÃO DO DIREITO À FILIAÇÃO ENQUANTO DIREITO DE PERSONALIDADE

A filiação, enquanto vínculo, biológico e psíquico, que une os pais aos filhos torna-se, após o “nascimento completo e com vida” do filho (cfr. o artigo 66º/1 do Código Civil), também um vínculo jurídico¹⁹. Este vínculo gera um feixe de direitos e deveres recíprocos – mais acentuados, todavia, da parte dos progenitores, pelo menos durante a menoridade do filho –, no qual avulta a dimensão personalística das posições jurídicas envolvidas. Do lado dos pais, o direito ao desenvolvimento da personalidade certamente deverá ser tido em consideração no enquadramento do direito a constituir família e a procriar, enquanto expressão de um desejo de realização pessoal através da dádiva da vida (artigo 26º/1 da CRP). Da parte dos filhos, o direito à filiação constitui-se como um ineliminável direito à identidade pessoal, na perspectiva do conhecimento das suas raízes genéticas (artigos 26º/1 e 3 da CRP).

A concretização destes direitos, num enfoque tradicional, não levanta especiais problemas. O Estado deve, sobretudo, assegurar um espaço de não interferência nas opções de procriar ou não procriar, bem como de estabelecer mecanismos que permitam ao filho investigar a identidade do pai ou mãe, quando desconhecida. Com o desenvolvimento da tecnologia, as dificuldades que se levantam ao legislador consciente da estreita interrelação entre estas posições jurídicas e o respeito pela dignidade da pessoa humana, avolumam-se de forma insuspeitada. Com efeito, pense-se em que o “direito” a procriar poderia ficar naturalmente neutralizado por força da constatação da esterilidade do pai ou da mãe – e que hoje tal obstáculo pode ser ultrapassado através da inseminação artificial, homóloga ou heteróloga, ou do recurso a uma “barriga de aluguer”. Noutra plano, e ainda que com um grau de complexidade que os testes de ADN hoje erradicaram, o direito a conhecer a filiação não se defrontava com os dilemas que actualmente se colocam, em virtude da possibilidade de recurso a bancos de esperma para proceder à inseminação artificial.

artigo 69º/1 – bem como os direitos de personalidade previstos em sede geral no artigo 26º/1 – sempre bastaria para fornecer um enquadramento adequado.

¹⁹ Vamos aqui afastar-nos da discussão sobre o estatuto do feto que, de resto, está centrada no problema do âmbito de protecção do direito à vida e não no direito à filiação.

Perante estas magnas questões, a Constituição não pode ficar indiferente. Mas também, sob pena de coarctar intoleravelmente o direito à investigação científica, o direito ao desenvolvimento da personalidade e o próprio direito à vida e à integridade física (uma vez que certas novas tecnologias representam um potencial curativo ou reconstitutivo apreciável), o texto da Lei Fundamental deve abster-se de acolher fórmulas demasiado rígidas, deixando ao legislador ordinário, em oscuração permanente das forças vivas da sociedade, a gradual concretização de certas escolhas mais dilemáticas. Isto, claro, se e enquanto o acolhimento ou a rejeição se não impuserem, atendendo ao consenso gerado (cfr., de uma banda, a referência à procriação assistida, introduzida pela revisão constitucional de 1997, na alínea e) do artigo 67º; e, de outra banda, o banimento da técnica da clonagem de seres humanos através da consagração da garantia da “identidade genética do ser humano”, aditada pela mesma revisão constitucional, no nº 3 do artigo 26º²⁰), e fazendo eco do princípio do respeito pela dignidade da pessoa humana (artigo 1º da CRP).

Se e quando a realidade se adianta à disciplina legislativa, caberá aos juízes, *maxime* do Tribunal Constitucional, decidir sobre a melhor forma de enquadrar a questão da vida nas normas potencialmente conexas, numa tentativa de harmonização, sempre difícil, entre, por exemplo, a legítima expectativa de procriação do (casal) infértil e a protecção de direitos de terceiro, ou entre o direito à *historicidade pessoal*²¹ do filho e a reserva de intimidade da vida privada do pai. Independentemente dos matizes que cada situação revestir – e a realidade é sempre infinitamente mais fértil do que o legislador... –, devemos sublinhar sobretudo um aspecto: o carácter tendencialmente indisponível do direito à filiação (dos pais face aos filhos e vice-versa) e a necessidade da sua salvaguarda por todos os meios legalmente possíveis.

1.1. Dos filhos relativamente aos pais

Como se afirmou, o primeiro direito dos filhos face aos pais é o

²⁰ Sobre o âmbito de protecção do artigo 26º/3 da CRP, PAULO OTERO, *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética*, Coimbra, 1999, max. pp. 83 segs.

²¹ A expressão é de J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (*Constituição...*, cit., p. 460).

do estabelecimento da filiação. Descontada a relevância social da afirmação, *ser é ser filho* de, na medida em que somos o que do nosso património genético somado à educação que os nossos pais nos deram, resultou. A tranquilidade emocional de cada pessoa depende do conhecimento das suas raízes; a sua busca de felicidade pessoal deve, sempre que possível, prescindir da realização de enigmáticas buscas sobre as suas fundações identitárias (biologicamente falando, claro). Identidade pessoal e filiação entropenetraram-se, portanto. O que não significa que o estabelecimento da maternidade e da paternidade, quando desconhecidos ou controvertidos, não deva estar sujeito a alguns limites, tendo em atenção interesses colaterais atendíveis, como a estabilidade familiar de terceiros ou os seus direitos patrimoniais (de pretensos irmãos).

O Tribunal Constitucional já por diversas vezes foi chamado a esclarecer os contornos do direito a estabelecer a filiação. No Acórdão 99/88²², onde se pretendia demonstrar a inconstitucionalidade do prazo fixado no artigo 1817º/3 e 4 do Código Civil (de 1 ano após o falecimento do pretenso pai)²³, o Tribunal afirmou o seguinte:

“Não se afigura questionável que, seja do direito à integridade pessoal e, em particular, à integridade «moral» (artigo 25º, nº 1), seja do direito à «identidade pessoal», pode e deve extrair-se um verdadeiro direito fundamental ao conhecimento e ao reconhecimento da paternidade. De facto, a «paternidade» representa uma «referência» essencial da pessoa (de cada pessoa), enquanto suporte extrínseco da sua mesma «individualidade» (quer ao nível biológico, e aí absolutamente infungível, quer ao nível social) e elemento ou condição determinante da própria capacidade de auto-identificação de cada um como «indivíduo» (da própria consciência que cada um tem de si); e, sendo assim, não

²² *In DR*, II, de 22 de Agosto de 1988, pp. 7624 segs. Vejam-se também os Acórdãos 413/89 (*in DR*, II Série, de 15 de Setembro de 1989); 451/89 (*in DR*, II Série, de 21 de Setembro de 1989); 311/95; e 506/99 – todos no sentido da não inconstitucionalidade do prazo em questão.

²³ O Tribunal Constitucional veio, todavia, a pronunciar-se diferentemente, em 1995, num caso em que estava também em causa a caducidade do direito de requerer a investigação de paternidade – Acórdão 694/95. Nessa ocasião, o Tribunal pronunciou-se pela inconstitucionalidade superveniente dos artigos 1860º/e) e 1864º, 1ª parte, da versão originária do Código Civil, por força da entrada em vigor da Constituição de 1976, na medida em que restringiam desproporcionadamente o direito à identidade pessoal decorrente do artigo 26º/1 da CRP.

se vê como possa deixar de pensar-se o direito a conhecer e ver reconhecido o pai – o direito de conhecer e «pertencer ao pai cujo é», para usar a fórmula vernácula e expressiva do velho assento do Supremo Tribunal de Justiça, de 22-7-38 – como uma das dimensões dos direitos constitucionais referidos, em especial do direito à identidade pessoal, ou uma das faculdades que nele vai implicada”.

(...)

Tudo está em que, face ao direito do filho ao reconhecimento da paternidade, se perfilam outros direitos ou interesses, igualmente merecedores de tutela jurídica; em primeiro lugar, e antes de mais, o interesse do pretense progenitor em não ver indefinida ou excessivamente protelada uma situação de incerteza quanto à sua paternidade, e em não ter que contestar a respectiva acção quando a prova se haja tornado mais aleatória; depois, um interesse da mesma ordem por parte dos herdeiros do investigado e com redobrada justificação no tocante à álea da prova e às eventuais dificuldades de contraprova com que podem vir a confrontar-se; além disso, porventura, o próprio interesse, sendo caso disso, da paz e harmonia da família conjugal constituída pelo pretense pai. É o equilíbrio entre o direito do filho e este conjunto de interesses que normas como as dos n.ºs 3 e 4 do artigo 1817.º do CC visam assegurar, sem que se possa dizer que o façam de modo desproporcionado (isto é, com excessivo sacrifício daquele direito), – quer considerado o estabelecimento, em si, de prazos de caducidade, quer considerada a duração de tais prazos”.

Já no Acórdão 486/04, ao Tribunal Constitucional foi levada a questão de saber se a fixação, no artigo 1817.º/1 do Código Civil, de um prazo de caducidade (de dois anos após a maioridade) do direito de requerer judicialmente a investigação da paternidade, é compatível com o direito à identidade pessoal consagrado no artigo 26.º/1²⁴.

Vincando a sua posição no sentido de que não estava em causa a existência de um prazo, em abstracto, mas do *concreto* prazo de dois anos fixado no Código Civil²⁵, o Tribunal Constitucional concluiu que a

²⁴ Cfr. a anotação a este Acórdão por J. P. REMÉDIO MARQUES, *Caducidade de acção de investigação da paternidade fundada no artigo 1817.º, n.º 1, do Código Civil*, in *JC*, 2004/4, pp. 41 segs.

²⁵ Embora o Tribunal Constitucional se não tenha esquivado a apreciar o panorama do Direito Comparado – e mesmo dos precedentes nacionais –, que aponta para a impres-

preclusão do direito de requerer a investigação judicial da paternidade aos 20 anos de idade constitui uma solução desrazoável em face do conflito de interesses que tal investigação poderá gerar, e que inviabiliza, para todo o sempre, o reconhecimento jurídico de um momento “personalíssimo” do percurso pessoal de cada um²⁶. Daí que os juízes do Palácio Ratton tenham deixado bem claro que

“(...) o regime em apreço, ao excluir totalmente a possibilidade de investigar judicialmente a paternidade (e a maternidade), logo a partir dos 20 anos de idade, tem como consequência uma diminuição do alcance do conteúdo essencial dos direitos fundamentais à identidade pessoal e a constituir família, que incluem o direito ao conhecimento da paternidade ou da maternidade” (consid. 18).

O direito à filiação surge, assim, ancorado nos direitos à identidade pessoal e à (re)constituição da família. Na verdade, este direito resulta também da proibição de discriminação dos filhos “ilegítimos” em face dos legítimos (artigo 36º/4 da CRP). Daqui decorre a existência de um direito ao estabelecimento da filiação por mero facto do nascimento (“as repartições oficiais não podem usar designações discriminatórias relativas à filiação”, estatui o preceito, a final) ou, se não nesse momento, em momento ulterior, por forma voluntária (perfilhação) ou judicial. Esta norma é, de resto, muito mais fértil do que a sua vertente “vingadora” do *status quo ante* poderia determinar: para além de sediar o direito de quaisquer filhos, nascidos dentro ou fora do casamento, à filiação, foi também o catalisador – por força dessa consagração – do reconhecimento, por parte do Tribunal Constitucional, de um estatuto de equiparação entre a família *tradicional*, assente no matrimónio, e a família *moderna*, ancorada na “mera” convivência e nos afectos.

crítibilidade do direito de requerer o estabelecimento judicial da filiação através da investigação de paternidade e maternidade.

²⁶ O Tribunal Constitucional veio a declarar a inconstitucionalidade do nº 1 do artigo 1817º com força obrigatória geral no Acórdão 23/06, com fundamento em posteriores pronúncias de inconstitucionalidade no Acórdão 11/05 e nas decisões sumárias 114/05 e 288/05 (remetendo para a fundamentação do Acórdão 486/04). Veja-se também o Acórdão 456/03, no qual se admitiu que o investigador possa requerer a investigação com a idade de 31 anos, uma vez que até então não tivera razões para duvidar da paternidade estabelecida.

Na verdade, a abertura a novas concepções de família que os debates na Constituinte revelaram e que o texto constitucional acolheu, ao distinguir a constituição de família da contracção de casamento, no artigo 36º/1, o legislador ordinário – quiçá expectante da reacção social a tal inovação – não foi tão rápido a assimilar. O importante Acórdão do Tribunal Constitucional 351/91²⁷ confirmou – ainda que com reservas manifestadas nas declarações de voto de alguns juízes – a adesão a esta bipolaridade de constituição da relação familiar, mesmo que tenha assumido como *leit motif* a protecção dos filhos nascidos em união de facto, que ficariam discriminados se a atribuição do direito ao arrendamento da casa de morada da família na sequência de separação do casal se fizesse nos estritos termos do artigo 1110º do Código Civil (aplicável, literalmente, à cessão da posição contratual em virtude da dissolução do casamento). A declaração de inconstitucionalidade do assento do STJ que consagrou tal interpretação, nas palavras do Tribunal Constitucional,

“(...) imporá que o princípio constitucional da não discriminação dos filhos haja de ser obrigatoriamente aplicado, em termos de o «interesse dos filhos» na atribuição do direito ao arrendamento a que se reportam as normas dos n.ºs 2, 3 e 4 do artigo 1110º do Código Civil, quando erigido em critério relevante de atribuição daquele direito, haver de ser respeitado tanto no caso dos filhos nascidos do casamento como no caso dos filhos nascidos de uniões de facto”.

Este princípio de equiparação entre filhos gerados dentro e fora do casamento foi-se gradualmente afirmando como dever de protecção do Estado à família biológica, numa extensão que parte da afirmação de direitos dos filhos para direitos dos pais enquanto casal unido de facto. O interesse dos filhos – ainda que potencial ou indirecto – assumiu-se como o motor da equiparação (cfr. o Acórdão do Tribunal Constitucional 286/99, analisado *infra*), embora se possa duvidar que este princípio valha em toda e qualquer circunstância, sob pena de neutralizar a posição de diferença em que o casal unido de facto se quis, livre e cons-

²⁷ Acórdão do Tribunal Constitucional 351/91, *in DR*, I, de 15 de Outubro de 1991, pp. 5332 segs.

cientemente, colocar (ao não contrair casamento)²⁸. O Juiz Conselheiro Mota Pinto, na Declaração de Voto anexa ao Acórdão 286/99, defendeu que a ponderação do interesse dos filhos deverá, em regra, ser expressamente assumida pela norma cuja constitucionalidade se questiona, sob pena de “considerar inconstitucionais, por violação da proibição de discriminação entre filhos nascidos no e fora do casamento, praticamente todas as normas que estabelecem *um regime para pessoas casadas*, tenham ou não filhos, diverso do das que vivem em união de facto. Pois, quando tais filhos existirem (...), normalmente o seu interesse, que não foi considerado relevante para aplicação das normas em causa em termos de alterar os efeitos jurídicos a produzir, não deixará também de ser afectado, ainda que apenas *reflexamente*, por tais normas, e a protecção da família não deixará também, normalmente, de ser *uma das suas finalidades*”. Parece-nos que, ainda que o interesse dos filhos deva ter um assento mínimo na letra da lei, a sua protecção sempre se imporá, na ausência de claro elemento literal, nos casos em que exista uma *discriminação* positiva a favor do agregado familiar assente no casamento, na medida em que tal discriminação *poderá* redundar num défice de protecção dos filhos gerados no seio de um casal unido de facto.

Sendo certo que o reconhecimento do vínculo da filiação é o *macro-direito*, nele entroncam outros direitos dos filhos relativamente aos pais, como os de receber a educação básica sobre a vida em sociedade e sobre os valores de conduta que essa socialização pressupõe (artigo 36º/5 da CRP), de lhes verem criadas condições de acesso e frequência de locais de instrução, *maxime* durante o período de escolaridade obrigatória (artigo 68º/1 da CRP), de serem sustentados enquanto não tiverem meios para garantir a sua independência económica (artigo 36º/5 da CRP), de serem destinatários de afectos e estímulos que promovam o desenvolvimento equilibrado da sua personalidade e ao respeito pelas opções que, no contexto da sua evolução emocional, forem tomando (artigo 70º/2).

A publicização das regras da relação familiar contribuiu para o

²⁸ Na opinião de J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (*Constituição...*, cit., p. 561), “nada impõe constitucionalmente um tratamento jurídico inteiramente igual das famílias baseadas no casamento e das não matrimonializadas, desde que as diferenciações não sejam arbitrárias, irrazoáveis ou desproporcionadas e tenham em conta todos os direitos e interesses em jogo (ex: direitos dos filhos)”. Cfr., sobre este ponto, o Acórdão do Tribunal Constitucional 57/95.

abandono da visão do filho como propriedade do(s) pai(s)²⁹, antes o considerando agora como um sujeito capaz de emoções e decisões tomadas com autonomia crescente em razão do seu desenvolvimento físico e emocional. O reconhecimento da liberdade de opção em proporção directa da maturidade intelectual do filho leva a que o princípio do “conflito entre gerações” seja substituído por um princípio de “companheirismo entre gerações”³⁰. Mas, reversamente, tal formulação não envolve a maior interferência do Estado; antes o coloca numa posição de observador atento. O Estado não deve interferir na educação dos filhos pelos pais – longe vão os tempos do apelo a que o Estado (e as autarquias locais), “em ordem à defesa da família”, tomasse “todas as providências no sentido de evitar a corrupção dos costumes” (artigo 13º/5 da Constituição de 1933) –, salvo em situações extremas, nomeadamente que configurem exercício abusivo da autoridade (artigo 69º/I) ou configurem a prática de crimes de ofensa à integridade física e moral.

A este feixe de direitos cumpre juntar um dever de respeito e de assistência dos filhos relativamente aos pais. Este dever só em parte se encontra consagrado na Constituição – o que não admira, na medida em que o texto constitucional é sobretudo, no que toca aos direitos fundamentais, um catálogo de direitos, esquecendo a vertente da responsabilidade, pessoal e social que o gozo de tais direitos deve acarretar –, na situação-limite da terceira idade (que, actualmente, pode muito bem coincidir com o meio da vida...)³¹. De facto, o artigo 72º/I da CRP apela ao convívio familiar com as pessoas idosas, no respeito pela sua autonomia e no intuito de prevenir situações de isolamento ou de marginalização. Não teria ficado mal ao legislador constituinte – não fora o estigma a que votou a figura do dever e a vontade de banir a noção de “autoridade parental”, com ressonâncias conservadoras – a inclusão, no artigo 36º, de uma norma similar ao artigo 1874º/I do Código Civil:

²⁹ Recorde-se que o papel da mulher no exercício do “poder paternal” só com a Constituição de 1976 foi plenamente reconhecido (cfr. o artigo 5º/§único da Constituição de 1933, que estabelecia um estatuto desigualitário para a mulher, em razão das “diferenças resultantes da sua natureza e do bem da família”).

³⁰ GUILHERME DE OLIVEIRA, *Transformações...*, cit., p. 777.

³¹ O disposto no artigo 67º/2/b) tão pouco supre esta lacuna, uma vez que entrega ao Estado a incumbência de promover a existência de equipamentos sociais de apoio à família – o que deve ser visto como uma intervenção subsidiária.

“Pais e filhos devem-se mutuamente respeito, auxílio e assistência”³².

1.2. Dos pais relativamente aos filhos

Os direitos dos pais relativamente aos filhos configuram, identicamente aos direitos dos filhos relativamente aos pais, posições jurídicas de conteúdo pessoal. Os pais têm o direito a dar o nome aos filhos, identificando-os como seus a partir da inserção de apelidos – é como que uma extensão do direito ao nome (o nome de família) –, nos termos do artigo 1875º do Código Civil. O direito a atribuir apelidos é a expressão formal do direito a constituir família a que se reporta o artigo 36º/1 da CRP³³.

Pai e mãe têm o direito de educar os filhos e de prover ao seu sustento (artigo 36º/5), em condições de igualdade (artigo 36º/3). Trata-se de um autêntico *direito-dever*³⁴, na medida em que não só concretiza o apoio emocional de um projecto de vida e de felicidade pessoal dos pais através dos filhos, mas também constitui a fundação da igualdade de oportunidades, pessoais e sobretudo profissionais que os filhos terão, uma vez integrados social e laboralmente. Vale a pena apontar o eco que este direito-dever encontra no artigo 68º/1 da CRP, no qual, ao estatuir-se a obrigação de apoio do Estado à família, se acentua o vector da educação, “com garantia de realização profissional e de participação na vida cívica do país”.

³² Ou ao artigo 230º da Constituição Brasileira de 1988: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

³³ Uma insuspeitada relação entre este direito e o direito de liberdade de circulação inerente à cidadania europeia pode ver-se no Acórdão do Tribunal de Justiça de 2 de Outubro de 2003, Caso C-148/02 (*Caso Garcia Avello*). Tratava-se de saber se os filhos de um casal residente na Bélgica, que tinham dupla nacionalidade belga e espanhola (o pai era espanhol) teriam direito a utilizar apelidos de ambos os progenitores (como a lei espanhola prevê) ou se só poderiam ser registados com os apelidos do pai (solução consagrada pela lei belga). O Tribunal decidiu que, em nome dos princípios da não discriminação em razão da nacionalidade e do direito à cidadania europeia (e direitos inerentes, como o de livre circulação no espaço da União), as crianças deveriam poder ser registadas com os apelidos de ambos os progenitores (uma vez que a não inscrição poderia dificultar-lhes a vida profissional caso um dia pretendessem residir e trabalhar em Espanha).

³⁴ J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição...*, cit., p. 565.

O dever de sustento dos filhos – pelo menos durante a menoridade –, com vista ao qual os pais podem contar com o apoio do Estado, de acordo com as necessidades e na proporção inversa dos rendimentos do agregado familiar, apresenta-se como um dever moral e jurídico. A sua consagração constitui o radical da obrigação de prestação de alimentos pelo progenitor que não viva com os filhos. Ou seja, o dever de manutenção dos filhos, que impende de forma idêntica sobre pai e mãe (embora possa variar em quantitativo em função do concreto contributo de cada um para o orçamento familiar), não pressupõe a coabitação, dado que, por ser expressão da responsabilidade parental, configura um dever indisponível.

Os pais podem abdicar de coabitar com os filhos em virtude de separação do cônjuge, mas não podem, em regra, ser separados dos filhos contra a sua vontade³⁵. Todavia, tal convívio pode ser excepcionalmente vedado em virtude de decisão judicial, por não cumprimento de deveres fundamentais de assistência e respeito por parte dos primeiros (artigo 36º/6 da CRP)³⁶ – sublinhando a doutrina que tal intervenção externa só pode ser justificada em nome do interesse da criança e submetida “a um rigoroso crivo de proporcionalidade”³⁷. Para além destas hipóteses de desagregação familiar por facto voluntário do progenitor, há ainda outros casos em que este se vê forçado a afastar-se do convívio diário com os filhos: são os casos de prisão, de interdição ou de inabilitação do progenitor, ou de expulsão do território nacional. Este último caso, que só poderá acontecer relativamente a progenitores estrangeiros (em virtude da proibição de expulsão de cidadãos nacionais – artigo 33º/1 da CRP), foi recentemente alvo de escrutínio por parte do Tribunal Constitucional (Acórdão 232/04), num pedido de fiscalização sucessiva abstracta promovido pelo Provedor de Justiça, que vale a pena referir³⁸.

³⁵ Como a Constituição não define “pais”, é legítimo questionar se a expressão cobre os casos de pais adoptivos ou de ascendentes que têm a criança à sua guarda – JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição...*, cit., p. 417. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem já entendeu que sim – Acórdão de 23 de Setembro de 1994, *Caso Hokkanen*.

³⁶ Cfr. os artigos 1915º/1, 1ª parte e 1918º do Código Civil.

³⁷ JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição...*, cit., p. 416.

³⁸ Como o Tribunal Constitucional sobrelevou, a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem sobre este ponto é já vasta. Refiram-se, a título de exemplo, os casos *Carpenter* (Acórdão de 11 de Julho de 2002), que estatuiu que a expulsão de um residente de um país onde vivem os familiares pode constituir uma ingerência se

Tratava-se (entre outros pedidos) de avaliar a conformidade constitucional de uma norma que ditava, sem mais, a aplicação de pena acessória de expulsão a estrangeiro condenado a determinadas penas de prisão. O Provedor duvidava da compatibilidade de tal norma com o artigo 36º/6 da CRP, que faz eco do princípio da unidade da família igualmente consagrado no artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Na verdade, a norma estabelecia uma consequência binária não coadunável com a Lei Fundamental: ou a separação entre pais e filhos ou a expulsão dos filhos a fim de acompanharem o progenitor (filhos menores, sublinhe-se). Já em ocasiões anteriores, aliás, o Tribunal se confrontara com idêntica situação (Acórdãos 181/97 e 470/99).

No Acórdão 232/04, o Tribunal Constitucional, sem negar que a protecção conferida pelo artigo 36º/6 da CRP não pode ser levada ao limite, apela à utilização de um juízo de proporcionalidade que permita resolver os casos difíceis – ponderação a que o legislador foi alheio na construção da *factispecies* da norma³⁹. Na verdade, a implícita ordem de expulsão dirigida aos filhos menores portugueses a cargo do expulsando, na sequência do cumprimento de uma pena de prisão, surgiria como “dano colateral” desnecessário e intolerável em face do artigo 33º/1 e, reflexamente, do artigo 36º/6, ambos da CRP.

Sem querer minimizar o relevo da decisão, não podemos ficar indiferentes à equação concreta do caso. Na verdade, parece-nos que a invocação do princípio da unidade da família é aqui feita um pouco em vão, dado que o que releva é, não tanto a preservação da convivência habitual (mesmo que não coabitação) entre pais e filhos (a qual, de resto, a situação de encarceramento, a título de aplicação da sanção penal principal, sempre teria perturbado), mas antes a proibição de expulsão de cidadãos nacionais – os filhos menores a cargo do expulsando – do território nacional, vedada pelo artigo 33º/1. É um problema similar ao que se coloca no plano do Direito Comunitário, em face da protecção conferida a residentes no espaço da União⁴⁰ cuja situação, sendo me-

não forem observadas as condições do nº 2 do artigo 8º (previsão legal; necessidade de salvaguarda de outros interesses; proporcionalidade em vista do interesse visado) e o caso *Sen* (Acórdão de 21 de Dezembro de 2001), no qual o Tribunal apelou à necessária ponderação de interesses dos filhos ao reagrupamento familiar.

³⁹ Sublinhando este aspecto, A. COSTA LEÃO, *Expulsão de estrangeiros com filhos menores a cargo*, in *JC*, nº 3, 2004, pp. 26 segs, 33 segs.

⁴⁰ Actualmente, a Lei 37/2006, de 9 de Agosto, regula o direito de residência dos ci-

nores e cidadãos da União (por aplicação de critérios de *ius soli* no Estado-membro onde ocorreu o nascimento), pode justificar a obrigação de atribuição de um título de residência ao progenitor estrangeiro por razões de dependência económica⁴¹.

Terá sido, aliás, a constatação desta “segunda vinculação” que levou o legislador português, na sequência da declaração de inconstitucionalidade decorrente do Acórdão 232/04, a estabelecer uma proibição de aplicação da pena de expulsão a estrangeiros que “tenham filhos menores residentes em território português sobre os quais exerçam efectivamente o poder paternal à data da prática dos factos que determinaram a aplicação da pena e a quem assegurem o sustento e a educação, desde que a menoridade se mantenha no momento previsível de execução da pena” (artigo 101º/4/b) do DL 244/98, de 8 de Agosto)⁴².

O princípio da unidade da família constituiu, todavia, *ratio decidendi* exclusiva num outro caso decidido pelo Tribunal Constitucional, relativo a preferências conjugais na colocação de professores do ensino básico (Acórdão 286/99). Estava em causa a possibilidade de extensão da preferência a professores unidos de facto e o juízo de inconstitucionalidade da norma resultou da constatação do estabelecimento de uma

dadões da União e seus familiares. Chamamos a atenção, no que aqui directamente releva, para os artigos 8º a 10º e 23º.

⁴¹ Cfr. o Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias de 19 de Outubro de 2004, Caso C-200/02 (*Caso Chen*). Por força da competência da Comunidade em matéria de imigração (artigo 63/3/a) do Tratado de Roma), o reagrupamento familiar passou a fazer parte das preocupações legiferantes das instituições comunitárias (veja-se o Acórdão do Tribunal de Justiça de 27 de Junho de 2006, Caso C-540/03, *Caso da directiva do reagrupamento familiar*).

⁴² Recentemente, o legislador português veio disciplinar a matéria do reagrupamento familiar de estrangeiros, na Lei 23/2007, de 4 de Julho (artigos 98º segs). O diploma reconhece o direito ao reagrupamento familiar do estrangeiro legalmente residente em Portugal com membros da família que se encontrem fora do território nacional que com ele tenham vivido noutro país, que dele dependam ou que com ele coabitem (artigo 98º/1). Consideram-se membros da família os enunciados nos nºs 1 e 2 do artigo 99º, entre os quais os filhos menores ou incapazes a cargo do casal ou de um dos cônjuges; os menores adoptados pelo requerente quando não seja casado por efeito de decisão judicial do país de origem; os filhos maiores solteiros a cargo do requerente ou do casal que se encontrem a estudar em estabelecimento de ensino em Portugal. O nº 4 do artigo 99º dispõe sobre a autorização necessária do cônjuge (ou entidade a quem esteja confiado) que se encontre no estrangeiro como condição do reagrupamento com filho menor.

discriminação positiva a favor dos cônjuges unidos pelo casamento em desfavor dos cônjuges unidos de facto, com os desequilíbrios na protecção do direito dos pais a conviverem com os filhos que tal preferência acarretava. O Tribunal Constitucional descartou a necessidade de alusão expressa e directa ao interesse na convivência entre pais e filhos, na medida em que o dispositivo legal não tinha que ter em conta mais do que a situação profissional dos “cônjuges”. Uma interpretação actualista e teleológica imporia a afirmação do direito à convivência familiar – de qualquer tipo de família⁴³:

“Impondo a Lei Fundamental a equiparação entre filhos nascidos de união matrimonial e filhos nascidos fora dela, no artigo 36º, nº 4, no que constitui uma concretização específica do princípio da igualdade consagrado no artigo 13º, cabe ao intérprete e aplicador do direito a tarefa de conciliar o texto das normas que no seu teor literal contrariem esse objectivo – ou que não se refiram de modo expresso a esse objectivo – com a preocupação do legislador constitucional. E essa tarefa de adequação interpretativa entre o conteúdo das normas e o teor dos preceitos constitucionais deverá ter lugar ainda que o interesse dos filhos não apareça expressamente nomeado, sob pena de se frustrarem, por razões puramente formais, os imperativos constitucionais” (consid. 9).

Não é apenas de família conjugal que se trata no artigo 36º/I. O Tribunal Constitucional, além da jurisprudência já referenciada, teve oportunidade de se reportar ao conceito de família alargada no Acórdão 282/04. Estava em causa o direito de acesso à justiça de familiares na linha colateral (em segundo e terceiro graus: irmão e tios) de dois menores, cuja adopção fora requerida por vizinhos dos pais, falecidos num acidente de aviação. O direito de intervenção fora recusado nas instâncias uma vez que estes parentes não viviam com as crianças, nem com elas tinham convívio (viviam na Ilha de São Jorge, nos Açores) – embora o STJ tenha distinguido entre direito à citação obrigatória e faculdade de intervenção processual, solicitada pelo juiz ou requerida pelo representante legal dos menores (esta possível, em defesa do interesse dos menores).

⁴³ Idêntica evolução se denota na jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo, que filia a protecção à união de facto na protecção da família, sob a égide do artigo 8º da CEDH (Acórdão de 26 de Maio de 1994, *Caso Keegan*).

O recurso de constitucionalidade foi interposto com base, por um lado, nos artigos 67º/1 e 68º e, por outro lado, no artigo 20º/1 da CRP. Deve o Estado assegurar a unidade da família na dimensão da família conjugal ou também na vertente da família alargada, eximindo-se de estabelecer pressupostos normativos que restrinjam intoleravelmente o acesso à justiça de parentes na linha colateral quando está em causa saber a quem confiar um menor? O Tribunal Constitucional concluiu pela necessidade de aferir o interesse do menor apelando a todos os que com ele mantenham uma relação de afecto, ainda que não de proximidade física estrita, desde que tal intervenção não contribua para protelar indefinidamente o processo de adopção⁴⁴ (que se quer, para bem do menor, o mais célere possível – v. *infra*, §3º):

“E, por outro lado, – e decisivamente – não pode deixar de se ter em consideração, como também se salienta nas alegações do Ministério Público, que *«a inexistência do referido convívio de facto não pode imputar-se a qualquer situação objectiva e credível de desinteresse pelo destino dos menores – radicando, tão-somente, em que a confiança judicial provisória foi conferida judicialmente a terceiro»* (os vizinhos a quem os menores ficaram entregues quando os seus pais empreenderam a viagem em que viriam a falecer e posteriormente requereram a sua adopção) – *«imediatamente após o decesso de ambos os progenitores, sem que os ora recorrentes tivessem qualquer oportunidade de participação em tal procedimento e de exercerem efectivamente a ‘guarda’ dos menores»*. (...)

Surge assim neste caso como *«manifestamente excessivo e desproporcionado»* – como sustenta o representante do Ministério Público neste Tribunal – *«o entendimento que conduza a condicionar a intervenção processual dos familiares dos adoptandos em função da existência de uma situação de ‘guarda de facto’ do menor», mesmo quando aqueles «tendo conhecimento do processo, se apresentam a manifestar a vontade de nele intervirem espontaneamente, de modo a que – com os argumentos aduzidos – possam determinar uma mais exacta e ponde-*

⁴⁴ Daí que o Tribunal Constitucional tenha frisado que se tratava de admitir a intervenção processual dos parentes na linha colateral, mas não de fixar a regra da citação obrigatória de todos os putativos parentes na linha colateral, residentes em qualquer parte do mundo, sem nenhum contacto com o menor, com vista ao exercício do contraditório.

rada valoração do «interesse do menor», sendo patente, por outro lado, que este «interesse directo em contradizer não é (...) alcançado através de uma hipotética e eventual audição avulsa, determinada discricionariamente pelo tribunal».

Da conjugação do disposto nos artigos 20º, nº 1, e 67º, nº 1, resulta, pois, não ser *«legítimo ao legislador ordinário afastar, pura e simplesmente, de qualquer intervenção no âmbito do processo tutelar cível de confiança judicial os familiares mais próximos do menor – que lhe restam, após o falecimento conjunto dos progenitores – com o simples argumento de que – por motivos estranhos à sua vontade – não exercem a ‘guarda de facto’ dos menores»*, denegação de acesso ao tribunal que é particularmente chocante quanto ao primeiro requerente, irmão mais velho dos menores, que com eles sempre conviveu até que a morte simultânea dos progenitores determinou a sua separação”.

Magna questão neste plano dos direitos dos pais face aos filhos é a de saber se a Constituição acolhe um direito a procriar. Na verdade, a pergunta pode legitimamente colocar-se a partir da norma do artigo 36º/1, que sedia o direito a constituir família⁴⁵. O legislador da revisão constitucional de 1997 deu um passo na resolução de alguns problemas, remetendo para o legislador ordinário o estabelecimento de um quadro normativo constitucionalmente adequado do recurso a técnicas de procriação assistida, respeitado o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 67º/1/e) da CRP)⁴⁶. Olhando apenas para o texto constitucional,

⁴⁵ A filiação, não sendo elemento essencial do conceito de família — cada vez o é menos, pode dizer-se —, nem o pressupondo, é uma ideia que lhe vai “naturalmente associada” (J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição...*, cit., p. 567). Mais assertivamente no sentido do acolhimento constitucional de um direito fundamental a procriar, JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição...*, cit., p. 399 (embora os Autores acentuem as limitações inerentes a tal direito, nomeadamente relativos aos candidatos a progenitores com doenças genéticas ou àqueles que padecem de deficiência psíquica grave).

⁴⁶ A referência à procriação assistida não cobre o recurso a uma “mãe de aluguer”, na medida em que aqui estará em causa abdicar dos direitos decorrentes da filiação biológica por parte da mulher que gera a criança. A lei nada pode fazer perante situações em que a mulher voluntariamente se presta a entregar o filho a terceira, para que o registe como seu ou que o adopte. Porém, caso a mãe biológica se arrependa do “acordo” firmado, o direito indisponível à filiação prevalece sobre um “negócio” que a Lei 32/2006, de 26 de Julho, não hesita em qualificar de nulo e nenhum efeito (artigo

há todo um conjunto de questões que fica em aberto, nomeadamente: saber se o artigo 36º/1 protege a família monoparental (pode uma mulher solteira recorrer legitimamente à inseminação artificial sem com isso estar a privar a criança da presença de uma figura masculina na sua vida?); saber se o artigo 36º/1 protege a família *post mortem* (pode uma mulher viúva utilizar esperma do marido já falecido para gerar um filho de um defunto?); saber se o artigo 36º/1 protege a família homossexual (pode um casal de lésbicas assumir-se legalmente como progenitor de uma criança gerada de uma delas por recurso à inseminação artificial?)...

A Lei 32/2006, de 26 de Julho (Lei da procriação medicamente assistida) dá resposta negativa a todas estas interrogações⁴⁷. O Tribunal Constitucional ainda não teve oportunidade de se pronunciar sobre nenhum destes problemas, mas eles vão ocorrendo, aqui e ali, noutros países. A litigiosidade (e o seu aumento) é, no entanto, o melhor sinal da necessidade de intervenção/alteração legislativa – mais até do que a discussão nos foruns científicos e na comunicação social. Note-se que não pode considerar-se apenas a análise do direito comparado, na medida em que estes problemas relevam de contextos sócio-culturais muito marcados, que devem ser respeitados na sua resistência à erosão induzida por meras “modas”. É necessário registar um consenso social alargado e um amadurecimento técnico-jurídico profundo para ser exigível uma tomada de posição definitiva do legislador, *maxime* constitucional.

Não se confunda a afirmação que acabámos de fazer com o apego a valores conservadores – que não perfilhamos. Nem tão-pouco uma posi-

8º). O direito comparado (e a jurisprudência) confirma esta solução — cfr., em Itália, MARCO BOUCHARD, *Il diritto del figlio ai genitori e alla famiglia*, in *Questione giustizia*, 2000/4, pp. 697 segs; em França, C. MÉCARY e G. DE LA PRADELLE, *Les droits des homosexuelles*, Paris, 1998, pp. 57, 58.

Sublinhe-se que, no caso inglês, ordenamento no qual a “maternidade subrogada” é admitida, se bem que se considere válido o acordo entre os candidatos a futuros pais e a mãe de aluguer, o vínculo da filiação biológica prevalece caso esta se arrependa e não pretenda repudiar a criança a fim de que esta seja adoptada pelo casal.

⁴⁷ Com efeito, a Lei 32/2006, de 26 de Julho, só permite a inseminação artificial: 1) em mulheres que façam parte de casais não separados ou unidos de facto há mais de dois anos; 2) constituídos por pessoas de sexo diferente; 3) e desde que esteja comprovada a insuficiência dos métodos de procriação natural (artigo 3º). A inseminação *post mortem* é proibida, mesmo que o defunto tenha manifestado o seu consentimento em vida (artigo 22º).

ção favorável a um “governo” de juízes em matéria de relações pessoais e familiares, com toda a insegurança (e demissão política do legislador democraticamente legitimado) que essa postura implica. A nossa atitude cautelosa deve-se à necessidade de avaliação ponderada dos valores em jogo, sem prejuízo do reconhecimento da (r)evolução vertiginosa que tais matérias têm sofrido nos últimos anos. A Lei 32/2006, de 26 de Julho, teve em conta as situações mais frequentes do ponto de vista da realidade social actual portuguesa, mas isso não significa que, perante a abertura do texto constitucional, dúvidas legítimas se não possam colocar perante “casos difíceis” – que, no limite, e no quadro do nosso sistema de fiscalização de constitucionalidade, o Tribunal Constitucional poderá ser chamado a decidir. A sua excepcionalidade tê-los-á deixado de fora do texto da lei ordinária, mas a sua relevância num determinado contexto fáctico justificará, eventualmente, a sua ponderação à luz da encruzilhada de valores espelhada na Constituição.

Ponto é proceder a análises desapaixonadas, que tenham o seu ponto de partida e de chegada no princípio da dignidade da pessoa humana, que respeitem e promovam o direito ao livre desenvolvimento da personalidade de pais e futuros filhos, e que carregem para a ponderação pressupostos práticos e não puramente teóricos: por exemplo, fará sentido negar a possibilidade da família monoparental *originária* (e não adoptiva) se hoje o panorama social está saturado de famílias monoparentais supervenientes (por efeito de divórcio ou separação dos cônjuges)? Será admissível negar o direito à geração de um filho após a morte do pai, por inseminação artificial, quando tal situação de ausência poderia ocorrer naturalmente (por decesso do pai durante a gravidez) e se a mãe tiver meios, físicos e patrimoniais, de manter a criança? Conceber-se-á, enfim – e este é o caso, para nós, mais controverso – negar o direito a procriar no âmbito de um casal homossexual (feminino...), quando o bem-estar da criança no seio do casal heterossexual é frequentemente posto em causa (com casos de violência e abusos a flagelarem as sensibilidades mais resistentes nos meios de comunicação social)⁴⁸?

⁴⁸ Esta hipótese levanta desde logo a questão de saber como se registaria a criança, uma vez que é impossível, do ponto de vista biológico, a criança ter duas mães... Em França, já foi aceite a constituição da “dupla maternidade” de três crianças geradas no seio de um casal de lésbicas, por inseminação artificial de uma delas, e adopção da parceira. Cfr. esta referência à primeira decisão consagradora de uma “homofamília” em França referida por I. POIROT-MAZÈRES, *De la gay pride...au Palais-Royal. A*

2º. A DIMENSÃO OBJECTIVA DE PROTECÇÃO DOS LAÇOS DE FILIAÇÃO ENQUANTO PROMOÇÃO DO VALOR DA FAMÍLIA

A abordagem da doutrina relativamente aos domínios da família e da filiação costuma partir do desdobramento entre a protecção subjectiva dos membros da família, presente no artigo 36º, e a protecção objectiva da família enquanto núcleo básico e natural da socialização dos indivíduos, nos artigos 67º a 70º da CRP. A separação estanque não é possível, desde logo porque a *promessa* de prestações a que o Estado se vincula nesses dispositivos, uma vez vencida a resistência da “reserva do economicamente possível” e assumida e enraizada como prestação socialmente devida, passa a incorporar os direitos dos membros da família, quer em momentos temporais determinados de constituição das relações familiares (v.g., licença de parto concedida à mãe; licença concedida ao pai para prestar assistência ao filho recém-nascido), quer durante períodos mais prolongados (v.g., abono de família)

Esta prevenção serve de algum modo para justificar eventuais repetições que neste ponto se vão pressentir relativamente ao ponto precedente.

2.1. Os deveres de protecção do Estado no sentido da salvaguarda da unidade da família

Neste plano, os deveres do Estado em face da família visam incentivar, facilitar, a convivência entre pais e filhos, mas também entre os restantes membros da família que se movam num plano próximo e habitual do agregado familiar mais restrito. Com efeito, o convívio familiar alargado – dos netos com os avós; dos filhos com os primos; dos pais com os filhos, em regime de visita, envolvendo ou não o convívio com uma segunda família – contribui para o desenvolvimento equilibrado da criança, bem como para a formação de uma consciência de responsabilidade social para com os restantes membros da família – a partir da constituição de laços de afecto.

Esta protecção do núcleo familiar alargado – que demanda uma atenção especial por força do fenómeno da imigração e da infiltração

propos des refus d'agrément à l'adoption opposés aux homosexuels, in *AJDA*, 2002/5, pp. 401 segs, 407.

na realidade social portuguesa de outros conceitos de família – já foi confirmada pelo Tribunal Constitucional, no Acórdão 282/04 referido *supra*. Mas deve sublinhar-se que a extensão do âmbito de protecção da norma do artigo 36º/1, devendo ser compatível com a evolução da sensibilidade social, mesmo minoritária, encontra um limite no respeito pelos elementos essenciais da tradição sócio-cultural portuguesa. Assim, supomos que não deve reconhecer-se ao marido polígamo, oriundo de um Estado em que a poligamia seja admitida, o direito ao reagrupamento familiar, em Portugal, das suas várias “famílias”⁴⁹. Como não deve impor-se, à mulher casada em segundas núpcias, o convívio com filhos que o marido “traz” de um primeiro casamento, muito menos com a ex-mulher deste⁵⁰.

A unidade da família depende em muito da promoção de condições de convívio efectivo entre os seus membros – já se viu como uma norma como a da preferência de colocação de professores pode ter influência no esbatimento da intensidade da relação familiar. Ao Estado cumpre, desde logo no plano legislativo, assegurar condições de efectivação dessa unidade. Mas também no plano material muito pode ser feito: por exemplo, através da criação de uma rede de creches e outros equipamentos de apoio à família, a que se refere a alínea b) do artigo 67º/2 da CRP. Quanto mais próximos estiverem estes equipamentos da área de residência dos progenitores, menos tempo se perde em deslocações e mais se ganha em contacto. Claro que esta é uma obrigação que se concretiza na medida do financeiramente possível mas que, uma vez implementada, não deverá ser suprimida aleatoriamente (nomeadamente, se já estiver sedimentada a sua indispensabilidade no seio da comunidade que aproveita a medida). A crise do modelo de Estado-Providência pode gerar uma supressão de equipamentos sociais, por alteração drástica das circunstâncias financeiras com vista ao seu suporte;

⁴⁹ Há como que uma preempção da noção de família pela lei civil, que mais sedimentadamente foi absorvendo os seus traços nucleares. Assim, casamento, na noção tradicional, é o casamento entre duas pessoas – e não mais – de sexo diferente – e não idêntico. Cfr. uma queixa apresentada, em 1992, à Comissão Europeia dos Direitos do Homem por uma das mulheres num casamento polígamo, que pretendia reunir-se com o marido, julgada inadmissível em virtude da concepção de família monogâmica preponderante na Europa – I. CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Anotada*, 2ª ed., Coimbra, 1999, p. 198.

⁵⁰ Neste sentido, JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS (*Constituição... cit.*, p. 421), apelando ao espaço de liberdade reconhecido aos cônjuges.

todavia, o Estado, em atenção ao princípio da protecção da confiança e à vinculação aos direitos fundamentais, deverá, na medida do possível, garantir a existência de alternativas que não tornem intolerável a perda de acesso aos serviços de apoio a necessidades sociais básicas.

2.2. Os deveres de protecção do Estado no sentido da salvaguarda da integridade, física e psíquica do menor

Neste plano, os deveres de protecção do Estado podem desdobrar-se em três tipos de medidas: no que toca a menores integrados em famílias cuja disfuncionalidade perturba o seu desenvolvimento normal e põe eventualmente em risco a sua integridade, física e psíquica – artigo 36º/6, 2ª parte, da CRP; no que concerne a menores não integrados familiarmente, na sequência de abandono, orfandade ou privação de um ambiente familiar normal (artigo 69º/2 da CRP); finalmente, independentemente da inserção familiar concreta, o Estado tem o dever de, jurídica e materialmente, prover para que nenhum menor fique sujeito a discriminação ou a abuso de autoridade por parte de qualquer instituição, pública ou privada (artigo 69º/1 da CRP).

No que toca à primeira situação, ela torna especialmente patente a supremacia do interesse do menor sobre o direito dos pais a conviver com os filhos. Na verdade, se esse convívio se revelar prejudicial para o desenvolvimento da criança ou jovem, o Estado deverá prever formas de afastamento do(s) progenitor(es) e de, simultaneamente, promover o acompanhamento do menor por entidades que lhe propiciem um ambiente familiar mais adequado – por exemplo, famílias de acolhimento. Estes serão casos a considerar como excepcionais, em virtude do laço de indisponibilidade da relação de filiação. Sobretudo em homenagem a este aspecto, em contrapartida, deverão entender-se como reversíveis, uma vez demonstrada a intenção séria de alteração de comportamento por parte do progenitor faltoso.

No segundo plano, o Estado tem a obrigação de não esquecer aqueles que foram esquecidos pelos seus progenitores, bem como de tentar colmatar a ausência física dos progenitores, perdidos por força de circunstâncias infaustas. O Estado assume aqui um papel subsidiário, uma vez que, desde que reunidas as mínimas condições materiais e salvaguardada a intenção de transmissão de afectos, a guarda de menores abandonados ou orfãos deve ser entregue aos familiares mais próximos,

e não a instituições que lhes são estranhas. Esta tarefa, assente no artigo 69º/2 da CRP, revela-se mais melindrosa ainda na avaliação do que seja um “ambiente familiar normal” – tarefa que incumbe às autoridades administrativas. Haverá “ambiente familiar normal” no quotidiano de um filho de uma mulher que se prostitui e que assiste, desde tenra idade, aos actos que integram o quotidiano da mãe (independentemente de todo o carinho que lhe dedique)? E se o menor se dividir entre os cuidados de uma avó (durante a época escolar) e o convívio com os pais, artistas de circo (em tendas, viajando de terra em terra, não tendo horários certos de refeição)⁵¹? E se a criança estiver entregue a um dos progenitores, pastor de uma seita, que lhe inflige uma disciplina rigorosa⁵²?

Num terceiro tipo de casos, acolhidos sob o nº 1 do artigo 69º da CRP, a tarefa estadual de protecção reflectir-se-á em dois planos: por um lado, na consagração de um regime de plena igualdade de tratamento de todas as crianças, independentemente da sua raça, etnia, credo religioso, ou qualquer outra⁵³ – proibição de práticas discriminatórias, jurídicas e materiais, que estigmatizem a criança e a privem do acesso a instalações e serviços que tenha a expectativa de frequentar. Por outro lado, na erradicação de situações, fácticas e jurídicas, de abuso de autoridade – proibição de castigos corporais em estabelecimentos de ensino ou de acolhimento de menores, e minimização dos efeitos da violência doméstica (com perseguição, *maxime* criminal, dos ofensores e afastamento dos filhos dos pais). Não parecem restar dúvidas sobre a extensão desta obrigação a entidades privadas (veja-se que o artigo 69º/1 refere que “As crianças têm direito à protecção da *sociedade* e do Estado...” – itálico nosso).

⁵¹ Chamando a atenção para a equivocidade da fórmula, A. SOUSA PINHEIRO e M. J. BRITO FERNANDES (*Comentário...*, cit., p. 203), e J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (*Constituição...*, cit., p. 871). Os últimos Autores apontam para a circunscrição desta qualificação a casos de ausência de salvaguarda de condições de desenvolvimento adequado da criança como toxicodependência, alcoolismo ou prisão dos pais.

⁵² Num paralelo próximo, refira-se que o Tribunal de Estrasburgo já afirmou que a supressão da guarda do filho a um cônjuge por ele ser testemunha de Jeová é uma ingerência injustificada e ilegítima (Acórdão de 23 de Junho de 1993, *Caso Hoffmann*).

⁵³ Estamos a pensar no caso das crianças portadoras do vírus da sida que foram impedidas de frequentar uma escola primária numa localidade alentejana. Não se tratando de uma doença contagiosa, tratava-se de um claro caso de discriminação não fundada em razões objectivas e, portanto, ilegítima.

Uma questão que se poderia colocar é a de saber se este dispositivo sedia a habilitação de criação de discriminações positivas respeitantes a crianças com necessidades especiais – não se tratando daquelas a que se reporta o nº 2, nem dos casos de deficiência física ou psíquica acolhidos sob o artigo 71º da CRP. Pensamos, por exemplo, em hipóteses como as das crianças necessitadas de um regime de ensino especial. Ao mencionar o direito à protecção da criança “com vista ao seu desenvolvimento integral”, a norma do nº 1 do artigo 69º cobrirá estas hipóteses embora, naturalmente, tendo em consideração a exiguidade de recursos – materiais e humanos – que as especificidades de tais prestações podem envolver.

Uma última nota sobre o artigo 69º/3 da CRP. Numa tentativa de promover a escolarização – que, nos termos do artigo 74º/2/a da CRP, é obrigatória, universal e gratuita, ao nível do ensino básico –, o legislador constitucional inscreveu no nº 3 do artigo 69º, a proibição, “nos termos da lei, do trabalho de menores em idade escolar”⁵⁴. Repare-se, por um lado, que o legislador constitucional manifesta humildade – ou resignação? – suficiente para reconhecer que o trabalho infantil pode existir, uma vez que impõe a protecção especial dos menores no artigo 59º/2/c da CRP. Mas, por outro lado, esse trabalho, na medida em que puder (e tiver que) ser compatibilizado com as obrigações de frequência escolar e respeitar a personalidade da criança (não a instrumentalizando por finalidades económicas e não a sacrificando no altar da vaidade dos progenitores), é um fenómeno que pode revelar-se positivo num intuito de socialização do menor (cfr. o artigo 68º/1 da CRP).

2.3. Os deveres de protecção do Estado no sentido da salvaguarda das condições de apoio material à maternidade e paternidade

Um dado fundamental no contexto da protecção e apoio à família prende-se com a criação de condições de procriação – quer num sentido ontológico, quer numa perspectiva de ajuda material, de atribuição de prestações pecuniárias e de concessão de certos privilégios aos pais. Já se falou na criação de uma rede de creches, a propósito da necessidade

⁵⁴ Nos termos do Código do Trabalho, a idade mínima de admissão ao emprego é de 16 anos (artigo 55º/2).

de aproximação da família através da redução de tempos de deslocação entre a residência e o local de entrega dos filhos enquanto os pais realizam a sua actividade profissional⁵⁵. A estas incumbências estaduais⁵⁶ devem agora acrescentar-se:

i) o dever de disciplinar as formas de procriação artificial, como forma de realização do natural desejo de procriar para todos aqueles que o não possam fazer por razões fisiológicas, com respeito pelo princípio da dignidade humana – artigo 67º/2/e)⁵⁷;

ii) o dever de instituir consultas de planeamento familiar, de modo a promover o exercício da maternidade e paternidade conscientes, bem como a facilitar o acesso à informação e a métodos de assegurem tal planeamento – artigo 67º/2/d);

iii) o dever de estabelecer normas de tributação fiscal que tenham em consideração a realidade familiar (v. também o artigo 104º/1 da CRP) e de introduzir no sistema fiscal fórmulas que discriminem positivamente as famílias mais numerosas (mesmo porque delas resultarão, uma vez entrados na vida activa, mais elementos contributivos para alimentar o erário público e o sistema de segurança social estadual) – artigo 67º/2/f)⁵⁸. “A «discriminação fiscal da família» – explicam GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA – justificará não tanto uma dicotomia fiscal questionável de «casados e solteiros», de «indivíduos sós ou com família», mas sim, pelo menos, um esquema de neutralização dos efeitos perversos da tributação conjunta dos rendimentos do agregado familiar (cfr. AcTC nº 57/95), se não mesmo a possibilidade de uma discriminação fiscal positiva em favor da família, sobretudo no caso das

⁵⁵ J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (*Constituição..., cit.*, p. 865) sublinham que, enquanto as formas de protecção social da maternidade e paternidade estabelecidas no artigo 68º são de concretização obrigatória, a criação de uma rede de infantários e creches e o auxílio a estruturas privadas de assistência à família previsto no artigo 67º/2/b) sofre condicionamentos financeiros.

⁵⁶ Conforme alertam J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (*Constituição..., cit.*, p. 857), a protecção que o capítulo dedicado à família prevê impende não só sobre o Estado mas também sobre a sociedade, ou seja, quer sobre entidades públicas, quer sobre entidades privadas – desde logo por força do imperativo contido no artigo 18º/1 da CRP.

⁵⁷ Cfr. a Lei 32/2006, de 26 de Julho – que tardou quase dez anos a concretizar a in-junção constitucional...

⁵⁸ O artigo 31º/1 da Constituição italiana de 1947 dedica uma protecção especial às famílias numerosas.

famílias numerosas”⁵⁹. Julgamos que este preceito poderá mesmo sediar a concessão de incentivos à natalidade, – especialmente importante num contexto de quebra acentuada da mesma, pelo menos nos Estados (e seus nacionais) de cultura ocidental;

iv) o dever de promover, através da integração sectorial dos objectivos de protecção à família, a conciliação da actividade profissional com a vida familiar – artigo 67º/2/h);

v) o dever de disciplinar juridicamente o reconhecimento de um especial estatuto de protecção à mulher grávida e parturiente, que inclui, relativamente às mulheres trabalhadoras, um período adequado de dispensa de trabalho após o parto, sem perda de retribuição ou de quaisquer regalias – artigo 68º/3. Note-se que, nesta sede, o Tribunal Constitucional já teve que se confrontar com um pedido de julgamento de inconstitucionalidade de uma norma, constante de um acordo de empresa (privada), que previa que os dias de licença de maternidade não contassem para efeito de atribuição do subsídio de refeição – Acórdão 663/99. A requerente reclamava-se lesada em face das suas colegas trabalhadoras do sector público, que, à luz de expressa disposição legal, tinham direito a auferir de tal subsídio em idêntica situação.

Os juízes do Palácio Ratton consideraram que o texto constitucional – nomeadamente, o artigo 13º/1, conjugado com o artigo 68º/3 – não permite concluir que o nível de protecção tenha que ser rigorosamente idêntico nos planos do sector público e privado. Conforme esclareceu o Tribunal,

“(…) há que atender a índices de diferenciação material. Um desses índices é a situação laboral da parturiente: ter ou não ter actividade profissional determina uma primeira diferenciação, e ter ou não ter uma actividade por conta de outrem determina outra diferenciação. Para quem exerce uma actividade laboral por conta de outrem, fazê-lo para a administração pública (em sentido lato) ou para o sector privado introduz outra diferenciação, traduzida em dois regimes diferentes – o da função pública e o do contrato individual de trabalho – com todas as diferenças inerentes a esses regimes, globalmente considerados: diferentes jurisdições, diferentes regras quanto à constituição, modificação e extinção da relação jurídica de emprego, diferentes regras

⁵⁹ J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição...*, cit., p. 859.

contributivas e regimes de assistência na doença e reforma, diferentes entidades responsáveis pelo pagamento dessas prestações.

Por outro lado, a regulamentação legislativa das relações laborais e de direito privado através de normas imperativas, destinadas a proteger a trabalhadora durante o período da maternidade, reveste-se de um sentido evidentemente distinto do da regulamentação da situação das trabalhadoras da administração pública central, regional e local (e, mesmo, dos institutos públicos, serviços públicos, serviços públicos com autonomia administrativa e financeira e demais pessoas colectivas de direito público).

Neste último caso, o Estado não se limita a impor um determinado nível de protecção, mas além disso, compromete-se (ou compromete os seus serviços ou entes personalizados aos quais reconhece poderes públicos) a assegurar um determinado nível de protecção, que não se vê porque não há-de poder ser mais elevado do que aquele que impõe aos particulares assegurar”.

Por uma segunda vez foi o Tribunal Constitucional questionado sobre a compatibilidade entre uma norma de um acordo de empresa e o artigo 68º/3 da CRP. Desta feita tratou-se de saber se o pagamento, pela Segurança Social e não directamente pela entidade patronal, da remuneração em período de licença de maternidade deveria ou não abranger o subsídio de refeição (Acórdão 277/02). O Tribunal Constitucional analisou a questão da estrita perspectiva de apurar se a Constituição admite que a entidade empregadora transfira para entidades da Segurança Social o encargo do pagamento de prestações em períodos de ausência de trabalho – uma vez que se, na realidade, o empregador não recebe a prestação de trabalho, não deve considerar-se vinculado a dar a contrapartida de uma prestação inexistente. Todavia, o Tribunal parece deixar em aberto uma revisão da jurisprudência *supra* citada – que mereceu, de resto, uma veemente contestação da parte da Juíza Conselheira Fernanda Palma –, pois sublinha especialmente o facto de do processo não constarem dados que permiram aferir se na quantia recebida a título de “remuneração” em período de licença de maternidade se incluía ou não o subsídio de refeição. E,

“sendo isto assim, estando em causa, como está, e tão só, a questão de saber se deve ser considerado como conflituante com a Constituição

uma interpretação do artº 9º do Decreto-Lei nº 136/85 segundo a qual a carga da entidade patronal não deve recair a obrigação do pagamento da «remuneração» correspondente ao período em que as mulheres trabalhadoras abrangidas pelo sistema de Segurança Social (naquela «remuneração» se incluindo o pagamento do subsídio de refeição) então há-de concluir-se não assistir razão ao aresto recorrido, já que tal interpretação se não mostra feridente da Lei Fundamental”.

vi) o dever de disciplinar juridicamente a atribuição de um período de dispensa de trabalho, quer a mulheres quer a homens, em ordem a prover a necessidades do agregado familiar e no interesse dos filhos – artigo 68º/4⁶⁰.

3.º A ADOPÇÃO NA CONSTITUIÇÃO

A adopção foi esquecida no elenco inicial do artigo 36º, saído da Constituinte de 1976, mas depressa entrou para o catálogo constitucional, enquanto forma de estabelecimento de um vínculo análogo à filiação (pelo menos no caso da adopção plena⁶¹) – nº 7 do preceito citado. O “destaque” que tal garantia sofreu relativamente à norma de protecção do direito a constituir família já mereceu do Tribunal Constitucional a conclusão de que se trata de realidades próximas, mas merecedoras de diferentes graus de tutela (Acórdão 551/03). Nomeadamente, afigura-se duvidoso, segundo a Alta Instância de controlo da constitucionalidade, que a Constituição proteja um direito a constituir família através da adopção. A dúvida justifica-se a dois títulos:

– por um lado, o Código Civil, quando se reporta à adopção, descreve (no caso da adopção plena) um vínculo *semelhante ao da filiação* (cfr. os artigos 1586º e 1974º/1);

– por outro lado, a Constituição sentiu necessidade de autonomizar a adopção relativamente à constituição de família, na medida em que introduziu o nº 7 no artigo 36º em 1982:

⁶⁰ Conforme frisam J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (*Constituição...*, cit., p. 866), as situações a que alude o artigo 68º/4 desprendem-se da protecção subjectiva dos pais e mães para enaltecer a necessidade de protecção dos interesses da criança e da unidade da família.

⁶¹ Para os conceitos de adopção plena e adopção restrita, vejam-se os artigos 1979º segs e 1992º segs, respectivamente.

“Este artigo 36º, nº 7, da Constituição – obtemperam os juízes do Palácio Ratton – impõe autonomamente a disciplina legislativa da adopção, e remete a regulamentação e protecção deste instituto para os «termos da lei», parecendo, pois, com esta «garantia institucional» pressupor que não está em causa propriamente o direito à constituição de família nos termos do nº 1 mas antes o estabelecimento de um vínculo semelhante ao da filiação”.

Este distanciamento não deve identificar-se com um menor intuito garantístico, mas antes como uma intenção de ponderação de interesses distinta daquela que estará em causa na constituição de família, quer através do casamento ou da união de facto, entre duas pessoas adultas que manifestam uma vontade presumivelmente esclarecida da intenção de vivência em comum, quer através da filiação biológica, em que tendencialmente, duas pessoas adultas suficientemente esclarecidas geram uma criança à qual ficarão incondicionalmente ligados até ao fim das suas vidas. Na adopção, os contornos do “direito” a constituir família esbatem-se, em virtude, de uma banda, da necessidade de aferição das condições, psicológicas e materiais, dos adoptantes, para providenciar ao adoptado uma adequada inserção familiar e uma razoável expectativa de felicidade pessoal (cfr. os artigos 1973º/2 e 1978º do Código Civil); de outra banda, da necessidade de consideração da vontade do adoptando – que variará, naturalmente, em função da idade em que a adopção se processa⁶² – e da sua ambientação ao novo núcleo familiar (cfr. o artigo 1974º/2 do Código Civil)⁶³.

No fundo, o que diferencia e justifica a ponderação de interesses é a condicionalidade do vínculo da adopção, comparativamente com a incondicionalidade do vínculo da filiação biológica. Um filho biológico não pede para nascer, estando completamente dependente da vontade

⁶² No caso de o adoptando ser maior de 12 anos, o Código Civil exige o seu consentimento para a adopção — artigo 1981º/1/a).

⁶³ Muito crítico em relação a esta posição do Tribunal Constitucional, RUI MEDEIROS, em anotação ao artigo 36º da CRP (JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição...*, cit., pp. 423, 424), considera que a abrangência do artigo 36º/1 permite concluir que se pode falar de um direito fundamental à adopção, embora o legislador ordinário fique incumbido de concretizar os seus limites.

No sentido de que a adopção não constitui um direito do adoptante, nem se pode falar de um direito a ser adoptado, I. LAMMERANT, *L'adoption et les droits de l'homme en Droit Comparé*, Bruxelas, 2001, pp. 55 segs.

dos progenitores; um filho adoptado pode desejar ser adoptado por uma família que não a sua e fica dependente, quer da existência de terceiros interessados na sua integração num novo ambiente familiar, quer da não oposição (se juridicamente relevante) da sua família natural. Ao legislador cumpre assegurar a existência do instituto – uma vez que ele se encontra, desde 1982, a coberto de uma garantia de irreversibilidade – e disciplinar a adopção em termos que, de forma equilibrada, salvaguardem os interesses das partes do “triângulo adoptivo”⁶⁴: do menor órfão, abandonado, descuidado ou violentado pela sua família biológica, ao desenvolvimento da sua personalidade num ambiente familiar adequado (artigos 1973º/2, 1974º/1 e 1979º/3 e 4 do Código Civil)⁶⁵; do adoptante, ao desenvolvimento da personalidade e à reserva da sua privacidade perante os pais do adoptado (cfr. o artigo 1985º/1 do Código Civil); dos pais naturais do adoptado, à maternidade e paternidade, e à reserva da sua privacidade perante os pais adoptivos (cfr. o artigo 1985º/2 do Código Civil); enfim, dos filhos do adoptante (se os houver), com vista à salvaguarda da sua integridade psíquica e mesmo física, e do seu direito ao desenvolvimento da personalidade, se da adopção resultar um desequilíbrio intolerável (“sacrifício injusto”, diz o Código Civil – artigo 1974º/1) dos termos em que se processava, até aí, a relação familiar (cfr. também o artigo 1984º/a) do Código Civil, onde se exige a audição obrigatória, pelo juiz que decretará a adopção, dos filhos do adoptante com mais de 12 anos).

À semelhança do que sucede quanto ao estabelecimento da paternidade e maternidade, também quanto à adopção o legislador entendeu dever fixar balizas temporais: do adoptando (que deve ter menos de 15 anos à data da petição inicial da adopção plena, ou menos de 18 anos se desde antes dos 15 tiver sido confiando ao adoptante – artigo 1980º/2 do Código Civil); do adoptante (que não deve ter idade inferior a 30 anos e, em regra, não deve ter idade superior a 50 anos à data em que o menor lhe for confiando – artigo 1979º/2 e 3 do Código Civil). Estas condicionantes traduzem sobretudo a protecção dos interesses do menor:

⁶⁴ A expressão é de I. LAMMERANT, *L'adoption...*, cit., pp. 35 segs (em nossa opinião, a designação mais correcta seria até o “quadrado adoptivo”, pelo menos sempre que o adoptante tiver já filhos).

⁶⁵ Sobre o especial papel do Ministério Público na defesa dos interesses dos menores adoptandos nas acções de adopção, v. o Acórdão do Tribunal Constitucional 582/00 (e o voto de vencido do Juiz Conselheiro L. Nunes de Almeida).

em ser adoptado num momento em que a sua personalidade não esteja de tal modo “formatada” que lhe seja difícil ambientar-se a um meio familiar totalmente novo, e em ter a garantia de acompanhamento, por parte do adoptante (individualmente ou em família) durante um período de tempo razoável. O Tribunal Constitucional já teve oportunidade de sancionar alguns dos prazos do instituto da adopção (cfr. os Acórdãos 320/00 e 551/03, já referenciado), por os considerar não incompatíveis com os objectivos de harmonização que exsudam da lei Fundamental nesta matéria.

O nº 7 do artigo 36º foi aditado em 1997 do segmento referente à celeridade dos processos de adopção. Esta injunção dirigida ao legislador ordinário para que “dê pressa” a estes processos é plenamente compreensível, à luz das considerações que tecemos anteriormente relativas à defesa e promoção dos interesses do menor através da adopção, e mesmo da associação evidente que propicia a garantia da adopção e o dever especial de protecção que o Estado deve dedicar aos menores órfãos, abandonados e negligenciados pelas suas famílias naturais (artigo 69º/2 da CRP). Agilizar os processos que permitam aos menores integrarem-se em novas famílias que lhes transmitam os afectos que acalentem um adequado desenvolvimento da sua personalidade é contribuir, a um só tempo, para a protecção da família, das crianças e da própria sociedade, que poderá contar com o contributo de pessoas mais equilibradas e capazes. Nessa perspectiva, ao incrementar a celeridade dos processos de adopção, o legislador constitucional da revisão de 1997 revelou-se coerente com o desígnio de construção de uma sociedade mais “justa e solidária” (artigo 1º da CRP).

O facto de o vínculo (similar) de filiação decorrente da adopção ser independente da geração biológica de uma criança torna este instituto especialmente apetecível pelos casais gays – uma vez que os casais de lésbicas poderão recorrer a inseminação artificial (não no nosso país) ou recorrer a um dador que se preste a fecundar uma das parceiras da relação⁶⁶. Há até quem considere que esta desigualdade natural se pode

⁶⁶ Embora a criança deva ficar registada como filha do pai dador de sêmen para a sua concepção e como filha da mãe biológica. C. MÉCARY e G. DE LA PRADELLE (*Les droits...*, cit., p. 55, 56) relatam um caso ocorrido em França em que um casal de lésbicas recorreu a um amigo, também homossexual, para doar o sêmen necessário. A criança nasceu, foi reconhecida pelo pai e pela mãe, mas o pai reclamou o seu direito de visita, e viu-se perante a resistência do casal. Tendo recorrido aos tribunais, estes

transformar em desigualdade jurídica, na medida em que estabelece uma discriminação absoluta a favor da mulher, pelo facto de a desarticulação entre maternidade genética e biológica permitir uma verdadeira escolha às mulheres (mesmo que a descoberto da lei)⁶⁷, mas não aos homens. A adopção seria a forma de reequilibrar o que a natureza das coisas desequilibra, desde que asseguradas as garantias de uma paternidade responsável⁶⁸.

Se a união de facto entre pessoas do mesmo sexo (bem como de sexos diferentes) acabou por ser reconhecida pelo legislador ordinário (na Lei 7/2001, de 11 de Maio⁶⁹, que revogou a Lei 135/99, de 28 de Agosto, só aplicável a casais heterossexuais) e os parceiros gozam

reconheceram-lhe tal direito, bem como todos os restantes incréntes à paternidade, uma vez que se trata de um laço indissolúvel.

⁶⁷ Cfr. MARCO BOUCHARD, *Il diritto del figlio...*, cit., pp. 703, 704.

⁶⁸ Note-se que, à luz da lei portuguesa, pode haver adopção plena à margem do casamento ou da união de facto, desde que o adoptante tenha mais de 30 anos. Restará apurar se a Administração considerará legítimas as razões da adopção, caso o adoptante gay exponha a sua situação familiar real. Veja-se a descrição de um caso que dividiu a jurisprudência francesa em 1992, de um professor solteiro e homossexual que pretendia adoptar um menor e a quem eram reconhecidas todas as qualidades necessárias ao exercício de uma paternidade responsável, mas a quem a Administração apontava uma “choix de vie” prejudicial à educação da criança (orientação rejeitada pelo Tribunal administrativo mas confirmada pelo Conselho de Estado, na sequência de recurso interposto pela Administração) – C. MÉCARY e G. DE LA PRADELLE, *Les droits...*, cit., pp. 51 segs.

Este caso foi objecto de recurso para o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. O Tribunal de Estrasburgo, por quatro votos contra três, não admitiu reconduzir o direito de adopção por homossexuais ao direito à protecção da intimidade da vida privada e à família, inscrito no artigo 8º da CEDH (Acórdão de 26 de Fevereiro de 2002, *Fretté c/ França*). O Tribunal escudou-se na ausência de um consenso social sobre a questão, que legitimaria uma ampla margem de livre apreciação por parte dos Estados no sentido do não reconhecimento de tal direito. A protecção da família varia consoante a filiação seja biológica ou adoptiva – neste caso, existe apenas uma “virtualidade de paternidade/maternidade adoptiva”, que resulta da avaliação do interesse superior da criança.

A divisão do Tribunal, bem como o facto de ter aceitado emitir uma decisão sobre o fundo da queixa – ao contrário de uma anterior situação, ocorrida em 1997, na qual a Comissão Europeia dos Direitos do Homem, em face de uma demanda idêntica apresentada por uma cidadã italiana solteira, recusou admitir a queixa – pode indicar uma evolução na abordagem da questão [Acórdão de 10 de Julho de 1997, *Di Lazzarro c/ Itália* (queixa 31924/96)].

⁶⁹ Sobre as consequências de desigualdade objectiva que a situação de união pode apresentar em face do casamento, cfr. o Acórdão do Tribunal Constitucional 195/03.

hoje de um conjunto de direitos⁷⁰ – de alguma maneira correspondente àqueles que a jurisprudência constitucional e comum, desde 1991, veio reconhecendo aos casais heterossexuais em união de facto –, é duvidoso que no âmbito destes direitos se conte o de o casal homossexual (enquanto tal) poder adoptar⁷¹. Com efeito, argumentos de não discriminação em razão da orientação sexual e de afirmação do direito ao livre desenvolvimento da personalidade dos parceiros (artigos 13º/2 e 26º/1 da CRP) militam no sentido da abertura das opções dos casais homossexuais a uma estrutura institucionalizada de organização de um projecto de vida em comum⁷². Já a possibilidade de adoptar enquanto concretização do direito a constituir família (artigo 36º/1 da CRP) se afigura mais controversa⁷³, em razão da concepção tradicional da paternidade e da maternidade como as duas figuras referenciais de uma criança em crescimento.

⁷⁰ Confronte-se a perspectiva do legislador constitucional brasileiro neste ponto, bastante menos aberto que o português – a Constituição Brasileira de 1988 estatui, no §3º do artigo 226º, que “para efeito de protecção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como unidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento”.

⁷¹ Para uma visão comparada dos direitos dos homossexuais ao nível europeu, E. SPIRY, *Homosexualité et Droit International des droits de l’Homme: vers une nouvelle donne en Europe?*, in RTDH, nº 25, 1996, pp. 45 segs (no que toca ao casamento, v. pp. 58, 59) Especialmente sobre o direito ao casamento entre homossexuais, E. CARPENTIER, *Mariage des couples de meme sexe et Constitution*, in AIDC, 2000, pp. 21 segs.

⁷² Sublinhe-se que o facto de a Lei 7/2001 admitir a união de facto entre pessoas do mesmo sexo indicia que o legislador acolhe tal opção como uma forma de constituir família, promovida pelo artigo 36º/1 da CRP, mas simultaneamente traça a diferença entre a união de facto e o casamento (só admissível entre pessoas de sexo diferente). RUI MEDEIROS, na anotação ao artigo 36º da CRP (JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição...*, cit., p. 406), dá notícia do Acórdão do Tribunal Constitucional alemão de 17 de Julho de 2002, no qual, embora não escondendo fracturas espelhadas em vários votos de vencido, o Tribunal considerou dever reconhecer-se o direito de duas pessoas do mesmo sexo a gozar de um estatuto equiparado à união de facto — não ao casamento.

Considerando que da articulação entre o artigo 36º/1 e o artigo 13º/2 da CRP se não pode retirar um reconhecimento directo do direito de duas pessoas do mesmo sexo a casar (mas também não proibindo a equiparação de estatuto por parte do legislador ordinário), J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição...*, cit., p. 568.

⁷³ A Lei 7/2001, de 11 de Maio, estabelece que a adopção enquanto casal só poderá ser levada a cabo por casais heterossexuais, sem embargo da possibilidade de o indivíduo singular poder candidatar-se (artigo 7º).

A ponderação do interesse superior da criança adoptanda, que será à partida uma criança fragilizada em razão da sua situação de abandono ou orfandade, é o argumento que se esgrime contra a possibilidade da sua inserção num meio familiar onde a construção da sua identidade sexual será tendencialmente mais difícil, perante a convivência com pais/mães do mesmo sexo. Estar-se-á a exigir-lhe um duplo sacrifício, dizem uns. Confundir-se-ão as suas referências, dirão outros. Comprometer-se-á a sua integração social e profissional, uma vez que o juízo social que sobre ela incidirá tenderá a ser negativo ou pelo menos duvidoso, acrescentarão outros ainda⁷⁴.

No entanto, e porque é o interesse superior da criança que está em jogo – e não um qualquer juízo apriorístico e puramente subjectivo sobre as potencialidades parentais de indivíduos envolvidos em relações homossexuais –, vale a pena sopesar algumas outras considerações: que inegáveis vantagens tem a adopção por solteiros perante a adopção por casais homossexuais, a ponto de tornar a primeira lícita e a segunda impossível? Como justificar a indisponibilidade de um vínculo de filiação biológico entre um pai que se tornou homossexual e que enceta uma relação com outro homem (e vice-versa) com um filho de uma anterior relação heterossexual, e não a aceitar na filiação adoptiva⁷⁵? Porquê negar a um casal homossexual estável a oportunidade de realização emocional, sua e de uma criança cuja relação familiar de base, estruturada em moldes tradicionais, fracassou (se abandonada)?

Certo, a Europa vem cedendo, gradualmente, no sentido de admitir a adopção por casais homossexuais – a Holanda foi pioneira, em 2000; seguiram-se-lhe Dinamarca, Alemanha, Suécia, Reino Unido, em 2002, e mais recentemente, em 2005, Bélgica e Espanha. Mas trata-se ainda de uma tendência minoritária. Um argumento de precaução – na dúvida sobre os reais efeitos da adopção por casal homossexual sobre a criança adoptanda, é melhor proibir – tem-se imposto, embora apoiado num consenso social cada vez mais fragmentado e resistindo mal a comparações entre os presumíveis perigos da família homossexual e os efec-

⁷⁴ Uma análise dos principais argumentos em confronto, pontuada por referências de casos da jurisprudência francesa, pode ver-se em I. POIROT-MAZÈRES, *De la gay pride...*, cit., pp. 407 segs.

⁷⁵ O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem já decidiu que negar ao pai homossexual o contacto com o filho constitui uma ingerência intolerável e violadora do artigo 8º da CEDH – Acórdão de 21 de Dezembro de 1999, *Caso Salgueiro c/ Portugal*.

tivos riscos da família monoparental e heterossexual. O tempo dirá se a concepção de família (adoptiva) resiste a mais este factor de erosão. Ponto é que, com equilíbrio e adequação, se acautele o interesse das crianças e a sua indelével expectativa à felicidade pessoal e familiar.

Lisboa, Dezembro de 2007