Homoparentalidade e desafios ao direito: O caso Silva Mouta na justiça portuguesa e no Tribunal Europeu de Direitos Humanos

Gay Parenting and Challenges to the Law: The Silva Mouta Case in the

Portuguese Justice System and the European Court of Human Rights

Homoparentalité et défis lancés au droit : le cas Silva Mouta dans la justice

portugaise et la Cour Européenne des Droits de l'Homme

Cecília MacDowell Santos, Ana Cristina Santos, Madalena Duarte e Teresa Maneca Lima

Edição electrónica

URL: <http://journals.openedition.org/rccs/1437>

DOI: 10.4000/rccs.1437

ISSN: 2182-7435

Editora

Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra

Edição impressa

Data de publicação: 1 dezembro 2009

Paginação: 43-68

ISSN: 0254-1106

Refêrencia eletrónica

Cecília MacDowell Santos, Ana Cristina Santos, Madalena Duarte e Teresa Maneca Lima, « Homoparentalidade e desafios ao direito: O caso Silva Mouta na justiça portuguesa e no Tribunal Europeu de Direitos Humanos », *Revista Crítica de Ciências Sociais* [Online], 87 | 2009, posto online no dia 15 outubro 2012, consultado o 14 novembro 2019. URL : <http://journals.openedition.org/rccs/1437> ; DOI : 10.4000/rccs.1437

**CECÍLIA MACDOWELL SANTOS, ANA CRISTINA SANTOS,
MADALENA DUARTE, TERESA MANECA LIMA**

Homoparentalidade e desafios ao direito: O caso Silva Mouta na justiça portuguesa e no Tribunal Europeu de Direitos Humanos

O presente artigo examina a mobilização judicial em torno do reconhecimento do direito à homoparentalidade e a reconstrução dos direitos humanos à luz do caso Silva Mouta, iniciado nos tribunais portugueses em 1991 e encaminhado para o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) em 1996. Este caso ilustra uma situação de discriminação por orientação sexual, verificando-se a posição contraditória dos tribunais portugueses relativamente ao direito de um pai homossexual de exercer a parentalidade. O caso mostra, ainda, o modo como a mobilização judicial transnacional junto do TEDH, mesmo que individual, pode contribuir para a reconstrução dos direitos humanos e sexuais. O artigo reflecte tensões e disjunções entre diferentes escalas da justiça estatal e interestatal, por um lado, e entre o direito e a sociedade, por outro, num caso que trouxe para o campo judicial desafios sociais e jurídico-políticos decorrentes de reivindicações de minorias sexuais num contexto predominantemente conservador.

Palavras-chave: direito internacional; direitos humanos; discriminação sexual; homofobia; homoparentalidade; homossexualidade; mobilização judicial; parentalidade; transnacionalismo.

1. Introdução

Nas últimas décadas, acentuadas transformações socioculturais têm desafiado a concepção tradicional de família, em que a heterossexualidade é vista como norma. A crescente visibilidade social de “novas formas de família” (Almeida, 2008: 15-16), e em particular de famílias compostas por pessoas do mesmo sexo ou de parentalidades exercidas por indivíduos que não se auto-definem como heterossexuais, é um fenómeno recente que traz desafios ao direito e aos tribunais, nomeadamente o reconhecimento jurídico do direito à diferença e à não-discriminação com base na orientação sexual. A homoparentalidade ilustra este desafio ao ser reivindicada como

um direito de família e como um direito sexual e humano.¹ Mas se considerarmos, como afirma Fineman (1993), que o direito é um instrumento de preservação e legitimação de uma ideologia heteronormativa hegemónica, poderá a mobilização judicial desafiar o próprio direito e contribuir para a reconstrução dos direitos humanos reivindicados pelas minorias sexuais? De que maneira poderá fazê-lo, com que potencialidades e com que limites para a transformação social e jurídica?

O artigo aborda esta questão a partir da análise do caso de João Salgueiro da Silva Mouta (daqui em diante, caso Silva Mouta), iniciado nos tribunais portugueses em 1991 e encaminhado para o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) em 1996.² Em causa estava uma disputa judicial em torno do poder parental de um pai homossexual. Em 1999, o Estado português foi condenado pelo TEDH por discriminação em função da orientação sexual. O TEDH considerou que existiu violação do art. 8.º (respeito pela vida privada e familiar) e do art. 14.º (diferença de tratamento e discriminação) da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), determinando uma indemnização por danos morais.³

O caso Silva Mouta ganhou grande repercussão nos meios de comunicação social e trouxe visibilidade ao debate sobre a homoparentalidade.⁴ Este debate surgiu, em Portugal, no conjunto de direitos reivindicados pelo movimento lésbico, gay, bissexual e transgénero (LGBT) a partir da década de 1990. Nesse contexto, o direito à homoparentalidade assumiu diversas formas, estando frequentemente associado a debates sobre união de facto ou casamento civil e, de uma forma mais específica, a discussões relativas a adopção, procriação medicamente assistida e custódia partilhada.

¹ As relações homoparentais estabelecem-se por inúmeras vias: filiação natural, o/a filho/a biológico/a de um dos membros do casal, reprodução assistida, fecundação *in vitro*, inseminação artificial e adopção monoparental ou conjunta. Homoparentalidade é um neologismo criado em 1997 pela Associação de Pais e Futuros Pais Gays e Lésbicas (APGL), em Paris, nomeando a situação na qual pelo menos um adulto que se auto-designa homossexual é (ou pretende ser) pai ou mãe de, no mínimo, uma criança.

² O estudo deste caso insere-se no âmbito do projecto de investigação “Reconstruindo Direitos Humanos pelo Uso Transnacional do Direito? Portugal e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos”, coordenado por Cecília MacDowell Santos, sediado no Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra e financiado pela Fundação para a Ciência e Tecnologia (Projecto PTDC/SDE/65652/2006).

³ Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal (No. 33290/96), 21 de Dezembro de 1999. O texto completo da decisão pode ser consultado em <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portugal.asp?sessionId=51063939&skin=hudoc-en&action=request>, através do número de caso 33290/96.

⁴ De que são exemplo as notícias da *Revista Expresso*, “Filha de um deus menor”, de 25 de Julho de 1994; da TVI, de 05 de Outubro de 1996, que dava conta de um processo contra Portugal junto do TEDH; do *Jornal de Notícias*, “E se fosse antes o dia dos Direitos dos Homens?”, de 19 de Março de 2005; e do *Jornal Portugal Diário*, “Ficar sem o filho por ser gay”, de 25 de Julho de 2007. Este caso foi ocupando algum espaço na imprensa escrita e falada ao longo de todas as fases da batalha judicial e inclusive mais recentemente, sendo referido em jornais de tiragem nacional e europeia.

O caso criou jurisprudência e constituiu um marco histórico na justiça europeia. A decisão do TEDH revestiu-se, também, de uma importância central no argumentário do movimento LGBT português em questões de homoparentalidade (Santos, 2008a e 2008b). Traduziu, entre outras coisas, um uso individual do direito simultaneamente ancorado em conhecimentos de direito internacional dos direitos humanos adquiridos também por via da globalização destes e do activismo LGBT.

Este artigo procura contribuir para os estudos sobre a homoparentalidade e o direito ao analisar o modo como a mobilização judicial, mesmo que individual, no âmbito dos tribunais nacionais e do TEDH contribuiu para a reconstrução do direito à homoparentalidade e dos direitos humanos. No caso em questão examinamos a forma como as justiças portuguesa e europeia responderam à demanda por direitos de minorias sexuais, definiram os conceitos de parentalidade, de família, de melhor interesse da criança, de discriminação e, em última instância, de direitos humanos. O artigo baseia-se na análise de conteúdo dos processos nacionais relativos ao caso Silva Mouta, da sentença do TEDH e das entrevistas realizadas com as partes envolvidas no caso.⁵

Na esteira dos estudos críticos sobre direito e sociedade, concebemos o processo judicial como um espaço de lutas interpretativas e de lutas de poder, onde os direitos e as próprias identidades sexuais são negociados e construídos (Richman, 2002 e 2007). De facto, a batalha judicial travada por Silva Mouta, desde os tribunais nacionais até ao TEDH, pode ser entendida como um espaço de negociação, quer de identidades, quer de direitos – de identidades, na medida em que Silva Mouta, ao longo de todo o processo, foi adquirindo maior conhecimento e força individual para defender tanto a sua orientação sexual como o seu direito parental; de direitos, uma vez que este caso contribuiu para uma jurisprudência inovadora em termos de direitos humanos, ainda que limitada à questão da homoparentalidade e ambígua em relação ao reconhecimento da diversidade familiar. Sublinhamos, porém, que há uma relação complexa e subtil entre o processo judicial e o reconhecimento não só de direitos como de identidades – neste caso sexuais. A homossexualidade foi usada por Silva Mouta como argumento de negociação e afirmação positiva de sua identidade. Mas esta negociação não colocou a identidade sexual no centro do processo judicial. O principal objecto da disputa centrou-se no direito à não-discriminação e não no direito à diferença identitária.

⁵ Agradecemos a todas as pessoas que nos concederam entrevistas e cópias de documentos, especialmente a João Salgueiro da Silva Mouta. Somos gratas também aos comentários recebidos, através de um parecer anónimo, da *Revista Crítica de Ciências Sociais*.

Para além de reconstruir direitos e identidades, a análise de discursos em diferentes escalas de actuação da justiça revela a contradição existente no direito português no que toca à homoparentalidade e ao direito à não-discriminação com base na orientação sexual. Evidencia, também, a forma como o direito europeu, por via da jurisprudência do TEDH, trouxe desafios ao direito nacional. O artigo reflecte, assim, tensões e disjunções entre diferentes escalas da justiça estatal e interestatal,⁶ por um lado, e entre o direito e a sociedade, por outro, donde a possibilidade de um enquadramento jurídico progressista dos direitos humanos e sexuais num contexto social e judicial predominantemente conservador.

O artigo está dividido em cinco partes. Na primeira apresentamos os discursos das partes envolvidas no caso Silva Mouta no Tribunal de Primeira Instância – o Tribunal de Família de Lisboa – analisando a argumentação que esteve na base da decisão, em que os juízes deste tribunal deram um significado ao “bem-estar da criança” independentemente da identidade sexual do pai. Na segunda parte analisamos a decisão do Tribunal da Relação, na qual se assiste a um volte-face e a argumentação surge em torno do “desvio” e da “negação” do direito à parentalidade com base na orientação sexual do pai. A terceira parte, centrada na decisão do TEDH, procura mostrar a importância deste caso em termos de defesa e promoção de direitos humanos, tendo permitido uma dupla reconstrução – dos direitos humanos, por um lado, e dos direitos sexuais, por outro, aparecendo os primeiros como moldura de reconstrução mais ampla dos segundos, e estes transformando e alargando a compreensão e concepção do direito humano à não-discriminação. Na quarta parte procedemos a uma reflexão acerca da forma como o caso Silva Mouta contribuiu para a reconstrução dos direitos humanos e sexuais, bem como do conceito de “família” emanado do próprio TEDH. Concluímos com considerações sobre o impacto que a decisão do TEDH teve em Portugal, reflectindo sobre as potencialidades e os limites da mobilização judicial dos direitos humanos para a promoção de mudanças sociais.

2. O reconhecimento da não-discriminação na justiça portuguesa: a decisão do Tribunal de Família

João Salgueiro da Silva Mouta casou em 1983 e dessa união nasceu uma filha. Em 1990 separou-se e passou a viver com um homem. No âmbito do processo de divórcio, em 1991, Silva Mouta estabeleceu um acordo com a

⁶ Por justiça interestatal entendemos a justiça criada e administrada por um conjunto de Estados, como é o caso do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

ex-mulher relativo à regulação do poder parental, onde a menor ficou a cargo da mãe, beneficiando o pai do direito de visita. Contudo, este direito nunca foi exercido por recusa da mãe da menor. Em Março de 1992 Silva Mouta solicitou ao tribunal nova regulação, alegando que a sua filha não se encontrava a viver com a mãe, tal como tinha ficado estabelecido no acordo anterior, mas sim com os avós maternos. A mãe contestou esse pedido alegando práticas de abuso à integridade física e moral da menina, primeiro por parte do pai e, posteriormente, por parte do seu companheiro. Desde o início do processo Silva Mouta revelou a sua orientação sexual.

O Tribunal de Família e Menores, após a realização de exames à menor, ao pai e seu companheiro, à mãe e aos avós maternos, decidiu atribuir a guarda da criança ao pai, tendo concluído que os argumentos usados pela mãe para contestar o pedido não tinham encontrado fundamentos nos exames psicológicos. O tribunal afirmou mesmo que:

A mãe mantém a sua postura pouco colaborante, sendo de todo improvável que a mude, desrespeitando, sucessivamente, as decisões do Tribunal. Forçoso é concluir-se que a mesma (a mãe) não se mostra, nesta altura, capaz de propiciar a M. a vivência equilibrada e tranquila que esta necessita. O pai mostra-se, nesta altura, mais capaz de o fazer. Para além de dispor de condições económicas e habitacionais para a ter consigo, mostra-se capaz de lhe transmitir os factores de equilíbrio de que esta necessita e respeitar o direito da menor em continuar a conviver regular e assiduamente com a mãe e os avós maternos, a quem se mostra, indubitavelmente, bastante ligada. (Sentença do Tribunal de Família de Lisboa, 14/7/1994)

Esta decisão do Tribunal de Primeira Instância mostra a forma como os juízes reconheceram o direito à não-discriminação, não condicionando o debate em torno do “interesse da criança” à orientação sexual do pai. Apesar de não haver discutido o conceito de homoparentalidade, esta decisão deixa implícito o seu reconhecimento, corroborando a conclusão dos relatórios técnicos e psicológicos no sentido de que o facto de o pai viver com uma pessoa do mesmo sexo não diminuía a sua capacidade de cuidar da filha e a qualidade do seu relacionamento com esta. Tal decisão veio ao encontro de alguns dos argumentos presentes na literatura internacional sobre a homoparentalidade e a associação entre a homossexualidade dos pais/mães e o cuidado em relação aos/as filhos/as. Vários estudos sublinham como determinante de boa parentalidade a capacidade de cuidar e a qualidade do relacionamento com os/as filhos/as, independentemente da orientação sexual dos pais e das mães (Donavan e Wilson, 2005; Gartner, 2007; Norrie, 2005).

A decisão do Tribunal de Primeira Instância mostra o que tem vindo a ser a tendência desde os finais dos anos 1980, com os tribunais a agirem em nome do “melhor interesse da criança” independentemente da orientação sexual dos pais e das mães. Estes tribunais passaram, assim, a conceder a guarda de menores, em caso de divórcio, a mães lésbicas, indo contra os debates em torno do estigma social que as crianças no seio das famílias compostas por pessoas do mesmo sexo poderiam alegadamente sofrer (Gesing, 2004). Neste sentido, a decisão do tribunal português tornou-se inovadora e desafiadora dos discursos e práticas instituídas, uma vez que a orientação sexual de uma das partes não foi utilizada como argumento na atribuição da guarda da menor.

Contudo, Silva Mouta refere que, apesar de a sua orientação sexual não ter sido usada como argumento por parte dos juízes, sentiu necessidade de provar que essa orientação não era incompatível com os seus direitos de pai:

O meu processo tem a ver com uma especificidade dentro da regulação do exercício do poder paternal, que é a questão da orientação sexual. [...] E portanto, um dos meus trabalhos [...] foi demonstrar ao tribunal de família que a minha orientação sexual não era de forma alguma impeditiva para poder ter, no mínimo, visitas. Depois eu percebi que não era impeditivo de coisa nenhuma. (Silva Mouta, entrevista realizada a 27/09/2008)

Podemos então afirmar que, neste espaço de litigação, a homossexualidade foi usada por Silva Mouta como argumento de negociação e afirmação positiva de uma identidade (Richman, 2002). O tribunal acatou este argumento.

Para além de inovadora, esta decisão facilitou a visibilidade da homoparentalidade na sociedade portuguesa, permitindo também o reconhecimento da não-discriminação em função da orientação sexual – incluída enquanto princípio constitucional desde 2004 – e, de um modo mais abrangente, o reconhecimento de alguns direitos LGBT. Antes mesmo de ter sido proferida a decisão judicial, o processo foi objecto de notícia, por exemplo, na *Revista Expresso* que, sob o título “Filha de um deus menor”, referia o caso Silva Mouta nos seguintes termos:

O processo está a ser julgado [...] e tem sido muito complicado. Curiosamente, os relatórios técnicos e psicológicos que acompanham o processo dizem que a Maura deve ficar com o pai e que deve conviver com ele. [...] O juiz ainda não proferiu a sentença, mas se a guarda da Maura for atribuída ao pai será a primeira vez que a justiça portuguesa entrega a tutela de uma criança a um progenitor homem e homossexual. (*Revista Expresso*, n.º 1134, de 25 de Junho de 1994, p. 36)

Se nos centrarmos nas questões em torno dos direitos LGBT, constatamos que, à data dos acontecimentos, o texto da Constituição da República Portuguesa (CRP) no que concerne à não-discriminação (art. 13.º) não incluía de forma explícita a orientação sexual.⁷ Aliás, nenhuma das normas internacionais de protecção dos direitos humanos apresentava nos seus textos, de forma explícita, a referência à proibição da discriminação com base na orientação sexual.⁸

Mas a ausência de protecção explícita na Constituição Portuguesa não significava que a orientação sexual não estivesse implicitamente contemplada. Por exemplo, e no que se refere ao direito constitucional, a discriminação com base na orientação sexual é uma forma de discriminação, aspecto que o artigo 26.º proíbe.⁹ Esta foi precisamente a argumentação utilizada por Silva Mouta em sua defesa:

[já] na constituição estava tudo garantido... uma das coisas que eu utilizei logo, no processo de família, foi exactamente a desmontagem dessa ausência, ou seja, o elenco que está no artigo 13.º [CRP], assim como o elenco dos diferentes motivos de discriminação que estão na Declaração Universal dos Direitos Humanos, ou na Convenção Europeia, não é exaustivo... é meramente indicativo, e a interpretação subjacente do legislador, à data, refere-se ao “nomeadamente”, e essa expressão diz tudo. Portanto, aqueles são alguns dos itens, talvez os mais utilizados, os mais gritantes, os mais aplicáveis à data da feitura do documento, mas não são exaustivos, logo outros motivos de discriminação estão lá, no meu entender. Portanto, eu peguei nisso, esta foi também uma das bases da minha argumentação [no processo nacional]. (Silva Mouta, entrevista realizada a 27/09/2008)

⁷ Em 24 de Julho de 2004 foi publicada em Portugal a Lei n.º1/2004, que alterou a Constituição da República Portuguesa, tornando nesta explícita a discriminação com base na orientação sexual, até então não contemplada. Nos termos desta alteração: “Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de (...) orientação sexual” (art. 13.º).

⁸ A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, não refere a protecção de direitos sexuais e o mesmo é válido para as normas internacionais que nasceram desta declaração. Apenas a Convenção para os Direitos das Crianças, de 1989, contém referência, embora que limitada, aos direitos sexuais, uma vez que obriga os Estados a combater a exploração sexual de menores (Helmut-Graupner, 2005: 109). No âmbito regional, porém, já no início da década de 1980, a Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa estabeleceu uma recomendação pioneira ao considerar os direitos LGBT como direitos humanos (Recomendação 924/1981), solicitando aos Estados-membros, entre outras coisas, que “garantam direitos de custódia e visita aos pais e mães lesbígays” (Santos, 2005: 65).

⁹ Este artigo foi alterado em 1997 de forma a reconhecer a qualquer indivíduo o “direito a... protecção legal contra qualquer forma de discriminação”. No entanto, o princípio da igualdade e não-discriminação não é considerado por si, e de forma geral, um direito fundamental. Apenas é tido como um princípio norteador dos direitos protegidos constitucionalmente.

3. Na contramão da história: o Tribunal da Relação e a discriminação com base na orientação sexual

Se a decisão do Tribunal de Primeira Instância pareceu inovadora e desafiadora face aos saberes e discursos instituídos, certo é que com o recurso da mãe da menor a um tribunal superior assistimos a um volte-face na história. Em 9 de Janeiro de 1996, o Tribunal da Relação de Lisboa atribuiu a guarda da menor à mãe e fixou os termos do direito de visita ao pai. Pode ler-se no acórdão o seguinte:

Contestou a requerida não só a pretensão do requerente como invocou factos tendentes a demonstrar que a criança não deve estar na companhia do pai por este ser pederasta e viver em mancebia com outro homossexual. (Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo n.º 441/95)

Para fundamentar a sua decisão, o Tribunal da Relação fez-se valer de alguns dispostos legais, nomeadamente os respeitantes ao processo de divórcio e constantes no Código Civil:

Nos casos de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento, destino do filho, os alimentos devidos e a forma de os prestar serão regulados por acordos dos pais, sujeito a homologação do Tribunal. A homologação será recusada se o acordo não corresponder ao interesse do menor, incluindo o interesse deste em manter com aquele progenitor a quem não seja confiado, uma relação de grande proximidade. (art. 1905.º, n.º 1)

Acrescenta o n.º 2 que, na falta de acordo, o tribunal decidirá de acordo com “os interesses do menor, incluindo o de manter uma relação de grande proximidade com o progenitor a quem não seja confiado, podendo a sua guarda caber aos pais ou [...] a terceira pessoa ou estabelecimento de educação ou assistência”.

Perante os factos apresentados e a regulamentação portuguesa relativa aos direitos de menores e família, o Tribunal da Relação de Lisboa entendeu que a menor deveria ficar com a mãe. Ao analisarmos o texto do acórdão do Tribunal da Relação constatamos que esta decisão não foi tomada por terem sido provadas as alegações da mãe, mas porque o pai era homossexual e vivia com outro homem. Os juízes sustentaram esta decisão afirmando ser consensual que em matéria de regulação do poder parental deve, acima de tudo, prevalecer “o interesse do menor”, com total abstracção dos interesses, por vezes egoísticos, dos seus progenitores. Mas como foi definido este interesse? Nas palavras dos juízes, o julgador deve em cada caso

atender aos valores familiares, educativos e sociais dominantes na comunidade em que o menor se acha inserido.

Verifica-se, assim, que o “interesse da criança” foi definido de acordo com uma interpretação subjectiva acerca dos valores dominantes da sociedade e não com o que poderia ser, de facto, o melhor para a criança. Os juízes deste tribunal foram ainda mais longe e vincularam a defesa dos interesses da menor à ponderação da homossexualidade do pai enquanto factor negativo determinante para a decisão sobre a atribuição do poder parental:

Que o pai da menor, que se assume como homossexual, queira viver em comunhão de mesa, leito e habitação com outro homem, é uma realidade que se terá que aceitar, sendo notório que a sociedade tem vindo a mostrar-se cada vez mais tolerante para com situações deste tipo, mas não se defenda que é um ambiente desta natureza o mais salutar e adequado ao normal desenvolvimento moral, social e mental de uma criança, designadamente dentro do modelo dominante na nossa sociedade [...] A menor deve viver no seio de uma família, de uma família tradicional portuguesa, e esta não é, certamente, aquela que seu pai decidiu constituir, uma vez que vive com outro homem, como se de marido e mulher se tratasse. [...] Estamos perante uma anormalidade e uma criança não deve crescer à sombra de situações anormais.

[...] A circunstância de a menor ficar privada de contacto com o pai, constitui um factor de risco para o seu bom desenvolvimento e equilíbrio psicológico, actual e futuro. E bom será que a mãe compreenda e aceite esta realidade, sob pena de, afinal, ficar em causa a sua própria idoneidade para exercer o poder paternal [...]. (Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo n.º 441/95)

Este discurso mostra que, apesar de não quererem discutir a noção de família, os juízes acabaram por reconhecer a existência de famílias compostas por pessoas do mesmo sexo, mas sem lhes conferirem legitimidade jurídica. De facto, como observa Kukura (2006), a família continua a ser percebida como uma instituição tradicional, correspondendo ao modelo da família nuclear e heterossexual: um pai, uma mãe e filhos. Contudo, contributos dos estudos antropológicos têm mostrado que a instituição família e a filiação vêm sofrendo mudanças culturais ao longo do tempo, passando a ser um local privilegiado de diferentes formas de afectividade (Ariés, 1981; Donzelot, 1986; Almeida, 2005; Ryan-Flood, 2005; Zambrano, 2006; Zambrano *et al.*, 2006). Dentro de novas concepções de família e filiação emerge a família homoparental (Zambrano *et al.*, 2006). Com a alteração do modelo tradicional de família surgem desafios ao próprio direito, no sentido de o impelir a acompanhar estas novas configurações, criando novas

possibilidades legais de conjugalidade e filiação de forma a não as deixar à margem da protecção do Estado.

Apesar de estas mudanças serem uma realidade, Dias (2001a e 2001b) afirma que o campo jurídico não as reconhece. Bruns e Santos (2006) sugerem que o campo jurídico e judiciário terá que rever o direito de família, a fim de dar o devido respaldo a situações reais. Estamos perante o que Santos (1995) designa por desfasamento entre as normas jurídicas e as práticas sociais. Nesse sentido, a problemática da homoparentalidade desafia o direito (Gesing, 2004; Infanti, 2008).

A decisão do Tribunal da Relação não deixou de reconhecer que Silva Mouta constituiu uma família com o seu companheiro “em termos análogos às dos cônjuges”, embora esta nova família tenha sido considerada “anormal” e por isso prejudicial ao desenvolvimento da criança. Nestes termos, como Silva Mouta expressou:

Na minha opinião os juízes do Tribunal da Relação de Lisboa fizeram uma interpretação [de família], ele vive com um homem e tem uma filha, que lhe foi confiada pelo Tribunal de Família, e isto é a família dele. Dizem isto, sem querer dizer. Aquilo escapou. (Silva Mouta, entrevista realizada a 27/09/2008)

Em relação ao “interesse da criança”, o Tribunal da Relação condicionou-o ao facto de o pai ser homossexual e manter uma relação com outro homem. O direito à família também foi negado a Silva Mouta com base na sua orientação sexual. Nas palavras deste: “[...] pura e simplesmente o preconceito prevaleceu e o colectivo de juízes fechou os olhos” (Silva Mouta, entrevista realizada a 27/09/2008).

Esta decisão chamou a atenção dos meios de comunicação social e o caso trouxe para a cena política e social o debate em torno dos direitos LGBT e o direito à não-discriminação. Ao longo da última década, estes temas têm sido sobretudo protagonizados pelo activismo LGBT português na esteira de eventos que lhe são externos, tais como a agenda político-partidária conducente à discussão parlamentar de determinado assunto, como as uniões de facto entre 1997 e 2001 (Santos, 2005), a procriação medicamente assistida em 2006 (Santos, 2008a), ou a aprovação da lei do casamento civil em Espanha em 2005 (Almeida, 2009).¹⁰

¹⁰ A centralidade política do tema do casamento civil em Portugal é patente em campanhas eleitorais recentes, nas quais a cisão entre pólos partidários se tem operado em larga medida por via de posicionamentos opostos nesta matéria. Contudo, a pressão externa sobre a agenda interna do movimento tem vindo a transformar-se, assistindo-se progressivamente a um movimento cada vez mais proactivo e participante, empenhado em criar acontecimentos que suscitem reacções sociais e respostas políticas (Santos, 2008a).

Este debate marcou os anos 1990 um pouco por todo o mundo, tendo favorecido importantes mudanças jurídicas no âmbito europeu e em alguns países da Europa. Por exemplo, em 1993, a Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa reiterou o seu compromisso com os direitos humanos LGBT – pela primeira vez manifestado na Recomendação 924/1981 – ao proferir a declaração escrita n.º 227, determinando que se leve em consideração a existência de legislação ou prática nacional anti-homossexual quando países se candidatam ao estatuto de membro. Actualmente, uma das condições de adesão é a abolição de legislação discriminatória contra a homossexualidade (Santos, 2005: 65 ss.). Segundo Almeida (2009), o TEDH também tem desempenhado um papel de extrema importância na evolução do direito de família europeu, na medida que os ordenamentos internos dos Estados não têm ficado indiferentes às suas decisões, quer coagida, quer voluntariamente. Em diversos países, a união civil homossexual foi reconhecida, tendo como ápice a legislação holandesa que entrou em vigor em Maio de 2001, permitindo e regulamentando não apenas o casamento entre pessoas do mesmo sexo, como também a adopção de crianças.

Foi neste cenário de mudanças sociais e jurídicas que a decisão do Tribunal da Relação de Lisboa constituiu um volte-face na história, retomando o argumento conservador de que as crianças filhas de pais e mães homossexuais teriam maior propensão a tornarem-se homossexuais e que o aumento do número de homossexuais seria um “perigo” para a sociedade. Contudo, de acordo com Gesing (2004), os tribunais europeus continuam a usar este tipo de argumento para discriminar os casais homossexuais e negar o direito ao reconhecimento jurídico de uma família. Assim, o Tribunal da Relação de Lisboa reflectiu uma posição conservadora que parece ainda prevalecer nos tribunais.

Foi também neste cenário de tensões entre mudanças e conservadorismo que Silva Mouta tomou a iniciativa de enviar o seu caso ao TEDH, obtendo uma decisão que fez história na jurisprudência dos direitos humanos na Europa.

4. O caso Silva Mouta no Tribunal Europeu de Direitos Humanos

Ao reflectir sobre as razões que o motivaram a mobilizar o TEDH, Silva Mouta relatou-nos que, em primeiro lugar, sentiu o “desejo de justiça que decorre do profundo sentimento de injustiça”. Também o motivou o “inconformismo” associado a um “sentimento de revolta”. Por último, a “conjectura” ou suposição de que o seu direito era um direito humano e poderia

ser reconhecido pelo TEDH.¹¹ Esta suposição tinha fundamento no contexto das mudanças que então aconteciam na forma como a homossexualidade passava a ser tratada por algumas organizações internacionais. “Estávamos em 1996”, explicou Silva Mouta, “1994 havia sido o Ano Internacional da Família. Nesse mesmo ano de 1994 o Parlamento Europeu havia emitido uma resolução sobre a igualdade de direitos dos homens e mulheres homossexuais na CE”. Além disso, “a OMS – Organização Mundial de Saúde, em 1991 e 1993, conjuntamente com a revisão e publicação da 10ª edição da Classificação Internacional de Doenças – CID 10, deixou de considerar a homossexualidade como doença” (Silva Mouta, 2009).

O discurso dos direitos humanos, por sua vez, globalizava-se e era apropriado pelos movimentos sociais, inclusive o activismo LGBT. Silva Mouta beneficiou da circulação deste discurso e começou a procurar informações no Centro de Informação Europeia Jacques Delors, em Lisboa. O contacto com esta organização e com o Aire Centre – Active on Individual Rights in Europe foi “determinante para conhecer as colectâneas de jurisprudência do TEDH”.¹² Graças ao conhecimento adquirido através destas organizações e ao apoio que recebeu do companheiro e da advogada, encaminhou uma queixa contra o Estado português junto do TEDH em 12 de Fevereiro de 1996 (Caso Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal, queixa n.º 33290/96).¹³

Silva Mouta recorreu ao TEDH censurando o Tribunal da Relação por ter atribuído à ex-mulher, em seu detrimento, o exercício do poder parental relativo à sua filha unicamente em função da sua orientação sexual. Alegou que esta decisão violava o disposto no artigo 8.º (respeito pela vida privada e familiar) e artigo 14.º (não discriminação) da CEDH. O artigo 8.º da CEDH dispõe que:

1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.

2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico

¹¹ Estas informações baseiam-se na apresentação realizada por Silva Mouta no Seminário Internacional “Direitos Humanos e Mobilização Jurídica Transnacional no Contexto Europeu”, organizado na Universidade de Coimbra, em 3 de Julho de 2009, no âmbito do projecto de investigação “Reconstruindo Direitos Humanos pelo Uso Transnacional do Direito? Portugal e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos”.

¹² *Ibidem*.

¹³ Embora o acesso ao TEDH seja gratuito e o preenchimento da queixa seja simplificado, o facto de Silva Mouta estar em uma posição socioeconómica que pode ser classificada como pertencente à classe média portuguesa certamente facilitou o seu acesso ao TEDH.

do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros.

Em primeiro lugar, o TEDH considerou a anulação da decisão do Tribunal de Primeira Instância, por parte do Tribunal da Relação, como uma ingerência no direito ao respeito pela vida familiar. Em segundo lugar, considerou existirem factos para poder enquadrar a questão no âmbito do artigo 8.º conjugado com o artigo 14.º, que refere:

O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção devem ser assegurados sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação.

O Estado português defendeu a decisão do Tribunal da Relação e a interpretação do colectivo de juízes. Desta forma, o Estado não reconheceu que tenha existido alguma interferência quanto ao desenvolvimento da personalidade de Silva Mouta ou a forma como este desenvolve o seu projecto de vida, em particular em matéria sexual.¹⁴ Por outro lado, argumentou que, tratando-se da vida familiar, os Estados contratantes dispõem, em matéria de poder parental, de uma larga margem de apreciação no prosseguimento dos fins legítimos previstos no n.º 2 do mesmo artigo. Argumentou ainda que a decisão do Tribunal da Relação se baseou no “interesse da criança”.

O Estado português implicitamente justificou o acto discriminatório como sendo necessário para garantir o “melhor interesse da criança” e o bem-estar desta, indo mais longe ao afirmar que o Tribunal da Relação visara um fim legítimo necessário numa sociedade democrática. Em suma, o Estado português concluiu que o Tribunal da Relação não tinha discriminado Silva Mouta em função da sua orientação sexual, tendo apenas agido no interesse da menor.

A posição do TEDH, por sua vez, refere que o art. 14.º da CEDH proíbe tratar de modo diferente, salvo justificação objectiva e razoável. Na análise dos factos, o TEDH não negou que o Tribunal da Relação tenha tido em conta o interesse da menor na apreciação dos vários dados. Contudo, ao anular a decisão do Tribunal de Primeira Instância e atribuir o poder parental à mãe em detrimento do pai, o Tribunal da Relação introduziu um novo

¹⁴ Cf. Caso Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal (queixa n.º 33290/6), acórdão de 21 de Dezembro de 1999.

elemento, o facto de Silva Mouta ser homossexual e viver com um homem. Para o TEDH existiu uma diferença de tratamento entre Silva Mouta e sua ex-mulher, que não se baseou numa justificação objectiva e razoável, ou seja, não se perseguiu um objectivo legítimo e não existiu uma relação de razoável proporcionalidade entre os meios empregues e o fim visado.

A decisão do TEDH veio ao encontro das alterações a nível jurídico relativamente à homossexualidade. Para Borrillo (2005: 68), passou-se da penalização da homossexualidade à penalização da discriminação dos/as homossexuais. Esta mudança é entendida, segundo Hale (2005), como um reconhecimento jurídico e gradual da homossexualidade. Borrillo e Hale explicam que os primeiros passos desta mudança foram dados ao nível do direito penal com a despenalização das relações sexuais entre homens adultos, passando-se depois para o campo do direito civil, com a proibição da discriminação contra homossexuais no emprego e, por fim, para o campo do direito de família, com o aparecimento de leis aplicáveis a casais homossexuais e o reconhecimento de relações parentais entre pais e mães homossexuais e os seus filhos.¹⁵ De acordo com Hale (2005), estas mudanças têm contribuído para a igualdade de tratamento entre casais heterossexuais e casais do mesmo sexo.

Perante estas evoluções, a decisão do TEDH revelou-se bastante importante na consolidação da proibição da discriminação em função da orientação sexual e um passo também relevante no enquadramento dos direitos das minorias sexuais enquanto direitos humanos. Como comentou Nigel Warner, dirigente da ILGA-Europa:

Foi extremamente importante por duas razões. Uma foi porque significou o começo de um alargamento dos julgamentos para além do direito criminal [...] é um caso muito, muito importante porque nos transporta para o direito da família, para o direito à paternidade. Mas foi também imensamente importante porque o Tribunal olhou para o caso e [...] a sua única preocupação foi “terá o tribunal português discriminado com base na orientação sexual?”. E o governo português defendeu-se, dizendo que não. Mas o Tribunal Europeu disse “discriminou sim, e a discriminação com base na orientação sexual não é aceitável no âmbito da Convenção”. E ponto final. [...] (Entrevista realizada por Ana Cristina Santos a Nigel Warner, dirigente da Ilga-Europa, *apud* Santos, 2005: 68-69)

¹⁵ Não queremos com isto afirmar que a proibição da discriminação em função da orientação sexual e da identidade de género tenha sido totalmente alcançada por todos os países da União Europeia. Para além da legislação laboral, onde persistem discriminações, o direito da família permanece uma área fortemente heteronormativa, como temos vindo a defender ao longo deste texto.

Dito de outro modo, o caso Silva Mouta permitiu, para além da discussão sobre o conceito de família, uma discussão em termos dos direitos humanos. Esta discussão conduziu a uma expansão do significado da CEDH, reconhecendo direitos que até então não estavam contemplados nas normas internacionais de direitos humanos.

A decisão confirma uma mudança no que toca a tomar decisões que se baseiem no argumento de que entregar uma criança a um pai gay ou a uma mãe lésbica põe em risco o bem-estar da criança. Ainda que este argumento continue a ser usado em decisões judiciais, em finais da década de 1990 muitos tribunais europeus e norte-americanos passaram a rejeitar as decisões que excluía os casais do mesmo sexo de benefícios que os casais heterossexuais detinham (Norrie, 2001 e 2005). Pela mesma altura, a interpretação judicial dos instrumentos de direitos humanos trouxe a orientação sexual para o campo da não-discriminação. Esta alteração foi então confirmada pela decisão do TEDH no caso Silva Mouta.

Por outro lado, o caso permitiu que a orientação sexual *per si* seja, em princípio, inteiramente irrelevante para as questões que perpassam o direito de família (Norrie, 2001), forçando o/a legislador/a, o/a juiz/a e outros/as aplicadores/as do direito a esvaziar-se das suas assumpções pessoais e particulares que ou discriminam directamente ou assumem a hegemonia da heteronormatividade e negam a igualdade de tratamento a pessoas LGBT. Tal princípio coexiste, porém, com leituras enviesadas do direito, ilustradas por decisões da justiça portuguesa posteriores ao caso Silva Mouta, de que são exemplo o acórdão proferido em 2003 pelo Supremo Tribunal de Justiça. Neste acórdão afirmou-se que a natureza dos actos homossexuais entre adultos e menores

é (...) objectivamente mais grave do que a prática de actos heterossexuais com menores [porque] são substancialmente mais traumatizantes por representarem um uso anormal do sexo, condutas altamente desviantes, contrárias à ordem natural das coisas, comprometendo ou podendo comprometer a formação da personalidade e o equilíbrio mental, intelectual e social futuro da vítima.¹⁶ (*apud* Santos, 2005: 143)

5. A reconstrução dos direitos sexuais, da definição de família e dos direitos humanos na jurisprudência do TEDH

Apesar do êxito deste caso para a luta e reconhecimento dos direitos sexuais e da homoparentalidade, nem todos os direitos sexuais reclamados

¹⁶ Para uma discussão deste tema no âmbito do movimento LGBT, ver <http://portugalpride.org/elgebete/2004/txt11.asp> (consultado a 21/11/2008).

perante as instituições judiciais europeias foram bem-sucedidos. Para gays e lésbicas, a privacidade reclamada obteve algum sucesso, enquanto as reivindicações baseadas no respeito pela vida familiar e igualdade, historicamente, não obtiveram os mesmos resultados (Walker, 2001: 123). Por muito tempo os pais gay e as mães lésbicas foram confrontados com diferentes problemas relacionados com a filiação. Em numerosos litígios familiares, quer se tratasse da guarda dos próprios filhos, do direito de visita aquando de um divórcio ou do exercício da autoridade parental, a justiça decidia contra o pai ou a mãe homossexual (Borrillo, 2000). De facto, durante os anos 1950 e 1960 foram nove os casos apresentados ao TEDH respeitantes à criminalização das relações sexuais entre homens. Nestes casos, a ora extinta Comissão Europeia de Direitos Humanos, que juntamente com o TEDH integrava o sistema de direitos humanos do Conselho da Europa, considerou as queixas inadmissíveis e “manifestamente infundadas”. Somente nos anos 1980 o TEDH passou a defender que as leis que criminalizavam as relações sexuais consensuais entre homens adultos violavam o respeito pela vida privada, direito protegido pelo art. 8.º da CEDH.

Relativamente à constituição de família, o art. 8.º da CEDH protege a família da interferência do Estado, bem como a vida privada individual. Contudo, as relações homossexuais nunca foram consideradas como fazendo parte da concepção de família, dentro dos propósitos do art. 8.º. Muitos foram os casos trazidos perante a Comissão e o TEDH, mas nenhum deles com sucesso. De facto, a Comissão repetidamente defendeu que as relações entre pessoas do mesmo sexo não eram equivalentes às relações heterossexuais. Para autores como Infanti (2008), o TEDH tem desenvolvido um direito internacional de direitos humanos na área da sexualidade de lésbicas e gays. Contudo, ao longo do último quarto de século nem sempre teve decisões uniformemente positivas no que diz respeito à orientação sexual. Somente em finais dos anos 1990 o TEDH se tornou mais receptivo aos direitos humanos traduzidos pelos requerentes homossexuais. Por exemplo, o TEDH considerou violação da CEDH as seguintes situações: a) a existência de diferentes idades de consentimento para relações sexuais, sejam heterossexuais ou homossexuais; b) a situação de o Reino Unido não permitir homossexuais nas forças militares; c) o caso de Portugal ter negado a custódia de menor a pai homossexual; d) a criminalização de relações sexuais homossexuais com mais do que dois homens, em privado; e) os direitos de sucessão e de herança.

Contudo, o art. 8.º da CEDH, apresentando um substrato – a vida familiar – particularmente vulnerável às mutações dos padrões socioculturais,

tem sido objecto de uma interpretação dinâmica e evolutiva, que, por razões de efectividade, vai adaptando a sua redacção “às condições de vida actuais” (cf. Acórdão Tyrer c. Reino Unido, de 25 de Abril de 1978). A este propósito, Almeida chama a atenção para que:

Em nome da efectividade do direito garantido, o desenvolvimento ou preenchimento destes conceitos tem permitido, ao juiz de Estrasburgo, alargar amplamente o campo de aplicação do art. 8.º e, por conseguinte, o âmbito de tutela do Direito. Deste modo, realidades outrora não cobertas pelo escudo protector criado pelos redactores da Convenção, como a família adulterina, a família integrada por um transexual, ou mesmo o ambiente, são agora abrangidos, fruto da interpretação dinâmica da CEDH. (2008: 66-67)

A noção de “vida familiar” foi sendo afastada do casamento, uma vez que, se em 1950 a forma de vida familiar privilegiada pelos autores da CEDH assentava na figura do casamento, o que reflectia a tradição das ordens jurídicas internas dos Estados membros, gradualmente foram-se desenhando outras formas de convivência afectiva constitutivas de laços familiares. Assim, na interpretação do art. 8.º da CEDH, o TEDH tem feito coexistir a definição tradicional de família, fundada no casamento, com os laços familiares factuais que unem uma família. Aliás, só esta interpretação se releva consoante com a expressão “qualquer pessoa” contida no art. 8.º, bem como com a proibição de discriminação fundada no art. 14.º da CEDH.

É neste contexto que, por exemplo no Acórdão Keegan c. Irlanda, de 26 de Maio de 1994, o TEDH acentua que a noção de família subjacente ao art. 8.º não se confina às relações fundadas no casamento, podendo compreender outros laços familiares de facto, decorrentes da circunstância de as pessoas viverem juntas fora do casamento. O TEDH tem ainda aliado o critério de efectividade de laços interpessoais ao critério de aparência de família, para averiguar a existência de vida familiar entre pessoas sem ligação de parentesco, casamento ou adopção. E foi este o critério usado pelo TEDH para reconhecer a existência de vida familiar no Acórdão X, Y e Z c. Reino Unido, de 22 de Abril de 1997. O TEDH reconheceu que a relação existente entre X, transexual submetido a cirurgia de reconversão, Y, sua companheira, e Z, criança que Y havia dado à luz após a realização de inseminação artificial com doador, não se distinguia da noção tradicional de “vida familiar” (Almeida, 2008: 80).

Perante estes casos podemos afirmar que a jurisprudência do TEDH reconhece existir vida familiar nas relações familiares de sangue e nas de facto. Contudo, e apesar dos movimentos de reconhecimento das uniões de

facto e do casamento de casais homossexuais verificados nos ordenamentos nacionais dos Estados-membros, a jurisprudência do TEDH não tem enquadrado as relações entre pessoas do mesmo sexo no âmbito da noção de vida familiar, dispensando-lhes, em regra, tutela no âmbito da “vida privada” (Almeida, 2008: 83).

Portanto, perante esta breve resenha histórica constatamos que foi somente em 1999, com o julgamento do caso *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, que o TEDH pôs fim a essa jurisprudência, ao considerar que a recusa dada a um pai homossexual ao exercício dos seus direitos de pai é contrária ao respeito e protecção da vida privada e familiar (art. 8.º da CEDH) e constitui uma discriminação que contraria o art. 14.º da CEDH (Dumitriu-Segnana, 2006; Infanti, 2004; Kukura, 2006; entre outros).

De referir ainda, a propósito da análise do papel do TEDH na reconstrução de direitos e da própria noção de família, que apesar de um maior reconhecimento de que a discriminação com base na orientação sexual constitui uma violação dos direitos humanos, os grandes instrumentos de protecção dos direitos humanos estão comprometidos com a protecção de uma noção restrita e heteronormativa de família, descrita como “grupo natural e fundamental da sociedade” (Kukura, 2006). De outro modo, a análise de alguns casos respeitantes ao direito de família ilustra a forma como o TEDH tem sido cauteloso na protecção dos direitos dos indivíduos em famílias não tradicionais. Evidências são encontradas em casos relacionados com uniões de facto – coabitação entre pessoas não casadas; filhos nascidos fora do casamento entre casais heterossexuais,¹⁷ seguindo-se casos onde o TEDH considerou os direitos parentais de homossexuais.¹⁸

No caso *Silva Mouta*, o TEDH considerou que o pai homossexual gozava de vida familiar com sua filha. Neste sentido, esta decisão representa alguma esperança para o reconhecimento das famílias constituídas por pessoas do mesmo sexo. No entanto, convém salientar que, neste caso, o que estava em

¹⁷ O TEDH examinou primeiramente um caso de coabitação entre indivíduos não casados em 1977, num caso apresentado contra a Suíça, em que considerou a existência de vida familiar entre pessoas que vivem na mesma casa, mesmo que não casados. Num outro caso, desta vez apresentado contra a Irlanda, o TEDH considerou a existência de vida familiar mesmo quando o casal, não tendo casado e tendo-se separado, planeou o nascimento de um filho, enquanto viviam juntos. Contudo, todos estes casos envolveram indivíduos heterossexuais.

¹⁸ O primeiro caso levado ao TEDH por homossexuais foi apresentado em 1983 contra o Reino Unido. Neste caso a Comissão Europeia para os Direitos Humanos negou a existência de vida familiar entre pessoas do mesmo sexo. Num outro caso, contra a Holanda, a Comissão não considerou existir violação do art. 8.º, quando a Holanda negou autoridade parental conjunta de uma criança nascida através de inseminação artificial a uma lésbica, afirmando que uma relação homossexual entre duas mulheres não entra dentro da concepção do respeito pela vida privada (isto em 1989).

causa não era o reconhecimento da relação homossexual, mas sim o direito de um pai homossexual a relacionar-se com a sua filha. Apesar desta limitação, este caso não deixa de ser um passo muito significativo para os direitos humanos LGBT. O TEDH susteve que a orientação sexual se inclui indiscutivelmente no âmbito do art. 14.º da CEDH, uma vez que não existiu nenhuma justificação razoável, por parte do Estado português, para o tratamento diferenciado das partes no caso da disputa pela custódia da menor. Segundo Walker (2001) e Sanders (2002), este caso é o virar de uma longa história de negação de queixas com base na discriminação apresentadas ao abrigo do art. 14.º da CEDH. Grigolo, no entanto, argumenta que este e outros casos sobre direitos à não discriminação com base na orientação sexual são limitados, porque o TEDH acaba por “normalizar” as identidades heterossexual e homossexual, sem que o discurso jurídico rompa com a lógica da exclusão de identidades sexuais que desafiam os limites do género e do dualismo heterossexualidade-homossexualidade (2003: 1028).

Apesar da pertinência da crítica feita por Grigolo, devemos observar que esta decisão do TEDH criou jurisprudência, revestindo-se de uma importância central no argumentário do próprio movimento LGBT português em questões de homoparentalidade. Com efeito, o caso Silva Mouta é exemplar a vários níveis. Desde logo por traduzir um uso *individual* do direito simultaneamente ancorado em conhecimentos de direito internacional de direitos humanos adquiridos também por via da globalização do activismo LGBT. Depois, porque ao colocar o tema da homoparentalidade no centro da discussão pública sobre temas LGBT, o caso Silva Mouta forçou a um posicionamento político, nem sempre fácil, face a questões como a família ou o melhor interesse da criança.

6. Considerações finais

A análise deste caso nas diversas escalas da justiça estatal e interestatal permite-nos contribuir para a reflexão em torno da mobilização transnacional do direito no campo dos direitos humanos. O caso mostra de que forma os discursos em conflito no campo judicial constroem conceitos como o de família, de discriminação, de melhor interesse da criança e de direitos humanos. Esta análise permite-nos, ainda, descortinar o modo como o uso *individual* do direito pode mudar discursos e argumentos dominantes. Cabe, no entanto, salientar que o caso Silva Mouta é excepcional no sentido de que a maior parte dos casos encaminhados para o TEDH contra Portugal não criam jurisprudência. Estes casos dizem respeito, maioritariamente, a disputas relativas à morosidade dos tribunais portugueses. A aplicação da CEDH a estes casos não apresenta desafios quer ao direito nacional, quer

à jurisprudência do TEDH e ao alcance e significado dos direitos humanos previstos na CEDH (Santos *et al.*, 2008).

A importância do uso internacional dos direitos humanos na defesa e promoção dos direitos LGBT é inegável. No caso do direito à homoparentalidade, algumas das decisões judiciais e da jurisprudência europeia têm providenciado uma protecção considerável dos direitos sexuais. Têm reconhecido a protecção da autonomia da vida sexual, a protecção dos menores e a protecção contra a discriminação baseada na orientação sexual (Helmut-Graupner, 2005). Contudo, e na contra-mão destes desenvolvimentos, os tribunais nacionais têm tido um fraco desempenho na defesa dos direitos sexuais (*ibidem*: 111).

Apesar destas ressalvas, e partindo de uma posição dos tribunais que, nos anos 1980, consideravam as relações entre pessoas do mesmo sexo como um “desvio” do qual as crianças deveriam ser protegidas, chegámos, no virar do século XXI, a uma posição que já não encara as relações do mesmo sexo como prejudiciais ao bem-estar das crianças e que parece atribuir maior reconhecimento à existência de laços e de vida familiar entre casais do mesmo sexo (Kilkelly, 2004). Neste sentido, podemos afirmar que o campo jurídico e judicial aparece como um espaço de redefinição do conceito de família e de sexualidade, campo este que tanto se apresenta aberto como fechado. Esta característica permite também que se reconstrua o direito da família, das minorias sexuais e, em última análise, os próprios direitos humanos. Como aponta Richman (2002: 286), não podemos esquecer o poder da lei e dos tribunais na alteração de significados e identidades. Contudo, são as alterações sociais e culturais que permitem a alteração do modo como os tribunais lidam com a inter-relação entre sexualidade e direito de família.

Na história do activismo LGBT português verifica-se, segundo Santos, uma “acentuada centralidade discursiva do argumentário jurídico, canalizando grande parte das reivindicações políticas formuladas até ao momento” (2005: 152). O discurso do activismo LGBT português apropria-se do referencial discursivo global dos direitos humanos, mas fá-lo de maneira selectiva e estratégica, adaptando a noção universalista de direitos humanos ao contexto histórico, político e cultural nacional. As reivindicações dos direitos LGBT dão-se primordialmente no campo legislativo. Santos (2005: 154 e ss.) questiona, porém, se o aumento da intervenção jurídica assegura necessariamente um maior reconhecimento dos direitos LGBT. O formalismo e o conservadorismo do direito são algumas das limitações deste tipo de intervenção. Além disso, o uso do direito por minorias sexuais apresenta um potencial emancipatório limitado e ambíguo.

Considerando-se a mobilização *judicial* do direito como estratégia para a defesa de direitos de minorias sexuais, podem-se acrescentar outras limitações como as dificuldades de acesso à justiça em geral, a individualização e despolitização dos conflitos nos tribunais, o alcance limitado de decisões judiciais que apenas se aplicam a casos concretos, bem como a eficácia limitada das decisões judiciais em produzir transformações jurídicas e sociais, quer no âmbito nacional, quer no âmbito transnacional.

A condenação do Estado português por discriminação com base na orientação sexual poderia levar a uma interpretação linear de progresso jurídico e social, ou a uma visão de que a sociedade estaria mais aberta a reconhecer que lésbicas, gays, bissexuais e transgéneros têm os mesmos direitos e deveres e devem receber tratamento igual perante a lei. No entanto, convém recordar que em Portugal a questão dos direitos sexuais teve um trajecto irregular e pautado pela colagem aos direitos reprodutivos. É de referir que, no ordenamento jurídico nacional, as questões dos direitos sexuais e reprodutivos são tratadas de forma directa apenas em três documentos, datados respectivamente de 1984, 1999 e 2001,¹⁹ e a “inclusão do direito à não discriminação com base na orientação sexual ou na identidade de género na agenda internacional de direitos humanos tem pouco mais de vinte anos” (Santos, 2005: 63).

No âmbito estrito das questões de orientação sexual e identidade de género, parece haver uma pequena mudança de mentalidades, com particular incidência após a revisão constitucional de 2004 que proíbe, no artigo 13 da Constituição, a discriminação com base na orientação sexual (Almeida, 2009). Há uma crescente visibilidade pública da temática – incluindo meios de comunicação social, debates em meio escolar e publicação de artigos académicos (Cascais, 2004). Mas isto não se traduz necessariamente em aumento da visibilidade individual lésbica, gay e/ou bissexual. Nesse sentido, cabe destacar o estudo realizado por Carneiro (2009) junto a uma amostra de 400 indivíduos auto-definidos como gays e lésbicas que responderam a questionários aplicados pela internet e por escrito. A maior parte dos/as entrevistados/as respondeu à versão online do questionário, sendo-lhes perguntado, entre outros itens, “quais as pessoas que conhecem a sua orientação sexual?” (tendo como opções de respostas: a mãe, o pai, os amigos, os colegas de trabalho ou outras pessoas). “Uma percentagem muito elevada de pessoas (71%) referiu que a sua orientação sexual **não é conhecida** por nenhum destes agentes relacionais” (Carneiro, 2009: 181-182, com

¹⁹ Educação Sexual e Planeamento Familiar: Lei n.º 3/1984, de 24.03; Saúde Sexual e Reprodutiva: Lei n.º 120/1999; Contracepção de Emergência: Lei n.º 12/2001, de 29.05.

destaques no original). Isto mostra que um grande número de indivíduos mantém a sua vida íntima em segredo, o que pode ser explicado, segundo Carneiro, pela acentuada homofobia na sociedade.

As contradições e ambiguidades da realidade social portuguesa também aparecem no âmbito da aplicação do direito. De acordo com Freitas (2004), não é certo que os tribunais portugueses analisem a orientação sexual dentro do actual art. 13.º da CRP, e também não está assegurado o momento em que estes aplicarão a garantia constitucional da igualdade e não-discriminação em questões relacionadas com lésbicas, gays, bissexuais e transgéneros. Como afirma Santos,

A experiência tem revelado que a protecção jurídica não garante, por si só, o respeito por direitos previamente estabelecidos. É sobejamente reconhecido que mentalidades não se mudam por decreto e que, como tal, são frequentemente morosos os processos que conduzem a transformações socioculturais efectivas. Acresce que, mesmo após ocorrerem mudanças na esfera jurídica, as atitudes vigentes continuam a reportar-se ao quadro legal precedente por via do hábito ou da atribuição de valor moral independentemente da evolução dos códigos legais. (2005: 168-169)

Esta realidade está fortemente presente na trajectória pessoal e profissional de Silva Mouta, que depois de ganhar a luta pelo reconhecimento da homoparentalidade e da não-discriminação se filiou não numa associação de defesa dos direitos sexuais, mas sim numa associação de defesa dos direitos de pais, denominada Pais para Sempre - Associação para a Defesa dos Filhos dos Pais Separados.²⁰ Silva Mouta diz-nos que o lugar que ocupa hoje na associação está em muito relacionado com o processo e com as dificuldades que enfrentou na justiça e sociedade portuguesas.

Assim, apesar de as decisões do TEDH, a exemplo da proferida no caso Silva Mouta, contribuírem para a reconstrução progressista dos direitos humanos e dos direitos sexuais, criando precedentes e marcos jurídicos importantes, não são suficientes para uma mudança ampla das práticas, mentalidades e discursos instituídos.

Referências bibliográficas

Almeida, Miguel Vale de (2005), “O casamento entre pessoas do mesmo sexo: sobre ‘gentes remotas e estranhas’ numa ‘sociedade decente’”, Comunicação apresentada na VI *Reunião de Antropologia do Mercosul*. Montevideu.

²⁰ Para informações sobre esta associação, consultar <http://www.paisparasempre.eu/>

- Almeida, Miguel Vale de (2009), *A chave do armário. Homossexualidade, casamento, família*. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais.
- Almeida, Susana (2008), *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.
- Ariès, Philippe (1981), *História social da criança e da família*. Rio de Janeiro: Guanabara.
- Borrillo, Daniel (2000), “La protection juridique des nouvelles formes familiales: le case des familles homoparentales”, *Mouvements*, 8, 54-59.
- Borrillo, Daniel (2005), “O indivíduo homossexual, o casal de mesmo sexo e as famílias homoparentais: análise da realidade jurídica francesa no contexto internacional”, *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, VI (7), 63-112.
- Bruns, Maria Alves; Santos, Claudiene (2006), “A homoparentalidade em questão: a voz de gays e lésbicas com filhos”, *Revista da Abordagem Gestáltica*, XII(2), 89-108.
- Carneiro, Nuno Santos (2009), *“Homossexualidades”. Uma psicologia entre ser, pertencer e participar*. Porto: Livpsic.
- Cascais, Fernando (org.) (2004), *Indisciplinar a teoria. Estudos gays, lésbicos e queer*. Lisboa: Fenda.
- Dias, Maria Berenice (2001a), “Vínculos hetero e homoafetivos”, in Instituto Interdisciplinar de Direito de Família (IDEF), *Homossexualidade. Discussões jurídicas e psicológicas*. Curitiba: Juruá.
- Dias, Maria Berenice (2001b), *União homossexual: aspectos sociais e jurídicos*. Disponível em: www.ambito-juridico.com.br (acedido a 17-09-08).
- Donavan, Catherine; Wilsom, R. Angelina (2005), “New Parenting: Opportunities and challenges”, *Sexualities*, 8(2), 131-136.
- Donzelot, Jacques (1986), *A política das famílias*. Rio de Janeiro: Graal.
- Dumitriu-Segnana, Eugenia (2006), “Case-Law of the European Court of Human Rights related to child rights, role of the family and alternative care”, Comunicação apresentada na *International Conference on Child Rights*. Bucareste.
- Fineman, Martha Albertson (1993), “Our Sacred Institution: The ideal of family in american law and society”, *Utah Law Review*, 2, 387-403.
- Freitas, Miguel (2004), *Combating Sexual Orientation Discrimination in Employment: Legislation in Fifteen EU Members States*. Report. Comissão Europeia.
- Gartner, Nadine A. (2007), “Lesbian (M)otherhood: Creating an alternative model for settling child custody disputes”, *Law and Sexuality*, 16, 45-75.
- Gesing, Erica (2004), “The Fight to be a Parent: How courts have restricted the constitutionally-based challenges available to homosexuals”, *New England Law Review*, 38(3), 841-896.
- Gouron Mazel, A. (2002), “Juge de la famille et homosexualité”, *Droit de la famille*, Janeiro, 4-10.

- Grigolo, Michele (2003), "Sexualities and the ECHR: Introducing the universal legal subject", *EJIL*, 14(5): 1023-1044.
- Hale, Brenda (2005), "Sexuality and human rights", Comunicação apresentada na Keele University, 21 de Outubro.
- Helmut-Graupner, JD (2005), "Sexuality and human rights in Europe", in JD Helmut-Graupner e Philippe Tahmindjis (orgs.), *Sexuality and Human Rights: A Global Overview*. Nova Iorque: Harrington Park Press, 108-139.
- Infanti, Anthony C. (2008), *Everyday Law for Gays and Lesbian and Those Who Care About Them*. Boulder, Colorado: Paradigm Publishers.
- Kilkelly, Ursula (2004), "Children's rights in the committed relationships of their parents", Comunicação apresentada na *HRC & Law Society Conference*. Ireland, Law Society of Ireland.
- Kukura, Elizabeth (2006), "Finding Family: Considering the recognition of same-sex families in International Human Rights and the European Court of Human Rights", *Human Rights Brief*, 13(2), 17-20.
- Norrie, Kenneth McK. (2001), "Sexual orientation and family law", in Alison Cleland (ed.), *Family Dynamics: Contemporary Issues in Family Law*. Edinburgh: Tottel Publishing, 151-176.
- Norrie, Kenneth McK. (2005), "Marriage and civil partnership for same-sex couples: The international imperative", *Journal of International Law & International Relations* 1(1-2), 249-260.
- Richman, Kimberly (2002), "Lovers, legal strangers and parents: Negotiating parental and sexual identity in family law", *Law & Society Review*, 36(2), 285-324.
- Richman, Kimberly (2007), "Talking Back: The discursive role of the dissent in LGBT custody and adoption cases", *Law and Sexuality*, 16, 77-109.
- Ryan-Flood, Róisín (2005), "Contested heteronormativities: Discourses of fatherhood among lesbian parents in Sweden and Ireland", *Sexualities*, 8(2), 189-204.
- Sanders, Douglas (2002), "Human rights and sexual orientation in international law", *International Journal of Public Administration*, 25(1), 13-44.
- Santos, Ana Cristina (2005), *A lei do desejo: direitos humanos e minorias sexuais em Portugal*. Porto: Afrontamento.
- Santos, Ana Cristina (2008a), *Enacting Activism: The political, legal and social impacts of LGBT activism in Portugal*. Tese de Doutoramento. Centre for Interdisciplinary Gender Studies, Universidade de Leeds.
- Santos, Ana Cristina (2008b), "Acção colectiva e minorias sexuais: uma análise sociológica de um movimento social em Portugal", *Revista Finisterra*, 58/59/60, 265-290.
- Santos, Ana Cristina et al. (2009), *Representações sobre o aborto: acção colectiva e (i)legalidade num contexto em mudança, e-cadernos CES*, 4. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/e-cadernos/media/ecadernos4/e-cadernos4.pdf> (acedido a 18-10-09).

- Santos, Boaventura de Sousa, (1995), *Toward a New Common Sense: Law, science and politics in the paradigmatic transition*. New York: Routledge.
- Santos, Cecília MacDowell *et al.* (2008), “Mapeamento dos casos apresentados no TEDH contra Portugal (1997-2007)”, Projecto “Reconstruindo direitos humanos pelo uso transnacional do direito? Portugal e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos”. Coimbra: Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra. Manuscrito não publicado.
- Santos, Claudiene; Bruns, Maria Alves T. (2006), “A homoparentalidade em questão: a voz de gays e lésbicas com filhos”, *Revista da Abordagem Gestáltica*, XIII(2), 89-108.
- Silva Mouta, João Salgueiro da (2009), “João Manuel Salgueiro da Silva Mouta *c.* Portugal - uma experiência pessoal”, Comunicação apresentada no Seminário Internacional “Direitos humanos e mobilização jurídica transnacional no contexto europeu”. Coimbra: Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, 3 de Julho.
- Sousa, João Ramos (2004), “O activismo jurisprudencial do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos”, *Sub Judice – Justiça e sociedade – Direitos Humanos no Tribunal Europeu*, 28, 47-55.
- Viel, Anne (2003), *L'homoparentalité*. Tese de Doutoramento. Université de Lille II.
- Walker, Kristen (2001), “Moving gaily forwards? Lesbian, gay and transgender human rights in Europe”, *Melbourne Journal of International Law*, 2, 122-143.
- Zambrano, Elizabeth (2006), “Parentalidades ‘impensáveis’: pais/mães homossexuais, travestis e transexuais”, *Horizontes Antropológicos*, 12(26), 123-147.
- Zambrano, Elizabeth *et al.* (2006), *O direito à homoparentalidade. Cartilha sobre as famílias constituídas por pais homossexuais*. Porto Alegre. Disponível em: www.homoparentalidade.blogspot.com (acedido a 18-10-09).