

A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM  
E AS NOVAS FORMAS DE FAMÍLIA  
*THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS AND THE NEW CONCEPT OF FAMILY*

Cristina M. Araújo Dias\*

**Resumo:** Quer em Portugal quer no domínio jurídico europeu o conceito de família tem sofrido profundas alterações, admitindo-se as chamadas novas formas de família. Não podendo tratar de todas essas novas formas de família, centrar-nos-emos apenas nas famílias assentes numa união de facto.

Analisaremos esta questão a propósito das convenções internacionais e da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) que tem feito uma interpretação lata de *vida familiar*, nela abrangendo não apenas as relações jurídicas familiares tradicionais, mas também as relações familiares de facto. Os conceitos de *vida privada* e de *vida familiar* esbatem-se dando origem ao conceito de *vida privada e familiar*, à luz do art. 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH).

**Palavras-chave:** Tribunal Europeu dos Direitos do Homem; novas formas de família; união de facto; casamento.

**Abstract:** *In Portugal and in many other European legal systems the concept of family has suffered relevant changes, assuming the so-called new forms of family. Unable to deal with all of these new forms of family, we will focus only on families based on a civil partnership. We will discuss this question on the subject of international conventions and the case law of the European Court of Human Rights (ECHR) who has been making a wide interpretation of the concept of family life, covering not only the traditional family relationships, but also de facto family relationships. The concepts of private life and family life weaken and originate the concept of private and family life, in the light of article 8 European Convention on Human Rights.*

**Keywords:** *European Court of Human Rights; new concept of family; civil partnership; marriage.*

## I. Introdução

### A família e as novas formas de família

Como se sabe o art. 1576.º do Código Civil apresenta como relações jurídicas familiares o casamento, o parentesco, a afinidade e a adopção. Estas seriam, portanto, as fontes das relações familiares, assentando nelas a concepção de família. Sem prejuízo de um conceito de família tão alargado não ser habitual na realidade social<sup>1</sup>, parece que só estas relações dão origem à família.

Todavia, começa a assistir-se a movimentos que, quer em Portugal quer no domínio jurídico europeu, admitem outras formas de família. Aqui poderíamos falar das famílias de facto (assentes numa união de facto ou numa relação não-matrimonial hetero ou homossexual), das famílias monoparentais, das famílias recombinadas ou pluriparentais, as famílias e o casamento de transsexuais<sup>2</sup>. Não podendo tratar de todas estas novas formas de família, centrar-nos-emos apenas nas famílias de facto.

\* Professora Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho.

<sup>1</sup> Como dizem Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 34, a família tão amplamente considerada raramente se reunirá, só se juntando em bodas de ouro ou, já depois da morte, no jazigo de família.

<sup>2</sup> O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem pronunciou-se já quanto a várias questões que se colocam em relação a todas estas novas formas de família (v., Susana Almeida, *O respeito pela vida (privada e) familiar na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: a tutela das novas formas de família*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 155 e segs.).

Entre nós, o art. 36.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa (CRP), determina que todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade.

Ainda que o mesmo artigo possa levantar algumas dúvidas, tem-se entendido que aqui se consagram dois direitos: o de constituir família e o de contrair casamento. Ao distinguir a família do casamento pretendeu o legislador demonstrar que se trata de realidades diversas. Ao lado da família conjugal, assente no casamento, há lugar à família natural, resultante do facto biológico da geração, e à família adoptiva<sup>3</sup>. O direito a constituir família não está, assim, vedado a quem não pretenda contrair casamento, sendo este apenas uma das formas de *família*. Não se consagra um direito a contrair casamento e, através dessa celebração, constituir família<sup>4</sup>.

Mas, qual é o significado e a amplitude da instituição família? Pode incluir-se nessa noção a união de facto a que a Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 23/2010, de 30 de Agosto, atribui efeitos jurídicos de alcance bem mais relevante do que a lei atribui, p. ex., à afinidade?<sup>5</sup>

O problema é que a CRP não define o que seja a *família* e o entendimento de alguns autores parte da tipificação das relações jurídicas familiares previstas no Código Civil. Ora, a instituição família garantida constitucionalmente (art. 67.º da CRP) não pode estar sujeita à definição da legislação ordinária, ou seja, é esta que se filia naquela e não o contrário. Por isso, se se considerar que a família constitucionalmente protegida não é apenas aquela definida no Código Civil, poderemos no art. 36.º, n.º 1, da CRP, incluir a união de facto como forma de constituir família.

Analisaremos esta questão a propósito das convenções internacionais e da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) que abrem a porta a novas formas de família. De facto, e por um lado, veremos que o TEDH tem feito uma interpretação lata de *vida familiar*, nela abrangendo não apenas as relações jurídicas familiares tradicionais, mas também as relações familiares de facto. Por outro lado, os conceitos de *vida privada* e de *vida familiar* tendem a esbater-se dando origem ao conceito de *vida privada e familiar*, à luz do art. 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH).

O último ponto que será objecto de análise prende-se com a eventual consagração do casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Reconhecidas as novas formas de família perante o TEDH e a vasta jurisprudência que consagra a protecção dos direitos dos homossexuais e assegura o respeito pelo princípio da igualdade, veremos que o TEDH se mostra reservado quanto à consagração das uniões entre pessoas do mesmo sexo como casamento.

## II. A união entre pessoas de sexo diferente ou do mesmo sexo

### 1. A união de facto no ordenamento jurídico português e em alguns ordenamentos jurídicos europeus – o reconhecimento das uniões de facto entre pessoas do mesmo sexo. A jurisprudência do TEDH (a abertura às novas formas de família)

Ainda que a união de facto esteja abrangida no direito ao desenvolvimento da personalidade, previsto no art. 26.º, n.º 1, da CRP, sendo inconstitucional qualquer legislação que proibisse, penalizasse ou impusesse sanções aos unidos de facto, o princípio da protecção da união de facto decorrente desse direito não exige que o legislador dê à união de facto efeitos

<sup>3</sup> V., Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 116.

<sup>4</sup> Como parece decorrer do art. 16.º, n.º 1, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, e do art. 12.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, a que faremos referência mais adiante.

<sup>5</sup> Pamplona Corte-Real, “Da inconstitucionalidade do Código Civil – artigos 1577.º, 1628.º, alínea e), e disposições conexas – ao vedar o acesso ao instituto do casamento a casais do mesmo sexo”, *O casamento entre pessoas do mesmo sexo (três pareceres sobre a inconstitucionalidade dos artigos 1577.º e 1628.º, alínea e), do Código Civil*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 14.

idênticos aos que atribui ao casamento, equiparando as duas situações<sup>6</sup>. Casamento e união de facto são situações materialmente diferentes, assumindo os casados o compromisso de vida em comum, mediante a sujeição a um vínculo jurídico, enquanto os conviventes não o assumem, por não quererem ou não poderem. O tratamento diferenciado relativamente ao casamento é, por isso, objectivamente fundado e está conforme ao princípio da igualdade, que visa o tratamento igual do que é igual e não do que é diferente.

A generalidade das legislações tem vindo a atribuir à união de facto cada vez mais efeitos, como, aliás, acontece entre nós, nos termos da Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio, com as alterações que lhe foram introduzidas com a Lei n.º 23/2010, de 30 de Agosto, que adopta medidas de protecção da união de facto.

Mas a resolução de muitos problemas postos pela união de facto (e manifestados essencialmente no momento da ruptura) tem sido apresentada pela jurisprudência pelo recurso às regras do Direito comum, por ausência de regulamentação específica<sup>7</sup>. Com efeito, vários são os acórdãos que concluem que ao fim de vários anos de vida em comum de união de facto não seria justo que um dos conviventes pudesse ficar com o seu património enriquecido à custa do empobrecimento injusto do outro, que, eventualmente, terá abdicado da sua actividade profissional para se dedicar em exclusivo à vida familiar do casal e dos filhos. Para evitar tal locupletamento recorrem às regras do enriquecimento sem causa ou da sociedade de facto<sup>8</sup>.

Temos vindo a assistir, progressivamente, no espaço europeu, ao reconhecimento jurídico das uniões entre pessoas do mesmo sexo. A legislação nacional de cada um dos estados europeus varia na forma de encarar e regular as uniões entre pessoas do mesmo sexo, ainda que a maioria continue a reservar a expressão “casamento” para os casais heterossexuais. De facto, na generalidade das legislações europeias as uniões entre pessoas do mesmo sexo são qualificadas como uniões de facto.

Repare-se nas soluções previstas pelo ordenamento jurídico francês que, ao lado do “*concubinage*” (cuja noção resulta do art. 515.º-8 do Código Civil francês e que se encontra sujeita ao Direito comum), prevê o *Pacte Civil de Solidarité* (PACS), sendo este um contrato concluído entre duas pessoas, de sexo diferente ou do mesmo sexo, com vista à regulação da sua vida em comum.

<sup>6</sup> Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 56.

<sup>7</sup> Sem prejuízo de os conviventes celebrarem contratos de coabitação, prevenindo eventuais litígios futuros e acautelando a posição de cada um.

<sup>8</sup> V., p. ex., os acórdãos do STJ, de 15.11.1995 (BMJ, n.º 451.º, 1995, p. 387); de 08.05.1997 (*Colectânea de Jurisprudência* (STJ), tomo II, 1997, p. 81); e de 08.05.2003 (apresentado e comentado na 2.ª Bienal de Jurisprudência – AAVV, 2.ª *Bienal de Jurisprudência*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 66-68); da RL, de 21.01.1999 (*Colectânea de Jurisprudência*, tomo I, 1999, p. 83); da RP, de 05.03.1998 (*Colectânea de Jurisprudência*, tomo II, 1998, p. 190); da RC, de 11.05.2004 (*Colectânea de Jurisprudência*, tomo III, 2004, p. 8); da RE, de 10.04.2003 (*Colectânea de Jurisprudência*, tomo II, 2003, p. 242); e da RG, de 29.09.2004 (*Cadernos de Direito Privado*, n.º 11 (Julho/Setembro), 2005, p. 63, que entendeu verificar-se os pressupostos do enriquecimento sem causa e, aferindo a diferença entre a situação real e a situação hipotética do património do enriquecido (a situação em que este se encontra e aquela em que se encontraria se o facto produtivo do enriquecimento não se tivesse dado), valorou essa diferença em 20%, considerando, por um lado, o facto de a autora ter adquirido em conjunto com o réu mobiliário por ambos escolhido e, por outro lado, o valor do trabalho doméstico realizado pela autora).

V., na doutrina, Pereira Coelho, “Casamento e família no direito português”, in AAVV, *Temas de Direito da Família*, Ciclo de Conferências no Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, Coimbra, Almedina, 1986, p. 17, Castro Mendes, *Direito da Família*, edição revista por Miguel Teixeira de Sousa, Lisboa, AAFDL, 1997, p. 15, Diogo Leite de Campos, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2.ª ed., reimpressão, Coimbra, Almedina, 2001, p. 22, Geraldo da Cruz Almeida, *Da união de facto. Convivência more uxorio em Direito Internacional Privado*, Lisboa, Pedro Ferreira Editor, 1999, pp. 213 e 214, Antunes Varela, *Direito da Família*, 5.ª ed., Lisboa, Livraria Petrony, 1999, p. 31, M.ª Rita A. G. Lobo Xavier, *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Coimbra, Almedina, 2000, pp. 473-479, França Pitão, *União de Facto e Economia Comum* (*Comentário crítico às Leis n.ºs 6/2001 e 7/2001, ambas de 11.05*), Coimbra, Almedina, 2002, pp. 175-179, e p. 320, nota 10 (determinando apenas a aplicação das regras do enriquecimento sem causa), Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 80, e Joel Timóteo Ramos Pereira, “União de facto: cessada como se repartem os bens?”, <http://www.verbojuridico.net>, consultado a 30 de Abril de 2009.

O ordenamento jurídico belga regula desde 2000 a “coabitação legal”, definindo-a, no art. 1475.º do Código Civil belga, como a situação de vida em comum de duas pessoas que fazem a respectiva declaração de coabitação.

As legislações autónomas da Catalunha (Lei n.º 10/1998, de 15 de Julho, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 3/2005, de 8 de Abril), Aragão (Lei n.º 6/1999, de 26 de Março, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 2/2004, de 3 de Maio), Navarra (Lei Foral n.º 6/2000, de 3 de Julho), Castilha-La Mancha (Decreto n.º 124/2000, de 11 de Julho), Baleares (Lei n.º 18/2001, de 19 de Dezembro), Madrid (Lei n.º 11/2001, de 19 de Dezembro), Astúrias (Lei n.º 4/2002, de 23 de Maio), Andaluzia (Lei n.º 5/2002, de 16 de Dezembro), Canárias (Lei n.º 5/2003, de 6 de Março), Estremadura (Lei n.º 5/2003, de 20 de Março), País Basco (Lei n.º 2/2003, de 7 de Maio), Cantábria (Lei n.º 1/2005, de 16 de Maio), Galiza (Lei n.º 10/2007, de 28 de Junho), e Valência (Lei n.º 5/2012, de 15 de Outubro), prevêem a regulação de vários aspectos jurídicos relativos às uniões de facto<sup>9</sup>.

A tudo isto pode ainda acrescentar-se a crescente legislação específica das uniões de facto, hetero e homossexuais, conferindo-lhes direitos idênticos aos resultantes do casamento, consagrada na Dinamarca (*Act on Registered Partnership*, de 7 de Junho de 1989, reservada às uniões entre pessoas do mesmo sexo), Noruega (*Act on Registered Partnerships*, de 30 de Abril de 1993, reservada às uniões homossexuais), Suécia (*Registered Partnership Act*, de 23 de Junho de 1994, reservada às uniões homossexuais), Islândia (*Act on Registered Partnership*, de 12 de Junho de 1996, também reservada às uniões entre pessoas do mesmo sexo)<sup>10</sup>, Holanda (*Registered Partnerships*, de 1 de Janeiro 1998), Finlândia (*Act on Registered Partnership*, de 28 de Setembro de 2001, também reservada às uniões homossexuais), Suíça (*Loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personne du même sexe (LPart)*, de 18 de Junho de 2004), Reino Unido (*civil partnership – 2004*)<sup>11 12</sup>, etc. Também a Alemanha tem o instituto da *Eingetragene Lebenspartnerschaft (eingLebenspartnerschaft – Lebenspartnerschaftsgesetz – LPartG*, de 16 de Fevereiro de 2000), destinado a regular as uniões homossexuais, atribuindo-lhes direitos e obrigações semelhantes aos que resultam do casamento<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> Em Itália há projectos legislativos para disciplinar juridicamente a “união civil”, diferenciando-se do PACS francês, de origem contratual, e aproximando-se das legislações autónomas de Espanha referidas. V., Francesco Donato Busnelli, “La famiglia e l'arcipelago familiare”, *Rivista di Diritto Civile*, ano XLVIII, n.º 4, 2002, pp. 517-520.

<sup>10</sup> De referir que as leis sueca, norueguesa e islandesa que vieram admitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo revogaram as leis referidas no texto que contemplavam as uniões de facto registadas. O mesmo aconteceu, mais recentemente, na Dinamarca, com a admissibilidade dos casamentos entre pessoas do mesmo sexo.

<sup>11</sup> V., Ian Sumner, “Legal position of same-sex couples in English Law”, in AAVV, *Legal recognition of same-sex couples in Europe*, sob a direcção de Katharina Boele-Woelki/Angelika Fuchs, Antwerp – Oxford – New York, Intersentia, 2003, pp. 113-120.

<sup>12</sup> V., sobre tais uniões e respectivas legislações, Nuno de Salter Cid, “Direitos Humanos e Família: quando os homossexuais querem casar”, *Economia e Sociologia*, n.º 66, 1998, pp. 189 e segs., em especial, pp. 222-231, e *A comunhão de vida à margem do casamento: entre o facto e o direito*, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 47-54 (e, em especial, a bibliografia estrangeira indicada nas pp. 53 e 54, nota 74), Peter Dopffel/Jens M. Scherpe, “Gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaft im Recht der nordischen Länder”, in AAVV, *Die Rechtsstellung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften*, sob a direcção de Jürgen Basedow/Kaus J. Hopt/Hein Kötz/Peter Dopffel, Tübingen, Mohr Siebeck, 2000, pp. 7-49, Pascal Pichonnaz, “Le partenariat enregistré: sa nature et ses effets”, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, n.º 4, I, 2004, pp. 389-433, e Duarte Santos, *Mudam-se os tempos, mudam-se os casamentos? O casamento entre pessoas do mesmo sexo e o Direito Português*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 123-144.

<sup>13</sup> E isto apesar de o art. 6.º da *Grundgesetz* (GG) consagrar a família assente no matrimónio. Alega-se, porém, que a consagração da *Lebenspartnerschaft* não afecta tal disposição constitucional dado que se trata de regular apenas as uniões que não podem aceder ao casamento, estando vedada às uniões heterossexuais. V., Thomas Rauscher, *Familienrecht*, Heidelberg, C.F. Müller, 2001, pp. 512-514. Para este autor (p. 506), a consagração legal da *eingLebenspartnerschaft*, com efeitos semelhantes ao casamento, pode traduzir uma preparação para uma ulterior alteração do próprio instituto do casamento („(...) sogar anmuten, als seien sie ein Pilotprojekt für eine spätere Eherechtsänderung”). Em todo o caso, o legislador alemão, atendendo ao preceito constitucional, não podia regular de forma igual o casamento e a *Lebenspartnerschaft*. Daí algumas diferenças no seu tratamento jurídico (nomeadamente, em matéria de adopção ou de benefícios fiscais) e a criação de uma série de novos termos jurídicos para designar os mesmos institutos previstos para o casamento (Karsten Thorn, “The German Law on same-sex partnerships”, in AAVV, *Legal recognition of same-sex couples in Europe*, sob a direcção de Katharina Boele-Woelki/Angelika Fuchs, Antwerp – Oxford – New York, Intersentia, 2003, p. 85).

Repare-se que muitas destas legislações visam especificamente as uniões entre pessoas do mesmo sexo, às quais está vedado o acesso ao casamento. Como referiam Katharina Boele-Woelki e Angelika Fuchs, enquanto na década de 90 do século XX a discussão girava em torno da questão de saber se se deveria reconhecer legalmente as uniões entre pessoas do mesmo sexo, o debate futuro incidirá, na maioria dos estados europeus, sobre se será adequada uma total equiparação entre uniões hetero e homossexuais<sup>14</sup>.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada na ONU a 10 de Dezembro de 1948, contém dois princípios dedicados à família: o art. 12.º, relativo ao respeito pela vida familiar, e o art. 16.º, que contempla o direito de casar e de constituir família (n.º 1) e considera a família elemento natural e fundamental da sociedade, tendo direito à protecção desta e do Estado (n.º 3).

Por sua vez, a Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Convenção Europeia dos Direitos do Homem, como é conhecida), aprovada a 4 de Novembro de 1950, apresenta também dois princípios relativos à família: o art. 8.º, onde se salvaguarda o respeito pela vida privada e familiar, e o art. 12.º, que protege o direito de casar e de constituir família.

Vários outros documentos internacionais dedicam alguma protecção ao casamento e à constituição da família<sup>15</sup>. Em todo o caso, e tal como acontece na legislação nacional, o legislador internacional não dá uma definição de família ou de casamento. Tais conceitos concretizar-se-ão, e ainda que existam valores comuns a todos os povos, de forma diversa, sendo interpretados de forma diferente dependendo do substrato sociocultural a que se reportem<sup>16</sup>.

Não podemos esquecer também que as próprias transformações socioculturais afectam o conceito de família tradicional (dando origem a novas formas de família). De facto, ao modelo da família nuclear constituído pela mãe, pelo pai e pelos filhos, assente no casamento, pode hoje “opor-se” nas sociedades ocidentais as famílias de facto, as famílias monoparentais, famílias recombinadas, as famílias homossexuais, etc., cujo traço comum é o predomínio dos laços de afectividade<sup>17</sup>.

Ora, também em relação aos textos internacionais importa saber se estas novas formas de família estão abrangidas na garantia concedida pelas suas normas.

Uma interpretação objectivista actualista é necessária para que a nova realidade social esteja abrangida nas normas internacionais, e é essa que o TEDH tem efectuado em vários aspectos relativos à Convenção Europeia dos Direitos do Homem (e, para o que aqui importa, sobre o respeito pela vida privada e familiar e o direito a contrair casamento – arts. 8.º e 12.º da CEDH).

O TEDH tem realizado uma interpretação evolutiva do direito ao respeito pela vida privada e familiar, estendendo o conteúdo do direito contemplado no art. 8.º da Convenção<sup>18</sup>. De facto, é com uma interpretação dinâmica e evolutiva que o Tribunal Europeu tem conseguido abranger no âmbito do art. 8.º certas realidades que não foram inicialmente pensadas pelos redactores da Convenção.

<sup>14</sup> V., prefácio da obra *Legal recognition of same-sex couples in Europe*, sob a direcção de Katharina Boele-Woelki/Angelika Fuchs, Antwerp – Oxford – New York, Intersentia, 2003, p. v.

<sup>15</sup> V., quanto a essas referências, Susana Almeida, *ob. cit.*, pp. 12 e segs.

<sup>16</sup> Como nota Guilherme de Oliveira, “Transformações do Direito da Família”, in AAVV, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977. Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 778, a interpretação que cada país dará de tais conceitos variará em função de serem países de influência protestante ou de influência católica. “A comparação entre estes dois grupos havia de mostrar, porventura, um maior pendor individualista e autonomista das relações conjugais e familiares no âmbito da influência protestante, ao passo que os países do sul da Europa haviam de mostrar maiores preocupações e solidariedade familiar e maior dependência do indivíduo em face do grupo”.

<sup>17</sup> Susana Almeida, *ob. cit.*, pp. 16 e 159. V. também, Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, pp. 99 e segs.

<sup>18</sup> Como nos dá conta Susana Almeida, *ob. cit.*, *passim*, o TEDH tem alargado a noção de vida familiar, de modo a compreender não apenas as relações familiares tradicionais, fundadas no casamento, mas também as relações familiares de facto. Paralelamente, o mesmo tribunal tem esbatido a diferença dos conceitos de vida privada e de vida familiar, referindo-se muitas vezes a um único direito: o direito ao respeito pela vida privada e familiar.



O art. 12.º da CEDH, ao referir o direito de casar e de constituir família, parece associar a constituição da família à celebração do casamento. Assim, só quem contrai casamento pode constituir uma família. Assenta, portanto, no conceito tradicional de família baseada no casamento. E este implica, à partida, uma união entre duas pessoas de sexo diferente. Há neste art. 12.º (ao contrário do que acontece no art. 36.º, n.º 1, da CRP) uma exclusão de outras formas de constituir família que não assentes no casamento. Estas só poderão encontrar protecção no art. 8.º da Convenção.

Para admitir as novas formas de família, o TEDH tem considerado que o art. 8.º da Convenção não se refere apenas à família assente no casamento (como no art. 12.º), mas também a outras formas de vida em comum, ainda que tradicionalmente as enquadre no conceito de vida privada (e, assim, objecto também de protecção). Por isso, considera-se que o art. 8.º protege um único direito: o direito à protecção da vida privada e familiar. As outras formas de família terão, assim, a sua protecção à luz deste art. 8.º.

Desta forma, a jurisprudência do Tribunal Europeu inclui na noção de vida familiar as relações matrimoniais, mas também as famílias de facto, assentes noutras formas de convivência afectiva constitutivas de laços familiares, sendo relevante, portanto, o critério da “efectividade dos laços interpessoais”<sup>19</sup>.

E, como se sabe, esta interpretação acaba por influenciar os ordenamentos jurídicos estaduais. De facto, as decisões do TEDH servem muitas vezes de impulso às reformas legislativas ou jurisprudenciais nos diferentes Estados contratantes. Daí que o enquadramento jurídico dado pelo Tribunal Europeu às novas formas de família acaba por ter reflexo na sociedade europeia.

Vejamos alguma jurisprudência do TEDH sobre os direitos reconhecidos à família de facto<sup>20</sup>.

Em matéria da não discriminação dos filhos nascidos fora do casamento, em várias decisões o TEDH tenta eliminar a diferença de tratamento que possa existir em alguns estados entre os filhos nascidos dentro e fora do casamento. O primeiro passo nesse sentido ocorreu no acórdão *Marckx c. Bélgica*, de 13 de Junho de 1979<sup>21</sup>, onde Paula Marckx e Alexandra Marckx alegavam a violação dos arts. 8.º e 14.º da CEDH pela lei belga, pelo facto de, no caso de mãe solteira, a filiação não se estabelecer no acto do registo mas através de um reconhecimento formal pela mãe, e, por outro lado, os filhos ilegítimos serem discriminados sucessoriamente (e, por isso, muitas mães solteiras optavam por adoptar os próprios filhos).

O TEDH reconheceu que o laço natural entre mãe e filha originava vida familiar e o respeito por esta implicava para o Estado em causa a criação de um mecanismo legal que permitisse a integração das crianças na família desde o momento do nascimento. Além disso, a lei belga ao não permitir que Alexandra fosse um membro da família materna, impedia-a de desenvolver laços familiares com os parentes mais próximos, violando o art. 8.º da CEDH, e atribuía-lhe um estatuto sucessório discriminatório, com violação dos arts. 8.º e 14.º da Convenção.

Só em 1987 o regime legal belga da filiação foi alterado, sem prejuízo da aplicação directa do art. 8.º da CEDH em matéria de direito sucessório por alguns tribunais belgas.

No acórdão *Johnston e outros c. Irlanda*, de 18 de Dezembro de 1986, o TEDH seguiu o mesmo entendimento. Tratava-se de apreciar a situação jurídica dos filhos nascidos de uniões entre duas pessoas que, impedidas de se divorciar, não podiam contrair novo casamento. Por isso, os filhos nascidos de tais uniões eram “ilegítimos”. Apesar de considerar que a união de facto não tem que ter estatuto jurídico análogo ao do casamento, em relação aos filhos e à situação desfavorável dos nascidos de uma união face aos nascidos do casamento, houve violação do art. 8.º CEDH, devendo o Estado contratante criar regulamentação que permita o

<sup>19</sup> Susana Almeida, *ob. cit.*, pp. 72 e segs.

<sup>20</sup> Seguimos de perto a exposição de Susana Almeida, *ob. cit.*, pp. 166 e segs.

<sup>21</sup> As decisões do TEDH que serão citadas podem consultar-se no sítio <http://www.echr.coe.int>.

desenvolvimento normal da vida familiar entre uma criança “ilegítima” e os seus pais, impedindo, assim, a discriminação no âmbito do direito sucessório. De acordo com este entendimento, foi criado em 1987 na Irlanda o *Status of Children Act*.

A discriminação dos filhos “ilegítimos” em matéria de direito sucessório foi também tratada pelo TEDH nos acórdãos *Inze c. Áustria*, de 28 de Outubro de 1987, e *Vermeire c. Bélgica*, de 29 de Novembro de 1991. A mesma matéria foi abordada no acórdão *Mazurek c. França*, de 1 de Fevereiro de 2000, onde o TEDH se pronunciou sobre a discriminação sucessória de uma criança nascida de uma relação adulterina (que, de acordo com a lei francesa, apenas tinha direito a herdar metade da quota-parte da herança que caberia a um filho “legítimo”). O Estado francês alegou que a lei servia para proteger as famílias legítimas, fundadas no casamento, contra actos de infidelidade. Tendo isso em consideração, não deixou o TEDH de considerar que havia violação do art. 14.º da CEDH (pronunciando-se só quanto à questão patrimonial, não analisou a questão à luz do art. 8.º da Convenção).

Em 2001, pela Lei n.º 2001-1135, de 3 de Dezembro, as referidas disposições da lei francesa foram eliminadas. Mas a questão da discriminação dos filhos nascidos fora do casamento foi também apreciada, contra o Estado francês, no acórdão *Merger e Cros c. França*, de 22 de Dezembro de 2004.

À mesma questão sucessória, pronunciando-se sobre a discriminação dos filhos “ilegítimos”, referiram-se os acórdãos *Camp e Bourimi c. Holanda*, de 3 de Outubro de 2000, e *Haas c. Holanda*, de 13 de Janeiro de 2004 (onde o tribunal considerou não haver violação do art. 14.º da CEDH)<sup>22</sup>.

Também em relação aos sistemas escolhidos para o estabelecimento da filiação a jurisprudência do TEDH tem tido influência.

Já vimos a este propósito o acórdão *Marckx c. Bélgica*, de 13 de Junho de 1979, em matéria do estabelecimento da maternidade. O Tribunal considerou que o Estado deveria adoptar legislação de forma a não haver diferenciação em função do nascimento. O mesmo foi afirmado no acórdão *Johnston e outros c. Irlanda*, de 18 de Dezembro de 1986, que já referimos, e nos acórdãos *Keegan c. Irlanda*, de 26 de Maio de 1994, e *Kroon e outros c. Holanda*, de 27 de Outubro de 1994.

Questões relativas ao estabelecimento da paternidade fora do casamento foram também decididas nos acórdãos *Mikulić c. Croácia*, de 7 de Fevereiro de 2002, *Yousef c. Holanda*, de 5 de Novembro de 2002, *Paulík c. Eslováquia*, de 10 de Outubro de 2006 (o TEDH deu razão ao requerente que se queixou de o sistema jurídico nacional não lhe conceder um meio de impugnar a paternidade reconhecida judicialmente em 1970, por ter realizado testes de ADN e comprovado que não era o pai biológico).

No já referido acórdão *Keegan c. Irlanda*, de 26 de Maio de 1994, o requerente queixou-se de que a lei nacional não exigia o consentimento do pai natural no processo de adopção (iniciado pela mãe ainda durante a gravidez), por não ser tutor da criança (ao contrário do pai casado que era automaticamente tutor), considerando o TEDH que havia efectivamente violação do art. 8.º da CEDH. Na sequência desta decisão, o regime irlandês foi alterado pelo *Adoption Act* de 1998<sup>23</sup>.

O reconhecimento de um conceito alargado de família e a admissão de novas formas de família com a protecção dos laços familiares nascidos fora do casamento conduz ao reconhecimento dos direitos dos pais de facto ou naturais. O art. 8.º da CEDH garante o direito ao respeito pela vida familiar tanto aos pais casados como aos pais de facto.

<sup>22</sup> No acórdão *Pla e Puncernau c. Andorra*, de 13 de Julho de 2004, estava em causa a interpretação de uma cláusula testamentária para efeitos de averiguar um tratamento igualitário entre filhos naturais e adoptados. Ora, o testamento referia que se contemplava os filhos de um casamento, não determinando se naturais ou adoptados. Concluiu o TEDH que, não fazendo o testamento qualquer diferenciação, ela não devia fazer-se na interpretação da mesma cláusula testamentária, sendo discriminatória e violadora dos arts. 8.º e 14.º da CEDH.

<sup>23</sup> O acórdão *Söderbäck c. Suécia*, de 28 de Outubro de 1998, pronunciou-se também sobre o processo de adopção e a audição do pai natural (negando aqui existir qualquer violação ao art. 8.º da Convenção).

Em todo o caso, e quanto à regulação do exercício das responsabilidades parentais, o TEDH tem considerado legítimo o tratamento diferenciado quanto à concessão automática das responsabilidades parentais entre os pais casados e os pais de facto. Pode ver-se, neste sentido, os acórdãos *McMichael c. Reino Unido*, de 24 de Fevereiro de 1995, *Elsholz c. Alemanha*, de 13 de Julho de 2000 e os acórdãos *Hoffmann, Sahin e Sommerfeld c. Alemanha*, de 11 de Outubro de 2001<sup>24</sup>.

Nos acórdãos *Zaunegger c. Alemanha*, de 3 de Dezembro de 2009, e *Sporer c. Áustria*, de 3 de Fevereiro de 2011, o TEDH pronunciou-se no sentido da existência de discriminação entre filhos nascidos dentro e fora do casamento quanto à regulação do exercício das responsabilidades parentais.

De facto, a legislação alemã prevê a atribuição do exercício das responsabilidades parentais, no caso de filho nascido fora do casamento, à mãe, salvo se os pais fizerem uma declaração com vista ao exercício conjunto (*gemeinsame Sorgerechtserklärung*). Por seu lado, o Código Civil austríaco atribui o exercício das responsabilidades parentais a ambos os progenitores no caso de estes estarem casados (situação que se mantém mesmo depois do divórcio ou da separação, salvo se o exercício unilateral satisfizer melhor o superior interesse da criança), ao passo que se o filho nascer fora do casamento tal exercício é atribuído unilateralmente à mãe (a não ser que os progenitores acordem no exercício conjunto ou que a mãe ponha em risco o bem-estar da criança).

Atendendo à diversidade das condições de nascimento, justifica-se a norma que, no caso de filho nascido fora do casamento e na falta de acordo dos progenitores quanto ao exercício conjunto, atribui, por princípio, o exercício das responsabilidades parentais à mãe. Questão diferente é a de impossibilitar o exercício conjunto das responsabilidades parentais na falta de acordo dos progenitores. Nos referidos acórdãos o TEDH pronunciou-se no sentido de que as decisões em matéria de exercício das responsabilidades parentais devem visar o superior interesse da criança, devendo cada tribunal nacional decidir no caso concreto atendendo a tal princípio. Ora, a lei do Estado contratante (nos casos, a Alemanha e a Áustria) não prevê, e ao contrário do que acontece no caso de filhos nascidos no decurso do casamento, uma apreciação judicial no sentido de se aferir se o exercício conjunto das responsabilidades parentais acautela melhor o superior interesse da criança nascida fora do casamento ou, caso tal exercício conjunto não seja no interesse da criança, de se avaliar se tal interesse fica melhor acautelado com a atribuição do exercício unilateral à mãe ou ao pai. Não existindo razão que justifique esta diferença de tratamento, o TEDH, muito embora reiterasse a margem de apreciação dos Estados contratantes, entendeu, em ambos os casos, terem sido violados os arts. 8.º e 14.º da Convenção.

Não podemos, todavia, esquecer que o TEDH e a própria Comissão, reconhecendo as novas formas de família e considerando a união de facto heterossexual uma relação de família, não defendem uma regulamentação idêntica ao casamento, não havendo qualquer obrigação positiva para os Estados contratantes de conferir à união de facto um estatuto jurídico análogo ao do casamento. Admitem, por isso, um tratamento diferenciado entre a união de facto e o casamento. Pode a este propósito referir-se as decisões da Comissão de 11 de Novembro de 1986, sobre a queixa n.º 11089/84, de *Lindsay c. Reino Unido* (em matéria fiscal), e de 4 de Março de 1998, sobre a queixa n.º 34615/97, de *Quintana Zapata c. Espanha* (em matéria de atribuição de pensão de sobrevivência), e as decisões do TEDH de 26 de Janeiro de 1999, sobre a queixa n.º 37784/97, de *Saucedo Gomez c. Espanha* (atribuição da casa de morada da família), e de 27 de Abril de 2000, sobre a queixa n.º 45851/99, de *Shackell c. Reino Unido* (atribuição de pensão de sobrevivência).

E quanto às uniões homossexuais? Qual o reflexo da interpretação do TEDH nesta matéria?

A jurisprudência do Tribunal Europeu, e não obstante o reconhecimento que os Estados possam fazer das uniões de facto (ou até do casamento) entre pessoas do mesmo sexo, não

<sup>24</sup> Esta matéria foi objecto de alteração pela Lei de 16 de Dezembro de 1997 – *Kinderschaftreformgesetz*.



enquadrava as relações entre pessoas do mesmo sexo no conceito de vida familiar, ainda que as tutelasse como vida privada. Ou seja, uma relação homossexual não consubstanciaria vida familiar, mas sim vida privada, e, assim, a eventual discriminação fundada na orientação sexual implicaria uma ingerência na vida privada e, logo, uma violação do art. 8.º da Convenção.

Em várias decisões o Tribunal Europeu condenou as discriminações fundadas na orientação sexual, nomeadamente em matéria de emprego ou de exercício das responsabilidades parentais, como violações ao respeito pela vida privada. É o caso dos acórdãos *Lustig-Prean e Beckett c. Reino Unido*, de 27 de Setembro de 1999, e *Smith e Grady c. Reino Unido*, também de 27 de Setembro de 1999 (onde o Tribunal considerou atentatórias do direito ao respeito pela vida privada dos requerentes as investigações efectuadas acerca da sua orientação sexual e dispensa compulsória das Forças Armadas britânicas, com o único fundamento da sua homossexualidade), e o acórdão *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, de 21 de Dezembro de 1999 (que considerou violar os arts. 8.º e 14.º da Convenção a decisão judicial de recusa de atribuição do exercício das responsabilidades parentais a um pai homossexual, atendendo a que a orientação sexual do requerente pesou de modo determinante na decisão do tribunal nacional).

Mas, a união de facto homossexual não vinha sendo objecto de protecção como “vida familiar”, nos mesmos moldes que a união de facto heterossexual. A jurisprudência do TEDH começou por analisar o direito à união de facto homossexual no âmbito da *vida privada* (art. 8.º da CEDH), e não da *vida familiar*.

Pode referir-se alguma jurisprudência que aceita a diferenciação entre as uniões de facto heterossexuais e as uniões entre pessoas do mesmo sexo.

Na decisão de 10 de Maio de 2001, sobre a queixa n.º 56501, *de Mata Estevez c. Espanha*, o TEDH pronunciou-se sobre a concessão de pensão de sobrevivência a parceiro homossexual, negada pelo Estado espanhol (que a concede no caso de casais heterossexuais, unidos ou não pelo casamento). Considerou o Tribunal que a questão, não configurando a união homossexual como constitutiva de vida familiar, deveria ser analisada à luz do art. 8.º da CEDH como vida privada. A diferença de tratamento enquadrava-se no âmbito da margem de apreciação do Estado em causa, declarando a queixa inadmissível.

A Comissão já se pronunciou também em matéria de transmissão do arrendamento para habitação, por morte do arrendatário, à pessoa do mesmo sexo que com ele vivia em união de facto (v., as decisões de 14 de Maio de 1986, sobre a queixa n.º 11716/85, *de Simpson c. Reino Unido*, e de 15 de Maio de 1996, sobre a queixa n.º 28318/95, *de Rössli c. Alemanha*)<sup>25</sup> ou quanto à regulação do exercício das responsabilidades parentais do filho biológico, concebido por inseminação artificial, de um dos membros da união de facto homossexual (decisão de 19 de Maio de 1992, sobre a queixa n.º 15666/89, *de Kerkhoven e Hinke c. Holanda*). Considerou, mais uma vez, que uma união homossexual não cai no conceito de *vida familiar* e que não resulta do art. 8.º da Convenção uma obrigação positiva que impusesse ao Estado em causa a concessão do exercício das responsabilidades parentais a uma mulher que vivia com a mãe da criança e com esta. Reafirmou, assim, que, em relação ao exercício das responsabilidades parentais, um casal homossexual não pode ser equiparado a um casal heterossexual que viva em união de facto.

Por seu lado, no acórdão *Frétté c. França*, de 26 de Fevereiro de 2002, o TEDH pronunciou-se sobre a recusa das autoridades francesas do pedido de adopção singular por um candidato a adoptante homossexual. Realçando que a comunidade científica se encontra

<sup>25</sup> Decisões onde se negou a existência de discriminação e a violação da Convenção. De referir que, pelo contrário, no acórdão *Karner c. Áustria*, de 27 de Julho de 2003, o TEDH considerou haver discriminação (aplicando-se o art. 14.º da Convenção) no caso de rejeição de sucessão no arrendamento por morte do membro da união de facto homossexual arrendatário. No acórdão *Kozak c. Polónia*, de 2 de Março de 2010, o TEDH reconheceu, tal como no acórdão *Karner c. Áustria*, que a legislação polaca, admitindo apenas a sucessão no direito ao arrendamento por morte ao membro sobrevivente da união de facto heterossexual, conduzia a uma discriminação do membro da união de facto homossexual arrendatário e, por isso, violava os arts. 8.º e 14.º da Convenção. Deu um passo, assim, no sentido de as uniões de facto entre pessoas do mesmo sexo poderem constituir vida familiar, tal com as uniões de facto entre pessoas de sexo diferente, à luz do art. 8.º da Convenção.

dividida quanto às consequências do acolhimento de uma criança por um pai ou por pais homossexuais, e que há divergências na própria opinião pública nacional e internacional, não considerou desrespeitado o art. 14.º da Convenção nem discriminatória a diferença de tratamento, cabendo aos Estados aferir as sensibilidades e contexto social interno no sentido de apreciarem da melhor forma essas situações.

Caso semelhante, quanto à matéria de facto, foi decidido no acórdão *E. B. c. França*, de 22 de Janeiro de 2008. Considerou, porém, o TEDH que neste caso, estando em causa a recusa das autoridades francesas da candidatura de uma mulher a um processo de adopção singular, havia uma violação dos arts. 8.º e 14.º da Convenção, já que a orientação sexual da requerente foi o factor decisivo para tal recusa<sup>26</sup>.

De referir também o acórdão *Gas e Dubois c. França*, de 15 de Março de 2012, onde o TEDH se pronunciou quanto a uma eventual discriminação em razão do sexo quanto à adopção de uma criança, filha de um dos membros da união de facto homossexual (por recurso a técnicas de procriação medicamente assistida), pelo outro membro da união. A lei francesa prevê a possibilidade de adopção “simples” por um dos cônjuges do filho do outro cônjuge. Ora, as requerentes viviam em união de facto homossexual, não beneficiando dessa possibilidade, e, a existir adopção “simples”, o exercício das responsabilidades parentais passaria para a adoptante quando não era isso que se pretendia. O TEDH considerou não haver qualquer violação dos arts. 8.º e 14.º da Convenção, dado que a diferenciação do tratamento era justificada, uma vez que a situação legal de um casal que vive em união de facto homossexual<sup>27</sup> não é a mesma da de duas pessoas casadas.

A evolução no sentido do reconhecimento das uniões de facto entre pessoas do mesmo sexo como constitutivas de vida familiar culminou no acórdão *Schalk e Kopf c. Áustria*, de 24 de Junho de 2010. O TEDH reconheceu que a vida em união de facto entre duas pessoas do mesmo sexo constitui vida familiar (à luz do art. 8.º da Convenção)<sup>28</sup>.

Recentemente, o TEDH, no acórdão *X e outros c. Áustria*, de 19 de Fevereiro de 2013, condenou este país, por violação dos arts. 14.º e 8.º da Convenção, por discriminar um casal do mesmo sexo (mulheres), que vive em união de facto, ao proibir a adopção por um dos conviventes do filho do outro. De facto, considerou que a situação das requerentes, não sendo igual à das pessoas casadas, é idêntica à de casais de sexo diferente que vivem em união de

<sup>26</sup> Entre nós, é admitida a adopção singular sem distinguir a orientação sexual do candidato a adoptante. Tal não invalida que isso seja tomado em consideração pelos serviços de Segurança Social que apreciam os pedidos de adopção. Mas já não é permitida a adopção conjunta de casais homossexuais que vivam em união de facto (v., art. 7.º da Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio), tal como não é permitida a duas pessoas do mesmo sexo casadas (art. 3.º da Lei n.º 9/2010, de 31 de Maio). Na Europa, e seguindo Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família. Direito da Filiação*, vol. II, tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 269, a adopção por casais do mesmo sexo começou por ser permitida na Holanda (desde 2001) e na Espanha (desde 2005), a que podemos acrescentar a Suécia (desde 2003). Entretanto, a admissibilidade de adopção por casais do mesmo sexo foi também aceite noutros países, como na Bélgica e Islândia, desde 2006, na Noruega (2009) e na Dinamarca (2010). A recente aprovação pela Assembleia Nacional francesa do casamento entre pessoas do mesmo sexo veio alterar também a matéria da adopção, admitindo-a a pessoas do mesmo sexo. Fora da Europa, o Canadá admite-a, desde 2005, o Uruguai, desde 2009, a Argentina e a cidade do México, desde 2010, e alguns estados dos EUA.

<sup>27</sup> De referir que no caso concreto, em matéria de adopção “simples”, o tratamento dado à união de facto homossexual é o mesmo da união de facto entre duas pessoas de sexo diferente, não havendo, também por isso, qualquer discriminação (v., acórdão *Gas e Dubois c. França*, de 15 de Março de 2012, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-109572>, § 69, consultado a 9 de Janeiro de 2013).

<sup>28</sup> De mencionar que, apesar da recente interpretação do TEDH no reconhecimento das uniões de facto entre pessoas do mesmo sexo como relações familiares, no caso *Courten c. Reino Unido*, de 4 de Novembro de 2008, o TEDH considerou que, se no Estado contratante não se reconhecer juridicamente as uniões entre pessoas do mesmo sexo, os unidos de facto do mesmo sexo não podem invocar o art. 14.º da Convenção e, em consequência, alegar um tratamento discriminatório face às uniões entre pessoas de sexo diferente, já que as uniões de pessoas do mesmo sexo não estão numa posição análoga às uniões de pessoas de sexo diferente.

Na verdade, o TEDH, não obstante considerar que as uniões de facto entre pessoas do mesmo sexo se incluem, tal como as uniões heterossexuais, no conceito de vida familiar do art. 8.º da Convenção (v., *Schalk e Kopf c. Áustria*, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-99605>, §§ 94 e 95, consultado a 9 de Janeiro de 2013), não impõe aos Estados contratantes a obrigatoriedade de reconhecimento e protecção jurídica de tais uniões. No acórdão *Schalk e Kopf c. Áustria*, o TEDH reconhece que os Estados contratantes devem gozar de uma margem de apreciação quanto às eventuais reformas legislativas nesta matéria (<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-99605>, § 105, consultado a 9 de Janeiro de 2013).

facto e aos quais se permite a adopção por um dos conviventes do filho do outro. A companheira da mãe pretendia adoptar o filho desta, fruto de uma relação anterior, o que foi recusado pelo ordenamento jurídico austríaco que, todavia, reconhece esse direito a pessoas de sexo diferente que vivam em união de facto. Considerando que as duas mulheres viviam em família e que a rejeição da adopção apenas assentava na orientação sexual das requerentes, sem qualquer outra justificação, o TEDH condenou a Áustria ao pagamento de uma indemnização de dez mil euros, por danos não patrimoniais, às requerentes (além das despesas judiciais).

Muito brevemente, o TEDH deverá pronunciar-se no caso *Vallianatos e outros c. Grécia*<sup>29</sup>, que se prende com o regime jurídico grego das uniões de facto (que entrou em vigor em Novembro de 2008). A Lei n.º 3719/2008, no seu art. 1.º, reconhece efeitos jurídicos apenas às uniões de facto entre pessoas de sexo diferente, não sendo, por isso, reconhecidas juridicamente as uniões entre pessoas do mesmo sexo. Atendendo aos arts. 8.º e 14.º da Convenção, invoca-se a discriminação da referida legislação.

## 2. O casamento entre pessoas do mesmo sexo: para onde tende a interpretação do TEDH?

Uma última referência ao reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Apesar dos desenvolvimentos em alguns Estados contratantes, abrindo o acesso ao casamento aos homossexuais<sup>30</sup>, o Tribunal Europeu não tem admitido o casamento entre pessoas do mesmo sexo, não fazendo aqui uma eventual interpretação evolutiva nesse sentido<sup>31</sup>.

O TEDH tem afastado os casais homossexuais do direito a contrair casamento e de constituir família (art. 12.º da Convenção)<sup>32</sup>, não qualificando, pelo menos até ao acórdão *Schalk e Kopf c. Áustria*, de 24 de Junho de 2010, a relação homossexual como constitutiva de vida familiar (art. 8.º), só encontrando protecção no direito à vida privada.

Em todo o caso, não pode esquecer-se que o Tribunal tem defendido a separação dos direitos de casar e a constituir família e, portanto, aquele não é requisito para a constituição desta. Isso mesmo decorre dos acórdãos *Christine Goodwin e I. c. Reino Unido*, de 11 de Julho de 2002, onde o Tribunal Europeu aceitou os argumentos apresentados pelos transsexuais. Além disso, também nesses acórdãos o Tribunal Europeu sublinhou que o art. 9.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia não contém qualquer menção ao sexo dos cônjuges. Portanto, aí se reconheceu que a incapacidade de um casal procriar não poderá privá-lo de casar e a referência ao art. 9.º da referida Carta parece abrir a porta a uma evolução na jurisprudência do Tribunal Europeu.

De facto, a jurisprudência do Tribunal Europeu tende a evoluir nestas matérias, acabando por reconhecer, e por um lado, as relações homossexuais como constitutivas da vida familiar. Se, como o Tribunal Europeu vinha largamente afirmando, a vida familiar não se funda apenas nas relações fundadas no casamento, mas também nas relações de facto assentes na afectividade dos laços interpessoais, nestas podem incluir-se as relações homossexuais. Tal reconhecimento foi consagrado no já referido acórdão *Schalk e Kopf c. Áustria*, de 24 de Junho de 2010.

<sup>29</sup> Pode ler-se em <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-113205>, consultado a 9 de Janeiro de 2013.

<sup>30</sup> O casamento entre pessoas do mesmo sexo é, até esta data, reconhecido na Holanda, Bélgica, Espanha, Portugal, Noruega, Suécia, Islândia, Dinamarca e, muito recentemente, foi aprovado em França; e fora da Europa, na África do Sul, no Canadá, na Argentina, bem como em alguns estados dos E.U.A., do Brasil e na cidade do México. O Uruguai, o Reino Unido e a Escócia têm já projectos no sentido da admissibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo.

<sup>31</sup> De referir que, no acórdão *Tyrer c. Reino Unido*, de 25 de Abril de 1978, o TEDH reconheceu que a Convenção Europeia dos Direitos do Homem "is a living instrument which, as the Commission rightly stressed, must be interpreted in the light of present-day conditions" (<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57587>, § 31, consultado a 9 de Janeiro de 2013). No mesmo sentido, v., por exemplo, o acórdão *Zaunegger c. Alemanha*, de 3 de Dezembro de 2009 (<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-96020>, § 60, consultado a 9 de Janeiro de 2013).

<sup>32</sup> Na decisão de 9 de Outubro de 1989, sobre a queixa n.º 14753/89, de *C. e L.M. c. Reino Unido*, a Comissão reiterou que o art. 12.º integrava apenas o direito ao casamento tradicional entre duas pessoas de sexo diferente. Acompanhamos aqui a exposição de Susana Almeida, *ob. cit.*, pp. 251-258.

Mais, o referido acórdão veio também admitir que o direito a contrair casamento, nos termos do art. 12.º da Convenção, não tem necessariamente de estar reservado aos casais de sexo diferente. Deixa, porém, essa decisão à livre apreciação de cada Estado contratante, não impondo a referida norma uma obrigação para os Estados contratantes no sentido de admitirem o casamento entre pessoas do mesmo sexo<sup>33</sup>.

O reconhecimento jurídico do casamento homossexual em alguns Estados europeus poderá também limitar qualquer interpretação que o Tribunal Europeu faça (ou mantenha) que se traduza num tratamento discriminatório<sup>34</sup>.

### III. Estado da arte

Tendo em consideração as referências feitas às novas formas de família e, em especial, às famílias assentes numa união de facto, entre pessoas de sexo diferente ou do mesmo sexo, a análise das decisões do TEDH, pautadas pelos arts. 8.º, 12.º e 14.º da Convenção, permite aferir da evolução no reconhecimento de tais uniões.

De facto, e em primeiro lugar, o conceito de vida familiar do art. 8.º da Convenção passou a abranger não só as relações matrimoniais heterossexuais, mas também as uniões de facto entre pessoas de diferente sexo ou, até e mais recentemente, do mesmo sexo. Enquanto as uniões de facto entre pessoas de sexo diferente integravam o conceito de vida familiar, o TEDH não enquadrava as relações entre pessoas do mesmo sexo no conceito de vida familiar, ainda que as tutelasse como vida privada. Uma relação homossexual não substanciaria vida familiar, mas sim vida privada, e, assim, a eventual discriminação fundada na orientação sexual implicaria uma ingerência na vida privada e, logo, uma violação do art. 8.º da Convenção. Como vimos, o TEDH reconheceu, pela primeira vez, as uniões de facto entre pessoas do mesmo sexo como constitutivas de vida familiar no acórdão *Schalk e Kopf c. Áustria*, de 24 de Junho de 2010.

Por seu lado, o art. 12.º da Convenção, ao consagrar o direito a contrair casamento e a constituir família, não abrange apenas o casamento tradicional, que implica a procriação<sup>35</sup>, nem exige que, necessariamente, seja entre duas pessoas de sexo diferente<sup>36</sup>.

Em todo o caso, não obstante a porta aberta a uma nova interpretação, o Tribunal Europeu entende que ainda não deve considerar o casamento homossexual como carente de protecção à luz do art. 12.º da Convenção (por princípio, os casais homossexuais não cabem no âmbito deste artigo), conferindo aos Estados contratantes uma margem de apreciação que lhes permite proibir ou admitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

O que parece certo é que qualquer discriminação em função da orientação sexual viola o art. 14.º da Convenção, o que ficou demonstrado na análise exemplificativa que fizemos de algumas decisões do TEDH<sup>37</sup>.

<sup>33</sup> Pode ler-se no referido acórdão que “the Court would no longer consider that the right to marry enshrined in Article 12 must **in all circumstances** be limited to marriage between two persons of the opposite sex (...). However, as matters stand, the question whether or not to allow same-sex marriage is left to regulation by the national law of the Contracting State” (v., <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-99605>, § 61, consultado a 9 de Janeiro de 2013).

<sup>34</sup> Como refere Sarah Lucy Cooper, “Marriage, Family, Discrimination & Contradiction: An Evaluation of the Legacy and Future of the European Court of Human Rights’ Jurisprudence on LGBT Rights”, *German Law Journal*, vol. 12, n.º 10, p. 1747, consultado em [http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol12-No10/PDF\\_Vol\\_12\\_No\\_10\\_1746-1763\\_Articles\\_Cooper.pdf](http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol12-No10/PDF_Vol_12_No_10_1746-1763_Articles_Cooper.pdf), a 9 de Janeiro de 2013, na última década cresceu consideravelmente o número de países que reconheceram as uniões entre pessoas do mesmo sexo, quer como casamento quer legislando especificamente sobre as mesmas.

<sup>35</sup> V., o acórdão *Christine Goodwin c. Reino Unido*, de 11 de Julho de 2002.

<sup>36</sup> V., o acórdão *Schalk e Kopf c. Áustria*, de 24 de Junho de 2010.

<sup>37</sup> Ainda que algumas decisões do TEDH sejam de consistência lógica algo duvidosa, como acontece no acórdão *Schalk e Kopf c. Áustria*, em que se reconhece a união de facto entre pessoas do mesmo sexo como constitutiva de vida familiar, tal como a união de facto heterossexual, mas, paralelamente, não se exige que o Estado contratante adopte legislação que elimine qualquer tratamento discriminatório entre as uniões hetero e homossexuais (v., as declarações de voto de vencido

## Bibliografia Citada

ALMEIDA, Geraldo da Cruz, *Da união de facto. Convivência more uxorio em Direito Internacional Privado*, Lisboa, Pedro Ferreira Editor, 1999.

ALMEIDA, Susana, *O respeito pela vida (privada e) familiar na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: a tutela das novas formas de família*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, ISBN 978-972-32-1596-0.

BUSNELLI, Francesco Donato, "La famiglia e l'arcipelago familiare", *Rivista di Diritto Civile*, ano XLVIII, n.º 4, 2002, pp. 509-529.

CAMPOS, Diogo Leite de, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2.ª ed., reimpressão, Coimbra, Almedina, 2001, ISBN 972-40-0993-9.

CID, Nuno de Salter, "Direitos Humanos e Família: quando os homossexuais querem casar", *Economia e Sociologia*, n.º 66, 1998, pp.189-235.

———. *A comunhão de vida à margem do casamento: entre o facto e o direito*, Coimbra, Almedina, 2005, ISBN 972-40-2642-6.

COELHO, Pereira, "Casamento e família no direito português", in AAVV, *Temas de Direito da Família*, Ciclo de Conferências no Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, Coimbra, Almedina, 1986, pp. 1-29.

COELHO, Pereira/OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2008, ISBN 978-972-32-1547-2.

———. *Curso de Direito da Família. Direito da Filiação*, vol. II, tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, ISBN 972-32-1385-0.

COOPER, Sarah Lucy, "Marriage, Family, Discrimination & Contradiction: An Evaluation of the Legacy and Future of the European Court of Human Rights' Jurisprudence on LGBT Rights", *German Law Journal*, vol. 12, n.º 10, pp. 1746-1763, consultado em [http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol12-No10/PDF\\_Vol\\_12\\_No\\_10\\_1746-1763\\_Articles\\_Cooper.pdf](http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol12-No10/PDF_Vol_12_No_10_1746-1763_Articles_Cooper.pdf), a 9 de Janeiro de 2013.

CORTE-REAL, Pamplona, "Da inconstitucionalidade do Código Civil – artigos 1577.º, 1628.º, alínea e), e disposições conexas – ao vedar o acesso ao instituto do casamento a casais do mesmo sexo", in AAVV, *O casamento entre pessoas do mesmo sexo (três pareceres sobre a inconstitucionalidade dos artigos 1577.º e 1628.º, alínea e), do Código Civil*, Coimbra, Almedina, 2008, ISBN 978-972-40-3452-2, pp. 11-33.

DOPFFEL, Peter/SCHERPE, Jens M., "Gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaft im Recht der nordischen Länder", in AAVV, *Die Rechtsstellung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften*, sob a direcção de Jürgen Basedow/Kaus J. Hopt/Hein Kötz/Peter Dopffel, Tübingen, Mohr Siebeck, 2000, pp. 7-49.

MENDES, Castro, *Direito da Família*, edição revista por Miguel Teixeira de Sousa, Lisboa, AAFDL, 1997.

OLIVEIRA, Guilherme de, "Transformações do Direito da Família", in AAVV, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977. Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, ISBN 972-32-1256-0, pp. 763-779.

PEREIRA, Joel Timóteo Ramos, "União de facto: cessada como se repartem os bens?", <http://www.verbojuridico.net>, consultado a 30 de Abril de 2009.

PICHONNAZ, Pascal, "Le partenariat enregistré: sa nature et ses effets", *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, n.º 4, I, 2004, pp. 389-433.

PITÃO, França, *Unões de Facto e Economia Comum (Comentário crítico às Leis n.ºs 6/2001 e 7/2001, ambas de 11.05)*, Coimbra, Almedina, 2002, ISBN 972-40-1624-2.

---

dos juízes Rozakis, Spielmann e Jebens no mesmo acórdão). Neste sentido pronuncia-se também Sarah Lucy Cooper, *loc. cit.*, pp. 1761 e 1762.



RAUSCHER, Thomas, *Familienrecht*, Heidelberg, C.F. Müller, 2001.

SANTOS, Duarte, *Mudam-se os tempos, mudam-se os casamentos? O casamento entre pessoas do mesmo sexo e o Direito Português*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, ISBN 978-972-32-1733-9.

SUMNER, Ian, "Legal position of same-sex couples in english Law", in AAVV, *Legal recognition of same-sex couples in Europe*, sob a direcção de Katharina Boele-Woelki/Angelika Fuchs, Antwerp – Oxford – New York, Intersentia, 2003, pp. 99-121.

THORN, Karsten, "The german Law on same-sex partnerships", in AAVV, *Legal recognition of same-sex couples in Europe*, sob a direcção de Katharina Boele-Woelki/Angelika Fuchs, Antwerp – Oxford – New York, Intersentia, 2003, pp. 84-98.

XAVIER, M.<sup>a</sup> Rita A. G. Lobo, *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Coimbra, Almedina, 2000, ISBN 972-40-1298-0.

VARELA, Antunes, *Direito da Família*, 5.<sup>a</sup> ed., Lisboa, Livraria Petrony, 1999, ISBN 972-685-083-5.