

A nova lei da adopção*

MARIA CLARA SOTTOMAYOR**

A política de infância tem sido centrada numa ideia de recuperação da família de origem, fomentando, assim, situações de confiança da guarda das crianças a instituições ou famílias de acolhimento, em detrimento da adopção. A institucionalização vem a prolongar-se por muitos anos, durante os quais as crianças continuam privadas de uma família própria, adoptiva ou biológica, até à maioridade ou até a uma idade que torna improvável a adopção. O processo de confiança judicial com vista a futura adopção tem padecido também, na prática, de um excesso de garantismo, a favor dos direitos dos pais biológicos. A interpretação e a aplicação da lei por parte da magistratura tem variado, sendo mais flexível ou mais presa à letra da lei, mas reflectindo, sempre as concepções pessoais dos juízes acerca do que são a infância e a família. Verifica-se que persiste, no sistema judicial, uma mentalidade que encara a criança como um objecto, que necessita apenas de uma casa e de alimentação, e que desconhece a importância do afecto e da relação emocional para o seu crescimento e felicidade. A prática tem sido a de muitas crianças, em condições de serem adoptadas, não estarem sinalizadas para adopção, ou esperarem anos, depois de serem abandonadas, até que o Estado desista da reabilitação dos pais biológi-

* Texto que serviu de base à Conferência proferida na Associação Portuguesa de Mulheres Juristas, em 16 de Novembro de 2003, intitulada "A Nova Lei da Adopção. Aspectos Substantivos" – Lei n.º 31/2003, de 22 de Agosto.

** Assistente da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Porto; Mestre em Ciências Jurídico-Civilísticas pela Universidade de Coimbra.

cos. O princípio da prevalência da família, como critério orientador da intervenção do Estado (art. 4.º, al. g) da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo) não deve ser entendido como uma primazia da família biológica mas antes como uma preferência pela inserção da criança numa família funcional, seja a família de origem, a família de facto ou a adoptiva.

Com a nova lei da adopção deu-se um passo em frente na protecção das crianças sem família e vítimas de maus-tratos. A lei afirma expressamente que a adopção visa realizar o superior interesse da criança (art. 1974.º, n.º1), algo que já estava subjacente ao espírito do anterior regime jurídico da adopção, mas cuja consagração expressa, nas normas do código civil, tem um importante valor simbólico susceptível de fornecer orientações concretas ao intérprete e de o vincular a uma concepção da adopção, como um instituto centrado nos *interesses da criança* e no seu *direito a ter uma família*.

Esta nova legislação tem o mérito de assentar em princípios justos, mas que a falta de recursos económicos adequados e a mentalidade dos intervenientes no processo, em todas as suas fases, pode frustrar. A afirmação de direitos tem um valor simbólico muito importante, mas, sem um compromisso sério do Estado e da sociedade na afectação de recursos e na educação dos cidadãos, não chega para tornar os direitos efectivos. É o que tem sucedido com as anteriores reformas da adopção, o instituto mais alterado, no direito da família, desde 1977¹.

Confiança judicial com vista a futura adopção

A confiança judicial com vista a futura adopção passa a ser entendida pela lei como um instituto que visa a realização dos interesses da criança. O art. 1978.º do Código Civil, nº 2 afirma, agora, expressamente, que, na verificação das situações que dão origem a uma decisão de confiança judicial, o tribunal deve atender *prioritariamente* aos *direitos e interesses do menor*. Havendo um conflito entre os interesses dos pais biológicos em manter os laços de filiação e o direito da criança

¹ Sobre estas alterações, vide HÖRSTER, Heinrich Ewald, *Evoluções legislativas no Direito da Família depois da Reforma de 1977*, in *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977, Volume I, Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra, 2004, p. 63-66.

a ser amada e a viver com um adulto ou casal que se responsabilize por ela, no dia-a-dia, prevalecem os interesses da criança.

O poder paternal é visto pela lei como um conjunto de deveres e de responsabilidades parentais, cujo valor central é a afectividade e não os laços de sangue. A lei pretende difundir na sociedade e nos meios judiciais uma cultura de responsabilização dos pais e de realização das necessidades afectivas dos filhos. Pais são aqueles que cuidam dos filhos no dia-a-dia. A linguagem legal, “poder paternal”, não traduz a relação quotidiana de cuidado e de amor pelos filhos². Verdadeiros pais são os pais psicológicos, ou seja, aqueles que cuidam da segurança, da saúde física e do bem-estar emocional das crianças – as suas pessoas de referência.

A nova lei da adopção dá mais um passo no sentido da equiparação da família afectiva à família biológica e valoriza mais as crianças como pessoas. O respeito pela criança como pessoa significa *respeito pelas suas relações afectivas*. Este respeito prevalece sobre a empatia que possamos ter, como adultos, com os sentimentos dos pais. O centro do instituto da adopção é a criança. Neste sentido, a análise da existência de laços afectivos entre o filhos e os pais biológicos, pressuposto decisivo para decretar a confiança judicial da criança com vista a futura adopção, deve ser realizada do ponto de vista das crianças³. O afecto dos pais, para uma criança de tenra idade, nada significa quando separado dos cuidados e das atenções de que esta necessita, constantemente, no dia-a-dia. A finalidade da lei é a protecção das crianças e não a punição dos pais. Consequentemente, as causas da confiança judicial são claramente motivos objectivos, cuja verificação não depende de culpa dos pais⁴. Ficou, assim, afastada uma anterior corrente jurisprudencial,

² Para uma definição da natureza jurídica do “poder paternal” como cuidado ou responsabilidade parental, vide 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 Juízes Sociais, Actas do Encontro*, coordenação de SOTTOMAYOR, Maria Clara, Fundação para o Desenvolvimento Social do Porto/Universidade Católica Portuguesa – Porto, Coimbra, 2003, pp. 44-54.

³ A tendência geral dos tribunais tem sido a de apreciar a existência ou a quebra dos laços afectivos na perspectiva unilateral dos progenitores, como informam JARDIM, Mónica/ASCENSÃO SILVA, Nuno, *Relatório da Mesa Temática Relativa à Adopção. 21 de Outubro de 2002*, Lex Familiae, Revista de Direito da Família, Centro de Direito da Família, Ano I – n.º 1 – 2004, p. 94

⁴ Defendendo, ao abrigo da lei anterior, que o julgador se deve colocar na perspectiva da criança para aferir acerca da existência de laços afectivos entre a criança e os

que exigia, da parte dos pais, comportamentos culposos, para que estivessem preenchidos os requisitos de adoptabilidade da criança, sem o consentimento daqueles. A lei esclarece, logo no n.º 1 do art.º 1978.º, que o tribunal pode decretar a confiança com vista a futura adopção, quando não existam ou se encontrem seriamente comprometidos os vínculos afectivos próprios da filiação, pela **verificação objectiva** de qualquer das seguintes situações: “a) Se o menor for filho de pais incógnitos ou falecidos; b) Se tiver havido consentimento prévio para adopção; c) Se os pais tiverem abandonado o menor; d) Se os pais, por acção 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 do menor; 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 a qualidade e a continuidade daqueles vínculos, durante, pelo menos, os três meses que precederam o pedido de confiança.”

A actual redacção da primeira parte do n.º 1 do art. 1978.º, na medida em que se refere à não existência ou ao sério comprometimento dos vínculos afectivos prórios da filiação, levanta uma nova questão de interpretação, que é a de saber se a quebra ou a ausência de vínculos afectivos consiste num requisito autónomo, para além dos factos que integram cada uma das alíneas do n.º 1 do art. 1978.º, ou se basta a prova da verificação destes factos, presumindo a lei, irrefutavelmente, a quebra dos laços afectivos. A doutrina⁵ defende que a acção de confiança judicial tem uma causa de pedir complexa, composta não só pela prova de uma das situações descritas no art. 1978.º, mas também pela prova da ruptura dos vínculos afectivos.

A pertinência desta questão tem relevância para o conceito de abandono, previsto na al.c) do n.º 1 do art. 1978.º. Nas primeiras alíneas, que prevêem, como causa de confiança judicial, a filiação desconhecida ou o falecimento dos pais biológicos (al. a) do n.º 1 do art. 1978.º) e o consentimento prévio dos pais para a adopção (al.b) do n.º 1 do art.

pais biológicos e que a lei não exige um comportamento culposo dos pais, cfr. SOT-TOMAYOR, Maria Clara, *Quem são os verdadeiros pais? Adopção plena de menor e oposição dos pais biológicos*, Direito e Justiça, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Volume XVI, 2002, Tomo 1, pp. 206-207.

⁵ Cfr. PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família, Volume 1, Introdução, Direito Matrimonial*, 3.ª edição, Coimbra, 2003, p. 64, nota (30).

1978.º), embora a lei nada diga a este propósito, dadas as características inequívocas das situações, parece óbvio não ser exigível a prova da quebra dos laços afectivos.

O conceito de abandono, nos termos do art. 1978.º, n.º 1, al. c), é distinto da situação em que os pais põem a criança em perigo, por acção ou omissão (art.º 1978.º, n.º1, al.d) e da situação em que os pais revelam manifesto desinteresse pelo filho acolhido em instituição (art.º1978.º, n.º1, al.e). Nestes casos a lei exige o comprometimento dos vínculos afectivos entre pais e filhos, pressupondo que estes vínculos existiram no passado, mas que ficaram, devido a situações de perigo ou manifesto desinteresse provocadas pelos pais, irremediavelmente afectados.

Relativamente à prova do abandono, os elementos gramatical e histórico de interpretação da lei apontam para que se trate de requisitos cumulativos. Com efeito, se o legislador acrescentou, no n.º 1 do art. 1978.º, a ausência de vínculos afectivos, tal significa que este requisito se aplica a todas as situações aí previstas, inclusivamente ao abandono. Contudo, esta questão não pode ser analisada exclusivamente de um ponto de vista jurídico-formal. Importa ter em conta qual o conceito de abandono para as ciências humanas⁶. Neste domínio, a experiência jurídica e social revela que a entrega de uma criança recém-nascida aos serviços públicos, como o caso de uma mãe que declara não querer assumir os deveres inerentes às responsabilidades parentais, manifesta, por si, uma situação de ruptura ou de inexistência dos laços afectivos próprios da filiação⁷.

Julgo que a lei, com a referência, logo no primeiro número do art. 1978.º, à quebra dos laços afectivos próprios da filiação, quis, não exigir a prova da quebra dos laços afectivos em situações em que 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 adopção. Os problemas económicos terão de ser resolvidos por uma política de apoio do Estado à família, e os factores financeiros e de desemprego dos pais, desacompanhados de situações de incapacidade parental, não são a medida dos sentimentos e do afecto.

⁶ Sobre o conceito de abandono, vide FERREIRA, Teresa, *Em defesa da criança. Teoria e prática psicanalítica da infância*, Lisboa, 2002, pp. 43-50 e 143-151.

⁷ Cfr. ROCHA, Maria Dulce, *Adopção – Consentimento – Conceito de Abandono*, Revista do Ministério Público, n.º 92, 2002, p. 102.

A hipótese seguinte, prevista na alínea d) do n.º 1 do art. 1978.º, foi alterada, em virtude da indeterminação dos conceitos utilizados pela lei, “perigo” e “gravidade”, e devido à dificuldade em integrar, nestes conceitos, situações que, na prática, se verificavam como definitivamente comprometedoras dos vínculos afectivos de filiação. A nova lei especificou, como situação de perigo grave para os filhos, a incapacidade dos pais, devida a razões de doença mental, frisando mais uma vez que o conceito de maus tratos a crianças, para efeitos de medidas de protecção, não depende de um comportamento culposos dos pais, bastando a incapacidade destes assumirem as responsabilidades parentais. Daí que a lei remeta, quanto ao conceito de criança em perigo, para a lei de protecção de crianças e jovens em perigo (Lei n.º 147/99, de 1 de Setembro), considerando que o menor se encontra em perigo quando se verifique alguma das situações qualificadas como tal pela legislação relativa à protecção e à promoção dos direitos das crianças (art.º 1978.º, n.º 3), designadamente quando a criança ou o jovem 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 ou situação pessoal; é obrigada a actividades ou trabalhos excessivos ou inadequados à sua idade, dignidade ou situação pessoal ou prejudiciais à sua formação e desenvolvimento; está sujeita, de forma directa ou indirecta, a comportamentos que afectem gravemente a sua segurança ou o seu equilíbrio emocional; assume comportamentos ou se entrega a actividades ou consumos que afectem gravemente a sua saúde, segurança, formação, educação ou desenvolvimento (art.º 3.º da LPCJP).

No art.º 1978.º, n.º 1 alínea e), a lei refere-se às crianças acolhidas por um particular ou por uma instituição e tem em conta os danos emocionais causados ao desenvolvimento da criança pelas medidas de colocação, prevendo a confiança judicial com vista a futura adopção, se os pais tiverem revelado manifesto desinteresse pelo filho, em termos de comprometer seriamente a qualidade e a continuidade dos vínculos afectivos próprios da filiação, durante, pelo menos, os três meses que precederam o pedido de confiança.

A lei, informada pelo princípio da celeridade do processo de adopção, consagrado no art. 36.º, n.º 7 da Constituição, reduziu o prazo de revelação do manifesto desinteresse de seis para três meses. Mas o aspecto mais importante, para que seja respeitada a noção de tempo da criança e reduzido o período de institucionalização, é a possibilidade

de apreciação da *continuidade* ou *qualidade dos vínculos afectivos*. Ou seja, torna-se agora claro que não é necessário, para que os requisitos desta norma estejam preenchidos, como exigiam alguns tribunais, uma ausência completa de visitas, durante um período de três meses, anterior ao pedido de confiança. As equipas técnicas das instituições, que acompanham as visitas dos pais, podem decidir que, apesar da regularidade das visitas, estas não são gratificantes para a criança, que rejeita os pais e/ou não os identifica como tal. A lei reconhece os dados da psicologia, que demonstram que a criança que vive em instituições sofre de depressão, sentimentos de solidão e falta de afecto, o que atrasa irreversivelmente o seu desenvolvimento físico, intelectual e emocional⁸. A lógica de recuperação da família biológica, que preside ao nosso sistema de protecção, tem que ter um limite no tempo, após o qual deve ficar definido, em termos definitivos, o projecto de vida da criança. Só se é criança uma vez, e é cruel deixar as crianças num limbo à espera que os pais biológicos possam cuidar delas ou estabeleçam uma vinculação afectiva, que nunca chega a existir.

Medida de promoção e protecção de confiança a pessoa seleccionada para a adopção ou a instituição com vista a futura adopção

A lei introduziu, no elenco das medidas de promoção e de protecção, enumerado no art. 35.º da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, uma nova medida – *a confiança a pessoa seleccionada para a adopção ou a instituição com vista a futura adopção* (art. 35.º, al. g) – cuja aplicação é da competência exclusiva dos tribunais (arts 11.º al. a), 21.º al. f) e 38.º).

A nova lei optou por revogar a norma do art. 44.º, que previa a possibilidade de as comissões de protecção de crianças e jovens em perigo, em relação a crianças que se encontrassem nas circunstâncias previstas no art. 1978.º ou noutras, que as comissões entendessem dever ser encaminhadas para a adopção, aplicarem a medida de *confiança a pessoa idónea*, prevista na al. c) do n.º 1 do art 35.º, como uma medida de colocação da criança ou do jovem sob a guarda do candidato seleccionado para a adopção.

⁸ Cfr. MNOOKIN, Robert H./WEISBERG, D. Kelly, *Child, Family and State, Problems and Materials on Children and the Law*, New York, 2000, pp. 509-510.

A medida judicial que vem substituir a medida de protecção, anteriormente aplicada pelas comissões, só é aplicável quando se verifique algumas das situações previstas no art. 1978.º e consiste: a) Na colocação da criança ou do jovem sob a guarda de candidato seleccionado para a adopção pelo competente organismo de segurança social; b) na colocação da criança ou do jovem sob a guarda de instituição com vista a futura adopção (art. 38.º A, aditado à Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo).

Esta medida revela potencialidades como uma alternativa a medidas de colocação e como uma forma de permitir um alargamento do instituto da adopção, promovendo a celeridade processual e a precocidade da intervenção. Evita-se, assim, a duplicação de processos relativos ao destino da criança, o processo de promoção e de protecção e o processo de confiança judicial, com a conseqüente repetição de actos e relatórios, que atrasavam a adopção da criança. O tribunal pode aplicar esta medida, a requerimento do Ministério Público (arts. 114.º, n.º 2; 120.º e 121.º da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo), mesmo nos casos em que os pais não consentem, terminado o debate judicial, no termo de um processo de promoção e de protecção.

Julgo importante que a competência para decretar esta medida tenha sido retirada às comissões de protecção. Como se trata de questões em que há um conflito entre o interesse da criança e o interesse dos pais biológicos e que afectam os direitos fundamentais dos pais, é importante que seja um tribunal a decidir, que os pais tenham direito a ser representados por advogado e que seja obrigatória a nomeação de um defensor à criança ou jovem (art. 103.º). Por outro lado, creio que dadas as eventuais resistências ao instituto da adopção, susceptíveis de ocorrerem nas CPCJ, a adopção será mais fomentada, se esta medida de protecção for aplicada pelos tribunais, a requerimento do M.P., órgão encarregado de proteger os direitos das crianças.

Em consequência da introdução desta medida de confiança judicial, a lei procede a um alargamento do grupo das crianças e jovens que podem ser adoptados plenamente, abrangendo aqueles que tenham sido confiados ao adoptante, através da medida de promoção e protecção de confiança a pessoa seleccionada para adopção (art. 1980, n.º 1, última parte).

Efeitos da confiança judicial e da medida de protecção de confiança a pessoa ou a instituição com vista a futura adopção

A decisão de confiança judicial e a medida de protecção de confiança a pessoa ou a instituição com vista a futura adopção provocam a inibição do exercício do poder paternal dos pais (art. 1978.º A do Código Civil) e fazem cessar as visitas dos pais biológicos (art. 62.º A, aditado à Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo). A lei visou proteger o investimento afectivo dos candidatos a adoptantes, a estabilidade das relações afectivas destes com a criança e a integração da criança na nova família.

A medida de confiança com vista a futura adopção dura até ser decretada a adopção e não está sujeita a revisão (art. 62.º A, n.º1 da LPCJP). O tribunal designa um curador provisório para a criança, para o efeito de suprir o exercício do poder paternal (art. 167.º da Organização Tutelar de Menores), cessam as visitas por parte da família biológica (art. 62.º A, n.º 2 da LPCJP) e o tribunal solicita, de seis em seis meses, informação ao organismo de segurança social sobre os procedimentos em curso com vista à adopção (art. 62.º A, n.º3 da LPCJP).

Com a finalidade de diminuir o tempo de institucionalização das crianças, a nova lei, através da alteração do n.º 3 do artigo 167.º da Organização Tutelar de Menores, torna obrigatória, a requerimento do organismo de segurança social, nos casos em que o menor é confiado a uma instituição, a transferência da curadoria provisória da criança para o candidato a adoptante logo que seleccionado. O interesse da criança, nestes casos, é o de os direitos e deveres inerentes à curadoria serem já exercidos pela pessoa que a vai adoptar.

Alargamento da legitimidade para requerer a confiança judicial do menor

A nova redacção do art. 1978.º no n.º 6, al. a, confere legitimidade para requerer a confiança judicial da criança ao candidato a adoptante seleccionado pelos serviços competentes, quando, por virtude de *anterior decisão judicial*, tenha o menor a seu cargo; ou quando, *tendo o menor a seu cargo e reunidas as condições para a atribuição da confiança administrativa*, o organismo de segurança social não decida pela permanência do menor, depois de efectuado o estudo da pretensão para

adopção ou decorrido o prazo para esse efeito (art. 1978.º, n.º 6, al. b). A lei quer regularizar a situação das crianças cuja guarda ou tutela está confiada, por decisão judicial, a terceiros que delas cuidam como filhas, permitindo, assim, que os tutores ou cuidadores das crianças sejam seleccionados como candidatos a adoptantes e requeiram a confiança judicial com vista a futura adopção.

Idade do adoptante e diferença de idade entre o adoptando e o adoptante

Devido ao aumento da esperança média de vida, a lei alterou o n.º 3 do art. 1979.º, permitindo que a idade máxima para adoptar plenamente passe de 50 para 60 anos, especificando, contudo, para evitar adopções que não sejam semelhantes à filiação, que a partir dos 50 anos, a diferença de idades, entre adoptante e adoptado, não pode ser superior a 50 anos. Excepcionalmente, a lei, no n.º 4 do art. 1979.º, aditado pela nova lei da adopção, admite que, quando motivos ponderosos o justifiquem, nomeadamente, em casos de fratria, se possa verificar entre adoptando e adoptante uma diferença de idades superior a 50 anos, em relação a um ou alguns dos irmãos. Trata-se da importância que sempre assumiu, na nossa jurisprudência, o princípio da não separação dos irmãos, devido ao especial espírito de solidariedade e de amizade desenvolvido entre estes, sobretudo, quando enfrentam dificuldades, solidão e abandono parental⁹.

Penso que não seria necessário especificar a diferença de idades entre o adoptando e o adoptante. A constituição dos vínculos semelhantes à filiação dá-se, com frequência, entre avós, que desempenham funções de substituição parental, e netos. O fenómeno de vinculação não depende da idade do adoptante nem da diferença de idade entre o adoptante e a criança ou jovem. Os requisitos gerais da adopção e da selecção dos candidatos a adoptantes já exigem a consideração do estado de saúde do adoptante e das reais vantagens da adopção para a criança, como critérios legitimadores da adopção.

⁹ Acerca do princípio da não separação dos irmãos, em caso de divórcio ou separação dos pais, vide SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Exercício do poder paternal*, Universidade Católica Editora. Porto, pp. 123-125.

Apesar de a lei contemplar as pessoas idosas como possíveis adoptantes, na prática, os idosos, tal como as pessoas solteiras, são discriminados; nos processos de selecção dos candidatos a adoptantes devido ao preconceito, segundo o qual, estes pretendem adoptar uma criança, como uma forma de combater a solidão. Na verdade, o que está em causa, é a preferência do sistema por modelos tradicionais de família, pois também os casais, quando procuram adoptar, visam a realização de objectivos não muito diferentes, e porventura mais fúteis, do que os das pessoas solteiras ou dos idosos¹⁰.

Impossibilidade de revogação do consentimento

A nova lei eliminou a possibilidade de os pais revogarem o consentimento prévio para adopção, prevista no art. 1983.º, n.º 1, na redacção do DL n.º 185/93, de 22 de Maio. Entendeu-se que o facto de o consentimento ser prestado perante um tribunal (art. 1982.º) representa uma garantia suficiente para que os pais sejam informados dos seus direitos e deveres, e tenham consciência do significado e dos efeitos jurídicos do seu consentimento. Cria-se, assim, mais um factor que permitirá simplificar e acelerar os processos de adopção, assim como, reduzir o período de tempo em que a criança vive sem uma família.

O direito da criança a um processo célere

A fim de tornar o processo de adopção mais célere, o legislador reduziu a duração do período de pré-adopção para o prazo máximo de seis meses, após o início do processo de vinculação (art. 9.º, n.º 1 do DL n.º 185/93, de 22 de Maio, na redacção da Lei n.º 31/2003, de 22 de Agosto), e também, como vimos, o período de desinteresse manifesto dos pais pela criança acolhida em instituição, como pressuposto da confiança judicial com vista a futura adopção, de seis para três meses. Procura-se, assim, adaptar a lei à noção de tempo da criança, com a

¹⁰ Sobre as adopções singulares, vide SOTTOMAYOR, Maria Clara. *A adopção singular nas representações sociais e no direito*. Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família, Centro de Direito da família, Ano 1 - n.º 1 - 2004, pp.41-50.

consciência de que o decurso do tempo representa para a criança danos psicológicos difíceis de reparar no futuro.

Foram introduzidos, através de aditamentos ao DL n.º 185/93, outros aspectos práticos importantes que visam igualmente tornar mais céleres os processos e impedir bloqueios ou demoras excessivas. Para este efeito, em cada organismo de segurança social deve existir um responsável pelo accionamento e seguimento de todos os procedimentos e processos tendentes à instauração de adopções (art. 11.º A). No âmbito dos organismos de segurança social vão ser criadas listas nacionais dos candidatos seleccionados para a adopção, bem como das crianças e dos jovens em situação de adoptabilidade, por forma a aumentar as possibilidades de adopção e a melhor adequação, na escolha dos candidatos a adoptantes e das crianças (art. 11 B). Vão ser estabelecidas regras de procedimentos e boas prática a aplicar uniformemente por todos os organismos de segurança social, quanto aos procedimentos a observar na definição dos projectos de vida e no encaminhamento de crianças e jovens para a adopção (art. 11.º C).

A Organização Tutelar de Menores passa a conter princípios importantes para a rapidez do processo: os processos relativos ao consentimento prévio para adopção, à confiança judicial de menor e à adopção têm carácter urgente (art. 173.º-D); a averiguação ou investigação da maternidade ou paternidade não têm carácter de prejudicialidade face ao processo de adopção e procedimentos preliminares (art. 173.º F, n.º 1); a decisão de confiança judicial e a aplicação da medida de protecção e promoção de confiança a pessoa seleccionada para adopção ou instituição suspendem o processo de averiguação e de investigação (art. 173.º F, n.º 2). Estas alterações significam que os processos referidos correm em férias judiciais e que, nos casos em que a paternidade ou a maternidade não estão legalmente estabelecidas, os processos de averiguação oficiosa ou de investigação da filiação não impedem o prosseguimento do processo de adopção e de todos os processo anteriores. Desapareceu, assim, uma causa de adiamento dos processos e da definição da situação da criança, tornando-se possível uma adopção mais rápida de crianças de tenra idade. O direito da criança a ter uma família prevalece relativamente aos direitos de um pretense pai que não reconheceu voluntariamente a criança, através de perfilhação, ainda que o não reconhecimento se deva a falta de informação sobre a paternidade. Um homem responsável acompanha a mulher com quem teve a relação sexual procriadora e o mais natural será adquirir conhecimento

da gravidez. O Estado, quando a criança está em situação de adoptabilidade, não tem a obrigação de procurar um pai que legalmente não existe. Nem ao autor da concepção podem ser atribuídos os direitos que integram o conteúdo de poder paternal.

Prevê-se, também, na lei, que, por razões de economia processual, o processo de promoção e protecção seja apensado ao de adopção, quando naquele tenha sido aplicada a medida de promoção e de protecção de confiança a pessoa seleccionada para a adopção ou a instituição com vista a futura adopção (art. 173.º- G)

Fiscalização do sistema de protecção e adopção

A nova lei, no art. 10.º, obriga as instituições a apresentarem à AR um relatório sobre a existência e evolução dos projectos de vida das crianças e jovens que estejam em lares, centros de acolhimento e famílias de acolhimento. Visa-se estabelecer um controlo sobre a situação das crianças institucionalizadas e quebrar a opacidade entre as instituições e a sociedade.

As instituições públicas e privadas de solidariedade social têm o dever de comunicar, em cinco dias, às comissões de protecção de crianças e jovens em perigo ou ao MP, o acolhimento de menores em perigo (art. 3.º, n.º 2 do DL n.º 185/93, alterado pela lei n.º 31/2003, de 22 de Agosto). A pessoa que tem a seu cargo uma criança que possa vir a ser adoptada (art. 3.º, n.º 3 do DL n.º 185/93, alterado pela lei n.º 31/2003, de 22 de Agosto), tem também um dever de comunicação ao organismo de segurança social competente.

Formação dos intervenientes no processo

Tem-se verificado que os Tribunais não têm condições nem meios para dedicar a atenção e o cuidado necessários a uma decisão difícil, e que os conhecimentos fornecidos pelos cursos de direito não são suficientes para tomar decisões relativas a crianças. Só a formação especializada interdisciplinar em psicologia infantil pode contribuir para o apuramento do sentido de responsabilidade perante o desenvolvimento das crianças, assim como da sensibilidade às suas necessidades específicas e à sua personalidade. A lei vem preencher esta lacuna estipu-

lando que o Centro de Estudos Judiciários assegura regularmente formação adequada aos magistrados colocados nos tribunais com competência em matéria de família e menores (art. 11.º)

Nos organismos de segurança social, serão criadas equipas técnicas interdisciplinares, integrando as valências da psicologia, do serviço social, do direito e da educação, para o estudo da situação social e jurídica da criança e do jovem e para a concretização do seu projecto de vida, com vista à sua adopção, devendo estas equipas ser autónomas e distintas em relação às equipas que intervêm na selecção dos candidatos a adoptantes (art. 11.º do DL n.º 185/93, de 22 de Maio, na redacção da Lei n.º 31/2003, de 22 de Agosto). Trata-se de uma medida muito importante e que, se for efectivamente concretizada e aplicada, permitirá que as crianças permaneçam menos tempo, em situações de instabilidade, dentro das instituições.

Processo de selecção dos candidatos a adoptantes

A nova lei prevê, no art. 11.º-C, aditado ao DL 185/93, pela Lei n.º 31/2003, a definição de um conjunto de regras de procedimento e de boas práticas a aplicar uniformemente pelos organismos de segurança social, na selecção dos candidatos a adoptantes, a fim de evitar injustiças relativas e arbitrariedades do sistema de selecção.

A lei da adopção, a fim de garantir os direitos dos candidatos a adoptantes, introduziu a obrigação de o organismo de segurança social emitir e entregar ao candidato a adoptante um certificado da comunicação e do respectivo registo (art. 5.º do DL n.º 185/93, de 22 de Maio, na redacção da Lei n.º 31/2003, de 22 de Agosto). O organismo de segurança social deve também notificar o interessado da sua decisão, e, quando rejeite a candidatura, recuse a entrega do menor ou não confirme a permanência do menor a cargo, a notificação deve incluir referência à possibilidade de recurso, prazo e tribunal competente (art. 6.º, n.º3 DL n.º 185/93, de 22 de Maio, de acordo com as alterações introduzidas pela lei n.º 31/2003, de 22 de Agosto). O recurso da decisão do organismo da segurança social deve ser interposto no prazo de 30 dias, para o tribunal competente em matéria de família e menores da área da sede do organismo da segurança social (art. 7.º, n.º1, do DL n.º 185/93, de 22 de Maio, na redacção da lei n.º 31/2003, de 22 de Agosto). O organismo de segurança social deve também, para actualizar as listas

de candidatos, solicitar, todos os 18 meses, aos candidatos a adoptantes a confirmação de que mantêm o processo de candidatura (art. 6.º, n.º4, aditado pela lei n.º 31/2003, de 22 de Agosto).

Manutenção da adopção restrita

A nova lei optou por manter a adopção restrita apesar de esta, assumir em termos numéricos, uma dimensão residual. Uma vez que, em Portugal, a maior parte das adopções são de crianças de idade inferior a seis anos, a adopção plena, como símbolo da integração da criança na nova família, tem sido a mais escolhida pelos adoptantes e também a modalidade de adopção aconselhada pelos serviços sociais. A adopção restrita tem sido percebida como uma diminuição da inserção plena da criança na família adoptiva. O sistema legal opta por uma solução tudo-ou-nada: ou os pais biológicos assumem completamente a responsabilidade pelo cuidado do filho ou devem desaparecer e ser esquecidos pelo filho, dado em adopção. A manutenção da adopção restrita na lei significará que o legislador quis permitir a potencialidade desta figura, que mantém a relação da criança com a família de origem, para enquadrar juridicamente situações, em que a criança adoptada é mais velha, havendo, ainda, uma relação afectiva, entre esta e os pais biológicos¹¹.

Revisão da sentença de adopção plena

O regime da revisão da sentença de adopção plena, previsto no art. 1990.º do Código Civil, não foi alterado pela nova lei. Considero, contudo, que, apesar da reduzida eficácia prática deste instituto, seria útil uma restrição legal dos seus pressupostos. Julgo que o carácter irrenunciável do poder paternal impõe que, nos casos em que o consentimento dos candidatos a adoptantes estava viciado por erro desculpável e essencial sobre a pessoa do adoptado, causa de revisão da sentença de adopção plena (art. 1990.º, n.º 1, al. c), os pais adoptivos devam, ainda

¹¹ Neste sentido, SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Quem são os verdadeiros pais...ob. cit.*, p. 241 e GERSÃO, Eliana, *Adopção – Mudar o quê?*, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, Volume I, *Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra, 2004, p. 848.

assim, assumir a responsabilidade pelas relações criadas com o filho adoptivo. Estas situações ocorrem, normalmente, durante o período de pré-adoção, em que, por vezes, alguns candidatos a adoptantes “devolvem” as crianças ao sistema social. Mas também já sucedeu, na prática judicial, que depois da sentença de adopção plena, os pais adoptivos pedem judicialmente a revisão da sentença. Trata-se do caso decidido pelo acórdão do Tribunal de Relação do Porto, de 28/11/95, em que foi negado provimento a uma acção de revisão da sentença de adopção, baseada em erro do adoptante relativo à pessoa do adoptado, e onde se afirma o seguinte: “I – Existe erro do adoptante, na adopção plena, se a sua vontade se tiver determinado com deficiente conhecimento de causa. II – Esse erro, como fundamento de revisão de sentença que tenha decretado a adopção, deve ser desculpável, no sentido de nele ter podido incorrer uma pessoa normal perante as circunstâncias do caso, e essencial, respeitando a uma qualidade essencial da pessoa do adoptado, e deve ainda incidir sobre uma circunstância que tenha sido decisiva na formação da vontade, de tal forma que, se tivesse conhecimento exacto dessa circunstância, o adoptante não teria dado o seu consentimento à adopção. III – Não integra esse fundamento o facto de, tendo o adoptante sido informado de que a criança adoptada era portadora de certa agressividade e rebeldia, ela vir a revelar dificuldade de adaptação à nova família, sendo desobediente e agressiva nos gestos e nas conversas.”

Creio que, depois de estar constituído o vínculo de adopção, este tipo de pedidos, por parte dos pais adoptivos, devem ser rejeitados. Assim como os pais biológicos assumem os riscos da procriação também os pais adoptivos devem suportar os riscos da adopção. No caso de as crianças adoptadas serem rejeitadas ou abandonadas pelos pais adoptivos, aplicam-se a estes, as normas jurídicas que introduzem limitações ou inibições do exercício do poder paternal e a lei de protecção de crianças e jovens em perigo. À falta ou vícios de vontade dos adoptantes não pode ser aplicada a doutrina da invalidade do negócio jurídico. O instituto da adopção, como acto jurídico de natureza complexa¹², composto pelo consentimento e declaração de vontade de determinadas pessoas (os pais biológicos, os candidatos a adoptantes e o adoptando, maior de doze anos) e pela sentença judicial, que consti-

¹² Cfr. PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família...ob. cit.*, pp. 87 e 96.

tui o vínculo da adoção, e contém, através da sentença que decreta o vínculo, é particularmente importante, o controlo e o aval do Estado, em relação à legitimidade do procedimento e à salvaguarda dos interesses da criança. Neste sentido, para proteger a estabilidade do vínculo, a lei reconhece, no art. 1990.º, n.º3 do Código Civil, que apesar da falta ou vícios de consentimento das pessoas cujo consentimento era necessário, a revisão não será concedida, quando os interesses do adoptado possam ser consideravelmente afectados. A lógica da retroactividade da teoria geral do negócio jurídico, segundo a qual o adoptado deixaria de ser filho do adoptante, como se nunca tivesse sido adoptado, não parece ser adequada a relações humanas de uma dimensão social tão grande como as relações de filiação. O conceito de retroactividade, no plano ideal ou do pensamento, repõe as relações jurídicas no *status quo ante*, mas na prática não apaga a realidade nem as relações afectivas entretanto desenvolvidas, entre o adoptado e os adoptantes. Mesmo nos casos em que a adoção não tenha sido favorável à criança, o filho adoptivo terá interesse, em manter os apelidos dos pais adoptivos, sobretudo, nos casos em que a maternidade e/ou a paternidade biológicas não estejam estabelecidas, assim como em manter o direito a alimentos e os direitos sucessórios, relativamente àqueles.

Efeitos da sentença de adoção

Uma outra questão que o regime jurídico da adoção não resolve e que já se tem colocado na prática, diz respeito às situações de falecimento de um dos candidatos a adoptante, casado, durante a pendência do processo de adoção plena, mas já após o decurso do período de pré-adoção, em que se estabeleceu entre os candidatos a adoptantes e a criança uma relação semelhante à filiação. Contudo, como no momento em que é decretada a adoção por sentença judicial, só um dos pais está vivo, uma visão formalista do direito impede que a sentença decrete a adoção por uma pessoa já falecida e cuja personalidade jurídica cessou com a morte (art. 68.º, n.º1 do Código civil). Seria útil, no interesse da criança, que a realidade psicológica e afectiva criada, durante o período de pré-adoção, se reflectisse no mundo do direito, pois a criança já reconhece como seu progenitor o candidato a adoptante falecido. A criança tem direito a que a sua filiação se estabeleça de acordo com a verdade afectiva e sociológica, e será traumati-

zante para esta, que no seu registo de nascimento e no seu bilhete de identidade, não possam figurar os nomes de ambos os pais e que ela não possa usar os apelidos do candidato a adoptante falecido, afectivamente já seu pai ou sua mãe. Esta situação constitui uma violação da personalidade moral da criança, do seu direito à identidade e ao nome (art. 26.º, n.º 1 da Constituição e arts. 3.º, n.º 1, 7.º e 8.º da Convenção sobre os Direitos da Criança), assim como uma discriminação entre os filhos biológicos, que beneficiam da presunção de paternidade em relação ao marido da mãe (art. 1826.º, n.º 1 do Código Civil), e os filhos adoptivos. A adopção antes de ser um acto jurídico, é uma realidade afectiva, humana e emocional, que deve ser respeitada e reconhecida pelo Direito.