

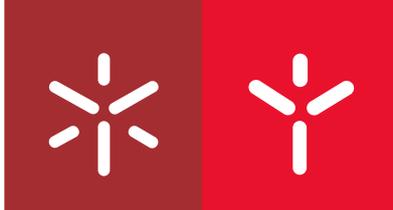
Universidade do Minho
Escola de Direito

José Lino Saldanha Retroz Galvão Alvoeiro

RELATÓRIO DE ATIVIDADE PROFISSIONAL

Confiança judicial com vista a futura adoção

José Lino Saldanha Retroz Galvão Alvoeiro
RELATÓRIO DE ATIVIDADE PROFISSIONAL
Confiança judicial com vista a futura adoção



Universidade do Minho
Escola de Direito

José Lino Saldanha Retroz Galvão Alvoeiro

RELATÓRIO DE ATIVIDADE PROFISSIONAL

Confiança judicial com vista a futura adoção

Mestrado em Direito Judiciário

Trabalho efetuado sob a orientação da
Professora Doutora Cristina Manuela Araújo Dias

A todas as crianças.

Importa dar aos outros o amor de os ouvir. A criança ama quem for capaz de se partilhar com ela. De lhe dar o que é, sem cuidar de exigir nada em troca. Os nossos melhores amigos são sempre crianças. – José Luís Nunes Martins.

Confiança judicial com vista a futura adoção

Este relatório de atividade profissional tem por objetivo a obtenção do Grau de Mestre no Curso de Mestrado em Direito Judiciário, da Escola de Direito da Universidade do Minho, ao abrigo do disposto no ponto 3 do Despacho RT-38/2011, de 21 de Junho.

O relatório abre com a descrição da nossa formação académica e prossegue com o elenco das várias ações de formação e cursos de especialização que frequentámos, seguindo-se então um resumo da nossa experiência profissional como Magistrado Judicial, acompanhado da menção às características do exercício funcional desenvolvido nas comarcas respetivas.

No seu núcleo mais essencial, o presente relatório debruça-se sobre a medida de proteção de confiança judicial com vista a futura adoção, prevista nos artigos 38.º-A e 62º-A da Lei de Promoção e Proteção de Crianças e Jovens em Perigo e no artigo 1978.º do Código Civil, no âmbito do instituto jurídico da adoção.

Para além de um breve e inicial excuro sobre a história e origem do instituto da adoção e dos referidos preceitos e de uma rápida abordagem ao direito comparado, visa-se com este relatório analisar os pressupostos e o campo de aplicação de tal medida no que concerne à consecução do superior interesse da criança, tendo em conta o Regime Jurídico do Processo de Adoção, aprovado pela Lei n.º 143/2015, de 8 de Setembro.

Judicial confidence with a view to future adoption

This professional activity report is purposed to obtaining the Degree of Masters in Contracts and Company Law, in the Law School of University of Minho, according to the provisions of paragraph 3 of Order RT-38/2011, of June 21st.

The report begins with a mention to our academic training and proceeds with the training sessions and specialization courses attended, followed by a summary of our professional experience as a Judicial Magistrate, along with a mention to the characteristics of the functional practice developed in the respective district courts.

At its most essential core, this report addresses the protective measures towards the judicial confidence aiming at the future adoption, in accordance to articles 38-A and 62-A Care and Protection of Children and Young Persons in Danger Act and article 1978 of the Civil Code, in the scope of the legal institute for adoption.

Furthermore, this report presents a brief and initial digression on the history and origin of the institute for adoption and the referred precepts as well as a quick approach of such a measure. It aims at analysing the presuppositions and scope of such a measure *vis-à-vis* the fulfilment of the best interests of children, considering the Legal Framework of the Adoption Process, approved by the Law 143/2015, of September 8th.

ÍNDICE

I. Introdução	1
II. Habilitações	3
III. Publicações e participação em conferências	5
IV. Ações de formação	7
V. Atividade profissional	9
VI. Caracterização do exercício funcional desenvolvido	11
VI.1 – No Tribunal Judicial da Comarca de Fornos de Algodres	11
VI.2 – No 5º Juízo Cível da Comarca de Guimarães	11
VI.3 – Na 2ª Vara de Competência Mista de Guimarães	14
VI.4 – Na 2ª Secção da Instância Central Cível (J3) da Comarca de Braga	16
VII. – Breve resenha histórica dos modelos de proteção de crianças e jovens	17
VII.1 – A infância ao longo dos séculos	17
VII.2 – O modelo protecionista	23
VII.3 – A superação do modelo tradicional	29
VII.4 – O novo modelo de justiça	38
VII.5 – Perspetivas presentes e futuras quanto ao modelo de justiça de menores	39
VIII. – A Adoção	45
VIII.1 – Sua evolução histórica	45
VIII.2 – Evolução legislativa nacional	52
VIII.3 – A Adoção no direito comparado	63
VIII.4 – Conclusão	75
IX. – O Regime Jurídico da Adoção	77
IX.1 – Requisitos gerais	77
IX.2 – Requisitos específicos	86
IX.3 – O consentimento	89
IX.4 – Efeitos da adoção	98
IX.5 – A natureza jurídica da adoção	99
X. – A Confiança Judicial	103
X.1. – Origem e evolução legislativas	104
X.2. – Espécies de confiança judicial	110
XI. – Pressupostos substantivos da confiança judicial com vista a futura adoção	117

XI.1 – O interesse da criança	117
XI.2 – A confiança em razão de orfandade	119
XI.3 – A confiança em razão de consentimento	120
XI.4 – A confiança em razão do abandono	121
XI.5 – A confiança em razão do perigo grave	125
XI.6 – A confiança em razão do desinteresse manifesto	141
XI.7 – O requisito autónomo e comum a todas as subespécies de confiança	153
XI.8 – Os efeitos da confiança judicial com vista a futura adoção	159
XII. – Balanço	163
XII. – Bibliografia	167

I. INTRODUÇÃO

Neste percurso profissional de vinte anos de exercício efetivo de funções como juiz de direito várias foram as situações e os episódios que, por diversas vicissitudes, marcaram profundamente o autor.

Nos processos judiciais não raras vezes está refletida a tragédia, a desonra, a traição, a miséria humana ou a pura maldade de uns cidadãos para com outros.

Todavia, o que não se olvida em particular são os dramas familiares e, mais especificamente, os problemas sofridos por crianças indefesas e particularmente vulneráveis, problemas esses causados, em primeira linha e sobretudo, pelos próprios pais.

Ora, foi nesse domínio dos processos relacionados com a aplicação do direito das crianças e jovens que se depararam ao autor situações peculiarmente graves, para cuja intervenção judicial foi necessário aprofundar conhecimentos e correr em busca de apoio doutrinário, por forma a procurar decidir de modo justo e convincente esses difíceis casos, mas sempre com o desiderato de possibilitar a essas crianças um futuro melhor.

Neste contexto, o desafio que nos foi colocado por diversas situações de crianças em situação de perigo cujo encaminhamento para a adoção nos vinha requerido, acabou por despertar no autor a necessidade e o prazer pelo estudo do instituto da adoção de menores e, bem assim, do despectivo regime processual.

Este relatório de atividade profissional pretende, também, ser o reflexo e o produto dessa investigação, nele se ensaiando o tratamento e a análise jurídica do instituto da adoção e, muito em particular, da figura da medida de confiança judicial com vista a futura adoção, prevista no artigo 1978.º do Código Civil.

A adoção não é, ao contrário do que se possa pensar, um instituto de génese recente.

Praticamente desde sempre foi praticada a adoção de crianças.

Como é evidente, o enquadramento desse instituto jurídico em cada época histórica refletia também determinados parâmetros de modelos de proteção da criança que foram, ao longo dos tempos, sendo objeto de transformação.

Essa evolução transformativa apontou quase sempre (e mesmo decisivamente após as duas Grandes Guerras Mundiais) no sentido do estabelecimento de condições e pressupostos que possibilitem um cada vez maior número de adoções.

Entre nós, a verdadeira reformulação do regime jurídico da adoção resultou da publicação da Lei n.º 31/2003, de 22 de Agosto, pela qual se estabeleceu um leque normativo de cariz avançado que impulsionou a constituição de novas adoções.

Por outro lado, a regulamentação da confiança com vista a futura adoção veio permitir o estabelecimento de um meio processual célere, mas formal e materialmente rigoroso, de estabelecer um

verdadeiro estado ou situação de adotabilidade que permite um posterior desenrolar do processo de adoção sem constrangimentos de cariz legal.

E, foi no estabelecimento desse estado de adotabilidade, que nos confrontámos, no exercício da nossa profissão, com situações várias de grande complexidade que exigiram uma intervenção judicial no sentido da aplicação da medida de confiança judicial com vista a adoção.

Em face disso, a necessidade de aprofundamento do estudo de várias questões relacionadas com a aplicação do instituto da adoção e com a medida de confiança judicial com vista a futura adoção resultou numa investigação sobre a génese dos respetivos normativos e regimes legais que se revelou de grande utilidade no nosso percurso profissional e contribuiu decisivamente, cremos, para a tomada de decisões em determinados e concretos processos judiciais.

II. HABILITAÇÕES

Ingressou no ensino superior no ano letivo de 1989/90, tendo concluído a licenciatura em Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, com a média final de 14 valores, no dia 13 de Julho de 1994.

No ano letivo de 2008/2009 frequentou e concluiu, com média de 16,2 (dezasseis vírgula dois) valores, o ano curricular 1 do I Curso de Mestrado em Direito Judiciário (Direitos Processuais e Organização Judiciária) da Escola de Direito da Universidade do Minho.

Em 5 de Março de 2014, concluiu, com a menção de Apto, o Curso de Formação para a Gestão dos Tribunais de Primeira Instância, organizado pelo Centro de Estudos Judiciários e pelo Conselho Superior da Magistratura.

III. PUBLICAÇÕES E PARTICIPAÇÃO EM CONFERÊNCIAS

Publicou na Revista Julgar n.º. 18 (Setembro – Dezembro de 2012; p.57 a 73) um artigo inédito, de sua autoria, subordinado ao tema “*A Projeção do Princípio da Precaução no Transporte de Energia Elétrica de Alta e Muito Alta Tensão*”.

Participou na 4ª Bienal de Jurisprudência do Direito da Família, organizada pelo Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, nos dias 2 e 3 de Outubro de 2008, em Coimbra, tendo apresentado dois casos reais na mesa temática relativa ao tema da Adoção.

Foi orador numa conferência organizada pela Associação de Apoio à Criança, de Guimarães, na sequência de honroso convite desta entidade, a qual teve lugar no dia 28 de Junho de 2010, naquela cidade, sendo a respetiva mesa presidida pelo Exmo. Sr. Conselheiro Laborinho Lúcio.

IV. AÇÕES DE FORMAÇÃO

Concomitantemente ao desenvolvimento do seu percurso profissional foram várias as ações de formação e os cursos de especialização frequentadas, sendo também diversificadas as temáticas e áreas do direito abordadas.

A maioria destas ações de formação foi organizada e ministrada pelo Centro de Estudos Judiciários no âmbito do programa de formação permanente de magistrados e pelo Conselho Superior da Magistratura.

Acresce que também participou em vários Congressos dos Juizes Portugueses e na 4ª Bienal de Jurisprudência do Direito da Família, tudo o proporcionou a aquisição novos conhecimentos jurídicos, com acréscimo de valorização de conhecimentos.

Elencam-se, em seguida, essas ações de formação, cursos de especialização e outras participações, por data e local (aqui se incluindo as que foram assistidas por videoconferência):

24 a 26 de Novembro de 2005 - VII Congresso dos Juizes Portugueses, com o tema *Justiça – Garantia do Estado de Direito*, em Vale Corvo, Praia do Carvoeiro.

10 e 11 de Fevereiro de 2006 – Seminário *Os Tribunais, o Direito Europeu da Concorrência e os Consumidores*, organizado pela DECO Associação Portuguesa para a Defesa do Consumidor, em Chaves.

2 de Fevereiro de 2006 – Ação de formação *O novo regime do arrendamento urbano*, no Porto.

14 de Dezembro de 2007 – Ação de formação *Reforma do Código do processo civil*, no Porto.

29 de Fevereiro de 2008 – Ação de formação *Questões práticas no âmbito dos procedimentos cautelares*, no Porto.

3 e 4 de Abril de 2008 – Ação de formação *O regime da insolvência*, no Porto.

4, 11, 18 e 30 de Abril e 16, 21 e 30 de Maio de 2008 – Curso de Especialização *Grandes Temas da Família e das Crianças*, no Porto.

20 a 22 de Novembro de 2008 – VIII Congresso dos Juizes Portugueses, com o tema *O Poder Judicial numa Democracia Descontente. Impasses, Desafios e Modernização da Justiça*, na Póvoa de Varzim.

9 de Janeiro de 2009 – Ação de formação *O regime da insolvência*, em Braga.

24 de Abril de 2009 – Ação de formação *O novo regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais*, no Porto.

1 de Junho de 2009 – Conferência *A Criança no Divórcio*, em Braga (Universidade do Minho).

19 de Março de 2010 – Ação de formação *Regulamento das custas processuais*, no Porto.

8, 15, 22 e 29 de Abril e 6 de Maio de 2010 – Curso de Especialização *Temas de Direito Penal e Processual Penal*, no Porto.

7 de Maio de 2010 – Ação de formação *Alteração do objeto do processo penal (casos práticos)*, em Braga.

18 de Fevereiro de 2011 – Ação de formação *Responsabilidade civil extracontratual*, em Braga.

8 de Abril de 2011 – Ação de formação *Responsabilidade civil extracontratual*, em Braga.

24 e 25 de Novembro de 2011 – Ação de formação *Direito, a internet e as novas tecnologias*, em Coimbra.

29 a 31 de Novembro de 2011 – IX Congresso dos Juizes Portugueses com o tema *A Mobilização do Direito no Tempo das Crises*, em Ponta Delgada.

16 de Março de 2012 – Ação de formação *Stalking: Abordagem Penal e Multidisciplinar*, em Braga.

13 de Abril de 2012 – Ação de formação *Execução de Penas – O Novo Código e o Direito Penitenciário*, no Porto.

16 de Novembro de 2012 – Ação de formação *Arrendamento*, em Guimarães.

11 de Janeiro de 2013 – Ação de formação *Direito Europeu*, em Guimarães.

21 de Junho de 2013 – Ação de formação *Ações Encobertas*, em Guimarães.

27 de Setembro de 2013 – Ação de formação *O Novo Processo Civil – As Principais Alterações*, em Braga.

23 e 24 de Janeiro de 2014 – Ação de formação *Jornadas de Processo Civil*, em Guimarães.

31 de Janeiro de 2014 – Ação de formação *Nova organização judiciária*, em Guimarães.

21 de Março de 2014 – Ação de formação *Transações Comerciais*, em Guimarães.

9, 15, 23 e 30 de maio de 2014 – Curso de Especialização *Temas de Direito Civil*, em Braga.

27 de Junho de 2014 – Ação de formação *Incêndio florestal – tutela penal integrada*, em Guimarães.

5 de Julho de 2014 – Workshop *A Judicatura e o uso de armas de Defesa*, no Regimento de Cavalaria 6, em Braga (com um total de oito horas, tendo disparado trinta tiros com pistola e revólver nos calibres 6.35, 7.65, 9mm parabellum, .32, .38 e .357Magnum).

2 a 4 de Outubro de 2014 – X Congresso dos Juizes Portugueses, com o tema *Estatuto e Diálogo com a Sociedade*, em Tróia.

12 de Dezembro de 2014 – Ação de formação *Direito Europeu: análise dos regulamentos europeus relativos a competência internacional, responsabilidade contratual e extracontratual e direito sucessório*, em Guimarães.

8, 15, 22 e 29 de Maio de 2015 – Curso de Especialização *Temas de Direito Civil*, em Braga.

27 de Novembro de 2015 – Ação de formação *Ética e deontologia*, em Braga.

V. ATIVIDADE PROFISSIONAL

No primeiro semestre de 1995, mais precisamente entre 4 de Janeiro e 6 de Julho, frequentou a primeira fase do estágio de advocacia em Coimbra, que concluiu com a classificação de Aprovado, tendo tido acesso ao segundo período de estágio em 8 de Abril de 1995, após o que, em Junho de 1995, suspendeu a sua inscrição na Ordem dos Advogados.

Em Setembro de 1995 iniciou a frequência do XIV Curso Normal de Formação de Magistrados que concluiu com a média de 14,50 (catorze vírgula cinquenta) valores, tendo sido notado em 15,00 (quinze) valores pelo Diretor de Estágios da Magistratura Judicial. Concluiu a fase teórico-prática e iniciação com a média final de curso de 14,75 (catorze vírgula setenta e cinco) valores, correspondente à notação de *Bom* e obtendo o oitavo lugar na graduação final da Magistratura Judicial.

Por deliberação do Conselho Superior da Magistratura de 15 de Julho de 1997, publicada no DR de 13 de Setembro de 1997 foi nomeado Juiz de Direito, em regime de estágio, e colocado na Comarca de Anadia, onde concluiu, com aproveitamento, a fase de estágio.

Por deliberação do Conselho Superior da Magistratura de 6 de Maio de 1998, publicada no DR de 23 de maio de 1998 foi nomeado Juiz de Direito e colocado no Tribunal da Comarca de Anadia, como juiz auxiliar.

Por deliberação do Conselho Superior da Magistratura de 14 de Julho de 1998, publicada no DR de 14 de Setembro de 1998, foi colocado como Juiz de Direito (efetivo) no Tribunal da Comarca de Fornos de Algodres, tendo aí exercido funções desde o dia 18 desse mês até 14 de Setembro de 1999, tendo sido classificado, em inspeção ordinária, com a nota de “Bom”, posteriormente homologada em 20 de Fevereiro de 2001.

Por deliberação do Conselho Superior da Magistratura de 14 de Julho de 1999, publicada no DR de 14 de Setembro de 1999 foi transferido para o 5º Juízo Cível do Tribunal da Comarca de Guimarães, tendo tomado posse no dia 16 desse mês. Aí exerceu funções desde essa data e ininterruptamente até 30 de Agosto de 2009.

Nesse período, foi classificado, em duas inspeções ordinárias, com as notas de “Bom com Distinção”, também homologadas, respetivamente, em 2 de Março de 2004 e 2 de Março de 2010.

Exerceu as funções de magistrado formador, nomeado pelo Centro de Estudos Judiciários, nos anos de 2003 a 2005 e nos anos de 2008 e 2009.

Por deliberação do Conselho Superior da Magistratura de 14 de Julho de 2009, publicado no DR de 31 de Agosto de 2009, foi nomeado Juiz de Direito (efetivo) da 2ª Vara Mista de Competência Mista da Comarca de Guimarães, tendo sido, também em inspeção ordinária, classificado com a notação de “Muito Bom”, homologada em 18 de Setembro de 2012.

Por deliberação do Conselho Superior da Magistratura de 8 de Julho de 2014, publicada no DR n.º 161, 2.ª Série, de 22 de Agosto de 2014, foi colocado como Juiz de Direito (efetivo) da 2.ª Secção da Instância Central Cível da Comarca de Braga, com sede em Guimarães, onde atualmente se mantém.

VI. CARATERIZAÇÃO DO EXERCÍCIO FUNCIONAL DESENVOLVIDO

VI.1 – No Tribunal Judicial da Comarca de Fornos de Algodres.

Quando assumiu funções, recebeu o serviço em dia e em ordem, com uma pendência de 242 processos cíveis e 41 processos crime.

Proferiu um total de 185 decisões, tendo deixado, quando cessou funções, 202 processo cíveis pendentes e 56 processos crime pendentes, baixando a pendência cível em 40 processos.

Atendendo ao reduzido o volume de serviço da comarca, foi tal trabalho considerado pelo Sr. Inspetor-Judicial Juiz-Desembargador Francisco Manuel Caetano (relatório de inspeção datado de 28.12.2000) como *produtividade não muito significativa*, mas com a conclusão de que o *Exmo. Juiz no movimento processual que, convenhamos, é reduzido, fez o que havia para fazer. E note-se que não usou de manobras dilatórias ou de qualquer modo virou costas ao serviço, mostrando boa adaptação ao serviço.*

Nesse relatório foi, também, *consignado que desenvolveu um trabalho de qualidade apreciável e que nos dá razões para lhe augurarmos, sem tardança e se não esmorecer, um lugar entre os seus pares de distinção. Muito estudioso, com manifesto gosto pela investigação e aprofundamento das questões, sejam elas de que ramo de direito forem, sem cair, contudo, em escusado academismo e sem sacrificar a rapidez e fluência da decisão, demonstrou boa capacidade de apreciação das diversas situações jurídicas com que foi confrontado, tendo-se concluído que revelou boa capacidade humana para o exercício da profissão e qualificado como dotado de bom senso, assíduo, zeloso e dedicado, com boa produtividade no contexto do movimento da Comarca.*

Acresce que assegurava a composição dos tribunais coletivos, quer nessa comarca, quer nas comarcas de Vila Nova de Foz Côa e da Meda.

Deixou todo o serviço rigorosamente em dia.

VI.2 – No 5º Juízo Cível da Comarca de Guimarães.

À data de início de funções do 5º Juízo Cível da Comarca de Guimarães tinha apenas 2 anos de serviço, incluído neste o período de estágio.

Deste que tomou posse, até à data de início da primeira inspeção ao serviço desenvolvido neste 5º Juízo Cível (cerca de 4 anos e 4 meses), proferiu 2669 decisões finais, sendo 225 em ações contestadas, o que resulta numa média de 650 decisões por ano, sendo 60 de mérito.

Neste mesmo período proferiu, ainda, 152 decisões de mérito em processos tutelares cíveis e cerca de 238 despachos de saneamento e condensação.

No relatório de inspeção, datado de 9.02.2004, o Sr. Inspetor Judicial Juiz Desembargador Fernando Manuel Cerejo Fróis consignou que foi conseguido, *durante estes quatro anos à frente do 5º Juízo Cível, manter um certo equilíbrio entre o número de processos findos e o número de processos distribuídos (...) mantendo a pendência estatística perfeitamente controlada e em níveis aceitáveis (1151 processo cíveis, 33 tutelares cíveis e 2 processos de promoção e proteção) para o tipo de tribunal em causa e tendo em atenção os níveis de distribuição verificados.*

Com efeito, é de assinalar que, desde Setembro a Dezembro de 1999, foram distribuídos 823 processos, sendo que, em 2000, 2001, 2002 foram distribuídos ao 5º Juízo Cível, respetivamente, 946, 872 e 960 processos.

Em decorrência, no referido relatório inspetivo e no que se refere ao item da produtividade, foi qualificada como *excelente prestação* a atividade desenvolvida, tendo também sido assinalado o facto de, em regime acumulação com as funções exercidas no 5º Juízo Cível, terem sido exercidas funções no 4º juízo cível da Comarca de Guimarães entre 15 de Outubro de 1999 e 31 de Dezembro de 1999, no 3º Juízo do tribunal da Comarca de Fafe entre 2 de Abril de 2002 e 2 de Junho de 2002 e em todos os juízos desse mesmo tribunal da Comarca de Fafe entre 29 de Maio de 2001 e 22 de Março de 2002, *isto, sem prejudicar o seu serviço no 5º Juízo Cível de Guimarães que manteve sempre em dia e em ordem.*

No que respeita à preparação técnica, escreveu-se no dito relatório inspetivo de 9.02.2004 que *estamos perante um juiz de categoria intelectual elevada, aliás condizente com a sua boa classificação universitária. Relevam-no o muito bom nível jurídico dos seus trabalhos espalhados por inúmeros processos, onde se constata um domínio muito seguro das normas, institutos e conceitos de direito aplicáveis, denotando apreciável cultura jurídica, manifestada no uso de adequada linguagem técnica que patenteia tanto no domínio do direito substantivo como no mais frequente recurso aos institutos de direito processual. Revela excelente capacidade de apreensão das situações jurídicas a decidir, não denotando qualquer hesitação no andamento de qualquer processo.*

E nele se concluiu que *não pode deixar de dar uma imagem fortemente positiva e meritória da atuação do Dr. José Alvoeiro. A distingui-lo claramente da média. Para além de uma produtividade notável, tem revelado uma enorme devoção, espírito de sacrifício e brio profissional, aliados a uma qualidade de trabalho claramente acima da média, tendo sido notado com a classificação de Bom com distinção.*

Posteriormente, foi objeto de nova inspeção, agora incidente sobre o serviço prestado entre 12 de Janeiro de 2004 até 11 de Março de 2009, a qual, como já se disse, lhe atribuiu, novamente, a classificação de mérito de *Bom com distinção.*

Neste período, deram entrada no 5º Juízo Cível 3457 processos e findaram 4182, tendo sido proferidas pelo menos 302 sentenças de mérito, sendo 251 em processos com contestação, 38 em processos

tutelares (sendo 14 com contestação) e 8 em processos de promoção e proteção (todos com contestação). Foram, ademais, proferidos 163 despachos saneadores.

À data de 11 de Março de 2009, o 5º Juízo Cível de Guimarães tinha 380 processos pendentes, sendo que tal número era o mais baixo de todos os juízos cíveis dessa comarca: no 1º juízo pendiam 435 processos, no 2º juízo pendiam 518 processos, no 3º juízo pendiam 404 processos e 4º juízo a pendência era de 467 processos.

Em consequência, no relatório de inspeção de 6 de Abril de 2009, ficou consignado que *dúvida não temos em afirmar que no item de produtividade o Sr. Dr. José Lino esteve bastante bem, pois, além do elevado número de processos que terminou ao longo do período sob inspeção, logrou manter um bom equilíbrio entre processos entrados – processos findos. E acrescentou-se que, para ter o Juízo no muito bom estado em que se encontra (...) trabalhou num ritmo de trabalho muito bom, sendo que a sua produtividade exigiu, por certo, um labor intenso.*

No domínio da perspetiva qualitativa, escreveu-se no dito relatório inspetivo ser *inteiramente justo salientar-se que o Dr. José Lino possui muito boa categoria intelectual, em especial no capítulo do jurídico onde mostra bem apreender as situações jurídicas em apreço e que foi solicitado a decidir e que decidiu com boa argumentação jurídica e grande celeridade e eficácia, o que, aliás, os tribunais superiores têm corroborado na apreciação das suas decisões, em sede de recurso, confirmando grande parte delas (...). Tem o cuidado de citar abundante e pertinente - e atualizada - jurisprudência nas suas decisões de mérito. A sua linguagem é correta e clara, revelando bom domínio dos conceitos legais e institutos jurídicos adequados, por onde navega com naturalidade.*

E prosseguiu-se dizendo que *o Sr. Juiz revelou estar sempre com o processo sob controlo, "fugindo" das dilações inúteis e imprimindo um ritmo de celeridade e eficácia (com objetividade e clareza) no andamento dos autos bastante meritório, sempre no fito de decidir depressa e bem o litígio suscitado pelas partes, dando sempre prioridade ao que era essencial e pondo de lado o que se afigurava meramente acessório ou instrumental - postura que vimos bem vincada, em especial, nos processos tutelares cíveis, que o Sr. Juiz domina muito bem e em que era nítida a preocupação de defesa intransigente dos superiores interesses dos menores.*

Em suma, verifica-se que, durante este segundo período de permanência no 5º Juízo Cível e em face dos dados disponíveis, a pendência baixou sempre e continuamente tendo em conta a relação processos findos – processos entrados, salvo no ano de 2008: - 150 (em 2004), - 342 (em 2005), - 136 (em 2006), - 40 (em 2007) e + 65 (em 2008).

Já no relatório de inspeção, datado de 29 de Junho de 2012, o Sr. Inspetor Judicial Juiz Desembargador António Manuel Mendes Coelho, consignou, por referência ao período de 13 de Março de

2009 até 31 de Agosto de 2009, que foram proferidos 10 despachos saneadores com seleção da matéria de facto, e foram proferidas 196 decisões cíveis no 5º Juízo Cível, sendo que destas 32 o foram em processos com contestação, e 30 decisões em processos tutelares, sendo apenas 1 em processos com contestação.

E não deixou de fazer constar também que *o sr. juiz inspecionando não deixou qualquer processo por despachar nem qualquer decisão por proferir no 5º Juízo Cível de Guimarães.*

VI.3 – Na 2ª Vara de Competência Mista de Guimarães.

Exerceu funções na 2ª Vara de Competência Mista de Guimarães desde 7 de Setembro de 2009 até 15 de Julho de 2014 (data do início de férias pessoais), sendo que, durante todo este período, a estatística cível revela que entraram 500 processos, tendo sido findos 637 processos, pelo que se deixou uma pendência de apenas 45 processos, por contraponto aos 182 que se encontravam pendentes no início de funções, no que se apura uma diferença de – 137 processos.

No âmbito dos processos crime, a pendência à data de entrada na 2ª Vara Mista era de 57 processos, tendo entrado no período um total de 211 processos e findado 248, tendo-se deixado uma pendência de 18 processo, do que resultou uma diferença de – 39 processos.

Já na estatística referente à justiça tutelar, receberam-se 6 processos pendentes e deixaram-se apenas 7 processos pendentes, tendo entrado e findado no período um total de 64 e 63 processos, respetivamente.

O serviço desenvolvido nesta Vara até 2 de Maio de 2012 foi também objeto de inspeção judicial, a qual abrangeu também o serviço prestado no 5º Juízo Cível entre 12 de Março de 2009 e 31 de Agosto de 2009 e que desembocou na atribuição da notação de *Muito Bom*.

No respetivo relatório de inspeção, datado de 29 de Junho de 2012, o Sr. Inspetor-Judicial Juiz-Desembargador António Manuel Mendes Coelho, consignou, por referência ao período entre 7 de Setembro de 2009 até 2 de Maio de 2012 que foram proferidas 330 sentenças, em processos cíveis e tutelares cíveis, sendo 108 em processos com contestação e, destes, 82 em ações ordinárias, bem como, 67 despachos saneadores com seleção da matéria de facto. E também que foram proferidos 53 Acórdãos crime nesse mesmo período.

No mesmo relatório de inspeção, datado de 29 de Junho de 2012, o Sr. Inspetor-Judicial Juiz-Desembargador António Manuel Mendes Coelho, consignou, por referência ao período entre 7 de Setembro de 2009 até 23 de Fevereiro de 2010, que foram proferidas 19 sentenças nas Comarcas de Felgueiras e de Celorico de Basto (pertencentes ao Círculo Judicial de Guimarães e onde também exerceu funções até àquela data).

Do expendido, concluiu o Sr. Inspetor-Judicial Juiz Desembargador António Manuel Mendes Coelho no mencionado relatório que *o sr. juiz inspecionando, no conjunto dos dois tribunais supra referidos e sem contar*

com sentenças homologatórias, nem com sentenças de extinção da execução (menos exigentes do ponto de vista formal e substancial, não se podendo por isso considerar pois como “decisões de fundo”), proferiu: - um total de 435 decisões de fundo (sentenças e despachos saneadores) na área cível; - um total de 17 decisões de fundo (sentenças) na área de menores; - um total de 53 decisões de fundo (acórdãos) na área criminal. Tudo somado, dá um total de 505 (quinhentas e cinco) decisões de fundo. Considerando que o período de trabalho efetivo do sr. juiz sob inspeção (descontando as férias judiciais) é de cerca de 32 meses (cerca de 8 meses de 2009, cerca de 10 meses por cada um dos anos de 2010 e 2011 e 4 meses relativamente ao ano de 2012), alcança-se uma média de cerca de 16 decisões “de fundo” por cada mês. Tendo em conta que o trabalho do sr. juiz, excetuados cerca de 4 meses de trabalho efetivo ainda no 5º Juízo Cível de Guimarães (integrados no período que medeia entre 12/3/2009 e 31/8/2009), se distribui em grande parte por ações ordinárias e processos comuns coletivos e que naquele número muitas das decisões, senão a sua maior parte, respeitam a processos de natureza cível e de natureza criminal de complexidade e extensão assinalável (com pluralidade de partes e de pedidos, com vários arguidos, com muitas testemunhas para ouvir e com várias sessões de julgamento, entre muitas outras circunstâncias próprias daqueles tipos de processos), cremos estar na presença de uma assinalável boa média de produção de decisões de fundo. Por outro lado, (...) faz-se notar que tal média tem lugar num quadro de abaixamento de pendência nas espécies processuais a seu cargo (menos 70 em processos cíveis, menos 10 em processos crime e menos 2 em processos tutelares), sendo de destacar a evidência de tal abaixamento no que respeita às ações cíveis (ações ordinárias, ações especiais e divórcios), em que o número de processos findos é claramente superior ao número de entrados no mesmo período.

No respeitante à apreciação qualitativa do serviço prestado, no relatório de inspeção a que ora se faz referência, foi também referido que *em jeito de apreciação global da prestação de trabalho do sr. juiz inspecionando sob o prisma do andamento dos processos e prolação de decisões, entendemos ser de dizer o seguinte: o sr. juiz tramita os processos de forma regular e célere, profere as decisões dentro dos prazos legais e muito aquém dos limites destes, não deixou qualquer decisão por proferir nem qualquer processo por despachar e – considerando a natureza dos processos com que trabalha (ações ordinárias e processos comuns coletivos) – há que lhe reconhecer uma assinalável boa média de produtividade de decisões de fundo. Estamos assim na presença de uma prestação de trabalho que, sob aquele prisma, podemos dizer que não tem mácula.*

E, à guisa de conclusão, aí se referiu também que *sob o ponto de vista da preparação técnica, que o sr. juiz denota um vasto conhecimento jurídico quer em matéria cível quer em matéria penal e fundamenta as suas decisões (quer de facto quer de direito) de forma bastante completa e aprofundada, do que resulta um*

claramente elevado nível jurídico do seu trabalho. É pois de concluir que o sr. juiz representa um valor seguro para a profissão e denota um desempenho elevadamente meritório ao longo da carreira.

VI.4 – Na 2ª Secção da Instância Central Cível (J3) da Comarca de Braga.

Com a reforma da organização judiciária levada a cabo pela Lei n.º 62/2013, de 26 de Agosto, e pelo Decreto-Lei 49/2014, de 27 de Março, foi extinta a 2ª Vara de Competência Mista e criada a Instância Central Cível da Comarca de Braga, subdividida em duas secções, estando atualmente colocado na 2ª Secção, com sede em Guimarães.

Com a redistribuição e transferência de processos cíveis, a 2ª Secção da Instância Central Cível (J3) iniciou-se a 1 de Setembro de 2014 com um total de 192 processos pendentes, sendo 104 ações ordinárias, 50 ações comuns, 1 ação sumária e 4 ação especiais, o que representou um forte acréscimo da quantidade de trabalho, agravada também pela variedade de processos, agora oriundos não só da extinta Comarca de Guimarães, como também das extintas Comarcas de Vila Nova de Famalicão, Póvoa de Lanhoso, Fafe, Cabeceiras de Basto e Celorico de Basto.

Todavia, até à data de 30 de Outubro de 2015, foi possível baixar a pendência para um total 114 processos, dado terem sido findos 249 processos, sendo que destes, 25 eram ações ordinárias e 73 eram ações comuns, não sendo de olvidar que entraram, no mesmo período, 12 ações ordinárias e 89 ações comuns.

Do que decorre que, na referida data e decorrido pouco mais de um ano, estão pendentes um total de menos 78 processos do que à data de 1 de Setembro de 2013, sendo que destes 56 são ações ordinárias ou comuns, isto não obstante as elevadas entradas, pois foram distribuídos 175 processos no mesmo período, sendo que destes, 101 eram ações comuns ou ordinárias, 5 eram ações especiais e 2 eram sumaríssimas.

Como é óbvio, o autor não voltou a ser inspecionado, por terem decorrido ainda quatro anos desde a última inspeção, mas é por demais evidente que a pendência foi reduzida de modo significativo, o que é de valorizar no contexto particularmente difícil decorrente da reforma da organização judiciária.

VII. – Breve Resenha Histórica dos modelos de proteção de crianças e jovens.

Com a entrada em vigor da Lei nº. 147/99, de 1 de Setembro, Lei de Promoção e Proteção de Crianças e Jovens em Perigo (doravante designada pelas siglas L.P.C.J.P.) materializou-se no ordenamento jurídico nacional uma verdadeira revolução em sede do denominado direito de menores.

A emergência desse novo paradigma permitiu a superação definitiva do tradicional modelo protecionista, no qual a criança era vista primordialmente como um objeto de direitos, como um ser passivo, enfim, como um menor na verdadeira aceção da palavra.

Note-se que esta conceção adjetiva não era mais do que o reflexo do modo como foi sendo vista a infância ao longo do tempo histórico. Cabe, pois ainda que de modo breve, deitar um olhar sobre a forma como, ao longo de séculos e séculos, foi sendo vista a infância.

VII.1 – A infância ao longo dos séculos.

É sabida a aceitação social do infanticídio na antiguidade e na própria Grécia, a completa ausência de diferenciação entre o adulto e a criança na Idade Média e a forma como, já em plena revolução industrial, as crianças, pelo menos as mais pobres, eram vistas como mera força de trabalho ao serviço do desenvolvimento social e da sobrevivência familiar.

Na antiguidade, o infanticídio era utilizado como método legítimo de eliminação de recém nascidos com malformações congénitas, com debilidades ou prematuros. Outra prática conhecida consistia no juízo da Assembleia de Idosos que os Espartanos promoviam com vista à eliminação dos recém-nascidos considerados inúteis que, cruelmente, eram abandonados à sua sorte, nas montanhas, servindo de alimento para animais.

Nos territórios hoje pertencentes à parte ocidental da Alemanha, era costume mergulhar os recém-nascidos em águas gélidas para testar a sua resistência e, por consequência, almejavam ao simples direito de viver.

De forma chocante, Darwin identifica o início da civilização humana com o surgimento do infanticídio o que justifica pelo facto de que “os nossos progenitores semi-humanos não teriam praticado infanticídio... o instinto dos animais inferiores não é tão perverso que os leve a destruir regularmente a sua própria descendência”¹.

No império romano, tal como na antiga Mesopotâmia, as crianças eram objeto de direitos e autoridades absolutos dos pais que incluíam até a faculdade de decidir da vida e da morte dos filhos, de os vender, por exemplo, para pagamento de dívidas ou de oferecer a criança em casamento.

¹ CANHA, Jeni; *A criança maltratada – O papel de uma pessoa de referência na sua recuperação. Estudo Prospetivo de 5 anos*, 2ª. Ed., p.18, Quarteto Editora, Coimbra, 2003.

Já na Idade Média, a humanidade não tinha sequer a consciência das características específicas da infância. A forma como os pintores representavam as crianças nas suas obras constitui o exemplo mais palpável dessa situação e que ainda hoje podemos comprovar: caras de adulto encimavam os corpos de baixa estatura.

As crianças não eram mais do que adultos pequenos (*homunculus*): alimentam-se, divertem-se e trabalham no meio de adultos.

Durante longos séculos, não existia pois qualquer noção de infância. A humanidade desconhecia profundamente da especificidade psicológica das crianças, o que se enraizava e traduzia na indiferença com que os adultos as encaravam.

As mais diversas atrocidades foram, assim, sendo cometidas ao longo de séculos e séculos contra as crianças.

Tal não significa, contudo, que durante todos esses séculos os pais e as mães não amassem os seus filhos: tudo indica que esses sentimentos eram bastante interiorizados em virtude de alguma suspeição dos moralistas quanto ao amor dos progenitores para com os filhos e também em resultado da própria mentalidade social vigente.

A falta de uma noção perceptível de infância não significava, necessariamente, uma falta total de afeto de pais para filhos ou que todas as crianças fossem tratadas com desprezo. A integração na sociedade adulta fazia-se precocemente e logo que a criança lograsse algum grau de autonomia e discernimento de si e do mundo à sua volta.

Nos séculos dezasseis e dezassete, a ideia de que a criança é um ser distinto e de particulares condições vai-se lentamente autonomizando até se chegar à consciencialização da brutalidade inerente à utilização das crianças como mera força de trabalho no período da revolução industrial.

De facto, só no século dezasseis começa a emergir algum sentimento diverso para com as crianças que se resumia a não mais do que uma espécie de encantamento perante um ser gracioso, que, na realidade era visto como um “animalzinho de estimação”².

De modo impressionante, Philippe Ariès³ apelida esse sentimento de *mignotage* fundindo, de certo modo, os vocábulos *mignon* (pequenino, querido), *mignotise* (mimo, carícia) e *mignoter* (animar, afagar).

Um dos pioneiros da defesa dos direitos das crianças é Rousseau que chama a atenção para o facto de ser altura de se falar menos nos deveres das crianças e mais nos seus direitos. A sua obra “*Émile ou de l'Education*” torna-se num êxito e difunde-se literatura vária sobre as crianças por todo o continente europeu.

² LOPES, Maria Antónia; *Crianças e jovens em risco nos séculos XVIII e XIX. O caso português no contexto europeu* in Revista de História da Sociedade e da Cultura 2, 2002, p.155 a 184.

³ *L'enfant et la vie familiale sous l'ancien régime*, Paris: Plon, 1960.

Jean Jacques Rousseau destaca as especificidades da infância e sublinha a necessidade de proteção e de amor que o ser criança é merecedor. É talvez o primeiro que defende a abolição dos castigos corporais (depois de Thomas More, no século XVII, ter condenado o açoite) e que reconhece, com grande impacto, o facto de as crianças serem seres autónomos e com direitos próprios.

Irónica e impressivamente, parte da sociedade protetora dos animais de Liverpool a iniciativa da constituição da primeira sociedade para a proteção das crianças.

Esse novel interesse pelas crianças vai, por um lado, consciencializar a sociedade para os riscos inerentes à infância e, por outro, incentivar algum esforço na tentativa de superar tais riscos.

Contudo, tal como hoje, os resultados das reformas adotadas alcançam melhor eficácia nas classes sociais mais favorecidas. O risco de perder a vida era já de si bastante elevado nos adultos, pelo que os elevados óbitos de recém-nascidos eram encarados com impotência e algum conformismo. O mesmo se passava, obviamente, com as elevadas cifras de abortos espontâneos.

As crianças que resistiam não tinham, contudo, primeiros anos de vida fácil.

No século dezassete e logo que nasciam, os bebés eram enfaixados com braços e pernas bem esticados e até atados aos berços para que, assim imobilizados, não se ferissem. Há inclusivamente relatos de que chegavam a ser pendurados para que não ficassem ao alcance de animais.

Esse enfaixamento tornava rara a higiene. Alguns parasitas, nomeadamente os piolhos, eram tidos como benéficos, pois sugavam o sangue mau.

Por outro lado, não eram conhecidos os benefícios do aleitamento materno e era usual, nos meios urbanos, entregar os recém-nascidos a amas de leite, havendo relatos da época que indicam uma percentagem inferior a 5% de crianças amamentadas pela mãe biológica em Paris⁴.

Outras crianças permaneciam afastadas no seio familiar durante cerca de dois anos sem que os pais as visitassem uma única vez, o que era causa de grande sofrimento traumático, não perceptível de todo à época.

No entanto, é só na segunda metade do século dezoito que se firmam políticas incrementadoras do aumento populacional: as elevadas taxas de mortalidade infantil eram vistas como depauperantes da riqueza dos reinos e das nações: quanto menor fosse a população menores eram os tributos e mais fracos eram os exércitos.

São razões de cariz economicista que impelem os governantes da época a combater comportamentos nocivos como o enfaixamento e a divulgar a imperiosa necessidade de práticas quotidianas de higiene, vulgarizando-se o banho diário dos bebés nas famílias mais abastadas.

⁴ LOPES, Maria Antónia; *ob. cit.*, p.163.

É introduzida a vacinação contra a varíola, aumenta-se a formação de parteiras e desenvolvem-se os serviços de obstetrícia, para além de se criarem instituições para abrigo de crianças abandonadas.

É já no século dezanove que se começa sociologicamente a perceber a segunda infância como distinta fase de desenvolvimento das crianças. Concomitantemente, há uma progressiva consciencialização dos perigos do trabalho excessivo imposto a crianças e jovens, por vezes utilizados em labores tão exigentes como a indústria de produção em série ou a indústria extrativa de minérios.

Todavia, qualquer intervenção nessa área era vista, em face das concepções partidárias do racionalismo iluminista e do liberalismo económico então vigentes, como um atentado à autonomia e iniciativa privadas, enquanto expressões da liberdade do homem.

Porém, rapidamente os mais sagazes compreenderam que as partes dessa relação laboral aparentemente livre não eram verdadeiramente iguais: o trabalhador encontrava-se numa situação de absoluta dependência face àquele que lhe pagava o salário, pois que este era o detentor dos meios de produção e era quem tinha o domínio sobre todo o processo produtivo, estabelecendo, unilateralmente, o modo e as condições materiais em que o trabalho era prestado.

Aliás, o trabalhador era identificado por uma caderneta que ficava em poder da entidade empregadora, numa situação algo paralela com o que ocorre hoje com o tráfico de pessoas, em que aqueles que exploram o corpo de terceiros se apoderam dos passaportes e demais documentos de identificação destes.

As péssimas condições em que o trabalho era prestado, os baixos salários e a concentração de muitos trabalhadores em bairros miseráveis propiciaram lutas várias e prolongadas com vista à obtenção de direitos elementares para aqueles que forneciam a sua mão-de-obra. As crianças, usadas como mão-de-obra ainda mais barata, eram sujeitas a verdadeiras torturas. Vitorino Magalhães Godinho⁵ cita o jornalista Silva Pinto que relata esse calvário na fábrica do seu pai por volta de 1860: *Distribuía-se-lhes trabalho de sol a sol. (...) De Inverno, ao romper da manhã, já os pequenitos esperavam, às escuras, debaixo de chuva, ou enregelados pelo frio, que se lhes abrisse o portão da fábrica. Alguns vinham de longe (...). Tinham de levantar-se às duas horas da noite e vir descalços e rotos, tiritando, às vezes encharcados, para chegarem ao toque da sineta e não perderem um quartel. E de seis a sete anos de idade!*

É em Inglaterra, no século XIX que se criam as primeiras leis de proteção aos trabalhadores mais débeis, como os menores de idade e as mulheres: pelo famoso Factory Act de 1819 é fixada em nove anos a idade mínima de admissão ao trabalho e a jornada de trabalho dos trabalhadores do algodão é limitada a intermináveis doze horas; em 1831 proíbe-se o trabalho noturno a menores de dezoito anos; em 1833 proíbe-se que o horário semanal de trabalho das crianças exceda as quarenta e oito horas.

⁵ *Estrutura da antiga sociedade portuguesa*, Arcádia, Lisboa 1977, p.296 e 297.

Na Europa continental esse movimento também tem reflexos. Em 1841, os franceses proibem o trabalho industrial a menores de oito anos e apenas permitem oito horas de trabalho máximo diário aos jovens de idade compreendida entre os oito e os doze anos. Na Bélgica, contudo, a regulamentação dessa matéria surge tardiamente em 1889.

Em Portugal, o Código Civil de 1867 impunha um máximo de nove horas de trabalho aos aprendizes menores de catorze anos e um máximo de doze horas aos menores de dezoito anos de idade. Foi, porém, com o Decreto de 14 de Abril de 1891 que especificamente se regulamentou o trabalho de menores proibindo a execução por crianças de trabalhos penosos e perigosos⁶.

Todavia, o que se passavam em casa, mesmo no âmbito laboral, era tido como estando ainda numa esfera privada vedada a qualquer tipo de intromissão.

É também em pleno século dezanove que em Portugal se extinguem as chamadas Rodas dos Expostos com o Decreto de 21 de Novembro de 1867, após se questionar a existência desse tipo de instituições e face ao aumento exponencial e contínuo do número de crianças abandonadas. Uma criança em cada oito era abandonada na Roda e se tivesse a sorte de ser uma das cerca de dez por cento dos sobreviventes era, logo aos sete anos de idade, leiloada pelos juizes de órfãos como se de cabeças de gado se tratasse.

É certo que o objetivo da criação dessas casas de acolhimento legal e anónimo era diminuir a taxa de mortalidade infantil e evitar que as crianças fossem abandonadas noutros locais. Todavia, face aos resultados alcançados, tornou-se evidente a necessidade de, através de orfanatos, impedir o abandono indiscriminado e só permitir admissões justificadas.

Esta proteção de órfãos foi posteriormente alargada, através das Casas de Asilos da Infância, às crianças não órfãs que eram deixadas sozinhas durante o período de trabalho dos progenitores.

Podemos, portanto, concluir com Maria Antónia Lopes⁷ que *os conceitos de risco, situação de risco e comportamento de risco estavam consciencializados, verbalizados e eram claramente operativos em finais de Oitocentos. Com a escolarização obrigatória, que se impôs entre finais do século XIX e inícios do seguinte, alarga-se repentina e desmesuradamente a consciência e o campo de intervenção das situações de risco. De imediato se cria um novo desvio: a fuga ao sistema e o abandono escolar. (...) A escolarização obrigatória, que foi tão importante no combate ao trabalho infantil, relevou também a existência de multidões de crianças enfezadas.*

⁶ MONTEIRO FERNANDES, António de Lemos; *O Direito do Trabalho. I – Introdução. Relações Individuais de Trabalho*, 9ª Ed., Almedina, 1994, p.26.

⁷ *Ob. cit.*, p.183.

Daqui se constata que a preocupação que atualmente a sociedade globalmente demonstra pelos direitos da criança é relativamente recente e que a história da infância *constitui um pesadelo do qual apenas recentemente começámos a despertar*⁸.

Malgré tout, a situação de milhões e milhões de crianças está longe de se ter alterado radicalmente: continuam a ser consideradas propriedade dos pais, a viver na pobreza e a ser vítimas de abusos e maus tratos de toda a espécie.

Como destaca Maria Clara Sottomayor⁹ o século vinte, paradoxalmente, foi o século do holocausto e dos genocídios, do recrudescimento de sistemas totalitários, da venda de crianças, do racismo e da descoberta do abuso institucional e sexual de crianças e da infeção de milhares de crianças com o vírus da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida (SIDA). Além disso, foi também o século em que a sociedade internacional despertou finalmente para práticas discriminatórias contra as crianças do sexo feminino (como a violação, a prostituição, a mutilação genética ou até a eliminação seletiva na China).

Também Manuel Pinto¹⁰ reflete sobre este fenómeno contraditório: *apesar de a valorização da infância ser um dado adquirido, ou talvez por causa disso mesmo, existem claros sintomas de contradições entre o discurso social e político sobre a infância e as práticas sociais relacionadas com as crianças*.

O mesmo Manuel Pinto cita uma expressiva afirmação do filósofo Michel Serres numa entrevista publicada no caderno especial “Público – World Media”, editado pelo Jornal Público em 17 de Junho de 1993¹¹: *creio que os pais já não gostam dos filhos. Preferem pagar aos guardas prisionais em vez de o fazerem aos professores e preferem passear o cão em vez dos filhos. Estou constantemente a ver os cães serem acariciados e os filhos esbofeteados. Esta é a realidade cruel dos factos: já não temos filhos e já não gostamos deles*.

Manuel Pinto avança várias explicações para este fenómeno: a entrada em grande escala das mulheres no trabalho profissional fora do lar com a conseqüente desordem das regras tradicionais domésticas e o questionar dos papéis do homem e da mulher na distribuição das tarefas domésticas; a alteração de rotinas de vida; o stresse inerente aos grandes e desordenados aglomerados urbanos; a redução da disponibilidade global dos pais para com os filhos; a valorização egoística dos conceitos de bem-estar e do prazer imediato.

⁸ DE MAUSE, Lloyd; “Historia de la Infancia”, Alianza Editorial, Madrid, 1991.

⁹ *O poder paternal como cuidado parental e os direitos da criança*, in “Cuidar da Justiça de Crianças e Jovens. A Função dos Juizes Sociais. Atas do Encontro”; Almedina, Coimbra, 2003, p.13.

¹⁰ *A infância como construção Social*, in “As Crianças Contextos e Identidades”, coord. de Manuel Pinto e Manuel Jacinto Sarmento, Colecção Infans, Centro de Estudos da Criança, Universidade do Minho; 1997, p.51.

¹¹ *Escola do Passado e Escola do Futuro*.

Estes e outros fatores configuram um contexto sociofamiliar em que *as crianças surgem como um problema, em torno do qual se movimentam sentimentos ambíguos e a decisão de as fazer vir ao mundo se torna um ato com profundas implicações na vida individual (sobretudo da mulher) e do casal*¹².

Noutra perspetiva, o final do século vinte foi marcado pelo surgimento de um debate cultural em torno da progressiva diluição das fronteiras entre a infância e a adultez, de certa forma, impulsionado pelo debate sobre o alcance e conteúdo dos direitos agora subjetivados nas crianças.

Uma das vozes que mais se destacou nesta discussão foi a de Neil Postman que no seu *The Disappearance of Childhood*, de 1982, pôs em evidência o atual esbatimento das fronteiras entre o mundo dos adultos e o das crianças manifestado nos comportamentos (sociais e até criminais), nos vestuários, na linguagem, na utilização do mesmo tipo de jogos, de meios de comunicação e de outros meios eletrónicos.

Tal esbatimento fez, nas palavras do autor, emergir o “adulto-criança” descrito como sendo “um crescido cujas capacidades intelectuais e emocionais se encontram por realizar e não são significativamente distintas das que são associadas às crianças (p.99).

Também Finkielkraut alerta para o perigo da infantilização generalizada da sociedade decorrente do “absurdo ontológico” que constitui, para as novas gerações aceder à vida adulta numa sociedade e numa cultura que desvaloriza a adultez e que, sob a capa do discurso juvenil, cultiva o ser criança¹³.

VII.2 – O modelo protecionista.

Chegado o século vinte, com o aprofundamento crescente do sentido da infância por pedagogos e pelos fundadores da Psicologia (em especial da Psicologia do Desenvolvimento que, desde finais do século dezanove, vem proporcionar um inestimável conhecimento multifacetado sobre o desenvolvimento infantil), acentua-se a intervenção protetora do Estado sobre as crianças, sendo que, entre nós, é aprovada a Lei de Proteção à Infância, de 27 de Maio de 1911 que institui um sistema assistencial e curativo, assente em postulados positivistas.

À época tida por inovadora e perscrutora, a Lei de Proteção à Infância visava o melhoramento e correção dos menores “desamparados” ou em situação de “perigo moral” através da aplicação de medidas individualizadas ainda que no “interesse do menor”.

Nos termos dessa lei, eram tidos como menores desamparados aqueles que, isoladamente ou em companhia de vadios, mendigos, ociosos, alcoólicos, gatunos, desordeiros ou outros, viviam em estado habitual de ociosidade, vadiagem, libertinagem ou mendicidade em consequência de uma situação de perigo

¹² PINTO, Manuel, *ob. cit.*, p.52.

¹³ Citado por Manuel Pinto, *ob. cit.*, p.57, que remete para o conhecido ensaio de Finkielkraut, *A Derrota do Pensamento*, significativamente intitulada “Nós somos o mundo, nós somos as crianças”, Lisboa, D. Quixote, 1988.

moral, da falta de vigilância dos pais ou do tutor, da sugestão de outrem ou das suas próprias e manifestas tendências imorais ou criminosas.

De acordo com esse texto legal, eram menores em situação de perigo moral todos aqueles que não tivessem domicílio certo em que habitassem, nem meios de subsistência, por os pais serem desconhecidos ou desaparecidos, bem como os que não tivessem momentaneamente domicílio certo em que habitassem, nem meios de subsistência, devido à doença ou prisão de seus pais.

Eram também considerados em perigo moral os menores de idade que vivessem com pais ou tutores que desprezassem de forma grave os seus deveres de vigia e educação dos filhos, tivessem mau comportamento notório e escandaloso ou fossem conhecidos como mendigos, vadios, ociosos, alcoólicos, gatunos, rufiões.

Além disso, eram igualmente menores em perigo moral os que fossem objeto de maus tratos físicos habituais ou excessivos, empregados em profissões proibidas, perigosas ou desumanas ou de objeto de utilização para a mendicidade ou prostituição.

É nesta Lei de Proteção à Infância de 27 de Maio de 1911 que é instalado o Tribunal de Menores em Lisboa e, posteriormente, a partir de 1925, nas demais Comarcas. São também criadas as Tutorias de Infância que mais não eram que tribunais coletivos cuja composição era preenchida por um juiz de carreira e dois juizes adjuntos, sendo um médico e o outro professor.

A criação de específicos órgãos jurisdicionais vocacionados para o tratamento das questões relacionadas com menores entronca num movimento que se iniciou no continente norte-americano.

Com efeito, os primeiros tribunais de menores foram criados nos Estados Unidos da América no final do século XIX, fruto de um movimento iniciado com a criação de audiências especializadas para menores já em 1862 no Estado de Massachussets.

De resto, o primeiro tribunal de menores de que há notícia¹⁴ foi criado no Estado de Chicago, em 1899, seguindo-se quase em simultâneo, a criação do primeiro Juvenil Court, no Estado do Illinois. Esse ímpeto criador não parou e foi-se alastrando-se pelos diversos Estados da União.

O continente europeu não ficou alheio a tal movimento tendo também surgido tribunais de menores na Bélgica, com a Lei de 15 de Maio de 1912, na França, com a Lei de 22 de Julho de 1912, e também, já antes, como vimos, em Portugal.

Os primeiros trinta anos do século vinte são pois marcados, a nível global, pela emergência de tribunais especializados para o conhecimento das questões relacionadas com menores e, naturalmente, pela produção de legislação vária nessa matéria.

¹⁴ HUGUENIN, Elisabeth, *Les Tribunaux pour Enfants*, Éditions Delachaux & Niestlé, S.A., p.7.

Entre nós, a Lei de Proteção à Infância de 27 de Maio de 1911 vigora durante cerca de cinquenta anos consecutivos.

Nesse lapso temporal de meio século a República assiste à progressiva instituição de um novo regime político ancorado na Constituição de 1933 que, de resto, não deixava de plasmar uma filosofia intervencionista e protecionista nesta área, nomeadamente, nos seus artigos 11º a 13º.

Por outro lado, ao nível internacional, assiste-se à consolidação da justiça de menores entre os anos trinta e sessenta: só agora se efetiva a instalação massiva de tribunais de menores; alguns países, de modo tardio, aproximam a sua legislação aos países que se mostram mais percursos.

A título meramente exemplificativo podemos referir o caso da Inglaterra: a abolição, através de uma lei de 1933, da existência de instituições distintas para menores em perigo e para menores delinquentes.

Todavia, a partir dos anos sessenta do século vinte, assiste-se a vários movimentos pendulares de sentido diverso ao nível internacional.

Se nos Estados Unidos da América, como veremos, se começa a colocar em causa o modelo de proteção da justiça de menores, no continente europeu acentua-se decisivamente esse modelo protecionista, nomeadamente, em Inglaterra, na Escócia e em Portugal¹⁵.

Com a chegada ao poder do Partido Trabalhista em 1965, a Inglaterra assiste à tentativa de substituir os tribunais de menores pelos serviços sociais no tratamento das situações inerentes aos menores em risco e aos menores delinquentes.

Perante a forte contestação da oposição, o governo trabalhista recua e alcança-se um compromisso que permite manter os tribunais de menores, mas que, concomitantemente, favorece o tratamento extrajudicial de muito casos, sendo certo que, em qualquer dos casos, a intervenção é feita sempre no sentido de favorecer o bem-estar do menor.

Em 1962, surge em Portugal a Organização Tutelar de Menores que corporiza a codificação do Estado Novo para o regime jurídico aplicável aos menores, agora centrado no papel do juiz, sem lugar para a aplicação dos princípios básicos do direito, dentro de uma conceção paternalista e protecionista em que os menores delinquentes e os que se encontram em risco são equiparados.

Com efeito, este novo instrumento legislativo vem acentuar o modelo protecionista ancorado no Estado-Providência, mantendo a categoria dos menores em perigo moral e introduzindo novas classificações legais de pré-delinquência, para-delinquência, delinquência e de menores indisciplinados.

Institui-se, então, um modelo assente no juiz singular que reduz à insignificância e à impotência processual o próprio Ministério Público, tal como o menor e os seus representantes legais, aos quais não é

¹⁵ TREPANIER, Jean, *Le Développement historique de la Justice des Mineurs*, in 100 Ans de Justice Juvenile. Bilan et Perspectives, 1999, http://www.childsrighs.org/documents/publications/livres/Book_actesIDE1999_100ans-JJ.pdf [consulta em 13 de Dezembro de 2015]

reconhecido o simples direito de requerer a produção de qualquer meio de prova, nem mesmo o de se pronunciarem sobre qualquer questão central do processo para, por exemplo, se defenderem de eventuais imputações.

Trata de um sistema monolítico que consagra igual tratamento jurídico para as crianças e jovens que estão numa situação de perigo como para aquelas que, num diferente registo, transgridem regras de convivência básicas praticando a delinquência.

Diferentes quadros sociais, familiares e pessoais são, destarte, objeto de igual tratamento.

Neste modelo tradicional a função do Estado está, essencialmente, resumida a uma intervenção assistencial visando a proteção, educação e correção daqueles que, sendo menores de idade, estão em risco de delinquirem ou já delinquiram.

O Estado arroga-se, neste modelo, como protagonista único de um papel paternalista, de resto, em consonância com o momento histórico-político da criação e consolidação do estado-providência enquanto nova forma de organização política do Estado nas sociedades do pós-guerra.

Todavia, e como instrumento executor desse específico papel, havia já sidos criados tribunais de menores, com competência específica para o tratamento das questões relacionadas com a delinquência de menores ou com situações de risco inerentes ao que era então caracterizado como «perigo moral».

A este concreto modelo de tribunal e de legislação corresponde, naturalmente, um também particular modelo de juiz e uma específica conceção do seu papel.

O juiz de menores é, à época, instrutor e julgador; defensor do menor e seu acusador. Onnipotente, o juiz assim formatado goza de largos poderes discricionários que resultam em decisões verdadeiramente solitárias, pois que não participadas pelos despectivos interessados, nem tão pouco resultantes de um verdadeiro e pleno contraditório.

A proteção do menor é sempre configurada na exclusiva ótica pessoal, ética e até axiológica do juiz, enquanto instrumento protetor do Estado. Surge-nos um juiz paternalista e protetor cuja escolha é feita em razão das suas qualidades humanas e da sua aptidão para compreender as crianças.

Esse juiz não contraditado, nem verdadeiramente controlado ou controlável protagoniza um papel central no processo desproporcionadamente excessivo em face da inexistência de verdadeiras garantias processuais por partes dos demais intervenientes processuais.

Não há, pois, consagração expressa e formal do princípio do contraditório: o menor não tem direito a intervir no processo, nem sequer, em alguns casos, se admite tão pouco a intervenção de um Advogado.

Neste particular, entre nós, foi necessário que o Tribunal Constitucional, através do Acórdão n.º 870/96, publicado em 3 de Setembro, declarasse a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da

norma do artigo 41º da Organização Tutelar de Menores, aprovada pelo Decreto-Lei 314/78, de 27 de Outubro, que não admitia a intervenção de Mandatário Judicial, salvo na fase de recurso.

Este aresto foi tirado depois de vários Acórdãos, no mesmo sentido e na mesma linha jurisprudencial terem sido proferidos por aquela instância, nomeadamente, os Acórdãos n.º 488/95, de 27 de Setembro, n.º 504/96, de 20 de Março, 597/96 e 598/96, ambos de 17 de Abril.

Nesta última decisão sublinhou-se que “o processo tutelar está estruturado pelo legislador por forma a visar essencialmente a realização do interesse do menor e, se necessária, a proteção do próprio menor, através da aplicação de medidas tutelares de proteção, assistência e educação, por formas simplificadas mas eficazes. (...) Ora, a restrição ao patrocínio judiciário (...) revela-se, à luz do artigo 18º, n.ºs 2 e 3, da Lei Fundamental, desproporcionada e desadequada, pois excluindo-se a defesa dos interesses do menor e dos direitos que na matéria cabem aos pais por um mandatário judicial, ainda que ela não se mostre absolutamente necessária, atinge-se o núcleo essencial do referido direito (direito à nomeação no processo de um “intermediário técnico”, “entendido como a representação em juízo das partes ou sujeitos processuais por profissionais do foro, no que se reporta à condução técnico-jurídica do processo”). Na verdade, o juiz pode, no decurso do processo, adotar medidas que restringem fortemente a liberdade dos menores e os poderes que cabem a seus pais. Assim, há de entender-se que os interesses do menor e os correspondentes direitos dos pais podem não ficar suficientemente protegidos com a intervenção do Ministério Público, e até com a intervenção do próprio juiz, a quem é conferido o poder de julgar como o árbitro, não se podendo considerar salvaguardado esse “núcleo essencial”, e nem a celeridade exigida por tal tipo de processos, visando acudir a um menor em risco ou em vias de o estar, justifica a dispensa de mandatário judicial. Aliás, do texto constitucional, a propósito da filiação e do poder paternal, extrai-se um complexo de direitos e deveres que espelham aquele poder e o superior interesse dos filhos. Assim: - os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos (n.º 5 do artigo 36º) - os filhos não podem ser separados dos pais (n.º 6 do artigo 36º) - ao Estado incumbe cooperar com os pais na educação dos filhos (artigo 67º, c)) - os pais e as mães têm direito à proteção da sociedade e do Estado na realização da sua insubstituível ação em relação aos filhos, nomeadamente quanto à sua educação (n.º 1 do artigo 68º). Caracterizando-se o poder paternal, minuciosamente regulado nos artigos 1877º e seguintes do Código Civil, “não como um conjunto de faculdades de conteúdo egoísta e de exercício livre, ao arbítrio dos respetivos titulares, mas como um conjunto de poderes-deveres, como uma situação jurídica complexa em que avultam poderes funcionais, que devem ser exercidos altruisticamente, no interesse do filho, de harmonia com a função do direito, consubstanciada no objetivo primacial de proteção e promoção dos interesses do filho, com vista ao seu harmonioso e integral desenvolvimento físico intelectual e moral” (na linguagem do Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República n.º 8/91, de 16 de Janeiro de 1992, in Boletim, n.º 418, págs. 285 e segs.,

com análise detalhada do instituto do poder paternal), com tal caracterização compadece-se a defesa plena dos interesses do menor e bem assim a dos correlativos direitos dos pais no processo tutelar por um mandatário judicial, sendo desproporcionado e desadequado excluir ou restringir essa defesa.”

Por fim, concluía o Tribunal Constitucional que “o artigo 41º da O.T.M., nos termos em que proíbe a intervenção de mandatário judicial, viola o artigo 20º, nº 2, conjugado com o artigo 18º, nºs 2 e 3, da Constituição, (...), e tanto basta para o ferir de inconstitucionalidade material”.

O Tribunal Constitucional sublinhou, portanto e em diversas situações, o carácter desproporcionado e desadequado daquela restrição ao núcleo essencial do direito fundamental de acesso ao direito e aos tribunais, na sua vertente de direito ao patrocínio judiciário.

No plano internacional, já em 1967 o Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América havia reconhecido o direito dos menores a um *due process of law* no famoso caso Gault conduzido adjetivamente através de um processo de proteção do mesmo cariz daquele que estava consagrado na Organização Tutelar de Menores. Nessa decisão, foi reconhecido no ordenamento jurídico dos Estados Unidos da América o direito das crianças a, em qualquer circunstância, terem um processo que lhes reconheça idênticas garantias processuais que são conferidas aos adultos.

De resto, já em 1966, esse mesmo Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América tinha alertado para o facto de os objetivos visados pelo sistema legal de proteção de menores não serem suficientes para dispensar as garantias constitucionais reconhecidas aos menores, sob pena de os menores não beneficiarem nem da proteção garantida aos adultos, nem a atenção e o tratamento regenerador reclamados pelos adultos.

Posteriormente, em 1970, o Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América volta a marcar posição: no processo Winship sublinha-se que o essencial das garantias processuais e do tratamento judicial justo inclui a exigência de que a culpabilidade de um menor seja provada para além de qualquer dúvida razoável, tal qual como para os adultos.

Segundo Jean Trepanier¹⁶ estas e outras decisões criam uma onda de choque: “o procedimento informal que a doutrina *parens patriae* tinha justificado durante cento e trinta anos tornava-se fora-da-lei. Os diferentes estados americanos deviam rever as suas leis – e os tribunais, as suas práticas – para satisfazer as novas normas estabelecidas pelo Supremo Tribunal”.

No entanto, estas decisões diziam apenas respeito a questões de delinquência, não tendo aplicabilidade aos casos que envolviam as crianças em perigo.

Nessa linha ainda de certo modo vigente entre nós até há pouco tempo, o processo codificado pela Organização Tutelar de Menores é desformalizado, mas pouco ou nada transparente.

¹⁶ *Loc. cit.*

Não é configurável um direito de audição. O menor é mero objeto do processo e não vê consagrado qualquer dos seus fundamentais direitos, muito embora, determinadas boas práticas judiciais atenuassem as deficiências do modelo protecionista, não sendo poucos os juizes e os tribunais que, conscientes dos graves prejuízos causados pela aplicação cega da lei, “sempre respeitaram, na sua essência, o princípio do contraditório”¹⁷.

Exemplo do que acabámos de referir é o despacho recorrido sobre o qual se pronunciou o supra referido Acórdão do Tribunal Constitucional n.º.598/96, de 17 de Abril, onde se justificava a não aplicação do artigo 41º da Organização Tutelar de Menores: “A obstrução à intervenção de mandatário judicial no processo tutelar por parte dos representantes legais ou progenitores do menor, estipulada no artigo 41º da OTM, considera-se inconstitucional por se figurar violar tal preceito legal o disposto nos artigos 7º e 8º da DUDH, 6º e 13º da CEDH, 16, n.ºs 1 e 2, 20º, 36º, n.ºs 5 e 7, 67º, 68º e 205º da Constituição da República Portuguesa, razão pela qual se recusa a aplicação daquele preceito legal e se admite a intervenção do ilustre advogado dos progenitores do menor dos autos no presente ato”.

Nesse modelo tradicional de proteção de menores em que o Estado é fortemente interventor, a lei substantiva é sobretudo repressiva, em especial no que concerne aos menores delinquentes, assumindo-se como um derradeiro vestígio do *droit de vie et de mort que le pater familias romain possédait sur son enfant*¹⁸.

Tal modelo saiu de algum modo ainda mais reforçado com a revisão da Organização Tutelar de Menores operada pelo DL 314/78, de 27 de Outubro, onde na respetiva exposição de motivos se refere que “o facto de o tratamento jurídico das questões relativas a menores, quer no âmbito das medidas tutelares, quer em matéria de natureza cível, estar informado por princípios comuns justifica a sua inclusão num diploma único. Daí que o texto compreenda, por um lado, matéria da competência dos tribunais de menores e, por outro lado, matérias cíveis relativas a menores da competência dos tribunais de família”.

VII.3 – A superação do modelo tradicional.

É, pois, este modelo monolítico de escassas garantias processuais para as crianças e seus pais que vai sendo posto em causa a partir do último quartel do século vinte, maxime, nas duas últimas décadas, desde logo e no plano internacional, com a assinatura da Convenção sobre os Direitos da Criança.

Com efeito, nos anos oitenta do século passado acentua-se o debate entre aqueles que pugnam pela manutenção do modelo protecionista vigente e aqueles que pugnam pela adoção de um modelo de justiça em

¹⁷ PEDROSO, João, *Direito de Menores, um direito social? Estado e Comunidade na Promoção destes Direitos*, in *O Direito de Menores Reforma ou Revolução*, coord. de Joana Marques Vidal, Cadernos da Revista do Ministério Público, Edição Cosmos, p.79, nota 39.

¹⁸ HUGUENIN, Elisabeth, *ob. cit.*, p.21.

que o acento tónico se surpreende na defesa da sociedade e no respeito dos direitos, liberdades e garantias das crianças.

O debate é estimulado pela crise do Estado-Providência que, nesta área da justiça, se manifesta na incapacidade financeira do Estado em suportar o aumento das despesas inerentes ao sistema de proteção vigente, em face do crescimento das necessidades de resposta e de inserção social, respetivamente, das crianças em risco e dos jovens delinquentes, resultado, em boa medida, do aumento das crianças e jovens excluídas do sistema escolar e de formação profissional, em consequência das transformações económicas e sociais entretanto ocorridas¹⁹.

Os críticos do modelo protecionista destacam, por outro lado, as nefastas consequências dos resultados por aquele alcançados. As disfuncionalidades geradas foram-se impondo como uma realidade inelutável.

Por um lado, foi-se apreendendo que o menor não era apenas vítima do meio social em que vivia, pois que, em muitos casos, não era possível estabelecer qualquernexo de causa-efeito entre o comportamento daquele e o meio envolvente.

Além disso, o sistema não mostrava qualquer eficácia.

Efetivamente e por força de diversas vicissitudes, foi-se constatando que o sistema protecionista promovia essencialmente a seleção de crianças e jovens de famílias pobres criminalizando e estigmatizando a pobreza.

Por outro lado, a proteção era realizada preferencialmente através da institucionalização e de modo perverso, porquanto a medida de internamento em estabelecimento tutelar era, ao menos entre nós, “muito mais aplicada a crianças em risco do que a crianças que praticaram crimes” conforme era constado por Eliana Gersão²⁰.

Acresce que esse internamento igualitário entre crianças em risco e crianças delinquentes acabava por impedir a adoção de intervenções dirigidas e eficazes e potenciava o risco de mimetização de comportamentos desviantes, sem que se lograsse, as mais das vezes, uma real proteção dos menores em risco ou uma verdadeira inserção dos jovens delinquentes.

De resto, as altas taxas de reincidência de delinquência juvenil demonstravam à sociedade que o sistema não produzia os resultados esperados e contribuía para um real agravamento da situação dos menores.

¹⁹ Cfr. SANTOS, Boaventura de Sousa; Marques, Maria Manuela Leitão; Pedroso, João; Ferreira, Pedro; Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas: o Caso Português, Centro de Estudos Judiciários / Centro de Estudos Sociais, Porto, Edições Afrontamento, 1996; p.36.

²⁰ Apud PEDROSO, João; *Direito de Menores, um direito social? Estado e Comunidade na Promoção destes Direitos*, in O Direito de Menores Reforma ou Revolução”, coord. de Joana Marques Vidal, Cadernos da Revista do Ministério Público, Edição Cosmos, p.79, nota 37.

No modelo protecionista, o Estado acabava por promover a desresponsabilização dos menores e da própria comunidade que é posta à margem de toda e qualquer intervenção, ampliando, desta forma, a marginalização dos menores, estigmatizando-os.

De resto, tal desresponsabilização estigmatizante é patente se atentarmos à inexistência de limites temporais máximos para as medidas de proteção aplicada no âmbito do modelo tradicional de proteção, em clara violação do básico princípio da proporcionalidade.

Aliás, todo o modelo protecionista era violador dos direitos fundamentais das crianças e jovens: a intervenção excessiva, prepotente e abusiva, em nome de um interesse do menor meramente dogmático e ilimitada, acaba por deixar o menor e os seus progenitores completamente desprotegidos face a essa mesma intromissão estadual²¹.

Com efeito, não havia regras claras de direito e apontava-se o excessivo livre arbítrio do julgador que, em alguns casos, se deixava guiar por valores pessoais e subjetivos no momento da aplicação das medidas e até por considerações de índole moral que, em rigor, deveriam estar completamente afastadas da decisão. O papel do juiz era qualificado como fluído e impreciso.

Postas em evidência tais deficiências, alguns chegam mesmo a defender a abolição pura e simples dos tribunais de menores e exigem que os menores sejam tratados pela justiça do mesmo modo que os adultos.

As críticas transformam-se em verdadeiras reivindicações como aquela que ficou conhecida, na expressão de Françoise Tulkens, como a dos cinco “d’s”: desinstitucionalização, desjudiciarização, direitos (reconhecidos e defendidos), diversão e descentralização²².

De resto, o volume de críticas é ampliado pela convergência de interesses entre os liberais e os conservadores americanos. Os primeiros temem os abusos a que pode levar o modelo de reabilitação, enquanto que os segundos exigem, sobretudo, sanções punitivas mais duras para os que delinquem.

A intervenção estadual tradicional nesta área é, assim, posta em causa de modo decisivo, sendo tal movimento contextualizado na ampla reconfiguração da organização política do novo Estado liberal.

Por outro lado e a nível global, a problemática dos direitos fundamentais ganhara já novo e decisivo impulso depois dos conturbados anos da Segunda Grande Guerra Mundial. Os movimentos de agregação supraestadual, nomeadamente ao nível europeu, elegem para primeiro plano os direitos fundamentais, vistos agora sob o prisma da perspetiva universalista²³.

²¹ RODRIGUES, Anabela Miranda; *Repensar o Direito de Menores em Portugal – Utopia ou Realidade?*, Revista de Política e Ciência Criminal, Ano 7, 1990, p.355 e seguintes.

²² *Revue générale de Droit*, 1996, p.198.

²³ Cfr. ANDRADE, José Carlos Vieira de; *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Almedina, Coimbra, 1987, p.16 e seguintes.

A criação do Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) no ano de 1946 insere-se nesse contexto histórico-político e visa a melhoria das condições de vida das crianças a todos os níveis, nomeadamente, quanto à nutrição, alimentação e aos cuidados de saúde.

Esse movimento traduz-se na elaboração e posterior aprovação de diversos instrumentos internacionais como sejam a Declaração Universal dos Direitos do Homem, assinada em Paris aos 10 de Dezembro de 1948 ou a Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem, com início de vigência em 1953, as quais traduzem a preocupação de identificar e garantir *manifestações fundamentais de princípios inscritos na consciência jurídica universal*²⁴.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem enuncia, pela primeira vez, direitos civis e políticos, económicos, sociais e culturais de que toda pessoa humana deve beneficiar, aqui se incluindo, obviamente também, as crianças.

Em relação a estas, podemos encontrar referências no artigo 25º da Declaração Universal dos Direitos do Homem quando se assegura o direito a ajuda e assistência especiais à maternidade e à infância ou quando se alude à mesma proteção social de que devem gozar todas as crianças, independentemente de terem nascido ou não na constância do matrimónio.

No domínio particular do direito de menores, a comunidade internacional vai, aproveitando os enormes progressos da psicologia e da pedopsiquiatria, logrando identificar e autonomizar direitos próprios das crianças e dos jovens, os quais passam a ser vistos não como meros objetos carecidos de proteção, mas como verdadeiros sujeitos de direitos.

As crianças e jovens deixam de ter um estatuto menor, passando a assumir o papel de sujeitos ativos de direitos fundamentais, como qualquer outro indivíduo ou cidadão, mas com óbvias particularidades em resultado do facto de se estar não perante um adulto mais novo, mas em face de *um ser diferente, com estádios de desenvolvimento específicos, ainda sem autonomia nem maturidade bastantes, com características e necessidades próprias*²⁵.

Nessa medida, não tardam os instrumentos internacionais que vão densificar tal papel e desenvolver evolutivamente a Declaração dos Direitos da Criança de Génève, em 1924, que apenas proclamava cinco princípios básicos que acentuavam o bem-estar das crianças e o seu normal desenvolvimento.

A título de mera curiosidade, cabe lembrar que o papel inestimável desenvolvido pela “Save Children Fund Internacional Union” no sentido da promulgação dessa Declaração de Génève e a circunstância de a sua fundadora Eglantyne Jebb ter sido presa e acusada de obscenidade pelo simples facto de ter distribuído fotografias de crianças famintas vítimas da guerra.

²⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de; *ob. cit.*, p.19.

²⁵ LEANDRO, Armando; “A Criança e o Jovem – Que Direitos? Que Justiça?”, in AAVV, Atas do Congresso Os Jovens e a Justiça”, Apport, Lisboa, 1995, p.28.

Essa Declaração dos Direitos da Criança de Génève, datada de 1924, é o primeiro instrumento internacional onde se podem encontrar referências a direitos da criança: nela se reconhece que a criança deve ser protegida e auxiliada independentemente da sua nacionalidade, raça ou crença, com respeito da integridade da família, devendo ser colocada em condições de se desenvolver de modo norma.

Além disso, a Declaração de 1924 estipula que a criança deve ser alimentada e reeducada. Mais prevê que criança órfã ou abandonada deve ser recolhida e exige que, em caso de infortúnio, deve dar-se prioridade de socorro à criança.

Outros exemplos desses instrumentos internacionais são a Declaração dos Direitos da Criança proclamada pela Organização das Nações Unidas em 1959 e, posteriormente, a Convenção sobre os Direitos da Criança aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas no dia 20 de Novembro de 1989 e assinada em Nova Iorque, nos Estados Unidos da América, no dia 26 de Janeiro de 1990.

Esta última realiza, nas palavras de João Pedroso²⁶, uma *abordagem integrada dos direitos da criança, ao reconhecer que o desenvolvimento pleno da criança implica a realização dos seus direitos sociais, culturais, económicos e civis procurando um equilíbrio entre os direitos das crianças e dos seus responsáveis legais, concedendo àquelas o direito genérico de participar nas decisões que lhes dizem respeito.*

Efetivamente, a Convenção sobre os Direitos da Criança introduz, à escala global, um sistema de proteção integrada da criança, na qual esta é considerada como um sujeito de direitos e não simplesmente como um ser frágil e vulnerável necessitado de proteção.

Com esta Convenção a criança é colocada no centro de toda a intervenção. Por outro lado, as responsabilidades parentais e as incumbências do Estado são definidas em razão da criança e dos seus direitos fundamentais, estabelecendo-se restrições à ingerência estadual no seio familiar.

Essas restrições resultam do estabelecimento, de modo circunstanciado, dos critérios que autorizam a invasão dos poderes estaduais no interior da família e as situações de risco que a legitimam.

Analisemos, então, mais pormenorizadamente estes importantíssimos instrumentos internacionais e as conceções que lhes são inerentes.

Como é sabido, a Declaração dos Direitos da Criança proclamada pela Organização das Nações Unidas em 1959 apenas havia logrado atenuar ligeiramente a filosofia inerente a todas as declarações não vinculativas produzidas na primeira metade do século vinte: o postulado de que a criança é um ser carecido de proteção e especiais cuidados.

É certo que nesta Declaração de 1959 se alertava para a necessidade imperiosa de a humanidade dar o melhor de si mesma pelas crianças e reconhecia a premência de proteção contra todas as formas de negligência, crueldade ou exploração.

²⁶ *Direito de Menores, um direito social? Estado e Comunidade na Promoção destes Direitos, ob. cit., p.72.*

A Declaração dos Direitos da Criança reconhecia também um amplo catálogo de importantes direitos à criança: o direito a um nome e a uma nacionalidade; o direito à segurança social e a uma alimentação adequada, a alojamento, a cuidados médicos e até a distrações. Mais se definiam direito à educação gratuita e obrigatória até um nível dito de elementar e a condições iguais no acesso à cultura com vista a permitir um desenvolvimento das suas faculdades e a possibilitar a formação de opiniões pessoais.

Por fim, a Declaração de 1959 era clara quanto à necessidade de a criança gozar do amor e da compreensão dos adultos como condição básica do desenvolvimento harmonioso da sua personalidade, bem como quanto ao dever de os poderes públicos assegurarem cuidados específicos às crianças sem família ou sem os meios mínimos de subsistência.

De todo o modo, é mister salientar que a Declaração de que temos vindo a falar não passava disso mesmo, de uma mera declaração que não constituía verdadeiramente uma fonte de obrigações jurídicas para os Estados, apenas impondo diretivas de ordem puramente moral.

Assim, só cerca de vinte anos mais tarde, ou seja em 1978, é formalmente proposta, pela Polónia, junto da trigésima quarta sessão da Comissão dos Direitos do Homem das Nações Unidas, a adoção pelas Nações Unidas de uma convenção sobre os Direitos das Crianças.

Já em 1979, Ano Internacional da Criança, é criado um grupo de trabalho que durante cerca de sete anos procede a um amplo debate sobre a matéria e permite introduzir na proposta apresentada várias modificações de grande relevo.

Pode, pois, dizer-se com inteira segurança que a Convenção sobre os Direitos da Criança é verdadeiramente o primeiro instrumento de direito internacional a conceder força jurídica internacional aos direitos das crianças, responsabilizando juridicamente os respetivos Estados-Partes.

Por outro lado, Convenção sobre os Direitos da Criança aporta uma nova visão do que é a criança: de mero ser carecido de proteção e *not-yet person*, a criança alcança agora o estatuto especial de sujeito de direitos, capaz de formar e exprimir opiniões, influenciar e participar na formação de decisões e ser parceiro ativo das mudanças sociais.

Nessa medida, as soluções a adotar por todas as entidades públicas têm de ser construídas com as crianças, considerando as suas perspetivas e assegurando-lhes a possibilidade de fazer escolhas informadas, em especial, no âmbito de processos judiciais ou administrativos que afetem, direta ou indiretamente, a sua vida e o seu destino, nomeadamente, quando esteja em causa a sua adoção, a definição das responsabilidades parentais, o local de residência em caso de separação dos progenitores ou outras questões relevantes como sejam a escola a frequentar, o modo de ocupação dos tempos livres, etc.

Há, em suma, a assunção de uma nova concepção sobre o que é a criança. Em paralelo e como decorrência lógica, as relações entre as crianças e os adultos também se transformam de forma decisiva com a Convenção sobre os Direitos da Criança.

De protetores os adultos passam a negociadores e promotores que devem providenciar no sentido de reforçar a capacidade da criança em formar e expressar opiniões quando seja consultada como elemento participante em processos decisórios.

Neste particular, o artigo 12º da Convenção sobre os Direitos da Criança é de enorme importância dado que nele se verte o princípio de que *a criança deve ser livre de ter opiniões sobre todas as questões que lhe digam respeito*, opinião essa que deve ser considerada, *de acordo com a sua idade e maturidade*.

Acresce que esse princípio não encerra apenas um direito de livre expressão da criança, devendo ser interpretado e aplicado como guia dos demais direitos individuais da criança e constituir um verdadeiro critério na implementação e desenvolvimento dos direitos fundamentais das crianças.

É que além dessa dimensão literal, o artigo 12º da Convenção sobre os Direitos da Criança impõe aos adultos decisores a obrigação de tomar efetivamente em conta a opinião livremente exprimida e contribuir para o estabelecimento de todas as condições imprescindíveis para que a mesma se forme de modo informado e sem constrangimentos de qualquer natureza.

Nesta linha interpretativa, este artigo 12º encerra um verdadeiro direito de participação que constitui um *plus* em face do fundamental direito de expressão: é esse sentido prático da possibilidade de a criança e o jovem serem parte ativa em todas as decisões que os afetem, seja na família, na escola, na instituição ou na comunidade que a Convenção sobre os Direitos da Criança quis impor.

Tal não significa, porém, uma obrigatoriedade de a criança se exprimir contra a sua vontade. É que a própria criança pode preferir não emitir a sua opinião, o que deve ser respeitado. Naturalmente, o que haverá sempre de garantir é a efetiva possibilidade de a criança, querendo, se pronunciar sobre toda e qualquer questão que lhe diga respeito.

Tal implica, em contrapartida, a disponibilidade dos adultos para escutarem – e não só ouvirem – e compreenderem o ponto de vista da criança, sendo certo que não é esse ponto de vista o ponto de decisão, no sentido de que não é a criança quem decide, posto que participa na decisão.

Com efeito, o que se pretende com o artigo 12º da Convenção sobre os Direitos da Criança é que a opinião da criança não seja ignorada ou desprezada, mas que seja ponderada e tida em conta no processo decisório.

Outro grande e relevante princípio contido na Convenção sobre os Direitos da Criança é o vertido no artigo 3º, segundo o qual é o superior interesse da criança que deve constituir primeiro e primordial critério

sempre que as autoridades dos Estados tomem decisões que afetem a criança, sejam os tribunais, os órgãos legislativos, as autoridades administrativas ou outras.

A consagração expressa do critério do superior interesse da criança é materialização do papel central que a criança deve ocupar nos processos decisórios e reflete de modo decisivo toda uma nova concepção que emerge da Convenção sobre os Direitos da Criança.

Na abundante panóplia de direitos reconhecidos à criança por esta Convenção destacam-se: o direito à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento na máxima medida possível; o direito ao nome e à nacionalidade desde o nascimento; o direito à não discriminação em razão da raça, cor, sexo, língua, religião, opinião ou em razão dos pais ou representantes legais, da fortuna, incapacidade, nascimento ou qualquer outro motivo ou situação; o direito à educação primária gratuita e obrigatória; o direito ao respeito pela dignidade da criança na execução da disciplina escolar; o direito de tratamento, educação e cuidados especiais em caso de deficiência; o direito a obter proteção contra os abusos e negligência física ou mental e a exploração sexual; o direito a não ser separada dos pais, salvo se tal separação for considerada necessária no interesse superior da criança.

Este conjunto de direitos é, habitualmente, sistematizado em três categorias distintas: os direitos relativos à provisão; os direitos relativos à proteção e os direitos relativos à participação.

Entre os ditos direitos relativos à provisão encontram-se os relativos à alimentação, a uma habitação condigna, à educação, saúde e assistência, segurança social, formação cultural, recreio e diversão.

Nos direitos de proteção incluem-se o direito ao reconhecimento da identidade, o direito de pertença a uma nacionalidade, bem como os direitos à não discriminação e à não exploração e o direito à defesa contra toda e qualquer forma de mau trato.

Por fim, os direitos de participação em qualquer decisão que diga respeito à própria vida da criança e até nas decisões relativas ao meio familiar e social em que está inserida. Nesta categoria insere-se também o direito da criança a ser consultada e ouvida, bem como o direito a ser informada e a aceder à informação, bem como o direito à livre expressão por qualquer forma e o direito a emitir opinião própria.

Esta Convenção assume um carácter totalmente inovador e logra um equilíbrio satisfatório entre os direitos da criança, dos progenitores e da família e os direitos do Estado e perfilha uma noção dinâmica da infância, onde se atende à evolução dos estádios de maturidade e capacidade de cada grupo etário, salvaguardando-se, assim, diversos tipos e graus de proteção e de intervenção.

Por outro lado, a Convenção permite aglutinar, de modo satisfatório, direitos económicos, civis, políticos e social numa abordagem global e multifacetada e tornar cada Estado responsável para com cada criança em particular.

Apesar desta evolução, é bom de ver que a aplicação prática de todos os princípios e regras da Convenção sobre os Direitos da Criança – e dos demais instrumentos internacionais – nem sempre se realiza

de modo pleno quer por incapacidade dos Estados, quer mesmo pela difusão de perspectivas ambivalentes e posições contraditórias relativamente à infância.

Neste particular há que referir aquelas correntes denominadas de paternalistas que questionam que a criança possa ser sujeito de um direito de participação. Para os sequazes desta posição a defesa dos direitos das crianças é incompatível com a defesa dos direitos dos adultos pois que os direitos daquelas são direitos fictícios dando como adquirida a incapacidade da criança em ser racionalmente capaz de tomar decisões razoáveis e equilibradas. Tudo está, portanto, em proteger a criança da sua própria incapacidade.

Nesta perspetiva, a infância é vista como objeto de projetos, iniciativas e conceções dos adultos e, por isso, carente de proteção e educação.

No pólo oposto encontramos as correntes autonomistas que sublinham o facto de as crianças demonstrarem capacidade para desenvolver um pensamento racional e fazerem escolhas, as quais, de resto, contribuem para a acumulação de experiências que as tornam ainda mais capazes. Nesta conceção é, portanto, reconhecida à criança um determinado grau de autonomia.

Independentemente desta controvérsia certo é que a Convenção sobre os Direitos da Criança logrou uma aceitação inédita da sociedade mundial das Nações, sendo que até ao momento em que escrevemos estas linhas, apenas os Estados Unidos da América e a Somália não a tinham ratificado, não obstante cerca de sessenta e oito países ratificantes terem apresentado reservas ou declarações interpretativas.

Pode, pois, concluir-se que a Convenção sobre os Direitos da Criança constitui um marco histórico e indelével na história da humanidade, não obstante a existência de outros instrumentos internacionais relevantes que não deixaremos de referir com brevidade, como sejam os Princípios Orientadores de Riade para a Prevenção da Delinquência Juvenil e as Regras para a Proteção de Menores Privados de Liberdade ou a Convenção de Haia de 1993, relativa à Proteção das Crianças e Cooperação em Matéria de Adoção Internacional.

Nesta última desenvolvem-se e complementam-se alguns dos princípios da Convenção sobre os Direitos da Criança, criando-se um quadro jurídico transparente em matéria de adoção e assegurando que é o interesse superior da criança que deve constituir o seu valor fundamental.

A Convenção de Haia de 1993, relativa à Proteção das Crianças e Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, veio também estabelecer que a adoção internacional deve constituir uma solução subsidiária e criar mecanismos de acompanhamento que permitam assegurar os direitos da criança.

VII.4 – O novo modelo de justiça.

Com todos estes instrumentos normativos internacionais cristaliza-se o entendimento de que as crianças e jovens devem poder participar, ativamente, em toda e qualquer forma de intervenção exógena e, em particular, na estadual, através dos tribunais.

As crianças e jovens deixam finalmente de ser meros ouvintes das decisões dos outros, alcançado o estatuto de verdadeiros atores processuais, estatuto esse que mais não é do que o reflexo da descoberta de que aqueles são também sujeitos de direitos.

A recentralização do processo e da atividade judiciária na pessoa das crianças e jovens vai fazer emergir também novos estatutos para os demais intervenientes no processo e estabelecer, definitivamente, um conjunto de direitos, liberdades e garantias em favor dos menores.

O modelo dito de justiça arrasta consigo um diferente tipo de processo que permite assegurar o respeito dos direitos dos menores: a assistência por advogado é reconhecida de modo pleno; as decisões são tomadas no seu lugar próprio e com base em critérios seguros e bem mais precisos; é reconhecida a ampla possibilidade de recurso.

Tudo isto vai restringir a discricionariedade não balizada do juiz de menores, ao qual passa a incumbir também zelar pelo cumprimento estrito dessas garantias processuais.

Neste hodierno modelo de justiça traça-se uma clara distinção entre as situações de menores em perigo, por razões de abandono, maus tratos ou outras circunstâncias e os casos em que os menores são protagonistas de factos tipificados como crime.

Quanto aos jovens delinquentes o acento tónico desloca-se das necessidades específicas destes para o ato delituoso, acentuando-se a necessidade de o jovem ser responsabilizado pelos seus comportamentos e escolhas.

Ora, entre nós, com a aprovação da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo e da Lei Tutelar Educativa (e, também, mais recentemente com a aprovação do Regime Geral do Processo Tutelar Cível²⁷) dá-se o corte definitivo com aquele modelo inadequado e obsoleto, passando a vigorar um modelo dualista que institui respostas diversas para os menores que praticam factos tipificados como crime na lei penal e as crianças em risco.

No novel quadro legal e na sequência daqueles instrumentos normativos internacionais, a criança é vista como sujeito de direitos e o processo como um meio garantístico de proteção integrada da criança e de promoção daqueles direitos.

²⁷ Aprovado pela Lei n.º 141/2015, de 8 de Setembro.

A intervenção estadual – cujo primordial desiderato é agora mais o da promoção do que o da proteção dos direitos das crianças e jovens – passa a ser admitida de modo excecional e como ultima ratio, sempre subordinada aos princípios da necessidade e da proporcionalidade.

Por outro lado, a Convenção sobre os Direitos da Criança, que já supra analisámos, valoriza enormemente o papel da família através da sua responsabilização e implicação no projeto de recuperação da criança e na tentativa de afastamento das situações causadoras de risco.

O papel da família – mesmo daquela mais disfuncional ou problemática – é valorizado e, sobretudo, respeitado, através do reconhecimento dos seus inegáveis direitos e do seu insubstituível protagonismo na vida das crianças e jovens.

A Convenção sobre os Direitos da Criança densifica o conceito de interesse da criança e preenche o seu conteúdo com um manancial de direitos fundamentais, transformando-o em algum de substancialmente diverso do até então vigente interesse do menor.

O novo modelo de justiça foi adotado em países que partiram do tradicional modelo assistencial com o primordial desiderato de potenciar a proteção da sociedade sobre as necessidades do menor.

Na sua base doutrinal podemos reconhecer correntes neoliberais que, sobretudo em sede de delinquência juvenil, defendem uma intervenção de cariz penal puramente repressiva, cujo fundamento é ancorado no aumento do sentimento de insegurança da generalidade dos cidadãos e, em boa parte, na *desconfiança sobre a eficácia dos trabalhadores sociais em ordem à prevenção e tratamento da delinquência juvenil*²⁸.

No modelo de justiça mais puro, a distinção de tratamento legal e judicial faz-se, pois, entre menores em risco e menores perigosos, visando no último caso a defesa da sociedade e acentuando a tónica punitiva.

Para sustentar o carácter punitivo do sistema, defende-se que o menor não pode ser visto como uma vítima inocente do meio social que o rodeia, mas como um ser responsável e capaz de assumir as suas escolhas e, por consequência, de assumir a responsabilidade dos seus atos.

VII.5 – Perspetivas presentes e futuras quanto ao modelo de justiça de menores.

Todavia, é bom de ver que neste mundo nada é perfeito e, por consequência, não existem modelos de justiça de menores imaculados e de uma eficácia absoluta.

Efetivamente, rapidamente se desiludiram aqueles que julgaram como tal este modelo de justiça: as disparidades económicas e sociais perduram e, de certo modo, até se agravam; a criminalidade juvenil aumenta e, proporcionalmente, a insegurança entre os próprios jovens.

²⁸ RODRIGUES, Anabela Miranda; *Repensar o Direito de Menores em Portugal – Utopia ou Realidade*; Revista de Política e Ciência Criminal, n.º.7, 1997, p.355 e seguintes.

A prevenção foi esquecida pelo novo modelo de justiça, o qual, amarrado a regras procedimentais mais formais e exigentes, por vezes não parece possuir suficiente elasticidade para intervir satisfatoriamente em situações muito específicas e adaptar-se a cada caso, pois que cada caso é um caso e cada menor é um ser dotado de particulares características.

Com efeito, as regras processuais rigorosas que enformam as leis relativas a menores permitem também a proliferação de amplo catálogo de decisões formais em detrimento de decisões de mérito que permitam promover os direitos das crianças e dos jovens.

Numa outra perspectiva, não raras vezes tais garantias processuais são desvirtuadas na sua essência, sendo utilizadas como meios dilatatórios e de protelamento das decisões finais, em claro prejuízo da definição da situação do menor e da clarificação e execução do seu projeto de vida.

Assim, vem-se equacionando a necessidade de encontrar uma terceira via capaz de aglutinar as vantagens dos modelos tradicional e de justiça e minimizar as respetivas imperfeições.

Ponto que parece reunir total unanimidade prende-se com a necessidade óbvia de manter uma clara linha de fronteira entre o tratamento das situações respeitantes aos menores em risco e as situações de delinquência.

Nas primeiras, o modelo de justiça parece resistir a críticas negativas, face à constatação de que o mesmo se mostra verdadeiramente adequado à categoria dos menores em risco, posto que sejam respeitadas as garantias processuais e os direitos substantivos dos menores, com pleno reconhecimento do papel fundamental da família na recuperação dessas situações.

Já no domínio dos menores autores de factos ilícitos qualificados como infrações penais vem-se assistindo em inúmeros países a um movimento de recrudescimento das sanções aplicáveis à delinquência protagonizada por jovens, pelo que alguns vêm defendendo a implementação de um novo modelo de justiça reparadora que permita também almejar satisfatoriamente o desiderato da defesa da sociedade, levando em linha de conta os interesses das vítimas.

Neste caso, a intervenção assume-se como verdadeiramente educativa e responsabilizadora, em ordem a lograr um desenvolvimento normal e equilibrado da personalidade da criança, pelo que a satisfação da defesa da sociedade apenas legitima a intervenção estadual na medida do estritamente necessário.

Acresce que a própria vítima é chamada a participar no processo educativo do menor não só para ser ressarcida dos prejuízos causados pelo menor delinquente, mas também para promover o seu reequilíbrio e, indiretamente, evitar a propagação de sentimentos de insegurança algo injustificados e que não encontram sustentação válida e consistente nas estatísticas disponíveis.

Por outro lado, as tentativas de construção ou consolidação deste novo modelo sublinham a importância de manter a família como a base de todo o sistema e de apoiar eficazmente essa célula social, por

forma a atenuar, no seu seio, as consequências nefastas e desestabilizadoras de um sem número de carências, como sejam, a falta de habitação adequada, a pobreza, a impossibilidade de acesso a cuidados de saúde e ao universo escolar, entre muitas outras.

Porém, hodiernamente não existe uma família; existem várias famílias, uma diversidade de tipos de famílias: famílias adotivas; famílias de acolhimento; stepfamilies (com padrasto ou madrasta e enteados); famílias monoparentais; famílias multiraciais; famílias unidas pela doença ou pela morte; famílias homossexuais ou lésbicas e alternativas; famílias interconfessionais; famílias multigeracionais; famílias imigrantes; famílias que enfrentam problemas físicos e famílias que enfrentam problemas mentais²⁹.

O tradicional modelo da família conjugal, prevalecente durante séculos na sociedade da variadíssimas nações, não é já o dominante. As novas formas de família dão à luz novéis laços de parentalidade e de solidariedade, cuja complexidade é potenciadora de instabilidade e insegurança emocionais, em resultado também de uma mais difícil assimilação dos papéis e das responsabilidades parentais.

Acresce que, mesmo nas famílias tradicionais, é crescente a instabilidade entre os cônjuges, o que a lei reflete cada vez mais ao agilizar as formas e os meios processuais para obter o divórcio consensual, ao diminuir os tempos de espera para obtenção da dissolução do casamento litigioso e ao minar, definitivamente, os fundamentos da conceção do divórcio-sanção e, concomitantemente, restringir os deveres conjugais a um mínimo garantido...

No entanto, este desformalizante facilitismo na dissolução do vínculo conjugal aportará um cada vez maior número mulheres divorciadas, único sustentáculo de famílias monoparentais, as quais, como é sabido, ficam mais sujeitas a entrar nas franjas de pobreza, com claro prejuízo para o desenvolvimento das crianças, em especial quando são vários os filhos.

Tanto basta para se estribar a conclusão evidente que os tempos são, novamente, de mudança a todos os níveis o que implicará, evidentemente, alterações no plano da justiça.

No domínio social, vem-se defendendo a total inadequação do sistema educativo baseado na autoritarismo e na discriminação de género ou de deficiências cognitivas.

No domínio tecnológico, as mudanças são revolucionárias e, a cada dia que passa, novas descobertas genéticas provocam a ordem natural da reprodução humana e colocam novas e complexas questão à humanidade e ao direito:

- será de legitimar e de regular juridicamente a venda dos denominados serviços de reprodução artificial ou até natural (em meio uterino diverso do dador de espermatozoides e da fornecedora do óvulo)?
- é possível autonomizar uma nova parentalidade social nesta base tecnológica?

²⁹ GUERRA, Paulo; *Os novos rumos do direito da família, das crianças e dos jovens*; Revista do Centro de Estudos Judiciários, n.º.6, 1.º Semestre 2007, p.95 e 96.

- a criança sujeito de direitos poderá – ainda que em meio uterino dito de aluguer ou apenas desenvolvida, grosso modo, in vitro – dar lugar à criança como mero objeto de consumo e de negócio e em relação ao qual se poderá recusar o pagamento por verificação de defeito de fabrico?

A criança encontra-se, pois, no meio desta encruzilhada que Loick Villerbu identifica de modo magistral³⁰ como uma crise contemporânea sociologicamente tida como radicando nos jovens. *Esta crise de legitimidade atinge os três locais centrais do desenvolvimento: três locais de vida: a casa, a escola, a rua. Cada um possui as suas regras e valores próprios, as suas referências, a sua integridade e traz conflituosidades: o que pode constituir Centro de tudo isso? A casa e a intimidade familiar? A escola e os valores ligados à aprendizagem e ao laicismo? A rua e a cidade, os seus limites, a sua dignidade? Para exercer legitimamente a autoridade é preciso possuir meios para tanto, isso é algo que não pode decretar-se. Ou qual é atualmente a credibilidade da casa da família? Pode reivindicar-se para si e para outrem, mas, sem meios, ela é como a água, escorre por entre os dedos. Pode enumerar-se o que a coloca em dificuldades, conforme a nossa representação atual sobre estas vulnerabilidades: a família monoparental sem suporte social, a família tornada demissionária porque mais apoiada do que responsável, a família considerada não credível por falta de recursos, os progenitores despedidos por uma sociedade de lucros obtidos à custa do pleno emprego. Que tratamento para isto? Que medidas repressivas? Que medidas de promoção? E para além disso: se uma criança é confundida com outra quando repara e procura satisfazer, para resolver um conflito com um adulto; quando as tarefas familiares deixam de constituir centros e partilhas; quando já nada cria partilha (a prática individualizada da TV, a prática individualizada da refeição...). Quanto à escola, que é feito da sua credibilidade? Que igualdade no acesso aos saberes? Que igualdade no acesso aos projetos pessoais? Que igualdade no acesso ao emprego? E quando ela não cumpre a sua missão de inclusão social? E na cidade? Quando a rua garante um duplo anonimato: relativamente aos estranhos e relativamente aos espaços familiares. Quando a rua conquista o poder sobre a cidade, tornando-se um território, quando o espaço público deixa de cumprir a sua função de cidadania: não é o meu filho? Então o problema não é meu.*

Evidentemente, não temos a pretensão de obter respostas a estas interpelações e, muito menos, de achar as soluções para suprir esta crise de legitimação, de valores e de confiança que, em boa parte, afeta todos os domínios da sociedade contemporânea.

Todavia, como é bom de ver, a justiça e os seus atores não poderão ficar indiferentes a novos paradigmas e novas realidades sociais, sob pena de se agravarem as antinomias a que já aludimos.

Efetivamente, nunca a infância e a juventude foram objeto de tanta atenção e preocupação e de tanto investimento económico e social e, talvez em tempo algum, as crianças terão sido confrontadas com tantos

³⁰ *Infância e adolescências Irregulares. O tempo das sanções*, Revista do Centro de Estudos Judiciários, n.º.4, 1º Semestre 2006, p.63 e 64.

problemas: as novas adversidades inerentes ao tempo atual e as velhas dificuldades de todos os tempos que, lamentavelmente, não desapareceram ainda.

Neste particular, aumentam as vozes que pretendem colocar em crise o conceito do interesse do menor e até eliminá-lo, bem como, aquelas que defendem a substituição da intervenção dos tribunais de menores e do juiz de menores por formas de regulação externas ao sistema de justiça, como sejam a mediação.

Em numerosos casos, o juiz de menores é acusado de tomar partido pelo menor, dando excessiva importância à opinião daquele, esquecendo a necessidade de se manter imparcial e equidistante.

Porém, apesar das vantagens desses recursos extrajudiciais, essa forma de resolução de litígios não deixa de comportar riscos para os menores: a desformalização de procedimentos pode trazer menos garantias; o mediador poderá não dar o devido relevo ao ponto de vista do menor que, sendo o elo mais fraco poderá, indubitavelmente, ficar mais desprotegido.

Não é, contudo, esse o objeto principal do nosso trabalho.

No entanto, também no plano da adoção e dos procedimentos prévios à sua constituição, estas e outras questões assumem relevância: por um lado velhos constrangimentos não totalmente superados e novos problemas que reclamam soluções; os complexos deveres do juiz, quer fazendo respeitar os direitos dos progenitores quer, ao mesmo tempo e do mesmo modo, fazendo concretizar o interesse do menor; o difícil e cruel papel do juiz ao avaliar até que ponto a falta de qualidade do vínculo biológico torna imperativa a sua substituição pelo vínculo adotivo.

Novas antinomias emergem: a queda constante nas taxas de natalidade e, felizmente, a diminuição vertiginosa do número de crianças abandonadas concorrem com o aumento exponencial da procura de crianças adotáveis e com a procura da parentalidade a todo e qualquer custo.

A adoção deixa de ser altruísta, no sentido de que deixa de ser vista como um instrumento para fornecer uma verdadeira família à criança abandonada ou negligenciada, para ser configurada como uma forma de atingir aquele desiderato do adulto em tornar-se pai ou mãe.

Vejamos, então, a evolução social, histórica e jurídica do instituto da adoção.

VIII. – A adoção.

VIII.1 – Sua evolução histórica:

O instituto da adoção pode ser definido, tomando por base a ciência do direito comparado, como o ato que visa estabelecer um vínculo puramente legal de filiação, entre o adotante e o adotado.

De modo mais amplo, a adoção pode também ser definida *como a inserção num ambiente familiar, de forma definitiva e com aquisição do vínculo jurídico próprio da filiação, segundo as normas legais em vigor, de uma criança cujos pais morreram, são desconhecidos ou não querem assumir o desempenho das suas funções parentais, ou são pela autoridade competente considerados incapazes de as desempenhar*³¹.

Trata-se, portanto de puro estado filiativo de origem legal que abstrai de qualquer fenómeno biológico, como seja a concepção ou o nascimento.

No entanto, a adoção não é, ao contrário do que se poderia pensar, uma construção moderna ou relativamente recente.

Podemos dizer com Alfredo Meneres Barbosa³² que *a adoção – pelo menos como situação de facto – é tão antiga como a própria humanidade. Por mais longe que recuemos no tempo ou nos afastemos das civilizações tipo ocidental, sempre encontramos a instituição. É, pois, de sempre a ideia de se encontrar uma forma suscetível de substituir a relação de filiação assente em laços de sangue.*

Com efeito, desde sempre os povos de civilização patriarcal praticaram a adoção.

Como informa Robert Lowie, distinto Professor de Antropologia da Universidade da Califórnia, já os povos primitivos conheciam e praticavam a adoção, alternando, em consequência de uma ficção legal, a constituição da família³³.

Robert Lowie exemplifica com povos como os Tchuktche da Ásia Oriental ou Índios Crow do norte do Estados Unidos da América: na sociedade dos primeiros era usual os casais que não obtinham descendência adotarem uma criança do sexo masculino para se tornar no seu principal herdeiro; nos Índios praticava-se adoção de sobrinhos pelos respetivos tios, sendo o laço artificial daí decorrente compensado, segundo Robert Lowie, por manifestações de afeto exacerbadas.

Também noutras civilizações, a adoção era, nessa remota época, muito frequente e, por vezes, sem qualquer motivação justificativa: na Oceânia, os habitantes das Ilhas Murray adotavam crianças mesmo antes do seu nascimento, as quais, pela vida fora, ignoravam de todo a sua família biológica.

No paradisíaco Tahiti, por exemplo, as famílias numerosas também davam as suas crianças para serem adotadas por outras famílias o que levava a que os adotados tivessem duas casas e duas famílias.

³¹ GUERRA, Paulo, *Confiança judicial com vista à adoção – Os difíceis trilhos de uma desejada nova vida*, in Revista do Ministério Público n.º.104, Out./Dez. 2005, p.79.

³² *Revista Infância e Juventude*, n.º.4, 1978, p.7.

³³ *La sociedad primitiva*, Buenos Aires: Amorrortu Editores, p.62 e *Traité de Sociologie Primitive*, Paris: Payot, p.82.

Os laços de consanguinidade não determinavam, portanto, a relação de afeto que, nestes povos, os adultos manifestamente nutriam pelas crianças, nem os mesmos eram impeditivos ou constituíam constrangimento à constituição do vínculo adotivo.

A adoção era também comumente praticada quer na antiga Índia, quer na Babilónia onde o Código de Hamurabi (2285 – 2242 A.C.) previa já a adoção, tal como na Assíria onde se conhecia a figura da *mârutu*, através da qual alguém assumia a paternidade legal sobre outrem, ficando esta com um direito de sucessão do adotante.

Todavia, o Código de Hamurabi não concedia a qualidade de herdeiros às crianças tomadas em adoção e previa formas de adoção associadas a negócios jurídicos diversos, quer fosse uma simples compra e venda, quer mesmo o próprio casamento: é o pai adotivo quem diligencia no sentido de obter uma esposa para o adotado, com vista a que a mesma o sirva durante toda a vida.

Disponha o parágrafo 185 do Código de Hamurabi que se alguém capaz adotou uma criança desde o seu nascimento e a criou, essa criança adotada não poderia ser reclamada, ao passo que, no parágrafo 186 se estipulava que se uma pessoa capaz adotou uma criança e, depois de a ter adotado, ela continuou a reclamar o seu pai ou a sua mãe, tal criança devia voltar à casa do seu progenitor.

Por seu turno, na antiga Índia, a adoção era vista como sendo um recurso último para que determinada família não se extinguisse e visava assegurar a perpetuidade desta por varonia.

Todavia, a adoção não servia para ultrapassar os limites inerentes à divisão social entre castas, porquanto a mesma só era admitida entre um homem e um rapaz da mesma classe social. A adoção podia resultar de mera doação ou receção, mas também de compra.

Também na Grécia Antiga se admitia a adoção, embora em Atenas ela fosse excepcional, tendo um mero fito sucessório pois que só se poderia realizar em caso de morte do varão titular, não restando senão mulheres.

A sujeição a essa concreta e específica finalidade impunha consequências particulares e, de certo modo terríveis considerando os quadros sociais contemporâneos: os seus efeitos vigoravam apenas até que houvesse necessidade de garantir um titular da *oiños* (unidade familiar), extinguindo-se logo que um dos filhos das mulheres da *oiños* atingisse a maioridade.

Na Arábia pré-islâmica a adoção já era também conhecida: é sobejamente sabido que Maomé, quando ficou órfão, foi adotado pelo tios e, posteriormente, ele mesmo adotou um escravo, de nome Zaid³⁴. Apesar da rigidez de alguns princípios islâmicos, considerando, obviamente, um certo ponto de vista ocidental, certo é

³⁴ AMARO, Fausto, *Aspetos Sociológicos da Adoção em Portugal, um estudo exploratório*, Lisboa: Cadernos do Centro de Estudos Judiciários, n.º.1/92, p.6.

que, ainda atualmente, a religião islâmica permite que qualquer indivíduo muçulmano adote uma criança, sendo certo, porém, que esta não adquire o direito de herdar.

Obviamente que o Direito Romano não podia desconhecer a adoção, sendo que esta desempenhava um importante papel que ultrapassava a simples esfera familiar e se estendia aos domínios do religioso e até do político.

Ao nível religioso, a adoção visava garantir a necessidade de perpetuar a realização dos cultos domésticos e as tradições familiares, sendo certo que a família romana era mais assente numa conceção jurídica (em que ao *pater familias* era lícito escolher os seus membros) do que propriamente em laços de consanguinidade.

Por outro lado, a adoção funcionava como corretivo entre as divergências resultantes da agnatio (parentesco civil) e da cognatio (parentesco em virtude de laços de consanguinidade) originadas pelo sistema artificial do parentesco civil.

Na esfera política, a adoção permitia a aquisição da cidadania romana por indivíduos latinos e foi mesmo a forma de assegurar a sucessão no trono na época do Império, pois é sabido que o imperador Augusto adotou Tibério e o imperador Tibério adotou Nero.

Como é sabido, os latinos ocupavam uma posição intermédia, no universo das pessoas reconhecidas pelo direito romano como pessoas livres, entre os cidadãos romanos (dotados de plena capacidade jurídica em face do *ius civile*, tendo, por isso, o direito de votar, de celebrar negócios e de constituir família legítima) e os peregrinos. Estes mais não eram que os habitantes das províncias submetidas ao domínio romano que não gozam senão do privilégio de se regerem pelos seus próprios direitos nacionais.

Os chamados latinos, por sua vez, dividam-se em latinos antigos, latinos colóniários e latinos junianos, sendo que apenas os primeiros gozavam do direito de constituir família legítima (*ius connubii*)³⁵.

Perante esta estratificação jurídico-social, fácil é de ver que a adoção de latinos permitia aos adotados a aquisição de novos direitos e o seu ingresso na cidadania romana, o que é revelador da importância do instituto.

À adoção romana não eram indiferentes também razões atinentes ao plano económico: o adotado era visto, muitas vezes, como mais um instrumento de mão de obra que podia ser transferido de uma família para outra família, consoante as respetivas necessidades.

Aliás, ao direito romano não era estranha a figura da adoção privada, em que o vínculo se estabelecia independentemente da intervenção de qualquer entidade pública dotada de *ius imperii*. Neste particular, adoção podia ser estabelecida por testamento e até por escritura tabeliônica.

³⁵ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio, *História do Direito Português*. Coimbra: Almedina, 1989, p.90 e 91.

Para além desta e como ensina Rabindranath Capelo de Sousa³⁶ o direito romano, na época clássica comportava duas modalidades distintas de adoção: a *adrogatio* e a *adoptio* ou *datio in adoptionem*.

Na *adoptio* o adotado era um despojado que não trazia património nem família. Segundo Rabindranath Capelo de Sousa³⁷, *ao ato de adoção, devido ao carácter intransmissível da patria potestas decompunha-se em duas operações, na primeira das quais se extinguiu a patria potestas através duma triplíce venda do filho e, na segunda, se fazia nascer uma nova patria potestas sobre o adotado, na titularidade do pater adotante, através de uma in jure cessio simulada*.

A aparente complexidade jurídica da operação contrastava com a aparente singeleza adjetiva dos meios processuais utilizados para alcançar tal desiderato: *o pater que desejasse adotar apresentava-se perante o magistrado (em Roma, o pretor; nas províncias, o governador) com a pessoa que tem in mancipio o filius a adotar e reivindica este como um filho, ou seja, intenta a vindicatio filli. Aquela pessoa não impugna a vindicatio cedit in iure, e, em vista disso, o magistrado reconhece o adotado como filius do adaptante*³⁸.

Por aqui se vê que o direito romano era discriminatório pois que impedia as mulheres e *alieni juris* de adotarem. O fundamento desse constrangimento é facilmente surpreendido na forma de organização da família romana e no papel determinante do *pater familias* a cuja autoridade e soberania todos os demais membros do agregado estão subjugados.

Chegada a época justinianeia, a adoção foi objeto de ainda maior simplificação formal e surgem duas modalidades distintas de *adoptio*: a adoção plena, realizada por um ascendente paterno ou materno do adotado e que operava uma mudança de família, e a *adoptio minus plena* levada a cabo por um estranho, sem que o adotado adquirisse qualquer direito sucessório e mantendo o vínculo familiar intato, bem como, a sujeição à *patria potestas* do pai biológico.

Esta última espécie de adoção veio alargar o leque de adotantes porquanto, não obstante a manutenção da autoridade do *pater familias*, passou a admitir-se a possibilidade de as mulheres adotarem.

Todavia, a adoção nesta época do império romano deixou de ter como justificação a manutenção da descendência para passar a ser considerada como uma forma de conforto aos que não tinham filhos naturais e já, de certo modo, como algo do interesse do próprio adotado.

É de notar que tal foi resultado das influências do cristianismo na sociedade romana, pois que é sabido que as relações familiares cristãs têm na sua base o sacramento do matrimónio e se estribam de modo decisivo nas relações emergentes dos vínculos sanguíneos.

³⁶ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino A., *A Adoção – Constituição da Relação Adotiva*, Coimbra: Separata do vol. XVIII do Suplemento do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1973, p.18 (que temos seguido de perto).

³⁷ *Ibidem*, p.19.

³⁸ *Ibidem*, p.19, nota 2.

Não se pense, porém, que o cristianismo rejeita a adoção. Com efeito, a teologia cristã criou também a sua forma de adoção. Na adoção divina, que São Paulo apelida de *hyothésia*, é Deus que, apesar de ter gerado um seu filho natural, adota todos os homens como seus filhos que, assim, surgem como irmãos de Jesus Cristo.

De resto, são várias as referências bíblicas ao instituto da adoção, muito embora este não seja reconhecido pelo direito canônico.

Da época do direito romano até ao tempo do fluxo codificador, o instituto da adoção foi sofrendo progressivamente algum declínio, muito embora, em boa verdade e até aí, nunca tivesse sido muito utilizado.

A adoção em moldes romanos era desconhecida, segundo Mário Júlio de Almeida Costa³⁹, dos primeiros povos da Península Ibérica e, também por isso, será provável que, mesmo durante o período romano, ela não tenha sido praticada.

Entre os germanos a adoção era praticada sob diversas modalidades, sempre com motivações de cariz patrimonial: as *adoptiones in hereditatem* cujas características essenciais se reconhecem num ato *inter vivos*, irrevogável, de cariz eminentemente patrimonial e que tira todos os seus efeitos de uma *traditio*.

Já na época visigótica, o Breviário de Alarico, uma das mais conhecidas *leges romanae barbarorum*, fazia menção à *adoptio* romana, embora com características que a aproximavam da *perfilatio* do direito peninsular, o que, segundo Rabindranath Capelo de Sousa⁴⁰ é demonstrativo da *vulgarização deste instituto*.

Contudo, a *perfilatio* não era uma verdadeira adoção pois que o vínculo criado era meramente patrimonial, sendo as mais das vezes utilizado essencialmente pelo adaptante para *diminuir a quota que a lei reservava aos seus descendentes (...) ou então como expediente para permitir ao pai atos de disposição patrimonial, sem consentimento dos parentes mais próximos a favor de estranhos*.

Através da *perfilatio* o perfilhado, embora passando a ser filho do perfilhador, não ficava inserido no agregado familiar deste, mas assumia apenas determinadas obrigações ou direitos patrimoniais.

Todavia, a partir dos séculos XII e XIII a figura do perfilhamento evolui para a atribuição de direitos hereditários, constituindo-se verdadeiramente como um pacto sucessório e aproximando-se da *adoptio minus plena* justinianeia.

No nosso país, as três Ordenações contêm referências à adoção, o que demonstra alguma tradição do instituto na nossa história, muito embora ainda fosse utilizado de modo primacial o termo perfilhamento.

Nas Ordenações Afonsinas há referências curiosas a tal matéria nomeadamente aquela em que se determina que o perfilhado não pode, durante a adoção, citar o seu pai adotivo sem primeiro obter licença do

³⁹ *A adoção na história do direito português*, Coimbra, 1965, p.15.

⁴⁰ *Ob. cit.*, p.23 (que continuamos a seguir de muito perto).

juiz da causa ou aquela outra que atribui aos desembargadores do Paço a competência para despachar as cartas de confirmação dos perfilhamentos.

As Ordenações Manuelinas e as Ordenações Filipinas mantiveram esses preceitos, tendo-se também inserido uma resolução do Rei D. Duarte, segundo a qual era proibida a sucessão do filho adotivo nos bens da Coroa, exceto no caso de expressa declaração em contrário no próprio perfilhamento ou na confirmação feita pelo rei.

Na ausência de regulamentação específica, era necessário recorrer ao direito comum, sendo certo que este impedia a adoção de filhos ilegítimos pelo próprio pai, mas admitia a adoção por pessoas que já tivessem filhos, apesar de os perfilhamentos apenas terem lugar na falta de filhos legítimos.

Do exposto se constata que a adoção assumiu grande importância no período romano e até nos primeiros séculos da era cristã.

No entanto, com a acentuação progressiva da importância dos laços de sangue como base da organização familiar e do crescente relevo das linhagens e dos nomes de família (em especial nas classes da nobreza), o instituto da adoção foi caindo em desuso, entrou em declínio e quase desapareceu a partir do século XVI.

Um outro factor não menos despreciando contribuiu para tal declínio. É que, logo que foi admitida a possibilidade de outorga de testamentos, a principal função de transmissão hereditária do património que a adoção protagonizava pôde ser alcançada de modo bem mais fácil e expedito através da simples feitura de um testamento, o que foi determinante para o apagamento do instituto.

A tudo isto acrescem outras circunstâncias de que Pires de Lima e Antunes Varela nos dão conta⁴¹: *as principais razões do descrédito do instituto no direito moderno provinham da ideia de que ele assentava numa conceção aristocrática da família (à qual se chamava o adotado como um ungido do adotante), da crítica ao carácter fictício da filiação que através dele se criava, das fraudes a que ele se prestava perante o fisco, e ainda dos ciúmes, ódios e rancores que, escusadamente, criava no seio das famílias.*

A adoção só ressurge no espaço europeu em pleno século XIX, muito embora, em alguns países, sejam conhecidos atos notariais dos séculos XIV e XV que contêm referências ao instituto, sendo certo que, por exemplo, a adoção lionesa de órfãos ilegítimos se manteve vigente até à Revolução Francesa.

Não obstante, entre nós, o Código de Seabra ignora ostensivamente o instituto da adoção. Aliás, o bairradino Visconde de Seabra qualificava a adoção como algo de aberrante para humanidade e como uma mera imitação dos laços familiares, puramente fictícia e sem qualquer razão justificativa, assim se explicando os motivos pelos quais aquela codificação não contemplava a adoção.

⁴¹ *Código Civil Anotado, vol. V*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995; p.505.

Ora, é com a Revolução Francesa que o instituto da adoção começa a ressurgir, em parte motivado pela facilidade de com ele se possibilitar a divisão de fortunas através da adoção suplementar de crianças desfavorecidas, o que não deixava de corresponder a alguns dos objetivos revolucionários.

Contudo, é só aquando da realização dos trabalhos preparatórios do Código Civil de 1804 que a adoção toma novo impulso, ao que parece por imposição do próprio Napoleão Bonaparte – o qual, não tendo à data filhos, pretendia adotar Eugène de Beauharnais com vista à instauração de uma dinastia⁴² - pois que nem as concepções sócio-familiares da época o reclamavam, nem tal defendiam os doutrinadores e demais juristas.

A adoção no Código Civil Francês de 1804 assentava no figurino da *adoptio minus plena* e visava tão só a satisfação de interesses individualistas, através da livre capacidade de contratar, o que implicava, obviamente, que o adotado fosse maior de idade, embora sujeitando a constituição do vínculo adotivo ao preenchimento de um requisito de raiz afetiva, pois era necessário que o adotante tivesse tido o adotado ao seu cuidado, na menoridade deste e durante seis anos, ou que *fortes débitos de agradecimento vinculassem o adoptante e o adotado*⁴³.

Também nos Estados Unidos da América se assiste à aprovação de leis que favorecem a adoção, sendo disso paradigma o Massachusetts Adoption of Children Act, de 1851, o qual é habitualmente considerado como a primeira lei de adoção moderna.

Efetivamente, com este instrumento legal, a adoção foi pela primeira vez configurada, a nível global, como um instituto legal que visava primordialmente o bem estar das crianças em detrimento dos interesses dos adotantes.

Por outro lado, com o Massachusetts Adoption of Children Act, de 1851, a adoção passa a ser controlada pelas instâncias judiciais, devendo o juiz assegurar-se que a adoção decretada é “fit and proper”.

Entre 1910 e 1930 são criadas várias agências de adoção nos Estados Unidos da América e no Minesota, em 1917, pela primeira vez, é criada legislação que estipula a imprescindibilidade de se investigar a personalidade dos adultos adotantes e das crianças adotandas.

Já depois da Primeira Grande Guerra Mundial, a França fez aprovar nova legislação, em 1923, que veio permitir a adoção de menores de idade e atribuir ao adotante o poder paternal sobre o adotado.

O Decreto-Lei de 29 de Julho de 1939 veio facilitar ainda mais a constituição de adoções, permitindo aos tribunais declarar a rutura de laços entre o adotado e a sua família biológica. Além disso, esse diploma legal veio criar uma nova figura denominada legitimação adotiva que permitia atribuir ao adotado o estatuto de filho legítimo, o que teve como consequência um aumento do número de adoções.

⁴² CAPELO DE SOUSA, ob. cit., p.28.

⁴³ *Ibidem*.

Os requisitos dessas duas figuras vão ser aproximados com a publicação da Lei 1306, de 3 de Dezembro de 1958 e é com a Lei de 1 de Maio de 1963 que a França vai estabelecer medidas destinadas a evitar adoções precipitadas, a ultrapassar a resistência injustificada dos pais biológicos, estabelecendo também medidas restritivas da possibilidade de terceiros se oporem à decisão judicial que decreta a adoção.

É na Lei de 11 de Junho de 1966 que a França vai estabelecer legislativamente a distinção entre a adoção plena, na qual o corte do vínculo biológico é total, prevalecendo apenas certas proibições para efeitos de matrimónio, e a adoção simples em que o adotado conserva todos os direitos em relação à família de origem.

Esta evolução legislativa é totalmente paralela com o que Pires de Lima e Antunes Varela denominam⁴⁴ de *movimento de ressurreição da filiação puramente legal, não biológica*, e no qual se podem surpreender três fases distintas: uma primeira, em que os estados procedem à entrega de crianças abandonadas a famílias adotivas para que daquelas cuidem, com manutenção do seu estado; numa segunda fase, os estados vieram conferir força jurídica à criação de vínculo semelhante ao da paternidade biológica, sem prejuízo dos laços que prendiam o adotado à sua família natural; na terceira fase, os estados vão acabar por permitir a completa integração jurídica do adotado na família do adotante, a qual vai substituir totalmente a família de sangue.

O referido movimento é de alcance universal, pois que do Brasil à Rússia e da Tunísia à Costa Rica foram inúmeros os países que, no decurso do século vinte, foram introduzindo e regulando o instituto da adoção e, paulatinamente, flexibilizando o seu regime e com o desiderato de facilitar a sua efetivação.

Todavia, já antes nos Códigos Italiano de 1865, Espanhol de 1889 e Romano de 1864 a adoção havia sido consagrada, quer por influência do direito francês, quer em consequência da tradição ancorada no direito romano.

Nos Estados Unidos da América, os números de adoções constituídas vão aumentando exponencialmente e, por meados do século vinte, as leis estaduais são revistas no sentido do estabelecimento de mínimos denominadores comuns a nível nacional, tais como a exigência de inquéritos prévios à colocação de menores, o estabelecimento de períodos de prova depois de efetivada a colocação da criança na família adotante e a fixação de parâmetros de confidencialidade.

VIII.2 – Evolução legislativa nacional:

Em Portugal, como já supra referimos, o Código de Seabra não fazia qualquer referência ao instituto da adoção. Esta codificação é o culminar de um período involutivo da importância da adoção ao nível nacional – que praticamente caiu em desuso – cujo início se pode fixar na época que vai desde o século treze ao século

⁴⁴ *Ob. cit.*, p.505.

dezasseis, a qual se seguiu a um primeiro ciclo anterior à própria nacionalidade e que remonta à ocupação visigótica.

No entanto, Portugal não ficou imune àquele movimento de restauração da adoção e logo em 15 de Maio de 1925, através do Decreto 10767, regulamentou-se a possibilidade de entregar menores abandonados ou desamparados a famílias adotivas que tomavam ao seu encargo a respetiva educação. Obviamente que essa possibilidade não previa qualquer alteração jurídica no estado do menor, o qual continuava integrado na família de origem, mantendo-se os correspondentes direitos e obrigações.

Contudo, só depois de 1942, no Projeto legislativo de reforma dos Serviços Jurisdicionais de Menores de Pires de Lima é prevista a adoção para menores de catorze anos, por pessoas casadas há mais de dez anos e sem descendentes, surgindo a proposta dualista de adoção plena e adoção restrita no Anteprojeto Inicial do Novo Código Civil sobre a Adoção, de Gomes da Silva e Pessoa Jorge⁴⁵.

Ora, é esta arquitetura dual proposta por Gomes da Silva e Pessoa Jorge que vai ser vertida na primeira versão do Código Civil de 1966, diploma que, como sabemos, ainda hoje vigora.

É, portanto, em 1966, que a adoção passa a ser legalmente considerada como fonte de relações familiares, em paralelo com a filiação, embora sem consagração de uma verdadeira filiação adotiva, no sentido de que a adoção não surge como uma modalidade de filiação.

Todavia, o instituto da adoção foi sendo pouco utilizado, pelo que rapidamente se constatou a necessidade de alterar a lei, com vista a flexibilizar as condições e os requisitos indispensáveis à constituição da adoção.

Assim, em 1977 e na sequência da Revolução de Abril de 1974 e da aprovação da Constituição da República Portuguesa de 1975, foi levada a cabo, através do Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro, uma importante reforma no domínio do Direito da Família (desde logo com a abolição da anacrónica distinção entre filhos legítimos e ilegítimos) que, obviamente, também abrangeu a matéria da adoção.

A referida flexibilização do instituto veio a concretizar-se com a alteração de vários pressupostos altamente restritivos à constituição do vínculo, permitindo, concomitantemente, um alargamento do universo das crianças adotáveis.

Efetivamente, a idade mínima dos adotantes e o tempo de duração do casamento foram diminuídos, aboliu-se a exigência de que o casal não tivesse filhos e passou a ser possível aos não casados adotarem plenamente também.

Além disso, alargou-se o leque de crianças adotáveis: além dos filhos do cônjuge do adotante ou de pais incógnitos ou falecidos, consideram-se também adotáveis os menores judicialmente declarados

⁴⁵ *Boletim do Ministério da Justiça* n.º 90.

abandonados, bem como, aqueles que residissem, há mais de um ano, com o adotante e estivessem a seu cargo.

No domínio dos requisitos gerais passou-se a prever como necessário à constituição do vínculo adotivo a ausência de injusto sacrifício para os outros filhos do adotante, o previsível estabelecimento de um vínculo semelhante ao da filiação e a existência de motivos legítimos na decisão do adotante.

O regime jurídico da adoção é novamente alterado pelo Decreto-Lei n.º 185/93, de 22 de Maio, por razões que se podem encontrar quer ao nível da revisão constitucional promovida pela Lei Constitucional n.º 1/82, quer pela aprovação da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, quer pela adesão de Portugal à Convenção Europeia em Matéria de Adoção de Crianças, ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 7/90, de 20 de Fevereiro.

Com efeito, com a Revisão de 1982, a adoção foi constitucionalizada passando a merecer especial e qualificada proteção (cfr. artigo 36.º, n.º 7 da Constituição da República Portuguesa), impondo-se ao legislador ordinário a consagração de formas céleres para a respetiva tramitação, o que não deixou de merecer críticas por parte de sectores mais conservadores, como Pires de Lima e Antunes Varela⁴⁶.

Mais uma vez, pretendeu-se agilizar e facilitar a constituição do vínculo adotivo, com vista a aumentar o número de crianças adotadas, face à constatação de um grande número de crianças institucionalizadas e para as quais as soluções disponíveis não permitiam dar um encaminhamento adequado.

Com vista a tal desiderato, voltou-se a diminuir a duração mínima do casamento como requisito para a adoção por casados e, na adoção singular, foi diminuída a idade mínima do adotante para trinta anos, ao passo que, como idade máxima exigida ao adotante, se fixaram os cinquenta anos (exceto quando o adotado fosse filho do cônjuge do adotante).

Admitiu-se também a adoção de crianças até aos quinze anos e alargou-se a possibilidade de adoção até aos dezoito anos, desde que o adotado tenha sido confiado administrativa ou judicialmente aos adotantes com idade inferior a quinze anos ou quando o adotado seja filho do cônjuge do adotante.

Por outro lado, esclareceu-se que o preenchimento desses requisitos relativos à idade há de ser aferido no momento da confiança judicial ou administrativa, e não no momento em que é decretada a adoção, evitando-se assim eventuais efeitos nefastos decorrentes da demora dos processos judiciais e do congestionamento dos tribunais.

Outra alteração a merecer destaque foi a substituição da chamada declaração de estado de abandono pela criação do procedimento da confiança judicial com vista a futura adoção, a qual pode ter lugar, nos termos do disposto no artigo 1978.º do Código Civil, quando se trate de crianças cujos pais sejam incógnitos ou tenham falecido, ou que tenham sido abandonadas, quando se trate de crianças em relação às quais tenha

⁴⁶ *Ob. cit.*, p.508.

sido prestado o consentimento prévio para a adoção; quando se esteja perante crianças colocadas em situação de perigo pelos próprios pais, desde que se mostrem comprometidos os vínculos afetivos próprios da filiação e, ainda, quando a criança acolhida por particular ou instituição tenha sido objeto de manifesto desinteresse por parte dos pais em termos de comprometer seriamente os vínculos afetivos da filiação, durante, pelo menos, seis meses.

O regime de prestação do consentimento foi também alterado e foi regulada, de modo mais minucioso, a possibilidade da sua dispensa, pondo cobro às incertezas então reinantes quer na doutrina, quer na jurisprudência.

Fixou-se a obrigatoriedade da audição dos ascendentes ou, faltando estes, dos irmãos maiores do progenitor falecido, em todos os casos em que o adotando fosse filho do cônjuge do adotante e não fosse imprescindível o respetivo consentimento.

Merece também referência a atribuição pelo Decreto-Lei n.º 185/93, de 22 de Maio, de carácter secreto ao processo de adoção e aos respetivos procedimentos preliminares, criminalizando-se, ao mesmo tempo, as condutas violadoras de segredo. Os procedimentos para obtenção de consentimento prévio e a confiança judicial foram erigidos à categoria de processos urgentes, passando a correr termos também nos períodos de férias judiciais.

A colocação no estrangeiro de menores com residência em Portugal para ali serem adotados foi também regulada pelo mesmo Decreto-Lei n.º 185/93, de 22 de Maio, fixando-se que tal solução estaria sempre sujeita a um princípio de subsidiariedade. Com tal inovação legislativa o sistema jurídico nacional aproximou-se das regras e princípios vigentes no direito internacional, designadamente, quanto ao princípio vertido no artigo 23º da Declaração sobre os Princípios Sociais e Jurídicos Aplicáveis à Proteção e ao Bem-Estar das Crianças, Encarados sobretudo do Ponto de Vista das Práticas em Matéria de Adoção e de Colocação Familiar nos Planos Nacional e Internacional, aprovada através da Resolução n.º 41/85 da Assembleia Geral das Nações Unidas, cuja doutrina foi acolhida em sede de direito interno.

Em 1998, o regime jurídico da adoção é novamente alterado através da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 120/98, de 8 de Maio, cujo fito é, novamente, facilitar a desinstitucionalização de crianças adotáveis e promover uma mais rápida integração das crianças adotandas no seio familiar do adotante.

Neste particular, podem-se destacar a consagração da possibilidade legal de atribuir a curadoria provisória do menor a adotar ao candidato à adoção (cfr. artigo 163.º da Organização Tutelar de Menores), assim evitando situações de discrepância entre o titular do poder paternal e a pessoa a quem o menor havia sido confiado administrativamente. Ao mesmo tempo, facilita-se a entrada da criança na nova família através da atribuição da guarda provisória ao candidato à adoção, posto que seja inequívoca a conclusão da existência

da séria probabilidade de procedência do pedido de adoção (cfr. artigo 166º da Organização Tutelar de Menores).

Também na Organização Tutelar de Menores, e pondo cobro a algumas incertezas de interpretação, foi introduzida a regra da não prejudicialidade dos procedimentos com vista à averiguação oficiosa ou à investigação da maternidade e da paternidade da criança em relação ao processo de adoção.

No que se refere aos requisitos da adoção, foi reduzida para os doze anos a idade a partir da qual há necessidade de obter o consentimento do adotado e dos filhos do adotante, mas concomitantemente, flexibilizou-se o instituto, permitindo-se, a título excecional, a adoção por pessoa com idade inferior a sessenta anos, posto que não haja uma diferença de idades entre adotante e adotado superior a cinquenta anos, pelo menos, considerando um dos adotantes, em caso de adoção conjunta.

De resto, os aspetos relacionados com o consentimento foram dos que maiores alterações sofreram, tendo-se, por um lado, alargado a necessidade de obter o consentimento prévio a todas as pessoas que o deveriam prestar a final e, por outro lado, dispensou-se a sua citação no processo de confiança judicial, por forma, também aqui, a eliminar injustificados procedimentos que apenas protelavam a conclusão dos processos e a tomada de decisões em tempo útil.

No plano administrativo, a reforma do regime jurídico da adoção levada a cabo pelo Decreto-Lei n.º 120/98, de 8 de Maio, veio permitir que as instituições particulares de solidariedade social atuassem, no âmbito do processo de adoção, como organismos da Segurança Social.

Mais uma vez aqui a intenção do legislador era clara, como resulta do Preâmbulo do Decreto-Regulamentar n.º 17/98, de 14 de Agosto: pretendia-se imprimir celeridade ao processo de adoção, *não descurando o respeito pelos direitos e garantias individuais dos pais e das crianças, que o Programa Adoção 2000, criado pelo despacho conjunto dos Ministérios da Justiça e da Solidariedade e Segurança Social de 18 de Março de 1997, publicado em 19 de Abril de 1997, tem vindo a executar em cumprimento do seu mandato.*

Aliás, esse Decreto-Regulamentar n.º 17/98, de 14 de Agosto, enquadrava-se também no conjunto de comandos e orientações que presidiam à reforma do sistema de proteção de crianças e jovens em risco e que haviam sido definidos pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 193/97, de 3 de Outubro.

Posteriormente, uma nova alteração do regime jurídico da adoção foi trazida pela Lei n.º 135/99, de 28 de Agosto. Nesta estabeleceu-se a possibilidade de pessoas de sexo diferente, a viverem em união de facto há mais de dois anos, adotarem, conjuntamente, crianças, equiparando-se tal situação à adoção por cônjuges a que se referia o artigo 1979º do Código Civil⁴⁷.

⁴⁷ Apesar de não estar antes prevista a possibilidade de os unidos de facto adotarem conjuntamente, o Tribunal da Relação de Lisboa chegou a confirmar (e bem) uma sentença estrangeira (de um Tribunal de Maputo, Moçambique) que havia decretado a adoção plena de uma criança (filha biológica de um português casado e de uma moçambicana solteira) por dois cidadãos (de sexo diferente)

Tal inovação foi consolidada no regime jurídico vigente com a entrada em vigor do artigo 7.º da Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio, ressalvando-se nessa equiparação, a aplicação das disposições legais relativas à adoção por pessoas não casadas.

A quiçá mais decisiva reformulação do regime jurídico da adoção resultou da publicação da Lei n.º 31/2003, de 22 de Agosto, a qual se traduziu num significativo impulso para a constituição de novas adoções.

Efetivamente, estabeleceu-se um princípio de completa equiparação entre a medida de promoção e proteção de confiança a pessoa selecionada para a adoção e a confiança judicial ou administrativa. Tal significou, na prática, que após o decretamento desta especial medida de promoção e proteção, se tornou desnecessária a realização de quaisquer outros procedimentos prévios à adoção, podendo, em consequência, ser imediatamente instaurado o processo judicial de adoção, no qual não é exigida a intervenção, nem a citação dos progenitores do adotando.

Com esta alteração evita-se a duplicação de processos relativos ao destino da criança pois que decretada a medida de promoção e proteção de confiança a pessoa selecionada para a adoção fica definida a situação de adotabilidade da criança, não havendo lugar à instauração de processo tutelar cível de confiança judicial o que tem a virtualidade, além do mais, de alargar o universo das crianças e jovens que podem ser adotados⁴⁸.

Concomitantemente, remeteu-se os pressupostos de aplicação dessa medida de promoção e proteção de confiança a pessoa selecionada para a adoção para os requisitos constantes do artigo 1978º do Código Civil, os quais, de resto, foram também reformulados, de modo a que o respetivo acento tónico seja agora encontrado na inexistência, ou no sério comprometimento, dos vínculos afetivos próprios da filiação, enquanto requisito de ordem geral, consubstanciado na verificação objetiva de qualquer uma das seguintes cinco situações: se o menor for filho de pais incógnitos ou falecidos; se os pais do menor o tiverem abandonado; se os pais, por ação ou omissão, mesmo que por manifesta incapacidade devida a razões de doença mental, puserem em perigo grave, a segurança, a saúde, a formação, a educação ou o desenvolvimento do menor; e, se os pais de menor acolhido por um particular ou por uma instituição tiverem revelado manifesto desinteresse pelo filho, em termos de comprometer seriamente a qualidade e continuidade daqueles vínculos durante, pelo menos, os três meses que precederam o pedido de confiança.

com nacionalidade portuguesa – cfr. Acórdão de 2 de Março de 1999 (publicado na *Coletânea de Jurisprudência, Ano XXIV, Tomo II*, Coimbra: Associação de Solidariedade Social “Casa do Juiz”, 1999, pp.108 - 109). Veja-se, a propósito dos efeitos no ordenamento jurídico nacional da adoção por nacionais de crianças estrangeiras noutra país, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11 de Julho de 2006 (publicado na *Coletânea de Jurisprudência, Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, Ano XIV, Tomo II*, Coimbra: Associação de Solidariedade Social “Casa do Juiz”, 2006, pp.146 - 148) que versou sobre uma adoção decretada no Brasil e constituída por escritura pública (forma exigida à data da mesma, de acordo com a redação então vigente do artigo 375º do Código Civil Brasileiro).

⁴⁸ Cfr., sobre as alterações ao regime jurídico da adoção, SOTTOMAYOR, Maria Clara, *A nova lei da adoção*, in *Direito e Justiça*, vol. XVIII, tomo II; Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 2004, p.248.

Com a introdução daquela expressão *objetiva de qualquer* por referência à verificação das concretas situações de facto previstas nas diversas alíneas do artigo 1978.º do Código Civil (a qual não consta da redação da respetiva Proposta de Lei n.º 57/IX) parece ter-se pretendido clarificar, de forma inequívoca, que se prescinde da comprovação de uma imputação subjetiva, a título de culpa, de qualquer um daqueles comportamentos tipificados naquelas alíneas aos progenitores da criança.

Para além disso, estabeleceu-se uma inibição legal e automática do exercício do poder paternal dos pais biológicos, por mera decorrência do decretamento da medida de promoção e proteção de confiança a pessoa selecionada para a adoção (cfr. artigo 1978.º-A do Código Civil e artigo 38.º-A da Lei de Promoção e Proteção de Crianças e Jovens em Perigo).

Tais pressupostos e consequência serão posteriormente objeto de análise mais desenvolvida neste nosso trabalho.

Quanto aos requisitos gerais da constituição da adoção, eliminou-se a possibilidade de revogação do consentimento dado pelos pais do adotando e fixou-se em três anos o prazo de caducidade do consentimento prestado, sempre que o menor não tenha sido confiado judicial ou administrativamente.

Por outro lado, determinou-se a criação de listas nacionais de candidatos selecionados para a adoção, bem como de uma lista das crianças em situação de adotabilidade, com o desiderato de facilitar, mais uma vez, as possibilidades de concretização de adoções e de incrementar o sucesso destas.

Do exposto, resulta inequivocamente que *poucos institutos jurídicos terão sido objeto de tantas e tão significativas alterações legislativas num período de tempo relativamente curto*⁴⁹ como este instituto da adoção embora sem significativas consequências ao nível da redução do número de crianças institucionalizadas.

A última modificação significativa ao regime jurídico da adoção foi trazida pela recente Lei n.º 143/2015, de 8 de Setembro, que alterou o Código Civil em matéria de adoção e aprovou o Regime Jurídico do Processo de Adoção.

Além de alterações pontuais de redação com vista a harmonizar os conceitos legais utilizados (nomeadamente pela eliminação do vocábulo “menor” e a sua substituição pela palavra “criança”) com os demais diplomas legais relativos aos direitos das crianças, este diploma legal introduziu uma significativa modificação ao eliminar a modalidade da adoção restrita e visou codificar num único instrumento legal todo o acervo normativo que regulamenta a adoção, com exceção das normas substantivas previstas no Código Civil.

Por outro lado, o encaminhamento para a adoção passou a depender unicamente da confiança administrativa ou da aplicação de medida de promoção e proteção, mais se tendo consagrado a criminalização

⁴⁹ GERSÃO, Eliana, *Adoção – Mudar o quê?*, in Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977, vol. I, Direito da Família e das Sucessões; Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p.833.

da intervenção não autorizada em matéria de adoção e do exercício ilegítimo de atividade mediadora em adoção internacional⁵⁰.

A adoção restrita tinha regras próprias, as quais estavam estatuídas nos artigos 1992º a 2002º-D do Código Civil, ou seja, em todo o capítulo III do título IV do Código Civil, capítulo esse que foi totalmente revogado pelo artigo 9.º, alínea, a). da Lei nº. 143/2015, de 8 de Setembro.

Nos termos do disposto no então vigente artigo 1993.º do Código Civil, à adoção restrita eram aplicáveis os requisitos e pressupostos insertos nos artigos 1980.º a 1984.º e 1990.º e 1991.º do Código Civil, havendo, contudo, pressupostos específicos aplicáveis a esta modalidade de adoção.

Nesse particular, aquele que adotava restritamente devia ter mais de vinte e cinco anos, mas não mais de sessenta anos à data em que a criança lhe tivesse sido confiada, mediante confiança administrativa, confiança judicial ou medida de promoção e proteção de confiança a pessoa selecionada para a adoção, salvo se o adotando fosse filho do cônjuge do adotante ou da pessoa que com este vivesse em união de facto.

Nenhuma outra particularidade avultava em relação aos demais requisitos da adoção plena, os quais, salvo no que se vem de referir, tinham total aplicação nesta sede. Assim, não havia diferenças no que tange à idade da criança ou jovem a adotar, nem às demais condições gerais cujo preenchimento se tinha de verificar para se dar por constituído o vínculo.

Era no plano dos efeitos da adoção que resultavam patentes os traços distintivos de ambas as modalidades de adoção então admitidas no nosso ordenamento jurídico, pois que, ao contrário do que sucedia com a adoção plena, a adoção restrita tinha efeitos limitados.

Desde logo, avultava uma diferença fundamental e estruturante em relação à adoção plena: é que na adoção restrita o adotado não adquiria a qualidade de filho do adotante, nem se integrava na respetiva família.

Com efeito, o artigo 1993.º do Código Civil consagrava o princípio geral de que o adotado conservava todos os direitos e deveres em relação à família natural e o artigo 1996.º do mesmo diploma restringia a produção de efeitos da adoção restrita às relações entre o adotante e o adotado, porquanto ressaltava que o adotado e os seus descendentes e os parentes do adotando não eram herdeiros uns dos outros, nem ficavam reciprocamente vinculados à obrigação de alimentos.

No entanto, o adotado era apenas herdeiro legítimo do adotante, sendo os descendentes daquele chamados, por direito de representação, mas apenas na falta de cônjuge sobrevivente, descendentes ou ascendentes (cfr. artigo 1999.º, n.º 1, do Código Civil)⁵¹.

⁵⁰ Cfr. Comunicado do Conselho de Ministro de 21 de Maio de 2015, in <http://www.portugal.gov.pt/pt/os-ministerios/ministro-da-presidencia-e-dos-assuntos-parlamentares/documentos-oficiais/20150521-cm-comunicado.aspx> [consulta em 1 de Junho de 2015].

⁵¹ Não vingaram, nesta matéria, as posições defendidas por CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino A., in *Scientia Iuridica*, Tomo XXVI, n.º.148 e 149; Braga, Set.-Dez. 1977, p.442 e seguintes, que propunha que o adotado fosse integrado na categoria de herdeiro legitimário do adotante com fundamento na necessidade de *proteção dos interessados restritos, que de outro modo, ficarão muito desprotegidos*. O mesmo Autor, porém, defendia que o adotante não deveria ser considerado herdeiro legitimário do adotado

Por seu turno, o adotante também era chamado à sucessão do restritamente adotado como herdeiro legítimo do adotado ou dos descendentes deste, mas apenas na falta de cônjuge sobrevivente, descendentes ou ascendentes (cfr. artigo 1999.º, n.º 2, do Código Civil).

Afastou-se, assim, a possibilidade de o adotante e o adotado serem herdeiros legitimários⁵² um do outro, o que visou conferir prioridade no chamamento sucessório aos herdeiros de sangue do adotante e do adotado⁵³ e até aos demais herdeiros sem laços de consanguinidade (como é o caso do cônjuge sobrevivente)⁵⁴.

Daqui decorria evidente que o vínculo adotivo se intercetava com o vínculo biológico que persistia apesar daquele, coexistindo concomitantemente.

para assim se evitar adoções interesseiras por parte de adotantes, de resto, em consonância com a tendência comum às demais legislações em limitar os direitos sucessórios do adotante face aos bens do adotado.

⁵² Como é sabido, há dois tipos de sucessão legal: a sucessão legítima e a sucessão legitimária (artigo 2027º do Código Civil). A sucessão legitimária é deferida por lei e não pode ser afastada por vontade do *de cuius*, respeitando àquela porção de bens de que o autor da herança não pode dispor por ser imperativamente destinada a determinados herdeiros. A sucessão legítima abrange, por outro, aquela porção de bens de que o autor da herança não dispôs válida e eficazmente, embora estivesse na sua disponibilidade dispor desses bens de acordo com a sua vontade. Na primeira destas modalidades há, assim, um limite legal incontornável à capacidade de testar. Acresce que há uma manifesta e evidente primazia do chamamento legitimário sobre o chamamento legítimo, pois que a sucessão legitimária prevalece sobre todas as demais designações sucessórias e a sucessão legítima surge colocada em último lugar na hierarquia das designações sucessórias, sendo mesmo ultrapassada pela designação contratual e testamentária. Cfr. sobre a matéria CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino A., *Lições de Direito das Sucessões*, vol I, 3ª Edição; Coimbra: Coimbra Editora, 1993, pp.38 e 39, 214 e 221.

⁵³ Ainda assim com limitações como resulta do seguinte exemplo: *suponhamos, para exemplificar o alcance da doutrina fixada na lei, que o adotado morre, deixando vivos o adotante e um irmão. Nesse caso, o herdeiro legítimo é o irmão (de acordo com o disposto no n.º.3 do artigo 1999.º e não o pai adotivo. Se, porém, ao adotado tiver sucedido um filho, e este morrer mais tarde, mas antes do adotante e do irmão do pai (portanto seu tio), já este tio não goza de preferência sucessória ou prioridade na chamamento à herança, porque ele é, em relação ao de cuius, tio e não irmão; e os tios e demais colaterais abrangidos na 4ª classe de sucessíveis não preferem ao adotante* - LIMA, Pires de; VARELA, Antunes, *ob. cit.*, p.560.

⁵⁴ No Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 6 de Novembro de 2001 (publicado na *Coletânea de Jurisprudência*, Ano XXVI, Tomo V, Coimbra: Associação de Solidariedade Social “Casa do Juiz”, 2001, p.14 e seguintes) analisou-se uma inusitada pretensão de uma adotada restritamente (cujos pais adotivos nunca a informaram desse vínculo restrito) que invocou o instituto do enriquecimento sem causa para fundamentar um pedido de condenação da mãe adotiva e da herança deixada por morte do pai adotivo no pagamento de Esc. 28.800.000\$00 pelos serviços domésticos e pelos trabalhos agrícolas realizados nos terrenos dos pais adotivos desde os catorze anos até aos vinte e nove anos de idade (data em que deixou o lar dos pais adotivos para viver maritalmente com um homem casado com que se passou a relacionar, sem a aprovação daqueles) na errada convicção (de resto apoiada em declarações públicas dos seus pais adotivos) de que seria herdeira daqueles e de que aquelas terras e demais património dos pais adotivos um dia poderiam ser seus. Mais cumou tal pretensão com um pedido de condenação no valor de Esc. 10.000.000\$00 por danos não patrimoniais em consequência de ter sofrido frustração, mágoa e angústia ao saber que, por ser ter sido adotada restritamente, não tinha quaisquer direitos sucessórios por morte do seu pai adotivo. Este aresto aborda um caso da vida que levanta questões de grande complexidade e que, em larga medida, excedem o âmbito e o objeto do nosso trabalho. Aliás, o voto de vencido de um dos Juizes Desembargadores não deixa de evidenciar as tensões que intercedem entre as relações pessoais e afetivas propriamente ditas e o apego dos indivíduos aos bens materiais, tal é a importância dada no nosso país (tal como nos demais países do sul do continente europeu) à manutenção do património familiar dentro do círculo hereditário. Todavia e independentemente da análise circunstanciada da decisão daquele Venerando Tribunal Superior (no caso, a adotada restritamente já havia partilhado a herança deixada por óbito do seu pai biológico), não deixaremos de salientar que a limitação da capacidade sucessória do adotado restritamente pode, efetivamente, causar frustrações desmesuradas nos adotados quando confrontados com o não recebimento de qualquer património dos pais adotivos. De outra guisa, a coexistência do vínculo adotivo com o vínculo biológico é, ou pode ser, fonte de perturbações e conflitos entre os vários protagonistas, o que parece também não ser querido pelos cidadãos nacionais, dado o desuso em que, ao longo dos tempos, caiu o instituto da adoção restrita. Defendendo uma *nova atitude em relação à adoção restrita, que creia nas suas virtualidades*, a necessidade de *alargar os seus pressupostos, de modo a torná-la viável* e por forma a fazer sair esse instituto *da zona de penumbra e de esquecimento para que foi remetido* veja-se GERSÃO, Eliana, *ob. cit.*, p.844 e seguintes.

Todavia, por óbvias razões, o legislador nacional não podia deixar de definir e atribuir a prevalência ao adotante no que tange ao exercício das responsabilidades parentais, sendo este o principal efeito (qual núcleo irreduzível do ato de adoção⁵⁵) resultante dos vínculos especiais⁵⁶ decorrentes da adoção restrita, ao lado dos demais: a já referida sucessão legítima do adotante e do adotado, o direito a alimentos e a obrigação de prestação de contas por parte do adotante.

No que se refere à obrigação de alimentos, o adotante restrito aparecia como primeiro obrigado a prestar sustento ao adotado, preterindo, portanto, os pais biológicos, de acordo com o artigo 2009.º, n.º 1, do Código Civil, salvo o caso do progenitor do adotado, com o qual o adotante fosse casado.

Ao contrário do que sucedia com a adoção plena, a adoção restrita não era irrevogável.

Com efeito, os artigos 2002.º-B e seguintes do Código Civil regulavam os casos em que a adoção restrita era revogável e os respetivos efeitos. Como é sobejamente sabido, a revogação pode ser definida como *a forma de extinção de um negócio jurídico por manifestação da vontade, em regra discricionária, do seu autor ou por acordo entre as partes (se se tratar de contrato)*⁵⁷, com efeitos *ex nunc*.

Todavia, por evidentes razões de interesse público e em face dos interesses subjacentes ao instituto da adoção, não se admitia a revogação da adoção por acordo entre o adotante e o adotado⁵⁸.

Por outro lado, a revogação da adoção restrita, pelo adotante, não era discricionária, estando sujeita a causas taxativamente elencadas e que se reconduziam aos mesmos fundamentos que podiam estribar a deserdação dos herdeiros legítimos (cfr. artigo 2166.º do Código Civil ex vi do disposto no artigo. 2002.º-B do mesmo diploma legal, ora revogado).

Destarte, o adotante podia requerer a revogação da adoção quando o adotado tivesse sido condenado por crime cometido contra a pessoa, bens ou honra do adotante, do cônjuge deste ou de algum descendente, ascendente, adotante ou adotado deste, mas desde que ao crime correspondesse pena superior a seis meses de prisão.

Tal como a poderia requerer no caso de o adotado ser condenado por denúncia caluniosa ou falso testemunho contra as supra referidas pessoas ou quando o adotado, sem justa causa, tivesse recusado prestar alimentos ao adotante ou ao seu cônjuge.

O adotado podia também, *mutatis mutandis* e com base nos mesmos fundamentos, requerer a revogação da adoção restrita, o que era plenamente justificável por razões de reciprocidade e igualdade.

No entanto, e para além dessas situações, a lei conferia também legitimidade (sendo o adotado menor de idade) aos pais biológicos, ao Ministério Público e a quem tinha o adotado ao seu cuidado antes da adoção

⁵⁵ LIMA, Pires de; VARELA, Antunes, *ob. cit.*, p.556.

⁵⁶ *Ibidem*, p.551.

⁵⁷ PRATA, Ana, *Dicionário Jurídico*, 2ª Edição, Coimbra: Almedina, 1989 p.535

⁵⁸ Neste sentido cfr. COELHO, F. M. Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de, *ob. cit.*, p.291, em nota de rodapé.

restrita, para requerer a revogação da adoção restrita quando o adotante deixasse de cumprir os deveres inerentes ao exercício das responsabilidades parentais ou quando o vínculo adotivo se tornasse inconveniente, por qualquer causa, para a educação ou para os interesses do adotado – cfr. artigo 2002.º-C do Código Civil.

Como resultava destas normas, a revogação do vínculo adotivo, tal como a sua constituição, só podiam ser declaradas pelo juiz, através de uma sentença judicial cujos efeitos, tal como é regra nos demais casos de revogação, só operavam para futuro.

O meio processual próprio para o efeito encontrava-se regulado nos artigos 173.º-A, 195.º/2 e 196.º a 198.º da Organização Tutelar de Menores (entretanto também revogada pelo artigo 6.º, alínea a)., da Lei n.º 141/2015, de 8 de Setembro): tratava-se de um incidente, a processar como apenso ao processo judicial de adoção, e que seguia os termos da ação de inibição e limitação do exercício das responsabilidades parentais.

Todavia, a remissão constante do artigo 173.º-A da Organização Tutelar de Menores para o disposto no artigo 198.º, n.º 1, do Código Civil devia fazer-se, tal como expressamente constava daquele, com as devidas adaptações porquanto não era concebível qualquer limitação parcial da adoção restrita, nem tão pouco havia lugar à fixação de alimentos.

Com efeito, com a revogação da adoção restrita, o adotado restritamente deixava de estar sujeito às responsabilidades parentais do adotante que, por sua vez, deixava de estar obrigado a alimentar o ex-adotado.

Acresce que tal solução sempre resultaria da aplicação dos pressupostos legais justificativos da cessação da obrigação alimentar gerais, *maxime* quando era o adotado que praticava atos suscetíveis de enquadramento no catálogo inserto no artigo 2166.º do Código Civil.

É que, nos termos do disposto na alínea c). do n.º 1 do artigo 2013.º do Código Civil, a obrigação alimentar termina quando o credor de alimentos viole gravemente os seus deveres para com o obrigado, sendo certo que nessa violação se podem enquadrar não só as situações previstas no artigo 2166.º do Código Civil para a deserdação dos herdeiros legitimários⁵⁹, bem como quaisquer outras que se possam subsumir àquele conceito indeterminado.

Nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 2002.º-D do Código Civil a revogação fazia cessar, a partir do trânsito em julgado da respetiva decisão judicial, os efeitos da adoção restrita. O n.º 2 desse mesmo artigo 2002.º-D do Código Civil regia para o caso de esse trânsito em julgado ocorrer em momento posterior à morte do adotante ou do adotado que fosse requerente da revogação podendo, nesse caso, os efeitos da revogação retroagir a momento anterior e até determinar a devolução dos bens recebidos a título sucessório, ou dos bens sub-rogados no lugar destes.

⁵⁹ Aliás, a versão original do preceito contido na alínea c). do n.º 1 do artigo 2013.º do Código Civil remetia, precisamente, para a verificação de “alguns dos factos que legitimam a deserdação”, pelo que é indubitável que o legislador pretendeu alargar a outros comportamentos os fundamentos da cessação da obrigação alimentar.

O que bem se compreendia, por evidentes razões de justiça. Com efeito, se o adotante, ou o adotado, cometeu ato grave e eventualmente criminoso contra o adotado, ou contra o adotante, era plenamente compreensível que não viesse a receber qualquer bem compreendido no acervo hereditário, salvo se, depois do pedido de revogação, o autor da herança fizesse nova disposição testamentária (cfr. artigo 2002.º-D, n.º 2 *in fine* do Código Civil).

Uma derradeira nota para fazer uma breve menção à possibilidade então existente de adoção restrita ser convertida numa adoção plena.

A adoção plena é tendencialmente perpétua pois que, e sem prejuízo dos casos de revisão da sentença que decreta a adoção, não é legalmente possível alterar (ampliando ou diminuindo) os seus efeitos, nem tão pouco fazê-los cessar por revogação.

Já o vínculo decorrente da adoção restrita se mostrava mais frágil pois que (e para além idêntica possibilidade de revisão) podia ser revogado (embora, como vimos, não por mútuo consentimento dos respetivos sujeitos) e podia até ser objeto de transformação extensiva, convertendo-se num vínculo adotivo pleno.

Com efeito, o n.º 2 do artigo 1777.º do Código Civil (ora revogado pela Lei 143/2015, de 8 de Setembro) permitia que, a requerimento dos adotantes, a adoção restrita se convertesse em adoção plena, posto que se verificassem os requisitos legais para esta exigidos⁶⁰.

Por outro lado, temos como certo que os requisitos atinentes à idade do adotado e exigidos para a adoção plena tinham de se verificar no momento do pedido de conversão da adoção restrita.

VIII.3 – A Adoção no direito comparado:

No plano internacional e fazendo um breve excursus por diversas legislações nacionais⁶¹, constata-se que a adoção, tal como tradicionalmente, continua a ser vista e regulada de duas formas completamente distintas: como um ato público ou como um ato privado (contrato).

No entanto, tal diferenciação é mitigada, na maioria dos casos e quando a adoção é vista como um contrato, por uma obrigatória supervisão jurisdicional que visa assegurar que os requisitos legais da constituição da adoção estão preenchidos.

⁶⁰ *A este propósito deve ter-se em conta que o artigo 1979.º não é aplicável à adoção restrita, como resultava do disposto no n.º.1 do artigo 1993.º. Assim a adoção restrita só pode converter-se em adoção plena se, tratando-se de adoção conjunta, os adotantes estiverem casados há mais de 4 anos e não estiverem separados de pessoas e bens ou de facto (artigo 1979º, n.º.1) ou, vivendo em união de facto, esta já durar há mais de 4 anos (Lei n.º. 7/2001, art.º. 7º). Tratando-se de adoção singular, o adoptante deve ter mais de 30 anos ou, se o adotando for filho do cônjuge do adoptante ou da pessoa com quem ele vive em união de facto, mais de 25 (art.º. 1979º, n.º.2) – cfr. COELHO, F. M. Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de, *ob. cit.*, p.310.*

⁶¹ Segue-se nesta matéria o abrangente estudo de KRAUSE, Harry; *Creation of Relationships of Kindship* in *Internacional Encyclopedia of Comparative Law*, vol. IV (Persons and Family) Chapter 6, Tübingen/The Hague – Paris: J. C. B. Mohr/Mouton, 1976; p.73 - 95.

Em qualquer dos casos, porém, a atual intervenção judicial é configurada como visando realizar, de modo enfatizado, o superior interesse da criança e como mecanismo de segurança que a adoção serve tal interesse.

Nos sistemas da common law a adoção é tratada como um processo judicial que visa conferir um novo status a uma criança e terminar com os laços de sangue existentes.

Por outro lado, nesses sistemas, a instância judicial está fortemente empenhada na supervisão da capacidade dos adotantes.

A título de exemplo, na Inglaterra e ao lado da prévia constatação de que a criança que vai ser adotada é uma *protected child*, é exigido um período de investigação acerca das características e personalidade do candidato a adotante, sendo certo que nenhuma adoção pode ser decretada antes de a criança a adotar residir com o adotante por determinado período de tempo.

Além do mais, exige-se a realização de um relatório factual por uma agência de investigação, o qual vai servir de base à decisão judicial, porquanto vai permitir ao Tribunal determinar qual o melhor interesse para a criança. Tal relatório é realizado com base em várias visitas à residência dos pais adotivos e, sendo caso disso, dos pais biológicos.

A regra é que tal relatório não tem força vinculativa, embora em alguns estados dos Estados Unidos da América, como por exemplo na Califórnia, as conclusões do mesmo possam impedir a constituição do vínculo, porquanto o consentimento da agência de investigações é indispensável ao decretamento da adoção.

Por seu turno, na França, como já supra referimos, superou-se definitivamente o recorte tradicional que via a adoção como um contrato (e que vigorou até 1958): atualmente, a base da adoção emana diretamente de uma decisão do tribunal, cuja atividade não se resume mais à mera aprovação de um contrato.

Também o direito alemão, antes da unificação da Alemanha, bebia no direito romano os fundamentos do instituto da adoção, não sendo despidendo referir que a adoção era conhecida na Prússia, na Baviera ou na Saxónia.

Atualmente, a adoção continua a ser vista, no direito alemão, como um mero contrato, incondicional, sem limitação temporal e sujeito a uma autenticação de cariz notarial, embora sujeito a posterior aprovação do tribunal.

Com efeito, no âmbito dessa competência, o tribunal pode negar a adoção quando haja dúvidas consideráveis de que a adoção levará à constituição de uma verdadeira relação pai – filho.

Já na antiga República Democrática Alemã a visão contratual da adoção era rejeitada, muito embora a parte leste da Alemanha compartilhasse com a parte ocidental a consideração de que o bem estar da criança deveria ser o principal desiderato da adoção.

Na antiga União das Repúblicas Socialistas Soviéticas a adoção foi proibida logo a seguir à Revolução de Outubro: o Código da Família RSFSR de 1918 previa expressamente que a adoção não produziria quaisquer direitos ou deveres, quer na esfera do adotante, quer na pessoa do adotado. Subjacente a esta rígida proibição do regime soviético estaria a constatação política da impossibilidade de efetivar uma verdadeira supervisão estadual das adoções.

Todavia, logo em 1926, nova legislação veio favorecer a constituição de adoções, tendo em vista proporcionar proteção e um lar para os órfãos da guerra e da revolução, os quais, de certo modo, eram vistos como uma ameaça à ordem pública. Tal alteração legislativa insere-se, pois, no amplo movimento de cariz universal que se seguiu ao pós Primeira Grande Guerra Mundial.

Mais tarde, em 1968, as questões gerais atinentes à adoção são reguladas pela lei comum da União, em especial os Princípios do Direito de Família da União, as quais podem ser implementadas, mas nunca contrariadas, pelas leis internas das repúblicas nacionais.

Do expendido resultam, portanto, dois agrupamentos de legislações: um que regula a adoção como sendo um contrato que, pode ou não, ser sujeito ao escrutínio de uma entidade judicial (sendo disso exemplo o México, as Filipinas e a antiga República Federal Alemã) e um outro que configura a adoção como um ato do estado, protagonizado por um tribunal dotado de competência para o efeito (sendo disso exemplo, a Argentina, a Suécia, a Holanda, a Inglaterra, França e os Estados Unidos da América) ou até de uma agência de cariz administrativo (como, por exemplo, na República Democrática Alemã, na Dinamarca ou na Noruega).

Independentemente dessa particular configuração da natureza jurídica do ato que constitui o vínculo adotivo, há que concluir que o traço mais comum à moderna adoção é facilmente encontrado na necessidade de se estabelecer uma completa e recíproca relação entre a criança e o adotante, o que assume particular relevo para aquelas crianças que provêm de famílias disfuncionais ou negligentes, bem como, para as crianças órfãs.

Daí que, em vários ordenamentos nacionais, seja exigido, como condição de efetivação do vínculo adotivo, o decurso de um determinado período de comprovação das competências e das capacidades dos adotantes, o qual pode ir desde os três meses em Inglaterra, a um ano na Argentina e até mesmo dois longos anos na Suíça e na Holanda.

Nessa medida, é bom de ver que os ordenamentos legislativos nacionais regulam com particular cuidado os requisitos daqueles que podem adotar e daqueles que podem ser adotados. Acresce que as particulares características do instituto da adoção implicam a previsão de determinadas restrições à sua constituição na generalidade dos países. Tais restrições estão relacionadas, desde logo, com a estipulação de uma determinada idade mínima a exigir aos adotantes (que no Perú e na Grécia atinge os cinquenta anos e no Chile os quarenta), bem como na autonomização de um requisito concernente à diferença mínima de idades

entre o adotado e o adotante e que, por exemplo, na Holanda pode ir dos dezoito aos cinquenta anos de diferença máxima.

De acordo com o English Adoption Act pode adotar quem tiver pelo menos vinte e cinco anos de idade, tal como no México, na Suécia ou na Dinamarca.

Em França apenas pode adotar quem tiver idade igual ou superior a trinta e cinco anos.

Todavia, embora parecendo mais restritiva, a legislação francesa permite a constituição da adoção entre parentes biológicos, sendo lícito, por exemplo, que um tio adote um sobrinho.

Por outro lado, ao contrário do que ocorre em Inglaterra em que um solteiro do sexo masculino não pode adotar uma criança do sexo feminino, em França não há distinções relativamente a determinadas condições específicas da adoção, como sejam as que digam respeito ao sexo, à nacionalidade ou à religião de adotantes e de adotados.

Acresce que, também na França, a principal preocupação é a de garantir que no âmbito do processo de adoção o tribunal possa apreciar as condições morais e sociais dos adotantes e que, concomitantemente, possa focar-se no interesse da criança a adotar.

Destarte, a conceção napoleónica de garantir, através da adoção, a continuação do nome e tradições familiares foi definitivamente superada.

Conatural à adoção na generalidade dos países é a retirada de uma criança de determinada família para a sua inclusão numa outra. Daí que, normalmente e em regra, seja necessário, para a constituição do vínculo adotivo, obter o consentimento da família natural do adotado.

No entanto, esse consentimento, quando necessário, não é sempre obtido da mesma forma. Assim, quando a adoção é vista como ato judicial ou administrativo, o consentimento é normalmente prestado diretamente pelos progenitores, em seu próprio nome.

Já quando as legislações nacionais configuram a adoção como um contrato de natureza privada, o consentimento é obtido de modo indireto, atuando os progenitores como representantes dos filhos.

Todavia, na generalidade das legislações, o consentimento dos progenitores biológicos não é exigido quando os pais perderam o poder paternal, quando as circunstâncias relevam a respetiva incompetência parental ou quando os progenitores tenham abandonado os filhos.

Por exemplo, em França, a adoção não carece da obtenção do consentimento dos progenitores, nem do conselho de família, quando se constata uma evidente falta de interesse pela criança que ponha em causa a moral ou a saúde do menor.

Na antiga União das Repúblicas Socialistas Soviéticas também era necessário obter o prévio consentimento dos progenitores do adotando, salvo quando os pais biológicos tivessem sido declarados incompetentes para o exercício da parentalidade.

Além disso, a adoção podia ser decretada quando os pais não vivessem com os seus filhos por mais de um ano e, apesar dos avisos das autoridades, não contribuíssem para o sustento e para o desenvolvimento dos filhos e não lhes dispensassem atenção e carinho. Contudo, no caso de o menor estar acolhido ou colocado numa instituição, era necessário para o decretamento da adoção que a administração dessa instituição prestasse o seu consentimento à constituição do vínculo.

Assim, pode assentar-se que, no caso de abandono, a maioria das legislações prescinde do consentimento dos pais (citamos apenas os casos da Dinamarca, da Suécia e dos Estados Unidos), embora, por exemplo, na Suíça seja necessário, mesmo nesses casos, obter o consentimento dos pais.

Quanto ao consentimento do próprio adotado, as legislações internas normalmente exigem-no entre os dez e os quinze anos de idade, podendo tal consentimento ser dispensado nos casos em que o adotando já vive com a família adotiva ou já vê os pais adotivos como sendo a sua verdadeira família, como é o caso da Dinamarca e era o caso da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas.

Já a matéria dos efeitos da adoção não merece tratamento consensual, nem sequer aproximado, nas várias legislações nacionais.

Efetivamente, podemos facilmente encontrar duas correntes de sentidos opostos nesta matéria tão sensível.

Por um lado, temos os sistemas legislativos cuja visão dos laços biológicos e sanguíneos é de tal modo relevante que não configuram a supressão total daqueles em consequência do decretamento de uma adoção. Nestes casos, a criança adotada mantém relacionamento entre a família biológica, criando-se, concomitantemente, uma nova relação com a família adotiva.

Noutro patamar, encontramos várias legislações que têm como pressuposto fundamental da adoção a imprescindibilidade desta criar uma relação entre adotante e adotado que se assemelhe o mais possível à relação biológica e natural entre pais e filhos. Naturalmente que, nestes casos, tal implica um definitivo corte das relações entre os pais biológicos e a criança adotada, dado que, só assim será possível garantir, em termos práticos, a criação *ex novo* daquela relação adotiva.

Esta segunda configuração legal dos efeitos da adoção parece ganhar vantagem nas modernas legislações, embora, em muitos países ou estados, se tenha procurado temperar tal solução com a consagração normativa de duas diferentes formas de adoção, sendo que numa delas cessam os efeitos da filiação natural e numa outra se mantêm todos, ou praticamente todos, os direitos e deveres inerentes à relação sanguínea.

Trata-se, com efeito, de recuperar a dualidade característica do direito romano a que supra já fizemos ampla referência: de um lado, a *adoptio plena* e, noutro grau, a *adoptio minus plena*.

A vantagem deste sistema de duas faces é, obviamente, a de se mostrar mais capaz de responder às particularidades concretas de cada situação e de, quando tal se justifique e caso eles existam verdadeiramente, permitir dar prevalência aos afetos, respeitando situações de facto consolidadas e evitando traumas de consequências imprevisíveis.

Nos Estados Unidos da América, a maioria das legislações prevê como efeito necessário da adoção a cessação de todos os direitos e obrigações parentais e estipula, simplesmente, que o adotante deve ser tratado como legítimo filho dos adotantes, sendo certo que, quando assim seja, é naturalmente aos adotantes que compete sustentar a criança adotada, ao mesmo tempo, que lhes é atribuída a titularidade das responsabilidades parentais.

Também na Inglaterra a adoção faz cessar todas as relações jurídicas emergentes da relação biológica, tal como na Dinamarca, na Suíça, na Itália ou na Holanda, ao passo que na França se recuperou, entretanto, a previsão, lado a lado, da adoção plena e da adoção limitada ou restrita, tal como em outros países, como sejam a Áustria ou México.

A primeira tem como efeito a destruição total da relação biológica entre os progenitores naturais e o adotado, sem prejuízo da manutenção de determinadas proibições de contrair matrimónio.

Os efeitos da adoção restrita não são tão radicais dado que o adotado mantém ligações à família de origem: o adotado, além de conservar a qualidade de herdeiro dos progenitores biológicos, tem o dever de alimentar os pais naturais, sendo que estes têm também o dever de o sustentar, embora a título subsidiário, pois que os adotantes são os principais obrigados a alimentar e passam a deter na sua titularidade as responsabilidades parentais.

Todavia, caso o adotado não deixe herdeiros à data do seu decesso, os bens recebidos do adotante são-lhe restituídos, ao passo que os bens provenientes da família natural regressam a esta, sendo os remanescentes repartidos, em igualdade, por ambas as famílias.

Pode, contudo, assentar-se que, regra geral, no caso da adoção plena (ou no caso das legislações que apenas preveem uma única modalidade de adoção) cessam os direitos hereditários do adotado em relação à família biológica. Todavia, nas situações em que os sistemas legislativos preveem a manutenção, em maior ou menor escala, dos laços biológicos, é também mantida intacta a vocação sucessória do adotado em relação à família de origem.

No pólo contrário, há inúmeras legislações que limitam ou até negam a qualidade de herdeiro aos adotantes em relação ao adotado, como sejam os casos de alguns estados americanos, da Itália, das Filipinas e da Guatemala.

Já no México e nas Filipinas, a adoção tem como efeito manter a relação biológica, não obstante as responsabilidades parentais serem transferidas para os adotantes e se prever a criação de uma recíproca relação pai-filho entre o adotante e o adotado.

Intrinsecamente relacionada com esta questão, é também generalizadamente discutida a problemática atinente aos pressupostos e limites do direito de acesso à informação sobre as origens biológicas do adotado.

Quando mencionamos a expressão origens biológicas pretendemos identificar um conjunto amplo de dados relativos ao passado da criança adotada, como sejam, a história pessoal da criança, as suas origens, a identificação dos seus progenitores, os motivos pelos quais a criança foi encaminhada para adoção, a tradição e cultura nacionais do país (no caso de adoção internacional) ou região de origem.

Como é evidente, o conhecimento dessas informações pode ser de enorme importância, sobretudo, em caso de doença ou por forma a melhor prevenir o aparecimento de determinadas patologias de cariz hereditário.

Todavia, o direito da criança ao conhecimento das suas origens e dos seus dados histórico-biológicos pode, vastas vezes, conflitar com o direito à privacidade dos pais biológicos cujo interesse em manter secreta a sua identidade e os motivos subjacentes à adoção do seu descendente deve também merecer tutela protetora.

Uma corrente ainda minoritária a nível global propugna pela prevalência do direito do adotado em aceder à sua história pessoal sobre o direito dos pais biológicos em manter secreto um relevante pedaço da sua vida.

Na esmagadora maioria dos países, é admitido o acesso a este tipo de dados, mas apenas a partir dos dezoito anos do adotado ou até mais tarde, indicando-se, como exemplo, o caso da Itália em que tal apenas é legalmente possível a partir dos vinte e cinco anos.

No entanto, em alguns países, como Malta, Estónia, Hungria, França ou Dinamarca o acesso às informações pretendidas, *maxime* no que tange à identificação pessoal, apenas é permitido depois de obtido, através de uma entidade mediadora (seja a assistência social ou uma autoridade central) o consentimento dos pais biológicos⁶².

Matéria também sensível no quadro dos efeitos da adoção prende-se com a questão da eventual alteração do nome do adotado. Nas legislações dos Estados Unidos da América, Japão ou Holanda prevê-se que o adotado adquira os apelidos dos adotantes, ao passo que noutras se prevê a manutenção dos primitivos apelidos, surgindo também terceiras vias em que se abre a possibilidade de escolha entre ambas as opções, como é o caso da Dinamarca e da Suécia.

⁶² Cfr. KÜNTZINGER, Jacques, *Results of the Working Group N.1 Access to the origins*, http://www.childoneurope.org/issues/adoption/post_adoption_seminar/Access_to_the_origins.pdf [consulta em 13 de Dezembro de 2015].

Vejamos agora, ainda no plano do direito comparado e numa perspectiva eminentemente histórica, o modo como é regulada a possibilidade de eventual revogação da adoção.

Com efeito, configurando-se a adoção como uma criação jurídico-legal que tem como fonte, as mais das vezes, como já abordámos, um contrato ou uma sentença, as leis não poderiam deixar de regular minuciosamente o quando e o como de uma possível destruição dos efeitos dessa criação.

Também nesta matéria as diferentes concepções de adoções vão desembocar em distintas soluções legais. O tratamento legal da figura da revogação da adoção está intimamente conexionado com a função atribuída pelo legislador à adoção: se esta assoma como um mimetismo da relação parental biológica a revogação é dificultada ou mesmo negada, ao passo que nos casos em que a adoção é legalmente formatada de modo limitado, as causas de revogação são, de modo inversamente proporcional, ampliadas.

Efetivamente, algumas jurisdições não fazem distinção, neste plano, entre a adoção e a filiação natural e, por conseguinte, excluem totalmente a possibilidade de o vínculo adotivo ser revogado. Nesta categoria encontramos uma panóplia de países que vão desde a França (quanto à adoção plena), à Bolívia ou à Argentina.

Outras jurisdições distinguem, neste plano, duas figuras distintas: a revogação e a dissolução. A revogação, com efeitos retroativos, está reservada para aquelas situações em que a adoção se vê viciada por fatores extrínsecos, como sejam fraude, falta de consentimento ou não preenchimento dos requisitos legais para adotar.

Na maior parte das legislações as causas de revogação, quando esta é admitida, estão definidas com precisão nos textos legais. Contudo, casos há em que a lei utiliza cláusulas gerais e conceitos indeterminados nos quais se estribam as referidas causas como sejam o interesse do menor, ou mesmo, motivos importantes – veja-se o exemplo da Holanda e da França, no que concerne a adoção restrita.

As causas de revogação da adoção podem dizer respeito quer a circunstâncias atinentes aos adotantes, quer a fatores relacionados com a criança adotada e o direito de pedir a revogação pode ser atribuído quer apenas aos adotantes, quer também ao adotado.

Quanto a estes a *Internacional Encyclopedia of Comparative Law* (vol. IV, *Persons and Family*, Chapter 6, *Creation of Relationships of Kindship*; p.95) refere a insanidade ou outras deficiências graves do adotado.

Todavia, há jurisdições onde não é admitida a revogação com base em circunstâncias atinentes ao adotado pois que se entende que os pais adotivos, tal como os progenitores, devem saber adaptar-se às idiossincrasias e ao desenvolvimento das crianças que adotam.

No entanto, há legislações onde as causas de deserdação são também causas de revogação da adoção (casos da Bolívia e da Espanha) e outros onde uma eventual grande ingratidão preenche o pressuposto da revogação, como é o caso do México.

Merece aqui destaque o caso particular da Holanda onde se admite a revogação da adoção apenas entre o segundo e o terceiro ano posterior à maioridade do adotado, sendo também usual, noutros países, a consagração de limites temporais à possibilidade de requerer a revogação da adoção, o que bem se compreende por motivos de segurança jurídica e estabilidade das relações familiares e pessoais.

No catálogo de causas de revogação atinentes aos adotantes é possível elencar nas diversas legislações as ofensas graves perpetradas contra a criança adotada, as violações graves das responsabilidades parentais ou quaisquer causas que legitimam a inibição ou perda do exercício das ditas responsabilidades.

Em alguns países, como sejam a Noruega e a Dinamarca, a morte dos pais adotivos pode servir de base à revogação da adoção, desde que tal seja do interesse da criança adotada.

Para além destas situações, casos há em que se permite a revogação da adoção por acordo entre os pais adotivos e o adotado, sendo disso exemplo o México e a antiga República Federal Alemã, embora, as mais das vezes, apenas quando este seja maior de idade ou, sendo menor, apenas em circunstâncias específicas (caso da Dinamarca).

No plano das consequências da revogação da adoção a destruição total do vínculo adotivo é o efeito típico mais comum identificável nas diferentes jurisdições.

Porém, algumas legislações preveem a manutenção de determinados efeitos da adoção decretada mesmo depois da dissolução do vínculo adotivo. No elenco desses efeitos que podem perdurar para além do termo da relação adotiva encontram-se a conservação do apelido do adotado que este recebeu dos pais adotivos e até a manutenção dos impedimentos matrimoniais decorrentes da constituição da adoção.

Outra das consequências típicas da revogação do vínculo adotivo é a repriminção da relação biológica substituída pela adoção. Tal é identificável claramente nas leis das antigas República Federal Alemã, República Democrática Alemã, União Soviética, mas também nas legislações da Áustria e da Holanda. Na Dinamarca e na Noruega, porém, tal restauração da filiação biológica depende de decisão judicial, apenas sendo automática, na Dinamarca, quando a revogação seja estabelecida por acordo firmado com os pais biológicos.

Dentro deste quadro de análise comparada, cumpre agora virar agulhas para o Brasil e fazer uma incursão histórica mais pormenorizada sobre o regime legal da adoção naquele país.

A adoção surge no Brasil por influência das Ordenações do Reino de Portugal, mas só se impõe definitivamente com a aprovação do Código Civil de 1916, ainda que na vertente de adoção simples, pois que o adotado apenas adquiria um vínculo familiar com o próprio adotante e já não com os demais familiares deste.

Além de simples, a adoção do Código Civil brasileiro de 1916 era condicional pois que a mesma se tornava ineficaz na hipótese de o adotante vir a conceber um descendente biológico.

Todavia, com a aprovação da Lei 3.133 de 1957 o instituto da adoção passou a aplicar-se também a casais que já tivessem filhos biológicos, revogando, assim, a possibilidade de extinção do vínculo adotivo por nascimento posterior de filho biológico. Todavia e não obstante a adoção passar a ser concebida, depois desse normativo, como sendo um meio de atender aos interesses e necessidades da criança adotada, a relação jurídica emergente da adoção não produzia efeitos no plano sucessório⁶³.

A adoção plena só é introduzida no sistema jurídico brasileiro com a entrada em vigor do Código de Menores (aprovado pela Lei 6.697/79): nesta, por oposição àquela adoção simples, os efeitos da constituição do vínculo estendem-se aos familiares do adotante e ao adotado é garantida a qualidade de sucessor do adotante.

O regime brasileiro da adoção vai sofrer novas alterações em consequência da entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente e, bem assim, do novel Código Civil de 2002 que veio uniformizar os efeitos da constituição do vínculo adotivo quer este tenha por sujeito passivo uma criança, um adolescente (menores com mais de doze anos) ou um maior de dezoito anos. Cabe aqui realçar que, em caso de incompatibilidade entre a aplicação do dito Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Civil, são as normas deste que devem prevalecer⁶⁴.

A adoção é, porém, concebida como um remédio excepcional para aquelas situações em que não é já possível a manutenção da criança ou do adolescente no seio da sua família biológica. Com efeito, o artigo 28º do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê que a *colocação em família substitutiva far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta lei.*

A legislação brasileira permite que adotem todos os maiores de dezoito anos, posto que se verifique uma diferença de pelo menos dezoito anos em relação ao adotado. O adotante poderá ser casado, solteiro, divorciado.

No caso de a adoção ser conjunta (ou seja, requerida por duas pessoas), a lei exige que os adotantes sejam casados ou recém divorciados, embora nesta última hipótese se exija que o denominado estágio de convivência se tenha iniciado na constância do matrimónio.

Qualquer adoção é, portanto, necessariamente precedida desse estágio de convivência com a criança, cujo respetivo período temporal é fixado pelo juiz, sendo certo que a adoção é sempre constituída por decisão judicial proferida em processo judicial (tendo-se eliminado a possibilidade de a mesma se estabelecer por procuração, como previa o Código Civil de 1916).

⁶³ MOTTA, Maria Antonieta Pisano, *Adoção – Algumas contribuições psicanalíticas*, Direito de Família e Ciências Humanas, Cadernos de estudos n.º.1 do Instituto de Estudos Interdisciplinares de Direito de Família, p.122.

⁶⁴ MÓNACO, Gustavo Ferraz de Carvalho, *Adoção: esquadrihando o instituto à luz do sistema jurídico brasileiro em vigor*, in Novo Código Civil: questões controvertidas. Editora Método, pp.331 - 354.

Todavia, o referido estágio de convivência pode ser dispensado no caso de adoção de menores de um ano de idade e nos casos em que o adotando já conviva com o adotante por tempo suficiente para se avaliar acerca da conveniência da constituição do vínculo.

Tal dispensa é perfeitamente compreensível nos casos indicados porquanto o estágio de convivência visa possibilitar uma adaptação do adotado à nova família e, simultaneamente, consolidar a vontade de adotar e ser adotando, permitindo-se uma avaliação segura das probabilidades de êxito da constituição do vínculo adotivo.

Acresce que o direito brasileiro não permite a adoção por ascendentes (avós) ou por irmãos (cfr. artigo 42.º, § 1.º, do Estatuto da Criança e do Adolescente), embora seja admissível a adoção por tios, primos e sobrinhos, bem como, pelo próprio tutor do adotado, embora nesta última hipótese desde que prestadas as contas da tutela e depois de saldados eventuais débitos do tutor ao património do tutelado.

No que tange aos requisitos legais de adotabilidade, o Código Civil brasileiro estabelece que apenas podem ser adotadas as crianças que estiverem desprovidas de um poder familiar, nomeadamente, por terem sido abandonadas, por os seus pais serem desconhecidos ou pelo facto de os seus pais terem falecido sem que qualquer parente as tenha reclamado por período temporal superior a um ano, ou ainda por os seus pais terem sido destituídos do poder paternal.

A par destes casos, podem também ser adotadas as crianças cujos pais, parentes próximos (na falta daqueles) ou cujo tutor prestem o seu consentimento para o efeito. Caso o adotando seja um adolescente (menor com mais de doze anos) é necessário também o seu consentimento para a constituição do vínculo adotivo.

Ao nível dos efeitos da constituição da adoção, a lei brasileira prevê o rompimento total dos vínculos biológicos do adotado com a sua família de origem, salvo aqueles que determinam impedimentos matrimoniais (cfr. artigo 1626.º do Código Civil), cuja razão de ser se encontra, tal como em qualquer outra jurisdição, em razões de cariz eugénico. Como exceção a tal regra encontra-se o caso de adoção singular do filho do cônjuge, caso em que o pai ou a mãe biológica mantém o vínculo natural (cfr. artigo 1226.º do Código Civil).

Aliás, no caso de o adotado ter descendentes, os efeitos da adoção estendem-se a estes que assim acompanham o progenitor, deixando a família biológica e estabelecendo novas relações com os parentes dos adotantes desse seu progenitor.

Também como efeito da constituição do vínculo adotivo, a legislação brasileira prevê que o adotado perde os apelidos da família biológica, podendo o juiz, a requerimento do adotado ou do adotante, alterar o seu nome próprio.

A adoção brasileira é irrevogável, dada a equiparação constitucional entre filhos biológicos e adotados e não obstante a ausência de norma expressa nesse sentido no Código Civil⁶⁵. Por fim, a adoção é suscetível de se extinguir em consequência de indignidade ou deserdação.

No Brasil, a constituição da adoção está subordinada ao princípio da confidencialidade, pois que é mantida em segredo a origem e a identidade dos progenitores do adotado, isto em conformidade com a tendência dos demais países da América Latina.

Na nossa vizinha Espanha o instituto da adoção visa também uma plena integração do adotado numa família, sendo o interesse da criança o prevalecente sobre os que demais possam ter lugar no processo de adoção, sendo a adoção propriamente dita antecedida de um procedimento denominado *acogimento familiar preadoptivo*.

Para adotar em Espanha, os adotantes têm de ter mais de vinte e cinco anos e, sendo casados ou unidos de facto, terem uma relação estável de dois anos consecutivos. Além disso, é necessário que a diferença de idades entre o adotante e o adotado não exceda os quarenta anos e, obviamente, que a sua pretensão se funde em motivos adequados.

O regime legal da adoção nos Estados Unidos da América, atualmente assente na denominada Adoption and Safe Families Act (ASFA), merece também uma breve análise.

Com a referida Lei Federal da Adoção e das Famílias Seguras pretendeu-se estabelecer determinados resultados, entre os quais, se destacam⁶⁶: a necessidade de os organismos estaduais desenvolverem esforços apenas razoáveis para preservar a relação com a família de origem e até onde tal não coloque em causa a segurança e a saúde da criança; caso tais esforços não se mostrem conclusivos e, ou, se apure que não é possível o regresso da criança ao seio familiar, devem ser desenvolvidos esforços, mas no sentido de promover a adoção e de assegurar um novo meio familiar para a criança.

A definição da situação futura da criança deve ser feita em audiência a realizar no prazo máximo de doze meses, salvo se, antes disso, se concluir que a manutenção ou o regresso da criança à família de origem não garante a segurança e a saúde da criança, caso em que aquela audiência se deverá realizar num prazo máximo de trinta dias após tal constatação.

Na Federação Russa, a adoção rege-se pela Resolução Governamental publicada no dia 13 de Abril de 2000 no Diário Oficial do Governo. De acordo com tal instrumento legislativo, podem ser adotados os menores de idade cujo progenitor, ou progenitores, tenham falecido, sejam desconhecidos, declarados ausentes ou tenham sido judicialmente declarados incapazes. Além disso, os filhos de pais que tenham sido objeto de

⁶⁵ Neste sentido, cfr. MÓNACO, Gustavo Ferraz de Carvalho; ob. cit..

⁶⁶ PEDROSO, João; GOMES, Conceição (coord.), *A adoção: os bloqueios de um processo administrativo e jurídico complexo*. Coimbra: Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, Centro de Estudos Sociais, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 2002.

procedimentos visando a inibição do exercício do poder paternal também podem ser encaminhados para adoção.

No que se refere aos requisitos atinentes à capacidade dos adotantes cabe salientar que a adoção está vedada aos incapazes, aos que tenham sido judicialmente inibidos do exercício do poder paternal, àqueles que tenham violado os deveres legais inerentes ao exercício de uma tutela, bem como aos antigos adotantes cuja adoção tenha sido anulada judicialmente com fundamento em culpa dos próprios.

Já na República Popular da China apenas se admite, atualmente, a adoção por candidatos que não tenham filhos, salvo no caso de o adotando ser órfão, deficiente ou ter sido abandonado pelos pais, caso em que não é aplicável a referida restrição.

Nos termos da Lei de Adoção de 29 de Dezembro de 1991, posteriormente alterada pela Resolução da Assembleia Nacional de 4 de Novembro de 1998, é exigível ao adotante a comprovação de que não padece de doenças que se mostrem inadequadas à adoção de crianças e que, sendo maior de trinta anos de idade, tem capacidade para educar e sustentar uma criança. Os adotados, por seu turno, devem ser menores de catorze anos.

No caso de adoção singular, o candidato que pretenda constituir uma família monoparental terá também de apresentar um certificado negativo de homossexualidade.

VIII.4 – Conclusão:

Deste breve apanhado histórico da prática da adoção ao longo dos séculos podemos extrair diversas conclusões sobre os fundamentos sociológicos da adoção e respetivas motivações.

Assim, se no direito romano e demais sistemas jurídicos mais antigos a adoção visava, sobretudo, satisfazer interesses de variada ordem do adotante, a partir do século vinte foram os interesses do adotado que passaram a constituir a principal motivação do instituto.

Efetivamente, nos antigos direitos, como assinalámos, com a adoção visava-se perpetuar determinadas práticas religiosas ou espirituais, prolongar a existência de determinado nome de família, atingir objetivos económicos e, por vezes, até preencher certo desiderato político.

O instituto da adoção era, pois, encarado como um meio meramente instrumental de alcançar um particular resultado que preenchesse um interesse egoístico do próprio adotante. A satisfação de qualquer necessidade do adotado era relegada para segundo plano ou não era mesma considerada.

Todavia, a partir do século vinte e em consequência da Primeira Grande Guerra Mundial, a situação de milhares de órfãos e deslocados faz transferir para um plano altruísta as motivações sociais e jurídicas em que o instituto da adoção se vai basear.

O ponto fundamental do vínculo adotivo deixa de ser o interesse do adotante para passar a ser o interesse e a necessidade do adotado em ser incluído em determinado meio familiar, o que vai determinar uma particular atenção às capacidades e características dos adotantes em detrimento das motivações que subjazem à decisão destes em adotar.

Nessa medida e como corolário lógico desta alteração de paradigma, a maioria das legislações passou a impor a intervenção judicial para a constituição do vínculo adotivo. De facto, o contrato livre e esclarecido próprio do direito romano e do iluminismo deixa de ser um instrumento jurídico capaz de possibilitar a constituição do vínculo adotivo, reservando-se essa importante função para a sentença judicial, face à necessidade de avaliar, de modo objetivo e independente, o interesse do adotado em ver constituído o novo vínculo.

A importância deste novo elemento, ao mesmo tempo legitimador e impositivo, é destacada por Rabindranath Capelo de Sousa⁶⁷ que alude à adoção como *um verdadeiro milagre da Justiça* e ao facto de a adoção aportar ao direito uma nova dimensão que o alavanca à satisfação de outras finalidades que superam em muito as meras exigências de justiça e segurança e que vão imbricar, como expressamente refere aquele autor, com a problemática do amor humano ou, como hodiernamente se refere, com os afetos.

⁶⁷ *Ob. cit.*, p.33.

IX. – O Regime Jurídico da Adoção.

IX.1 – Requisitos gerais.

Os normativos que regem o instituto da adoção nacional estão basicamente reunidos no Código Civil e na Regime Jurídico do Processo de Adoção, aprovado pela Lei n.º 143/2015, de 8 de Setembro (que revogou os artigos 28.º e 29.º do Decreto-Lei n.º 185/93, de 22 de Maio, sucessivamente alterado pelo Decreto-Lei n.º 120/98, de 8 de Maio, e pelas Leis n.º 31/2003, de 20 de Agosto, e n.º 28/2007, de 2 de Agosto).

Como já supra explanámos, o ordenamento jurídico nacional previa, até à entrada em vigor da Lei n.º 143/2015, de 8 de Setembro, duas espécies de adoção (a adoção plena e a adoção estrita), sendo que, atualmente, existe apenas uma única modalidade de adoção, que corresponde à anteriormente designada como adoção plena.

O vínculo adotivo apenas pode ser constituído por decisão judicial, o que facilmente se antolha da leitura do artigo 1973.º do Código Civil.

Por outro lado, há a destacar a norma do artigo 1974.º do Código Civil que exige verificação de um elemento teleológico de grande importância, bem como, de um elemento volitivo-intencional que radica na concreta motivação que subjaz à decisão de adotar.

Quanto ao primeiro, a lei esclarece que a adoção tem por finalidade única a realização do superior interesse da criança e só pode ser decretada se e quando apresentar reais vantagens para o adotando.

Embora tal não resulte expressamente do texto legal, essas vantagens poderão ser de vária índole, quer pessoal, quer patrimonial, embora seja de conferir, em caso de dúvida ou eventual conflito, inequívoca prevalência aos benefícios de cariz afetivo, pessoal e espiritual porquanto são esses os que de forma mais imediata e evidente logram preencher e materializar uma relação vinculativa semelhante à da filiação.

Com efeito, é apodítico que sem afeto e verdadeiro amor não é possível surpreender, nem prognosticar a possibilidade de, com a constituição de uma adoção, ser estabelecido vínculo em tudo semelhante ao da filiação.

As vantagens de cariz patrimonial deverão, portanto, ser ponderadas apenas de modo secundário e minimalista, sob pena de a adoção se tornar apenas privilégio dos mais abastados e de a mesma, as mais das vezes, não lograr atingir o verdadeiro desiderato da sua previsão legal.

Todavia, o preenchimento deste conceito indeterminado há de regular-se por juízos de oportunidade, que não meramente legais e formais, por forma a que o julgador logre, apreciadas cautelosamente todas as circunstâncias, concluir com segurança que a situação concreta da criança é mais vantajosa no caso de ser decretada a adoção do que no caso de não ser.

Como é evidente, nesse juízo de oportunidade hão de interceder parâmetros de avaliação objetiva, facilmente compreensíveis pela comunidade jurídica, mas sobretudo pela sociedade civil, e que sejam

suscetíveis de um controlo democrático e participativo, não só pela instância judicial superior, mas por todos quantos tenham intervenção no processo (controlo interno) e até por qualquer cidadão anónimo (controlo exógeno).

A estruturação argumentativa de uma decisão judicial desta índole é, obviamente, um ato comunicacional de importância decisiva e a sua qualidade e racionalidade permitem conferir-lhe determinados resultados esperados e sociologicamente exigidos: por um lado, a compreensão dos destinatários, por outro a aceitação da comunidade, pela bondade convincente das suas razões.

No fundo, é o que J. Bentham⁶⁸ sintetiza de forma magistral: *good decisions are such decisions for which reasons can be given.*

As boas razões da decisão judicial serão então aquelas que possam sustentar uma motivação idónea a demonstrar que a decisão é justificada: o juiz deve justificar a justiça da decisão por forma a que a mesma possa ser sujeita ao controlo difuso e democrático do povo.

Todavia, nestas matérias que contendem com os sentimentos e os afetos das pessoas e com preconceitos vários, como noutras, nem sempre o julgador está devidamente apetrechado dos conhecimentos e das ferramentas necessárias à tomada de decisões fraturantes cujas consequências perdurarão por toda uma vida de uma criança.

Daí a imperiosa necessidade de implementação da obrigatoriedade de formação contínua e multidisciplinar dos magistrados judiciais e dos magistrados do Ministério Público no âmbito destas matérias do direito das crianças e jovens e das relações afetivas.

Imprescindível é também a identificação daqueles parâmetros objetivos motivadores da conclusão judicial de que a adoção aporta reais vantagens para o adotando.

Como exemplos desses critérios objetivos podemos identificar diversas circunstâncias atinentes à concreta situação da criança: para a criança abandonada ou institucionalizada é normalmente vantajoso ser adotada; para a criança que sofreu maus-tratos continuados, violências e violações perpetradas pelos seus progenitores é normalmente vantajoso ser adotada; para a criança que é continuamente negligenciada pelos seus progenitores de forma a por em perigo efetivo a sua vida, ou a sua saúde, é normalmente vantajoso ser adotada; para a criança que não beneficia, por qualquer razão, de uma relação afetiva securizante com qualquer familiar próximo será, normalmente, vantajosa a adoção.

Daqui se pode concluir que a verificação do requisito das reais vantagens da adoção para o adotado é resultado, essencialmente, de um julgamento de facto assente em circunstâncias concretas, que não em meras conjeturas hipotéticas ou presunções abstratas.

⁶⁸ *Rational of Judicial Evidence*, New York, 1962, VI; p.365 e seguintes.

De tal conclusão ressalta a imperiosa necessidade de o candidato à adoção alegar factualidade suficiente que permita ao julgador, não obstante os seus poderes inquisitórios, extrair a verificação inequívoca das vantagens, para o adotando, da constituição do vínculo adotivo, sendo certo que esse juízo judicial *far-se-á através de fatores indiciários, sobre os quais possa assentar a fundada convicção de que a adoção terá efeitos favoráveis para o adotado*⁶⁹.

Não obstante, da nossa experiência judicial temos sido confrontados, várias vezes, com petições iniciais deficientemente elaboradas que se limitam a reproduzir as expressões utilizadas pelo legislador na redação dos normativos aplicáveis. Se tal é desculpável quando são os próprios candidatos a adotantes a subscrever tais articulados, já não é compreensível quando se trata de petições elaboradas por advogados.

Tais deficiências – a não serem supridas – poderão, eventualmente, comprometer o êxito da ação, face à impossibilidade de o julgador constatar, com suporte factual sobejo, que a pretendida adoção é realmente vantajosa para o adotando.

Já noutro plano, o artigo 1974.º do Código Civil elege como pressuposto necessário da constituição da relação adotiva que a mesma se funde em motivos legítimos.

A verificação concreta deste requisito contende claramente com a intenção e a motivação do candidato a adotante e deverá ser avaliada com base nas declarações deste, no procedimento que é feito ao abrigo do disposto no artigo 44.º do Regime Jurídico do Processo de Adoção (aprovado pela Lei n.º 143/2015, de 8 de Setembro) mas também considerando o seu comportamento e a sua atitude perante a criança a adotar (quando já a tenha à sua guarda) pois que destes particulares aspetos se poderão extrair as reais motivações inerentes à decisão de adotar.

Não serão motivos justos e legítimos e, nessa medida, constituirão obstáculo intransponível à constituição do vínculo adotivo todos os que se qualifiquem de cariz estritamente egoístico (desde logo porque tais motivações as mais das vezes contendem com a finalidade específica do instituto que é intrinsecamente altruísta do ponto de vista do adotante porquanto visa *prima facie* a satisfação do interesse da criança) e todos os que visem, ainda que de modo mediato, fins ilegais ou criminosos.

Quanto aos primeiros podemos incluir todos aqueles pelos quais os adotantes pretendam *resolver através da adoção o seu problema e não o das crianças*, na feliz expressão de Rabindranath Capelo de Sousa⁷⁰.

Todavia e como é óbvio, não se poderá incluir nesse caso todas as situações daqueles que se candidatam à adoção não tendo descendentes e desejando ter um filho porquanto esse desejo é, obviamente,

⁶⁹ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Quem são os “verdadeiros” pais? Adoção Plena de menor e oposição dos pais biológicos*; in SÁ, Eduardo [et al.], *Abandono e Adoção*, 3ª Edição, Coimbra: Almedina, 2008, p.130.

⁷⁰ *Ob. cit.*, p.127. O Autor refere serem contraindicadas as *adoções por um casal desunido que vê na criança um meio de evitar o divórcio, por casais idosos que pretendem substituir um filho morto ou que recebem a solidão, por complexados e frustrados em geral, pela mulher só, que quer adotar conduzida apenas pela sua profissão (enfermeiras, instrutoras ou assistentes sociais), por inibição amoroso-maternal e, claro, por snobismo ou por passatempo, por aqueles que através de exame médico se mostrem em estado de psicose ou neurose severas, bem como são de repudiar as motivações captativas, possessivas e egoístas.*

conatural à decisão de adotar. O que é mais relevante e decisivo é tentar apurar se esse desejo é sincero, responsável, consciente e assente também na consideração e aceitação de todos os sacrifícios que implica o cuidado diário de uma criança, pois que só nesse caso tal interesse pessoal pode ser visto também como sendo altruísta.

Aliás, a melhor doutrina vem entendendo – de modo absolutamente óbvio – que *o desejo de ter um filho, e portanto, a satisfação do interesse do adotante realiza simultaneamente o interesse do menor em ser amado e ter uma família. Há coincidência entre estes dois interesses tal como acontece, em regra, numa família biológica. (...) Entender-se que o desejo de ter um filho e o gostar de crianças não são motivos para adotar, é esquecer que é exatamente pelas mesmas razões que os casais têm filhos biológicos*⁷¹.

De outro prisma, são de considerar motivos ilegítimos todos os que prossigam intuítos fraudulentos com vista ao não pagamento de determinados impostos como, por exemplo, se alguém, querendo instituir determinado indivíduo como seu herdeiro, pretende adotá-lo apenas para evitar o pagamento do imposto de selo devido pela transmissão *mortis causa* dos seus bens⁷².

Do mesmo modo, é de qualificar como motivo ilegítimo, paralisante do decretamento da adoção, o que resulte de mero capricho, de uma aposta ou do resultado de jogos de sorte e azar.

Na panóplia de motivos relacionados com finalidades criminosas podem surpreender-se aquelas situações em que determinada pessoa pretende adotar com vista a, posteriormente, introduzir o adotado numa rede de pedofilia ou de tráfico de escravos ou até utilizá-lo como correio de droga.

Como é evidente, não será fácil identificar este tipo de situações no procedimento de avaliação e seleção de candidatura e, muito menos, no processo judicial de adoção propriamente dito, mas na realidade do mundo global atual tal hipótese não é meramente académica.

Por seu turno, são de considerar motivos justos e legítimos os que se relacionem com a impossibilidade biológica dos adotantes em procriarem ou os que resultem da necessidade do adotante em assegurar a existência de herdeiros legitimários.

A par destes – e quiçá mesmo ainda mais legítimos – são de considerar como motivos válidos para a adoção o simples desejo de fazer bem a uma criança ou a vontade de assumir uma responsabilidade social pelos mais carenciados ou por aqueles que sofreram maus-tratos ou foram abandonados⁷³.

O artigo 1974.º, n.º 1, do Código Civil prevê, ainda, como condição geral do decretamento da adoção um requisito negativo: o de que a adoção não envolva sacrifício injusto para os outros filhos do adotante.

⁷¹ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Quem são os “verdadeiros” pais? Adoção Plena de menor e oposição dos pais biológicos*; in SÁ, Eduardo [et al.], *Abandono e Adoção*, 3ª Edição, Coimbra: Almedina, 2008, p.132.

⁷² Cfr. COELHO, F. M. Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família – Volume II – Direito da Filiação – Tomo I*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p.271.

⁷³ Neste sentido, cfr. SOTTOMAYOR, Maria Clara, *A Adoção Singular nas Representações Sociais e no Direito*. In SÁ, Eduardo [et al.], *Abandono e Adoção*, 3ª Edição, Coimbra: Almedina, 2008, p.111 e 112.

Podem-se configurar situações várias em que a entrada do novo membro na família é causadora de custos intoleráveis para o outro filho do adotante. Será o caso, por exemplo, de o filho do adotante carecer de cuidados especiais e acompanhamento permanente e se demonstrar que a adoção de uma outra criança fará o adotante negligenciar, de modo grave e danoso, os cuidados devidos. Mas uma adoção também será injustamente sacrificante para o filho do adotante, em nosso modesto entendimento, quando se prove que a entrada do novo membro na família implicará o abandono escolar daquele para que, ingressando no mercado de trabalho, possa contribuir para o sustento e a educação do adotado.

Neste particular, cabe salientar que a letra da lei não distingue entre filhos biológicos e adotivos para efeitos da verificação deste requisito negativo da adoção. Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira admitem claramente que a expressão «filhos do adotante» abrange os filhos naturais, nascidos do casamento ou fora do casamento *ou, parece, filhos adotivos*⁷⁴.

No entanto, há quem defenda que tal requisito não abrange os filhos adotivos do candidato a nova adoção⁷⁵, posição com a qual não podemos concordar por claramente violadora do princípio da igualdade e do disposto no artigo 1986.º do Código Civil.

Efetivamente, nos termos deste normativo legal, a adoção tem como efeito a aquisição, pelo adotado, da situação de filho do adotante. Tal significa uma equiparação legal total do filho adotado ao filho biológico (salvo para efeitos de impedimentos matrimoniais e por óbvias razões) que não autoriza, no nosso entendimento, excluir os filhos adotados do âmbito de aplicação daquele requisito negativo.

Com a adoção, o adotado integra a família do adotado merecendo, por consequência, a mesma proteção de qualquer outro membro familiar com laços de consanguinidade, não procedendo qualquer discriminação entre filhos biológicos e adotivos para efeitos de facilitar novas adoções.

Por último, como requisito geral decisivo da adoção, avulta absoluta necessidade de que se possa prever de modo razoável, vir a estabelecer-se entre o adotando e o adotante um vínculo semelhante ao da filiação.

Trata-se de um requisito de importância fundamental pois que está intrinsecamente ligado à própria natureza do instituto da adoção que, tal como já supra referimos e decorre da noção legal vertida no artigo 1586.º do Código Civil, visa dar à criança adotanda novos protagonistas das respetivas responsabilidades parentais, no seu próprio interesse, em substituição dos pais biológicos.

O pressuposto legal da probabilidade razoável de se estabelecer um vínculo semelhante ao da filiação entre o adotando e o adotante é tributário do regime legal alemão, pois que no § 1741 do BGB se utiliza expressão semelhante.

⁷⁴ *Curso de Direito da Família – Volume II – Direito da Filiação – Tomo I*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p.272.

⁷⁵ RAMIÃO, Tomé d'Almeida, *A Adoção – Regime Jurídico Atual*, 2ª edição (revista e atualizada); Lisboa: Quid Iuris, 2007; p.26.

Naturalmente que tal juízo de prognose compete em última instância ao magistrado judicial titular do processo de adoção, sendo certo que *para analisar se um vínculo entre um adulto e uma criança é, ou não, semelhante ao da filiação importa averiguar o tempo que o adulto dedica à criança, os cuidados que lhe presta no dia-a-dia, o grau de desenvolvimento do menor, a relação afetiva entre ambos*⁶.

Todavia, tal pressuposto deve guiar todos quantos têm intervenção no processo de adoção, nomeadamente, o organismo da segurança social que, no estudo que é feito ao abrigo do disposto no artigo 44.º do Regime Jurídico do Processo de Adoção (aprovado pela Lei n.º 143/2015, de 8 de Setembro), deve fazer as observações, avaliações e demais diligências necessárias no sentido de recolher toda uma panóplia de elementos que permita estribar uma conclusão segura e fundamentada sobre a previsibilidade de se vir a estabelecer tal vínculo equiparável ao que decorre da filiação.

Assim, é uma vez mais importante avaliar o comportamento e a atitude do adotante perante a criança que já lhe esteja confiada, a sua capacidade comunicacional, a relação entabulada com o adotando, a empatia e a afetividade recíprocas, o tratamento dispensado ao adotando, a forma como o adotando encara o adotante, as práticas educativas do adotante e a forma como encara as dificuldades inerentes à condição de pai ou de mãe.

Por outro lado, é relevante indagar o modo como a criança se insere no novo agregado familiar, se trata os adotantes como pai e mãe e se assume o papel de verdadeiro filho, revelando afetividade e respeito por aqueles, procurando o seu amparo e a sua proteção em caso de insegurança, carência afetiva ou perante os receios próprios da idade.

A necessidade desta dupla ótica de análise resulta das características intrínsecas do próprio processo (aqui visto em sentido amplo) de adoção que se assemelha a um processo de enamoramento recíproco entre pais e filhos⁷⁷.

Tal avaliação deve basear-se, portanto, no exame cuidadoso da forma como decorreu o período de convivência do adotado com o candidato à adoção a que se refere o disposto no artigo 1974.º, n.º 2, do Código Civil. Trata-se de um período de experiência ou de regime de prova – que a doutrina alemã qualifica como *probezeit* – cujo resultado é, evidentemente, decisivo para o decretamento da adoção.

Muito embora a lei não defina especificamente a duração mínima desse período em que, antes de decretada a adoção, a criança deva estar aos cuidados dos candidatos à adoção, é de crer que tal período

⁷⁶ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Quem são os “verdadeiros” pais? Adoção Plena de menor e oposição dos pais biológicos*; in SÁ, Eduardo [et al.], *Abandono e Adoção*, 3ª Edição, Coimbra: Almedina, 2008, p.132.

⁷⁷ MATEUS, Gabriela; RELVAS, Maria Paula, *Adoção e Parentalidade*, in *Novas Formas de Família*, apud SOTTOMAYOR, Maria Clara, *A Adoção Singular nas Representações Sociais e no Direito*. In SÁ, Eduardo [et al.], *Abandono e Adoção*, 3ª Edição, Coimbra: Almedina, 2008, p.116.

não deve ser nunca superior a seis meses, salvo no caso do adotando ser filho do cônjuge (ou unido de facto) do adotante em que tal prazo não deve ser superior a três meses (cfr. artigo 34.º, n.º 3, do Regime Jurídico do Processo de Adoção, aprovado pela Lei n.º 143/2015, de 8 de Setembro).

Com efeito, trata-se de um lapso de tempo razoável e que permite proceder à referida avaliação de modo minimamente seguro, sendo certo que, por outro lado, constitui critério utilizado pelo legislador noutras situações de avaliação semelhante, como é o caso do disposto na parte final da alínea e). do n.º 1 do artigo 1978.º do Código Civil, nos termos do qual, para avaliação do comprometimento ou da inexistência dos vínculos afetivos próprios da avaliação, se fixa em três meses, contados *para trás, a partir da data do pedido de confiança*⁷⁸, o período durante o qual o Tribunal poderá e deverá ajuizar o comportamento dos progenitores biológicos e a relação entre estes e a criança.

Ora, tal lapso temporal, sendo suficiente para que o julgador aquilate da inexistência ou do comprometimento dos vínculos afetivos próprios da filiação, deve também ser considerado como sendo o período minimamente suficiente para proceder à avaliação de sentido contrário, isto é, para se averiguar sobre a probabilidade de se estabelecer, entre o adotando e o adotante, um vínculo de cariz semelhante ao filiativo.

Como é de linear clareza, está em causa o mesmo tipo de avaliação concreta, sendo o recurso ao caso paralelo previsto na alínea e). do n.º 1 do artigo 1978.º do Código Civil um modo perfeitamente legítimo de densificar o conceito indeterminado utilizado pelo legislador (“prazo suficiente”).

Neste quadro de previsibilidade razoável de estabelecimento de um vínculo semelhante ao que decorre da filiação surgem, por vezes, dificuldades acrescidas em situações em que o adotante tem já laços de consanguinidade com o adotado.

Cabe salientar, ao contrário do que o senso comum poderia inculcar, que a lei nacional não proíbe a adoção por avós, tios ou até irmãos biológicos do adotando pois que não existe qualquer normativo que faça referência a restrições na capacidade de adotar por virtude da existência de parentesco com o adotando, nem tal restrição se pode retirar da necessidade de essas pessoas consentirem, em determinadas situações, na adoção (cfr. artigo 1981.º, n.º 3, do Código Civil) ou serem obrigatoriamente ouvidas para o efeito (cfr. artigo 1984.º, alínea b)., do Código Civil).

De resto, a primitiva versão do Código Civil ia ao ponto de permitir e até incentivar (pois que prescindia, em relação a qualquer dos adotantes, do limite mínimo da idade superior a trinta e cinco anos) a adoção de filhos ilegítimos por parte dos próprios pais biológicos.

É manifesto, em suma, que os avós, os tios, os irmãos ou os primos podem adotar o seu neto, o seu sobrinho, o seu irmão ou o seu primo desde que, verificados os demais requisitos, se possa prever, com

⁷⁸ Assim, COELHO, F. M. Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de, *ob. cit.*, p.279.

razoável probabilidade, a possibilidade de se estabelecer, no caso concreto, uma relação semelhante à que normalmente existe entre pai e filho.

Neste sentido, veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 25 de Janeiro de 2007⁷⁹ onde, na interpretação que julgamos mais adequada face ao regime jurídico vigente entre nós, se escreveu que: *no artigo 1978.º prevêem-se situações em que o Estado intervém no seio da organização familiar, e em que o princípio da prevalência da família biológica cede perante o interesse da criança e o direito desta em ter uma (nova/verdadeira) família. O n.º.4 da aludida disposição legal espelha, a nosso ver, a defesa de um dos interesses em confronto nas normas que regulam a matéria de adoção: o interesse da família de sangue. Sendo assim, o que decorre do citado normativo é que, estando a criança a viver com ascendente colateral até ao 3º grau ou tutor e a seu cargo, não é admissível o decretamento da adotabilidade da mesma, a não ser que aqueles familiares ou tutor coloquem em perigo, de forma grave, a segurança, a saúde, a formação moral ou a educação da criança. Daí não deriva, por a lei não o dizer, que se o aludido familiar pretender adotar a criança tal não seja admissível. O alcance do art. 1978.º, n.º 4 não é o de proibir a adoção de uma criança por um tio mas sim proibir que a criança venha a ser adotada por um elemento estranho à família quando se encontre a viver com um parente próximo, sem o consentimento deste. Isso mesmo deriva do estatuído no art. 1981.º, n.º.2, do CC, onde se alude ao consentimento desse familiar. A problemática atinente à adoção de uma criança por um familiar próximo não se situa assim ao nível dos requisitos legais atinentes à confiança de uma criança com vista à sua adoção, a que alude o art. 1978.º, do CC, mas sim dos requisitos gerais previstos na lei para que seja decretada a adoção (art. 1974.º do CC). Com efeito, o decretamento da adoção depende de ser razoável supor que entre adotante e adotando se estabelecerá um vínculo semelhante ao da filiação. Este requisito compreende também um juízo de natureza ética acerca do estabelecimento de um vínculo adotivo. Como escreve Antunes Varela (in *Direito da Família*, 1º volume, 5ª edição pags. 120 a 122): “esse aspeto reveste um interesse não despreciando relativamente ao problema de saber se a adoção se pode estender aos parentes e até ao cônjuge do adotante. Poderá um avô adotar um neto? Poderá um dos cônjuges adotar o outro? Pode o irmão mais velho adotar o irmão mais novo? A resposta deve ser, em princípio negativa, quanto aos casos típicos de referidos, por não ser razoável o estabelecimento de uma relação de filiação entre pessoas ligadas pelo vínculo matrimonial (...) ou já unidas pelos laços de parentesco, seja na linha reta, seja no 2º grau da linha colateral, até pela perturbação que a adoção neste caso provocaria na definição e conteúdo das relações familiares. O neto que fosse adotado pelo avô, por exemplo, passaria a ser irmão do pai ou da mãe; a mulher, que o marido adotasse, seria irmã dos filhos que houvesse do casal; o irmão mais novo que fosse adotado pelo mais velho passaria a ser neto do pai e da mãe. Esta confusão de situações familiares, provocada*

⁷⁹ Publicado na *Coletânea de Jurisprudência*, Ano XXXII, Tomo I, Coimbra: Associação de Solidariedade Social “Casa do Juiz”, 2007, pp.246 e seguintes.

pela decisão judicial, bastará só por si, em regra, para que não possa considerar-se razoável a instituição do vínculo adotivo em semelhantes circunstâncias, tomando francamente condenável uma adoção” – vide ainda “Observatório da Justiça, Uma reforma da justiça civil – a adoção, pág.23). Note-se, porém, que as situações mais gritantes e que ofendem sentimentos éticos não abrangem as situações da adoção por um tio, se bem que, reconheça-se, algumas desvantagens poderão daí advir face à confusão de situações familiares (o pai biológico passa a tio e o tio passa a pai”.

Há, no entanto, que fazer uma dupla advertência.

Os argumentos expostos no sentido de afastar a possibilidade de adoção por familiares, embora impressionem, não se mostram igualmente ponderosos nos casos de os pais biológicos terem falecido ou terem abandonado, física e afetivamente a criança, nem tão pouco quando o adotante é único familiar vivo ou que tem contato com a criança, dela cuidando como se seu filho fosse.

De resto, tal como em qualquer outra adoção, quanto mais cedo for definida a situação da criança e quanto menos idade esta tiver, mais fácil é de se estabelecerem laços de afeto semelhantes aos que decorrem da filiação natural. Ou seja, se o tio ou o avô se apresentam perante a criança como as suas figuras de referência, assumindo o papel, o afeto e os cuidados de verdadeiros pais (tendo também a criança adotado aqueles como tais), não se vê como se possa negar a adoção posto que ela é do interesse da criança.

A segunda advertência é relativa à menção do aresto que vimos de citar quanto à pretensa defesa do interesse da família de sangue.

Com efeito e salvo o devido respeito, não é esse o interesse primordial que subjaz à referida norma, mas apenas e tão só o próprio interesse da criança em ver respeitada a continuidade das suas relações afetivo-emocionais e psicológicas e o seu direito a ter uma família (a biológica ou uma substitutiva daquela).

Ao demais, não se poderá olvidar que uma das traves mestras do atual regime da adoção é materializada no princípio do primado da continuidade das relações psicológicas profundas, segundo o qual, a intervenção deve respeitar o direito da criança à preservação das relações afetivas estruturantes de grande significado e de referência para o seu saudável e harmónico desenvolvimento, devendo prevalecer as medidas que garantam a continuidade de uma vinculação securizante – cfr. artigo 3.º, alínea f)., do Regime Jurídico do Processo de Adoção, aprovado pela Lei 143/2015, de 8 de Setembro.

De resto, tal não colide com o facto de na promoção de direitos e na proteção da criança e do jovem dever ser dada prevalência às medidas de integração familiar ou que promovam a adoção - cfr. artigo 4.º, alíneas a)., g). e f). da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, na redação introduzida pela Lei n.º 142/2015, de 8 de Setembro.

Este princípio da prevalência da família impõe que, em qualquer decisão, seja dada preferência às medidas que, no superior interesse da criança, promovam a sua integração na família biológica (restrita ou alargada), numa família adotiva ou numa qualquer outra forma de família estável.

Tal princípio legal mais não é que a consagração legislativa dos preceitos plasmados nos artigos 9º e 20.º da Convenção sobre os Direitos da Criança e dos próprios ditames constitucionais, maxime, do disposto no artigo 67.º, n.º 1, da Lei Fundamental onde se considera a família como elemento fundamental da sociedade, mas sem vinculação a um modelo previamente definido.

Destarte, é manifesto que no concreto conteúdo daquele princípio da prevalência da família se descortina, sem esforço e de acordo com uma interpretação literal e também sistemática, uma completa equiparação entre a família biológica e a família adotiva.

Assim sendo, não é a prevalência dos laços de sangue que *de per se* justifica a solução legal, mas apenas a prevalência (dos vínculos afetivos decorrentes) da família na qual a criança está inserida que, sendo estruturada e garantindo as condições para um adequado amparo e desenvolvimento daquela, não deve dar lugar, por desnecessidade e por tal ser totalmente contrário ao interesse da criança, a qualquer outra forma de família substitutiva.

IX.2 Requisitos específicos:

Sendo a adoção singular, pode adotar, nos termos do disposto no artigo 1979º do Código Civil, quem tiver mais de trinta anos (ou vinte cinco anos, no caso do adotado ser filho do seu cônjuge), mas não mais de sessenta anos. Contudo, se o adotado for filho do cônjuge não se aplica esse limite máximo de idade, como resulta do disposto no n.º 5 daquele artigo 1979.º do Código Civil⁸⁰.

Já no caso de adoção conjunta, só podem adotar duas pessoas casadas, não separadas judicialmente de pessoas e bens, nem separadas de facto, há mais de quatro anos, desde que ambas tenham mais de vinte e cinco anos de idade, mas não mais de sessenta anos idade.

Nos termos do disposto no artigo 7.º da Lei de 7/2001, de 11 de Maio, que adotou medidas de proteção à união de facto, *é reconhecido às pessoas de sexo diferente que vivam em união de facto nos termos da presente lei o direito de adoção em condições análogas às previstas no art.º 1979.º do Código Civil, sem prejuízo das disposições legais respeitantes à adoção por pessoas não casadas.*

Assim sendo e para efeitos de adoção, a lei estendeu aos unidos de facto há mais de dois anos os requisitos pessoais relativos aos adotantes unidos pelo matrimónio. Tudo se passa, em consequência e para

⁸⁰ Cfr., neste sentido, COELHO, F. M. Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de, *ob. cit.*, p.294 e o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 27 de Novembro de 1997 (publicado na *Coletânea de Jurisprudência, Ano XXII, Tomo V*, Coimbra: Associação de Solidariedade Social “Casa do Juiz”, 1997, p.272).

efeitos da constituição de uma adoção, como se os unidos de facto sejam casados no sentido de lhes serem aplicáveis os requisitos exigidos para o caso de adoção conjunta por pessoas casadas.

Destarte, há que acautelar o preenchimento rigoroso dos pressupostos da adoção conjunta mesmo no caso de um pedido singular de adoção sucessiva, isto é, quando haja apenas um(a) adotante, tendo o adotando sido já adotado singularmente por outrem que é companheiro do(a) adotante.

Senão vejamos.

Dispõe o artigo 1975º/1 do Código Civil que *enquanto subsistir uma adoção não pode constituir-se outra quanto ao mesmo adotado, exceto se os adotantes forem casados um com o outro*. E, face à supra referida equiparação legal, diremos nós, exceto se os adotantes forem unidos de facto e de sexo diferente. Pode-se ver, aqui, uma segunda adoção, embora com carácter complementar ou integrador da primeira, pois que aberta apenas ao cônjuge (ou companheiro) do primitivo adotante.

A *ratio legis* deste normativo é bem compreensível pois que *se a adoção é uma réplica da filiação, se ao criar o vínculo jurídico entre adotante e adotado a lei pretende imitar a relação natural da filiação (...), tal como a criança só possui um pai e uma mãe, não se compreenderia que ela, falhada a relação paterno-filial, tivesse mais de um adotante, a não ser que os dois fossem marido e mulher – caso em que o ambiente familiar que se pretende propiciar à criança desgarrada pode ser o mais favorável possível para a sua educação e a sua preparação integral para a vida*⁸¹.

Por assim ser, é que se vem defendendo que a exigência de quatro anos de duração de casamento (erigida em nome do valor da estabilidade do casal) é aplicável tanto ao caso de adoção conjunta, como no caso de adoção singular sucessiva, isto é quando duas pessoas (casadas ou unidas de facto) adotem o mesmo menor em momentos diferentes, dado que se impõem *as mesmas razões que da estabilidade matrimonial que justificam a exigência quanto à duração do casamento no artº. 1979.º, n.º 1, do Código Civil*⁸².

Com efeito, como bem destaca Pereira Coelho não faria sentido *que os cônjuges pudessem obter em duas adoções sucessivas, de um e do outro, que o artº. 1795.º lhes permitiria fazer, o que não teriam podido conseguir através de uma adoção conjunta por falta do requisito de duração do casamento expresso no n.º.1 do artº. 1979.º do Código Civil*⁸³.

Efetivamente, proibindo a lei a adoção conjunta sem que o casamento tenha durado quatro anos, mal se entendia que os cônjuges pudessem torner a proibição legal – cujo fim último é a salvaguarda do interesse

⁸¹ LIMA, Pires de; VARELA, Antunes, *ob. cit.*, p.512.

⁸² SOUSA, Miguel Teixeira de; *Direito da Família*, Lisboa: A.A.F.D.L, 1990/91, p.424.

⁸³ *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Coimbra: Coimbra Editora, n.º.3707, p.320.

da criança em beneficiar de um meio familiar estável e securizante – através de duas adoções singulares sucessivamente intentadas⁸⁴.

Questão diversa (e que se discutia já antes da aprovação da Lei n.º 143/2015, de 8 de Setembro), é a de saber se o período de união de facto é acumulável com o período de duração do matrimónio dos adotantes, quando o casamento entre os adotantes suceda a um período de convivência qualificável como sendo de união de facto.

A hipótese em causa é a seguinte: imagine-se que duas pessoas de sexo diferente vivem em união de facto durante um ano e depois celebram um casamento, cuja duração se prolonga por três anos, findos os quais se apresentam a requerer uma adoção plena.

Ora, considerando que o fundamento legal da referida exigência é a demonstração inequívoca de que os adotantes mantêm uma ligação afetiva estável e minimamente duradoura, capaz de garantir à criança adotada um ambiente familiar securizante, firme e pleno de afeto, é bom de ver que não seria compreensível impedir o reconhecimento da adoção numa situação destas⁸⁵.

Com efeito, a circunstância de a ligação de facto dos adotantes ter desembocado num casamento permite sustentar, sem qualquer esforço, a conclusão de que esse relacionamento se reforçou ou, pelo menos, se mantém de modo estável, tal como se manteria no caso de a união de facto se manter por igual período.

Se à lei interessa primordialmente a duração da ligação afetiva – posto que tal duração, presume-se, indicia a estabilidade duradoura dessa ligação afetiva – sempre entendemos ser irrelevante a veste em que se apresenta, perante a lei, tal ligação, dada a equiparação total, para efeitos de capacidade adotiva, entre a união de facto e o casamento que decorre do disposto no artigo 7.º da Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio.

De resto, tal entendimento resulta agora expresso no disposto no n.º 6 do artigo 1979.º do Código Civil, tendo o legislador consagrado expressamente tal solução ao estipular que *releva para efeito da contagem do prazo do n.º 1 o tempo de vivência em união de facto, imediatamente anterior à celebração do casamento*.

Em suma, poderão adotar plenamente duas pessoas casadas entre si há menos de quatro anos desde que, porém, tenham vivido em união de facto por período temporal que, somado ao do casamento, totalize um mínimo de quatro anos consecutivos de ligação afetiva em comunhão de mesa, leito e habitação.

Além do mais e de acordo com os n.ºs. 3 e 4 daquele artigo 1979.º do Código Civil, no caso de os adotantes terem idade igual ou superior a cinquenta anos, a diferença de idades entre os adotantes e o adotado não poderá ser superior a cinquenta anos (exceto no caso do adotado ser filho do cônjuge do adotante), salvo quando, de modo excepcional, motivos ponderosos o justifiquem, fornecendo a lei uma situação

⁸⁴ Cfr., neste sentido, COELHO, F. M. Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de, *ob. cit.*, p.295; LIMA, Pires de; VARELA, Antunes, *ob. cit.*, p.522 e SÁ GOMES, Rui José Simões Bayão de, *Temas de Direito da Filiação - O Novo Regime da Adoção (Relatório de Mestrado sob a coordenação do Prof. Doutor Miguel Teixeira de Sousa)*; Lisboa: A.A.F.D.L., 1994, p.108.

⁸⁵ Cfr., neste sentido, RAMIÃO, Tomé d'Almeida, *ob. cit.*; p.39.

exemplificativa dessa causa excepcionante: no caso de adoção de irmãos quando em relação a um, ou mais, dos adotados se verifique uma diferença de idades superior àquela.

Assim, se os adotantes têm cinquenta e sete anos não podem adotar uma criança de dois anos, mas já o poderão fazer se adotarem também um irmão daquela, com oito ou mais anos de idade⁸⁶.

Avulta nesta solução legal uma clara concretização do interesse da criança, favorecendo a adoção, pelo(s) mesmo(s) adotante(s), de fratrias, evitando, assim, o trauma de mais uma desvinculação e a separação dos irmãos, promovendo, do mesmo passo, uma mais fácil integração da criança no novo seio familiar.

Aliás, na melhor jurisprudência dos tribunais nacionais (e não só em sede de procedimentos relacionados com a adoção) sempre foi tido em consideração *o princípio da não separação dos irmãos, devido ao especial espírito de solidariedade e amizade desenvolvido entre estes, sobretudo, quando enfrentam dificuldades, solidão e abandono parental*⁸⁷.

A capacidade para adotar não se basta, porém, com o patamar de determinada idade, exigindo, outrossim, que o adotante tenha visto a sua candidatura avaliada e previamente aprovada pelo organismo da segurança social competente – cfr. artigo 53.º, n.º 2, do Regime Jurídico do Processo de Adoção, aprovado pela Lei n.º 143/2015, de 8 de Setembro.

IX.3 O consentimento.

Do lado dos requisitos atinentes à pessoa do adotado, o disposto no artigo 1980.º do Código Civil apenas permite a adoção de crianças confiadas aos adotantes, administrativamente ou mediante medida de promoção e proteção de confiança com vista a futura adoção, salvo no caso dos filhos do cônjuge do adotante, e desde que tenham idade inferior a quinze anos à data de entrada em tribunal do requerimento de adoção.

No entanto, não há obstáculo à constituição do vínculo adotivo no caso do adotando ter idade superior, mas sempre inferior a dezoito, desde que tenha sido confiado aos adotantes, ou a um deles, em data anterior àquela em que completou os quinze anos.

Todavia, também a aqui, a adotabilidade não se basta com a não ultrapassagem de um determinado limite máximo idade, exigindo, outrossim, que o adotando haja previamente sido confiado ao adotante, quer por via da confiança administrativa, quer por via da medida de confiança com vista a futura adoção – cfr. artigo 1979.º, n.º 3, do Código Civil e artigo 34.º, n.º 1, do Regime Jurídico do Processo de Adoção.

Destarte, a confiança da criança ao adotante surge como um requisito essencial da constituição do vínculo adotivo, o que bem se compreende face à necessidade, como vimos, de avaliar da previsibilidade da constituição efetiva de um vínculo semelhante ao da filiação, mas também à imprescindível exigência de um

⁸⁶ Assim, COELHO, F. M. Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de, *ob. cit.*, p.294.

⁸⁷ Assim, SOTTOMAYOR, Maria Clara, *A nova lei da adoção*, in Direito e Justiça, vol. XVIII, tomo II; Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 2004, p.250.

real controlo jurídico da situação de facto da criança e do modo pelo qual o candidato à adoção assume a guarda do adotando.

Podemos, portanto, assentar que a confiança do adotando ao adotante é um dos momentos mais cruciais do processo de adoção em sentido lato, sem o qual, de resto, a efetiva constituição do vínculo adotivo pode ficar irremediavelmente comprometida.

Isso mesmo resultava já do disposto no artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 185/93, de 22 de Maio, na redação que lhe foi introduzida pela Lei n.º 31/2003, de 22 de Agosto (entretanto revogados pela Lei 143/2015, de 8 de Setembro) quando se acentuava, restritivamente, que *o candidato a adotante só pode tomar o menor a seu cargo, com vista a futura adoção, mediante confiança administrativa, confiança judicial ou medida de promoção e proteção de confiança a pessoa selecionada para adoção.*

Neste particular, porém, há que ressaltar o caso de o candidato a adotante ser o cônjuge do progenitor do adotando, situação em que se dispensa a confiança da criança ou jovem, embora seja sempre necessário comunicar aos serviços competentes a intenção de adotar, com vista a que se inicie o período de pré-adoção (cfr. artigo 34.º, n.º 3, do Regime Jurídico do Processo de Adoção, aprovado pela Lei n.º 143/2015, de 8 de Setembro)⁸⁸.

Não menos importante – e intrinsecamente ligada à confiança – é a exigência de consentimento dos pais biológicos ou, na falta destes e em determinadas situações, dos ascendentes (avós) ou colaterais até ao terceiro grau (tios e irmãos) e do tutor que tenha a criança a seu cargo e com ela viva.

Todavia, em muitos casos, a confiança judicial visa, precisamente, suprir a falta de consentimento dos progenitores ou daqueles familiares quando o superior interesse da criança assim o exija, como claramente se extrai da interpretação conjugada do disposto nos n.ºs. 1, alínea c)., e 2 do artigo 1981.º do Código Civil e do disposto no artigo 1978.º, n.º 1, do Código Civil.

Efetivamente, desses normativos resulta claro que, em regra e para a constituição do vínculo adotivo, é necessária a obtenção do consentimento dos pais biológicos do adotando, ainda que menores de idade e mesmo que não exerçam as responsabilidades parentais.

No entanto, excecionalmente, a lei permite que a adoção se constitua sem a obtenção de tal consentimento por razões de incapacidade ou ausência (cfr. artigo 1981.º, n.º 3, alínea a)., do Código Civil) dos pais biológicos ou por motivos relacionados com comportamentos indignos ou com a falta de cumprimento das responsabilidades parentais dos pais biológicos, nomeadamente, quando tenha sido proferida sentença de

⁸⁸ Cfr., neste sentido (ainda no domínio da vigência do Decreto-Lei n.º 185/93, de 22 de Maio), o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 1 de Junho de 2000 (publicado na *Coletânea de Jurisprudência, Ano XXV, Tomo III*, Coimbra: Associação de Solidariedade Social “Casa do Juiz”, 2000, p.108 e seguinte) onde se considerou indispensável ao prosseguimento do processo judicial de adoção do filho do cônjuge do candidato a adotante a comprovação documental da comunicação da respetiva candidatura à Segurança Social, mas desnecessária a prévia confiança do adotando ao referido candidato. Consideramos ser esta a melhor interpretação da lei.

inibição do exercício das responsabilidades parentais (cfr. artigos 1913.º e 1981.º, n.º 3, alínea c). do C. Civil) ou dos ascendentes ou colaterais até ao terceiro grau e do tutor que tenha a criança a seu cargo (cfr. artigo 1981.º, n.º 2, do Código Civil e 1978.º, n.º 1, do mesmo diploma).

A dispensa do consentimento nesses casos é uma clara manifestação da prevalência do superior interesse da criança sobre o interesse dos pais na manutenção da ligação biológica porquanto, como refere Margarida Porto, *o interesse do menor vai para além do interesse dos pais: o menor pode ser adotado ainda que os pais não queiram, basta que o juiz esteja convicto de que o seu crescimento são e harmonioso no seio da família biológica não se verificará*⁸⁹.

Note-se, porém, que só o consentimento das pessoas supra referidas é dispensável nas mencionadas situações, não sendo suscetível de suprimento judicial o consentimento do próprio adotante e do adotando maior de doze anos, sendo certo que, a falta de obtenção do consentimento destes últimos pode servir de fundamento à revisão da sentença que decreta a adoção, como expressamente resulta do disposto no artigo 1990.º, n.º 1, alínea a)., do Código Civil.

O consentimento dos progenitores do adotando assoma-se como *uma das mais importantes manifestações de vontade, não só atendendo aos efeitos que desencadeia, mas também porque inúmeras vezes traduz um ato de coragem*⁹⁰ ou mesmo um ato de amor.

Com efeito, ao consentir na adoção do seu próprio filho, o pai ou a mãe do adotando está consciente da sua incapacidade afetiva e funcional para assumir, plenamente, as responsabilidades parentais inerentes.

Contudo, para muitos pais, é extremamente difícil alcançar esse estado de autoconsciencialização ou, quando o alcançam, mais doloroso é assumirem e exteriorizarem tal incapacidade, quer por sentimentos de culpa ou vergonha, quer em consequência de meros instintos de posse e propriedade sobre os filhos.

O aconselhamento e o acompanhamento destas situações são fundamentais.

Com efeito, é essencial que equipas interdisciplinares e especializadas operem no terreno por forma a trabalharem no sentido de lograr que os progenitores se consciencializem dessa sua incapacidade e possam, de modo responsável e esclarecido, decidir em benefício dos seus filhos, para bem destes, abrindo-lhes as portas à integração numa família estruturada e equilibrada onde alguém os possa amparar e dar-lhes o afeto a que têm inequívoco direito.

Aliás, trata-se de um imperativo que resulta, em matéria de adoção internacional, do artigo 4.º, alíneas i). e ii). da Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional quando estipula expressamente a obrigação de o Estado de origem garantir que as pessoas cujo

⁸⁹ *O Direito a uma família real – o relevo do consentimento dos pais biológicos na constituição da relação de adoção*, Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, vol. LXXX, 2004, p.867.

⁹⁰ LIMA, Maria Helena Salazar da Costa, *A adoção: a importância do consentimento na constituição da relação adotiva*, Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1996, p.100.

consentimento é necessário para a adoção sejam convenientemente aconselhadas e informadas sobre as consequências do seu consentimento, em especial no que tange à rutura dos vínculos com a criança que decorre da adoção.

O consentimento em sede de processo de adoção pode assumir uma de duas vestes: o denominado consentimento prévio e o consentimento no decurso do processo judicial de adoção.

Todavia, em qualquer dessas modalidades, o consentimento dos pais biológicos é configurado pela lei como um consentimento cego: incondicional, sem sujeição a termo e em branco.

Efetivamente, a prestação de consentimento *constitui uma simples declaração unilateral receptícia, visto ela não necessitar, para se aperfeiçoar, da adesão da vontade de quem quer que seja*, sendo certo que *à semelhança do que sucede com a generalidade das declarações unilaterais em matéria de direito da família (cfr., a título de exemplo, o disposto no artigo 1618.º, n.º 2), a prestação do consentimento não pode, por sua natureza (atentos os seus reflexos de interesse público e o seu carácter não negocial ou contratual), ser sujeita a qualquer termo ou condição*⁹¹.

Assim, quem presta o consentimento não pode condicionar a sua declaração de vontade a quaisquer circunstâncias, nomeada e exemplificativamente, a que o filho não seja adotado por homossexuais ou pessoas de raça diferente, a que a criança só seja adotada por casal que professe religião católica ou a que a criança seja adotada por pessoas cujo rendimento anual ultrapasse determinado quantitativo.

Por outro lado, esse consentimento também não pode estar limitado no tempo: não se admite o consentimento por um ano ou por dois anos, período pelo qual, imagine-se, os progenitores emigrarão para a Austrália.

Nestas situações o consentimento não pode, nem deve recebido pelo juiz e, caso seja, o mesmo deve ser considerado nulo, sendo fundamento sustentante de posterior pedido de revisão de sentença que decreta a adoção, em conformidade com o disposto no artigo 1990.º, n.º 1, alínea a)., do Código Civil.

Note-se que propendemos para entender que não é caso de nulidade da própria sentença que decreta a adoção, ao contrário do que defende parte da doutrina estrangeira e nacional⁹².

Com efeito, a sentença é um ato jurisdicional, pelo que a sua validade ou invalidade não depende das declarações dos intervenientes processuais, mas apenas de atos próprios do julgador e que são taxativamente catalogados no artigo 615.º, n.º 1, do Código de Processo Civil: falta de assinatura do juiz; falta de especificação dos fundamentos de facto e de direito que justificam a decisão; oposição dos fundamentos com a decisão propriamente dita ou ininteligibilidade decorrente de ambiguidade ou obscuridade; omissão de

⁹¹ LIMA, Pires de; VARELA, Antunes, *Ob. cit.*, p.530.

⁹² Sobre a questão veja-se CAPELO DE SOUSA, *ob. cit.*, p.83.

pronúncia sobre questões de que o juiz devesse conhecer ou excesso de pronúncia e condenação para além do pedido.

Efetivamente, o vínculo da adoção é constituído pela própria sentença que decreta a adoção, pois é só com esse ato jurisdicional que se produzem os efeitos da adoção.

Daqui se vê, portanto, que o facto de uma sentença que decretou uma adoção com base um consentimento que é nulo por oposição de termo ou condição não tem como consequência a nulidade daquela, podendo, quando muito, ser revogada em sede de recurso ordinário por violação, *inter alia*, do disposto nos artigos 1981.º do Código Civil e 54.º do Regime Jurídico do Processo de Adoção, aprovado pela Lei n.º 143/2015, de 8 de Setembro (sendo que este corresponde ao ora revogado artigo 170.º da Organização Tutelar de Menores) ou, depois de transitada, ser objeto de recurso de revisão como supra já defendemos.

A posição contrária, salvo melhor opinião, confunde o ato de adoção propriamente dito e a própria sentença que a constitui e parece ser rejeitada também por Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira quando referem que *decretada a adoção por sentença transitada em julgado, a lei não permite uma ação de declaração de nulidade ou anulação do ato de adoção, mas só a revisão da respetiva sentença; os fundamentos substantivos da revisão, porém, reportam-se ao ato de adoção, consistindo na falta ou nos vícios do consentimento do adotante ou de outros «consentimentos» requeridos para aquele ato*⁹³.

Como é de linear clareza, são razões de certeza e segurança jurídicas que impedem a oposição de aprazamentos e condições em sede de consentimento com vista à adoção e até mesmo razões de ordem pública⁹⁴, bem como, o facto de o vínculo adotivo ser, por força da lei, semelhante ao vínculo paterno-filial, sendo certo que, também neste, não há lugar a condições ou termos de qualquer espécie. Assim, tal como não se concebe que alguém apenas seja pai biológico se o seu filho vier a pertencer a determinada religião ou a certo clube de futebol, assim também não é concebível que alguém consinta na adoção tendo vista apenas determinadas hipóteses ou condicionantes incertas e não previsíveis.

É que as relações filiais (naturais ou emergentes da constituição do vínculo adotivo) são caracterizáveis como sendo relações duradoras, permanentes, imutáveis e de interesse e ordem pública. O terreno próprio para as estipulações condicionais e as sujeições a termos é o da autonomia privada e o da liberdade negocial onde as limitações de ordem pública são apenas genéricas e muito limitadas.

Em suma, *o consentimento para a adoção deve ser pessoal, isto é, não admite representação propriamente dita, e deve ter carácter simples e puro, não podendo, pois, ser sujeito a condições ou a termos*⁹⁵.

⁹³ *Ob. cit.*, p.312 e 313.

⁹⁴ Cfr., neste sentido, CAPELO DE SOUSA, *ob. cit.*, p.82.

⁹⁵ CAPELO DE SOUSA, *ob. cit.*, p.66.

Acresce ainda que o consentimento é sempre em branco, pois que o mesmo se presta independentemente da instauração do próprio processo de adoção como expressamente decorre do disposto no artigo 1982.º, n.º 2, do Código Civil e, por conseguinte, da pessoa do futuro adotante, não sendo necessária a identificação deste, de resto, como se previa expressamente na redação desse normativo que vigorava antes das alterações introduzidas pela Lei n.º 143/2015, de 8 de Setembro.

Aquele que presta o consentimento tem, pois, mera liberdade de possibilitar a constituição futura do vínculo adotivo, nada mais podendo declarar, regular ou exigir como contrapartida. Os efeitos da sua declaração de consentimento são imperativamente regulados na lei, não restando qualquer poder de conformação ao declarante, o que bem se compreende em face do interesse público que subjaz ao instituto da adoção.

O consentimento, em qualquer daquelas modalidades é, também, irrevogável, não podendo, por isso, ser retirado pelo declarante. Como já supra referimos, a impossibilidade de revogação do consentimento resultou da alteração legislativa decorrente da Lei n.º 31/2003, tendo em vista facilitar a constituição do vínculo adotivo e foi naturalmente mantida no artigo 1983.º do Código Civil, na redação introduzida pela Lei n.º 143/2015, de 8 de Setembro, que estipula agora que tal consentimento não está sujeito a caducidade.

Com efeito, a redação do artigo 1983.º do Código Civil que decorria da Lei n.º 31/2003, ora revogada, estabelecia um prazo de caducidade de três anos, findos os quais cessavam os efeitos da declaração de consentimento, caso não tivesse sido decretada a adoção, se a criança não tivesse sido confiada judicial ou administrativamente ou quando não lhe tivesse sido aplicada a medida de promoção e proteção de confiança a pessoa selecionada ou a instituição com vista a adoção.

Estamos perante uma alteração legislativa que visa, também aqui, promover a concretização efetiva da adoção em casos que, por qualquer motivo, se apresentem mais demorados, sem prejuízo, obviamente, de o Ministério Público dever promover outro encaminhamento para a criança caso não seja possível adotá-la ou confiá-la nesse prazo de três anos – cfr. o n.º 2 do artigo 1983.º do Código Civil.

Por outro lado, a lei exige que o consentimento *seja perfeito, ou seja, que exista uma certa concordância entre a vontade e a declaração, e seja livre, isto é, que seja produto de uma vontade esclarecida e formada com liberdade exterior*⁹⁶.

O consentimento pode ser prestado independentemente da existência efetiva de um processo de adoção e constituindo, nesse caso, um procedimento prévio ao processo de adoção propriamente dito, ao qual é depois apensado – cfr. artigo 35.º, n.º 5, do Regime Jurídico do Processo de Adoção.

O incidente do consentimento prévio tal como está atualmente previsto no artigo 35º do Regime Jurídico do Processo de Adoção, aprovado pela Lei n.º 143/2015, de 8 de Setembro (e, anteriormente, no

⁹⁶ *Ibidem*.

artigo 162.º da Organização Tutelar de Menores) não carece de especiais considerandos, sendo apenas de salientar o facto de o mesmo poder ser instaurado em qualquer tribunal com competência em matéria de família e menores (seja uma instância central, uma secção de competência genérica ou de competência cível da instância local), independentemente de qualquer conexão com o lugar da residência do menor ou da pessoa que presta o consentimento – cfr. artigo 30.º, n.º 3, do Regime Jurídico do Processo de Adoção.

Também aqui avulta claramente a intenção do legislador em facilitar a constituição do vínculo adotivo, agilizando procedimentos e removendo eventuais obstáculos que possam retardar ou impossibilitar a tomada do consentimento dos pais biológicos.

Relativamente à forma específica para a prestação do consentimento e configurando-se este como uma pura declaração verbal⁹⁷ prestada na presença do juiz, a prática judicial seguia o procedimento de submeter a declaração exarada em ata à subscrição pelo declarante, posto que nem o artigo 1982º do Código Civil, nem o artigo 162.º da Organização Tutelar de Menores regulavam tal matéria.

Com efeito, na vigência do ora revogado artigo 162.º da Organização Tutelar de Menores, os magistrados judiciais exigiam normalmente que o declarante assinasse a ata da diligência que continha as declarações da pessoa que prestava o consentimento, o que contribuía, naturalmente, para uma maior reflexão deste e o alerta, ainda mais, para a solenidade e as consequências do seu ato⁹⁸.

Acresce que tal exigência parecia também resultar do disposto no artigo 4.º, alínea ii)., da Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional onde se exige que o consentimento seja prestado *na forma legalmente prevista e que este consentimento tenha sido manifestado ou seja comprovado por escrito*.

Com a recente aprovação e entrada em vigor do Regime Jurídico do Processo de Adoção, aprovado pela Lei n.º 143/2015, de 8 de Setembro, foi tal solução expressamente acolhida no n.º 4 do artigo 35.º desse diploma aí se tendo estipulado que *da prestação de consentimento é lavrado auto assinado pelo próprio*.

Cabe, porém, salientar que não é absolutamente necessário que do auto constem as motivações do declarante para consentir na adoção, muito embora seja imprescindível que dele conste que o juiz deu cumprimento à parte final do n.º 1 do artigo 1982º do Código Civil, isto é, que elucidou e esclareceu o declarante acerca do significado, alcance e efeitos jurídicos do ato.

Efetivamente, o legislador não exige a prestação de um consentimento motivado, nem mesmo aos adotantes, devendo a avaliação das motivações de adotar ser avaliadas noutra sede, *maxime*, no plano dos

⁹⁷ LIMA, Pires de; VARELA, Antunes, *ob. cit.*, p.529.

⁹⁸ Como ensina MOTA PINTO, Carlos Alberto da, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª Edição Atualizada, Coimbra: Coimbra Editora, 1990, pp.430 e 431, o formalismo negocial apresenta várias vantagens por assegurar *uma mais elevada dose de reflexão das partes e permitir repensar o negócio e defender as partes contra a sua ligeireza ou precipitação*”, dando-lhes oportunidade de medirem a importância e os riscos do ato; além disso, *proporciona um mais elevado grau de certeza sobre a celebração do negócio e os seus termos*.

requisitos gerais da adoção, no que tange ao segmento já supra analisado da necessidade de a adoção se fundar em motivos legítimos.

Todavia, a falta de esclarecimento ou a omissão da respetiva menção em ata não acarreta a nulidade, nem anulabilidade da declaração daquele que prestou o consentimento à adoção.

Por um lado, não são aplicáveis ao consentimento do adotante os normativos que regem a falta e os vícios dos negócios jurídicos em geral, em conformidade com o princípio *generalibus specialia derogat* e como também decorre do vertido no artigo 7.º, n.º 3, do Código Civil.

Efetivamente, nesse caso, a falta do consentimento do adotante ou o facto de o consentimento ter sido prestado por erro ou coação *não determina a nulidade ou anulabilidade da adoção, mas apenas pode ser fundamento de uma ação de revisão da sentença que a tenha decretado, nos termos dos artigos 1990º e 1991º*⁹⁹.

Com efeito, é sempre revista a sentença que decretou a adoção caso tenha faltado o consentimento do adotante ou dos pais dos adotado, quando necessário e não dispensado, nos termos do disposto no artigo 1990.º, n.º 1, alínea a)., do Código Civil ou quando o consentimento dos pais do adotado tiver sido indevidamente dispensado por não se verificarem as condições do n.º 3 do artigo 1981.º, nos termos da alínea b). daquele mesmo artigo 1990.º¹⁰⁰.

No entanto, cabe salientar que o consentimento das pessoas elencadas no n.º.1 do artigo 1981.º do Código Civil não é totalmente equiparável ao consentimento do adotante, o qual nunca pode, obviamente, ser dispensado por constituir *a verdadeira matriz da adoção; pelo contrário, os «os consentimentos» exigidos nas als. a)., b)., c)., e d). do n.º 1 do artigo 1981.º são meras condições extrínsecas de perfeição da adoção*¹⁰¹.

A expressa menção ao consentimento dos adotantes foi agora introduzida na alínea e). do n.º 1 do artigo 1981.º do Código Civil pela Lei n.º 143/2015, de 8 de Setembro, sendo certo que tal consentimento se retirava, desde logo, da própria iniciativa do pedido judicial de adoção competir ao adotante, nos termos do disposto no artigo 168.º, n.º 1, da Organização Tutelar de Menores, e do facto de, nos termos do disposto no artigo 283.º, n.º 1, do Código de Processo Civil, o adotante poder desistir do pedido em qualquer altura do processo, posto que não tivesse sido proferida sentença a decretar a adoção.

⁹⁹ COELHO, F. M. Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de, *ob. cit.*, p.290.

¹⁰⁰ Cfr. o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 3 de Fevereiro de 1998 (publicado na *Coletânea de Jurisprudência, Ano XXII, Tomo I*, Coimbra: Associação de Solidariedade Social “Casa do Juiz”, 1998, p.25 e seguintes) onde se refere que *a alínea a). do n.º.1 do art.º. 1990º do Código Civil, ao permitir a revisão da sentença de adoção, apenas quando tiver faltado o consentimento dos pais do adotado, desde que não tenha sido dispensado, parte do pressuposto que a dispensa do consentimento dos pais do adotado foi apoiada na decisão proferida num processo de confiança judicial, para o qual foram carreados e apreciados os elementos necessários e suficientes para que a confiança judicial fosse decretada (...). Entendemos, por isso, que as alíneas a). e b). do n.º.1 do artigo 1990.º do Código Civil, contêm implícita a possibilidade de reapreciação da dispensa do consentimento dos pais do adotado, consequente da confiança judicial do menor.*

¹⁰¹ COELHO, F. M. Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de, *ob. cit.*, p.291.

Acresce que o disposto no artigo 170.º, n.º 1, da Organização Tutelar de Menores impunha ao juiz a audição do adotante no decurso do processo judicial de adoção, sendo nessa diligência que, se dúvidas houvesse, que obtinha a declaração formal de consentimento do próprio adotante.

Noutro plano, quanto ao consentimento prestado pelos pais biológicos do adotando não é concebível, em face do carácter incondicional do consentimento com vista à adoção, a sua anulação com base no erro sobre os motivos determinantes da vontade que não se refiram à pessoa do declaratório nem ao objeto do negócio¹⁰².

Efetivamente, se ao consentimento para a adoção não podem ser apostas condições ou termos, a errada configuração dos motivos determinantes daquela vontade não revela para efeitos de aferição da validade da declaração. Ou seja, o erro sobre os motivos não merece tutela jurídica pois que o declarante não pode invocar eventuais condicionantes da vontade aquando da declaração de consentimento.

Já se o consentimento do adotante tiver sido viciado, por erro desculpável e essencial sobre a pessoa do adotado, há lugar a revisão da sentença nos termos do disposto no artigo 1990.º, n.º 1, alínea c)., do Código Civil.

Todavia, há quem defenda que tal fundamento de revisão da sentença não tem razão de ser, porquanto, sendo a responsabilidade parental irrenunciável, é de inteira justiça que, depois de estar constituído o vínculo jurídico da adoção, os pais adotivos assumam plenamente os riscos da adoção, tal como os pais biológicos assumem os riscos da procriação¹⁰³. E se caso for, que se aplique às crianças adotadas, abandonadas ou rejeitadas pelos pais adotivos, as normas jurídicas relativas à inibição e limitação do exercício das responsabilidades parentais (cfr. artigos 52.º a 59.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível, aprovado pela Lei n.º 141/2015, de 8 de Setembro), bem como o regime jurídico da Lei de Promoção e Proteção de Crianças e Jovens em Perigo (aprovada pela Lei n.º 147/99, de 1 de Setembro, alterada pela Lei n.º 31/2003, de 22 de Agosto, e pela Lei n.º 142/2015, de 8 de Setembro).

Todavia, mesmo *de iure constituto*, o n.º 3 do artigo 1990.º do Código Civil permite que o julgador adote um crivo apertado na apreciação das situações de alegado erro do adotante sobre a pessoa do adotado recusando a revisão sempre, do ponto de vista do adotado, os benefícios da manutenção do vínculo adotivo superem as vantagens da sua destruição.

Note-se que, as mais das vezes, é do óbvio interesse do adotado, ainda que a adoção não tenha sido bem sucedida, *manter os apelidos dos pais adotivos, sobretudo, nos casos em que a maternidade e/ou*

¹⁰² Neste sentido, embora formulando dúvidas relacionadas com o caráter voluntarista que reveste o consentimento para a adoção, cfr. CAPELO DE SOUSA, *ob. cit.*, p.77.

¹⁰³ Neste sentido, veja-se SOTTOMAYOR, Maria Clara, in *A nova lei da adoção*, in *Direito e Justiça*, vol. XVIII, tomo II; Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 2004, p.256.

*paternidade biológica não estejam estabelecidas, assim como em manter o direito a alimentos e os direitos sucessórios, relativamente àqueles*¹⁰⁴.

IX.4 Efeitos da adoção.

Vejam os efeitos da adoção, sendo certo que os mesmos se produzem desde a data do trânsito em julgado da sentença, não retroagindo à data da entrada da petição inicial em juízo, nem à data do nascimento do adotado.

A regra é de que a constituição de um vínculo adotivo pleno faz o adotado adquirir a situação de filho do adotante, com integração na família deste, com a concomitante extinção das relações familiares naturais, tal como estipula o artigo 1986.º, n.º 1, do Código Civil.

Por óbvias razões, ressalva-se apenas o facto de se manterem os impedimentos matrimoniais vertidos nos artigos 1602.º a 1604.º do Código Civil, do que decorre que sobre o adotado vão recair não só esses impedimentos originários, como também os impedimentos matrimoniais decorrentes do novo vínculo criado pela adoção. Não menos despiciendo é o efeito impeditivo do estabelecimento da filiação natural logo que decretada a adoção, sem prejuízo da respetiva relevância para efeitos de verificação dos impedimentos matrimoniais.

O n.º 2 do artigo 1986.º do Código Civil rege o caso especial da adoção do filho do cônjuge e, face à equiparação decorrente do artigo 7.º da Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio, do unido de facto: mantêm-se as relações entre o adotado e o cônjuge do adotante e respetivos parentes.

Outros efeitos a considerar são: a aquisição da nacionalidade portuguesa¹⁰⁵ e a perda dos apelidos da família de origem e a consequente adoção dos apelidos da família adotiva, em conformidade com as regras gerais emergentes do disposto no artigo 1875.º do Código Civil, *ex vi* do disposto no artigo 1988.º do Código Civil.

Já o nome próprio do adotado só pode ser alterado excecionalmente, se o adotante o requerer e se a modificação salvaguardar o interesse do adotado, nomeadamente o direito à identidade pessoal e favorecer a integração na família (cfr. o n.º 2 do artigo 1875.º do Código Civil)¹⁰⁶.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p.257. A mesma Autora alerta para o facto de *a lógica da retroatividade da teoria geral do negócio jurídico, segunda a qual o adotado deixaria de ser filho do adotante, como se nunca tivesse sido adotado, não parece ser adequada a relações humanas de uma dimensão social tão grande como as relações de filiação. O conceito de retroatividade, no plano ideal ou do pensamento, repõe as relações jurídicas no status quo ante mas na prática não apaga a realidade nem as relações afetivas entretanto desenvolvidas entre o adotado e os adotantes.*

¹⁰⁵ Desde a aprovação da Lei n.º 37/81, de 3 de Outubro.

¹⁰⁶ Há que ser cauteloso na aplicação desta norma, sendo certo que é de grande importância para o efeito a idade do adotado: quanto maior idade tiver o adotado mais se deve fazer prevalecer a necessidade de salvaguardar o seu direito à identidade pessoal, apertando o crivo quanto à possibilidade de alteração do nome próprio do adotado. Porém, se o adotado é de ainda de tenra idade, o julgador deve dar prevalência – verificada justificativa válida da excecionalidade – à circunstância de a alteração do nome próprio contribuir para a integração na família adotiva, nomeadamente, quando o adotado fica com um nome próprio de um dos pais ou avós adotivos. Desta guisa, logra-se uma mais fácil identificação do adotado com os novos progenitores, pelo que os tribunais devem

Nos termos da legislação nacional vigente, a adoção é irrevogável. E é-o sempre, ainda que o adotante e o adotado estejam de acordo em revogá-la, como se dizia expressamente na anterior redação do artigo 1989.º do Código Civil, tendo-se eliminado tal menção com a aprovação da Lei n.º 143/2015, dado o seu cariz totalmente inútil.

IX.5 – A natureza jurídica da adoção.

Para encerrar este capítulo, afigura-se de alguma utilidade a indagação, ainda que brevíssima, sobre qual a natureza jurídica da adoção.

Como *supra* se referiu a adoção é configurada como um ato público na maioria das legislações internas mas, em alguns países, a adoção é ainda vista como um ato privado de raiz contratual.

No entanto, como também se salientou, nos casos em que a adoção está formatada sobre as características de um contrato, há normalmente também uma intervenção jurisdicional superintendente através da qual se visa assegurar a estrita legalidade da constituição da adoção, nomeadamente, através da verificação dos respetivos requisitos.

Na visão privatística da adoção, tributária da conceção tradicional do instituto, desde os tempos mais remotos até aos primórdios do século XX, a decisão judicial está reduzida à mera condição de eficácia da adoção: ao juiz não cabe senão o papel de homologar ou confirmar o prévio acordo dos intervenientes. O cerne da adoção está no acordo dos contraentes e nas declarações de consentimento.

Todavia, numa conceção puramente publicista a sentença constitutiva do vínculo adotivo surge como o fator essencial e decisivo da adoção (em detrimento do consentimento das pessoas que a lei indica), tendo esta, por seu turno, o desiderato último de constituir uma forma de proteção da criança e um meio de promoção dos seus direitos fundamentais.

Este particular desiderato acaba também por exigir da intervenção judicial algo mais do que uma mera verificação da legalidade: ao juiz pede-se que, não só confirme que a adoção é, em cada caso, um ato formalmente conforme à legalidade, mas também que averigue, no seu prudente arbítrio, da oportunidade da constituição do vínculo adotivo de forma a que se assegure que a adoção realiza o interesse da criança¹⁰⁷.

tomar em consideração a pretensão dos pais adotivos quando devidamente estribada nesse desiderato, que não em mero capricho. Veja-se, no bom sentido, os Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 6 de Novembro de 2007 (publicado na *Coletânea de Jurisprudência, Ano XXXII, Tomo V*, Coimbra: Associação de Solidariedade Social “Casa do Juiz”, 2007, p.77 e seguintes), de 16 de Março de 2006 (publicado na *Coletânea de Jurisprudência, Ano XXXI, Tomo II*, Coimbra: Associação de Solidariedade Social “Casa do Juiz”, 2006, p.77 a 79) e de 14 de Janeiro de 1999 (publicado na *Coletânea de Jurisprudência, Ano XXIV, Tomo I*, Coimbra: Associação de Solidariedade Social “Casa do Juiz”, 1999, p.75 e 76). Sobre a matéria e com desenvolvida fundamentação assente na doutrina mais avisada, veja-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de Janeiro de 2002, relatado pelo Colendo Conselheiro Oliveira Barros (publicado na *Coletânea de Jurisprudência, Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, Ano X, Tomo I*, Coimbra: Associação de Solidariedade Social “Casa do Juiz”, 2002, p.38 e seguintes).

¹⁰⁷ É nesta margem de discricionariedade que o julgador pode revelar, vastas vezes, a sua humanidade e a sua sensibilidade para apreciar adequadamente situações de grande complexidade a todos os níveis. Ao julgar um caso de adoção ou qualquer um dos seus procedimentos prévios, em especial no caso da confiança com vista a futura adoção, o juiz tem diante de si todo o futuro de

Isso mesmo está refletido na lei adjetiva portuguesa porquanto o processo judicial de adoção, sendo um processo tutelar cível especial, tem natureza de um processo de jurisdição voluntária, como expressamente dispõe o artigo 31.º do Regime Jurídico do Processo de Adoção (correspondente ao artigo 150.º da Organização Tutelar de Menores, entretanto revogada).

Nos processos jurisdição voluntária o princípio do inquisitório é ampliado de modo a que o juiz possa investigar livremente os factos, fazendo mesmo uso de factos não alegados pelas partes processuais (cfr. artigo 986.º, n.º 2, do Código de Processo Civil). Por outro lado, a lei concede ao julgador, em subordinação aos interesses subjacentes às matérias em causa, uma maior maleabilidade quanto às decisões e providências a tomar, uma vez que não se encontra vinculado a critérios de estrita legalidade, tal como vem referido no artigo 987.º do Código de Processo Civil.

Todavia e como é de linear clareza a jurisdição voluntária não pode postergar regras processuais, nem é fundamento válido para acobertar violações de normas legais de cariz imperativo ou aniquilar os efeitos de decisões judiciais anteriores já transitadas em julgado¹⁰⁸.

Destarte, é prudente salientar que a maleabilidade do julgador não opera no momento da verificação dos requisitos legais da adoção (v.g. atinentes à capacidade e idade dos adotantes, aos consentimentos legalmente exigidos, etc.) – onde a atuação do julgador é estritamente vinculado ao cumprimento da lei – mas apenas num segundo instante onde o juiz tem de avaliar se a adoção aporta reais vantagens para o adotando e se a mesma se funda em motivos legítimos.

uma criança que é, por vezes, aparentemente querida pelos seus progenitores, mas que, em não poucas situações, é apenas vista como propriedade exclusiva de progenitores que nenhum afeto nutrem por ela e que se limitam a verbalizar quererem vê-la crescer, de preferência sob os cuidados transitórios de terceiros. A responsabilidade do julgador é, pois, incomensurável. No entanto, a essa máxima responsabilidade tem correspondido uma formação profissional mínima nesta (como noutras) área do direito da família e uma total ausência de meios coadjuvantes. O ato de julgar é, por definição, um ato solitário. Contudo, nestas matérias o juiz (e quantas vezes os próprios juizes sociais) não só estão sozinhos, como estão isolados e desamparados perante dramas familiares e de infância e juventude que contendem com o jurídico, mas em larga escala com os planos social, cultural, educacional, e psicológico. É, talvez, um lugar comum dizê-lo mas, perante a inércia de sucessivos pseudorreformistas, é absolutamente necessário sublinhar, mais uma vez, que é urgente instalar, em cada tribunal com competência na área de família e menores (ou de crianças e jovens), um gabinete de assessoria especializado e multidisciplinar que permita retirar o julgador desse isolamento e conferir-lhe as ferramentas adequadas à tomada das suas decisões, sempre com respeito da sua independência funcional.

¹⁰⁸ Cfr., neste sentido, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21 de Março de 2000 (publicado na *Coletânea de Jurisprudência, Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, Ano VIII, Tomo I*, Coimbra: Associação de Solidariedade Social “Casa do Juiz”, 2000, p.132 e seguintes) que revogou uma decisão do Tribunal de Família e Menores de Braga que, ignorando os efeitos do caso julgado de uma anterior decisão de confiança judicial com vista a futura adoção, decidiu ouvir os progenitores no processo judicial de adoção, chegando mesmo a atribuir-lhes, na decisão final, o direito de visitas e contatos de modo totalmente anómalo e em completo desrespeito pelas regras processuais e substantivas aplicáveis. Com efeito, nos termos do disposto no artigo 1411.º, n.º 1, do Código de Processo Civil (corresponde ao atual artigo 988.º, n.º 1, do Código de Processo Civil) *nos processos de jurisdição voluntária as resoluções podem ser alteradas, sem prejuízo dos efeitos já produzidos, com fundamento em circunstâncias supervenientes que justifiquem a alteração; dizem-se supervenientes tanto as circunstâncias ocorridas posteriormente à decisão como as anteriores, que não tenham sido alegadas por ignorância ou outro motivo ponderoso*. Em sede de jurisdição voluntária e como refere ALBERTO DOS REIS, José, *Processos Especiais, vol. II – Reimpressão*, Coimbra: Coimbra Editora, 1982, p.403, *o caso julgado não possui o dom da irrevogabilidade. Qualquer resolução pode ser livremente alterada, embora haja transitada em julgado. Livremente alterada não quer dizer alterada arbitrariamente ou caprichosamente. Quando o tribunal de 1.ª instância modificar uma resolução anterior, tem de justificar o seu veredicto; e é evidente que tal alteração fica sujeita à censura da Relação, caso caiba recurso. Esta instabilidade do caso julgado não vai ao ponto de prejudicar os efeitos que já tenha produzido a resolução anterior; esses efeitos subsistem. A nova resolução só exerce a sua eficácia em relação ao futuro*.

É nesta segunda fase que, conforme impõe o disposto no artigo 987.º do Código de Processo Civil, o juiz, fazendo uso de critérios de oportunidade e conveniência, deve encontrar a solução mais justa, orientando-se *não em qualquer conceito abstrato de humanidade ou de justiça pura, mas no caso concreto e procurar a solução que melhor serve os interesses em causa, que dá a esses interesses a solução mais conveniente e justa*¹⁰⁹.

A par destas conceções pode encontrar-se na doutrina uma terceira via que defende que a adoção deve ser vista como um ato complexo ou misto que supera quer o carácter estatista da conceção publicista, quer o desvirtuamento do interesse público da regulação das relações familiares que distingue a conceção privatística.

Nesta conceção mista a adoção assoma como um ato complexo em que tanto a sentença judicial como os consentimentos necessários são seus elementos constitutivos¹¹⁰. Como referem Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *verdadeiramente, a adoção é composta por aquele ato de direito privado e por um ato de direito público (a sentença que decreta a adoção), atos constitutivos os dois, mesmo o último – o que exprime a ideia de que a adoção deve justificar-se, não só à luz dos interesses particulares das pessoas cujo consentimento é exigido por lei, mas ainda à luz do interesse geral*¹¹¹.

Também nós propendemos a seguir este entendimento que se afigura mais conforme à realidade e ao delineamento legal do instituto da adoção no nosso ordenamento. O mais impressionante argumento a favor da natureza mista da adoção pode colher-se na impossibilidade de atacar o ato da adoção por meio de uma declaração de nulidade ou de anulabilidade, conjugada com a constatação de que são os vícios no consentimento (ou a falta deste) que constituem os fundamentos do pedido de revisão da sentença de adoção.

Em suma, a adoção configura-se como um ato jurídico de natureza complexa, composto pelo consentimento e declaração de vontade de determinadas pessoas (os pais biológicos, os candidatos a adotantes e o adotado, maior de doze anos) e pela sentença judicial, que constitui o vínculo¹¹².

¹⁰⁹ Assim, ALBERTO DOS REIS, José, *ob. cit.*, p.400 e 401.

¹¹⁰ É a posição defendida por CAPELO DE SOUSA, 1973: p.217.

¹¹¹ *Ob. cit.*, p.313.

¹¹² Esta é também a posição defendida por SOTTOMAYOR, Maria Clara, in *A nova lei da adoção*, in Direito e Justiça, vol. XVIII, tomo II; Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 2004, p.256 e 257 e por EPIFÂNIO, Rui Lisboa; LEANDRO, Armando Gomes; *Adoção – Sentido e alcance da evolução legislativa*, in Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977, vol. I, Direito da Família e das Sucessões; Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p.853 e seguintes.

X. – A Confiança Judicial.

Já supra salientámos, é pressuposto essencial da decisão constitutiva do vínculo da adoção a prévia atribuição de uma confiança administrativa ou a prévia aplicação de uma medida de confiança judicial com vista a futura adoção (salvo no caso da adoção de do filho do cônjuge, em que é suficiente a prévia avaliação favorável da pretensão do candidato).

Trata-se de uma exigência legal inultrapassável decorrente do disposto no artigo 34.º, n.º 1, do Regime Jurídico do Processo de Adoção.

Deste preceito legal resulta evidente a decisiva importância da confiança, em qualquer das suas vertentes adjetivas, para o decurso do processo (aqui entendido em sentido amplo) de adoção.

A confiança judicial com vista a futura adoção consiste, portanto e grosso modo, em colocar a criança a adotar à guarda e sob os cuidados do candidato a adotante, ainda que na falta dos progenitores, na ausência ou contra a vontade dos progenitores e mesmo que não obtido o consentimento destes no que tange a uma futura adoção.

Com efeito, a confiança permite, mediante determinado circunstancialismo, suprir a falta de consentimento para a adoção por parte dos progenitores e, concomitantemente, estabelecer um novo *status* jurídico da criança que, além de ficar sob as responsabilidades de terceiros (em regra não familiares), toma a qualidade de adotável, porquanto fica numa situação de adotabilidade.

Isto é, decretada a confiança, a criança está em condições jurídicas de ser adotada, sendo certo que esse estatuto de adotabilidade não mais pode, em regra, ser discutido e posto em causa, nomeadamente, no próprio processo judicial de adoção.

Daí que seja indispensável que o decretamento da confiança judicial com vista a futura adoção, em qualquer das suas modalidades, decorra no respeito rigoroso de todas as normas jurídicas atinentes, por forma a que, por um lado, não se retire injustificadamente a criança do seu seio familiar de origem, nem que, por outro, se impeça uma eventual integração da criança numa nova família substitutiva e se comprometa, irremediavelmente, a sua futura adoção.

Atenderemos, em primeira linha, às origens históricas deste instituto jurídico, bem como aos seus requisitos de ordem substantiva para, em seguida, no próximo capítulo e mais detalhadamente, mergulharmos nos problemas práticos da sua aplicação em sede adjetiva e, por fim, nos seus efeitos, em particular no que tange à confiança judicial enquanto medida de promoção e proteção da criança ou jovem em perigo.

X.1. – Origem e evolução legislativas.

Já salientámos que só em 1966 a adoção passou a ser legalmente considerada como fonte de relações familiares, em paralelo com a filiação, pois que até aí o direito interno não conhecia tal instituto jurídico.

Todavia, a versão originária do Código Civil de 1966 não conhecia a figura da confiança judicial, nem albergava qualquer instituto com idênticas características ou finalidades.

Com efeito, a redação originária do artigo 1978.º do Código Civil referia-se ao registo da adoção e da sua revogação: *a adoção e a sua revogação serão averbadas oficiosamente no assento de nascimento do adotando.*

É com a grande Reforma de 1977 que o conteúdo daquele artigo 1978.º do Código Civil passa a acolher a denominada declaração judicial de estado de abandono, com vista a futura adoção, na qual radica a origem da atual confiança judicial com vista a futura adoção.

Na redação introduzida pelo Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro, o artigo 1978.º do Código Civil dispunha, sob a epígrafe *Estado de Abandono*, o seguinte: *1. Com vista a futura adoção, pode ser declarado pelo tribunal em estado de abandono o menor cujos pais tenham revelado manifesto desinteresse pelo filho, em termos de comprometer a subsistência dos vínculos afetivos próprios da filiação, durante pelo menos o ano que preceder o pedido da declaração. 2. O estado de abandono não pode, todavia, ser declarado se o menor se encontrar a viver com um ascendente ou colateral até ao terceiro grau e a seu cargo. 3. Têm legitimidade para requerer a declaração do estado de abandono o Ministério Público e o diretor do estabelecimento público ou particular de assistência onde o menor tenha sido recolhido.*

Sem precedentes na anterior legislação nacional, a declaração do estado de abandono bebe decisiva inspiração no artigo 350.º do Code Civil¹¹³, na redação dada pela lei francesa n.º 76-1179, de 22 de Dezembro de 1976¹¹⁴, posteriormente alterada, sucessivamente pelos seguintes diplomas: Lei n.º 93-22, de 8 de Janeiro

¹¹³ É a seguinte a atual redação daquele artigo 350.º do Code Civil: *L'enfant recueilli par un particulier, un établissement ou un service de l'aide social à l'enfance, dont les parents se sont manifestement désintéressés pendant l'année qui précède l'introduction de la demande en déclaration d'abandon, est déclaré abandonné par le tribunal de grande instance sans préjudice des dispositions du quatrième alinéa. La demande de déclaration d'abandon est obligatoirement transmise par le particulier, l'établissement ou le service de l'aide social à l'enfance qui a recueilli l'enfant à l'expiration du délais d'un an dès lors que les parents se sont manifestement désintéressés de l'enfant. Sont considérés comme s'étant manifestement désintéressés de leur enfant les parents qui n'ont pas entretenu avec lui les relations nécessaires au maintien des liens affectifs. La simple rétractation du consentement à l'adoption, la demande de nouvelles ou l'intention exprimée mais non suivie d'effet de reprendre l'enfant n'est pas une marque d'intérêt suffisante pour motiver de plein droit le rejet d'une demande en déclaration d'abandon. Ces démarches n'interrompent pas le délais figurant au premier alinéa. L'abandon n'est pas déclaré si, au cours du délais prévu au premier alinéa du présent article, un membre de la famille a demandé à assumer la charge de l'enfant et si cette demande est jugée conforme à l'intérêt de ce dernier. Lorsqu'il déclare l'enfant abandonné, le tribunal délègue par la même décision les droits d'autorité parentale sur l'enfant au service de l'aide social à l'enfance, à l'établissement ou au particulier qui a recueilli l'enfant ou à qui ce dernier a été confié. La tierce opposition n'est recevable qu'en cas de dol, de fraude ou d'erreur sur l'identité de l'enfant.*

¹¹⁴ O artigo 350.º do Código Civil francês sofreu nova alteração com a Lei n.º 2005-744, de 4 de Julho, mas mantém, no essencial, a declaração de abandono, a par, contudo, do *placement en vue de l'adoption* previsto no art.º 351.º do mesmo Código (na redacção introduzida pela Lei n.º 96-604 de 5 de Julho). Dessa previsão simultânea resulta evidente que, para o direito gaulês, a mera

de 1993; Lei n.º 94-629, de 25 de Julho de 1996; Lei n.º 96-604, de 5 de Julho de 1996 e Lei n.º 2005-744, de 4 de Julho de 2005¹¹⁵.

De *forma muito vaga e imprecisa*¹¹⁶, a lei exigia como único requisito para que o tribunal proferisse a declaração de estado de abandono o manifesto desinteresse dos progenitores pelo filho de molde a comprometer os vínculos afetivos que caracterizam a filiação.

Porém, a declaração judicial de estado de abandono¹¹⁷ *não mostrou ser um instrumento seguro ou adequado à resolução pacífica das situações que visava regular – por um lado, certa jurisprudência preenchia o conceito de desinteresse com um conteúdo meramente omissivo, facilmente ilidível durante o período de um ano; por outro lado, o comportamento dos parentes que tivessem o menor a seu cargo em vez dos pais não podia ser objeto de declaração de abandono*¹¹⁸.

Para além da declaração de estado de abandono, o artigo 1981.º, n.ºs 3 e 4, do Código Civil possibilitava a dispensa de consentimento dos pais do adotando, tendo em vista uma posterior adoção, quando estes estivessem privados das suas faculdades mentais, quando houvesse grave dificuldade em ouvi-los e, ainda, quando os pais se revelassem indignos no seu comportamento para com o adotando.

Este comportamento indigno reportava-se, na interpretação jurisprudencial mais dominante, a comportamentos ativos (v.g. violência¹¹⁹) que revelassem, de modo concludente, o propósito de extinção dos laços de afetividade, convivência e ternura relativamente ao adotando¹²⁰.

Todavia, a doutrina rapidamente demonstrou que era na ótica da natureza funcional do poder paternal que a indignidade deveria ser dissecada e que a omissão do cumprimento dos deveres inerentes à condição de pai ou mãe não assumia menor gravidade do que a respetiva violação ativa¹²¹.

O Decreto-Lei n.º 185/93, de 22 de Maio, veio dar nova redação ao artigo 1978.º do Código Civil, alterando de modo decisivo os seus sentido e conteúdo, sem prejuízo da manutenção de um mínimo

declaração do estado de abandono (*déclaration d'abandon*) não dispensa a posterior colocação em vista da adoção (*placement en vue de l'adoption*), dado que é esta que permite entregar a criança declarada abandonada aos futuros adotantes – cfr. BOLIEIRO, Helena Isabel Dias; *O menor em perigo, a sua proteção e o encaminhamento para a adoção: quando e em que casos*. Coimbra: Centro de Direito da Família, n.º 6, Trabalhos do Curso de Pós-Graduação Proteção de Menores – Prof. Doutor F.M. Pereira Coelho. Coimbra Editora, 2002, p.46.

¹¹⁵ Sobre estas alterações, cfr. SALVAGE-GEREST, Pascale, *Genèse d'une quatrième réforme ou l'introuvable article 350 alinea 1 du code civil*, in *Actualité Juridique Famille*, 2005, p.350. Veja-se, também, COLOMBANI, Jean-Marie, *Rapport sur l'adoption*, Paris: La documentation Française, 2008, p.156.

¹¹⁶ LIMA, Pires de; VARELA, Antunes, *ob. cit.*, p.517.

¹¹⁷ A própria designação de declaração de estado de abandono tem *a si associada uma carga estigmatizante para a criança* – cfr. BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo; *A Criança e a Família – Uma Questão de Direito(s) Visão Prática dos Principais Institutos do Direito da Família e das Crianças e Jovens*; Coimbra: Coimbra Editora, 2009; p.320.

¹¹⁸ GUERRA, Paulo; *loc. cit.*, p.83.

¹¹⁹ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 15 de Novembro de 1984, *Coletânea de Jurisprudência, Ano IX, Tomo V*, Coimbra, pp.308-310.

¹²⁰ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 24 de Janeiro de 1985, *Coletânea de Jurisprudência, Ano X, Tomo I*, Coimbra; pp.157-159.

¹²¹ Cfr. RODRIGUES, Almiro; *Adoção – Aspectos sociopsicológicos e jurídicos*, in *Adoção em Portugal, Série Temas de Psicologia*, Porto: Associação dos Psicólogos Portugueses; 1988, p.90.

denominador comum quanto à exigência da verificação de um manifesto desinteresse suscetível de comprometer os vínculos próprios da filiação.

Tal pode-se comprovar pela leitura dessa nova redação que aqui se verte: *1. Com vista a futura adoção, o tribunal pode confiar o menor a casal, a pessoa singular ou a instituição em qualquer das situações seguintes: a). Se o menor for filho de pais incógnitos ou falecidos; b). Se tiver havido consentimento prévio para a adoção; c). Se os pais tiverem abandonado o menor; d). Se os pais, por ação ou omissão, puserem em perigo a segurança, a saúde, a formação moral ou a educação do menor em termos que, pela sua gravidade, comprometam seriamente os vínculos afetivos próprios da filiação; e). Se os pais do menor acolhido por um particular ou por uma instituição tiverem revelado manifesto desinteresse pelo filho, em termos de comprometer seriamente os vínculos afetivos próprios da filiação, durante, pelo menos, os seis meses que precederam o pedido de confiança. 2. A confiança com fundamento nas situações previstas nas alíneas c), d) e e) do número anterior não pode ser decidida se o menor se encontrar a viver com ascendente, colateral até ao 3º grau ou tutor e a seu cargo, salvo se aqueles familiares ou o tutor puserem em perigo, de forma grave, a segurança, a saúde, a formação moral ou a educação do menor ou se o tribunal concluir que a situação não é adequada a assegurar suficientemente o interesse do menor. 3. Têm legitimidade para requerer a confiança judicial do menor o Ministério Público, o organismo de segurança social da área da residência do menor, a pessoa a quem o menor tenha sido administrativamente confiado e o diretor do estabelecimento público ou a direção da instituição particular que o tenha acolhido.*

Com a nova redação do artigo 1978.º do Código Civil, a declaração de estado de abandono dá lugar ao procedimento de confiança com vista a futura adoção, cuja configuração o legislador nacional *parece*²² ter ido colher ao direito italiano, mais propriamente ao instituto denominado *affidamento preadottivo* introduzido pela Lei n.º 184, de 4 de Maio de 1983.

Efetivamente, *o alvo ou objeto da disposição deixou de consistir na declaração (formal) judicial do abandono do menor (ainda com o ar de um verdadeiro estatuto substantivo) e passou a ser a entrega do menor (a confiança do menor, uma providência de carácter marcadamente processual) a casal, pessoa singular ou a instituição pública ou particular, tendo em vista a sua futura adoção*²³.

No entanto, melhor vistas as coisas, o que se fez foi fundir, numa única figura jurídica, a declaração judicial de adotabilidade e a consequente entrega²⁴, também judicial, da criança a pessoa singular, a casal ou a instituição.

²² LIMA, Pires de; VARELA, Antunes, *ob. cit.*, p.518.

²³ *Ibidem*, p.518.

²⁴ Como já supra fizemos alusão, esta solução da legislação nacional afasta-se do direito francês que, ao lado da declaração de estado de abandono, prevê o *placement en vue d'adoption* como uma primeira fase do processo de adoção propriamente dito. Trata-se de uma inovação da lei de 1966 que visa preparar a adoção e impede que os adotantes estejam sujeitos a um pedido de restituição da criança que tenham já acolhido. O *placement en vue d'adoption* não é apenas uma simples entrega efetiva da criança

Por outro lado, a reconfiguração do instituto da adoção, visto agora num plano altruísta, na sequência da evolução global a que antes já fizemos ampla alusão, veio também exigir que o estado de adotabilidade não estivesse reduzido à mera situação de abandono de facto, antes se fundando em outras circunstâncias igualmente justificativas desse estatuto.

E em termos práticos, a confiança judicial além de permitir uma retirada definitiva da criança aos seus progenitores, veio possibilitar, do mesmo passo, a entrega da criança a terceiros, em vista de uma futura adoção, conferindo-lhe, concomitantemente, o estatuto de adotável, em consonância, de resto, com a imposição decorrente da alínea a). do artigo 4.º da Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, feita aos 29 de Maio de 1993, na Haia.

Este estatuto ou estado de adotabilidade, assim judicialmente declarado por decisão transitada em julgado, trouxe claras vantagens ao nível das certeza e segurança jurídicas: decretada a confiança os progenitores deixaram de poder opor-se com êxito à adoção no respetivo processo judicial, nem sequer sendo a ele chamados pois que não é, nesse caso, necessário o seu consentimento para que a adoção seja decretada.

Os procedimentos prévios à adoção e o processo de adoção propriamente dito decorrem, assim, de modo bem mais tranquilo conferindo-se estabilidade, jurídica, psicológica e material à criança confiada.

Efetivamente, a confiança judicial com vista à adoção protege *o interesse do menor em não ver protelada a definição da sua situação face aos pais biológicos, permitido que o investimento afetivo e educacional no período de pré-adoção – hoje reduzido para seis meses – se faça com segurança e serenidade, sem incertezas prejudiciais ao êxito do processo de integração da criança na nova família*¹²⁵.

O artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 120/98, de 8 de Maio veio alargar o leque de pessoas legitimadas a requerer a confiança judicial com vista a futura adoção aos próprios candidatos a adotantes que já tivessem o menor a seu cargo em consequência de anterior decisão judicial.

Para tal, foi aditado um novo número ao artigo 1978.º do Código Civil, com a seguinte redação: *4. Tem ainda legitimidade para requerer a confiança judicial do menor o candidato a adotante selecionado pelos serviços competentes quando, por virtude de anterior decisão judicial, tenha o menor a seu cargo e quando, reunidas as condições para a atribuição da confiança administrativa de menor a seu cargo, o organismo de*

aos seus futuros adotantes, mas configura uma entrega definitiva de uma criança legalmente adotável que produz efeitos jurídicos não negligenciáveis: a partir da data do *placement* os progenitores *perdent leurs droits sur leur enfant* – assim, MALAURIE, Philippe; FULCHIRON, Hugues, *Droit Civil – La Famille*, 3ª Edição; Paris: Defrenois, Lextenso Éditions; 2009, p.565. Esse momento temporal depende da atitude dos progenitores: no caso de prestarem o seu consentimento para a adoção, o *placement* ocorre após esse consentimento se tornar irrevogável, ou seja, ao fim de dois meses; se há um abandono de facto, o *placement* dá-se após a declaração de estado de abandono ou a *immatriculation d'un pupile de l'État*. Já no caso de a filiação não estar estabelecida, o *placement* pode efetuar-se dois meses depois de a criança ter sido recolhida (artigo 351.º, alínea 2, do Code Civile).

¹²⁵ GUERRA, Paulo, *loc. cit.*, p.84.

segurança social não decida pela confirmação da permanência do menor, depois de efetuado o estudo da pretensão para adoção ou decorrido o prazo para esse efeito.

A regulamentação da confiança judicial com vista a futura adoção prevista no artigo 1978.º do Código Civil voltou a ser alterada pelo artigo 1.º da Lei n.º 31/2003, de 22 de Agosto, o qual veio dar nova redação àquele preceito.

Com tal alteração, foram reformulados os pressupostos da confiança judicial com vista a futura a adoção, tendo-se centrado o respetivo decretamento na inexistência, ou no sério comprometimento, dos vínculos afetivos próprios da filiação, enquanto requisito de ordem geral, consubstanciado na *verificação objetiva de qualquer* uma das seguintes cinco situações, já antes previstas: se o menor for filho de pais incógnitos ou falecidos; se os pais do menor o tiverem abandonado; se os pais, por ação ou omissão, mesmo que por manifesta incapacidade devida a razões de doença mental, puserem em perigo grave, a segurança, a saúde, a formação, a educação ou o desenvolvimento do menor; e, se os pais de menor acolhido por um particular ou por uma instituição tiverem revelado manifesto desinteresse pelo filho, em termos de comprometer seriamente a qualidade e continuidade daqueles vínculos durante, pelo menos, os três meses que precederam o pedido de confiança¹²⁶.

A introdução daquela expressão *objetiva de qualquer* por referência à verificação das concretas situações de facto previstas nas diversas alíneas do artigo 1978.º do Código Civil tem, como veremos, grande alcance prático.

Por outro lado e também de modo relevante, o legislador baixou para três meses o lapso temporal previsto na alínea e). do n.º 1 do artigo 1978.º do Código Civil e introduziu dois novos números com a seguinte redação: *2. Na verificação das situações previstas no número anterior o tribunal deve atender prioritariamente aos direitos e interesses do menor. 3. Considera-se que o menor se encontra em perigo quando se verificar alguma das situações assim qualificadas pela legislação relativa à proteção e à promoção dos direitos dos menores.*

Com tal alteração clarificadora tornou-se evidente que não é o interesse dos pais em manter o vínculo biológico o primeiro critério de julgamento da existência, da qualidade e da continuidade ou do

¹²⁶ Estas alterações tiveram por base o relatório da Comissão Interdepartamental para a Adoção, criada pelo Despacho Conjunto dos Ministérios da Justiça e da Segurança Social e do Trabalho n.º 865/2002 (DR, II, 281, de 5 de Dezembro de 2002) e presidida por Luis Gonzaga Coelho Villas-Boas Rebello Marques em cujas conclusões se exarou que *não há mais adoções em Portugal porque é elevadíssimo o número de crianças em idade de serem adotadas, que não têm adotabilidade jurídica decretada por tribunal, nem projeto de vida, definido por estruturas da segurança social ou instituições aptas*. Passados alguns anos, há que salientar que o panorama se alterou positivamente: em 2008 havia cerca de quinze mil crianças institucionalizadas, apenas cerca de três mil candidatos a adotante e, mesmo assim, mais de duzentas crianças com decisão de adotabilidade que, todavia, não encontram candidatos para as receberem. De todo o modo, há uma clara tendência de crescimento: o número de crianças em situação de adotabilidade com adoção decretada em Dezembro de 2008 era de seiscentos e oitenta e seis, sendo já de mil e onze em Março de 2009 - cfr. <http://marinquieto.blogspot.com/2009/05adopção-uma-agradavel-surpresa.html> [consulta em 1 de Junho de 2009].

comprometimento dos vínculos afetivos próprios da filiação, nem tão pouco para a apreciação das situações fácticas descritas, de modo taxativo, em cada uma das alíneas do n.º 1 do artigo 1978.º do Código Civil.

Do mesmo modo, densificou-se o conceito de menor em perigo, embora por remissão para outro normativo, mas de modo a uniformizar sistematicamente o que é o perigo juridicamente relevante.

Assim, e através do n.º 3 do artigo 1978.º do Código Civil, o legislador passou a remeter o intérprete e o aplicador do direito para a noção de perigo constante da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo (doravante sempre designada apenas por L.P.C.J.P.).

Tratou-se de uma opção feliz, porquanto conferiu unidade sistémica ao regime jurídico de proteção a crianças e jovens e permitiu estabelecer um catálogo de situações índice que servem de guia para a sinalização dos casos de crianças carecidas de proteção e, ao mesmo tempo, estabelecer os limites a partir dos quais é possível a intervenção estadual no seio familiar.

Em conformidade, passou a dispor o n.º 2 do artigo 3.º da L.P.C.J.P. que se considera que a criança ou o jovem está em perigo quando, designadamente, está abandonada ou vive entregue a si própria; sofre maus tratos físicos ou psíquicos ou é vítima de abuso sexuais; não recebe os cuidados ou a afeição adequados à sua idade e situação pessoal; está sujeita, de forma direta ou indireta, a comportamentos que afetem gravemente a sua segurança ou o seu equilíbrio emocional; assume comportamentos ou se entrega a atividades ou consumos que afetem gravemente a sua saúde, segurança, formação, educação ou desenvolvimento sem que os pais, o representante legal ou quem tenha a guarda de facto se lhes oponham de modo adequado a remover essa situação.

Com a Lei n.º 142/2015, de 8 de Setembro, foi acrescentada uma nova alínea a tal preceito, passando a considerar-se também em perigo a criança ou jovem que *está ao cuidado de terceiros, durante período de tempo em que se observou o estabelecimento com estes de forte relação de vinculação e em simultâneo com o não exercício pelos pais das suas funções parentais*.

Cabe salientar que essas situações de perigo tanto podem provir de culpa dos pais, dos representantes legais e daqueles que tiverem a sua guarda de facto ou de ação ou omissão de terceiros, como de simples impotência ou incapacidade daqueles.

Esta particularidade tem grande relevo também para a interpretação do verdadeiro sentido e alcance do corpo do artigo 1978.º do Código Civil, nomeadamente, quanto à já referida verificação objetivas das situações descritas nas diversas alíneas do n.º 1 desse preceito.

A intersecção entre o estipulado pelo artigo 1978.º do Código Civil com o regime jurídico de proteção das crianças e jovens em risco não se ficou, porém, pela mera remissão para a definição de perigo.

Além disso e por forma a concretizar plenamente a superação do modelo tradicional da justiça de menores, o legislador acabou por formatar uma nova medida de confiança com vista futura adoção, a ser aplicada no próprio processo de promoção e em pleno respeito pelo contraditório.

Nesta concreta configuração, a medida de promoção e proteção da confiança judicial com vista a futura adoção acaba por, num plano teleológico, lograr afastar o perigo em que o criança ou jovem se encontra, bem como, proporcionar-lhe as condições que permitam proteger e promover a sua segurança, saúde, formação, educação, bem-estar e desenvolvimento integral.

Destarte, ao nível dos procedimentos prévios à adoção, a Lei n.º 31/2003, de 22 de Agosto, veio estabelecer um princípio de completa equiparação entre a medida de promoção e proteção de confiança a pessoa selecionada para a adoção e a confiança judicial ou administrativa.

Com efeito, a Lei n.º 31/2003, de 22 de Agosto, introduziu o novo artigo 1978.º-A no Código Civil no qual se passou a prever, como efeito comum da providência tutelar cível de confiança judicial com vista a futura adoção e da medida de proteção de confiança judicial a pessoa selecionada com vista a futura adoção a inibição do exercício poder paternal (leia-se, na atual terminologia legal, das responsabilidades parentais).

A análise detalhada do regime jurídico da medida de promoção e proteção de confiança a pessoa selecionada para a adoção ou a instituição com vista a futura adoção pressupõe, portanto, a dilucidação dos requisitos substantivos da confiança judicial vertidos no artigo 1978.º, n.º 1 do Código Civil, mas também a análise profunda dos parâmetros adjetivos da sua aplicação – o que, creio, assume curial importância para todos quantos se interessam por esta área do direito – pois que só esse direito em aplicação poderá servir a sua verdadeira função de regulador social da vida na polis.

O regime adjetivo da providência tutelar cível da confiança judicial estava condensado nos artigos 164.º a 167.º da Organização Tutelar de Menores, os quais foram também alterados pela Lei n.º 31/2003, de 22 de Agosto.

Todavia, tais normativos foram revogados pela Lei 141/2015, de 8 de Setembro, que aprovou o Regime Geral do Processo Tutelar Cível, no qual se optou por eliminar a providência tutelar cível da confiança judicial – cfr. artigo 3.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível – e deixar para diploma próprio todas as questões relativas ao processo de adoção, nomeadamente, as confianças necessárias à sua constituição – cfr. artigo 2.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível.

X.2. – Espécies de confiança judicial.

A confiança judicial com vista a futura adoção regulada no artigo 1978.º do Código Civil não se confunde com outros tipos de confianças de cariz judicial previstas no nosso direito de crianças e jovens.

A confiança resulta do ato de confiar.

Confiar, em sentido amplo e no seu significado etimológico, significa dar a guardar, deixar ao cuidado de alguém, entregar, mas também, atribuir a alguém uma missão uma tarefa, encarregando da sua execução¹²⁷.

Confiar uma criança ou um jovem é, em resumo, entregá-lo aos cuidados e à guarda de alguém, ou seja, é decidir do seu destino mais próximo, da sua vida, dos seus afetos, da sua educação e alimentação.

A lei portuguesa prevê, como já se deixou antever, diversos tipos de confianças.

Não há agora dúvidas que a confiança judicial com vista a futura adoção prevista nos artigos 1978.º e 1978.º-A do Código Civil não é mais do que uma medida de promoção dos direitos da criança e de proteção da sua pessoa, a qual consiste, de igual forma, numa entrega da criança ou jovem a pessoa candidata à adoção e, em princípio, já selecionada pelos competentes serviços da Segurança Social, a família de acolhimento ou a uma instituição, mas com vista a posterior entrega àquela pessoa, casal ou família selecionados.

Este tipo de confiança está previsto e regulado nos artigos artigo 35.º, n.º 1, alínea g), 38.º-A e 62.º-A da L.P.C.J.P., sendo que o processo de promoção e proteção é, naturalmente, o lugar próprio para a respetiva aplicação, devendo esta fundamentar-se substantivamente nos requisitos previstos no artigo 1978.º do Código Civil.

Por outro lado, prevê-se no artigo 1907.º do Código Civil a confiança judicial a terceira pessoa. E no artigo 1918.º do mesmo diploma estabelece-se a possibilidade de a criança ser confiada a terceira pessoa um estabelecimento de educação ou assistência.

Estamos aqui também perante uma providência tutelar cível que consiste na entrega de uma criança ou jovem aos cuidados e à guarda de uma pessoa – que não os pais – ou a uma instituição, mas cujo desiderato é apenas o afastamento do menor de uma situação de perigo para a sua segurança, saúde, formação moral e educação.

Neste caso, a confiança não visa o encaminhamento futuro para a adoção, pelo que a sua aplicação deve reservar-se para os casos em que a adoção não é aconselhável, ou não é já legalmente possível, ou para situações de menor gravidade que não implicam a inibição do exercício das responsabilidades parentais ou em que se constate que não estão seriamente comprometidos os vínculos próprios da filiação.

Com efeito, para a aplicação deste género de confiança judicial é necessário que se verifique uma situação de perigo para a criança e não seja caso de inibição do exercício das responsabilidades parentais, como expressamente se refere no artigo 1918.º do Código Civil. Não havendo perigo para a criança, a

¹²⁷ Cfr. AA. VV., Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea da Academia das Ciências de Lisboa; Lisboa: Academia das Ciências de Lisboa e Editorial Verbo, 2001, vol. I, p.7.

confiança a terceira pessoa só pode ser atribuída em caso de acordo dos pais, homologado judicial, nos termos do disposto no artigo 1907.º do Código Civil¹²⁸.

Ora, assim sendo, é óbvio que esta confiança a terceira pessoa ou a estabelecimento de educação e assistência deve ter um mais reduzido campo de aplicação.

Nos casos mais graves e por serem semelhantes as situações factuais objetivas que podem sustentar uma inibição do exercício das responsabilidades parentais (a qual, contudo, pressupõe, em regra, uma violação culposa dos deveres para com os filhos¹²⁹) e uma confiança judicial com vista a futura adoção, a possibilidade de aplicar tal confiança a terceira pessoa fica totalmente arredada, devendo optar-se, com claras vantagens para criança e ao nível da celeridade e da economia processual, pela confiança com vista a futura adoção.

Diferente destes tipos de confiança, é a medida de promoção e proteção de confiança a pessoa idónea, prevista na alínea c). do n.º 1 do artigo 35.º da L.P.C.J.P.

Esta confiança consiste também na entrega ou colocação da criança ou do jovem à guarda de uma pessoa que, não pertencendo à respetiva família, com eles tenha estabelecido uma relação de afetividade recíproca, conforme, de resto, resulta da definição legal inserta no artigo 43.º, n.º 1, da L.P.C.J.P..

Trata-se de uma medida de promoção e proteção aplicável em meio natural de vida que, tal como as demais medidas desse catálogo, tem como duração ordinária um período temporal não excedente a um ano, podendo, eventualmente, ser prorrogada até aos dezoito meses, mas desde que se mantenham os consentimentos e acordos legalmente exigidos – cfr. artigo 60.º, n.º 2, da L.P.C.J.P..

No entanto, tal medida carece de revisão nos termos do disposto no artigo 62.º da L.P.C.J.P., no que se distingue da medida de promoção e proteção de confiança a pessoa selecionada para a adoção, a família de acolhimento ou a instituição com vista a adoção, porquanto esta não está, em regra, sujeita a revisão e não cessa pelo decurso de qualquer prazo temporal, dado que, também nos termos do disposto no artigo 62.º-A da L.P.C.J.P., vigora até ser decretada a adoção.

Com efeito, apenas excecionalmente a medida de promoção e proteção de a pessoa selecionada para a adoção, a família de acolhimento ou a instituição com vista a adoção pode ser revista, nomeadamente quando o projeto adotivo não se tenha concretizado atingindo a criança a idade limite para o efeito – cfr. artigo 62.º-A, n.º 2, da L.P.C.J.P.

¹²⁸ Neste sentido, cfr. LOPES, Alexandra Viana, *Divórcio e Responsabilidades Parentais – Algumas reflexões sobre a aplicação do novo regime*, in Revista do CEJ, 1º Semestre 2009, XI; Centro de Estudos Judiciários, p.174.

¹²⁹ Cfr. o disposto no n.º 1 do artigo 1915.º do Código Civil: *A requerimento do Ministério Público, de qualquer parente do menor ou de pessoa a cuja guarda ele esteja confiado, de facto ou de direito, pode o tribunal decretar a inibição do exercício das responsabilidades parentais quando qualquer dos pais infrinja culposamente os deveres para com os filhos, com grave prejuízo destes, ou quando, por inexperiência, enfermidade, ausência ou outras razões, não se mostre em condições de cumprir aqueles deveres.*

A aplicação da medida de confiança a pessoa idónea pressupõe que o projeto de vida da criança não passa, ao menos no momento da sua aplicação (por força do princípio da atualidade vertido na alínea e). do artigo 4.º da L.P.C.J.P.), pelo encaminhamento para a adoção.

Por outro lado, não constituem requisitos da sua aplicação os pressupostos do decretamento da confiança judicial com vista a futura adoção vertidos no artigo 1978.º do Código Civil, pois que tal medida não tem como efeito qualquer inibição do exercício das responsabilidades parentais, nem tão pouco a colocação da criança numa situação de adotabilidade.

Este tipo de confiança não demanda, do lado passivo, que a pessoa a quem a criança é confiada esteja selecionada para a adoção pelos serviços competentes, antes bastando que se trate de uma pessoa cuja idoneidade haja sido afirmada por meios de prova carreados para o processo (como sejam relatórios sociais, depoimentos testemunhais ou outra prova documental) e que tenha estabelecido uma relação afetiva com o confiado, não obstante não ter em relação a este qualquer vínculo familiar.

Facilmente se antolha, portanto, que estamos perante uma confiança bem diversa da confiança com vista a futura adoção e cujo âmbito de aplicação é também mais restrito.

Não será despiciendo referir que, não raras vezes, findo o prazo de duração da medida de promoção e proteção de confiança a pessoa idónea e caso não tenha sido possível remover definitivamente a situação de perigo com o regresso da criança ao agregado dos progenitores, ou caso se considere ser do interesse da criança – em razão da benéfica manutenção da relação afetiva com aquela que passou a ser a sua pessoa de referência – será necessário aplicar à criança a medida de confiança a terceira pessoa prevista no Código Civil, por forma a estabilizar a situação jurídica da criança e materializar, de modo tendencialmente definitivo, o seu projeto de vida.

Surpreende-se aqui mais um traço distintivo entre a medida de confiança a pessoa idónea e a medida de confiança com vista a futura adoção, pois que esta resolve, de modo tendencialmente definitivo e imutável, o status jurídico da criança e o seu projeto de vida.

Em suma e agora no plano das consequências jurídicas, podemos sistematizar à guisa de conclusão com as seguintes duas estirpes paralelas: de um lado, as providências tutelares cíveis e as medidas de confiança que não implicam a inibição dos progenitores quanto ao exercício das responsabilidades parentais e resultam em soluções enquadráveis no plano das famílias substitutivas; de um outro lado, temos a medida de confiança que, estabelecendo uma situação de adotabilidade, retira, em princípio de modo definitivo, a criança do seio da família biológica, com a correspondente inibição dos progenitores, e desembocam num desfecho que se situa no quadro das famílias adotivas.

Na primeira modalidade, a confiança pode traduzir-se numa viagem com regresso ainda possível da criança aos progenitores; na segunda situação, a confiança é, salvo casos excepcionais, uma confiança irreversível.

Como é de linear clareza, uma bem sucedida opção por cada uma destas vias há de assentar numa correta e interdisciplinar avaliação diagnóstica da situação da criança e das capacidades e competências parentais dos seus progenitores, bem como num juízo de prognose quanto à recuperabilidade destes em curto prazo para o exercício altruísta da função parental.

No nosso sistema legal pode ainda encontrar-se uma outra forma de confiança judicial enquanto modo pelo qual se coloca ou entrega, ainda que apenas juridicamente, uma criança sob a guarda e os cuidados de um adulto, com a inerente assunção das respetivas responsabilidades.

Efetivamente, prevê-se no artigo 1908.º do Código Civil uma particular modalidade de confiança judicial a pessoa diversa dos progenitores, embora a título condicional e em caso de falecimento do progenitor guardião.

É a seguinte a redação desse artigo 1908.º do Código Civil: *quando se verifique alguma das circunstâncias previstas no artigo 1918.º pode o tribunal, ao regular o exercício das responsabilidades parentais, decidir que se falecer o progenitor a quem o menor for entregue, a guarda não passe para o sobrevivente; o tribunal designará, nesse caso a pessoa a quem, provisoriamente, o menor será confiado.*

Esta norma permite que o tribunal profira decisão a confiar a criança, futuramente e apenas em caso de falecimento do progenitor guardião, a terceira pessoa que não o outro progenitor, a quem, de acordo com a regra geral inserta no artigo 1904.º do Código Civil, caberia a guarda e o exercício das responsabilidades parentais em face desse decesso.

Naturalmente que tal decisão terá de assentar em factos que permitam estabelecer a previsão de ocorrência de uma muito provável situação de perigo para a criança, caso esta passasse a residir com o progenitor não guardião, quer em razão da particular situação e condições pessoais ou sociais deste, quer por virtude de quaisquer circunstâncias atinentes às pessoas que com este co-habitam ou convivam¹³⁰.

Será enquadrável nesta previsão o facto de o progenitor não guardião ser toxicodependente ou alcoólico crónico ou padecer de perturbações mentais que impeçam o exercício equilibrado das responsabilidades parentais.

Até há pouco tempo, podíamos ainda encontrar na lei uma outra modalidade de confiança judicial, no caso confiança da criança ou do jovem aos próprios progenitores.

¹³⁰ LIMA, Pires de; VARELA, Antunes, *ob. cit.*; p.406.

Com efeito, dispunha o n.º 2 do artigo 1905.º do Código Civil, na redação introduzida pelo Decreto-Lei n.º 496/77 de 25 de Novembro, que *na falta de acordo, o tribunal decidirá de harmonia com o interesse do menor, podendo este ser confiado à guarda de qualquer dos pais (...)*.

A confiança judicial assumia, neste caso, a forma de atribuição da guarda e do próprio poder paternal da criança ou do jovem a um dos progenitores, em caso de divórcio, separação judicial de pessoas e bens ou em caso de declaração de nulidade ou anulação do casamento.

Nesta anómala (ou, pelo menos, impropriamente denominada) modalidade de confiança judicial são os pais da criança que figuram como sujeitos passivos, constituindo, portanto, um exceção à regra de que, por definição, o confiar-se uma criança a um adulto implica, concomitantemente, que os pais não possam, não consigam ou não devam exercer as responsabilidades parentais.

Talvez por isso o regime de regulação do exercício das responsabilidades parentais que foi vertido no artigo 1906.º do Código Civil, na redação introduzida pelo Decreto-Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, não contenha o termo *confiança*, antes fazendo referência, com maior correção, à necessidade de o tribunal determinar a residência da criança e, de modo supletivo, caso o regime regra do exercício conjunto não for do interesse daquela, determinar a qual dos progenitores compete o exercício das responsabilidades parentais.

XI. – Pressupostos substantivos da confiança judicial com vista a futura adoção.

Antes de analisarmos as diversas alíneas do n.º 1 do artigo 1978.º do Código Civil, cabe salientar o comando legal inserto no n.º 2 do mesmo artigo e dirigido especificamente ao tribunal que tem a seu cargo a decisão.

XI.1 – O interesse da criança.

Com efeito, na apreciação de qualquer uma das circunstâncias descritas nas alíneas daquele n.º 1 o tribunal deve atender prioritariamente aos direitos e interesses da criança.

Qual o verdadeiro significado deste comando?

O interesse da criança é um conceito indeterminado a ser procurado em cada caso concreto, embora seja possível densificá-lo de modo objetivo por forma a evitar excessos de subjetividade na sua invocação. Os *especialistas das ciências sociais e humanas identificam o interesse do menor com a estabilidade das condições de vida da criança, das suas relações afetivas e do seu ambiente físico e social*³¹.

Esse interesse define-se, em cada situação, *através de uma rigorosa avaliação concreta, determinada por uma perspetiva global e sistémica, de natureza interdisciplinar e interinstitucional, visando a satisfação da premente necessidade da criança de crescer harmoniosamente, em ambiente de amor, aceitação e bem-estar, salvaguardando-se a continuidade das suas ligações afetivas estáveis*³².

Assim sendo e em primeira linha, o verdadeiro significado dessa determinação legal é o de que o julgador, em caso de conflito entre o interesse dos progenitores em manter o vínculo biológico e o interesse da criança em ver esse vínculo substituído por outro semelhante, deve dar prevalência à solução concreta que melhor permita garantir o bem-estar da criança e o seu desenvolvimento integral³³.

Em segundo lugar, esse comando visa situar o julgador na ótica da criança e do ponto de vista dos direitos da criança e não apenas na consideração dos direitos dos progenitores. É relevante salientar, neste particular, que o juiz, embora mantendo a imparcialidade, deve considerar, em primeira linha, a posição afetiva e relacional da criança em face dos seus progenitores e só em último plano a mera ligação biológica daquela em face destes.

Efetivamente, há que avaliar, sempre no plano do melhor interesse da criança e em cada caso, a existência de verdadeiro afeto entre pais e filhos, mas também e ainda como fator externo indiciador desse afeto, a qualidade da relação entre ambos e o modo como aqueles prestam os cuidados ao filho.

³¹ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Quem são os «verdadeiros» pais? Adoção plena de menor e oposição dos pais biológicos*, in *Direito e Justiça*, vol. XVI, tomo I; Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 2002, p.197.

³² GUERRA, Paulo; *loc. cit.*, p.81.

³³ Cfr., neste sentido, o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 17 de Setembro de 2015, processo n.º 322/14.3RBVLG.P1, disponível em www.gde.mj.pt.

De facto, a existência de afeto dos pais *nada significa quando separado dos cuidados e das atenções de que esta necessita, constantemente, no dia-a-dia*¹³⁴, até porque esse afeto da criança para com o adulto resulta também do modo como ela sente que é cuidada e protegida por ela.

Assim, o interesse do menor há de buscar-se no ponto de equilíbrio ótimo entre a continuidade dos afetos da criança, a qualidade dos cuidados funcionais a dispensar à mesma e a capacidade para o exercício da função parental do prestador desses cuidados.

Se essa tripla de fatores radica nos (ou num dos) progenitores, estes serão então os verdadeiros referenciais da criança, dos quais esta nunca poderá, nem deverá ser separada. Neste caso, o interesse da criança é manter-se «confiada» aos pais biológicos.

Se de todo forem ausentes aquelas condições, o interesse do menor exigirá, com toda a certeza, a necessidade de encontrar alguém que funcione como figura referencial¹³⁵ e que assuma, plenamente, a difícil missão de cuidar de uma criança.

Nem sempre, contudo, as águas se separam assim tão nitidamente. Cada caso é um caso. E, em cada um, o interesse de cada criança poderá ser diverso.

Por vezes, um daqueles fatores até está presente, mas os outros (ou um dos outros) estão apenas esbatidos e assumem uma ténue verosimilhança, o que dificulta a identificação do que seja o verdadeiro interesse do menor.

É nessas situações mais complexas que maiores dificuldades se deparam aos julgadores na procura ponderada da solução que melhor permita consubstanciar o interesse do menor no caso concreto.

Por fim, aquela imposição legal de atender prioritariamente aos direitos e interesses da criança significa que não podem fundar a decisão de confiar, ou não, uma criança com vista a futura adoção quaisquer considerações subjetivas do julgador no que concerne ao instituto da adoção, *como se fosse possível ser-se a favor ou contra a adoção, em termos abstratos*¹³⁶.

O que há sempre que ter em conta no respeito desse comando é que qualquer decisão que decrete uma confiança judicial com vista a futura adoção não pode ser tomada contra os pais biológicos, nem vista como uma punição dos progenitores (até porque não se exige a culpa destes, como *infra se verá*), mas apenas e só tomada pela criança e favor desta.

¹³⁴ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *A nova lei da adoção*, in Direito e Justiça, vol. XVIII, tomo II; Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 2004, p.243.

¹³⁵ Sobre o critério da figura primária de referência para atribuição da guarda em caso de divórcio dos progenitores, cfr. SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do Exercício do Poder Paternal nos Casos de Divórcio*; 4ª Edição – Revista, Aumentada e Atualizada (3.ª Reimpressão da 4.ª edição de Junho de 2002); Coimbra: Almedina, 2008, p.58-62. Sobre a importância e o papel relevante de uma pessoa de referência na recuperação das crianças maltratadas, veja-se o estudo já citado de CANHA; Jeni.

¹³⁶ GUERRA, Paulo; *loc. cit.*, p.81.

No entanto, também se deve tomar em consideração que não é legítimo fundar uma confiança judicial com vista a futura adoção apenas na invocação do superior interesse da criança¹³⁷, antes devendo igualmente estar preenchidos determinados pressupostos legais elencados nas diferentes alíneas do n.º 1 do artigo 1978.º do Código Civil (e que em seguida serão objeto de aprofundada análise).

XI.2 – A confiança em razão de orfandade:

Na alínea a). do n.º 1 do artigo 1978.º do Código Civil prevê-se o caso de o confiado ser filho de pais incógnitos ou falecidos.

Esta alínea não oferece dificuldades de maior ao intérprete.

Com efeito, prevê-se aqui a possibilidade de confiar com vista a futura adoção aqueles cuja paternidade ou maternidade não está estabelecida ou em relação aos quais não é conhecida a identidade dos pais.

Para tal, há que atender à situação registral da criança. Se não há registo da paternidade, tem-se por preenchida a referida alínea, ainda que haja algum cidadão que possa eventualmente ser visto e reconhecido pela comunidade como progenitor daquela criança.

Por outro lado, é de notar não ser necessário para o preenchimento da *facti species* desta situação da alínea a). do n.º 1 do artigo 1978.º do Código Civil que se demonstre a existência de uma situação de abandono, até porque sendo desconhecidos os pais do menor sempre faltaria a prova do sujeito do abandono.

Do mesmo modo, tendo falecido os pais da criança é possível, em princípio, decretar a confiança judicial com vista a futura adoção, sendo irrelevante a consideração do comportamento anterior dos pais agora falecidos para a decisão da confiança judicial com vista a futura adoção.

Ou seja, nada obsta a que uma criança que sempre tenha beneficiado do afeto e dos necessários cuidados funcionais por parte dos pais biológicos, venha, depois do decesso destes, a ser confiada com vista a futura adoção.

Contudo, é mister atentar sempre que a criança não pode ser confiada com vista a futura adoção se, apesar de ser filha de pais incógnitos ou falecidos, a viver com qualquer ascendente, colateral até ao terceiro grau ou tutor e a seu cargo, salvo se estes a puserem em perigo ou se o tribunal considerar que essa situação não é adequada a assegurar o interesse da criança (cfr. n.º 4 do artigo 1978.º do Código Civil).

¹³⁷ Neste sentido, NIEMIEC, Amélie, *La déclaration judiciaire d'abandon*, disponível em http://edocorale74.univ-lille2.fr/fileadmin/master_recherche/T_I_chargement/memoires/personnes/niemieca06.pdf [consulta em 2 de Outubro de 2010].

XI.3 – A confiança em razão de consentimento:

Nos termos do disposto na alínea b). do n.º 1 do artigo 1978.º do Código Civil, é possível confiar a criança com vista a futura adoção se e quando tiver havido consentimento prévio para a adoção.

Já *supra* me debrucei sobre a forma, modo e efeitos do consentimento prévio para a adoção pelo que se remete para o lugar próprio quanto a tal matéria.

Também aqui não se deparam dificuldades especiais.

Cabe, contudo, referir que a inclusão desta situação na previsão do artigo 1978.º do Código Civil se mostra algo deslocada, porquanto a confiança com vista a futura adoção visa precisamente suprir a falta de consentimento dos progenitores, permitindo que se estabeleça a situação de adotabilidade da criança, ainda que contra ou na ausência da vontade dos pais nesse sentido.

Assim sendo, a previsão normativa dessa alínea b). melhor estaria se autonomizada, por exemplo, junto dos preceitos legais relativos ao consentimento (cfr. artigos 1981.º a 1983.º do Código Civil) dado que pressupõe uma situação de facto totalmente diversa daquelas que subjazem às demais alíneas do mesmo n.º 1 daquele artigo 1978.º.

Todavia, a sua inserção sistemática neste local tem, ao menos, a vantagem de concentrar num único preceito legal todas as circunstâncias em que se permite a confiança judicial com vista a futura adoção, independentemente da sua natureza e concreto cariz.

No entanto, em termos práticos, quando há consentimento prévio prestado é mais frequente que ao mesmo se siga uma confiança administrativa ou uma medida de proteção de confiança judicial a instituição com vista a futura adoção consensualmente obtida do que propriamente uma medida de confiança com vista a futura adoção.

De resto, a previsão desta alínea, tal como a das demais, pode funcionar simultaneamente em relação a ambos os pais ou, separadamente, cada uma em relação a cada um deles¹³⁸.

Cabe ainda referir que, nos casos enquadráveis nesta alínea b). do n.º 1 do artigo 1978.º do Código Civil não se aplica o pressuposto negativo plasmado no n.º 4 do mesmo artigo. Ou seja, no caso de haver consentimento de ambos os progenitores (e ao contrário do que ocorre nas situações previstas nas demais alíneas) pode o tribunal confiar com vista a futura adoção uma criança que esteja a viver com qualquer ascendente, colateral até ao terceiro grau ou tutor.

Todavia, como é de linear clareza, o respeito pela manutenção das relações psicológicas e afetivas profundas da criança pode, as mais das vezes, desaconselhar ou mesmo impedir totalmente a confiança.

¹³⁸ Neste sentido, GUERRA, Paulo; *loc. cit.*, p.84.

De facto, não faria sentido, nem seria do interesse da criança, encaminhá-la para adoção quando, em princípio, a mesma beneficia já da proteção de um meio familiar são e protetor onde alguém (por coincidência seu familiar) assume já o exercício condigno das funções inerentes às responsabilidades parentais.

Note-se que mesmo quando é aplicável a restrição decorrente do facto de a criança viver e estar a cargo daquelas pessoas, o tribunal deve sempre averiguar se tal situação é adequada a assegurar suficientemente o interesse da criança, em conformidade com a parte final daquele n.º 4 do artigo 1978.º do Código Civil.

Tal não significa, noutra pólo e caso não se verifique tal pressuposto negativo, que o tribunal vá, *ex officio*, sem mais, interpelar essas pessoas para averiguar se têm interesse em ficar com a criança a seu cargo¹³⁹, sendo antes de presumir que aqueles familiares nisso não têm interesse, pois que nada vieram requerer a juízo.

XI.4 – A confiança em razão do abandono:

O abandono é uma terceira circunstância que permite confiar judicialmente uma criança ou jovem com vista a futura adoção.

A lei, não define, contudo, o que seja o abandono para efeitos deste normativo legal.

No entanto, o abandono que aqui se prevê não é já uma situação jurídica de um concreto estado de abandono (tal como ocorria no domínio de vigência do artigo 1978.º do Código Civil com a redação introduzida pelo Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro) em razão de um desinteresse manifesto dos pais pelos filhos.

Com efeito, o vocábulo abandono é usado aqui no sentido comum em que é utilizado na linguagem comum: o de deixar ou largar o filho em determinado lugar¹⁴⁰ (seja num hospital¹⁴¹, seja em plena via pública) renunciando, portanto, aos direitos e deveres inerentes ao exercício das responsabilidades parentais¹⁴². O abandono pressupõe, assim, deixar alguém sobre quem se tem responsabilidades, não mais se ocupando dela, abdicando dessas responsabilidades e deixando-o, eventualmente (mas não necessariamente) sem cuidados, sem auxílio, nem proteção.

¹³⁹ BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo; *ob. cit.*, p.351.

¹⁴⁰ Cfr. AA. VV., Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea da Academia das Ciências de Lisboa; Lisboa: Academia das Ciências de Lisboa e Editorial Verbo, 2001, vol. I, p.7.

¹⁴¹ O Acórdão da Relação de Lisboa de 11 de Agosto de 2003 (publicado na *Coletânea de Jurisprudência, 2003, Ano XXVIII, tomo IV, pp.88-90*) debruçou-se sobre uma confiança judicial de uma criança deixada no hospital onde nasceu pelos pais que entretanto declararam não se opor à entrega imediata do filho a um casal com vista a futura adoção. No aresto refere-se que o abandono referido na alínea c). *dispensa, para se tornar relevante, a sua duração por qualquer período mínimo de tempo*. De modo não isento de crítica, no mesmo aresto considerou-se que *temos como certo que haverá abandono quando os pais revelarem em relação ao filho um desinteresse manifesto (...) em termos de comprometer seriamente os vínculos afetivos próprios da filiação*.

¹⁴² O consentimento dos pais biológicos é visto, por alguns, como um verdadeiro abandono – cfr. MALAURIE, Phillipe; FULCHIRON, Hugues, *Droit Civil – La Famille*, 3ª Edição; Paris: Defrenois, Lextenso Éditions; 2009, p.565, nota 90.

Não se trata, portanto, de um abandono no sentido de descuido ou desleixo no exercício daquelas responsabilidades, situação que, contudo, obterá guarida na alínea d), mas não nesta alínea c). do n.º 1 do artigo 1978.º do Código Civil.

Com efeito, como bem distingue Paulo Guerra¹⁴³ o núcleo essencial de aplicação do normativo desta alínea c). pretende abarcar aquelas situações cujos fenómenos abandonónicos *se consubstanciam e esvaziam num ato único de despojamento em relação ao filho, não querendo abranger a situação daqueles pais que, na linguagem corrente, deixam o filho abandonado à sua sorte, deixando-o viver uma vida autossuficiente e entregue a si próprio (situação já abrangida pela alínea d)). Veja-se até que a alínea a). do n.º 2 do artigo 3.º da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo (LPCJP) distingue a criança abandonada da criança entregue a si própria, duas realidades primas mas não irmãs gémeas.*

Efetivamente, é mister distinguir, com rigor máximo, o campo de aplicação de cada uma das alíneas do n.º 1 do artigo 1978.º do Código Civil.

Se o abandono da criança pelos pais, como fundamento da adoção, tem de ser a negação rotunda do dever de velar pela segurança e saúde do primeiro e de prover ao seu sustento, dirigir a sua educação, representá-lo e administrar os seus bens, o abandono, para efeitos da alínea c). que ora se analisa, é a negação imediata, instantânea e definitiva, configurando a negação progressiva uma situação clara da alínea d) ou eventualmente da alínea e) se a criança já estiver acolhida¹⁴⁴.

Em suma, *abandonar é deixar, é mais que não cuidar, é ir-se embora. (...) O abandono é ato especial. É um ato tão censurável que é bastante por si só, para fazer desencadear uma consequência drástica¹⁴⁵.*

No abandono, como *infra* veremos, pode não chegar a existir qualquer vínculo afetivo dos progenitores em relação à criança, o que é relevante para a distinção entre os conceitos de desinteresse e de abandono, bem como para a questão da necessidade prova da inexistência dos vínculos afetivos próprios da filiação.

Como caso paradigmático da aplicação desta alínea podemos descrever sumariamente a seguinte situação real em que tive intervenção enquanto juiz¹⁴⁶.

A., sem paternidade averbada, era filha de uma adolescente toxicodependente e que se prostituía. À mãe de A. havia sido aplicada, por acordo, a medida de acolhimento de curta duração numa instituição vocacionada para a desintoxicação de estupefacientes. Nesta instituição a mãe de A. apenas alimentava e lavava a filha quando interpelada para o efeito pelos respetivos funcionários.

¹⁴³ *Loc. cit.*, p.87.

¹⁴⁴ BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo; *ob. cit.*; pp.345 e 346.

¹⁴⁵ ROCHA, Maria Dulce; *Adoção – Consentimento – Conceito de abandono*, in Revista do Ministério Público, n.º 92, Ano 23, Out/Dez 2002, p.101.

¹⁴⁶ Processo n.º 4054/04.2TBGMR.

No dia do primeiro aniversário de A., a sua mãe fugiu da instituição abandonando-a. A. foi então transferida para outra instituição, onde esteve seis meses sem que a sua mãe (ou qualquer outro familiar) alguma vez a tenha visitado (não se tendo provado que esta não soubesse que A. ali se encontrava).

Temos neste caso uma clara situação de abandono, em que através de uma ação única uma mãe adolescente deixou a filha numa instituição, com clara intenção de não mais dela cuidar. Note-se que para a prova do abandono não é necessário que se demonstre que a criança ficou abandonada¹⁴⁷, sozinha, sem quem dela cuidasse, bastando que, objetivamente, seja inequívoca a existência da conduta abandonónica por parte do(a) progenitor(a) nos termos supra referenciados.

No caso, obviamente, foi decretada a confiança judicial com vista a futura adoção, após realização de debate judicial, no âmbito de um processo de promoção e proteção, não tendo sido apresentado recurso dessa decisão.

Chocante foi também a situação de L., objeto de processo de promoção onde também foi decidido aplicar a medida de confiança judicial com vista a futura adoção¹⁴⁸.

L. não sabia sentar-se à mesa e rejeitava os alimentos adequados à sua idade, nomeadamente sopa, carne, peixe ou fruta; habitualmente L. era vestida com roupa que não era adequada para a época e andava com uma chupeta que cheirava mal e tinha o bico estragado.

L. não tinha brinquedos, não vestia roupa limpa nem adequada para a época, apresentava intenso odor, tinha piolhos no cabelo e proferia palavrões. L. assistia a discussões e agressões entre os progenitores.

Em razão disso, L. havia estado seis meses acolhida por um casal (em virtude da aplicação, em sede de comissão de proteção, da medida de confiança a pessoa idónea¹⁴⁹), o qual, por várias razões, findo esse período não mais quis manter a situação.

No caso em apreço, ficou provado que a mãe de L. fugia de casa, mantendo-se ausente durante alguns dias. A mãe de L. não trabalhava e acabou por sair de casa, definitivamente, para ir para um circo, na madrugada do dia em que L. voltaria a reintegrar o núcleo familiar, deixando de estar à guarda e sob os cuidados do dito casal.

Entretanto, L. foi institucionalizada provisoriamente e a mãe de L., sendo sabedora do local onde estava a sua filha, nunca a foi visitar durante mais de três meses e nunca a procurou até ao dia em que foi apresentado o pedido de confiança.

Aliás, nem o pai, nem a mãe de L. contribuíram com qualquer quantia para o sustento da criança enquanto esta esteve a cargo daquele casal, nem tão pouco procederam ao pagamento das despesas do

¹⁴⁷ Cfr., neste sentido, ROCHA, Maria Dulce; ob. cit., p.102.

¹⁴⁸ Processo n.º 426/08.1TBGMR.

¹⁴⁹ Cfr. artigo 35.º, n.º 1, alínea c). da L.P.C.J.P..

infantário onde aqueles a inscreveram, não obstante ter ficado expressamente consignado no respetivo acordo de promoção que os progenitores deviam suportar as despesas de educação de L..

Por outro lado, o pai da L. não se mostrava capaz de dela cuidar, não lograva comunicar com ela nem estimulá-la devidamente, desconhecendo, inclusive, os seus gostos e interesses. Nas visitas que efetuava ao centro de acolhimento temporário era a própria L. que dinamizava o respetivo tempo. De resto, o próprio pai de L. desresponsabilizava-se pelo futuro da criança e, assumindo a sua incapacidade parental, remetia para a família alargada as obrigações de a sustentar, de a educar, enfim, de a fazer crescer.

Nesta situação, concluiu-se pela existência de um abandono por parte da progenitora e com fundamento na alínea c). do n.º 1 do artigo 1978.º do Código Civil encaminhou-se a criança para a adoção, decretando-se a medida de confiança judicial com vista a futura adoção. Já quanto ao progenitor, a decisão estribou-se nas condicionantes referidas nas alíneas d). e e). desse normativo, sem que os progenitores tivessem apresentado recurso.

Também aqui não houve hesitações por parte dos julgadores e não tenho dúvida que foi a melhor solução possível para esta criança e a que satisfaz o seu superior interesse, pondo também cobro a sofrimentos e privações inaceitáveis para os tempos atuais.

Em ambas as situações *supra* descritas, além do evidente abandono, os julgadores depararam-se com casos paradigmáticos de incapacidade maternal em que não se lograram estabelecer quaisquer relações de qualidade¹⁵⁰ entre mães e filhas.

Porém e voltando à análise jurídica desta alínea c). do n.º 1 do artigo 1978.º do Código Civil, cabe sublinhar que a criança não pode ser confiada com vista a futura adoção se, apesar de ter sido abandonada pelos pais, estiver a viver com qualquer ascendente, colateral até ao terceiro grau ou tutor e a seu cargo, salvo se estes a puserem em perigo ou se o tribunal considerar que essa situação não é adequada a assegurar o interesse da criança (cfr. n.º 4 do artigo 1978.º do Código Civil).

¹⁵⁰ *As mães incapazes vivem, por vezes, sentimentos de ambivalência, chegam a culpabilizar-se pelas atitudes que tomaram, mas não conseguem alterar o seu estilo de vida, não conseguem aquele mínimo de organização que permita cuidar de um filho e sobretudo não são capazes de entender as suas necessidades.(...) Embora muitas não lhes causem lesões físicas, não dão atenção à criança, não cuidam dela, não conseguem interagir com o bebé, que fica entregue a outras pessoas, sofrendo os danos psicológicos que advêm das diversas descontinuidades afetivas, ou que crescem sem qualquer referência afetiva. (...) Nos casos mais graves, estas mulheres não conseguem relações afetivas sólidas, têm sucessivos “companheiros”, praticam muitas vezes a prostituição, não se fixam em nenhum emprego, não têm horários para nada, não conseguem alimentar os filhos, por não confeccionarem refeições, descuidam os cuidados de saúde, deixam as crianças sozinhas longos períodos, verificam-se muitas vezes hospitalizações frequentes, por quedas, queimaduras, ou outros acidentes provocados pela falta de cuidado e atenção e acabam com frequência por deixá-las em amas, a quem as entregam, quer de dia, quer de noite. São mães muito desorganizadas, que não protegem, nem estabelecem com os filhos quaisquer relações de qualidade. São também pessoas muito infelizes e que geralmente verbalizam o seu profundo sofrimento. Contudo, ainda que digam, por vezes, que querem os filhos, geralmente têm motivações egoísticas e não conseguem representar o interesse das crianças. Mesmo quando reconhecem não ter condições para ficar com eles, gostavam que eles permanecessem numa instituição, onde os pudessem visitar quando lhes aprouvesse - ROCHA, Maria Dulce, loc. cit., pp.102 e 103.*

XI.5 – A confiança em razão do perigo grave:

Na alínea d). do n.º 1 do artigo 1978.º do Código Civil prevê-se a possibilidade de o tribunal confiar a criança com vista a futura adoção se os pais, por ação ou omissão, mesmo que por manifesta incapacidade devida a razões de doença mental, puseram em perigo grave a segurança, a saúde, a formação, a educação ou o desenvolvimento da criança.

O que avulta nesta previsão legal é que a confiança judicial dispensa a necessidade de verificação da imputação, a título culposo, dos comportamentos, ativos ou omissivos, dos progenitores para com os filhos¹⁵¹.

Com efeito, a confiança judicial pode também ser decretada sempre que os pais, independentemente de culpa, coloquem em grave perigo o seu próprio filho.

Pressupõe-se aqui, pois, uma mera avaliação objetiva do modo como os pais desempenham a função parental e da forma como se relacionam com os filhos.

Neste particular e para a avaliação do tipo de ações e omissões causadores do perigo grave, é mister compreender que o incumprimento, ou o deficiente cumprimento, do exercício das responsabilidades parentais resulta, vastas vezes, não de atos conscientes e voluntários dos pais mas por motivos atinentes a mera incapacidade, a falta de empenho, à simples inexperiência, a determinados parâmetros culturais, a doença, a desvios comportamentos ou, ainda, em razão da dependência de determinadas substâncias, como estupefacientes ou álcool¹⁵².

Não faz sentido, nem tal resulta da lei, que a confiança com vista a futura adoção seja configurada como uma forma de punir os pais por quaisquer atos praticados ou omitidos, antes estando legalmente delineada como uma providência cujo desiderato único é proteger a criança.

¹⁵¹ No sentido de que não é requisito da aplicação da medida a imputação aos pais, a título de culpa, da situação de perigo ou potenciadora de perigo, pois basta a objetiva verificação da situação e efeitos dela resultantes (a não existência, ou o sério comprometimento, dos vínculos afetivos próprios da filiação) vejam-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30 de Junho de 2011, disponível em <http://www.gde.mj.pt>; o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 14 de Abril de 2011, disponível em <http://www.gde.mj.pt> e o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 29 de Março de 2011, disponível em <http://www.gde.mj.pt>.

¹⁵² No sentido, por mim também defendido, de que *a colocação do filho em perigo, por manifesta incapacidade dos pais, abrange também as situações de toxic dependência ou alcoolismo* veja-se RAMIÃO, Tomé d' Almeida, *ob. cit.*, p.73. No sentido de que os factos de que dependem as diversas alíneas do n.º 1 do artigo 1978.º do Código Civil (mesmo face ao texto decorrente da redação de 1993) não dependem da culpa dos pais, veja-se SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Adoção ou o Direito ao Afeto*, in Scientia Iuridica, Tomo LIV, n.º 301, Janeiro-Março 2005, pp.131 e 132. E, ainda, da mesma Autora, o já referido *Quem são os «verdadeiros» pais? Adoção plena de menor e oposição dos pais biológicos*, in Direito e Justiça, vol. XVI, tomo I; Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 2002, p.206, onde se refere (citando DUARTE, Maria de Fátima Abrantes, *O poder paternal. Contributo para o estudo do seu atual regime*, AAFDL, 1989, p.203) que *a doutrina tem também entendido que neste contexto «não se valora em especial a culpa mas dá-se apenas realce à situação de incompatibilidade entre um normal desenvolvimento do filho e o exercício do poder paternal pelos seus pais» e que o incumprimento dos deveres fundamentais dos pais referido no art.º 36.º, 6 da CRP é um incumprimento objetivo*. Também não vislumbro qualquer incompatibilidade entre tal interpretação e o preceito constitucional em causa, nada indiciando que a Lei Fundamental exija qualquer requisito adicional para além do não cumprimento dos deveres dos pais para com os seus filhos, pois que, se assim fosse, a redação daquele normativo não deixaria de incluir a expressa menção à culpa nesse incumprimento.

De facto, já supra salientámos que a verificação das condições previstas em qualquer uma das alíneas do n.º 1 do artigo 1978.º do Código Civil se deve operar na ótica da primordial consideração dos direitos e interesses da criança, o que, de resto, resulta do n.º 2 daquele artigo 1978.º.

Tal significa que o julgador deve atender mais à situação concreta da criança, ao perigo em que a mesma se encontra e as respetivas causas, do que aos fatores concretos que permitiram a imputação subjetiva, através do conceito de culpa, dos comportamentos dos pais.

Em abono desta posição pode chamar-se à colação o disposto no artigo 1915.º do Código Civil onde se prevê como fundamento da inibição do exercício das responsabilidades parentais, ao lado da infração culposa dos deveres para com os filhos, a falta de condições para cumprir tais deveres *por inexperiência, enfermidade, ausência, ou outras razões*.

Ou seja, além das situações de violação culposa daqueles deveres que os pais têm para com os filhos, a lei permite que os progenitores sejam inibidos do exercício das responsabilidades parentais em determinados quadros factuais para as quais em nada contribuíram de modo voluntário e consciente: vejam-se os casos de doença e de inexperiência.

O fundamento que subjaz a tal previsão normativa é, obviamente, a necessidade de proteção do pólo mais débil da relação pais-filhos, sendo o interesse destes prevalecente face ao eventual interesse dos progenitores em manter tal relação.

No entanto, e como facilmente se antolha, na base desta hermenêutica está a superação completa da consideração do caduco poder paternal enquanto mero direito individual que vê nos filhos um objeto de posse do titular daquele direito.

Hodiernamente, a conceção do que seja o poder paternal é bem diversa.

De modo impressionante, não se alude já a esse poder, antes se preferindo o conceito de responsabilidades parentais¹⁵³ que acentua parâmetros que contêm com aspetos relacionais, com os afetos, e com a obrigação e o modo de cuidar.

Esta denominação de responsabilidade ou cuidado parental *exprime uma ideia de compromisso diário dos pais para com as necessidades físicas, emocionais e intelectuais dos filhos*¹⁵⁴. Ou seja, *traduz melhor o poder-dever dos pais de promoverem o desenvolvimento, a educação e a proteção dos filhos menores*¹⁵⁵.

A expressão poder paternal, por seu turno, acentua a ideia de que o pai, enquanto figura dominante da família patriarcal, tem a posse ou o domínio sobre os filhos. Obviamente que tal expressão não é mais que o

¹⁵³ Sobre o novo regime das responsabilidades parentais, introduzido no âmbito da nova Lei do Divórcio, veja-se LOPES, Alexandra Viana; *loc. cit.*, pp. 137-178.

¹⁵⁴ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do exercício do poder paternal nos casos de divórcio*; 4ª Ed. reimpressão; Coimbra: Almedina, 2004, p.19.

¹⁵⁵ DIAS, Cristina, *A Criança como sujeito de direitos e o poder de correção*, in *Julgar*, Edição da Associação Sindical dos Juizes Portugueses; Janeiro – Abril 2008; Coimbra: Coimbra Editora, p.88.

reflexo conceitual do paradigma tradicional da infância, ainda tributário do antigo direito romano, mas já totalmente ultrapassado, como aliás, demonstrámos no primeiro capítulo deste trabalho.

A família é hoje um espaço de igualdade em que os respetivos membros, enquanto sujeitos de direitos, não se inter-relacionam já num estrito plano hierárquico, outrossim num plano mais afetivo e emocional.

Daí que o exercício responsável da parentalidade implique uma vivência altruísta dos pais no sentido de fazerem prevalecer os interesses dos filhos sobre os seus próprios interesses, de colocarem as tarefas de cuidado e de acompanhamento das crianças à frente das suas necessidades, das suas preferências e das suas prioridades.

A par disso, esse exercício implica disponibilidade (de tempo, mas também emocional), capacidade de comunicar, afetividade, serenidade, bem como adoção de comportamentos equilibrados e sensatos, mas também normativos (no sentido de respeito pelas normas sociais e pelas leis) que possam servir de arquétipo e de bom exemplo para os filhos.

O comportamento dos pais é sempre um modelo para os filhos: *os nossos filhos também imitam a nossa capacidade para identificar e gerir os sentimentos*¹⁵⁶ ou, como explica Eduardo Sá, *as crianças são uma invenção dos pais: podem ser construídas peça a peça, assim os pais tenham os devidos cuidados na sua montagem*¹⁵⁷.

Efetivamente, é sobejamente sabido que o normal desenvolvimento da criança *se processa sob a forma de identificação aos modelos parentais com quem é suposto ter relações objectais privilegiadas nos primeiros anos de vida*¹⁵⁸.

Neste particular sublinhe-se que *a disciplina é o segundo presente mais importante que um pai pode dar a uma criança. O amor vem em primeiro lugar, é claro*¹⁵⁹.

E é apodítico que a autoridade *se legitima com bons exemplos*¹⁶⁰.

É do senso comum que não há modelos ideais de boas mães ou de bons pais. As mães e os pais, de resto, são todos diferentes, mas todos imprescindíveis, desde que capazes, competentes e disponíveis.

Como é evidente, a capacidade biológica de gerar e dar à luz um filho nada diz quanto à efetiva capacidade de o educar, de o amar, de o proteger e de o fazer uma criança feliz e um adulto responsável, equilibrado e com ferramentas para enfrentar a vida.

¹⁵⁶ BRAZELTON, T. Berry; SPARROW Joshua D., *O Método Brazelton – A Criança e A Disciplina*, Lisboa: Editorial Presença, 2007; p.47.

¹⁵⁷ *Crianças para Sempre*, Lisboa: Fim de Século Edições, 2000; p.31.

¹⁵⁸ FERREIRA, Teresa; *Em Defesa da Criança – teoria e prática psicanalítica da criança*, Organização e Introdução de João Seabra Diniz e Pedro Strecht; Lisboa: Assírio & Alvim, 2002; p.111.

¹⁵⁹ BRAZELTON, T. Berry; SPARROW Joshua D., *ob. cit.*, p.13.

¹⁶⁰ SÁ, Eduardo [et al.], *ob. cit.*, p.78.

A capacidade de ser mãe no sentido ora exposto e as respetivas competências têm de ser avaliadas, obviamente, de acordo com a história pessoal da mãe, com a sua personalidade, com o modo como se relaciona com o filho e também com a sua ligação ao pai da criança e até aos seus próprios progenitores.

No entanto, nessa avaliação, não se poderá perder de vista o meio sociocultural em que a mãe está inserida pois que, como alerta João Seabra Diniz *é natural que as deficiências de uma capacidade materna sejam encobertas e compensadas num meio favorável e se tornem dramaticamente evidentes em condições externas muito negativas*¹⁶¹. No entanto, também *há mães nas condições económicas mais deploráveis que nunca hesitam na sua consciente atitude materna em relação ao filho*¹⁶².

Do expendido e para além de qualquer dúvida razoável, decorre que a mera incapacidade de exercício responsável dos deveres de cuidado parentais pode fundamentar uma confiança judicial com vista a futura adoção posto que tal incapacidade coloque a criança em perigo, como, de resto, as mais das vezes acontecerá de modo claro.

Esse perigo, como *infra* se verá, não deriva apenas de eventuais lesões físicas podendo ter também a sua génese na falta de cuidados, na falta de afeto, na incapacidade de os progenitores interagirem com os seus filhos, na incapacidade de compreenderem e sentirem as necessidades dos filhos.

É que *a experiência que a criança tem dos seus pais – adotivos ou não – é a dos cuidados e afeto. É a partir do desempenho da função parental que se organiza a relação. (...) Para uma criança, mãe ou pai, psicologicamente, é quem desempenha a respetiva função e a vive como tal, de uma forma autêntica e profunda*¹⁶³.

Devem afastar-se, pois, fundamentos meramente biológicos ou resultantes de laços de consanguinidade¹⁶⁴ na interpretação da previsão normativa do n.º1 do artigo 1978.º do Código Civil e em particular das respetivas alíneas d). e)..

Postas as coisas neste plano, surge como natural e sistematicamente coerente a opção legislativa pela conceção objetivista, prescindindo da culpa dos progenitores como requisito da confiança com vista a futura adoção¹⁶⁵. Os comportamentos culposos dos pais biológicos não fazem parte, portanto, dos requisitos de

¹⁶¹ *Este meu filho que eu não tive – A adoção e os seus problemas*, Porto: Edições Afrontamento, 1993 p.27. Não se olvide que os maus tratos afetam crianças e famílias de todos os estratos e estatutos sociais. Contudo, é bastante mais difícil identificar as situações de maus tratos que ocorrem nas famílias favorecidas e de estratos sociais mais altos: há maior privacidade nos locais frequentados pelas crianças e nas suas habitações o que preserva os filhos dessas pessoas dos ouvidos e olhares alheios, em especial, dos serviços públicos de segurança social; além disso, o maior nível de instrução também permite camuflar ou justificar de modo mais credível certos acontecimentos perante terceiros.

¹⁶² BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo; *ob. cit.*; p.351.

¹⁶³ DINIZ, João Seabra; *ob. cit.*, p.125 e 126.

¹⁶⁴ A excessiva preocupação com a origem biológica é um problema dos adultos, que não da criança, embora possa repercutir-se nesta – cfr. DINIZ, João Seabra; *ob. cit.*, p.127.

¹⁶⁵ Cfr., neste sentido, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 12 de Outubro de 2015, processo n.º 1923/14.5TMPRT.P1, disponível em www.gde.mj.pt.

adotabilidade¹⁶⁶. Ou seja, os comportamentos, ativos ou omissivos, dos progenitores que legitimam a confiança com vista a futura adoção podem ser consequência *da toxicodependência, da delinquência, da deficiência mental, ou outros, dos progenitores*¹⁶⁷.

Visto isto, pode-se assentar que o tónico fulcral da previsão legal desta alínea d). do n.º 1 do artigo 1978.º do Código Civil consiste na demonstração factual da existência de um perigo grave para a segurança, saúde, formação, educação ou desenvolvimento da criança causado pelos respetivos progenitores, ainda que por mera falta de qualidade funcional.

A definição do que seja esse perigo grave remete-nos para o elenco vertido nas alíneas do n.º 2 do artigo 3.º da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo.

Assim, haverá perigo quando, designadamente, está abandonada ou vive entregue a si própria; sofre maus tratos físicos ou psíquicos ou é vítima de abusos sexuais; não recebe os cuidados ou a afeição adequados à sua idade e situação pessoal; está aos cuidados de terceiros, durante o período de tempo em que se observou o estabelecimento com estes de forte relação de vinculação e em simultâneo com o não exercício pelos pais das suas funções parentais; é obrigada a atividades ou trabalhos excessivos inadequados à sua idade, dignidade e situação pessoal ou prejudiciais à sua formação ou desenvolvimento; está sujeita, de forma direta ou indireta, a comportamentos que afetem gravemente a sua segurança ou o seu equilíbrio emocional; assume comportamentos ou se entrega a atividades ou consumos que afetem gravemente a sua saúde, segurança, formação, educação ou desenvolvimento sem que os pais, o representante legal ou quem tenha a guarda de facto se lhes oponham de modo adequado a remover essa situação.

No âmbito desta alínea d). do n.º 1 do artigo 1978.º do Código Civil cabem, como é bom de ver, os casos de maus-tratos a crianças e jovens, qualquer que seja a sua modalidade e categoria: o mau-trato físico, a negligência, o abuso sexual, o mau-trato psicológico, a síndrome de Munchausen por procuração.

Segundo as mais modernas conceções uma criança é maltratada quando o seu tratamento é considerado inaceitável para uma determinada cultura, numa determinada época.

Todavia, por definição e até por natureza, o mau-trato implica necessariamente a ocorrência de graves danos nas crianças, como sejam os riscos de morte, de lesões cerebrais, fraturas, incapacidades, défices neurológicos permanentes e atrasos de desenvolvimento, entre outros¹⁶⁸.

¹⁶⁶ Neste sentido, cfr. SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Qual é o interesse da criança? Identidade biológica versus relação afetiva*, in AAVV, Centro de Direito da Família, Volume Comemorativo dos 10 Anos do Curso de Pós-Graduação “Proteção de Menores – Prof. Doutor F. M. Pereira Coelho”; n.º 12, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p.59.

¹⁶⁷ JARDIM, Mónica; *Breve análise da nova lei da adoção (Lei n.º 31/2003, de 22 de Agosto)*, Direito da Infância, da Juventude e do Envelhecimento, Centro de Direito da Família, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; n.º. 9; Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p.140.

¹⁶⁸ Sobre a matéria, cfr. AMBIKAPATHY, Patmalar; *Prevenção do crime: violência familiar nos castigos físicos de Crianças*, in Infância e Juventude; Julho – Setembro, n.º. 3, 2004, p.87-100. O Autor põe em destaque que *os maus tratos emocionais podem ser até mais graves para a criança do que os físicos* e sublinha que *em crianças que sofreram maus tratos, há uma correlação significativa entre stresse pós traumático e síndrome de hiperatividade com défice de atenção e outros síndromas, tal como a ideiação do suicídio*

No catálogo dos maus-tratos físicos podemos encontrar os casos de agressão, intoxicação, queimadura, traumatismos vários, lesões abdominais, sufocação e até afogamento.

Aqui importa considerar que os castigos físicos têm sido proibidos por vários países (como sejam a Alemanha, a Suécia, a Finlândia, a Dinamarca, a Noruega ou a Áustria) e são hodiernamente tidos como desajustados e violadores dos direitos básicos da criança enquanto ser humano¹⁶⁹.

O poder de correção que logra guarida na complexa teia em que se traduzem as responsabilidades parentais não é mais visto como um poder de punição, legitimador de práticas violentas, em razão de uma *auctoritas do pater familias*.

Esse poder de correção não é mais que um poder-dever de educação¹⁷⁰, ao qual, contudo, são completamente alheias as agressões e as ofensas físicas, verbais e psicológicas: *o direito dos pais educarem os filhos não abrange o direito de os agredir, de ofender a sua integridade física e psíquica. Nem o dever de obediência dos filhos previsto no art. 1878.º, n.º 2, implica que o seu incumprimento acarrete violência por parte dos pais. Educação não significa punição mas implica ensinar e corrigir sem violência (física ou psíquica)*¹⁷¹.

De resto – saindo agora do plano estritamente jurídico – a punição através de castigos corporais¹⁷² é absolutamente inútil. *Bater numa criança não é uma atitude respeitável. Mostra que os pais são maiores que a*

(...) as crianças vítimas de maus tratos com stresse pós traumático têm perfis de atividade semelhantes aos das crianças com síndrome de hiperatividade com défice de atenção, enquanto as crianças vítimas de maus tratos sem stresse pós traumático têm perfis de atividade com uma maior semelhança com os das crianças depressivas (loc. cit., p.89). Isso mesmo é confirmado por CANHA, Jeni (ob. cit., p.38) quando refere que uma criança maltratada corre sérios riscos de morte, lesões cerebrais e sequelas graves, sobretudo no primeiro ano de vida (...). A grande maioria dos casos fatais de maus-tratos ocorre nas crianças com menos de 3 anos. As causas mais frequentes são traumatismos cranianos dos pequenos lactentes, seguidos de pequenas lesões intra-abdominais (rotura de vísceras), asfixia e sufocação. Nas crianças mais velhas, em idade escolar, não existe geralmente risco de vida. A repetição dos maus-tratos físicos ou psicológicos vai ter, no entanto, repercussões graves na sua vida futura. A Autora identifica, com base em variada doutrina, as seguintes sequelas de maus tratos, a longo prazo: o atraso de crescimento, o atraso de desenvolvimento, o atraso de linguagem, o insucesso escolar, as alterações de comportamento, o risco elevado de delinquência, a diminuição da autoestima, as dificuldades no relacionamento social, as baixas expectativas de vida e a transmissão de maus tratos às gerações futuras.

¹⁶⁹ DIAS, Cristina, *loc. cit.*, p.99.

¹⁷⁰ *As crianças precisam de limites e sentem-se seguras com eles. Sabem que são amadas quando um pai se preocupa em lhes impor uma disciplina. A disciplina tem a ver com o ensino e não com a punição. Não acontece de um dia para o outro. Exige repetição e paciência, autocontrolo, para que a criança seja capaz de estabelecer os seus próprios limites – cfr. BRAZELTON, T. Berry; SPARROW Joshua D., ob. cit., p.13.*

¹⁷¹ DIAS, Cristina, *loc. cit.*, p.101.

¹⁷² *Os danos corporais são absolutamente inaceitáveis, sejam quais forem as circunstâncias. Mas que dizer da dor passageira, como a provocada por uma palmada ou bofetada? E a dor emocional, passageira ou não – que se verifica com a vergonha, a humilhação, as críticas destrutivas ou as comparações com outros irmãos. Se a disciplina é sinónimo de ensino e o objetivo é a disciplina, então estes métodos são, nas melhores das hipóteses, irrelevantes e na pior, contraproducentes. Não têm qualquer efeito na disciplina das crianças. (...) Ao aplicarem castigos corporais, os pais estão a dar à criança a ideia de que «Vais comportar-te bem porque eu te obrigo.» Estas mensagens não preparam a criança para o futuro em que os pais estarão ausentes ou já não possam discipliná-las. Num mundo violento como aquele em que vivemos, não podemos dar-nos ao luxo de ensinarmos as nossas crianças a agirem com violência. Não podemos dar-nos ao luxo de as disciplinarmos sem lhes darmos razões melhores e mais duradouras para assumirem a plena responsabilidade pelo seu comportamento – BRAZELTON, T. Berry; SPARROW Joshua D., ob. cit., p.50 e 51.*

*criança (algo que não dura para sempre) e dá a entender que a violência é uma forma de resolver os problemas*¹⁷³.

Do exposto se conclui que a previsão da alínea d). do n.º 1 do artigo 1978.º do Código Civil fica preenchida sempre que o poder de correção dos pais se exerça, de modo sistemático e repetido, através de práticas violentas e agressivas sobre os filhos, em especial através de castigos físicos (v.g. palmadas, bofetadas, murros, pontapés, etc.), pondo em perigo o normal desenvolvimento da criança, a sua educação e a sua saúde.

Todavia, como já salientei, a confiança judicial com vista a futura adoção só poderá ser decretada se e quando, além disso, não existam ou estejam seriamente comprometidos os vínculos próprios da filiação.

A doutrina distingue deste tipo de maus-tratos físicos a mera negligência.

A negligência consiste na incapacidade de proporcionar à criança a satisfação das suas necessidades de cuidados básicos de higiene, alimentação, afeto e saúde, indispensáveis ao seu crescimento e desenvolvimento normais. Pode ser exercida de forma ativa, com a intenção de causar dano à criança ou de forma passiva, geralmente resultante de incompetência dos pais em assegurar aqueles cuidados.

A negligência é uma forma muito frequente de mau-trato, insidiosa e de graves repercussões para a criança, nomeadamente, o risco de morte, acidentes, atraso de crescimento e de desenvolvimento e alterações de comportamento¹⁷⁴.

Nem sempre é fácil identificar situações de negligência. É através dos relatórios das Equipas Multidisciplinares de Apoio aos Tribunais da Segurança Social que o julgador melhor se poderá aperceber que está perante pais negligentes, sem prejuízo, obviamente, dos elementos recolhidos em consequência de outros meios de prova, nomeadamente, testemunhais.

Por outro lado, quando os pais sejam toxicodependentes ou alcoólicos, a negligência torna-se, em geral, mais visível e até óbvia. As maiores dificuldades surgem quando o julgador se depara com progenitores que, à primeira vista, têm uma vida normal que em nada indicia disfuncionalidades no exercício da parentalidade. E, como já supra referimos, os ambientes favoráveis (*maxime* as condições económicas e sociais; o nível de escolaridade e de instrução, etc.) encobrem essas disfuncionalidades, ao passo que as más condições ao nível da habitação, do desemprego, da pobreza, do baixo nível de escolaridade, entre outros, põem a nu, de modo bem mais ostensivo, as negligências do cuidado parental.

De resto, os maus-tratos a crianças podem existir em qualquer família de qualquer estrato social, sendo certo que surgem com mais frequência nas categorias mais baixas da população.

¹⁷³ BRAZELTON, T. Berry; SPARROW Joshua D., *ob. cit.*, p.79.

¹⁷⁴ CANHA, Jeni; *ob. cit.*; p.33.

Assim, o julgador deverá ter em atenção, na identificação dos progenitores maltratantes, os seguintes factores de risco: *antecedentes de maus-tratos na própria infância; idade inferior a vinte anos; características de personalidade imatura e impulsiva; maior vulnerabilidade ao stresse; fraca tolerância às frustrações; atraso mental; mudanças frequentes de companheiros e de residência; antecedentes de criminalidade; hábitos de alcoolismo e toxicod dependência*¹⁷⁵.

No entanto, como é de linear clareza, só os casos mais graves e mais ostensivos justificarão que o tribunal decrete a medida de confiança com vista a futura adoção, posto que se mostrem – e nunca é demais lembrá-lo – irremediavelmente comprometidos os vínculos próprios da filiação.

Vejamos, ainda, outros tipos de mau-trato: o abuso sexual; o mau-trato psicológico ou emocional e a síndrome de Munchausen por procuração.

No abuso sexual verifica-se o envolvimento de uma criança ou jovem em atividades cujo fito é a satisfação sexual de um adulto ou de alguém mais velho, não sendo, contudo, imprescindível a existência de lesões ao nível genital para que se conclua pela existência de abuso sexual¹⁷⁶.

Com efeito, no âmbito da categoria do abuso sexual, cabem também as situações denominadas de exploração sexual da criança como sejam o exibicionismo ou a pornografia¹⁷⁷.

Já o mau trato psicológico ou emocional pode ser definido como a *incapacidade de proporcionar à criança um ambiente de tranquilidade, bem estar afetivo e emocional, indispensável ao crescimento, desenvolvimento e comportamentos adequados. No mau-trato psicológico estão incluídas as ausências de afeto, a hostilização verbal, a depreciação, as ameaças e humilhações frequentes ou situações de grande violência familiar, que originando um clima de maior tensão, terror ou medo, se repercute no comportamento, rendimento escolar, sono, controlo de esfíncteres ou outra atividade da criança*¹⁷⁸.

Muito menos frequente e de ainda mais difícil identificação é a síndrome de Munchausen por procuração, a qual consiste *na simulação de sinais e sintomas na criança, por um elemento da família com a*

¹⁷⁵ *Ibidem*, p.35.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p.34.

¹⁷⁷ As crianças vítimas de abuso sexual relevam, a longo prazo, *problemas de autoestima e confiança em si próprias, de perturbações de memória e de dificuldades na vida afetiva e sexual, perturbações na vida relacional e social e angústias em relação à maternidade, provocada pelo medo de que esta esteja marcada pelo passado ou que se reproduza a mesma agressão, comportamentos autodestrutivos como tentativas de suicídio, depressão, ansiedade, sentimentos de culpa e de vergonha, maior tendência para consumo de drogas ou de álcool e uma maior vulnerabilidade à revitimização* – SOTTOMAYOR, Maria Clara; *O poder paternal como cuidado parental e os direitos da criança*, in “Cuidar da Justiça de Crianças e Jovens. A Função dos Juizes Sociais. Atas do Encontro”; Almedina, Coimbra, 2003, p.16.

¹⁷⁸ CANHA, Jeni, *ob. cit.*; p.34. Neste domínio há, por vezes, alguma dificuldade na sinalização das situações e, outrossim, uma maior resistência à intervenção, dado que ainda há muito quem, por falta de instrução ou até por falta de conhecimentos técnicos, apenas considere o mau trato físico, olvidando por completo as graves consequências do mau trato de índole psicológico: *a sociedade reage a agressões no corpo, com sinais externos de maus tratos, se eles são visíveis a olho nu. A cegueira é quase total para as agressões psíquicas sistemáticas e quotidianas que são assassinatos da alma, mortes lentas, decomposições progressivas. Reagem depois aos «sintomas» deste assassinato quando se manifestam na turbulência, violência, toxicod dependência dos jovens, na marginalidade e criminalidade que aumentam de dia para dia* – FERREIRA, Teresa; *ob. cit.*, p.55.

*finalidade de convencer a equipa médica de existência de uma doença, obrigando a hospitalizações frequentes, necessidade de investigações exaustivas e muitas vezes invasivas*¹⁷⁹.

Outro tipo de mau-trato hoje muito em voga (apenas identificado nos anos oitenta do século passado) é o denominado síndrome de alienação parental que consiste, *grosso modo*, na instrumentalização e manipulação de um filho, por um dos progenitores, através de uma programação sistemática de conteúdos, com o desiderato de conseguir que a criança, de modo totalmente injustificado, rejeite qualquer tipo de contato com o outro progenitor, assim o afastando definitivamente da sua vida.

Trata-se, portanto, de *uma campanha denegatória de um dos pais para alienar o outro, visando obter a preferência, ou o uma relação preferencial com um filho, cuja regulação de poder paternal esteja em disputa*¹⁸⁰.

Fala-se de síndrome enquanto conjunto de sintomas que, verificando-se em simultâneo, são caracterizadores de determinada patologia, normalmente identificável, sobretudo, em caso de divórcio ou separação litigiosos em que há disputa pela custódia dos filhos.

No entanto, trata-se essencialmente de um fenómeno social¹⁸¹.

A identificação da síndrome de alienação parental baseia-se essencialmente na delimitação de oito características essenciais: campanha para denegrir o progenitor alienado; racionalizações fracas, absurdas ou frívolas para descrédito do pai alienado; falta de ambivalência; fenómeno do pensador independente; apoio automático ao progenitor alienador; ausência de sentimento de culpa relativamente à crueldade e, ou, exploração do progenitor alienado; presença de encenações encomendadas; propagação da animosidade aos amigos e, ou, família alargada do progenitor alienado¹⁸².

O *modus faciendi* do alienador é também identificado em oito tipos de ações¹⁸³: o progenitor alienante limita ou suprime por completo as comunicações do filho com o outro progenitor; o progenitor alienante, de modo aparentemente sério e triste, assume uma autoridade manipulante; através disso, imputa ao outro progenitor a origem de todos os males e reserva para si uma imagem de pureza e virtude; o progenitor alienante consegue, através de mentiras e omissões, fazer com que a criança se sinta agredida ou esquecida

¹⁷⁹ CANHA, Jeni; *ibidem*.

¹⁸⁰ Cfr. CINTRA, Pedro; SALAVESSA, Manuel; PEREIRA, Bruno; JORGE, Magda; VIEIRA, Fernando, *Síndrome de Alienação Parental: Realidade Médico-Psicológica ou Jurídica?*, in *Julgar*, n.º 7, Janeiro – Abril 2009, p.197

¹⁸¹ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 9 de Julho de 2014, processo n.º 1020/12.8TBVRL.P1, disponível em www.gde.mj.pt.

¹⁸² *Ibidem*, p.199. Todavia, para estes Autores a síndrome de alienação parental não é verdadeiramente uma patologia, mas antes *um constructo sociológico que se reporta a uma alteração no vínculo afetivo parental a ser objeto de estudos científicos modernos*, a qual consiste na *transformação de um vínculo positivo num negativo (amor em ódio)* – *ibidem*, p.202. Por decorrência e uma vez que não se está perante um verdadeiro síndrome médico-psicológico que possa ser clinicamente testado (pois que a síndrome de alienação parental não consta dos sistemas de classificações psiquiátricas, nem é reconhecido pela Associação Psiquiátrica Americana, nem pela Associação Médica Americana), os referidos Autores defendem que se deve substituir a denominação «síndrome» pelo conceito de «disfunção» e concluem que *quer médicos quer psicólogos não possuem competências específicas técnico-científicas que, lhe permitam, em razão de ciência, identificar tal constructo* (*ibidem*, p.198).

¹⁸³ Cfr. AGUILAR, José Manuel, *S.A.P. – Síndrome de Alienação Parental Filhos Manipulados por um cônjuge para odiar o outro*, Casal de Cambra: Caleidoscópio; Janeiro 2008, pp.74-78.

pelo outro progenitor, o que provoca uma união patológica entre o alienante e a criança, com a entrega completa desta àquele; através da deturpação e da ambiguidade, o alienante consegue construir uma verdade doutrinal inquestionável; a criança, assimilando formas de expressão do alienante, utiliza linguagem inadequada para a sua idade, resultado dos cenários montados por aquele na sua rede cognitiva; a criança perde a capacidade pessoal de se sentir a si próprio, ajustando a sua perceção ao que lhe foi subtilmente ensinado e mostrando capacidade de transmitir, de modo aparentemente fundado, os motivos da rejeição do outro progenitor; a animosidade da criança contra o progenitor alienado estende-se à sua família alargada e aos seus contextos físico e social.

Por vezes e em termos gerais, não é possível catalogar as situações de tal modo que possam reconduzir-se exclusivamente a determinado tipo de mau-trato pois que, com frequência, há concorrência de dois ou mais tipos de mau-trato.

Todavia, da minha experiência profissional com processos de promoção e proteção de crianças e jovens, poderei asseverar a grande incidência do mau-trato físico, associado à negligência e ao mau-trato psicológico, nomeadamente, em quadros de violência doméstica. De facto, numa apreciação meramente casuística, há uma clara relação entre a violência contra as mulheres e o mau-trato infantil¹⁸⁴.

Tive sob julgamento um caso paradigmático e incrivelmente chocante de maus-tratos a crianças, enquadrável claramente nesta alínea d). do n.º 1 do artigo 1978.º do Código Civil, perpetrado por uma mãe, com clara convivência de um pai toxicodependente, num quadro de total incapacidade funcional para o exercício das responsabilidades parentais.

No caso, o casal tinha duas filhas, uma com quatro anos de idade e outra com oito, mas que padecia de paralisia cerebral e necessitava de cuidados especiais.

Em súmula, foi a seguinte a matéria factual apurada em sede de debate judicial, também no decurso de um processo de promoção¹⁸⁵: o pai das crianças consumia substâncias estupefacientes e era totalmente alheio ao dia-a-dia das menores; a mãe era incapaz de inculcar regras e rotinas diárias às crianças, mormente ao nível da higiene e alimentação, sendo as refeições por si confeccionadas para as filhas deficientes em alimentos frescos, pois eram compostas essencialmente por alimentos fritos, bolos e sumos, o que causava diarreias constantes às menores, sendo que a A. denotava peso excessivo para a sua idade.

¹⁸⁴ Em situações de violência doméstica as crianças *além de serem vítimas diretas de violência, intencionalmente ou por acidente, enquanto tentam defender a mãe, são necessariamente, nos contextos de violência conjugal, vítimas indiretas de violência. A violência contra a mãe é uma forma de abuso psicológico das crianças. O facto de os filhos assistirem ou meramente se aperceberem da violência conjugal provoca, nestes, problemas comportamentais, psíquicos e físicos, como doenças psicossomáticas, regressão de desenvolvimento, sono agitado, insónias, nervosismo crónico, depressão pesadelos, comportamento agressivo, insucesso escolar, isolamento e baixa autoestima* – SOTTOMAYOR, Maria Clara; *O poder paternal como cuidado parental e os direitos da criança*, in “Cuidar da Justiça de Crianças e Jovens. A Função dos Juizes Sociais. Atas do Encontro”; Almedina, Coimbra, 2003, p.16.

¹⁸⁵ Processo n.º 3053/08.OTBGMR.

Além disso, a mãe não era capaz de prestar às filhas os cuidados de higiene adequados, mormente os cuidados especiais de que a A. necessitava em razão de padecer de paralisia cerebral; a mãe gritava diariamente com as crianças, agredia fisicamente as filhas com as mãos e ao pontapé, puxava-lhes os cabelos e arrastava-as; a mãe tratava habitualmente as filhas, nomeadamente a A., com modos bruscos e falava friamente com elas, chamando-lhes nomes como “estúpida”, “panona”, “filha da puta”, “puta” e “porca”.

Apurou-se também que a Associação de Paralisia Cerebral teve necessidade de, uma vez, conduzir a A. às urgências do Hospital, dado que esta apresentava a roupa interior suja e inflamação dos órgãos genitais, tendo-se verificado que tal sujidade era resultado de fezes e que a inflamação era devida a falta de cuidados de higiene. A par de tudo isto, os progenitores eram obrigados a mudar de casa, amiúde, por serem despejados das habitações por falta de pagamento de renda.

Mais se apurou no debate judicial em consequência da inquirição de diversas testemunhas e também com base nos relatórios da Equipa Multidisciplinar de Apoio aos Tribunais da Segurança Social que a casa onde estas crianças viviam não dispunha de esquentador, isto embora estes pais tivessem beneficiado de apoios promovidos pela autarquia, no âmbito de um programa denominado Aprender para Crescer/Crescer para Aprender, tendo-lhes sido atribuída uma máquina de lavar roupa, um esquentador e um frigorífico.

A negligência na organização do espaço habitacional era impressionante: as técnicas da Segurança Social constataram que os espaços da casa encontravam-se desorganizados e sujos, principalmente a casa de banho e a cozinha; observaram que a roupa das camas estava encardida; o vestuário estava disperso e amontoado pelos vários compartimentos; o fogão tinha crosta de gordura, as panelas e o recipiente de aquecer o leite apresentavam restos ressequidos, os alimentos eram mal acondicionados; o biberão tinha restos de leite; a casa de banho e a sanita estavam muito sujas.

A mãe em causa atrasou a entrada de J. no jardim de infância para continuar a receber o rendimento de inserção social; atrasou o desfralde de J. que era levado com sucesso durante a semana no jardim de infância escola que frequentava, colocando-lhe fraldas aos fins de semana; o jardim de infância diligenciou para que J. tivesse sessões de terapia da fala, que deveriam ter lugar às segundas-feiras e quintas-feiras, às 15 horas, mas nesses dias a mãe, embora fosse buscar a filha, nunca levava a criança àquelas sessões.

A forma como estas crianças eram cuidadas estava patente no facto de J., de quatro anos de idade, apresentar dificuldades na expressão oral, nomeadamente ao nível da articulação das palavras. Além disso, o vocabulário utilizado por J. era pobre e reduzido, não se percebendo aquilo que dizia; a mãe, por seu turno, não revelava qualquer preocupação em corrigir essa linguagem infantilizada, antes comunicando com ela com o mesmo tipo de linguagem.

Por fim, a J. demonstrava carência afetiva e chorava quando a mãe a ia buscar à escola, não querendo ir com a mãe de volta para casa. Aliás, quando se despedia das filhas para estas irem para a escola, a mãe não lhes dava sequer um beijo, o que é elucidativo quanto à falta de afeto que nutria pelas filhas.

Neste caso da vida, os julgadores nenhuma dúvida tiveram em declarar a confiança com vista a futura adoção, considerando que a factualidade vinda de expender era claramente subsumível à alínea d). do n.º 1 do artigo 1978.º do Código Civil.

E, de facto, os julgadores não devem hesitar em situações chocantes como estas em que os progenitores são os protagonistas principais de atos que claramente são prejudiciais ao bom desenvolvimento das crianças e que, além de violadores dos direitos destas, nada têm que ver com os cuidados exigidos e são totalmente demonstrativos de falta de afeto, amor e carinho e de total incapacidade para o exercício da parentalidade.

Note-se, porém, que não é de exigir como requisito de aplicação desta alínea d). a efetiva materialização de um perigo grave, em concreto, para a criança, ou seja, a consumação de um dano para a criança.

Basta, para o efeito, a demonstração factual da muito provável consumação desse dano para a criança¹⁸⁶, em razão de determinadas disfuncionalidades ou incapacidades dos progenitores.

Efetivamente, nenhum motivo válido se encontra para hesitar em declarar a adotabilidade de uma criança, através da confiança judicial com vista a futura adoção, quando os respetivos progenitores sofram de anomalia psíquica totalmente incapacitante, ainda que, por nunca ter estado ao cargo daqueles, a criança não tenha chegado a estar concretamente numa situação de perigo.

No entanto, uma eventual colocação da criança sob os cuidados desses progenitores causaria irremediável perigo concreto para a criança, pelo que óbvia se torna a necessidade de antecipar a confiança com vista a futura adoção.

É que, como já supra abundantemente referimos, a adoção é hoje vista como uma medida de proteção da criança pelo que seria incompreensível e contraditório sujeitar a criança a determinadas situações danosas, com vista ao seu encaminhamento para a adoção.

¹⁸⁶ *O perigo não tem que se ter já verificado para que se inicie a intervenção de proteção. Ou seja, não tem que se aguardar ou provocar a situação de perigo para a criança para que a intervenção protetora seja legítima. Necessário é que, e face das informações coligidas, do conhecimento que se obteve da criança e da sua família biológica, o perigo para a sua saúde, segurança e desenvolvimento vá ocorrer com alta probabilidade se não houver uma imediata intervenção para a promoção dos direitos e a proteção da criança* – CARMO, Rui do; *Consumo de Droga e Função Parental – Quando as crianças são as vítimas*; Revista do Ministério Público, n.º 112 – Out/Dez 2007, pp.129-139. O Supremo Tribunal de Justiça em Acórdão de 31 de Janeiro de 2007 (publicado na *Coletânea de Jurisprudência, Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, 2007, Ano XV, tomo I, pp.50-52*) defendeu igual posição e expressamente sentenciou que o direito/dever de educar os filhos pode ser retirado aos pais quando se verificarem razões ponderosas *que se prendem com o perigo atual e iminente, ou futuro mas previsível e provável, de violação desses interesses do menor, interesses que devem presidir ao exercício do poder paternal.*

A defesa do interesse da criança não pode estar condicionada pelo sofrimento desta e pela constatação de um prejuízo efetivo até porque este, não poucas vezes, apenas é exteriormente visível algum tempo depois, muitas vezes tarde de mais.

Uma leitura diversa do preceito formataria a confiança judicial com vista a adoção como algo de marcadamente punitivo dos progenitores e estaria em total dissonância com a teleologia do instituto.

Ora, vistas as coisas nesta dimensão verdadeiramente protetora da criança é bom de ver que é legítimo e totalmente conforme à legalidade decretar uma confiança judicial com vista a futura adoção àquelas crianças que, por motivos estritamente atinentes aos seus progenitores, não chegaram sequer a ingressar no seio familiar¹⁸⁷, vivendo numa instituição ou sob a guarda de uma terceira pessoa desde o seu nascimento.

Nesta linha interpretativa torna-se perfeitamente defensável a extensão deste meio de defesa da infância àquelas crianças que apenas vivendo em meio uterino viram já negligenciada a sua condição e desprezada a sua existência, nomeadamente, vivenciando uma gravidez não vigiada, eventualmente não desejada, ou até uma gravidez sob o efeito do álcool ou de substâncias intoxicantes como o tabaco ou a droga.

Neste caso e no que se refere ao consumo de estupefacientes é bom lembrar *que se por um lado, é possível usar drogas e garantir um grau mínimo suficiente de cuidado às crianças, a verdade é que o abuso de drogas pelos pais é um fator frequente do abuso e da negligência sofrida pelas crianças*¹⁸⁸, sendo por isso essencial, nestes casos, *conhecer as condições sócio-afetivas-familiares em que os progenitores e a criança estão inseridos*¹⁸⁹.

Devem, pois, ser rejeitadas as redutoras leituras literais deste normativo que, além de não promoverem o interesse da criança, nem responderem adequadamente às suas necessidades, não são compagináveis com as respetivas *ratio legis*, nem se inserem numa visão sistemática do regime jurídico da adoção e da arquitetura do modelo legal de promoção e proteção de crianças em vigor.

Em nada obsta a tal hermenêutica a circunstância de, em princípio, a personalidade jurídica se adquirir apenas no momento do nascimento completo e com vida, nos termos do disposto no artigo 66.º, n.º 1, do Código Civil. E, creio, nem será necessário pugnar pela atribuição de personalidade jurídica aos

¹⁸⁷ *A este propósito, basta lembrarmos-nos daquelas situações muito vulgares de pais absolutamente disfuncionais (por comportamentos aditivos graves e igualmente graves enfermidades mentais), a quem outros filhos já foram retirados por clara negligência, e que veem o seu filho recém-nascido sair da Maternidade diretamente para um Centro de Acolhimento, aí até o visitando e até demonstrando indícios de afeto pela criança – objetivamente, estes pais ainda não tiveram a oportunidade de colocar em perigo concreto o seu filho, precisamente porque ainda não o tiveram nos seus braços a sós, sendo óbvio que ninguém o irá entregar às suas mãos do que suspeitas pessoas só para saber se, agora, com este filho, a alínea d) também poderá entrar em ação. Basta assim a história pessoal passada dos pais – repito, grave e negra, em termos de condições objetivas e subjetivas para cuidar de uma criança – e a prognose de que este comportamento disfuncional não se inverteu nem existe a possibilidade de se vir a inverter num futuro próximo, para que esta alínea possa funcionar para efeitos de se considerar uma criança em estado de adotabilidade* – GUERRA, Paulo; *loc. cit.*, p.89.

¹⁸⁸ CARMO, Rui do; *loc. cit.*; p.137.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p.138.

nascituros para justificar a tutela jurídica dos seus direitos¹⁹⁰ e a relevância jurídica, para efeitos de adoção, das lesões nele provocadas ou da sua indevida exposição a riscos.

Desde logo, porque tal tutela jurídica apenas se concretiza depois do momento do nascimento, com a eventual aplicação de uma medida provisória de institucionalização ou outra, ao abrigo do disposto nos artigos 91º e 92º da L.P.C.J.P..

Em segundo lugar, porque a personalidade jurídica não se confunde com a mera existência jurídica do nascituro¹⁹¹, à qual, em várias situações, a lei reconhece determinadas consequências jurídicas de relevo no plano patrimonial, como sejam, capacidade para receber doações (cfr. artigo 952.º do Código Civil), capacidade sucessória (cfr. artigo 2033.º, n.º 1, alínea a.), do Código Civil), mas também no estrito plano filiativo: reconhecimento de filhos concebidos (cfr. artigos 1847.º e 1855.º do Código Civil).

E, em terceiro lugar, porque a ciência já demonstrou, de modo concludente, que um feto é uma pessoa, se tomadas em consideração as suas competências emocionais e psicológicas¹⁹².

*Assim sendo, se, no decurso de uma gravidez, a mãe mantiver, de forma continuada, os seus consumos de álcool ou de drogas (ou de tabaco, nalgumas circunstâncias mais exorbitantes) ou se, em consequência de um quadro de perturbação emocional instalado, mantiver uma fratura entre o seu sofrimento e as necessidades nutritivas e relacionais do bebé (prejudicando-as), sabendo das lesões nervosas e das sequelas psicológicas, irreparáveis, que elas podem ter, deve um feto ser declarado maltratado e, em consequência, ser protegido com uma medida de inibição, temporária ou definitiva, do poder paternal (...)*¹⁹³.

Em quarto lugar, porque inexistência de personalidade jurídica não pode significar, neste caso, inexistência de direitos, sendo certo que a lei *não deixa de reconhecer proteção às fases anteriores de desenvolvimento da vida dessa pessoa*¹⁹⁴.

¹⁹⁰ (...) apesar de não terem ainda personalidade jurídica e, portanto, não serem sujeitos de direito (art.º 66.º, n.º 1), reconhece a nossa lei aos nascituros «direitos», embora dependentes do seu nascimento completo e com vida (art.º 66.º, n.º 2), isto é, dispensa tutela jurídica à situação – MOTA PINTO, Carlos Alberto da, *ob. cit.*, p.201.

¹⁹¹ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino A., *Lições de Direito das Sucessões, vol I*, 3ª Edição; Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p.241.

¹⁹² Sobre a evolução do feto e a vida uterina, cfr. CAMPOS, Diogo Leite de; *Nós – Estudos sobre o Direito das Pessoas*; Coimbra: Almedina, 2004, pp.57-74. O Autor sublinha que a criança, mesmo antes do nascimento, é um ser humano dotado de sentimentos, recordações e consciência e que os nove meses de gestação têm *um papel fundamental na formação e na estrutura da personalidade*. (...) *As pesquisas mais recentes em neurologia mostram que a consciência não só se forma no útero, mas é possível determinar com alguma precisão o momento em que se forma. Tem-se situado o início da consciência em algum momento entre a vigésima oitava e a trigésima segunda semana (pelo menos)*. (...) *Os nascituros agem como indivíduos muito antes do nascimento. Exprimem frequências por sons, paladares e movimentos. Estão atentos ao que se passa no corpo da mãe e fora deste. Praticam ato que lhes dão prazer*. E conclui que os pré-natos são a última categoria de pessoas que ainda é radicalmente discriminada referindo (*ob. cit.*; p.74) que estes são *pessoas humanas, pessoas jurídicas todos os que estão no ventre da mãe, ainda mais necessitados de proteção do que os que já abandonaram o sistema de apoio da vida que é o corpo da mãe*.

¹⁹³ SÁ, Eduardo [et al.], *ob. cit.*, pp.45 e 46.

¹⁹⁴ Cfr. XAVIER, Rita Lobo; *O Direito Civil e a proteção dos nascituros: algumas considerações acerca do momento da aquisição da personalidade jurídica no direito português*, in Brotéria, vol. 147, Julho 1998; Lisboa, 1998. A Autora refere, sempre no plano do direito civil, que *o direito não pode desconhecer que o nascituro se encontra dentro da Mãe que, por isso, aceita voluntariamente muitas restrições aos seus direitos de personalidade, nomeadamente às suas liberdades fundamentais. Nem ignorar as implicações de uma eventual responsabilidade jurídica da Mãe decorrente da alegação da conduta desleixada, falta de cuidados, etc., quando o*

Contudo, qualquer que seja a atitude perante a eventual atribuição, ou não, de personalidade jurídica aos nascituros¹⁹⁵, evidentes são as dificuldades em arquitetar um sistema de proteção capaz e exequível que permita impedir a efetiva ocorrência de circunstâncias danosas para o feto, ainda em meio uterino.

Essas circunstâncias – que se podem classificar como mau trato *in utero*¹⁹⁶ – podem configurar as mais diversas formas: mãe agredida durante a gravidez; contágio de doenças sexualmente transmissíveis (sida, sífilis, etc.); síndrome de privação; tétano neonatal; falta de afeto; nascimento prematuro; parto no domicílio sem assistência qualificada, entre outros.

Há, pois, como base de construção desse sistema (que bem se poderia denominar de «proteção fetal» ou de «promoção fetal») que, antes de mais, reconhecer, *de iure constituendo*, determinados direitos ao nascituro: *direito a não nascer sob o martírio da droga que a mãe usou durante a gravidez, direito a não nascer para assistir à morte dos pais, de longe anunciada*¹⁹⁷, direito a não nascer com síndrome alcoólica fetal ou o direito a ter uma gestação vigiada, entre outros.

Como garantir tais direitos?

Rectius, como assegurar, através do direito, a prevenção da ocorrência de tais danos em meio uterino?

Como conciliar esses direitos com os direitos individuais da mãe e com a legalização do aborto?

Não temos respostas concretas e definitivas para tais intrincadas questões, nem tal se insere no objeto deste trabalho.

Todavia, o que é mais relevante para o tema central deste trabalho, é saber-se que as crianças com maior risco de serem mal tratadas resultam de gravidez não desejada ou não vigiada e que os hábitos de alcoolismo e toxicod dependência dos progenitores constituem, como *supra* referimos, factores desencadeantes

*provimento desses cuidados toca a esfera da sua liberdade e da sua personalidade humana. Não se deve permitir que a personalidade da Mãe seja instrumentalizada ao ponto de ser considerada como um mero «invólucro» de outra pessoa, «uma máquina de gerar» que se deve comportar de uma forma «desumanamente irrepreensível» ingerindo todos os dias uma determinada quantidade de leite, descansando todos os dias umas certas horas, sob pena de vir mais tarde a ser responsabilizada pelas cáries do filho ou do seu insucesso escolar. Isto não significa que considere que o feto é «parte do corpo da mãe». Longe disso. Recuso é que a vida intrauterina só possa ser considerada pelo Direito ou como «parte do corpo da mãe» ou como «pessoa jurídica autónoma», tertio non datur. O embrião e o feto não são partes do corpo da mãe, mas também não estão separados dele, não têm em relação a ele qualquer autonomia. Finalmente, a Autora conclui que a relação entre Mãe e filho não deve ser «juridificada», sob pena de paralisação e perversão da relação mais íntima que se pode estabelecer entre dois seres humanos. Neste aspeto, como noutros – sobretudo no que se refere às relações familiares –, o direito não deve intervir demasiado. Parafraseando uma frase consagrada, o Direito não deve penetrar nesse «santuário». Para uma perspetiva bioética da questão, cfr. TELES, Natália Oliva; *O Estatuto do Embrião Humano: algumas considerações bioéticas*, in *Nascer e Crescer*, Ano 2004, vol. XIII, n.º 1, pp.53-56.*

¹⁹⁵ Sobre o estatuto jurídico do nascituro, rejeitando a licitude do aborto por este ser antiético, antijurídico e defendendo que a vida humana tem sempre o mesmo valor cfr. CAMPOS, Diogo Leite de; *ob. cit.*, pp.75-84.

¹⁹⁶ ALMEIDA, Ana Nunes de; ANDRÉ, Isabel Margarida; ALMEIDA, Helena Nunes de; *Sombras e marcas: os maus tratos às crianças na família*, in *Análise Social*, vol. XXXIV (150), 1999; pp.91-121. As Autoras destacam a prevalência deste tipo de mau trato em relação a progenitores que nunca chegaram a viver juntos, ou no caso de comportamentos de alcoolismo e toxicod dependência.

¹⁹⁷ FERREIRA, Teresa; *loc. cit.*, p.98.

de situações de maus tratos¹⁹⁸. Aliás, nesta matéria, há consenso na sociedade, ainda que suportado em mero sustentáculo empírico¹⁹⁹.

E é saber-se também que, nessas hipóteses não meramente académicas, a criança, posto que ainda no ventre materno, é vista e tida (ainda que isso não seja verbalizado) pelos progenitores como um *filho-obstáculo*²⁰⁰, pois que aqueles privilegiam outros investimentos.

Ora, nessa ânsia e, ou necessidade, depois do nascimento, *a criança só serve para empecilhar*²⁰¹ e rapidamente vai ser esquecida e negligenciada pelos pais, até porque ela não faz parte dos seus projetos, das suas idealizações, dos seus desejos.

*São filhos de incidentes e não do desejo de dois pais adultos, lúcidos e cúmplices na partilha de um bebé a procriar*²⁰² e que, as mais das vezes, não vão ter aquilo a que têm direito: afeto e atenção de um pai e de uma mãe de qualidade.

Além de que *é urgente parar a violência do desafeto na origem da vida*²⁰³.

Em face disso, a intervenção para defesa dos seus direitos deve fazer-se o mais precocemente possível, se necessário, fazendo uso de comportamentos anteriores ao nascimento da criança – quer em relação a outros filhos anteriormente nascidos, quer em relação ao próprio feto e ainda que, depois do nascimento daquele que se pretende proteger, os pais nunca o tenham colocado concretamente em perigo – para sustentar uma decisão de confiança com vista a futura adoção.

Tais comportamentos, não sendo decisivos *de per se*, têm de ser necessariamente considerados porquanto deles se pode presumir, com toda a probabilidade, a verificação (passada ou futura) de maus-tratos, a ocorrência de perigo efetivo para a criança e, bem assim, a ausência dos afetos próprios da filiação.

Nessa medida, a intervenção promotora do interesse da criança deverá ser feita, reunidos os demais pressupostos, através do decretamento de uma medida de confiança com vista a futura adoção, pois que só por esta via se logra materializar o direito da criança a ter uma família, isto é, uma mãe disponível e um pai presente, ou vice-versa, ou ambos.

Também no caso desta alínea d). do n.º 1 do artigo 1978.º do Código Civil não se poderá olvidar que a criança não pode ser confiada com vista a futura adoção se estiver a viver com qualquer ascendente, colateral até ao terceiro grau ou tutor e a seu cargo, salvo se estes a puserem em perigo ou se o tribunal considerar que essa situação não é adequada a assegurar o interesse da criança (cfr. n.º 4 do artigo 1978.º do Código Civil).

¹⁹⁸ Num estudo efetuado com 104 crianças no Hospital Pediátrico de Coimbra foi constatado que a toxicod dependência era factor precipitante do mau-trato em 7% dos casos, contra 47% no caso do alcoolismo e 24% no caso da prostituição – cfr. CANHA, Jeni; *ob. cit.*, p.89.

¹⁹⁹ CARMO, Rui do; *loc. cit.*, p.129.

²⁰⁰ Na feliz expressão de FERREIRA, Teresa; *ob. cit.*, p.61.

²⁰¹ FERREIRA, Teresa; *ob. cit.*, p.60.

²⁰² *Ob. cit.*, p.62.

²⁰³ *Ob. cit.*, p.63.

XI.6 – A confiança em razão do desinteresse manifesto.

É chegado o momento de analisar a alínea e). do n.º 1 do artigo 1978.º do Código Civil, segundo a qual, a confiança com vista a futura adoção pode ser decretada *se os pais da criança acolhida por um particular, por uma instituição ou por família de acolhimento tiverem revelado manifesto desinteresse pelo filho, em termos de comprometer seriamente a qualidade e a continuidade daqueles vínculos, durante, pelo menos, os três meses que precederam o pedido de confiança.*

O primeiro pressuposto de aplicabilidade da previsão normativa em causa é a existência de um acolhimento de uma criança, seja por um particular, seja por uma instituição, seja por uma família de acolhimento.

Tal acolhimento pode, em meu entender, ter origem num ato voluntário de qualquer dos progenitores (posto que não se trate de uma situação configurável como verdadeiro abandono, nos termos já supra explanados) ou em qualquer tipo de decisão judicial, ainda que tomada a título provisório.

É que não se veem razões justificativas bastantes para afastar ou distinguir qualquer uma dessas hipóteses, isto tomando em consideração as finalidades altruístas que formatam atualmente o instituto da adoção e a necessidade de a criança beneficiar o mais rapidamente possível, e de modo definitivo, de uma família.

De facto, nenhum sentido faria afastar da aplicabilidade desta alínea os casos em que os progenitores entregam voluntariamente a criança na instituição (ainda que através de um meio processualmente adequado, como seja, um acordo de promoção e proteção – cfr. artigos 55.º, 57.º e 113.º, n.º 1 da L.P.C.J.P.) das situações em que, por qualquer motivo legitimante da intervenção judicial, a criança é institucionalizada por ordem do tribunal, ainda que contra a vontade dos progenitores ou a título meramente provisório.

O que é de realçar é que, em qualquer dos casos, se preenche a condição básica que subjaz à *ratio legis* do preceito: em homenagem ao princípio da prevalência da família (cujo conteúdo e sentido útil foi já *supra* abordado) permite-se que a declaração de adotabilidade seja concedida àquelas crianças que se encontrem institucionalizadas, sem perspectivas seguras de retoma ao agregado familiar de origem, posto que se verifique o manifesto desinteresse dos pais em termos de comprometer seriamente a qualidade e continuidade dos vínculos próprios da filiação.

Efetivamente, no fundo, o que se quer é que aquela criança não conheça durante demasiado tempo a realidade institucional, conhecendo antes, e logo que for possível, uma comunidade familiar de afeto, seja ela biológica ou adotiva²⁰⁴.

²⁰⁴ BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo; *ob. cit.*; p.352.

Nessa medida, a génese da institucionalização, ou do acolhimento pelo particular, é absolutamente irrelevante para a delimitação do âmbito de aplicação do normativo inserto nesta alínea e). do n.º 1 do artigo 1978.º do Código Civil, embora, naturalmente, a mesma possa e deva ser tomada em consideração em cada caso concreto, mas noutra sede, nomeadamente, para a averiguação da existência ou não de vínculos afetivos, averiguação do historial das condições materiais e psicológicas dos progenitores ou até para melhor compreensão e identificação de um eventual desinteresse destes.

Outrossim, cabe realçar que o acolhimento por particular ou por família a que alude a alínea e). do n.º 1 do artigo 1978.º do Código Civil – e que em meu entender inclui situações de mera guarda de facto ou resultantes aplicação das medidas de promoção de apoio junto de outro familiar, confiança a pessoa idónea ou acolhimento familiar (cfr. artigos 35.º, n.º. 1, alíneas b)., c). e e)., 40.º, 43.º e 46.º da L.P.C.J.P.) – é equiparado à institucionalização para efeitos de aplicação da confiança com vista a futura adoção dado o seu carácter habitualmente precário e os efeitos psicológicos negativos que pode aportar às crianças.

É que, em tais formas de acolhimento por particular, a criança acaba por se vincular ao protagonista ativo do acolhimento (tal como, aliás, acontece, muitas vezes, em meio institucional em relação ao mais direto responsável pela criança), o que poderá trazer-lhe consequências nefastas no momento futuro da separação. É que *não existem pais provisórios; vinculações provisórias; relações familiares provisórias; expectativas; sonhos e projetos de vida provisórios*²⁰⁵.

Nesta ótica, torna-se clara a bondade do preceito sob análise quando equipara o acolhimento por particular ou por família ao acolhimento institucional nos pressupostos legais do decretamento da confiança judicial com vista a futura adoção.

Sou também de opinião que o preceito permite abarcar também aquelas situações em que a pessoa objeto de institucionalização é a própria mãe (menor de idade) da criança a confiar, sendo que esta a acompanhou nesse acolhimento, sem que lhe tenha sido aplicada, autonomamente, idêntica medida.

No entanto, o cerne do preceito é o conceito de desinteresse e o comprometimento sério da qualidade e continuidade dos vínculos afetivos próprios da filiação.

Há, pois, que descodificar este conceito de desinteresse.

Tradicionalmente, para uma minoria da nossa jurisprudência, o desinteresse era visto como uma forma de indignidade, numa vertente passiva, que, sendo suficiente grave, era suscetível de comprometer os vínculos afetivos próprios da filiação²⁰⁶.

Contudo, a corrente maioritária distinguia claramente os dois conceitos: o desinteresse seria resultado de uma omissão, ou de uma situação passiva, embora sem evidências de rompimento dos vínculos afetivos²⁰⁷.

²⁰⁵ SÁ, Eduardo [et al.], *ob. cit.*, p.67.

²⁰⁶ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 14 de Janeiro de 1993, sumariado em <http://www.dgsi.pt>.

²⁰⁷ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 22 de Maio de 1984, in *Coletânea de Jurisprudência, 1984, tomo III, p.130*.

O desinteresse relevante estava, contudo, condicionado a um comportamento censurável dos progenitores, não sendo gerador do estado de abandono o simples desinteresse não voluntário²⁰⁸.

Por seu turno, a indignidade materializava-se numa atividade reveladora da quebra dos vínculos afetivos (v.g. maus tratos positivos), embora também fosse vista pelos sequazes desta posição como envolvendo comportamentos omissivos, podendo-se configurar como tal a falta de assistência material ou espiritual do filho.

O reconhecimento da situação de indignidade constituía fundamento da dispensa do consentimento do progenitor. Porém, o local próprio para apreciação do desinteresse era a ação de declaração de estado de abandono, sendo certo que o desinteresse dispensava a averiguação da indignidade²⁰⁹.

Na atual economia legislativa desapareceu totalmente esse conceito de indignidade, subsistindo apenas o desinteresse dos pais como fundamento da confiança com vista a futura adoção e, em consequência, como condição da dispensa do consentimento dos pais.

Não obstante, o desinteresse que releva pressupõe a existência de contato com a criança e a manutenção de um determinado vínculo com a criança, cuja qualidade ou continuidade está irremediavelmente comprometida ou, pelo menos, em que surge alguma dúvida quanto à sua manutenção.

Por outro lado, o âmago do conceito de desinteresse surpreende-se numa mera atitude omissiva, um comportamento negativo²¹⁰, uma abstenção, assim se distinguindo do abandono (que como *supra* penso ter demonstrado tem na base uma ação), muito embora, não poucas vezes, a distinção é de mero grau: o progenitor começa por se afastar da criança, sendo essa ausência de contato cada vez mais espaçada no tempo até culminar num total apartamento do progenitor (ocorrendo, então, um «abandono ficcionado» para efeitos legais²¹¹ e não um perigo omissivo pois que a criança está à guarda de um particular ou de uma instituição)

Em geral, no desinteresse *ainda houve apego, pelo menos aparente, sem a devida qualidade, mas houve uma ligação afetiva. Por isso a lei exige que o desinteresse seja manifesto e que perdure, para poder-se*

²⁰⁸ Cfr., neste sentido, RAMIÃO, Tomé d' Almeida, *ob. cit.*, p.74.

²⁰⁹ Cfr., neste sentido, BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo; *ob. cit.*; p.348. Sobre a matéria, veja-se, ainda, ROCHA, Maria Dulce, *Adoção – Comportamento Indigno dos Pais*, in Revista do Ministério Público, pp.171-184 e SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Adoção ou o Direito ao Afeto*, in Scientia Iuridica, Tomo LIV, n.º 301, Janeiro-Março 2005, pp.115-137.

²¹⁰ Neste sentido, e com base no idêntico conceito do direito francês de «désintérêt manifeste» veja-se NIEMIEC, Amélie, (loc. cit.). Todavia, a doutrina e a jurisprudência francesa defendem que a declaração de estado de abandono só pode ser deferida quando o desinteresse manifesto seja voluntário: deve-se fazer prova de que os parentes fizeram uma escolha, no sentido de que, podendo fazê-lo, recusaram cuidar da criança. A noção de desinteresse não deve estar ligada a uma falta dos pais, mas deve ter na sua origem um comportamento consciente daqueles, devendo o julgador averiguar se o comportamento é explicável, tendo em conta as circunstâncias. Em consequência, o desinteresse é tido como involuntário pelos franceses quando, por exemplo, os progenitores não visitam o filho por não saberem o local onde este se encontra, ou quando tais visitas não têm lugar por razões de saúde daqueles, por insuficiência económica ou até por motivos atinentes ao alcoolismo. Como é bom de ver, a doutrina e a jurisprudência gaulesas põem a cargo dos progenitores o ónus da prova do carácter involuntário do desinteresse, podendo tal prova ser feita por qualquer meio, não bastando para tal, obviamente, as próprias afirmações dos interessados nessa prova. *Ibidem*.

²¹¹ BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo; *ob. cit.*; p.349.

*concluir pela rutura dos laços afetivos próprios da filiação, ou, pelo menos, que se verifique um comprometimento sério dos vínculos de afeto que caracterizam a filiação*²¹².

O desinteresse só releva se for manifesto, isto é, aparente, evidente, ostensivo e exteriorizado em comportamentos facilmente apreensíveis por terceiros, como sejam: a ausência de visitas ao filho institucionalizado; a falta de contribuição para o sustento do filho acolhido por terceiros; o desconhecimento dos gostos e interesses da criança; a falta de indagação sobre o desenvolvimento e comportamento do filho institucionalizado ou acolhido por pessoa singular ou família.

Mas não só: a falta de prestação de cuidados, ainda que no próprio período de visitas (como, por exemplo, o não mudar a fralda, o não querer alimentar a criança no período da visita), a falta de empenho na aquisição de competências parentais ou o desprendimento em relação ao filho (evidenciado na forma como se interrelaciona com a criança ou no modo como com ela brinca).

No entanto, pode-se assentar que não há desinteresse manifesto quando os pais encetam uma série de medidas para recuperarem a guarda dos filhos (mesmo em sede judicial) ou quando ainda antes da institucionalização procuraram melhorar as suas condições ou até quando um dos progenitores sinaliza uma situação de risco imputável ao outro progenitor e demonstra genuíno desejo de ter a criança à sua guarda.

Todavia, não poderão ser meras afirmações platónicas dos progenitores, sem qualquer correspondência em atitudes genuínas nem em consequências práticas, a sustentar um juízo probatório de inexistência do desinteresse manifesto.

Doutra guisa, não são meras visitas esporádicas²¹³ dos progenitores aos filhos (não poucas vezes à beira de se completarem três meses da anterior visita e com o único desiderato de interromper o período temporal referido na última parte da alínea e). do n.º 1 do artigo 1978.º do Código Civil) a evitar a comprovação do desinteresse manifesto.

O desinteresse não se manifesta senão por sinais exteriores, por todos visíveis.

A avaliação do desinteresse faz-se, portanto, de modo global, considerando todo o comportamento dos pais, mas em particular as declarações dos pais em juízo e o modo como decorrem as visitas destes à criança, isto é, a qualidade dessas visitas do ponto de vista relacional e comunicacional e na ótica dos afetos.

É que pode existir desinteresse manifesto ainda que os progenitores visitem religiosamente, todas as semanas, a criança numa instituição se e quando esses contatos decorrem *de forma vazia e quase oportunista*²¹⁴ e os pais não logram estabelecer com o filho patamares de qualidade mínima naqueles parâmetros (quando, por exemplo, não tomam a iniciativa, não se relacionam, nem brincam verdadeiramente

²¹² ROCHA, Maria Dulce, *ob. cit.*, 2002, p.102.

²¹³ Cfr., neste sentido, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 25 de Setembro de 2013, processo n.º 316/12.3TBBGC.P1, disponível em www.gde.mj.pt.

²¹⁴ BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo; *ob. cit.*; p.347.

com o filho institucionalizado, nem com ele comunicam adequadamente) limitando-se a «picar o ponto» com uma indiferença atroz.

Este aspeto é bastante importante porquanto o julgador há de ter em conta, apesar de tudo, que tais visitas são observadas, o que naturalmente pode condicionar o comportamento dos pais durante esses contatos com os filhos. Todavia, ao fim de várias visitas, o mais provável é que os pais se revelem totalmente e que a avaliação dos respetivos técnicos não seja contaminada por qualquer constrangimento decorrente dessa avaliação.

Embora a última decisão compita apenas ao julgador (pois que este é, ao menos numa conceção tradicional que ainda tem reflexo no texto da lei vigente, o «perito dos peritos»²¹⁵), certo é que o julgador deve confiar no parecer dos técnicos que procedem à avaliação da qualidade das visitas, mantendo, porém, um apurado sentido crítico e uma panóplia de conhecimentos que lhe permita fazer um escrutínio adequado das conclusões alcançadas pelos peritos.

Por outro lado, esses técnicos, que são muitas vezes assalariados da instituição onde a criança se encontra acolhida, devem manter total independência e distanciamento por forma a dar total credibilidade às suas conclusões, as quais terão necessariamente de assentar no saber e experiência da especialidade.

Para verificação integral dos pressupostos desta alínea e). do n.º 1 do artigo 1978.º do Código Civil não basta, porém, a demonstração do desinteresse manifesto, antes se exigindo, concomitantemente, que o mesmo se mantenha durante certo período temporal, mais especificamente, durante os três meses anteriores ao pedido de confiança.

Esse período temporal constitui, portanto, um requisito distinto e adicional, o qual não se confunde com o pressuposto nuclear que é a existência do manifesto desinteresse. Destrate, torna-se claro que *o conceito indeterminado de “manifesto desinteresse” dos pais, consagrado no art. 1978.º, n.º 1, alínea e), não deve ser mais aferido através de um critério cronológico, traduzido na mera existência ou inexistência de visitas, em cada três meses*²¹⁶.

Não obsta a que se declare tal manutenção do desinteresse a eventual existência de um ou outro telefonema ou correspondência isolados²¹⁷, a ocorrência uma visita ocasional²¹⁸ ou a oferta de um brinquedo ou

²¹⁵ Apesar de a resposta do perito assentar, por via de regra, em conhecimentos especiais que os julgadores não possuem, é ao tribunal, de harmonia com o prudente critério dos juizes, que se reconhece o poder de decidir sobre a realidade do facto a que a pericia se refere. Parte-se do princípio que aos juizes não é inacessível o controlo do raciocínio que conduz o perito à formulação do seu laudo e de que lhes é de igual modo possível optar por um dos laudos ou afastar-se mesmo de todos eles, no caso frequente de divergência entre os peritos – VARELA, Antunes, BEZERRA, J. Miguel, NORA, Sampaio e; *Manual de Processo Civil*, 2ª Edição Revista e Atualizada de acordo com o Dec.-Lei 242/85; Coimbra: Coimbra Editora, 1985, p.583.

²¹⁶ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Adoção ou o Direito ao Afeto*; in Scientia Iuridica, Tomo LIV, n.º 301, Janeiro-Março 2005, p.136.

²¹⁷ Neste sentido, cfr. COLOMBANI, Jean-Marie, *ob. cit.*, p.158.

²¹⁸ Neste sentido, cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30 de Novembro de 2004, publicado na *Coletânea de Jurisprudência, Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, 2004, Ano XII, tomo III, pp.129 e 130*, onde se postula que *o interesse ou desinteresse dos pais pelos filhos a que se refere o art.º 1978º, n.º 1, al. e). do C.P.C., não pode aferir-se apenas por um critério meramente cronológico, traduzido apenas pela existência ou inexistência de uma visita dos primeiros aos segundos em cada três*

de um livro num qualquer dia desses três meses, pois que tais atos, desgarrados de um comportamento persistente e constante no tempo não constituem evidências de interesse genuíno²¹⁹.

Consequentemente, pode-se assentar que não devem, por regra, ser consideradas as manifestações de interesse surgidas após o pedido de aplicação da medida de confiança judicial com vista a futura adoção.

Na prática judicial verifiquei que tal acontece com amiudada frequência: apesar de anteriormente alertados²²⁰ para a possibilidade de um eventual encaminhamento para a adoção, os progenitores apenas parecem despertar para a gravidade da situação depois de tomarem conhecimento desse pedido.

Todavia, a irrelevância dessas tardias manifestações de interesse dos progenitores há de ter como limite último o superior interesse da criança, podendo este fazer com que aquela regra ceda, consoante determinado circunstancialismo concreto.

De facto, poderá haver determinados casos em que se torne totalmente desadequada e desatualizada uma confiança judicial aquando do momento da tomada de decisão, embora a mesma se pudesse ter como mais correta e própria naqueles três meses anteriores ao respetivo pedido.

meses. A família é um lugar de afeto, dependendo a qualidade do afeto da potencialidade afetiva da pessoa que cuida da criança no dia a dia, que acompanha os seus sonhos e vive as suas alegrias.

²¹⁹ Com efeito, em face das alterações introduzidas pela Lei n.º 31/2003, de 22 de Agosto, defendeu-se que o legislador, para além de ter reduzido o período de manifesto desinteresse, veio, sem dúvida, tornar irrelevantes puras manifestações de intenção, desacompanhadas de atos em que as intenções se relevem, ou manifestações isoladas ou episódicas (uma carta, um telefonema, uma pequena lembrança, etc). Desta forma o legislador visou pôr termo a imensas situações em que os pais biológicos não queriam assumir a sua responsabilidade em face da criança mas também não queriam “dá-la” para a adoção e davam o seu consentimento expresso para que fosse aplicada a medida de acolhimento em instituição, visitando-a de seis em seis meses (cientes do prazo previsto na lei para interromper o processo com vista à adoção), criando falsas expectativas na criança, desequilibrando-a emocionalmente e tratando-a como uma “coisa” que apenas usavam quando lhes convinha. Situações estas que, muitas vezes se arrastavam até à data em que a criança já não tinha idade para ser adotada – JARDIM, Mónica, *loc. cit.*, p.141.

²²⁰ Um dos princípios enformadores da intervenção judicial em matéria de crianças e jovens em perigo é, precisamente, o da informação cujo conteúdo essencial consiste no direito da criança ou jovem, dos pais (ou representantes legais daqueles) e da pessoa que tem a guarda de facto da criança ou jovem em serem informados dos seus direitos, dos motivos que determinaram a intervenção e da forma como esta se processa – cfr. alínea i). do artigo 4.º da L.P.C.J.P.. Estamos perante um comando genérico que mereceria melhor concretização: a lei deveria estabelecer a obrigatoriedade de o juiz do processo informar aqueles intervenientes processuais sobre os motivos da intervenção, bem como sobre os termos e os efeitos das medidas de promoção e proteção abstratamente aplicáveis; por outro lado, a lei deveria situar temporal e processualmente tal obrigação no momento da audição necessária dessas mesmas pessoas (cfr. artigo 107.º, n.º 1, alínea b). da L.P.C.J.P.) e deveria também cominar uma sanção de nulidade desse ato de audição em caso de incumprimento daquela obrigação de informar. Com efeito, de nada vale conferir uma panóplia apreciável de garantias processuais aos pais se estes não estiverem cientes do resultado possível do processo de promoção e não forem conhecedores dos factos que motivam a intervenção, nem tiverem conhecimento pleno das consequências da aplicação de determinadas medidas de proteção. Não se compreende a omissão legislativa nesta matéria quando, por exemplo, na denominada Lei do Divórcio (aprovada pela Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro) se determina a obrigação do juiz informar (exarando tal menção em ata) sobre a possibilidade de recurso à mediação familiar. No caso da medida de confiança judicial com vista a futura adoção e mesmo *de iure condito*, o juiz deve ser particularmente minucioso no conteúdo da informação a transmitir aos pais, ao representante ou àquele que tem a guarda de facto da criança, devendo esclarecer que a confiança judicial da criança, com vista a futura adoção, confere, de modo irreversível, um estado de adotabilidade da criança e implica a imediata inibição do exercício das responsabilidades parentais, bem como a proibição de visitas de todos os membros da família natural, salvo, excecionalmente, dos irmãos (cfr. artigo 62.º-A, n.º 6 e 7, da L.P.C.J.P. e artigo 1978.º-A do Código Civil). Tal dever de informação qualificada encontra justificação óbvia, na minha opinião, nas gravosas consequências que derivam da confiança judicial, sendo também esse o motivo bastante para legitimar uma alteração legislativa no sentido ora proposto.

E note-se que pode existir alguma distância temporal entre esse período de permanência do desinteresse e o momento em que o tribunal é chamado a decidir, o que pode criar um hiato profundo entre a realidade processual relevante e a realidade atual.

Ora, estamos em pleno domínio da jurisdição voluntária pelo que o tribunal não está vinculado a critérios de estrita legalidade sendo legítimo, em casos excepcionais e segundo juízos de prudente oportunidade, extrair as consequências necessárias de um eventual interesse genuíno ainda que manifestado em momento posterior ao pedido da confiança.

Contudo, todas as cautelas serão poucas em situações deste calibre porquanto o passado recente dos progenitores indica o caminho da separação definitiva pais/filhos, enquanto o presente pode indiciar solução oposta. A dificuldade maior está, provavelmente, em perscrutar acerca da solidez desse interesse tardio e do seu eventual recuo a curto ou médio prazo. Da experiência por mim vivida nesta jurisdição de crianças e jovens julgo poder assegurar que só em caso de grande delonga do *iter* processual (dois anos ou mais) se afigura provável a possibilidade de inflexão da atitude dos progenitores perante a criança.

Conclui-se, portanto, que as manifestações de interesse tardio dos progenitores em relação à criança não relevam, por norma, para inferir o manifesto desinteresse anterior ao pedido de confiança.

De todo o modo, é mister concatenar tal regra geral com as consequências práticas da aplicação do princípio da atualidade, segundo o qual a intervenção judicial deve ser adequada à situação em que a criança (ou o jovem) se encontra no momento em que é tomada a decisão²²¹, sempre em subordinação ao superior interesse e aos direitos da criança.

O alcance deste conceito indeterminado do manifesto desinteresse e a questão da qualidade e continuidade dos vínculos próprios da filiação pôs-se com especial acuidade e dificuldade num dos mais complexos casos²²² de confiança judicial com vista a futura adoção que tive em mãos.

Uma jovem adolescente (órfã de pai) foi abandonada pela mãe, com vários irmãos, numa barraca sem água, nem luz. Essa mãe ausentou-se para a Roménia para contrair casamento com o seu companheiro.

Instaurado o necessário processo de promoção e proteção em benefício da referida jovem – que doravante designaremos apenas por S. – esta e os seus irmãos foram provisoriamente acolhidos numa instituição. Note-se que face à impossibilidade de todos os cinco irmãos serem colocados em centro de acolhimento temporário adequado às respetivas idades, a solução encontrada foi o acolhimento num anexo residencial de um Lar da Santa Casa da Misericórdia, mais vocacionado para o acompanhamento de pessoas idosas ou incapacitadas. Posteriormente, foi aplicada a todos os irmãos a medida de apoio para a autonomia de vida, prevista nos artigos 35.º, n.º 1, alínea d), e 45.º da L.P.C.J.P., a título definitivo.

²²¹ Cfr. alínea e). do artigo 4.º da L.P.C.J.P..

²²² Processo n.º 4459/05.1TBGMR.

Todavia, a S. engravidou e deu à luz a T. que passou a ser cuidada principalmente por uma funcionária dessa instituição, em consequência do comportamento dos progenitores.

Foi uma gravidez não planeada, segundo os pais, os quais verbalizaram que nunca configuraram a hipótese de interromper a gestação.

O pai de T. tinha vinte e um anos quando esta nasceu. A mãe de T. tinha apenas quinze anos e ambos revelavam imaturidade e instabilidade.

Com efeito, a mãe de T. nunca revelou maturidade para cuidar da filha. Aliás, era uma funcionária da instituição quem cuidava diariamente de T., nutrindo grande afeição, amor e carinho pela mesma e cuidando dela como se fosse a sua mãe, embora tentando sempre inculcar na mãe de T. a responsabilidade parental, não o tendo, todavia, logrado conseguir.

Isto porque a mãe de T. tinha como principal preocupação encontrar-se com o pai de T., ausentando-se da instituição durante várias horas consecutivas e até pernoitando fora da instituição.

Nos dias de descanso semanal – sábado e domingo – a referida funcionária levava a T. consigo para casa, alimentando-a, vestindo-a e cuidando do seu asseio e higiene, sendo que, por vezes, T. era visitada pela sua mãe na casa daquela funcionária.

O pai de T., por seu turno, esteve mais de um mês sem a ir visitar à instituição. Acresce que T. chegou a ser internada num hospital sem que o seu pai alguma vez a tenha ido ver.

Face a tal situação, à constante recusa da mãe de T. em ser colocada numa instituição vocacionada para receber mães adolescentes e uma vez que a instituição onde se encontravam não era adequada a crianças recém nascidas, T. foi colocada, provisoriamente e obviamente por decisão judicial, numa outra instituição, mais propriamente num centro de acolhimento temporário vocacionado para crianças de tenra idade.

Durante cerca de três meses, os progenitores visitavam T., semanalmente e em conjunto, mas demonstravam inexperiência, revelando dificuldades em pegar em T. ao colo e em acalmá-la quando chorava. Estes, durante as visitas e apesar de instruídos, não se mostravam capazes de dar a papa à filha.

De resto, segundo as informações e os relatórios das técnicas do centro de acolhimento temporário, a T. estranhava os pais.

A mãe de T. recusou, sempre e sob os mais variados pretextos, a frequência de qualquer curso de formação afirmando que “era capaz de fazer um curso para ficar com a filha” e que “se calhar vou querer levá-la ao fim de semana”.

Adrede formulava a intenção e o desejo de que T. fosse entregue à referida funcionária da instituição, considerando que uma família de acolhimento “não é para sempre” e verbalizando não imaginar que T. chamasse aquela funcionária de “mãe”, mas sim de “avó”.

A mesma funcionária – que nunca manifestou, nomeadamente através de candidatura na Segurança Social, a intenção de adotar uma criança – tinha disponibilidade para cuidar de T. e tinha por ela afeto continuado.

Era casada, mãe de duas filhas adolescentes e tinha conhecimentos de puericultura e dos cuidados a prestar aos mais desfavorecidos.

Após realização do debate judicial foi decretada a medida de confiança a pessoa selecionada para adoção, tendo sido apresentado recurso para o Tribunal da Relação de Guimarães, o qual foi julgado improcedente.

Ainda antes do recurso subir, chegou aos autos a notícia de que os pais de T. já não namoravam e que o pai de T. tinha emigrado, o que só confirmou a ausência de um relacionamento seguro e estável dos progenitores de T..

O caso, cujos fundamentais contornos vimos de expender, coloca várias questões que urge analisar mais profundamente: primeiramente, a questão das mães adolescentes, sem o imprescindível suporte familiar capaz e, as mais das vezes, sem o verdadeiro desejo da maternidade; em segundo lugar, a difícil opção entre o encaminhamento para a adoção e a entrega a uma terceira pessoa, seja ou não do círculo familiar; por fim, a controvérsia inerente ao tempo a conceder aos progenitores para a aquisição das competências para a parentalidade responsável.

As mães adolescentes – a par das mães sóas, das mães que não desejam os bebés e das mães que padecem de patologia de nível predominantemente pré-genital – são casos considerados pela psiquiatria como *de alto risco*²²³.

Estas mães-crianças, sem apoio e retaguarda familiares capazes, carecem, muitas vezes, de maturidade, formação adequada e disponibilidade afetiva para cuidarem, de modo competente, de uma criança, quase sempre não desejada e cujo nascimento interrompe, às vezes tragicamente, a adolescência das descobertas essenciais, do crescimento, dos relacionamentos amorosos e dos devaneios irreverentes.

Estas mães demasiado jovens ficam balançadas entre a pressão e o peso da responsabilidade de serem mães e o estigma da intervenção judicial, vendo esvaír-se o tempo próprio da adolescência despreocupada.

Os mais lúcidos e experientes consideram mesmo uma violência a exigência do ambiente social em que essa *mãe-criança* assuma uma capacidade psicológica inerente à condição de mãe. Vastas vezes, a *maternidade precoce* nestas mães adolescentes *vem cortar drasticamente as possibilidades de desenvolvimento pessoal destas jovens mães, que por isso tenderão a ser mães infelizes, com filhos infelizes*²²⁴.

²²³ FERREIRA, Teresa, *ob. cit.*, p.120.

²²⁴ DINIZ, João Seabra, *ob. cit.*, pp.36 e 37. O Autor destaca que estas meninas, sendo já capazes de *produzir um bebé*, não têm, porém, a *maturidade psicológica* adequada ao desempenho da função materna. E justifica, a meu ver, de modo irrefutável: *É justo*

Nestes casos, defendemos, com João Seabra Diniz que *a adoção é muitas vezes a única maneira de interromper o que parece ser uma cadeia geracional de famílias dissociadas, falta de qualidade materna, filhos criados em instituições ou marginalizados, delinquência, abandono*²²⁵.

Todavia, tal não significa, obviamente, que todos os filhos de mães adolescentes devam ser encaminhados para a adoção.

Há também que ter presente que a conceção e nascimento de um filho representa nestas mães uma rápida revolução transitória de incomensurável peso: a progenitora ainda recebe cuidados e depende dos pais e, concomitantemente, torna-se prestadora de cuidados ao seu filho.

No entanto, os julgadores devem estar cientes que, pela própria natureza das coisas e pelas limitações inerentes às mães muito jovens, os filhos destas acabam por ser «criados» por avós ou tias, as quais assumem os respetivos cuidados. O que nada tem de contraproducente, com exceção, obviamente, se aquelas não forem dotadas das respetivas competências funcionais e forem, por isso, protagonistas de mais um factor de risco para a criança. Aliás, o apoio familiar e social nestes casos pode fazer a diferença.

Só uma avaliação pluridisciplinar profunda, mas em tempo útil, poderá constituir suporte de apoio real aos julgadores para a formulação de um juízo de prognose quanto às possibilidades de evolução de uma mãe muito jovem.

O que nos remete para a questão dos *timings* de espera eventualmente a conceder aos pais (sejam pais precoces ou não) para que adquiram as necessárias competências parentais e retomem (ou façam nascer) um genuíno interesse em educar e ter ao seu encargo os filhos.

Na prática judiciária é-se amiúde confrontado com tal posição em que, quase indefinidamente, se espera que os pais evoluam e se dotem das ferramentas necessárias à assunção das responsabilidades.

Se é imperativo que a intervenção judicial se deve guiar pelo princípio da responsabilidade parental²²⁶, segundo o qual *a intervenção deve ser efetuada de modo a que os pais assumam os seus deveres para com a criança e o jovem*, é também imperioso que o aplicador do direito tenha presente que esse investimento nem sempre é aconselhável do ponto de vista psicológico e que, como em tudo, há que estabelecer limites cronológicos razoáveis para o efeito.

proibir o trabalho infantil, porque é roubar a uma criança a sua infância, e o esforço mental e físico que se lhe exige é excessivo para as suas capacidades e por isso vai prejudicá-la no seu normal desenvolvimento. Está para além das suas forças. (...) Infelizmente pouca gente ainda se apercebeu de que um raciocínio em tudo semelhante se pode aplicar aos casos de gravidez precoce. E começa a exigir-se da menina um comportamento que ela em geral só pode ter com um esforço excessivo e de forma desadequada. Roubam-lhe a sua adolescência, obrigando-a a saltar uma etapa importante da sua vida, em que ela teria direito à despreocupação e a uma certa dose de irresponsabilidade. Penso que é preciso um grande tato e uma grande lucidez para tratar bem estes casos, em que cedo se manifestam sinais de rejeição e irresponsabilidade em relação ao bebé, a par de movimentos de carinho e possessividade. Não é raro coincidirem as duas coisas. São bem a imagem das contradições de toda aquela situação, e não devem ser objeto de juízos morais negativos a respeito daquela «mãe-criança». No fundo ela está a reagir como aquilo que é – uma pessoa imatura – ao passo que o ambiente social lhe exige uma capacidade psicológica de acordo com o facto de ter sido mãe – o que é uma violência.

²²⁵ *Ibidem*, p.38.

²²⁶ Cfr. artigo 4.º, alínea f), da L.P.C.J.P..

Com efeito, quando não há interesse ou o mesmo é titubeante (o que se identifica no comportamento exteriorizado dos progenitores) pode ser antiético e constituir um risco forçar esse interesse e impor a assunção das responsabilidades parentais: estes pais não darão atenção à criança, não cuidarão dela, não conseguirão interagir com a mesma, com o que causarão danos psicológicos derivados da falta de uma referência afetiva estável²²⁷.

Por outro lado, não se poderá aguardar indefinidamente pela recuperação dos pais, em prejuízo da criança e instrumentalizando-a em subordinação àquele desiderato.

É que, todos o sabemos, a adoção é tanto mais difícil quanto maior é a idade da criança. O que implica que se decida rápido e que se exija que os progenitores se organizem e se recuperem também rapidamente.

Além disso, é o interesse da criança que exige essa limitação temporal.

Com efeito, o tempo das crianças não se compadece com o tempo dos pais cujo tempo preferem ocupar com outras prioridades, com o tempo dos pais que só eventualmente equacionaram sacrificar-se por um filho ou uma filha.

*Para uma criança a sensação do tempo é muito diferente da de um adulto*²²⁸.

Acresce, ainda, que o presente e o futuro das crianças não pode, nem deve, ser hipotecado à mais que certa irrecuperabilidade de muitos pais e muitas mães para a função da paternidade. Aliás, *os filhos não podem ser vistos como objetos funcionais que servem para um fim específico dos próprios pais*²²⁹, sendo até *cruel deixar as crianças num limbo, à espera que os pais biológicos possam cuidar delas ou estabeleçam uma vinculação afetiva, que nunca chega a existir*²³⁰.

A lei nacional não fixa o período temporal a conceder aos pais naturais com vista à recuperação das competências parentais ou à retoma do interesse genuíno pelos filhos.

Do mesmo modo, outros ordenamentos legais não fixam claramente esse lapso temporal de reciclagem.

Em França, a declaração judicial de abandono depende da verificação de um desinteresse, manifesto e voluntário, durante o período de um ano que precedeu o respetivo pedido. Ao lado deste instituto, temos as

²²⁷ Neste sentido, cfr. BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo; *ob. cit.*; p.351; ROCHA, Maria Dulce; *loc. cit.*; p.103; e SÁ, Joaquim Eduardo Nunes Sá, *Adoção e o Nascimento da Família*, in *Família – Quando e Como a Adoção? Comunicações e Outra Documentação*; Congresso Europeu de Adoção; Lisboa: 1995; p.29.

²²⁸ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Quem são os «verdadeiros» pais? Adoção plena de menor e oposição dos pais biológicos*, in *Direito e Justiça*, vol. XVI, tomo I; Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 2002, p.206.

²²⁹ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 26 de Fevereiro de 2007, disponível em www.dgsi.pt, Acórdão TRP, n.º convencional JTRP00040093.

²³⁰ SOTTOMAYOR, Maria Clara (2005) p.137.

crianças enquadráveis na figura dos pupilos de Estado²³¹, cujo projeto de adoção deve ser delineado no prazo de seis meses.

Em Itália e em Espanha também não existe qualquer comando legal que fixe em concreto o lapso temporal a conceder aos progenitores²³².

Já nos Estados Unidos da América prevê-se que cada Estado Federal tenha de fazer esforços razoáveis no sentido da reunificação familiar no prazo de doze meses contados desde a decisão de colocação, ou de catorze meses, quando a decisão judicial não preceda aquela.

No caso de tais esforços não terem sortido efeito (seja porque a família natural não aderiu aos apoios fornecidos, seja porque, tendo aderido, os mesmos não tiveram êxito) e não se mostrando, portanto, viável a reunificação familiar, o encaminhamento para a adoção deve ser decidido de imediato²³³.

Todavia, parece-me apodítico que terá de haver um limite temporal para o processo de recuperação da família biológica²³⁴.

Ora, *de lege ferenda*, tenho como certo que não se deverá, desde logo, fixar um prazo de recuperação fixo e imutável. Nestas matérias, mais do que em tudo, cada caso é um caso.

No entanto, seria de toda a conveniência fixar limites temporais máximos e inultrapassáveis para que o Ministério Público, em conjugação com os Serviços da Segurança Social, elaborassem um plano de projeto de vida para cada menor. Conveniência que, no caso das crianças institucionalizadas, se transmuda em verdadeira imprescindibilidade.

Porém, outra advertência será de fazer: tal prazo há de ser tanto menor quanto menor for a idade da criança. É que a nova oportunidade a conceder aos progenitores está limitada temporalmente pela perspetiva da criança e pelo seu superior interesse. E sabemos que quanto maior é a idade do adotando, mais difícil é a

²³¹ São matriculados como pupilos do Estado, segundo o artigo L224-4 do Code de l'Action Sociale et des Familles, as crianças recolhidas pelo serviço de ajuda social há mais de dois meses, cuja filiação não esteja estabelecida ou seja desconhecida; as crianças cuja filiação esteja estabelecida e seja conhecida e que foram expressamente entregues àqueles serviços, há mais de dois meses, em vista da sua admissão como pupilos do Estado, pelas pessoas que possam consentir na sua adoção; as crianças entregues ao serviço de ajuda social pelo pai ou pela mãe, com vista à sua admissão como pupilos do Estado, há mais de seis meses, e desde que o outro progenitor não tenha dado conhecimento da sua intenção de a assumir a seu cargo; os órfãos de pai e mãe em relação aos quais não tenha sido instituída a tutela; as crianças cujos pais foram inibidos do exercício da autoridade paternal; e os declarados judicialmente abandonados, nos termos do disposto do artigo 350.º do Code Civile.

²³² Cfr. BOLIEIRO, Helena Isabel Dias, *loc. cit.*, p.50 e p.54.

²³³ *Ibidem*, p.59.

²³⁴ Neste sentido, veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação da Lisboa de 22 de Fevereiro de 2007, disponível em www.dgsi.pt, processo 722/07, onde se considerou que *sempre que se evidencie dos factos provados que a mãe biológica do menor, não aproveitou, ao longo do tempo, as ajudas prestadas pelos serviços públicos a fim de adquirir as devidas competências maternas, continuando a revelar incapacidade para fornecer os cuidados e afeto adequados às necessidades do filho atenta a sua idade e situação, a defesa dos interesses deste impõe que a mesma seja inibida do exercício do poder paternal e o menor permaneça na instituição apenas com vista a ser colocado à guarda de candidato com vista à sua adoção.*

sua adoção (face aos desejos dos candidatos à adoção) e mais complexa é a sua integração na nova família adotiva²³⁵.

Julgo que nas crianças com menos de dois ou três anos de idade não se deverá aguardar mais de seis meses pela eventual recuperação dos pais. Para crianças com mais idade, tal prazo não deve ser superior a um ano, sendo esse lapso temporal mais do que suficiente para que os pais assumam as suas responsabilidades²³⁶ e, bem assim, para que os serviços competentes do Estado definam o projeto de vida de uma criança.

Aliás, mesmo *de lege lata*, podemos ter esses prazos de seis meses e um ano como uma indicação relevante para os efeitos que analisamos, pois que as medidas de promoção devem ser obrigatoriamente revistas em períodos não superiores a seis meses, nos termos do disposto no artigo 62.º, n.º 1, da L.P.C.J.P., e não devem ter duração superior a um ano, nos termos do disposto no artigo 60.º, n.º 2, da L.P.C.J.P., com eventual prorrogação por mais seis meses, se isso for do interesse da criança ou do jovem.

XI.7 – O requisito autónomo e comum a todas as subespécies de confiança.

Posto isto, haverá agora que analisar o requisito autónomo da confiança judicial com vista a futura adoção e que consiste na inexistência ou no sério comprometimento da existência dos vínculos próprios da filiação.

Mas o que são os vínculos próprios da filiação?

*A vinculação é um processo dinâmico e cumulativo de gestos recíprocos*²³⁷.

Sob o ponto de vista da psicologia, a vinculação é concebida como um processo ou modelo explicitamente relacional: a vinculação mais não é do que as relações afetivas significativas que nos interligam aos outros.

O referente teórico e prático da hodierna teoria da vinculação encontra-se na obra de J. Bowlby: em oposição ao que até então se defendia, a vinculação do bebé à mãe tem por base determinados comportamentos que, organizados e orientados, servem para ligá-lo a essa figura. Todavia, para J. Bowlby mãe

²³⁵ Vários estudos demonstraram significativas diferenças ao nível do sistema cognitivo e social entre crianças adotadas antes e depois dos seis meses: *as adotadas mais cedo apresentavam níveis normais, em contraste com as outras, que recuperaram menos bem, mas que, alguns anos depois, apresentavam valores médios em termos cognitivos e manifestavam poucos problemas sociais emocionais. Contudo, alguns continuavam a revelar défices cognitivos persistentes, padrões de vinculação insegura e problemas de comportamento significativos. A probabilidade da manutenção dos problemas tendia a aumentar com a duração da experiência institucional. A duração dessa experiência parecer ter também um papel significativo no domínio neurobiológico (...)* – AA. VV., *Relações de Vinculação ao Longo do Desenvolvimento: Teoria e avaliação*, [Isabel Soares coord.], 2ª Edição; Braga: Psiquilibrios Edições, Abril 2009, p.40

²³⁶ Curiosa é a seguinte opção gradativa, ao nível das consequências, por outros defendida: *a proteção de uma criança não pode eternizar-se. Pais que em seis meses não reúnam recursos mínimos para ter de volta os seus filhos devem, a bem das crianças, ver limitado o poder paternal. Se, em doze meses não reunirem os recursos adequados à parentalidade, devem ver inibido o poder paternal (sob pena de, doutra forma, ser adiado, irreparavelmente, o projeto de vida de uma criança)* – SÁ, Eduardo [et al.], *ob. cit.*, p.60.

²³⁷ SÁ, Eduardo [et al.], *ob. cit.*, pp.45 e 46.

é a pessoa que desempenha o papel de mãe (ou seja, o cuidador primário) e a quem a criança se liga, pois que se constatou que a qualidade da vinculação é transmitida ao longo das gerações, não pelos genes, mas pela microcultura familiar²³⁸.

Assim, a necessidade de vinculação de um ser imaturo e impreparado como é um recém-nascido não deriva apenas do instinto de sobrevivência (e da carência de satisfação de determinadas necessidades) como antes se pensava, mas tem por função essencial a proteção.

Aqueles comportamentos visam, em consequência, a sobrevivência, a segurança e a proteção através de uma determinada figura. O que significa que a vinculação *serve a função biológica de proteção nas espécies que têm um período prolongado de desenvolvimento antes de alcançarem a maturidade reprodutiva*²³⁹.

Os comportamentos de vinculação têm, portanto, por função a proteção da criança (figura vinculada) e o seu resultado previsível é a proximidade a uma figura específica (denominada figura de vinculação), potencialmente mais forte e mais capaz, que proporciona segurança, conforto e ajuda²⁴⁰.

De todo o modo, a vinculação não é mais do que um tipo específico de ligações afetivas que se preenche, segundo Mary Ainsworth²⁴¹, através dos seguintes caracteres: é persistente e não transitória; envolve determinada figura e reflete uma atração que um indivíduo tem por outro; é uma relação emocionalmente significativa; envolve o desejo de proximidade ou de contato com essa figura; há perturbação do indivíduo face a uma separação involuntária ou perante uma impossibilidade de aproximação.

A procura de segurança e conforto na relação da figura vinculada com essa pessoa é, porém, o critério dominante para a distinção entre «ligações parentais» e «vinculação das crianças aos pais».

Nessa medida e ao assentar num modelo explicitamente relacional, a relação de vinculação *é crucial para a sobrevivência, uma pré-condição para todas as interações humanas significativas e a chave para a segurança psicológica*²⁴².

Em termos conceptuais é lícito conceber a vinculação no período da infância – que é o que realmente releva nesta sede – *como sendo desenvolvida através da matriz relacional organizada em torno do sistema de cuidados da figura parental, que se exprime sob a forma de padrões de regulação diádica onde o grau de participação da criança vai sendo, progressivamente, maior*²⁴³.

²³⁸ AA. VV., *Relações de Vinculação ao Longo do Desenvolvimento: Teoria e avaliação*, [Isabel Soares coord.], *ob. cit.*, p.17 e p.29. Em sentido diverso e sublinhando a diferença entre vinculação e ligação veja-se VERRIER, Nancy; *Compreender a criança adotada*, Casal de Cambra: Caleidoscópio; Julho 2007, p.34 e 35. Esta Autora refere que não é possível *romper os laços com a mãe biológica e substituí-la por outro primeiro prestador de cuidados, por muito caloroso, preocupado e motivado que ele seja, sem consequências psicológicas para a criança (e para a mãe). Um jovem ou uma criança podem certamente unir-se a outro prestador de cuidados, mas a qualidade dessa união pode ser diferente da união com a primeira mãe, e a ligação pode ser difícil ou, como muitos adotados me disseram, impossível.*

²³⁹ *Ibidem*, p.29. Cfr. também p.162.

²⁴⁰ Já na idade adulta, a vinculação e procura de proximidade tem como objetivo o envolvimento sexual – *ibidem*, p.148.

²⁴¹ *Ibidem*, p.30, em nota.

²⁴² *Ibidem*, p.38.

²⁴³ *Ibidem*, p.49

A ciência da psicologia produziu vários estudos em que se pôde verificar que a variável materna (mais concretamente a capacidade da mãe em perceber, interpretar corretamente e responder de forma adequada e rápida aos sinais e à comunicação do bebé) era a que mais contribuía para a classificação das crianças mais inseguras perante situações particulares, laboratorialmente estandardizadas, aproximadas ao quotidiano e destinadas a ativar e, ou, intensificar o sistema comportamental de vinculação.

Além disso, tem-se sublinhado que *o que acima de tudo influencia o desenvolvimento da criança e a sua orientação afetiva é o clima emocional em que é criada, isto é, a qualidade, a forma de afetividade dos pais. É a afetividade que inspira a sua maneira de cuidar da criança, de lhe pegar, de a transportar, de a amamentar, de lhe ligar ou de a deixar chorar; é essa afetividade que condiciona os gestos da mãe*²⁴⁴.

De facto, *a relação de vinculação é uma relação eminentemente emocional*²⁴⁵.

Partindo deste plano eminentemente psicológico, é possível autonomizar e densificar o conceito jurídico (e indeterminado) de vínculos próprios da filiação utilizado pelo legislador no corpo do artigo 1978.º do Código Civil.

Com efeito, esse conceito jurídico há de ser preenchido pelos contributos da psicologia mas devidamente conformado pelos princípios jurídicos e pelos comandos constitucionais aplicáveis.

Assim, considerando o comando fundamental de que os pais não podem ser separados dos filhos senão quando não cumpram os deveres fundamentais para com eles²⁴⁶ e considerando que esses deveres são os inerentes ao exercício empenhado das responsabilidades parentais, fácil é de concluir que os vínculos próprios da filiação se hão de descortinar, juridicamente, no modo como são (ou não) cumpridos esses deveres, em conjugação, com o envolvimento emocional e o relacionamento afetivo entre pais e filhos.

É na interseção desta tríade de elementos que se poderá aferir da qualidade, continuidade e existência da vinculação própria da filiação, por forma a garantir uma tanto quanto possível avaliação rigorosa do denominar comum a todos os casos de confiança judicial com vista a futura adoção.

Como é evidente, são sinais exteriores, manifestações comportamentais externas e a sua correspondência (ou não) com o discurso assumido pelos progenitores que nos indiciam aqueles elementos essenciais dos vínculos próprios da filiação enquanto conceito jurídico.

Neste ponto pode-se sublinhar que *a importância fundamental da qualidade da diada mãe-filho nos primeiros tempos de vida da criança e da essencialidade de uma relação com os pais, estável e sem*

²⁴⁴ DAVID, Myriam; *A criança dos 0 anos 6 anos*; 6ª edição; Moraes Editores, p.41.

²⁴⁵ AA. VV., *Relações de Vinculação ao Longo do Desenvolvimento: Teoria e avaliação*, [Isabel Soares coord.], *ob. cit.*, p.190.

²⁴⁶ Artigo 36.º, n.º 6, da Constituição da República Portuguesa.

*descontinuidades, ajuda a compreender o significado do discurso e das ações e omissões dos pais naturais, por forma a bem se decidir se os vínculos próprios da filiação se encontram ou não comprometidos*²⁴⁷.

De resto, para aquilatar da vinculação afetiva é absolutamente essencial perscrutar o modo como o progenitor se relaciona com o menor, a capacidade comunicacional do progenitor para com a criança, a forma como compreende as necessidades da criança ou até o modo como as encara²⁴⁸.

Como referem Rui do Carmo e Isabel Marques Alberto²⁴⁹ *a dimensão afetivo/relacional é indispensável na identificação dos indicadores da(s) boa(s) competência(s) parental(ais) e inclui a capacidade do adulto de: a) mostrar empatia e de se colocar no ponto de vista da criança; b) comunicar com a criança; c) compreender as necessidades desenvolvimentais físicas, sociais, cognitivas e afetivas da criança; d) servir de exemplo/modelo socialmente adequado; e), lidar com o stresse, a agressividade e a frustração.*

No apuramento do grau de vinculação afetiva tem, além do mais, de se avaliar até que ponto os progenitores conseguirão colocar os interesses da criança à frente dos seus próprios interesses, sacrificando estes e dando prioridade àqueles: para os bons pais os filhos são o princípio, o meio e o fim.

Ora, quando todos estes fatores primordiais estão fortemente diminuídos (ou não existem de todo) ou quando o incumprimento dos deveres inerentes ao exercício capaz das responsabilidades atinge um grau intolerável e um ponto de irreversibilidade terá de se concluir pelo comprometimento sério dos vínculos próprios da filiação²⁵⁰.

Há, pois, que fazer sempre uma apreciação global e ampla de todas as circunstâncias apuradas em cada caso concreto à luz do superior interesse da criança, visto de modo atual e concreto.

Como refere Maria Clara Sottomayor²⁵¹ *o conceito de gravidade e de comprometimento sério dos vínculos afetivos próprios da filiação devem ser apreciados, tendo em conta a idade do menor, as suas necessidades, o seu grau de desenvolvimento e estado de saúde, assim como o comportamento global dos pais no exercício das suas funções parentais, não bastando a mera reclamação do filho no momento da confiança judicial.*

²⁴⁷ LEANDRO, Armando; in Prefácio de *Este meu filho que eu não tive – A adoção e os seus problemas*, Porto: Edições Afrontamento, 1993 p.8.

²⁴⁸ Um caso patente de ausência de vinculação afetiva (e maus-tratos) resultou em confiança judicial com vista a futura adoção, cuja respetiva decisão foi confirmada pelo Supremo Tribunal de Justiça em Acórdão de 2 de Abril de 2005, publicado na *Coletânea de Jurisprudência, Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, 2005, Ano XIII, tomo II, pp.25-28*: na decisão recorrida relatava-se de modo impressivo como decorriam as visitas na instituição onde a criança estava acolhida: na primeira visita criança não conhecia a mãe; esta permaneceu calada, sem qualquer movimento de aproximação física da criança; nas restantes visitas constatou-se a falta de relação mãe e filho, sendo que a criança se despedia rapidamente da mãe e ia brincar com as outras crianças, nunca se referindo à figura materna.

²⁴⁹ *Adoção ou Institucionalização? Acórdão do Tribunal Judicial de Castelo Branco, de 27 de Janeiro de 2006*, in Revista do Ministério Público, n.º 111, Ano 28, Jul/Set 2007, p.192

²⁵⁰ Cfr. o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 28 de Outubro de 2010, processo n.º 641/04.7TMBRG-A.P1, disponível em www.gde.mj.pt.

²⁵¹ *Quem são os «verdadeiros» pais? Adoção plena de menor e oposição dos pais biológicos*, in Direito e Justiça, vol. XVI, tomo I; Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 2002, p.206.

Assim sendo, a demonstração do requisito da confiança com vista a futura adoção e consistente na inexistência ou no sério comprometimento da existência dos vínculos afetivos próprios da filiação vai depender também em grande medida do parecer dos técnicos baseado num diagnóstico que define o projeto de vida de determinada criança e que avalia a capacidade da família biológica em desenvolver e consolidar com a criança uma relação afetiva de prestação de cuidados consistentes, com ausência de abusos e negligência²⁵².

De todo o modo e ainda que se tome em conta a opinião da criança, ouvindo-a, é claro que ao tribunal é sempre possível recorrer aos contributos da psicologia ou da pedopsiquiatria em caso de dúvida sobre a manutenção, a qualidade e o sério comprometimentos dos vínculos afetivos próprios da filiação, pois que muito raramente as crianças verbalizam o desejo de não mais viverem com os progenitores, ainda que o tenham na realidade²⁵³.

Sendo este o conteúdo juridicamente relevante do conceito, cabe indagar agora se a inexistência dos vínculos próprios da filiação, ou seu o comprometimento sério, referidos no corpo do artigo 1978.º do Código Civil, constitui um requisito autónomo, carecido de demonstração factual, ou, pelo contrário, cada uma das circunstâncias descritas nas alíneas do n.º 1 desse artigo constitui apenas uma presunção *iuris et de iure* dessa inexistência ou comprometimento sério.

Desde já se diga que a doutrina mais autorizada conflui quase unanimemente para o primeiro desses entendimentos²⁵⁴.

Na defesa dessa posição estão Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira²⁵⁵ que argumentam que, a entender-se de modo contrário, seria inútil a menção do preceito a essa circunstância no corpo do artigo, bem como Helena Bolieiro e Paulo Guerra²⁵⁶ e mesmo Tomé d'Almeida Ramião, embora com reserva²⁵⁷.

Identicamente Maria Clara Sottomayor²⁵⁸ segue o entendimento que as ações de confiança judicial com vista a futura adoção têm uma causa de pedir complexa, sendo, por conseguinte, necessário alegar e provar factos demonstrativos de qualquer das situações previstas nas alíneas do n.º 1 do artigo 1978.º do Código

²⁵² Neste sentido, cfr. POTES, Ana Carina Azevedo; BANDOLA, Cátia Alexandra Teixeira; REAL, Filipa Mariana Ferreira; FERREIRA, Luciana Pires; *Tempo da Adoção vs Tempo Útil da Criança: Complexidade e questões do processo*; Instituto Superior de Serviço Social de Lisboa; Junho 2006, p.30.

²⁵³ JARDIM, Mónica, *loc. cit.*, p.142.

²⁵⁴ Na jurisprudência veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 5 de Novembro de 2015, processo n.º 6368/13.1TBALM.L1-2, disponível em www.gde.mj.pt, onde se decidiu que *a ocorrência de qualquer dessas situações constituirá via necessária para a demonstração da inexistência ou do sério comprometimento do vínculo afetivo entre o progenitor e a criança, para o efeito da confiança da criança para adoção; adicionalmente, porém, haverá que apreciar se essas situações traduzem, em concreto, inexistência ou sério comprometimento dos vínculos afetivos próprios da filiação.*

²⁵⁵ *Ob. cit.*, p.278.

²⁵⁶ *Ob. cit.*, p.350. No mesmo sentido GUERRA, Paulo; *loc. cit.*, p.93, onde se destaca que *nenhuma confiança judicial pode ser decidida no sentido da procedência sem que a verificação do comprometimento dos vínculos próprios da filiação seja autonomamente feito.*

²⁵⁷ *Ob. cit.*, p.58.

²⁵⁸ *A nova lei da adoção*, in Direito e Justiça, vol. XVIII, tomo II; Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 2004, p.244.

Civil, mas também factos que logrem convencer os julgadores de que existe uma rutura dos vínculos afetivos próprios da filiação²⁵⁹.

No entanto, a Ilustre Autora ressalva que em caso de falecimento dos pais biológicos e no caso de existência de prévio consentimento para a adoção não é de exigir tal prova da quebra dos laços afetivos²⁶⁰, parecendo defender, portanto, a existência de uma presunção *iuris et de iure* da inexistência desses vínculos nessas situações.

Aliás, Maria Clara Sottomayor vai mais longe e defende que mesmo nos casos de abandono previstos na alínea c). n.º 1 do artigo 1978.º do Código Civil se deve prescindir dessa prova.

O que bem se compreende, considerando que os mesmos, por natureza, estarão efetiva e irremediavelmente comprometidos nos casos vertidos nas alíneas a)., b). e c). do n.º 1 do preceito em causa.

Aliás, tendo falecido os progenitores não mais poderá haver vinculação filiativa dada a inexistência de um dos pólos dessa relação.

Por outro lado, no caso ter sido prestado o prévio consentimento para a adoção, a criança está, legal e formalmente, em situação de adotabilidade, pelo que não faria nenhum sentido, e seria mesmo redundante, estar a analisar a existência, ou não, de vínculos filiativos.

Ora, a defender-se solução oposta, fácil é de concluir que, em caso de improcedência do pedido de confiança judicial, o estatuto de adotabilidade da criança (em consequência do consentimento prévio) seria posto em causa, ficando a mesma, em consequência, envolta numa dúbia e contraditória posição. Daí que no caso de já ter sido prestado o consentimento prévio, a confiança deva ser feita por via administrativa e já não judicial²⁶¹, como decorre do disposto nos artigos 34.º, n.º 2, alínea a)., e 36.º do Regime Jurídico do Processo de Adoção e nos artigos 1980.º, n.º 1, 1982.º e 1983.º do Código Civil.

O que dizer, contudo, quanto ao abandono previsto na alínea c).?

Tomé d'Almeida Ramião considera que a não existência ou o sério comprometimento dos vínculos próprios da filiação nada adianta de novo a esta situação pois que em caso de abandono *ficam naturalmente comprometidos, a existirem, os vínculos afetivos próprios da filiação*²⁶².

Já Maria Clara Sottomayor pugna pelo contributo das ciências humanas e, afastando uma visão puramente jurídico-formal e considera que o abandono *manifesta, por si, uma situação de rutura ou inexistência dos laços afetivos próprios da filiação*. E a experiência prática demonstra-nos, claramente, que nos

²⁵⁹ A não alegação e prova desses factos implica a impossibilidade de aplicação da medida de confiança com vista a futura adoção, como foi, por exemplo, o caso tratado no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 27 de Maio de 2014, processo n.º 3354/07.4TBVNG.P1, disponível em www.gde.pt.

²⁶⁰ *Loc. cit.*, p.245.

²⁶¹ Neste sentido, RAMIÃO, Tomé d'Almeida, *A Adoção – Regime Jurídico Atual*, 2ª ed. (revista e atualizada); Lisboa: Quid Iuris, 2007; p.58. No entanto e como é de linear clareza, se apenas um dos progenitores deu o consentimento prévio para a adoção, haverá, sendo caso disso, que estabelecer o estatuto de adotabilidade da criança através da confiança judicial, com base nas situações previstas nas alíneas c)., d)., e e). do n.º 1 do artigo 1978.º do Código Civil a imputar ao outro progenitor não aquiescente.

²⁶² *Ibidem*.

casos de abandono *pode não haver qualquer rutura dos laços afetivos próprios da filiação, exatamente porque nunca chegou a existir relação afetiva*²⁶³.

Assim sendo, o sentido útil da menção à inexistência ou ao sério comprometimento dos vínculos próprios da filiação plasmada no corpo do artigo 1978.º do Código Civil só pode reportar-se às situações das alíneas d). e e). do n.º 1, sendo, em consequência, de presumir a sua verificação nos demais casos que habilitam o tribunal a decidir pela confiança com vista a futura adoção.

Em abono desta posição, Maria Clara Sottomayor considera, ainda, que não foi desígnio do legislador exigir *a prova dos laços afetivos próprios da filiação em situações onde ela nunca existiu mas tornar claro que a falta de condições económicas dos pais nunca pode constituir um requisito para que a criança seja confiada judicialmente com vista a futura adoção*²⁶⁴.

Embora sem apoio expresso na letra da lei, a interpretação proposta mostra-se adequada delimitação do sentido útil do corpo do artigo 1978.º do Código Civil, sendo pois de concluir que se presume a inexistência dos vínculos afetivos próprios da filiação em caso de falecimento dos pais biológicos, no caso de existência de prévio consentimento para a adoção e, bem assim, no caso de abandono.

XI.8 – Os efeitos da confiança judicial com vista a futura adoção.

Ao ser declarado procedente um pedido de confiança judicial com vista a futura adoção produzem-se consequências jurídicas de grande relevância que é mister elencar.

O primeiro e mais relevante efeito jurídico da confiança judicial com vista a futura adoção é, como já disse, o estabelecimento de um estatuto de adotabilidade na criança confiada.

O que significa que a criança está em condições de ser adotada, pois que, em princípio e por regra, decretada a confiança judicial com vista a futura adoção, por decisão transitada em julgado, não mais se poderá se poderá discutir, nem conhecer, da questão da adotabilidade da criança²⁶⁵.

Por outro lado, estabelecida a adotabilidade da criança, poder-se-ão iniciar imediatamente os demais procedimentos com vista à adoção, nomeadamente, com a entrega da criança a pessoa ou casal previamente selecionado como adotante e com o subsequente período de pré-adoção, findo o qual deverá estar concluído o

²⁶³ ROCHA, Maria Dulce; *ob. cit.*, p.102.

²⁶⁴ *A nova lei da adoção*, in Direito e Justiça, vol. XVIII, tomo II; Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 2004, p.245.

²⁶⁵ Neste sentido, cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21 de Março de 2000, publicado na *Coletânea de Jurisprudência, Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, 2000, Ano VIII, tomo I, p.133-135*. Veja-se também o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 29 de Setembro de 2015, processo n.º 5928/12.2TBLRA-C.C1.S1, disponível em www.gde.mj.pt, onde se decidiu que *decretada a adoção, por sentença transitada em julgado, não é admissível, face aos fundamentos taxativos da revisão e da legitimidade para a desencadear, que uma irmã do adotado – que nenhuma intervenção espontânea deduziu nos procedimentos que conduziram à adoção – pretender obter um juízo rescisório do caso julgado material, decorrente de tal sentença, com base em invocadas nulidades processuais, alegadamente cometidas naqueles autos*.

inquérito a que se refere o artigo 50.º, n.º 4, do Regime Jurídico do Processo de Adoção, com vista a que se possa então instaurar o processo judicial de adoção.

Como é de linear clareza, o trânsito em julgado da decisão de confiança judicial suprime qualquer incerteza quanto ao eventual regresso da criança à família biológica, podendo aquele período de pré-adoção fazer-se com maior segurança e serenidade.

Outra das consequências jurídicas de alto relevo que decorre decisão de confiança judicial com vista a futura adoção é a desnecessidade de obter o consentimento dos pais biológicos em sede de processo judicial de adoção, bem como a desnecessidade de essas pessoas serem chamadas ao processo de adoção, nomeadamente, através da sua citação para os respetivos termos²⁶⁶, como decorre expressamente agora do disposto no artigo 52.º, n.º 4, do Regime Jurídico do Processo de Adoção, aprovado pela Lei n.º 143/2015, de 8 de Setembro.

No artigo 1978.º-A do Código Civil prevê-se outro efeito da confiança judicial com vista a futura adoção e que consiste na inibição do exercício das responsabilidades parentais por parte dos pais biológicos. Trata-se de um efeito automático da decisão de confiança que se traduz numa verdadeira inibição de pleno direito²⁶⁷ tal como as demais previstas no artigo 1913.º do Código Civil.

Em consonância com este efeito jurídico e como corolário lógico da necessidade de preencher o vazio decorrente de tal inibição, no que tange ao exercício das responsabilidades parentais em relação à criança confiada, torna-se necessário designar a esta curador provisório, cujas funções se mantêm até ser decretada a adoção, ou não sendo esta já possível, até ser aplicada outra medida tutelar cível (cfr. 62.º-A, n.º 3, da L.P.C.J.P.).

Esse curador provisório pode ser a pessoa singular a quem a criança seja confiada ou a pessoa com quem a criança tenha maior e mais direto contato, no caso de a confiança ser deferida a família de acolhimento ou a uma instituição (cfr. 62.º-A, n.º 4 e n.º 5, da L.P.C.J.P.).

Por fim, a confiança tem também como consequência jurídica a proibição de visitas por parte dos progenitores e de todos os membros da família natural, como decorre do disposto no artigo 62.º-A da L.P.C.J.P., salvo dos irmãos, em casos excepcionais, devidamente fundamentados e em função do superior interesse do adotado (cfr. o n.º 7 do 62.º-A da L.P.C.J.P.)

Deste catálogo de efeitos decorre claramente o que a lei pretende com a confiança judicial com vista a futura adoção: afastar os progenitores indignos ou incapazes para o exercício das responsabilidades parentais

²⁶⁶ Neste sentido, cfr. o citado Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21 de Março de 2000. Defendendo igual posição e sublinhando acertadamente que estando a questão da adotabilidade já decidida por sentença transitada em julgado, o processo de adoção não pode *funcionar como um recurso extraordinário de revisão da decisão de confiança judicial a fim de verificar a veracidade ou falsidade das provas em que se fundamentou a decisão* cfr. SOTTOMAYOR, Maria Clara (2002), p.193 e 194.

²⁶⁷ Neste sentido, cfr. GUERRA, Paulo, *ob. cit.*, p.94.

da vida da criança e dos procedimentos relativos à adoção, proteger a criança e facilitar e agilizar o processo judicial de adoção quando por esta solução passar o projeto de vida da criança.

XII. – Balanço.

À guisa de conclusão, haverá que salientar o incontestável avanço civilizacional que se logra surpreender no regime substantivo da confiança judicial com vista a futura adoção.

Como ponto forte do instituto, visto como momento de charneira de todo o processo de adoção (*lato sensu*), na ótica do adotando, saliento a eleição inequívoca do critério do superior interesse da criança como factor decisivo do critério decisório.

Além disso, poderei referir que a principal virtualidade do instituto, em especial na sua modalidade de medida de promoção, é a de permitir uma agilização do encaminhamento para a adoção das crianças carecidas de meio familiar, com total observância das garantias processuais de todos os intervenientes.

Com efeito, através de um único processo e de uma única decisão pode ficar definitivamente estabelecida a adotabilidade de uma criança, sendo certo que a lei define com um grau de concretização bastante razoável as situações factuais em que tal é possível, minimizando-se as incertezas e inseguranças que qualquer decisão relativa ao direito da família comporta.

De todo o modo, a doutrina, a jurisprudência e a casuística (aqui, mais do que em qualquer outro domínio do jurídico, e como já referi, cada caso é mesmo um caso) têm sabido densificar e delimitar cada um dos fundamentos que justificam o encaminhamento para futura adoção através deste mecanismo. O que também eu, de resto, espero ter conseguido fazer.

Por outro lado, é de salientar que a confiança judicial com vista a futura adoção evita a duplicação desnecessária de processos e procedimentos, com repetição de demoradas e tensas diligências judiciais que atentam contra o bem estar da criança e a estabilidade emocional dos intervenientes e que sobrecarregam magistrados e técnicos.

Para a criança é também de salientar a óbvia diminuição do tempo de institucionalização que o instituto proporciona, dado que após ter sido decidida a confiança a criança é de imediato (ou logo que possível) entregue a candidato selecionado como adotante.

Em termos de técnica legislativa, penso que seria bem mais adequado transferir para outro lugar a menção ao consentimento dos progenitores, pois que o fito essencial da confiança judicial com vista a futura adoção é o de estabelecer a adotabilidade da criança, ainda que contra a vontade dos pais biológicos ou, pelo menos, quando não é já possível obter o acordo destes.

Aliás, julgo que a lei deveria estabelecer a obrigatoriedade de a criança ser confiada apenas por via administrativa nos casos em que existe o consentimento dos respetivos progenitores.

É que, logo que regularmente obtido o consentimento, a criança está em situação de adotabilidade, não sendo, por isso, imprescindível o recurso à confiança por via judicial (já que a intervenção do juiz, enquanto terceiro imparcial e titular de um órgão dotado de uma parcela de soberania nacional, está garantida

no momento da prestação do consentimento, o que deve ser mantido) até porque, nesse caso, não ocorre o obstáculo impeditivo da confiança e a que se refere o n.º 4 do artigo 1978.º do Código Civil.

Para além dessa exclusão, bem faria o legislador em estabelecer expressamente uma presunção de inexistência dos vínculos próprios da filiação nos casos de abandono e nos casos de filhos de pais incógnitos, por forma a dissipar quaisquer dúvidas e afastar interpretações desmesuradamente exigentes quanto aos requisitos da confiança judicial.

De resto, na senda da conceção marcadamente objetivista que já atualmente enforma o instituto, sou de parecer que na alínea d). do n.º 1 do artigo 1978.º do Código Civil deveria também constar a mera, mas forte, probabilidade de perigo grave para a segurança, a saúde, a formação e a educação ou o desenvolvimento do menor como fundamento da confiança judicial, bem como a toxicodependência e o alcoolismo como causas exemplificativas de incapacidade do exercício responsável da parentalidade.

Assim, a redação do preceito poderia ser alterada no seguinte sentido, pondo-se cobro também aqui a algumas dificuldades que se deparam aos exegetas mais ligados ao estrito texto da lei: (...) se os pais, por ação ou omissão, mesmo que por manifesta incapacidade, seja, ou não, devida a razões de doença de índole mental ou outra, alcoolismo ou toxicodependência, puseram ou, com forte probabilidade, ponham, em perigo grave (...).

De todo o modo, a necessidade de tal alteração está fortemente atenuada com a introdução, pela Lei n.º 142/2015, de 8 de Setembro, de uma nova situação de perigo no catálogo do artigo 3.º, n.º 2, da L.P.C.J.P., a qual abarca a criança que *está aos cuidados de terceiros, durante período de tempo em que se observou o estabelecimento com estes de forte relação de vinculação e em simultâneo com o não exercício pelos pais das suas funções parentais.*

Por último, talvez fosse frutífero densificar o superior interesse da criança relevante para efeitos da verificação das situações que habilitam o julgador a decretar a confiança judicial com vista a futura adoção. Nessa medida, a redação do n.º 2 do artigo 1978.º do Código Civil seria melhorada (com óbvia vantagem ao nível da segurança e certeza jurídicas) caso fosse completada com a fixação inequívoca do sentido e alcance do interesse da criança que releva nesta sede: o de manter laços psicológicos profundos com aquele(a)s que dela cuidam adequada e responsabilmente no dia-a-dia, independentemente da existência de consanguinidade e o de não manter qualquer vínculo jurídico significativo com aquele(a)s que dela não cuidaram, ou não possam, em tempo útil, cuidar, adequada e responsabilmente no dia-a-dia, também independentemente da existência de consanguinidade.

Efetivamente, afigura-se-nos útil, mas insuficiente, a simples consagração da continuidade das relações psicológicas profundas como mero princípio orientador da intervenção, tanto em matéria de adoção, como decorre do disposto na alínea f). do artigo 3.º do Regime Jurídico do Processo de Adoção, como em sede de

intervenção na promoção e proteção da criança, como agora se estipulou na alínea g). do artigo 4.º da L.P.C.J.P., na redação introduzida pela Lei n.º 142/2015, de 8 de Setembro.

BIBLIOGRAFIA

1. AA. VV., Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea da Academia das Ciências de Lisboa; Lisboa: Academia das Ciências de Lisboa e Editorial Verbo, 2001, vol. I.
2. AA. VV., *Relações de Vinculação ao Longo do Desenvolvimento: Teoria e avaliação*, [Isabel Soares coord.], 2ª Edição; Braga: Psiquilíbrios Edições, Abril 2009.
3. AGUILAR, José Manuel, *S.A.P. – Síndrome de Alienação Parental Filhos Manipulados por um cônjuge para odiar o outro*; Casal de Cambra: Caleidoscópio; Janeiro 2008.
4. ALBERTO DOS REIS, José, *Processos Especiais, vol. II – Reimpressão*, Coimbra: Coimbra Editora, 1982.
5. ALMEIDA, Ana Nunes de; ANDRÉ, Isabel Margarida; ALMEIDA, Helena Nunes de; *Sombras e marcas: os maus tratos às crianças na família*, in *Análise Social*, vol. XXXIV (150), 1999.
6. AMARO, Fausto, *Aspetos Sociológicos da Adoção em Portugal, um estudo exploratório*, Lisboa: Cadernos do Centro de Estudos Judiciários, n.º1/92.
7. AMBIKAPATHY, Patmalar; *Prevenção do crime: violência familiar nos castigos físicos de Crianças*, in *Infância e Juventude*; Julho – Setembro, n.º. 3, 2004.
8. ANDRADE, José Carlos Vieira de; *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*; Coimbra: Almedina, 1987.
9. ARIÈS, Philippe; *L' enfant et la vie familiale sous l'ancien regime*; Paris: Plon, 1960.
10. BARBOSA, Alfredo Meneres, *A revisão do Código Civil em matéria de adoção*, in *Revista Infância e Juventude*, n.º.4, 1978.
11. BASTOS, Rodrigues; *Código de Processo Civil Anotado*; vol. I.
12. BENTHAM, J.; *Rational of Judicial Evidence*, New York, 1962, VI.
13. BOLIEIRO, Helena Isabel Dias; *O menor em perigo, a sua proteção e o encaminhamento para a adoção: quando e em que casos*. Coimbra: Centro de Direito da Família, n.º 6, Trabalhos do Curso de Pós-Graduação Proteção de Menores – Prof. Doutor F.M. Pereira Coelho. Coimbra Editora, 2002.
14. BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo; *A Criança e a Família – Uma Questão de Direito(s) Visão Prática dos Principais Institutos do Direito da Família e das Crianças e Jovens*; Coimbra: Coimbra Editora, 2009; p.320.
15. BORGES, Beatriz Marques, *Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, Comentários e Anotações à Lei n.º 147/99, de 1 de Setembro*; Coimbra: Almedina, 2007.
16. BRAZELTON, T. Berry; SPARROW Joshua D., *O Método Brazelton – A Criança e A Disciplina*, Lisboa: Editorial Presença, 2007.

17. CAMPOS, Diogo Leite de; *Nós – Estudos sobre o Direito das Pessoas*; Coimbra: Almedina, 2004.
18. CANHA, Jeni; “*criança maltratada – O papel de uma pessoa de referência na sua recuperação. Estudo Prospetivo de 5 anos*”; 2ª. Ed., p.18, Quarteto Editora, Coimbra, 2003.
19. CANOTINHO, J. J. GOMES; MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada I Volume 4ª Edição*; Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
20. CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino A., *A Adoção – Constituição da Relação Adotiva*, Coimbra: Separata do vol. XVIII do Suplemento do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1973.
21. CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino A., *Scientia Iuridica, Tomo XXVI, n.º148 e 149*; Braga, Set.-Dez. 1977.
22. CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino A., *Lições de Direito das Sucessões, vol I*, 3ª Edição; Coimbra: Coimbra Editora, 1993.
23. CARMO, Rui do; ALBERTO, Isabel Marques, *Adoção ou Institucionalização? Acórdão do Tribunal Judicial de Castelo Branco, de 27 de Janeiro de 2006*, in Revista do Ministério Público, n.º 111, Ano 28, Jul/Set 2007.
24. CARMO, Rui do; *Consumo de Droga e Função Parental – Quando as crianças são as vítimas*; Revista do Ministério Público, n.º 112 – Out/Dez 2007.
25. CARMO, Rui do; *Lei de Proteção de crianças e jovens em perigo. Revisão das Medidas de promoção e proteção. A confiança com vista à adoção*; in Revista do Ministério Público, n.º 102, Abr./Jun. 2005
26. CINTRA, Pedro; SALAVESSA, Manuel; PEREIRA, Bruno; JORGE, Magda; VIEIRA, Fernando, *Síndrome de Alienação Parental: Realidade Médico-Psicológica ou Jurídica?*, in *Julgar*, n.º 7, Janeiro – Abril 2009.
27. CLEMENTE, Rosa, *Inovação e Modernidade no Direito de Menores – A perspetiva da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito da Família n.º. 16, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
28. COELHO, F. M. Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família – Volume II – Direito da Filiação – Tomo I*; Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
29. *Coletânea de Jurisprudência*, Coimbra: Associação de Solidariedade Social “Casa do Juiz”.
30. COLOMBANI, Jean-Marie, *Rapport sur l’adoption*, Paris: La documentation Française, 2008.
31. COSTA, Mário Júlio de Almeida, *A adoção na história do direito português*, Coimbra, 1965.
32. COSTA, Mário Júlio de Almeida, *História do Direito Português*. Coimbra: Almedina, 1989.

33. DAVID, Myriam; *A criança dos 0 anos 6 anos*; 6ª edição; Moraes Editores.
34. DE LA ROSA, Gloria Esteban; *El acogimiento preadoptivo en derecho internacional privado*, in *Estudios sobre adoption internacional*, coord. MARTÍN, Nuria Gonzáles; BENOT, Andrés Rodríguez; Universidade Nacional Autónoma de México: México 2001.
35. DE MAUSE, Lloyd; *Historia de la Infancia*, Alianza Editorial, Madrid, 1991.
36. DIAS, Cristina, *A Criança como sujeito de direitos e o poder de correção*, in *Julgar*, Edição da Associação Sindical dos Juizes Portugueses; Janeiro – Abril 2008; Coimbra: Coimbra Editora.
37. DINIZ, João Seabra, *Este meu filho que eu não tive – A adoção e os seus problemas*, Porto: Edições Afrontamento, 1993.
38. DUARTE, Maria de Fátima Abrantes, *O poder paternal. Contributo para o estudo do seu atual regime*, AAFDL, 1989.
39. EPIFÂNIO, Rui Lisboa; LEANDRO, Armando Gomes; *Adoção – Sentido e alcance da evolução legislativa*, in *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, vol. I, Direito da Família e das Sucessões; Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
40. FERREIRA, Amâncio, *Manual dos Recursos em Processo Civil*, 4ª Ed.; Coimbra: Almedina, 2003.
41. FERREIRA, Teresa; *Em Defesa da Criança – teoria e prática psicanalítica da criança*, Organização e Introdução de João Seabra Diniz e Pedro Strecht; Lisboa: Assírio & Alvim, 2002.
42. GERSÃO, Eliana, *Adoção – Mudar o quê?*, in *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, vol. I, Direito da Família e das Sucessões; Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
43. GODINHO, Vitorino Magalhães, *Estrutura da antiga sociedade portuguesa*, Arcádia, Lisboa 1977.
44. GUERRA, Paulo; *Os novos rumos do direito da família, das crianças e dos jovens*; Revista do Centro de Estudos Judiciários, n.º 6, 1º Semestre 2007.
45. GUERRA, Paulo, *Confiança judicial com vista à adoção – Os difíceis trilhos de uma desejada nova vida*, in *Revista do Ministério Público* n.º.104, Out./Dez. 2005.
46. <http://marinquieto.blogspot.com/2009/05adopcão-uma-gradavel-surpresa.html> [consulta em 1 de Junho de 2009].
47. <http://www.aclu.org/lgbt/parentig/12137res20050301.html> Howard v. Arkansas - Case Profile [consulta em 1 de Junho de 2009].
48. http://www.forumlibertas.com/fronted/forumlibertas/noticia.php?id_noticia=832 [consulta em 5 de Junho de 2010]

49. HUGUENIN, Elisabeth, *Les Tribunaux pour Enfants*; Paris: Éditions Delachaux & Niestlé, S.A., 1935.
50. JARDIM, Mónica; *Breve análise da nova lei da adoção (Lei n.º 31/2003, de 22 de Agosto)*, Direito da Infância, da Juventude e do Envelhecimento, Centro de Direito da Família, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; n.º. 9; Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
51. KRAUSE, Harry; *Creation of Relationships of Kindship* in *Internacional Encyclopedia of Comparative Law*, vol. IV (Persons and Family) Chapter 6, Tübingen/The Hague – Paris: J. C. B. Mohr/Mouton, 1976.
52. KÜNTZINGER, Jacques, *Results of the Working Group N.1 Access to the origins*, http://www.childoneurope.org/issues/adoption/post_adoption_seminar/Access_to_the_origins.pdf [consulta em 13 de Dezembro de 2015].
53. LEANDRO, Armando; *A Criança e o Jovem – Que Direitos? Que Justiça?*, in *AAVV, Atas do Congresso Os Jovens e a Justiça*; Lisboa: Apport, 1995.
54. LIMA, Maria Helena Salazar da Costa, *A adoção: a importância do consentimento na constituição da relação adotiva*; Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1996.
55. LIMA, Pires de; VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado, vol. V*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995; p.505.
56. LOPES, Alexandra Viana, *Divórcio e Responsabilidades Parentais – Algumas reflexões sobre a aplicação do novo regime*, in *Revista do CEJ*, 1º Semestre 2009, XI; Centro de Estudos Judiciários.
57. LOPES, Maria Antónia; *Crianças e jovens em risco nos séculos XVIII e XIX. O caso português no contexto europeu* in *Revista de História da Sociedade e da Cultura* 2, 2002.
58. LOWIE, Robert; *La sociedad primitiva*, Buenos Aires: Amorrortu Editores, 1972.
59. LOWIE, Robert; *Traité de Sociologie Primitive*, Paris: Payot, 1935.
60. MALAURIE, Phillipe; FULCHIRON, Hugues, *Droit Civil – La Famille*, 3ª Edição; Paris: Defrenois, Lextenso Éditions; 2009.
61. MALAURIE, Phillipe; FULCHIRON, Hugues, *Droit Civil – La Famille*, 3ª Edição; Paris: Defrenois, Lextenso Éditions; 2009.
62. MATEUS, Gabriela; RELVAS, Maria Paula, *Adoção e Parentalidade*, in *Novas Formas de Família*, apud SOTTOMAYOR, Maria Clara, *A Adoção Singular nas Representações Sociais e no Direito*. In SÁ, Eduardo [et al.], *Abandono e Adoção*, 3ª Edição, Coimbra: Almedina, 2008.
63. MÓNACO, Gustavo Ferraz de Carvalho, *Adoção: esquadrihando o instituto à luz do sistema jurídico brasileiro em vigor*, in *Novo Código Civil: questões controvertidas*. Editora Método, pp.331 - 354.

64. MONTEIRO FERNANDES, António de Lemos; *O Direito do Trabalho. I – Introdução. Relações Individuais de Trabalho*, 9ª Ed., Coimbra: Almedina, 1994.
65. MOTA PINTO, Carlos Alberto da, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª Edição Atualizada, Coimbra: Coimbra Editora, 1990.
66. MOTTA, Maria Antonieta Pisano, *Adoção – Algumas contribuições psicanalíticas*, Direito de Família e Ciências Humanas, Cadernos de estudos n.º.1 do Instituto de Estudos Interdisciplinares de Direito de Família.
67. NIEMIEC, Amélie, *La déclaration judiciaire d'abandon*, http://edocorale74.univ-lille2.fr/fileadmin/master_recherche/T_I_chargement/memoires/personnes/niemieca06.pdf [consulta em 2 de Outubro de 2010].
68. PEDROSO, João, *Direito de Menores, um direito social? Estado e Comunidade na Promoção destes Direitos*, in *O Direito de Menores Reforma ou Revolução*”, coord. de Joana Marques Vidal, Cadernos da Revista do Ministério Público, Edição Cosmos.
69. PEDROSO, João; *Direito de Menores, um direito social? Estado e Comunidade na Promoção destes Direitos*, in AAVV, *Atas do Congresso Os Jovens e a Justiça*”, Lisboa: Apport, 1995.
70. PEDROSO, João; GOMES, Conceição (coord.), *A adoção: os bloqueios de um processo administrativo e jurídico complexo*. Coimbra: Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, Centro de Estudos Sociais, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 2002.
71. PINTO, Manuel, *A infância como construção Social*, in *As Crianças Contextos e Identidades*, coord. de Manuel Pinto e Manuel Jacinto Sarmento, Coleção Infans, Centro de Estudos da Criança, Universidade do Minho; 1997.
72. PORTO, Margarida, *O Direito a uma família real – o relevo do consentimento dos pais biológicos na constituição da relação de adoção*; Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, vol. LXXX, 2004, p.867.
73. POTES, Ana Carina Azevedo Potes; BANDOLA, Cátia Alexandra Teixeira; REAL, Filipa Mariana Ferreira; FERREIRA, Luciana Pires; *Tempo da Adoção vs Tempo Útil da Criança: Complexidade e questões do processo*; Instituto Superior de Serviço Social de Lisboa; Junho 2006, p.30.
74. PRATA, Ana, *Dicionário Jurídico*, 2ª Edição, Coimbra: Almedina, 1989 p.535
75. RAMIÃO, Tomé d'Almeida, *A Adoção – Regime Jurídico Atual*, 2ª edição (revista e atualizada); Lisboa: Quid Iuris, 2007.
76. REIS, José Alberto dos, *Código de Processo Civil Anotado*, vol.V (Reimpressão), Coimbra: Coimbra Editora, 1984.

77. REIS, José Alberto dos, *Comentário ao Código de Processo Civil*, vol. I, 2ª. Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 1960.
78. *Relatório Técnico: Parentalidade Partilhada ou Adoção pelo Segundo Progenitor por Progenitores do mesmo sexo*, PEDIATRICS, vol. 109, n.º.2, February 2002, tradução de Simão Mateus, 2004.
79. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Coimbra: Coimbra Editora.
80. ROCHA, Maria Dulce, *Adoção – Comportamento Indigno dos Pais*, in Revista do Ministério Público;
81. ROCHA, Maria Dulce; *Adoção – Consentimento – Conceito de abandono*, in Revista do Ministério Público, n.º 92, Ano 23, Out/Dez 2002.
82. RODRIGUES, Almiro; *Adoção – Aspectos sociopsicológicos e jurídicos*, in *Adoção em Portugal, Série Temas de Psicologia*; Porto: Associação dos Psicólogos Portugueses; 1988.
83. RODRIGUES, Anabela Miranda; *Repensar o Direito de Menores em Portugal – Utopia ou Realidade?*, Revista de Política e Ciência Criminal, Ano 7, 1990.
84. SÁ GOMES, Rui José Simões Bayão de, *Temas de Direito da Filiação - O Novo Regime da Adoção (Relatório de Mestrado sob a coordenação do Prof. Doutor Miguel Teixeira de Sousa)*; Lisboa: A.A.F.D.L., 1994.
85. SÁ, Eduardo, *Crianças para Sempre*, Lisboa: Fim de Século Edições, 2000.
86. SÁ, Joaquim Eduardo Nunes Sá, *Adoção e o Nascimento da Família*, in Família – Quando e Como a Adoção? Comunicações e Outra Documentação; Congresso Europeu de Adoção; Lisboa: 1995.
87. SALVAGE-GEREST, Pascale, *Genèse d'une quatrième réforme ou l'introuvable article 350 alinea 1 du code civil*, in Actualité Juridique Famille, 2005.
88. SANTOS, Boaventura de Sousa; Marques, LEITÃO, Maria Manuela; PEDROSO, João; FERREIRA, Pedro; *Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas: o Caso Português*, Centro de Estudos Judiciários / Centro de Estudos Sociais, Porto, Edições Afrontamento, 1996.
89. SILVA, Gomes da; JORGE, Pessoa, *Anteprojeto Inicial do Novo Código Civil sobre a Adoção*, Boletim do Ministério da Justiça, n.º.90.
90. SOARES, Luso; *Processo Civil de Declaração*; Coimbra: Almedina, 1985; p.420.
91. SOTTOMAYOR, Maria Clara, *O poder paternal como cuidado parental e os direitos da criança*, in Cuidar da Justiça de Crianças e Jovens. A Função dos Juizes Sociais. Atas do Encontro; Almedina, Coimbra, 2003.
92. SOTTOMAYOR, Maria Clara, *A Adoção Singular nas Representações Sociais e no Direito*. In SÁ, Eduardo [et al.], *Abandono e Adoção*, 3ª Edição, Coimbra: Almedina, 2008.

93. SOTTOMAYOR, Maria Clara, *A nova lei da adoção*, in Direito e Justiça, vol. XVIII, tomo II; Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 2004.
94. SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Adoção ou o Direito ao Afeto*; in Scientia Iuridica, Tomo LIV, n.º 301, Janeiro-Março 2005.
95. SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Qual é o interesse da criança? Identidade biológica versus relação afetiva*, in AAVV, Centro de Direito da Família, Volume Comemorativo dos 10 Anos do Curso de Pós-Graduação “Proteção de Menores – Prof. Doutor F. M. Pereira Coelho”; n.º 12, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p.59.
96. SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Quem são os “verdadeiros” pais? Adoção Plena de menor e oposição dos pais biológicos*; in SÁ, Eduardo [et al.], *Abandono e Adoção*, 3ª Edição, Coimbra: Almedina, 2008.
97. SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do Exercício do Poder Paternal nos Casos de Divórcio*; 4ª Edição – Revista, Aumentada e Atualizada (3.ª Reimpressão da 4.ª edição de Junho de 2002); Coimbra: Almedina, 2008.
98. SOUSA, Miguel Teixeira de; *Direito da Família*, Lisboa: A.A.F.D.L, 1990/91, p.424.
99. TELES, Natália Oliva; *O Estatuto do Embrião Humano: algumas considerações bioéticas*, in Nascer e Crescer, Ano 2004, vol. XIII, n.º 1.
100. TREPANIER, Jean, *Le Développement historique de la Justice des Mineurs*, in 100 Ans de Justice Juvenile. Bilan et Perspectives, 1999; http://www.childsrighths.org/documents/publications/livres/Book_actesIDE1999_100ans-JJ.pdf [consulta em 13 de Dezembro de 2015]
101. TULKENS, Françoise; *Revue général de Droit*, 1996.
102. VARELA, Antunes, BEZERRA, J. Miguel, NORA, Sampaio e; *Manual de Processo Civil*, 2ª Edição Revista e Atualizada de acordo com o Dec.-Lei 242/85; Coimbra: Coimbra Editora, 1985.
103. VERRIER, Nancy; *Compreender a criança adotada*; Casal de Cambra: Caleidoscópio; Julho 2007.
104. VILLERBU, Loick, *Infância e adolescências Irregulares. O tempo das sanções*, in Revista do Centro de Estudos Judiciários, n.º 4, 1º Semestre, 2006.
105. www.adopcion.org [consulta em 1 de Junho de 2009].
106. XAVIER, Rita Lobo; *O Direito Civil e a proteção dos nascituros: algumas considerações acerca do momento da aquisição da personalidade jurídica no direito português*; in Brotéria, vol. 147, Julho 1998; Lisboa, 1998.