

ÍNDICE

1.	Introdução	3
2.	Legitimidade da intervenção do Estado na família biológica	4
3.	A medida de confiança a pessoa seleccionada para a adopção ou a instituição com vista a futura adopção – finalidades e consequências do decretamento da medida	7
4.	O Princípio do superior interesse da criança – critério auxiliar na interpretação e aplicação da medida de confiança com vista a futura adopção	11
5.	Aplicação da medida de confiança com vista a futura adopção quando se verifique alguma das situações previstas no artigo 1978.º do Código Civil	14
6.	A não existência ou o sério comprometimento dos vínculos afectivos próprios da filiação – como requisito autónomo sujeito a prova para decretamento da medida de confiança com vista a futura adopção	15
7.	A concretização do conceito de abandono para a verificação da situação prevista na al. c) do n.º 1 do art. 1978.º C.Civil	20
8.	Colocação em perigo grave para a segurança, saúde, formação, educação ou desenvolvimento da criança (alínea d) do n.º1 do art.º 1978.º)	23
8.1.	O Conceito de Perigo – situações que legitimam a intervenção junto das crianças	23
8.2.	O perigo grave causado por manifesta incapacidade devido a razões de doença mental – a exigência da verificação da inexistência ou comprometimento sério dos vínculos afectivos próprios da filiação	28

8.3.	A importância dos antecedentes familiares dos progenitores para a aplicação da medida de confiança com vista a futura adoção.....	32
8.4.	Principal Critica na aplicação da alínea d) do Artigo 1978.º do C.Civil pelos tribunais.....	35
9.	Verificação do manifesto desinteresse nos filhos revelado pelos pais em termos de comprometer seriamente a qualidade e a continuidade dos vínculos afectivos (alínea e) do n.º1 do art.º 1978.º)	38
9.1.	Concretização do Conceito de Manifesto Desinteresse – enunciação de factores objectivos e concretos para a sua verificação.....	38
9.2.	Critica na Aplicação da alínea e) do Artigo 1978.º do C.Civil pelos tribunais	44
10.	Conclusão.....	48

1. Introdução

O Direito das crianças é um novo ramo de Direito autónomo que se dedica ao estudo dos direitos da criança. Esta autonomização, que sofreu uma enorme mudança nas últimas décadas, fica a dever-se sobretudo à tomada de consciência por parte dos Magistrados de que as decisões que envolvem crianças possuem especialidades inigualáveis em relação aos outros ramos do Direito. Os profissionais do Direito sentiram assim a necessidade de autonomizar este novo ramo, uma vez que se deparavam com enormes dificuldades na aplicação prática da lei às situações que envolviam crianças, para as quais os outros ramos do Direito não detinham resposta.

O crescente interesse na investigação do Direito das Crianças, por parte dos juristas do nosso século, vai com toda a certeza aumentar a justiça nas decisões judiciais e dignificar a criança enquanto pessoa titular de direitos. É necessário proclamar uma nova cultura da infância nos nossos tribunais e na nossa sociedade. É urgente abolir a visão da criança como ser passivo de protecção, pois a ideia da privatização dos assuntos familiares há muito que foi ultrapassada. É tempo de o Estado intervir mais e melhor e é tempo de os nossos Juristas investigarem e criarem instrumentos para que a visão retrógrada da nossa sociedade seja definitivamente ultrapassada.

Propus-me, com o presente trabalho final de Mestrado, analisar a perspectiva quer teórica quer prática da intervenção dos Tribunais no sistema de promoção e protecção das crianças e jovens em perigo, em especial, a aplicação da medida de confiança a terceiro ou a instituição com vista a futura adopção. Existe grande dificuldade por parte dos nossos Tribunais, na concretização rigorosa e objectiva dos conceitos e pressupostos que determinam a aplicação desta medida. O afastamento definitivo da família biológica com vista a futura adopção é a medida mais gravosa do sistema de protecção, daí que se revista de particular importância analisá-la e abordar os critérios que têm sido utilizados na sua aplicação prática, pelos Tribunais, bem como apresentar novas directrizes para aumentar a justiça das decisões que envolvem a criança. Os processos de promoção e protecção que envolvem a aplicação da medida de confiança com vista a futura adopção apresentam-se aos olhos dos nossos Tribunais como os mais difíceis e delicados, permitindo graus de subjectividade desmedida. A criança é o centro do processo e quando foram dadas todas as oportunidades aos pais biológicos (as que deviam ter sido dadas e as que não deviam) chega a hora de o juiz

tomar a decisão – provavelmente uma decisão agonizante – e colocar um ponto final na história daquela família e recomeçar um novo livro, agora com novas personagens, novos papéis, tendo em vista o desejado final feliz.

2. Legitimidade da intervenção do Estado na família biológica

Do elenco das medidas de promoção e protecção, a medida de confiança judicial a pessoa seleccionada para adopção ou a instituição com vista a futura adopção é a medida mais grave, que implicará o corte definitivo da relação da criança com os seus pais biológicos, e aplicar-se-á quando não se encontre outra solução para o projecto de vida da criança. É sem dúvida uma medida de aplicação muito delicada, que impõe uma avaliação rigorosa e objectiva. Se não é aplicada nas situações em que o interesse da criança o exige, põe-se em risco uma vida humana. Se, pelo contrário, se apresenta desadequada à situação concreta, está em causa a imposição de uma separação que terá consequências nefastas na família e viola os direitos dos pais à companhia e educação dos seus filhos (art.º 36.º, n.ºs 5 e 6 da CRP).

O Estado tem, por isso, uma árdua tarefa, quando tem de intervir na família para proteger a criança. É ao Estado que cabe, através do Ministério Público, em representação das crianças, promover o processo judicial de promoção e protecção (art. 105.º da LPPCJP)¹. Este processo judicial, de acordo com o princípio da subsidiariedade da intervenção judicial, apresenta-se, no sistema de promoção e protecção, como última instância, e é intentado quando ocorre a impossibilidade de remoção do perigo pelas entidades com competência em matéria de infância e juventude e das Comissões de Protecção de Crianças e jovens em perigo (art. n.º4 al. j) da LPPCJP).

Quando o Estado intervém na família, ordenando a separação definitiva entre os pais biológicos e a criança, com vista à sua futura adopção, percebemos uma intervenção radical e definitiva nas relações humanas, o que pressupõe desde já a importância e a responsabilidade dos nossos Tribunais, quando têm em mãos decisões que envolvam a aplicação desta medida. Basta atender a que a medida de confiança a pessoa seleccionada ou a instituição com vista a futura adopção, inibe os pais biológicos

¹ “Na verdade, a incumbência de representar as crianças e os jovens consagrada no art.º 3 do Estatuto do Ministério Público ganhou especial dimensão com a aprovação das novas Leis, designadamente com a Lei 147/99 (LPPCJP). Não constitui qualquer exagero nem é temerário afirmar que o MP é hoje a pedra angular do sistema de protecção de menores, verdadeiro pivot no jogo da afirmação e defesa dos direitos das crianças e dos jovens.” Martins, Norberto (2005), *O papel do Ministério Público no sistema de protecção e no encaminhamento para a adopção*, “Revista do Ministério Público”, Ano 26, Jan-Mar 2005, Número 101, p.54.

do exercício das responsabilidades parentais (art.º 1978.º A C.Civil) e proíbe as visitas à criança, negando-se assim qualquer contacto entre pais e filhos (art. 62º-A n.º2 da LPPCJP). A criança nos termos do art.º 38.º-A da LPPCJP será colocada sobre a guarda de candidato seleccionado para adopção ou sob a guarda de instituição com vista a futura adopção, não mantendo qualquer contacto com os pais biológicos. Posteriormente, sendo desnecessário o consentimento dos pais biológicos (pois o consentimento é dispensado quando a confiança tem como fundamento uma das situações previstas nas alíneas c), d) e e) do n.º 1 do artigo 1978.º do C.Civil)) ou do parente que tenha o menor a seu cargo, a criança será adoptada por uma nova família, eliminando-se definitivamente a relação entre a criança e os pais biológicos, uma vez que na maioria dos casos se opta pela adopção plena em detrimento da adopção restrita. Assim a criança vai adquirir a situação de filho do adoptante, integrando-se com os seus descendentes na família e em termos de direitos sucessórios adquirirá os mesmos direitos que os descendentes e ascendentes naturais (art.º 1976.º do C.Civil). A protecção da estabilidade do vínculo, uma vez constituído, vai ao ponto de a lei não permitir que depois de decretada a adopção plena se estabeleça a filiação natural do adoptado ou se faça prova dessa filiação fora do processo de casamento (art.º 1987.º C.Civil)².

A grande problemática surge assim, quando está em causa o corte definitivo com a família biológica e as consequências que trará a aplicação desta medida, havendo que procurar resposta para a questão de saber que legitimidade terá o Estado para promover esta total separação no grupo familiar. Antes de examinar em que situações deverá ser aplicada esta medida de confiança a pessoa seleccionada para adopção ou a instituição com vista a futura adopção, importa analisar a legitimidade do Estado para a intervenção nos assuntos familiares.

O exercício das responsabilidades parentais³ constitui uma situação jurídica complexa, essencialmente constituída por poderes funcionais, poderes esses que são exercidos essencialmente no interesse da criança e que são atribuídos pela ordem

²“É o que dispõe o artigo 1987.º, cuja doutrina pode suscitar dúvidas quanto à sua conformidade ao direito à identidade pessoal do menor (artigo 26.º CRP), do qual decorrerá um direito ao conhecimento da sua ascendência biológica e até ao direito de constituir família”. Coelho, Francisco; de Oliveira, Guilherme, *Curso de Direito da Família, Volume II, Direito da Filiação, Tomo I*, Coimbra Editora, 2006, p. 86.

³ A denominação “Poder Paternal” foi alterada pela Lei n.º 61/2008 de 31 de Outubro para “responsabilidades parentais”. Esta alteração deve-se ao facto de que a expressão poder paternal era uma expressão de cariz patriarcal que remetia para a ideia de pátria potestas do Direito Romano. A palavra poder significa posse, domínio e hierarquia e estava em contradição com a actual concepção da família participativa e democrática. A palavra paternal ligada à figura paterna estava ligada à expressão hierarquicamente superior do pai como chefe da família.

jurídica para que os pais possam desempenhar a sua função de cuidar dos filhos, no exclusivo interesse destes. É hoje entendimento unânime que se os pais têm o direito de exercer as suas responsabilidades parentais, têm sobretudo o dever de as exercer no interesse da criança. Quando não o fazem, então é este último interesse que prevalece, pois as responsabilidades parentais são um poder-dever, que terão de ser exercidas altruisticamente no interesse dos filhos. Caso os pais não cumpram os seus deveres fundamentais, os tribunais terão de intervir, limitando ou mesmo inibindo os progenitores do exercício das responsabilidades parentais (arts 1918.º e 1915.º do C.Civil). Ora, é aqui que o Estado intervém, promovendo os direitos da criança e protegendo-a.

A Constituição da República vê na família um elemento fundamental da sociedade⁴, com direito a protecção social e do Estado e à efectivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros, designadamente através da cooperação com os pais na educação dos filhos (art.º 67.º, n.º 1 e n.º 2, al. c) da CRP). Segundo a professora Rosa Martins, este princípio da atribuição aos pais do direito-dever de educação e manutenção dos filhos (enunciado no art.º 36.º n.º5 da CRP) apresenta duas vertentes, a primeira vertente no direito-dever dos pais face aos filhos e a segunda vertente assenta num direito-dever face ao Estado, que tem a posição de auxiliar e colaborar com os pais no exercício do direito de educação.⁵ Este direito face ao Estado apresenta, como enuncia a autora, uma contra faceta do dever, cujo cumprimento o Estado fiscaliza e sanciona em caso de incumprimento. Daí que a Constituição assegure às crianças o direito à protecção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral (art. 69.º, n.º 2 da CRP), especialmente contra todas as formas de abandono, de discriminação e de opressão e contra o exercício abusivo da autoridade na família e nas demais instituições. Quando o Estado intervém para proteger a criança está a limitar o direito dos pais à educação e manutenção dos filhos (art.º 36.º, n.º 5 da CRP). Essa restrição aos direitos fundamentais dos pais está legitimada pela necessidade de protecção dos direitos e interesses da criança, valores constitucionalmente protegidos (art.º 18.º n.º2, 36.º n.º6, e 69.º da CRP).

⁴ “A família é a instituição social mais básica. Os indivíduos nascem, crescem e estruturam a sua personalidade neste grupo, qualquer que seja o modelo. Evoluindo em interacção com a evolução da sociedade, a família exerce uma função que visa a protecção bio-psico-social dos seus membros, facilitadora do seu crescimento e sociabilização.” Jardim, Mónica (2005), *Breve análise da nova lei da adopção (Lei n.º 31/2003 de 22 de Agosto)*, “Direito da infância da juventude e do envelhecimento”, Coimbra editora, p. 129.

⁵ Martins Rosa (2008), *Menoridade, (In)Capacidade e Cuidado Parental*, Coimbra Editora p. 171 e sgs.

Assim sendo, é ao Estado que cumpre proteger em última instância as crianças, quando a própria sociedade, através dos seus mecanismos, não alcançou remover o perigo da vida da criança. Sobrepondo-se o interesse da criança aos demais interesses envolvidos, o Estado deverá proteger as crianças em detrimento dos pais biológicos e do seu interesse na manutenção da relação familiar. Quando os pais violam os direitos das crianças, pondo-as em perigo grave e quebrando os laços afectivos com estas, o Estado intervém, em sua representação, restituindo-lhes a possibilidade de se desenvolverem no seio de uma nova família. A criança não é propriedade dos pais biológicos⁶, a concepção não é um registo de propriedade mas o início da afectividade. A visão discriminatória da criança, enquanto ser submetido ao poder dos adultos, há muito que foi ultrapassada e se o panorama jurídico que envolve a criança se alterou, as mentalidades terão igualmente de evoluir.

O Estado é, assim, juridicamente responsável pela concretização dos direitos das crianças e por todas as acções ou omissões que envolvam as suas vidas. Por seu turno os pais têm o dever para com o Estado de cuidarem das suas crianças, protegendo-as contra qualquer risco ou perigo. Caso violem esse dever, então o Estado intervém assegurando que os direitos e interesses da criança sejam reconhecidos, mesmo que para isso tenha de promover o corte definitivo na relação familiar, não permitindo a sua manutenção e entregando a criança a outra família.

3. A medida de confiança a pessoa seleccionada para a adopção ou a instituição com vista a futura adopção – finalidades e consequências do decretamento da medida

A adopção surge como resposta às necessidades das crianças privadas da sua família biológica, responsabilizando uma outra família pelo cumprimento das funções parentais que àquela cabia. A adopção tem vindo a ser encarada pelos tribunais

⁶ “Ainda quanto à defesa da “pertença” da bebé àquela família, é fundamental desconstruir esta ideia, bastante usual ainda, mas que remete cada filho (criança/adolescente) à condição de “propriedade” dos pais, limitativa da sua vivência como pessoa. A consciência de se ser pessoa é diametralmente oposta à realidade do objecto que, destituído de vontade, pensamento e sentimento é manipulado, controlado e usado pelo seu proprietário. Sendo assim, considerar a vida da criança apenas com base na defesa dos direitos dos pais, é negar-lhe a possibilidade de vida própria, processo que se irá perpetuar através das gerações, pela aprendizagem de que os filhos existem para cuidar e responder às necessidades e desejos dos pais.” Alberto, Isabel Marques; do Carmo, Rui (2007), *Adopção ou institucionalização? Acórdão do Tribunal Judicial de Castelo Branco, de 27 de Janeiro de 2006*, “Revista do Ministério Público”, Ano 28, Julho/Setembro, Número 111, p.191.

portugueses, na última década, como a medida mais eficaz de protecção às crianças e jovens em perigo⁷. A ideia de adopção, como uma forma de satisfazer os interesses dos adoptantes, de perpetuar o nome e o património da família, foi há muito ultrapassada, existindo actualmente uma verdadeira preocupação em proporcionar um ambiente favorável ao desenvolvimento integral da criança, visando a sua promoção e protecção.

O artigo 1586.º do C.Civil define a adopção como o vínculo que, à semelhança da filiação natural mas independentemente dos laços de sangue, se estabelece legalmente entre duas pessoas. Trata-se, portanto, de uma modalidade das relações jurídicas familiares distinta da filiação, que assenta na existência de laços de consanguinidade. Em sentido lato, a adopção pode definir-se como “a inserção num ambiente familiar de forma definitiva e com a aquisição do vínculo jurídico próprio da filiação, segundo as normas legais em vigor, de uma criança cujos pais morreram, são desconhecidos, não querem assumir o desempenho das suas funções parentais ou são pelo tribunal considerados incapazes de as desempenhar⁸”. Este vínculo constitui-se por sentença judicial, o processo é instruído com um inquérito que, relativamente ao menor, averigua o seu desenvolvimento, saúde e situação familiar e jurídica.

O candidato a adoptar só pode tomar a criança a seu cargo, com vista a futura adopção, mediante confiança judicial (art. 1978.º C.Civil e arts 164.º a 167.º da OTM), confiança administrativa (art. 1981º n.º1 c) C.Civil) ou através da medida de promoção e protecção de confiança a pessoa seleccionada para a adopção ou a instituição com vista a futura adopção (arts 38.ºA e 62.º-A da LPPCJP, que remete para o artigo 167.º da OTM).

A medida de confiança a pessoa seleccionada para a adopção ou a instituição com vista a futura adopção vem prevista no art.º 38.º A, da Lei de Promoção e Protecção de Crianças e Jovens em Perigo. Esta medida encontra-se em harmonia com a Convenção dos Direitos da Criança, que dispõe no seu artigo 20.º que “a criança temporária ou definitivamente privada do seu ambiente familiar ou que, no seu interesse superior, não possa ser deixada em tal ambiente tem direito à protecção e assistência

⁷ “É assim um instituto que visa a protecção da criança e a defesa do seu interesse de modo a assegurar de forma definitiva o seu futuro junto de outra família que lhe possa proporcionar todas as condições materiais e afectivas necessárias para o seu crescimento harmonioso, num ambiente de bem-estar e de amor, tendo subjacente à sua regulamentação o facto de estar cientificamente comprovado que quanto mais cedo forem encontrados substitutivos parentais, mais possibilidade tem a criança de atingir aquele objectivo” Jardim, Mónica, *Breve análise da nova lei da adopção (Lei n.º 31/2003 de 22 de Agosto)*, op. cit., p. 134.

⁸ Bolíero Helena; Guerra Paulo (2009), *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 Editora, p. 311.

especiais do Estado”. Cabe nos termos da Convenção aos Estados Partes⁹ assegurar a tais crianças uma protecção alternativa, nos termos da sua legislação nacional, nomeadamente através da adopção. Assim, a medida aplica-se quando se encontram esgotadas as possibilidades de, no seio da família biológica, ou família alargada, proporcionar à criança as condições que ela necessita para o seu desenvolvimento, crescimento, segurança, saúde, bem-estar e educação, estando definitivamente comprometidos os vínculos afectivos com a família de origem. A aplicação desta medida atendendo a todas as suas consequências (corte com a identidade biológica e genética no caso da adopção plena), só em última linha, quando já não é possível manter a criança no seio da sua família biológica, é que deverá ser aplicada.

A decisão de aplicação da medida tem de ser rápida, atendendo ao tempo útil da criança. Esta exigência de celeridade vem consagrada no art.º 36.º, n.º 7 da CRP, que impõe ao Estado a criação de formas céleres para a tramitação destes processos. A medida tem por finalidade a promoção e a protecção das crianças. O seu objectivo nada tem a ver com a protecção dos progenitores ou com a punição dos seus comportamentos. Se se protelar a aplicação da medida, dando-se demasiadas oportunidades aos pais para reversão dos seus comportamentos, a criança permanecerá por tempo indeterminado nas instituições, vendo a sua infância arruinada e não tendo a oportunidade de crescer numa família funcional. Esta medida surge assim, na tentativa de evitar a duplicação de processos, aumentando a celeridade processual. Passa a ser possível a sua aplicação, no processo de promoção e protecção, sem que seja necessário intentar uma acção autónoma de confiança judicial com vista a futura adopção, com base no art. 1978.º do C.Civil. A medida é exclusivamente aplicada pelos Tribunais e é decretada quando está preenchida alguma das situações previstas no art.º 1978.º do C.Civil. As situações previstas nas alíneas a) e b) do art. 1978.º – o consentimento dos pais e o falecimento – não levantam problemas de aplicação. As situações das alíneas c), d) e e) do n.º 1 do art. 1978.º, que prescindem do consentimento dos pais são as que levantam mais problemas práticos, devido à contestação dos pais biológicos e aos seus efeitos gravosos para estes, que, após a medida ser decretada, ficam inibidos do exercício das responsabilidades parentais (artigo 1978.ºA). Se a criança tiver sido confiada a instituição, a curadoria provisória deverá ser transmitida para o candidato a

⁹ Portugal foi um dos primeiros países a ratificar a Convenção, integrando-a no seu direito interno. A Convenção do Direito das Crianças assume-se como importante instrumento interpretativo da Constituição da República Portuguesa e da Lei Ordinária.

adoptante assim que seleccionado, não sendo permitidas visitas da família natural até ao decretamento da adopção (art.º 1913.º, 1978.º A do C.Civil, 166.º e 167.º da OTM).

A medida apresenta três finalidades principais: esclarecer a situação jurídica da criança face aos pais biológicos¹⁰, determinando assim o seu “estado de adoptabilidade”, conferir segurança ao investimento afectivo dos adoptantes e encurtar períodos de institucionalização.

A medida de confiança judicial tem como primeira finalidade a defesa da criança, evitando o protelamento da indefinição da sua condição perante os pais biológicos¹¹, já que torna desnecessário o consentimento destes, podendo, assim, o seu processo de integração numa nova família decorrer com mais serenidade e sem prejudiciais incertezas para a adopção¹². Através da confiança judicial, procura-se assim, por um lado, salvaguardar prioritariamente os direitos e interesses da criança, mas por outro lado, esta medida tem também como finalidade facilitar o processo da adopção, que poderia ser dificultado por uma recusa eventualmente ilegítima do consentimento dos pais.

A inibição do exercício das responsabilidades parentais e a proibição de visitas terá como fim conferir segurança ao investimento afectivo dos adoptantes para com as crianças, não permitindo que os pais inviabilizem a constituição desta nova relação afectiva.

Por fim, com o decretamento da medida de confiança com vista a futura adopção, visa-se evitar que a criança permaneça por tempo indeterminado na instituição, sem projecto de vida estabelecido, negando-se-lhe o direito de vir a integrar uma verdadeira família funcional, que lhe permita o desenvolvimento pleno das suas capacidades enquanto pessoa.

¹⁰ Sottomayor, Maria Clara (2004), *A nova lei da adopção*, “Revista Direito e Justiça, V. XVII

¹¹ “A confiança Judicial do menor tem, como primeira finalidade, a defesa deste, evitando que se prolonguem situações em que este sofre de carências derivadas da ausência de uma relação familiar com o mínimo de qualidade e em que os pais ou não existem ou, não se mostrando dispostos a dar o seu consentimento para uma adopção, mantêm de facto uma ausência, um desinteresse e uma distância que não permitem prever a viabilidade de proporcionarem ao filho em tempo útil a relação que ele precisa para se desenvolver harmoniosamente”. Ramião, Tomé de Almeida (2007), *A Adopção - Regime Jurídico Actual*, Quid Júris, 2ª ed., p. 56.

¹² Coelho Pereira; de Oliveira Guilherme (2008), *Curso de Direito da Família – Volume I*, 4ª ed., Coimbra Editora, p. 57.

4. O Princípio do superior interesse da criança – critério auxiliar na interpretação e aplicação da medida de confiança com vista a futura adoção

Para uma rigorosa aplicação e antes da análise das situações que poderão desencadear a aplicação da medida de confiança a pessoa seleccionada para adoção ou a instituição com vista a futura adoção, é necessário analisar o conceito de superior interesse da criança, que constitui o princípio basilar de todo o sistema de promoção e protecção e que deverá ser critério de decisão na aplicação da medida.

Este princípio reveste-se da máxima importância, pois, sempre que um juiz se depara com um processo de promoção e protecção terá de atender ao superior interesse da criança, sendo este o critério supremo a ter em consideração na decisão judicial (art. 4.º al. a) da LPCJP e 1978.º, n.º 2 C.Civil). A Convenção Sobre os Direitos da Criança impõe que “todas as decisões relativas às crianças, adoptadas por instituições públicas ou privadas de protecção social, por tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão primacialmente em conta o interesse superior da criança” (art. 3.º). Este princípio encontra consagração não só na lei ordinária (arts. 1878.º, n.º1, 1905.º, 1906.º n.ºs 2, 5, 7 e 1978.º n.º2, art. 4.º alínea a) da LPCJP, arts. 147.º A, 180 n.º1 e 2 da OTM), bem como na Constituição da República Portuguesa e ainda na ordem jurídica internacional, através da Convenção sobre os Direitos da Criança (arts. 3.º n.º1, 9.º e 18.º).

Ao aplicar a medida de confiança a pessoa seleccionada para adoção ou a instituição com vista a futura adoção, os juizes deparam-se com a difícil questão de saber se ao determinarem o corte definitivo das relações afectivas entre pais e crianças estarão a atender aos seus superiores interesses, ou pelo contrário estarão a violar o seu direito de manutenção das relações afectivas com os progenitores. Dispõe o n.º 1 do art.º 9.º da Convenção dos Direitos da Criança que a criança não será separada dos seus pais contra a vontade destes, a menos que a separação se mostre necessária, “no interesse superior da criança”. Assistimos assim, no âmbito destes processos a um conflito entre pais e filhos, dentro desse conflito encontramos interesses contrapostos, no qual releva o superior interesse da criança, prioritariamente protegido face aos demais interesses envolvidos. Quando a família biológica é disfuncional, comprometendo os vínculos afectivos da criança, só a sua adoção permitirá salvaguardar o seu superior interesse. Assim, todo o sistema de promoção e protecção é definido em função da criança. Daí

que a nossa Lei fundamental apresente, no topo da hierarquia, os direitos das crianças, que são prioritários relativamente aos direitos dos pais. A protecção da criança prevalece sobre a protecção da família e é este o sentido da aplicação da medida de confiança a pessoa seleccionada com vista a futura adopção, nos termos do artigo 1978.º n.º2. O interesse da criança é muitas vezes identificado com a manutenção dos seus laços biológicos de filiação, independentemente da sua realidade familiar, da afectividade recíproca entre a criança e os pais e das condições físicas e psicológicas em que vive no ambiente familiar. A parentalidade biológica desprovida de factores adicionais – amor, carinho, cuidados, educação – não é considerada relação familiar¹³. O principal objectivo dos juizes tem de passar necessariamente pela procura da realidade familiar que melhor corresponda ao superior interesse da criança. A realidade do afecto corresponde, nestes casos, à única oportunidade que a criança tem de se encontrar e desenvolver plenamente. A Convenção Europeia em Matéria de Adopção de Crianças, aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 4/90 e ratificada por Decreto do Presidente da República publicado no D.R., I série, de 30.5.1990, estipula que “a autoridade competente não decreta uma adopção sem adquirir a convicção de que a adopção assegura os interesses do menor” (art.º 8º, nº 1), devendo atribuir-se “particular importância a que a adopção proporcione ao menor um lar estável e harmonioso” (art.º 8º, nº 2).

A principal dificuldade está no facto de este conceito ser um conceito indeterminado, que carece de preenchimento valorativo. “O legislador emite ao tribunal um comando a fim de que este decida de acordo com o interesse do menor. A utilização deste conceito pelo legislador permite uma extensão dos poderes interpretativos do juiz e confere-lhe o poder de decidir em oportunidade”¹⁴. É, assim, necessário estabelecer critérios objectivos para o preenchimento do conceito, caso contrário, continuaremos a assistir à sua interpretação discricionária e às mais variadas interpretações subjectivas, o que gera jurisprudência disforme, para casos semelhantes, relativamente ao entendimento do que será o superior interesse da criança. Não se pode deixar cair estas questões, que envolvem crianças, no subjectivismo jurisprudencial. É tarefa essencial, integrar este conceito na *ratio* da norma, seguindo as directrizes dos princípios

¹³ Sottomayor, Maria Clara (2005), *Adopção ou o direito ao afecto*, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30.11.2004, “Scientia Iuridica, Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro, Tomo LIV, n.º 301, Janeiro/Março”, Universidade do Minho.

¹⁴ Sottomayor, Maria Clara (2011), *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*, 5.ª ed. Revista, Aumentada e Actualizada, Almedina, p.31.

fundamentais do Direito. Não se procura, de todo, fornecer ao julgador um conceito determinado e imutável para qualquer situação, até porque seria algo completamente impossível no seio de realidades tão díspares. O interesse do menor, dado o seu estreito contacto com a realidade, não é susceptível de uma definição em abstracto que valha para todos os casos. O que se pretende é propor critérios objectivos que orientem o julgador na concretização do conceito. Como defende a Procuradora do Ministério Público Dulce Rocha, o conceito do superior interesse da criança “será sempre um conceito aberto, mas podemos e devemos sempre clarificá-lo. (...) É dever da nossa administração da justiça procurar que as decisões não sejam tão díspares com situações concretas e fácticas semelhantes.”¹⁵ É assim necessária uma avaliação rigorosa de factores como as condições em que vive a criança, as suas relações afectivas, a sua personalidade, preferências, a relação que estabelece com os progenitores, os seus desejos, sentimentos e necessidades (quer físicas, intelectuais, morais e sociais). Reclama-se, assim, aos Tribunais, para concretizar qual o superior interesse daquela criança, uma análise interdisciplinar, rigorosa e objectiva da sua situação concreta e de todas as circunstâncias relevantes envolventes, livre de subjectivismos, preconceitos e ideias pré-concebidas.

Por todo o exposto, “o superior interesse da criança só poderá ser definido através de uma rigorosa avaliação concreta e objectiva, determinada por uma perspectiva global e sistemática, de natureza interdisciplinar, visando a satisfação da permanente necessidade da criança de crescer harmoniosamente, em ambiente de amor aceitação e bem-estar, salvaguardando-se a continuidade das suas relações afectivas positivas”¹⁶. O interesse da criança “prende-se com uma série de factores atinentes à situação concreta desta que devem ser ponderados à luz do sistema de referências que hoje vigora na nossa sociedade, sobre as necessidades do menor, as condições materiais, sociais, morais e psicológicas adequadas ao seu desenvolvimento estável e equilibrado e ao seu bem-estar material e moral”¹⁷.

¹⁵ Rocha Dulce (2010), *Desjudicializou-se demasiado no caso das crianças*, “Boletim da Ordem dos Advogados n.º 67”, Junho de 2010, p. 25.

¹⁶ Guerra Paulo (2005), *Confiança Judicial com vista à adopção – Os difíceis trilhos de uma desejada nova vida*, “Revista do Ministério Público n.º 194, Ano 26, Outubro/Dezembro”, p. 81.

¹⁷ Epifânio, Rui, António H. L. (1992). *Organização tutelar de menores, contributo para uma visão interdisciplinar do direito de menores e de família*, 2ª edição, Almedina.

5. Aplicação da medida de confiança com vista a futura adopção quando se verifique alguma das situações previstas no artigo 1978.º do Código Civil

A medida de confiança a pessoa seleccionada para a adopção ou a instituição com vista a futura adopção está intrinsecamente ligada à nova redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 185/93 de 22 de Maio, ao artigo 1978.º do C.Civil, pois o artigo 38º-A da LPPCJP dispõe que a medida de confiança a pessoa seleccionada para a adopção ou a instituição com vista a futura adopção aplica-se quando se verificarem algumas das situações previstas no artigo 1978.º do C.Civil.

A confiança judicial veio substituir a antiga “Declaração judicial de abandono”, introduzida no nosso ordenamento jurídico a partir da reforma de 1977. Estabelecia assim a primitiva redacção do artigo 1978.º do C.Civil que “com vista a futura adopção, o tribunal poderia declarar em estado de abandono o menor cujos pais revelassem manifesto desinteresse pelo filho, em termos de seriamente comprometer a subsistência dos vínculos afectivos da filiação, durante pelo menos o ano que precedesse o pedido de declaração, posto que não se encontrasse a viver com um ascendente ou colateral até ao terceiro grau e a seu cargo”. A declaração judicial de abandono era assim, uma figura jurídica que permitia facilitar a adopção da criança. A noção de abandono era contudo precária, assentando apenas no conceito vago de manifesto desinteresse dos pais de modo a comprometer os vínculos próprios da filiação¹⁸. O Decreto-Lei n.º 185/93 de 22 de Maio veio trazer uma nova versão ao art.º 1978.º do C.Civil, alterando radicalmente o seu sentido e fazendo desaparecer a antiga declaração judicial de abandono. Surge assim, entre nós, a confiança judicial do menor com vista a futura adopção. Segundo o Professor Pires de Lima e o Professor Antunes Varela¹⁹, de um estatuto substantivo passou-se a uma providência de carácter marcadamente processual inspirada agora na lei italiana número 184 de 4 de Maio de 1983²⁰. No entanto, apesar da inspiração na lei italiana, o artigo do Código Civil Português foi completamente inovador ao elencar as

¹⁸ “Este instituto da confiança judicial veio substituir, com vantagens, a anterior declaração judicial de Estado de Abandono, que não mostrou ser um instrumento seguro ou adequado à resolução pacificadas 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 ser cargo em vez dos pais não podia ser objecto de declaração de abandono.” Guerra Paulo (2005), *Confiança Judicial com vista à adopção – Os difíceis trilhos de uma desejada nova vida*, op. cit., p. 83.

¹⁹ Lima, Pires; Varela Antunes (2010), *Código Civil Anotado, Volume V*, Coimbra Editora.

²⁰ Dispõe o n.º1 do art.º 2 da Lei Italiana número 184 de 4 de Maio de 1983 que “A criança temporariamente privada de um ambiente familiar normal, apesar das intervenções de apoio e assistência, é confiada a uma família de preferência com filhos menores, ou a pessoa singular capaz de assegurar a manutenção, educação e relações afectivas que ela necessita”.

situações que desencadeiam a aplicação da medida. Estamos agora perante situações em que existe abandono de facto, não se reportando às situações de decretação judicial de abandono como ocorria anteriormente.

A actual redacção do n.º 1 do artigo 1978.º do Código Civil (introduzida pelo DL n.º 185/93 de 22 de Maio e alterada pelo DL 31/2003) dispõe que, com vista a futura adopção, o tribunal pode confiar a criança a casal, a pessoa singular ou a instituição, quando não existam ou se encontrem seriamente comprometidos os vínculos afectivos próprios da filiação, pela verificação objectiva de quatro situações distintas: quando a criança é filha de pais incógnitos ou falecidos (alínea a)), quando existiu consentimento prévio para a adopção (alínea b)), quando houve abandono (alínea c)), quando os pais colocaram em perigo grave a criança (alínea d)) ou revelaram por esta manifesto desinteresse (alínea e)). As alíneas do artigo são taxativas e não é necessário que funcione a mesma alínea para ambos os pais, podendo por isso aplicar-se uma das alíneas para a mãe e outra para o pai. É esta disposição do Código Civil que nos vai indicar os pressupostos positivos a que correspondem as situações que podem levar o Tribunal a confiar a criança e que analisarei de seguida.

6. A não existência ou o sério comprometimento dos vínculos afectivos próprios da filiação – como requisito autónomo sujeito a prova para decretamento da medida de confiança com vista a futura adopção

O artigo 1978.º do C.Civil estabelece que o tribunal pode confiar a criança quando não existam ou se encontrem seriamente comprometidos os vínculos afectivos próprios da filiação. Assim, apresenta-nos a lei como primeiro pressuposto do decretamento da medida a inexistência ou comprometimento sério dos vínculos afectivos próprios da filiação, enumerando de seguida situações de verificação objectiva (ou seja independentemente da culpa dos pais) dessa quebra ou inexistência de vínculos. Sendo assim, a primeira questão a analisar para a correcta aplicação da medida é a de saber se a não existência ou o sério comprometimento dos vínculos afectivos próprios da filiação se afere através da verificação de alguma das situações referidas nas alíneas do n.º1 ou se, por sua vez, se trata de um requisito autónomo sujeito a prova. Ou seja, preenchida que esteja alguma alínea verificado está a não existência ou comprometimento sério dos vínculos afectivos, ou ter-se-á de fazer prova quer de um

requisito quer de outro? A defender-se o primeiro entendimento, ocorreria a perigosa consequência de ser a própria lei a destruir eventuais vínculos afectivos que pudessem existir entre as crianças e os progenitores. Assim, como defendem os Professores Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira²¹, apesar de a não existência ou o sério comprometimento dos vínculos afectivos próprios da filiação ser um pressuposto “comum” a todas as alíneas, trata-se de um requisito autónomo sujeito a prova. Estamos pois perante uma causa de pedir complexa como têm entendido estes autores. Logo, a inexistência ou o comprometimento dos vínculos tem de ser provados, como um requisito que acresce a essas situações, cuja verificação não depende da culpa dos pais, e não se deduz automaticamente dos factos que integram as referidas alíneas do n.º 1 do art. 1978.º.

É de salientar que a obrigação da verificação da “não existência ou o sério comprometimento dos vínculos afectivos próprios da filiação” não apresenta qualquer utilidade nas alíneas a) (quando a criança é filha de pais incógnitos ou falecidos) e c) (quando houve abandono da criança) e não faz sentido quanto à alínea b) (quando houve consentimento prévio para a adopção). No que respeita à alínea a), se os pais são incógnitos ou faleceram não há dúvidas de que os vínculos afectivos não existem. Se houve abandono, como vem previsto na alínea c), então os vínculos estão definitivamente comprometidos. Quando há consentimento prévio para adopção (alínea b)) é lógico que não se terá de averiguar se existem ou estão comprometidos os vínculos próprios da filiação²². Sendo assim este requisito da não existência ou do comprometimento sério dos vínculos próprios da filiação só terá utilidade e fará sentido como requisito autónomo sujeito a prova, nas situações elencadas nas alíneas d) e e) do n.º1 do art.º 1978.º.

Questão importante é a de saber se a quebra dos vínculos tem de ocorrer nos pais e nos filhos simultaneamente, ou somente nos pais ou nos filhos. Entendo quanto a esta questão que terá de se atender sempre ao superior interesse da criança. Logo, havendo quebra dos vínculos afectivos das crianças para com os pais, atendendo ao seu superior interesse, que prevalece sobre os restantes interesses em causa, deverá considerar-se que o pressuposto legal da inexistência ou comprometimento sério dos vínculos está verificado. Assim, a verificação da quebra de vínculos não tem de ocorrer nas crianças e

²¹ Coelho, Francisco; de Oliveira, Guilherme (2008), *Curso de Direito da Família, Volume II, Direito da Filiação, Tomo I*, op. cit. p.64.

²² *Idem*.

nos pais, pois apenas é relevante a quebra de vínculos afectivos das crianças. Questão complexa surge quando os pais não apresentam vínculos para com as crianças, mas estas sentem afectividade para com aqueles. Como deverá o juiz decidir nestas situações? Se os pais não têm vínculos afectivos pelos filhos, nunca poderão assumir correctamente as suas responsabilidades parentais, havendo o risco de colocação em perigo da criança. A falta de afectividade colocaria em perigo a saúde psíquica e o desenvolvimento da criança, que levaria posteriormente à incontornável rotura de afectividade da sua parte. Apesar do sofrimento para a criança, esta será a única medida capaz de atender ao seu superior interesse e que evitará perigos mais graves e até irreversíveis no futuro.

No fundo, verificar a ocorrência das situações elencadas no n.º1 do art. 1978.º do C.Civil é mais fácil do que provar a quebra de vínculos entre pais e filhos. Apesar dessa quebra derivar daquelas situações, terá de ser sujeita a prova autónoma e específica. Dos factos provados, é possível o julgador extrair essa avaliação da quebra de vínculos e decretar a medida de confiança judicial com vista a futura adopção. No entanto, é prática corrente na nossa jurisprudência estar provada uma das alíneas do n.º 1 do artigo 1978.º (nomeadamente a alínea d) e e) onde o problema se coloca), mas os juízes darem como não provada a quebra dos vínculos. Um exemplo deste caso ocorreu com a decisão proferida no Tribunal da Relação de Lisboa²³, em que se decidiu manter a continuidade dos vínculos biológicos em detrimento da medida de confiança com vista a futura adopção com o fundamento de que entre pais e filhos existia vínculo afectivo forte. Assim, uma menina com 8 anos e o irmão com 9 anos estavam acolhidos numa instituição desde Março de 2008. Estas crianças eram vítimas de abusos sexuais por parte de um irmão mais velho. A suspeita surgiu quando as crianças na escola começaram a apresentar desenhos, tanto de órgãos sexuais como do próprio acto sexual. Em Janeiro de 2010 foi proferida sentença condenando o irmão a cinco anos de prisão suspensa, pela prática de dois crimes continuados de abuso sexual de crianças (exibicionismo perante crianças), um crime de abuso sexual de criança (conversa obscena) e um crime de abuso sexual de criança por tentativa de coito anal. Os pais destas crianças nunca tomaram qualquer medida para evitar esta situação, deixando-as a sós com o irmão abusador. A atitude da progenitora foi sempre de que o filho mais velho (abusador) era a pessoa mais importante a proteger. A acrescer à situação de

²³ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 13/01/2011

abuso sexual, os progenitores apresentavam desleixo no acompanhamento das crianças do ponto de vista da educação, higiene e saúde. Após três anos de institucionalização, o Ministério Público requereu a suspensão das visitas dos pais com vista à aplicação da medida de confiança a pessoa seleccionada para adopção ou a instituição com vista a futura adopção. Aquando da institucionalização, a menina apresentava uma debilidade mental ligeira devido a falta de estimulação emocional e cognitiva do meio familiar. Os pais biológicos apresentam grandes limitações ao nível da parentalidade nunca se esforçando para as adquirir. Convenceram o menino de que a culpa de toda aquela situação era sua e instruíram as crianças a negarem junto da Polícia Judiciária a existência de abusos sexuais.

As crianças não ficavam tristes com o final das visitas dos pais e quando as visitas terminavam o menino sentia-se aliviado. Em Tribunal as crianças disseram que preferiam ser adoptadas, pois sabiam que se fossem adoptadas não teriam mais contactos com os pais nem com o irmão e por isso queriam outra família. Mediante estas declarações e depois de terem sido ameaçadas pelos pais, as crianças pediram às técnicas que não houvesse mais visitas.

O Relatório Social considerou que o projecto de vida das crianças não deveria passar pelo retorno das crianças à família biológica, sugerindo o seu encaminhamento para adopção. Os pais, durante o longo tempo de institucionalização, nunca lograram reunir condições para assumir as suas responsabilidades parentais.

Neste caso, as crianças há muito que deviam ter sido encaminhadas para adopção. No entanto, o Tribunal, mesmo perante toda a factualidade descrita e considerada provada, decretou a continuação das visitas dos progenitores a fim do retorno das crianças à sua família biológica. Na maior parte dos casos de abuso sexual, as crianças coagidas não falam por medo, mas neste caso havia o depoimento das crianças a pedir para serem adoptadas, pois não queriam ver mais os pais nem ir para casa. Contudo, o juiz pôs em causa a consciência das crianças perante o significado e consequências das suas declarações. O Tribunal entendeu que, apesar de estarem evidenciadas as lacunas nas capacidades parentais dos progenitores, existia um forte vínculo entre os pais e as crianças, vínculo esse, que é tão mais difícil desfazer quando as crianças têm 11 e 12 anos de idade. Considerar que a adopção de crianças nesta faixa etária é mais difícil, na medida em que os candidatos à adopção têm preferência por crianças de tenra idade, é aceitável e válido. Diferente é argumentar que o vínculo entre

pais e filhos existe e é difícil desaparecer devido à idade. Questiono que vínculo poderá existir entre duas crianças que foram abusadas sexualmente pelo irmão sob o olhar dos progenitores que nada fizeram e continuaram a deixar as crianças sozinhas com o agressor. Estas crianças sentiram-se desprotegidas, o seu desenvolvimento mental foi afectado, sentem medo, sabem que o irmão está em liberdade, os pais acusam-nas de serem as culpadas pelo processo. Em declarações ao juiz (depois de terem sido instruídas para dizer que gostam dos pais e que querem voltar para casa) pedem a oportunidade de serem felizes junto de outra família onde se sentirão mais seguras. Perante este facto que vínculo afectivo existe nesta relação familiar? Contudo, e contra toda a evidência, o Tribunal, das provas apresentadas, deduziu que ressalta um desejo intenso de os pais estarem com os filhos, desejo esse, correspondido pelas crianças. O Tribunal decidiu claramente pela via biológica e manteve as crianças institucionalizadas e as visitas dos pais, argumentando que “basta acreditar que todos, inclusive os pais, sabem corrigir os respectivos erros”. Neste caso não se fez justiça às crianças, atendendo-se unicamente aos interesses dos pais biológicos. O superior interesse da criança como critério orientador e imperativo em todas as decisões judiciais foi subjugado perante os interesses dos pais biológicos. Entendo, como seres humanos que são, que os juízes por vezes não conseguem separar a racionalidade do coração, como pais que são e crianças que foram. É normal que, nestes casos, se pense na posição dos pais que ficarão para sempre inibidos de exercer as suas responsabilidades parentais, cessando definitivamente o contacto da criança com os pais. Mas o que os juízes não se podem esquecer, é que estamos a tratar de casos que não se assemelham ao que eles mesmos viveram enquanto crianças e enquanto pais. As suas experiências desenvolveram-se certamente no seio de uma família funcional, ligada por fortes laços afectivos, mas essa não é a realidade destas crianças²⁴. O juiz não pode esperar que, decidindo manter a criança institucionalizada e impondo as visitas aos progenitores, os vínculos afectivos entre pais e filhos se estabeleçam. É importantíssimo, como defende a Procuradora do Ministério Público Dulce Rocha, sob pena de se cometerem verdadeiras injustiças, os magistrados possuírem formação na área do desenvolvimento

²⁴ “Existe a necessidade de os magistrados não verterem nestes processos os seus passados traumas pessoais e as suas peculiares posições (...) sobre o instituto da adopção (como se fosse possível ser-se a favor ou contra a adopção, em termos abstractos sem curar saber se estão, em concreto, perfectibilizados os requisitos legais previstos nos artigos 1974.º e 1978.º do CC para aquela específica criança que dá nome ao processo.” Guerra, Paulo (2005), *Confiança Judicial com vista à adopção – Os difíceis trilhos de uma desejada nova vida*, op. cit., p. 82.

da criança, da psicologia do desenvolvimento e da sociologia da infância²⁵. É assim premente, na decisão destes processos, que se alie o Direito a áreas complementares do saber, para que se alcancem decisões rigorosas e justas para as crianças.

Para finalizar, neste acórdão do Tribunal da Relação pode ler-se que “sendo certo que, se se constatar que assim não é, poderá sempre alterar-se o ora decidido”. Ora, adiando-se a decisão, a criança vai ter de esperar mais dois ou três anos, estando próxima de atingir a maioridade e abandonar a instituição, para que o Tribunal se decida pela medida correcta, que no caso concreto já não produzirá o seu efeito útil. Culmina assim o douto acórdão com uma clamorosa violação dos direitos da criança a desenvolver-se plenamente e a crescer no seio de uma família funcional.

Do exposto resulta que, muitas vezes a questão não está no preenchimento das alíneas do artigo 1978.º, mas sim na análise da quebra ou inexistência de vínculos. E, é quando os juízes chegam à prova deste requisito autónomo, que tendem a dizer que os vínculos não se encontram seriamente comprometidos, para poderem manter a criança sob a esfera da família biológica, atentando contra o seu superior interesse.

Vejamos de seguida as situações elencadas no art.º 1978.º do Código Civil, que indiciam a não existência ou comprometimento sério dos vínculos afectivos próprios da filiação e que levantam grandes problemas de interpretação e concretização.

7. A concretização do conceito de abandono para a verificação da situação prevista na al. c) do n.º 1 do art. 1978.º C.Civil²⁶

O Tribunal pode confiar a criança com vista a futura adopção se esta tiver sido abandonada pelos seus progenitores, nos termos da alínea c) do n.º1 do art. 1978.º do C.Civil. Contudo, o conceito de abandono apresenta-se indeterminado, carecendo de urgente concretização, para que possa ser aplicado correctamente e distinguido do conceito de desinteresse utilizado na al. e) do n.º 1 do art. 1978.º do C.Civil.

Na verdade, esta alínea é raramente aplicada pelos Tribunais, sendo necessário determinar o porquê da confusão na sua concretização. O abandono surge, por exemplo, nas situações em que a criança é entregue a uma instituição pelos pais, que nem sequer

²⁵ Rocha, Dulce (2010), *Desjudicializou-se demasiado no caso das crianças*, “Boletim da Ordem dos Advogados, n.º 67, Junho de 2010”, p. 24.

²⁶ Início a análise pela alínea c) uma vez que a alínea a) (que dispõe sobre o menor filho de pais incógnitos ou falecidos) não apresenta dificuldades de maior na sua aplicação. Apenas havendo a dizer que ambos os pais têm de ser incógnitos e falecidos, se for apenas o pai ou a mãe esta alínea já não se aplica. Por sua vez a alínea b) trata das situações em que houve consentimento prévio para adopção, aplicando-se o 1981.º e 1982.º do C.Civil.

têm intenção de a visitar, demitindo-se de qualquer responsabilidade sobre ela. O problema surge, quando meses depois os progenitores reaparecem a reclamar a sua guarda. Nestas situações, o Tribunal, em vez de considerar provada uma situação de abandono, vai erradamente averiguar se os pais manifestaram desinteresse pela criança, comprometendo dessa forma os vínculos afectivos próprios da filiação. Ora, este é um erro tremendo dos nossos Tribunais. Vejamos uma situação concreta apresentada no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 12 de Janeiro de 2010²⁷ em que tínhamos um caso flagrante de abandono. Uma mãe solicitou ajuda à Santa Casa da Misericórdia de Lisboa e à Comissão de Protecção de Crianças e Jovens em perigo, pedindo que o filho fosse acolhido numa instituição até conseguir organizar a sua vida. Após a criança ser acolhida, os progenitores nunca mais mantiveram contacto com a criança. Após sete meses de abandono, a mãe, vendo a possibilidade de o filho ser encaminhado para adopção, iniciou as visitas. Por sua vez, o pai contactou o lar informando que ia contratar um advogado para ficar com a criança a seu cargo. Ambos os progenitores abandonaram a criança, deixando-a entregue à sua sorte na instituição, nunca mais querendo saber da sua vida. Iniciadas as visitas (cujo plano não foi pela progenitora cumprido) após os sete meses de completo abandono da criança, o Tribunal veio a decidir-se pelo desinteresse dos pais. Evidenciam assim estas decisões uma confusão na determinação dos conceitos de abandono e desinteresse.

Para a correcta concretização do conceito de abandono da criança, há que referir, em primeiro lugar, que o conceito de abandono é completamente distinto do conceito de desinteresse, partindo de pressupostos diversos. Assim, o abandono da criança significa, no sentido literal da palavra, o comportamento de deixar a criança, sem intenção de voltar para a ir buscar, havendo uma efectiva desistência pela sua vida, não mantendo os progenitores mais contacto com ela, não se interessando mais pelo seu destino. Por sua vez, no desinteresse, os progenitores adoptam uma conduta ambígua em relação à criança, mantendo os contactos, ainda que não sejam suficientes para assegurar a qualidade e a continuidade dos vínculos afectivos. Assim, apenas fará sentido averiguar a quebra da vinculação afectiva, quando estamos perante o conceito de desinteresse e não de abandono, pois no caso de ter havido abandono da criança, o comportamento de a deixar e ir-se embora leva à verificação automática da inexistência de quaisquer vínculos afectivos. Por sua vez, é no âmbito do desinteresse que poderão surgir dúvidas

²⁷ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 12/01/2010.

sobre a inexistência ou comprometimento sério dos vínculos afectivos próprios da filiação²⁸. Ocorrendo uma situação em que os progenitores deixam a criança numa instituição e mais tarde voltam para a ir buscar, o juiz não tem decidir se houve ou não desinteresse na criança por parte dos progenitores. Nestes casos, em que há um efectivo abandono da criança, a medida de confiança com vista a adopção terá de ser aplicada, não havendo a necessidade de averiguar os pressupostos previstos da alínea e) do n.º1 do art.º 1978.º. Como defende a Procuradora do Ministério Público Dulce Rocha “se perguntarmos à mulher que viu sair de casa o seu marido, o que lhe aconteceu, dirá: “Ele deixou-me, abandonou-me”. O marido, na mesma situação, dirá: “a minha mulher abandonou o lar”. De certeza que ambos falarão em abandono. Os bebés não falam. Mas, se pudessem falar, não diriam diferente.”²⁹

O facto de os nossos Tribunais não aplicarem a medida de confiança com vista a futura adopção no âmbito de situações de abandono prende-se com a dificuldade que os juízes têm de separar esta forma de abandono prevista na alínea c) do n.º1 do artigo 1978.º com o crime de exposição ou abandono previsto e punido no artigo 138.º do Código Penal. O crime de abandono consiste no abandono de uma pessoa sem defesa, criando deste modo um perigo para a vida dessa pessoa³⁰. Assim, parece que os Tribunais só aplicariam esta medida, se os progenitores por exemplo colocassem a criança no caixote do lixo ou à beira de uma estrada, ocorrendo a possibilidade de perigo para a vida da criança. Ora, não é este o sentido do artigo 1978.º do C.Civil, pois não se exige a colocação da criança numa situação de perigo. Ou seja, para ocorrer o crime de abandono tem de haver dolo de perigo, o que já não é exigível para o decretamento da medida de confiança com vista a futura adopção, pois a verificação do abandono é objectiva, isto é, independentemente da culpa dos pais, bastando-se com o próprio acto de deixar a criança e não ter intenção de voltar para a ir buscar.

O legislador deveria de ter concretizado este conceito de forma a não ser confundido com o conceito da alínea e) e assumindo posição de que, no caso de abandono, não é exigido dolo de perigo nem a prova da inexistência ou

²⁸ “No desinteresse, houve apego, pelo menos aparente, sem a devida qualidade, mas houve uma ligação afectiva. Por isso, a lei exige que o desinteresse seja manifesto e que perdure, para poder concluir-se pela ruptura dos laços afectivos próprios da filiação, ou, pelo menos, que se verifique um comprometimento sério dos vínculos de afecto que caracterizam a filiação.” Rocha, Maria Dulce (2002), *Adopção – Consentimento – Conceito de Abandono*, “Revista do Ministério Público, Ano 23, Outubro/Dezembro n.º 92”, p. 102.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Albuquerque, Paulo Pinto (2010), *Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção dos Direitos do Homem*, 2ª ed., Universidade Católica Editora, pp. 422 e 423.

comprometimento dos vínculos afectivos. A criança não pode ser abandonada e mais tarde vir a ser “reclamada” porque os pais se arrependeram e agora querem ficar com ela. Assim, sempre que se verifique uma situação de abandono deverá ser decretada imediatamente a medida de confiança com vista a futura adopção, delineando-se como projecto de vida para a criança a sua adopção urgente, na tentativa de proporcionar à criança o crescimento no seio de uma família, já que os pais não a quiseram, abandonando-a à sua própria sorte.

8. Colocação em perigo grave para a segurança, saúde, formação, educação ou desenvolvimento da criança (alínea d) do n.º1 do art.º 1978.º)

8.1. O Conceito de Perigo – situações que legitimam a intervenção junto das crianças

A alínea d) do n.º 1 do art.º 1978.º do C.Civil cuida das crianças que foram colocadas em perigo grave pelos pais que não cumpriram com as suas responsabilidades parentais. Assim sendo, um dos pressupostos da intervenção é o não exercício (ou deficiente) das responsabilidades parentais por parte dos pais, e é esse comportamento activo ou omissivo que constitui real perigo para a criança. A intervenção do Estado junto das crianças em perigo é imperativo constitucional regulado no art. 69.º da CRP. Cabe assim à sociedade e ao Estado Português o dever de proteger as crianças das situações susceptíveis de pôr em perigo a sua segurança, saúde, formação, educação e desenvolvimento. A criação do novo modelo do sistema de protecção de crianças em perigo visou a implicação de toda a comunidade nos processos de promoção e protecção, uma vez que esta será a melhor forma de detecção do perigo, pois é na comunidade que são vividas e conhecidas essas situações, e cabe à comunidade o dever de as denunciar³¹.

Em primeiro lugar, para a correcta análise da alínea d), é necessário concretizar o conceito de perigo grave. Para o preenchimento do conceito de perigo a lei no n.º3 do art.º 1978.º remete para a Lei de Promoção e Protecção de Crianças e Jovens em Perigo (artº 3º) que constituiu uma mais-valia para a intervenção dos técnicos, permitindo avaliar com maior objectividade e rigor as situações de perigo. O perigo é a situação em que se encontra a criança que vê ameaçada a sua existência ou integridade física ou

³¹ *Direitos das Crianças e Jovens – Actas do Colóquio*, op. cit., p. 193.

psíquica. Dessa situação sucede a eventualidade de ocorrer danos aos direitos das crianças e jovens e implica a intervenção dos profissionais da educação, da saúde e da justiça. Assim, a criança está em perigo quando se encontra ameaçada a sua segurança, saúde, formação, educação e desenvolvimento. É essa situação ou eventualidade, que pode determinar a ocorrência de danos para a criança. É necessário ter em conta que o perigo exigido nesta alínea, não pressupõe a efectiva lesão dos direitos das crianças, bastando-se a existência de um perigo eminente ou provável, assente numa ideia de probabilidade, sem exigir consumação do acto lesivo ou do dano.³² E não poderá ser entendido de outra forma, uma vez que o Estado tem de intervir imediatamente assim que se vislumbre a possibilidade de ocorrência de dano. Caso contrário, aplicar-se-ia a medida apenas quando estivesse confirmada a verificação de danos, o que em situações extremas poderia valer a sua vida, sendo o Estado cúmplice dessas situações e chamado à responsabilidade pelas crianças que não protegeu. A detecção do perigo é obrigatoriamente preventiva e quando a intervenção apenas surge quando já ocorreram danos para a criança, significa que quer o Estado quer a Sociedade falharam na promoção dos direitos e protecção das suas crianças.

Definido o perigo, a lei exige para o preenchimento da alínea que esse perigo seja grave. Essa gravidade prende-se exactamente com a existência ou a eventualidade de surgimento de danos graves para a criança. Para a aplicação da medida de confiança com vista a futura adopção, é necessário estarmos perante situações concretas de perigo grave. As situações que apresentam risco do surgimento de danos, são as situações que dão lugar à aplicação de outras medidas de promoção e protecção³³.

O perigo grave para a criança pode resultar quer das pessoas a quem caiba o exercício das responsabilidades parentais, mas também de terceiros e até da própria criança. A segurança, saúde, formação, educação e desenvolvimento, são os interesses que poderão ser lesados quando existe perigo para a criança. Assim, a criança pode ser lesada na sua segurança quando é colocada numa situação de incerteza física ou psicológica sobre o seu bem-estar³⁴. Quanto à saúde, o perigo que é criado coloca em risco o equilíbrio físico ou psíquico da criança, a sua capacidade de resistência e o seu próprio equilíbrio mental e social, diminuindo por exemplo, o seu sentido de auto-

³² Borges, Beatriz Marques (2011), *Protecção de Crianças e Jovens em Perigo*, Almedina, 2.ª ed., Coimbra, p. 37.

³³ As medidas de promoção e protecção vêm reguladas no artigo 35.º da LPPCJP e são as seguintes: apoio junto dos pais, apoio junto de outro familiar, confiança a pessoa idónea, apoio para autonomia de vida, acolhimento familiar e acolhimento em instituição.

³⁴ Borges, Beatriz Marques (2011), *Protecção de Crianças e Jovens em Perigo*, op. cit., p.38.

estima, o sentimento do seu valor e da sua utilidade como membro da comunidade³⁵. Já no perigo para a formação da criança, se tem em conta as situações que podem fazer distorcer o desenvolvimento integral da personalidade e a sua possibilidade de auto-realização³⁶. O perigo em relação à educação nasce da circunstância de existir uma educação incompleta e carente, bem como de a mesma ser fonte de incapacidade de a criança se poder afirmar com todo o seu potencial³⁷. Por fim, o desenvolvimento da criança não é mais do que todo o conjunto de factores anteriormente referidos.

O artº 3º, n.º2 da LPPCJP dispõe que se considera que a criança ou o jovem está em perigo quando está abandonada ou vive entregue a si própria (alínea a)). A criança abandonada está numa situação extrema totalmente entregue à sua sorte, os deveres parentais não são exercidos por ninguém, apresenta-se desprotegida e sem condições de se poder defender ou ser defendida, não possuindo a capacidade de suprir as suas próprias necessidades. Por outro lado, a criança vive entregue a si própria quando as pessoas que deveriam exercer as responsabilidades parentais não o fazem, e a criança age como se tais poderes e deveres não existissem, mas sendo capaz de ultrapassar as suas necessidades fundamentais sobrevivendo³⁸. A criança está em perigo no termos da alínea b) quando sofre maus tratos físicos. Os maus tratos físicos consubstanciam ofensas à integridade física da criança. O crime de violência doméstica previsto e punido nos termos do artigo 152.º do Código Penal, pressupõe maus tratos físicos, incluindo os castigos corporais. Estes factos podem ser praticados contra a criança ou na sua presença. Os maus-tratos físicos não se devem confundir com os casos de negligência física, como não dar banho, não alimentar a criança, não ministrar medicação quando a criança está doente, pois estes casos caberão na alínea c) do mesmo preceito, como veremos. A criança também se encontra em perigo quando sofre maus tratos psíquicos (alínea b). “Nos maus tratos psíquicos devem ser incluídas as situações em que a criança é ridicularizada ou depreciada frequentemente, neles se incluindo atitudes de rejeição, de aterrorizar de isolar, de ignorar ou de corromper a criança ou o jovem.”³⁹ Também se encontra em perigo a criança que é vítima de abusos sexuais⁴⁰⁴¹,

³⁵ *Idem.*

³⁶ *Idem.*

³⁷ *Idem.*

³⁸ *Ibidem*, p.39.

³⁹ *Idem.*

⁴⁰ “Como a LPPCJP é aplicável a todas as crianças/jovens com menos de 18 anos ou a pessoa com menos de 21 que solicite a continuação da intervenção (...), é manifesto que daí resultem situações de protecção da criança/criança/jovem vítima de abusos sexuais que vão para além dos limites etários fixados nos artigos 171º e seguintes do CP.” *Ibidem*, p.42.

abusos que ocorrem sempre que exista contacto sexual com o adulto para gratificação daquele. Não releva o consentimento da criança pois esta não possui maturidade sexual nem desenvolvimento suficiente para compreender o significado de tal acto. Nos termos da alínea c), quando a criança não recebe os cuidados ou a afeição adequados à sua idade e situação pessoal, está em perigo, pois não são tomados comportamentos necessários ao seu desenvolvimento físico e psíquico. Quanto aos cuidados físicos, estamos perante situações em que não se higieniza a criança, não lhe dando banho, não lhe mudando as fraldas. Também está incluída a falta ou deficiência na alimentação e ainda o não cumprimento da vacinação e assistência médica necessária. Quanto aos cuidados psicológicos, a falta de atenção, manifestações de afecto, interesse pelo desenvolvimento da criança e importância ao que a criança valoriza, consubstanciam uma situação de perigo prevista nesta alínea. Também se encontra em perigo a criança que é obrigada a actividades ou trabalhos excessivos ou inadequados à sua idade, dignidade e situação pessoal ou prejudiciais à sua formação ou desenvolvimento nos termos da alínea d). Também está em perigo nos termos da alínea e) a criança sujeita de forma directa ou indirecta, a comportamentos que afectam o seu equilíbrio emocional, como ocorre nos casos de vitimização indirecta das crianças. Sempre que uma criança é exposta á violência (pois pode não estar a ver directamente a agressão, ouvindo ou apenas observando as marcas das agressões no dia seguinte) por parte do agressor, tem de haver pelo menos uma ofensa á integridade psicológica da criança, criando nesta um sentimento de medo, infelicidade e depressão, existindo efectivamente um dano para a criança. Vários estudos demonstram que a exposição á violência interparental tem efeitos muito negativos a vários níveis na vida destas crianças, sendo que os mais nefastos verificaram-se ao nível psicológico. Só existirá um pleno desenvolvimento da criança se esta crescer num ambiente seguro e estimulante. Quando pelo contrário vivem num ambiente violento pairando sobre si o medo, todo o processo de crescimento e desenvolvimento será afectado negativamente. A Lei n.º 59/2007 veio consagrar uma agravação do limite mínimo da moldura penal no crime de violência doméstica previsto e punido no artigo 152.º do Código Penal, quando o crime é praticado contra ou na presença das crianças, uma vez que estas são vítimas indirectas dos crimes de maus

⁴¹ “A violência sexual contra as crianças implica, contacto e interacção entre um adulto e um menor de idade (...). Estes contactos ou interacções podem ser esporádicos ou continuados num período extenso de tempo. Visam a satisfação sexual do adulto e podem resultar num conjunto de consequências nefastas para a criança, designadamente ao nível psicológico, físico e psicossocial”. *Manual Cores, para o atendimento de crianças vítimas de abusos sexuais, Parte I*, APAV.

tratos perpetrados, nos casos mais comuns, contra o outro progenitor. A criança que assume comportamentos ou se entrega a actividades ou consumos que afectem 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, como os casos em que a criança ou jovem consome bebidas alcoólicas ou estupefacientes (alínea f)) também se encontra em perigo.

Todas as situações acabadas de enunciar são meramente exemplificativas, o que permite que qualquer outra situação não prevista, que seja susceptível de criar perigo para a segurança, saúde, formação, educação e desenvolvimento da criança, seja legitimadora de intervenção. A avaliação do perigo na vida de uma criança depende não apenas da situação fáctica em si mas de todo o contexto familiar que a envolve. Estamos perante o conceito de perigo que é mais restrito que o conceito de risco, «uma vez que nem todos os riscos para o desenvolvimento da criança são legitimadores da intervenção do Estado e da sociedade na sua vida e autonomia e na sua família. A intervenção fica assim limitada às situações de risco que ponham em perigo, a segurança, a saúde, a formação, a educação ou o desenvolvimento da criança ou do jovem»⁴².

Não se devem menosprezar os sinais de perigo emitidos, sendo necessária uma coordenação, dos vários técnicos e serviços. Numa área do direito em que o principal sujeito de protecção são as crianças é preferível agir na dúvida e rapidamente. Na avaliação do perigo tem de haver formação específica de todos os intervenientes, pois existem no presente grandes deficiências na avaliação das situações de perigo, na observação dos seus sinais nas crianças, na condução de entrevistas e sobretudo na preservação de provas, o que pode conduzir a erros fatais nestes processos⁴³. “O trabalho com crianças e jovens obriga a um conhecimento maior acerca das especificidades do seu processo de desenvolvimento e da sua linguagem, (...) para os vários profissionais que actuem nos diversos patamares de intervenção, trabalhem eles no terreno, no interior das instituições ou nos tribunais⁴⁴”.

⁴² Bolieiro Helena e Guerra Paulo (2009), *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 Editora, 2009, p.34.

⁴³ “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 estipulando que o Centro de Estudos Judiciários assegura regularmente formação adequada aos magistrados colocados nos tribunais com competência em matéria de família e menores”. Sottomayor, Maria Clara, *A nova Lei da Adopção*, Revista Direito e Justiça, pp.253 e 254.

⁴⁴ *Direitos das Crianças e Jovens – Actas do Colóquio*, op. cit., p. 179.

Quando falamos da criança em perigo é importante salientar a necessidade da prevenção de situações de perigo, identificando causas que podem originar perigo em vez de nos centrarmos apenas nas suas consequências.

8.2. O perigo grave causado por manifesta incapacidade devido a razões de doença mental – a exigência da verificação da inexistência ou comprometimento sério dos vínculos afectivos próprios da filiação

A alínea d) refere expressamente que o perigo grave pode ser causado por acção ou omissão dos pais, mesmo que por manifesta incapacidade devido a razões de doença mental. O preenchimento desta alínea como expressamente nos diz a lei (art.º 1978.º n.º1), é independente da culpa dos pais, sendo apenas necessário que os pais coloquem o menor em perigo grave e daí resulte a quebra de vínculos afectivos próprios da filiação. Para a lei é indiferente que os pais tenham colocado a criança em perigo com dolo ou negligência ou mesmo devido a incapacidade mental. Mais importante que as razões pelas quais se colocou em perigo grave os direitos fundamentais da criança, é a constatação dessas situações, independentemente das acções ou incapacidades dos pais que levaram a que tais situações surgissem. O legislador colocou ao lado das situações de dolo ou negligência, aquelas que resultam de verdadeira incapacidade devida a razões de saúde mental. Algumas decisões jurisprudenciais afirmam que “provado que esteja a impossibilidade, por manifesta incapacidade dos pais – um deles com debilidade mental comprovada – de cuidar dos filhos e tê-los a seu cargo, ainda que as crianças manifestem gosto na sua companhia, deve o tribunal confiá-los com vista a futura adopção, porque é a única medida capaz de salvaguardar o seu superior interesse e de os proteger”⁴⁵. Apesar de com a reforma se ter tentado ultrapassar as divergências que giravam em torno dos casos em que os pais padeciam de anomalia ou enfermidade psíquica, continuo a entender que nos casos em que os pais sofrem de qualquer tipo de doença mental, toxicodependência ou alcoolismo, em vez das crianças serem retiradas às famílias, o Estado deverá criar condições e auxiliar a família na sua reunificação, no caso de existirem vínculos afectivos próprios da filiação. Já foi anteriormente referido que o princípio basilar a que deve obedecer toda e qualquer decisão que envolva crianças é o do seu superior interesse, no entanto estamos perante situações que

⁴⁵ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 03/02/2011.

apresentam particular dificuldade. A pergunta que à partida parece simples de resolver – se o interesse da criança passa pela sua integração numa nova família ou da sua permanência junto da família biológica? – pode determinar situações de grande complexidade e difícil decisão. Se os pais põem em perigo a vida, a integridade física, a saúde ou a formação moral da criança culposamente, não há dúvidas que o superior interesse da criança passa pela sua integração numa nova família através do instituto da adoção, independentemente do facto de os pais não prestarem o seu consentimento. O problema surge quando estamos perante casos em que os pais por doença, toxicod dependência, alcoolismo ou até mesmo pobreza extrema põem em perigo a criança. O problema é que, nestes casos, os vínculos próprios da relação familiar podem existir ou podem não estar seriamente comprometidos⁴⁶. Nestes casos, continuo a entender que, se pais e filhos mantêm vínculos de afectividade e o que coloca o menor em perigo é apenas a sua incapacidade mental, então defendo que o Estado tem o dever de criar condições para essas famílias, nomeadamente promovendo a continuidade desses vínculos. Discordo por isso do entendimento da Dr.^a Helena Bolieiro e Dr. Paulo Guerra quando referem que “não é a saúde mental dos pais que termina por si só com a relação com os filhos – é, antes, um problema de saúde mental que provoca real perigo para os filhos e que, além disso, compromete seriamente os vínculos próprios da filiação”. Penso que existem casos em que a falta de saúde mental dos pais pode não comprometer seriamente os vínculos próprios da filiação, podendo as crianças viver ao cuidado de terceiros mas mantendo contacto com os progenitores, através por exemplo, do instituto da adoção restrita⁴⁷ ou do apadrinhamento civil⁴⁸. Nestes termos é importante fazer referência ao Acórdão do Tribunal da Relação do Porto⁴⁹ que decidiu

⁴⁶ “(...) Nas hipóteses em que os pais sem culpa, ponham em perigo o menor, o tribunal, antes de decretar a confiança judicial, há-de apurar se a medida de apoio junto aos pais, prevista na al. a) do art.º 35.º da LPPCJP, não será a mais adequada, isto para evitar o decretamento da confiança judicial, por exemplo em hipóteses em que os pais colocam os seus filhos em perigo em virtude de enormes carências económicas.” Jardim, Mónica (2005), *Breve análise da nova lei da adoção (Lei n.º 31/2003 de 22 de Agosto)*, op. cit., p. 140 e 141.

⁴⁷ Na adoção restrita, os efeitos são mais limitados que os da adoção plena, o adoptado conserva todos os direitos e deveres em relação à sua família natural. O menor adoptado, ou seus descendentes, e os parentes de quem adopta, não são herdeiros legítimos ou legitimários uns dos outros. O exercício das responsabilidades parentais, cabe ao adoptante ou adoptante e seu cônjuge, se este for pai ou mãe do adoptado. Ao menor adoptado, poderá o tribunal, a requerimento de quem adopta, atribuir apelidos deste, compondo-se assim um novo nome, mas em que figure um ou mais apelidos da família natural. A adoção restrita pode a todo o tempo, mediante requerimento dos adoptantes, ser convertida em adoção plena, e pode pelo contrário ser revogada se os pais adoptivos não cumprirem os seus deveres (artigos 1992.º a 2002.º do C.Civil).

⁴⁸ A Lei n.º 103/2009 de 11 de Setembro estabelece o regime jurídico do apadrinhamento civil. O artigo 2.º da LAC define o apadrinhamento Civil como “uma relação jurídica, tendencialmente de carácter permanente, entre uma criança ou jovem e uma pessoa singular ou uma família que exerça os poderes próprios dos pais e com ele estabeleçam vínculos afectivos que permitam o seu bem-estar e desenvolvimento, constituída por homologação ou decisão judicial e sujeita a registo Civil”.

⁴⁹ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 3/12/2011

não aplicar a medida de confiança a instituição com vista a futura adoção apesar de existir debilidade mental moderada da progenitora e negligência na prestação de cuidados de saúde e higiene a três filhos com 3, 8 e 9 anos de idade, uma vez que a situação não revelava o comprometimento dos vínculos afectivos próprios da filiação. As crianças encontravam-se institucionalizadas devido a graves problemas de saúde, causados pela negligência de cuidados de saúde e higiene. Durante a institucionalização das crianças as visitas dos pais eram regulares, praticamente diárias e duravam entre 40, 45 minutos a cerca de duas horas, não sendo espaçadas em mais de dois dias. As crianças passavam com os pais os fins-de-semana e as férias escolares. Tais contactos eram muito desejados pelas crianças, que ansiavam a chegada dos dias em que estariam com os pais, sendo que as separações destes eram sempre muito difíceis. Os contactos entre pais e filhos revelavam qualidade afectiva, procurando a mãe corresponder às necessidades dos filhos, sendo que os pais procuravam cumprir com as orientações que as técnicas da instituição lhes davam. Existia uma forte vinculação afectiva entre as crianças e os pais. No entanto, o progenitor, apesar de conseguir manter uma relação afectiva com os filhos não tinha condições psíquicas e intelectuais para o exercício da parentalidade, necessitando de orientação e supervisão constante. A progenitora, por sua vez, apresentava um quadro de debilidade intelectual moderada. Apesar de conseguir interagir com os filhos, a progenitora não tinha capacidade para entender e conseguir ter a crítica necessária para o exercício da parentalidade, necessitando de apertada e contínua orientação e supervisão para conseguir obter algumas dessas competências.

De toda a matéria provada, resulta que os vínculos próprios da filiação não se encontravam comprometidos. Verificou-se, apesar das suas incapacidades mentais, um esforço por parte dos progenitores em manter contactos diários com os filhos, criando com eles uma continuada e forte relação afectiva. No entanto, ficou também provado que os progenitores não detinham capacidades para exercer as suas responsabilidades parentais, necessitando de ser orientados e acompanhados permanentemente. Assim, podemos concluir que a falta de condições psíquicas e intelectuais para o exercício da parentalidade, que no caso concreto puseram em perigo grave a segurança, a saúde e o desenvolvimento das crianças, pode não levar ao comprometimento sério dos vínculos afectivos próprios da filiação, e sendo este um requisito indispensável exigido no n.º 1 do art.º 1978.º do C.Civil, não poderia ser decretada a medida de confiança judicial com vista a futura adoção. Em consequência, discordo do argumento, segundo o qual a falta

de saúde mental dos pais termina, por si só, com a relação afectiva entre pais e filhos. É verdade que os problemas de saúde mental provocam perigo para as crianças, como efectivamente ocorreu, mas daí não advém necessariamente o comprometimento sério dos vínculos afectivos. Como se pode ver da situação concreta, apesar das suas debilidades mentais, os pais fizeram tudo o que estava ao seu alcance para assegurar a relação afectiva entre a família, desejando sempre manter os filhos na sua companhia. No entanto, e apesar dos vínculos afectivos entre os pais e as crianças, os progenitores não possuíam capacidades, para exercerem as suas responsabilidades parentais autonomamente – pois caso as crianças fossem novamente entregues aos cuidados dos progenitores voltariam a estar numa situação de perigo grave. Contudo, o Tribunal considerou que a adopção restrita dificilmente iria permitir a manutenção da relação afectiva e determinaria nas crianças confusão relacional de afectos e possível conflito de famílias na disputa da afectividade das crianças. Entendo, quanto a esta posição, que ainda existe a ideia da criança como propriedade dos pais. Daí, não se conceber a ideia da criança ser adoptada restritamente, sendo esta modalidade de adopção raras vezes aplicada. O Tribunal considerou legítimo os pais não quererem partilhar a afectividade da criança com outra família. No entanto, o que prevalece não são os interesses dos pais em quererem as crianças “só para si”. Trata-se de uma atitude egocêntrica ao não consentirem a possibilidade de as crianças virem a ser integradas numa família que lhes conferiria os cuidados adequados à sua idade, conferindo-lhes a segurança de que tanto necessitam. O Tribunal decidiu assim pela permanência das crianças na instituição. Ora a institucionalização prolongada das crianças até à maioridade é uma medida que terá repercussões muito gravosas. Assim, o projecto de vida das crianças deveria passar pela adopção restrita ou pelo apadrinhamento civil, pois esta seria a única forma de conciliar o pleno desenvolvimento das crianças com a manutenção dos laços afectivos com os pais biológicos.

Os vínculos afectivos, no caso referido no Acórdão da Relação do Porto, não estavam comprometidos, mas a verdade é que, na maior parte das vezes, a falta de saúde mental dos progenitores põe em causa a sua capacidade parental e também a relação afectiva com as crianças. Apenas tentei, através do comentário ao Acórdão supra referido, deixar claro que a falta de capacidades mentais não determina automaticamente a quebra dos vínculos afectivos, havendo sempre necessidade de prova desse requisito autónomo, como exige a lei. A mesma análise deverá ser aplicada aos

casos de pobreza extrema, toxicodependência e alcoolismo. Existem muitos casos de crianças que passam fome e às quais não são conferidos cuidados de saúde, por carência económica da família. Muitos pais encontram-se numa situação precária de desemprego e com escassas habilitações literárias. As habitações destas famílias não apresentam quaisquer condições, ainda existindo casos de falta de electricidade, água e saneamento básico onde abundam parasitas. Quando estamos perante situações de pobreza, o Estado deverá intervir, criando mais e melhores políticas sociais de apoio à família. Em vez de as crianças serem institucionalizadas, sendo feito todo o trabalho de reinserção social enquanto estas estão nas instituições, o Estado deverá trabalhar directamente com as famílias. Não podemos ignorar que estas situações são frequentes e apresentam-se como um complicado e difícil problema social.⁵⁰

8.3. A importância dos antecedentes familiares dos progenitores para a aplicação da medida de confiança com vista a futura adopção

Apresenta particular importância analisar a possibilidade de o julgador atender, numa perspectiva preventiva, ao historial familiar dos progenitores. Ou seja, como a aplicação da medida de confiança com vista a futura adopção não depende de culpa dos pais, é importante analisar se o juiz poderá, perante uma situação de uma família completamente desestruturada, sem quaisquer capacidades parentais, designadamente por consumo diário de drogas, alcoolismo, violência doméstica, maus-tratos, abusos sexuais, em que por todos esses motivos, já foram retirados outros filhos, determinar logo à nascença de uma criança que ela seja imediatamente retirada aos pais e encaminhada para uma instituição com vista a futura adopção. A dificuldade de resposta está no facto de estes pais ainda não terem colocado a segurança, a saúde, a formação, a educação ou o desenvolvimento da criança em perigo grave. O entendimento de alguma jurisprudência é no sentido de rejeitar a história pretérita da família para desencadear a

⁵⁰ “Os casos que todos os anos os anos chegam às comissões de protecção de crianças e jovens referem-se predominantemente a abusos físicos, negligência ou falta de condições educacionais e financeiras da família. Os pais das crianças são geralmente analfabetos ou com um nível baixo de educação, sem habilitações profissionais, normalmente com problemas de saúde física ou mental, alcoolismo ou toxicodependência, vivem em casas sem condições de habitabilidade, num nível muito baixo da linha da pobreza, não podendo prestar aos filhos cuidados básicos de alimentação, saúde e de higiene. Trata-se, portanto, de um problema de falta de apoio económico d Estado à família e da falta de instrução e carências educacionais dos adultos. A prevenção deste problema social reside no apoio económico à família, sobretudo às famílias monoparentais, na educação parental e na educação dos futuros cidadãos.” Sottomayor, Maria Clara (2004), *A situação das mulheres e das crianças 25 anos após a Reforma de 1977*, “Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977”, Volume I, Direito da Família e das Sucessões, Coimbra Editora, pp. 144 e 145.

medida, alegando que no caso concreto tem de se averiguar se existiu ou não perigo grave para a criança. Vejamos um acórdão da Relação de Lisboa⁵¹ em que se repugnou totalmente a intervenção do Ministério Público para promoção e protecção de uma criança por ter sido motivada nos antecedentes familiares da progenitora a quem foram retirados três filhos de uma anterior relação devido a negligência e maus tratos. Para o Tribunal “(...) a persistente invocação das peças e das vicissitudes dos processos atinentes a tais menores, na esteira do ditado popular de que “cesteiro que faz um cesto faz um cento, se tiver vime e tempo”, mas em clara violação do carácter individual e único do processo, plasmado no artigo 78.º, e do regime das provas estabelecido no artigo 117.º, que tornam irrelevante tal invocação para a decisão deste processo. Ressalvadas as especificidades, seria como se em sede de jurisdição criminal, a acusação – pública ou particular – requeresse a junção aos autos do registo criminal do arguido para provar a autoria de um crime similar àqueles por que fora antes condenado (...)”. No presente Acórdão o Tribunal não atendeu ao sentido correcto do artigo 78.º da LPPCJP pois, o que o legislador pretende ao definir o carácter individual e único do processo, é estabelecer um processo para cada criança autonomamente com carácter reservado e confidencial centralizando todas as informações existentes sobre determinada criança⁵², não impedindo que se traga para o processo provas que indiciem a falta de capacidades parentais dos pais e que podem levar o julgador a aferir dos indícios da quebra de vínculos e forte probabilidade de a criança ser colocada em perigo grave. Por sua vez o regime das provas vem previsto no artigo 117.º da LPPCJP que prevê que “para a formação da convicção do tribunal para a fundamentação da decisão só podem ser consideradas as provas que puderem ser contraditadas durante o debate judicial”. Está consagrado no artigo o princípio do contraditório, significando que o Tribunal tem a obrigatoriedade de informar e fazer participar nos actos processuais todos os intervenientes dando a possibilidade de se pronunciarem sobre todas as provas. Ou seja, não é vedado ao Tribunal carrear para o processo provas extraídas dos processos de outras crianças filhas dos mesmos pais, o que a lei proíbe é que o julgador investigue outros elementos de prova sobre os quais não haja sido concedido o contraditório aos demais intervenientes^{53 54}. Assim, entendo que é de todo relevante

⁵¹ Acórdão da Relação de Lisboa, de 26/10/2010.

⁵² Borges, Beatriz Marques “Protecção de Crianças e Jovens em Perigo”, op. cit., pág. 229.

⁵³ “Na verdade, face à natureza destes processos, nos termos do art. 150.º da OTM, que os considera de jurisdição voluntária, o Tribunal não está sujeito a critérios de legalidade estrita, devendo antes adoptar, em cada caso, a solução que julgue mais conveniente e oportuna. E pode investigar livremente os factos, coligir as provas, ordenar os

avaliar e analisar os antecedentes familiares dos progenitores, para protecção das crianças e prevenção do perigo que poderá ocorrer. É certo que estes pais ainda não puseram em perigo a criança, e podem mesmo até nunca vir a fazê-lo. No entanto, no âmbito de uma família em que estão provadas a falta de condições para receber a criança e a forte probabilidade de ocorrer perigo para a mesma, não se pode entregar a criança aos pais à espera que ocorra real e grave perigo para se intervir posteriormente, quando já não houver possibilidade de nada fazer. Os antecedentes dos progenitores têm de ser efectivamente avaliados em termos objectivos e rigorosos para se extrair a probabilidade séria de colocação em perigo da criança. Como defende o Exmo. Juiz Paulo Guerra “basta assim a história pessoal passada dos pais – (...) grave e negra, em termos de condições objectivas e subjectivas para cuidar de uma criança – e a prognose que o comportamento disfuncional não se inverteu nem existe a probabilidade de se inverter num futuro próximo, para que esta alínea possa funcionar para efeitos de se considerar uma criança em estado de adoptabilidade.” Assim em primeira linha, a criança deveria ser sinalizada nas Comissões de Protecção de crianças e jovens em risco, ainda dentro do ventre materno e assim que nascesse deveria ser aplicada uma das seguintes medidas: acolhimento institucional, confiança a pessoa idónea ou acolhimento familiar (art.º 35.º n.º 1 alínea f) c) e e)). Como a lei não prevê estas situações em que ainda não ocorreu perigo grave para a segurança, a saúde, a formação, a educação e o desenvolvimento da criança, mas em que existe forte probabilidade de vir a ocorrer, entendo que o escape nestas situações, que jamais poderão passar pela solução de em primeira linha deixar o bebé junto dos progenitores à espera que o perigo concreto se concretize, deverá ser a institucionalização ou o acolhimento familiar. Posteriormente é necessário averiguar se durante o prazo de 3 meses os pais efectivamente inverteram o seu comportamento perigoso para a criança, e se conseguiram reunir as capacidades parentais necessárias para ter a guarda da criança. Se após os 3 meses (prazo estipulado para a alínea e) do artigo 1978.º) não estiverem reunidas essas condições, se os pais não se tiverem esforçado para ultrapassar as suas dificuldades e se o comportamento susceptível de provocar perigo para a criança não se inverteu, então deverá ser decretada

inquéritos e recolher as informações convenientes, nos termos do que dispõe os arts. 1409.º e 1410.º do Código de Processo Civil.” Rocha, Maria Dulce (2002), *Adopção – Consentimento – Conceito de Abandono*, op. cit., p. 104.

⁵⁴ Borges, Beatriz Marques (2011), *Protecção de Crianças e Jovens em Perigo*, op. cit., p. 386.

a medida de confiança com vista a futura adopção. Contudo, apesar de a este tipo de casos se poder aplicar posteriormente a alínea e), entendo que o legislador deveria ter acautelado estas situações e criado uma disposição legal específica, para salvaguardar as crianças nestas situações de provável colocação em perigo, demonstrado que esteja que os pais não têm capacidades para ter a criança a seu cargo.

8.4. Principal Crítica na aplicação da alínea d) do Artigo 1978.º do C.Civil pelos tribunais

A principal crítica que tenho a apontar às decisões judiciais que envolvem a aplicação da alínea d) prevista no n.º1 do art.º 1978.º é a inexistência de decisões que decidam a aplicação da medida de confiança a pessoa seleccionada ou a instituição com vista a futura adopção com base nesta situação. A maior parte das decisões judiciais aplicam a medida nos termos da alínea e), em preterição da alínea d). Existindo uma situação de perigo grave, em que não existam ou se encontram afectados os vínculos afectivos próprios da filiação, a criança é institucionalizada, permitindo-se as visitas dos pais, dando-lhes uma segunda oportunidade, em vez de decretar logo a medida de confiança a pessoa seleccionada ou a instituição com vista a futura adopção. Só posteriormente, quando a criança já se encontra institucionalizada durante longos períodos de tempo (em que também não é cumprido o prazo de 3 meses previsto na alínea e) para se aferir do manifesto desinteresse) é que os Tribunais se decidem pela aplicação da medida correcta. Existe, assim, uma duplicação de requisitos legais, desnecessária e com graves consequências para a criança. Vejamos um caso concreto, versado num acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa⁵⁵, em que tínhamos a situação de uma criança nascida na sequência de uma gravidez não vigiada de 28 semanas, tendo a criança ficado internada nos primeiros tempos de vida. Tratava-se de uma família disfuncional e sinalizada por adição ao álcool e histórico de agressões, tendo sido logo iniciada a intervenção junto desta família. A relação entre os progenitores era à data conflituosa, com discussões e agressões. Foi explicado à progenitora que a criança necessitava, periodicamente, de vigilância médica, de controlar o peso e de efectivar o plano de vacinação. No entanto, a requerida não levou o bebé ao Centro de saúde nas datas previstas e faltou à consulta marcada na maternidade, só tendo ido com a criança ao médico posteriormente. Na maternidade alertaram a progenitora para levar o bebé ao

⁵⁵ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 22/04/2010.

Hospital da Estefânia para observação. A requerida não levou o filho ao hospital e faltou à vacinação. A requerida foi mais uma vez alertada, quando se encontrava com o filho no Centro de Saúde, que o bebé precisava de ser observado com urgência, dado que parecia estar uma bronquiolite. A mãe, sem qualquer explicação e sem realizar a consulta, ausenta-se do Centro de Saúde. A criança é sinalizada e foram feitas diversas diligências para se identificar a morada e o paradeiro da progenitora. A criança apresentava problemas de saúde, por falta de vigilância médica e má alimentação, encontrando-se prostrada, não tendo a mãe nada feito para cuidar da saúde do bebé. As técnicas deslocaram-se a casa da requerida e a criança foi imediatamente levada para o Centro de Saúde. Apresentava sinais de emagrecimento, hipotonia, com choro gemido. O estado de saúde do bebé motivou o seu encaminhamento imediato para o Hospital. A criança ficou internada para diagnóstico do seu estado de saúde, com provável atraso psico-motor. Apresentava hipotonia axial, hipertonia ligeira dos membros e movimentos paroxísticos de supravversão oculares e tinha um atraso de desenvolvimento estaturoponderal abaixo do percentil. A progenitora continuava com os consumos de álcool. Ainda foi aplicada, ao bebé, a medida de promoção e protecção de apoio junto de outro familiar, a qual não logrou obter quaisquer efeitos. A progenitora continuou, depois da alta do filho, a não levar a criança ao Centro de Saúde. A criança gemia com dor ao tossir e tinha muita dificuldade em respirar. A criança é posteriormente acolhida numa instituição, sendo-lhe diagnosticada uma paralisia cerebral por causas multifactoriais. Nas visitas os progenitores não demonstraram ter consciência do estado de saúde do filho. O progenitor mantém uma postura de alheamento em relação ao filho, designadamente ao seu estado de saúde, justificando que não podia cuidar da criança, porque tinha de trabalhar. Continuava a não aceitar que o filho se encontrava doente, com paralisia cerebral, dizendo que a criança sofre de maus-olhados e está possuída por espíritos malignos e fantasmas. Estamos perante um caso, em que se deveria ter aplicado logo a medida de confiança a pessoa seleccionada ou a instituição com vista a futura adopção quando a criança foi hospitalizada. Depois de a mãe ter sido alertada, durante vários meses de que a criança necessitava de acompanhamento médico constante, nada fez, pondo em perigo grave a saúde e o desenvolvimento da criança. Do seu comportamento resultaram danos graves para a criança. Ficou provado que os problemas de saúde da criança derivaram da falta de vigilância médica e má alimentação. Logo estamos perante uma das situações previstas no art.º 3.º da LPPCJP

n.º2 al. c), pois a criança não recebeu os cuidados ou afeição adequados à sua idade e situação pessoal. Uma mãe que não cuida do seu filho, que vê que a criança apresenta graves problemas de saúde, e insiste em não a levar ao médico para ser observada, que não a alimenta convenientemente, demonstra que estão seriamente comprometidos os vínculos afectivos próprios da filiação. Neste caso, e na maior parte dos casos que analisei, constato que os interesses dos pais continuam a sobrepor-se aos interesses das crianças. Perante tal factualidade, em que é evidente o preenchimento da situação descrita na alínea d) do n.º 1 do art. 1978.º, bem como o comprometimento sério dos vínculos afectivos próprios da filiação, depois de ter sido aplicada a medida de apoio junto dos pais, foi aplicada a medida de apoio junto de outro familiar, depois seguiu-se a institucionalização e só posteriormente é que vem ser decretada a medida de confiança com vista a futura adopção. O sistema de protecção falhou claramente com esta criança, dando-se não uma, mas quatro oportunidades aos pais, que nunca mostraram sinais de inversão comportamental, muito pelo contrário, refugiando-se a mãe no consumo diário de álcool e existindo agressões constantes por parte do progenitor.

Considero, assim, que esta alínea não é aplicada, uma vez que se dão demasiadas oportunidades aos pais, em detrimento dos interesses da criança. Estando um bebé em perigo grave e demonstrando-se, na situação concreta, a quebra de vínculos próprios da filiação, devia ter sido aplicada imediatamente a medida de confiança com vista a futura adopção. Mas não se procedeu assim, aplicou-se quase todo o elenco das medidas até se chegar à medida que deveria ter sido aplicada logo, quando a criança foi hospitalizada com gravíssimos problemas de saúde. A aplicação desta alínea não comporta prognose sobre a probabilidade de inversão comportamental dos progenitores no futuro. Para que esta alínea esteja preenchida basta o perigo e o comprometimento dos vínculos. Estando ambos provados, a criança deve ser confiada com vista a futura adopção. Entendo que, nestes casos, as situações que envolvem crianças foram demasiado desjudicializadas. As Comissões de protecção de Crianças e jovens aplicaram medidas desajustadas, mas estas não são as únicas responsáveis pelo desfecho lamentável deste caso. O Ministério Público, tinha o dever nos termos do artigo 72.º da LPPCJP de “(...) acompanhar a actividade das Comissões de Protecção, tendo em vista apreciar a legalidade e a adequação das decisões, a fiscalização da sua actividade processual e a promoção dos procedimentos judiciais adequados”. Ao ser comunicado ao MP por parte das comissões de protecção a aplicação da medida de acolhimento em instituição medida que

determina separação da criança dos seus pais (art.º 35.º n.º1 alínea e) e art.º 68.º al. e) da LPPCJP), o Ministério Público tinha o dever de intervir, promovendo os direitos da criança e opondo-se à aplicação da medida com fundamento na sua inadequação⁵⁶, requerendo a apreciação judicial da decisão da Comissão por entender que a medida não é adequada a promover os direitos e a proteger a criança (art.º 76.º n.º1 b) da LPPCJP)⁵⁷. Esta actuação do nosso sistema de promoção e protecção é totalmente violadora dos direitos e interesses da criança, protelando situações de perigo e prolongando períodos de institucionalização que acarretam graves consequências para a criança, desviando-a do alcance de um projecto de vida que se reclama urgente, atendendo ao seu tempo útil e afastando-a do caminho da adopção.

É urgente que ocorra uma articulação consolidada entre as várias entidades com competência em matéria de infância e juventude. O Direito da Criança exige uma interdisciplinaridade e uma articulação de esforços entre todas as entidades envolvidas, só assim se atingirá o objectivo supremo de protecção da Criança. O Ministério Público, como defensor e responsável pelas crianças em perigo, deixando escapar pela mão estas situações em que o perigo grave está verificado e em que se exigia que não permitisse a institucionalização da criança com vista à reunificação familiar, por considerar uma medida desadequada a salvaguardar o seu superior interesse, não cumpre a sua atribuição fundamental que é promover e defender os direitos das crianças.

9. Verificação do manifesto desinteresse nos filhos revelado pelos pais em termos de comprometer seriamente a qualidade e a continuidade dos vínculos afectivos (alínea e) do n.º1 do art.º 1978.º)

9.1. Concretização do Conceito de Manifesto Desinteresse – enunciação de factores objectivos e concretos para a sua verificação

A situação prevista na alínea e) do n.º1 do art.º 1978.º corresponde ao antigo “Estado de Abandono” previsto na primitiva redacção do art.º 1978.º ao abrigo do

⁵⁶ “Neste caso trata-se de ponderar se a medida decidida pela comissão de protecção e aceite pelos interessados, foi aquela que se impunha em função do fim específico pretendido alcançar. A actuação do MP ultrapassa, então, o campo da mera observância da legalidade, para se permitir uma nova “avaliação” da medida decidida.” ⁵⁶ Borges, Beatriz Marques (2011), *Protecção de Crianças e Jovens em Perigo*, Ob. Cit., p. 258.

⁵⁷ “Deverá referir-se que este dever do M.P. de fazer intervir o Tribunal na apreciação da legalidade ou adequação, se estende a todas as decisões tomadas pela Comissão, tal como decorre claramente do art. 11.º f)” Martins, Norberto (2005) *O papel do Ministério Público no sistema de protecção e no encaminhamento para a adopção*, Ob. Cit., p.58.

Decreto Lei n.º 496/77 de 25 de Novembro, que permitia que a criança fosse declarada em estado de abandono, com vista a futura adopção, no caso de se ter verificado manifesto desinteresse dos pais pelo filho, em termos de comprometer a subsistência dos vínculos afectivos próprios da filiação, durante pelo menos o ano que preceder o pedido de declaração. A nova versão do art.º 1978.º, introduzida pelo Decreto-Lei 185/93 de 22 de Maio veio substituir a declaração judicial de estado de abandono, que apresentava um conteúdo precário, levando a sua falta de concretização ao subjectivismo jurisprudencial na concretização do conceito de desinteresse pela criança. Por sua vez, a Lei n.º 31/2003 de 22 de Agosto veio introduzir importantes alterações no preceito, visando clarificar o conceito de manifesto desinteresse, ligado à qualidade e continuidade dos vínculos afectivos, e reduzindo o período de avaliação e diagnóstico do manifesto desinteresse de 6 para 3 meses, estabelecendo-se assim, um prazo limite para a irreversibilidade.

Assim, nos termos da alínea e), estamos perante situações em que os pais deixaram a criança junto de terceiro ou de instituição, durante um período de 3 meses, sem lhes terem dado o apoio, o carinho e a afeição, tendo, com tais comportamentos, posto em causa a possibilidade de retorno da criança à sua família biológica, comprometendo dessa forma, seriamente, a qualidade e continuidade dos vínculos afectivos anteriormente existentes. A aplicação desta alínea evita o prolongamento da institucionalização da criança, que sofre de graves carências derivadas da ausência do grupo familiar, nas situações de falta de consentimento dos pais para a adopção, quando estes mantêm uma atitude continuada de desinteresse pela criança, não sendo previsível a viabilidade de proporcionar à criança, em tempo útil, a reunificação familiar⁵⁸.

Para a correcta aplicação da alínea e), o juiz deverá distinguir dois momentos distintos mas complementares: o primeiro momento será o de determinar se os pais revelaram manifesto desinteresse pela criança e o segundo será o de verificar se desse manifesto desinteresse resultou o comprometimento sério da qualidade e continuidade dos vínculos afectivos próprios da filiação. Estes requisitos deverão ser analisados, com referência ao prazo de três meses, que precedeu o pedido de confiança, sendo esse o prazo limite da irreversibilidade comportamental dos progenitores.

Cabe em primeiro lugar concretizar o conceito de manifesto desinteresse, conceito que continua a ser aplicado discricionariamente pelos Tribunais, sem qualquer

⁵⁸ Preâmbulo da lei n.º185/93 de 22 de Maio.

rigor e objectividade. Não existe qualquer limite nas nossas decisões para o que é considerado interesse e desinteresse, por onde passa o interesse e o desinteresse na criança. Ter interesse pela criança é considerar que aquele ser humano é importante na sua vida, e a manifestação desse interesse é a atitude de cuidado e atenção para com ela e tudo o que lhe diga respeito. De que forma poderá o Tribunal avaliar essas situações? Com base na factualidade provada é possível identificar factores objectivos que permitirão ao juiz constatar e adquirir a convicção de que os pais se desinteressaram pela criança. Assim, o juiz terá de avaliar as interações dos pais para com as crianças, ou seja, o conteúdo e a substância dos contactos que desenvolvem com elas. É por isso necessário indagar, se os contactos que os pais desenvolvem com a criança têm qualidade afectiva, nomeadamente, se brincam com a criança, se interagem com ela participando nas suas actividades, se se interessam pelo seu bem estar e se lhes transmitem afectos. Quando a interacção com as crianças é básica e passiva não se desenvolvendo qualquer actividade entre pais e filhos, estando no mesmo espaço mas em mundos diferentes, então existe indício do desinteresse dos pais para com as crianças. Outro factor importante, na avaliação do desinteresse manifesto dos pais pelas crianças, é a duração e a periodicidade das visitas. Se os pais não vão visitar a criança, ou se o fazem de tempos a tempos, de uma forma maquinal só para “marcar o ponto” então também manifestam desinteresse pela criança. Outro factor de extrema importância a ter em conta é se os pais cumprem com as orientações que as técnicas de Acção Social lhes vão dando, pois essa atitude demonstra o esforço que os pais estão a fazer para a reunificação familiar, o que evidencia o seu interesse pela criança⁵⁹.

Verificado que esteja o desinteresse dos pais para com as crianças, cabe, num segundo momento, ao Tribunal avaliar se esse desinteresse comprometeu seriamente a qualidade e a continuidade dos vínculos afectivos. Através dos mesmos factores utilizados como pressupostos para a falta de interesse dos pais para com os filhos é possível verificar que dessas situações existe grande probabilidade de rotura dos vínculos afectivos próprios da filiação. Vejamos, os pais que não interagem com a criança, deixando-a a brincar sozinha, não a alimentando, não a vestindo, não se

⁵⁹ “Sintomáticos da falta de interesse dos pais pelos filhos são todas as situações em que os progenitores revelam um completo afastamento quanto ao quotidiano das crianças, não lhes proporcionando os contactos necessários para o seu desenvolvimento físico e mental e indiciando factores de irresponsabilização quanto a esse desenvolvimento. Designadamente devem ser considerados, como actos de manifesto desinteresse, as situações em que os centros de acolhimento são vistos pelos pais, não como situações excepcionais, mas como forma de permitir a recuperação dos progenitores a assumir as suas responsabilidades parentais, deixando os filhos nas instituições, só os visitando esporadicamente, a ponto de mal reconhecerem o seu desenvolvimento físico.” Borges, Beatriz Marques, “Protecção de Crianças e Jovens em Perigo” op. cit., p. 173.

preocupando em participar nas suas actividades e fazer parte (mesmo que por uma ou duas horas, no caso de crianças institucionalizadas) do seu quotidiano, fazem com que a criança perca afectividade para com eles. No caso das visitas, uma criança que vê os pais de 15 em 15 dias ou mesmo uma vez por semana, durante uma hora, vai perdendo vínculos afectivos, uma vez que os pais deixam de fazer parte do seu quotidiano, não constituindo por isso as suas pessoas de referência. No que respeita às crianças, deverá o juiz analisar ainda se elas esperam com ansiedade pela visita dos pais e as interacções que desenvolvem com eles nesse âmbito, se no seu dia a dia fazem menção dos pais. Também é importante verificar que sentimentos e reacções demonstram nos momentos de despedida, por exemplo, se se mostram tristes e ansiosas.

Aqui chegados, é necessário testar a teoria e aplicá-la à prática, ou seja, perceber se da matéria provada numa concreta decisão judicial é possível o juiz verificar o desinteresse dos pais e a consequente quebra de vínculos afectivos nas crianças. Assim sendo, aplicando a avaliação dos factores enunciados a um caso concreto, apresentado perante o Tribunal da Relação do Porto⁶⁰, resulta que, após o primeiro mês, a criança deixou de chorar no fim das visitas e actualmente chega a abandoná-las sem fazer menção de se despedir dos pais. Actualmente, a criança chega a pedir para sair da sala antes da visita terminar. Após algum tempo o pai deixou de telefonar para a instituição. Por vezes, a criança entra na sala das visitas e os pais não se apercebem da sua entrada. Os pais são passivos na visita, sendo rara a sua iniciativa de interacção com a criança. A visita inicia-se com a entrega de alimentos e brinquedos à criança, mas raramente os pais depois brincam com ela. A criança permanece a brincar sozinha com as ofertas que os pais lhe levam. A mãe apenas se dirige à criança quando o pai lhe dá indicações nesse sentido, socorrendo-se de doces para o atrair. A criança raras vezes faz referência aos pais no dia-a-dia, não perguntando sobre o dia em que o irmão visitar.

A questão da existência de manifesto desinteresse que compromete a relação afectiva entre pais e filhos apresenta grande dificuldade de aplicação, uma vez que os nossos juízes se deparam com pais que visitam esporadicamente as crianças, não deixando de o fazer durante três meses ininterruptos. Trata-se aqui de um comportamento dilatatório por parte dos pais para que as crianças não sejam confiadas com vista a futura adopção. Assumem, assim, a atitude de não aceitar as suas responsabilidades parentais, impossibilitando o retorno da criança para a família, mas

⁶⁰ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 02/04/2009.

também não querem que a criança seja adoptada, revelando uma atitude egoísta e totalmente violadora dos direitos dos filhos enquanto seres humanos. Como bem entendeu o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto⁶¹, as visitas nestes termos efectuadas pelos pais “(...) constituem, muitas vezes, apenas uma forma de pretenderem afastar a criança do seu encaminhamento para uma futura adopção, dado que, nessas visitas não se desenvolvem laços afectivos tendentes a sedimentar a relação paternal. Efectivamente, alguns pais limitam-se a estabelecer um contacto periódico com os filhos nas instituições, maquinal e rotineiramente, não se interessando pelo desenvolvimento da criança ou jovem nem cuidando das suas necessidades e aspirações, vendo fisicamente a criança, mas sem se preocuparem com o restabelecimento das condições que permitiriam o seu regresso”.

A lei não exige a inexistência de contactos entre os pais e a criança, nem pelo contrário exige o contacto permanente com a criança. Não é a duração e a periodicidade das visitas que o Tribunal deverá avaliar. O que efectivamente o juiz terá de ter em conta é a qualidade e significado desses contactos, que permitem a subsistência dos laços efectivos entre os progenitores e a criança. Se houver contacto com a criança e se os pais demonstrarem que mantêm laços afectivos com a mesma, agindo e esforçando-se para que a criança volte para os seus cuidados, então não existe desinteresse, pois mantém-se a relação afectiva. Se pelo contrário, existem contactos desprovidos de afectividade e interesse pela vida e necessidades da criança, sem o objectivo de tornar possível a vida familiar conjunta, quando os pais apenas querem evitar que a criança acabe por ser adoptada, estamos perante total desinteresse pela criança⁶². Concluo por todo o exposto que a frequência não é importante, o que é importante é a qualidade desses momentos em que pais e filhos estão juntos⁶³. Claro está que, se durante três meses existiram apenas visitas esporádicas, os laços afectivos estarão comprometidos, uma vez que a criança deixará de ter naqueles adultos as suas pessoas de referência, as

⁶¹ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 16/07/2007

⁶² “Tenha-se em atenção que o prazo de 3 meses deve ser entendido com agilidade, por forma a não serem consideradas as visitas (ou os meros telefonemas) daqueles progenitores que se limitam a, de tempos a tempos, passarem pelo centro de acolhimento para “descarregarem” mais uma visita, sem que demonstrem qualquer sério esforço para reunir condições que viabilizem o retorno do menor, ao meio familiar – como tal, é cogitável concluir-se pelo manifesto desinteresse dos pais apesar de estes visitarem o filho, por exemplo todos os meses, mas de forma vazia e quase oportunista.” Guerra Paulo (2005), *Confiança Judicial com vista à adopção – Os difíceis trilhos de uma desejada nova vida*, op. cit., p. 90.

⁶³ “Torna-se portanto, claro, a partir de agora, que as visitas dos pais biológicos, apesar da regularidade se não forem gratificantes para a criança, porque esta rejeita os pais ou não os aceita como tal, não interrompem o período de tempo de manifesto desinteresse, legalmente exigido, para ser decretada a confiança judicial.” Sottomayor, Maria Clara (2005), *Adopção ou o direito ao afecto, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30.11.2004*, “Scientia Iuridica, Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro, Tomo LIV, n.º 301, Janeiro/Março”, Universidade do Minho, p.131.

suas protectoras e cuidadoras. Não podemos perder de vista que o tempo de uma criança é completamente diferente do dos adultos. Uma criança que mantém contacto com o pai ou com a mãe, uma vez por semana ou de quinze em quinze dias, vai perdendo vínculos afectivos com aqueles. Vínculos afectivos são muito mais do que a presença de uma pessoa física identificada como nossa mãe ou nosso pai. Vínculo afectivo é uma relação de tal forma forte e sólida que permite a quem olha do exterior perceber que aquela criança tem aquele adulto como pessoa de referência e a quem pertence integralmente. Pessoa de referência é, por isso, aquela que cuida, que dá carinho, que alimenta, que veste, que brinca, que educa, que protege, que ensina regras e dá orientações. O aspecto essencial deste regime não é a decorrência do prazo de três meses, mas sim avaliar se nesse período de tempo houve continuidade e qualidade dos laços afectivos.

Quando no âmbito de um processo de promoção e protecção é aplicada a medida de confiança a pessoa seleccionada ou a instituição com vista a futura adopção é frequente existirem manifestações de vontade de manter relação afectiva com a criança⁶⁴. Por vezes “tais manifestações correspondem a sentimentos profundos de desespero e de arrependimento, com o firme propósito de emendar o comportamento pretérito, outras a meras manifestações de voluntarismo egocêntrico, a que não será alheio o receio da censura social que envolve a parentalidade gravemente disfuncional. (...). O que não pode é perder-se de vista que, se é certo que o indivíduo tem a capacidade de regenerar-se, de arrepender-se de condutas pretéritas e de determinar de modo diverso o seu comportamento futuro, essa regenerabilidade dos indivíduos é sempre uma possibilidade, nunca uma certeza.”⁶⁵ Logo o julgador não poderá confundir arrependimento, depois de instaurado o processo de promoção e protecção e pedida a medida de confiança com vista a futura adopção, com o desinteresse pela criança antes dessa aplicação. Nem deverá atender à expectativa de reversão comportamental, pois, quando tem em mãos a vida de uma criança, a margem de incerteza admissível é nula ou próxima do zero.

⁶⁴ “Muitas vezes há mães que não estão interessadas na criança, mas que afirmam vivamente tal interesse por mera vergonha, por pressões de ordem social ou mesmo como reacção instintiva de posse quando alguém lhes apresenta a hipótese de separação. Não são, obviamente as condições económicas que determinam o desinteresse, nem tão-pouco o número de filhos. O que se pode dizer é que há mães nas condições económicas mais deploráveis que nunca hesitam na sua consciente atitude materna em relação ao filho” Guerra Paulo, *Confiança Judicial com vista à adopção – Os difíceis trilhos de uma desejada nova vida*, op. cit., p. 93.

⁶⁵ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 15/07/2009.

A contagem dos três meses de manifesto desinteresse pela criança é feita a partir da entrada em tribunal do requerimento para aplicação da medida de confiança judicial com vista a futura adoção e conta-se para trás. Quanto a esta redução do prazo de seis meses para três, só queria acrescentar que defendo que é mais do que suficiente para aferir se os vínculos mantidos com a criança são contínuos e de qualidade, atendendo ao tempo útil da criança. Visa-se ainda com esta redução encurtar o período de institucionalização das crianças. Meio ano numa instituição é uma eternidade e um sofrimento de incerteza desnecessário para a criança. O prazo está agora de acordo com o princípio da celeridade de que se reveste o processo de adoção.

9.2. Crítica na Aplicação da alínea e) do Artigo 1978.º do C.Civil pelos tribunais

Como já foi enunciado, a criança pode ser confiada com vista a futura adoção pelo menos nos três meses que precederam o pedido de confiança. A intenção do legislador de passar o prazo da avaliação do desinteresse de seis para três meses, foi no sentido de evitar situações prolongadas de institucionalização. Sendo imperativo constitucional que os processos de adoção sejam céleres e atendam ao facto de o tempo útil para a criança ser necessariamente diferente da noção de tempo dos adultos, impunha-se, ao sistema de promoção e protecção, que fizesse uma avaliação criteriosa, rigorosa e célere das situações que envolvem perigo para a criança e lhe delineasse um projecto de vida fiável com perspectiva efectiva de concretização. No entanto, apercebi-me que apesar do legislador ter vindo, ao longo das sucessivas alterações legislativas ao Código Civil, a encurtar o prazo de avaliação do desinteresse, estes processos são intermináveis, sendo as crianças encaminhadas para a adoção muitos anos depois da intervenção se ter iniciado. Foi por exemplo o caso versado no Acórdão da Relação de Guimarães⁶⁶, em que se iniciou a intervenção junto de uma família em Junho de 2006 (quando a criança tinha cerca de um ano e quatro meses), havendo sido celebrado um acordo de promoção e protecção de medida de apoio junto dos pais, acordo este segundo o qual, aqueles ficavam obrigados a proporcionar ao menor os cuidados de alimentação, educação, de higiene e saúde e de conforto necessários ao seu normal desenvolvimento, bem como a dar-lhe apoio afectivo e emocional adequado, não

⁶⁶ Acórdão da Relação de Guimarães de 14/04/2011.

permitindo que a criança assistisse a desentendimentos entre os pais, obrigando-se, ainda, a proporcionar todo o apoio relativo às consultas de rotina, cumprindo com o plano de saúde ao nível da vacinação, zelando ainda pela frequência do menor em creche e obrigando-se a procurar emprego no mais curto espaço de tempo. Em Janeiro de 2007, foi celebrado um novo acordo de promoção e protecção de medida de apoio junto de outro familiar, acordo este segundo o qual a criança ficava aos cuidados da tia paterna. E por sua vez em 11/03/2008, foi celebrado novo acordo de promoção e protecção de medida de acolhimento em instituição. As visitas da progenitora à criança na instituição foram agendadas aos domingos, de 15 em 15 dias, por opção da progenitora. O pai nunca visitou a criança nem estabeleceu qualquer contacto com a instituição, tendo abandonado a criança. A progenitora chegou a realizar uma visita de cinco minutos, em 30.03.2008 e em 13/04/2008 faltou à visita, com aviso no mesmo dia, não tendo a partir de então efectuado qualquer contacto com a instituição ou o menor até 07/07/2008. A progenitora efectuava visitas à criança de forma irregular, desmarcando com frequência as visitas, que registavam parca qualidade ao nível da interacção. A criança não procurava o contacto físico ou aproximação com a mãe, pedia para sair antes do tempo com frequência, não se mostrando a mãe capaz de motivar ou captar a sua atenção, existindo um manifesto distanciamento afectivo. O Ministério Público instaurou o processo de promoção e protecção em benefício da criança a 12/06/2008, mas à data da prolação do acórdão 14/04/2011 a criança já se encontrava institucionalizada há mais de dois anos, tendo-se iniciado a intervenção há 5 anos atrás. Os direitos e interesses da criança não se compaginam com a demora das decisões judiciais e com as sucessivas falhas do sistema de promoção e protecção. A criança encontrava-se sujeita a medidas de promoção e protecção desde 05/07/2006. Foram concedidas todas as oportunidades à progenitora para que fosse possível a reunificação da família. Contudo, para além das escassas visitas que fez ao filho, nunca conseguiu criar uma relação afectiva com a criança que à data do acórdão já tinha seis anos. O sistema judicial não pode demorar tanto tempo^{67 68} a decidir-se pela medida de confiança com

⁶⁷ “É evidente que não necessito de relembrar aqui que o tempo das crianças não se regula pelo relógio dos adultos, mas gostaria de realçar que devemos ser intransigentes neste particular porque a indefinição leva quase sempre a que se eternizem as institucionalizações e que o tempo de adoptar seja inexoravelmente ultrapassado, porque estamos muito entretidos recuperar as famílias prodigalizando-lhes oportunidades atrás de oportunidades e esquecendo o objectivo da intervenção, isto é, a salvaguarda dos interesses da criança e do jovem que reclama a oportunidade de crescer no seio de uma família. Família que deve ser sinónimo de comunidade de laços afectivos e não necessariamente conjunto de pessoas ligadas pelo sangue mas que não querem ou conseguem ser esse espaço de afecto. Martins, Norberto (2005) *O papel do Ministério Público no sistema de protecção e no encaminhamento para a adopção*, op. cit., p.54.

vista a futura adoção, aguardando as crianças anos a fio “depositadas nas instituições”⁶⁹, à espera que os Tribunais decidam do seu futuro e lhes devolvam a oportunidade de uma nova vida. São dadas demasiadas oportunidades aos progenitores para que reúnam as capacidades necessárias ao exercício da parentalidade, quando muitas vezes já se vislumbra a irreversibilidade do seu comportamento. As crianças são assim vítimas do sistema judicial que não está a acautelar os seus interesses quando as faz aguardar anos por uma decisão que tarda em chegar. A institucionalização de uma criança não é solução, nem um projecto de vida, mas antes uma medida de protecção de natureza temporária. Se os pais não mantêm interesse pela criança, não conseguindo reestruturar a sua vida, nem inverter os comportamentos que põe em perigo, mesmo depois de lhes terem sido aplicadas diversas medidas de apoio, a criança não deverá ser institucionalizada, mas sim confiada a instituição com vista a futura adoção uma vez que estão comprometidos seriamente a qualidade e continuidade dos vínculos próprios da filiação. A medida de acolhimento em instituição visa garantir a manutenção da relação entre a criança e a família biológica, ora se se vislumbra que a relação afectiva está comprometida ou não existe devido ao desinteresse manifestado durante 3 meses pela criança, então o Tribunal não tem de promover a manutenção de algo que já não existe. Não é a adoção que gera a ruptura afectiva, limita-se a constatá-la e a por termo ao vínculo jurídico que subsistia.

Assim, quanto mais cedo se iniciar a ligação afectiva da criança num novo contexto familiar mais probabilidades existem na criação de uma relação familiar genuína, implantada sob uma relação afectiva forte, atendendo-se e promovendo-se, ao mais alto nível, os direitos fundamentais da criança⁷⁰. Daí que um dos princípios orientadores da intervenção para a promoção dos direitos e protecção da criança e do jovem em perigo é o da prevalência da família, o que significa que, neste domínio, deve

⁶⁸ “É um dado adquirido e largamente afirmado que diferentemente dos adultos, que medem o decurso do tempo pelo relógio e calendário, as crianças têm a sua própria noção de tempo, baseada na urgência das necessidades instintivas e emocionais. Do que resulta uma grande intolerância da sua parte a adiamentos de gratificações ou a frustrações, numa sensibilidade intensa quanto à duração das separações” Bolieiro, Helena Isabel; Parente, José Sequeira; Rodrigues, Maria Inês; Monteiro, Paula Filomena (2002), *Trabalhos do Curso de Pós-Graduação "Protecção de Menores"*, Coimbra Editora, p. 38.

⁶⁹ “(...) a investigação em torno da institucionalização mostra que esta pode colmatar algumas lacunas a nível da socialização e estrutura/organização (...), mas não consegue superar a perda vivida na dimensão afectiva e que constitui a essência de se ser pessoa: o sentir que se é importante para alguém e que há alguém que é importante para nós.” Alberto, Isabel Marques; do Carmo, Rui (2007), *Vários Adoção ou institucionalização? Acórdão do Tribunal Judicial de Castelo Branco, de 27 de Janeiro de 2006*, “Revista do Ministério Público - Ano 28 – Julho/Setembro 2007 - Número 111”, pp.186 e 187.

⁷⁰ “Quanto mais cedo se iniciar a relação da criança com a família adoptiva, melhor caminho haverá para os afectos do menor, maior equilíbrio consegue ser atingido no seio desde ser humano tão indefeso e que espera ainda de ser feliz.” Guerra Paulo, *Confiança Judicial com vista à adoção – Os difíceis trilhos de uma desejada nova vida*, op. cit., pág. 80.

ser dada prevalência às medidas que integrem a criança na sua família ou que promovam a sua adoção, uma vez que a adoção também está incluída numa relação de família (art. 4 al. g) da LPCJP). Assim sendo, o objectivo tem de passar por encontrar uma família, seja no âmbito da família alargada da criança, seja através de uma família de substituição, pois a família é a célula fundamental da sociedade no processo de socialização e desenvolvimento da criança, devendo-se assim, dar preferência a medidas que integrem a criança em meio familiar uma vez que a institucionalização⁷¹ jamais será uma solução viável para a criança. A institucionalização provoca graves consequências na vida de uma criança. A problemática dos efeitos da institucionalização em crianças e jovens está intimamente ligada à problemática da importância do relacionamento interpessoal no desenvolvimento humano. A privação dos cuidados maternos e a colocação precoce e prolongada em instituições acarreta consequências nefastas para o desenvolvimento global das crianças. Está cientificamente provado que a institucionalização das crianças origina perturbações ao nível intelectual, afectivo, social e comportamental⁷².

A lógica que os Tribunais têm seguido para aplicar esta medida é a da “expectativa”, ou seja tentam perceber, através dos factos, se será expectável que ocorra uma inversão no comportamento dos progenitores, susceptível de proporcionar a relação de amor, confiança e protecção que a criança necessita para o seu desenvolvimento. No entanto, atendendo ao facto de que a personalidade da criança se forma nos seus primeiros tempos de vida, não se pode olhar para o futuro através de meras expectativas, a questão não passa por saber se a situação mudará, se os progenitores a partir desse momento irão mudar o seu comportamento e passar a corresponder às efectivas necessidades da criança. A criança não tem de esperar para ver o que vai acontecer, se essa mudança comportamental se irá ou não verificar. A oportunidade nestes casos não deve ser dada aos pais mas sim à criança.

A intervenção que se impõe ao Estado é uma intervenção urgente na medida em que a personalidade da criança se forma nos primeiros tempos de vida. O Estado tem de

⁷¹ Os modelos de protecção de menores têm-se caracterizado, em Portugal, pela aplicação excessiva de medidas de internamento. “Em regra a institucionalização não permite a manutenção da ligação da criança à figura primária de referência nem estabelecimento de laços emocionais com uma nova pessoa, o que tem por consequência a baixa auto-estima das crianças, solidão e sentimentos de isolamento”. Sottomayor, Maria Clara (2003), *Poder Paternal como Cuidado Parental e os Direitos da Criança*, “Cuidar da Justiça de Crianças e Jovens - A Função dos Juizes Sociais - Actas do Encontro”, Almedina, p. 55.

⁷² Silva, Maria Helena Damião (2004), *Crianças e jovens a cargo de instituições: Riscos reversíveis/irreversíveis*, “Crianças e Jovens em Risco, da investigação à intervenção”, Centro de Psicopedagogia da Universidade de Coimbra, Almedina

apoiar as famílias disfuncionais, em que existe a possibilidade de recuperação e em que os laços afectivos se encontram presentes. Nos outros casos, em que se vislumbra essa impossibilidade de mudança comportamental e recuperação da família então o Estado sacrifica a família em prol dos direitos e interesses da criança, encaminhando-a para a adoção através da medida de confiança com vista a futura adoção⁷³⁷⁴. Basta assim atender que as principais alterações na alínea e) do artigo 1978.º tiveram como fim que fosse aplicada a confiança judicial a um maior número de crianças institucionalizadas⁷⁵.

Em suma, a tentativa de retorno à família biológica a todo o custo tem de ser urgentemente abolida. A experiência dos nossos Tribunais há muito que evidencia que estas tentativas de retorno, quando existem poucas possibilidades de reversão das situações que desencadearam o perigo, só atrasam os processos de adoção, acabando com o projecto de vida que a criança tanto anseia, culminando com a vivência da sua infância numa instituição, ansiando por uma família que tarda em chegar e por vezes nunca chegará a existir. O tribunal deve sempre ter em conta o princípio do superior interesse da criança e que a medida em causa não tem como objectivo punir ou censurar os pais, mas garantir a prossecução desse interesse da criança.

10. Conclusão

No presente trabalho final de Mestrado procurei abordar, numa perspectiva teórica com elevada preocupação de aplicação prática, a medida de confiança a pessoa seleccionada para adoção ou a instituição com vista a futura adoção, desconstruindo

⁷³ “Se atento o primado da família biológica, há que apoiar as famílias disfuncionais, quando se vislumbra a possibilidade de estas reencontrarem o equilíbrio, situações há em que tal não é viável, ou pelo menos não o é em tempo útil para a criança, devendo em tais situações encetar-se atempadamente para o caminho da adoção. Alberto, Isabel Marques e Rui do Carmo (2006), *Vários Adopção ou institucionalização? Acórdão do Tribunal Judicial de Castelo Branco, de 27 de Janeiro de 2006*, op. cit. p.179.

⁷⁴ As crianças destinatárias de uma medida de promoção e protecção consistente no acolhimento em instituição só devem permanecer na referida instituição com uma projecto de vida delineado – o de regressar em tempo útil à família biológica ou sempre que viável, o de serem confiadas com vista a futura adoção o mais rapidamente possível – uma vez que as instituições não podem ser vistas como o futuro destino das crianças e muito menos como um “depósito de crianças” (...). A institucionalização não pode ser vista como uma solução, mas apenas como uma medida e promoção e protecção. Jardim, Mónica, *Breve análise da nova lei da adoção (Lei n.º 31/2003 de 22 de Agosto)*, op. cit. p. 134.

⁷⁵ “Desta forma o legislador visou pôr termo a diversas situações em que os pais biológicos não queriam assumir a sua responsabilidade em face da criança mas também não queriam “dá-la” para 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 adoptada.” Jardim, Mónica, *Breve análise da nova lei da adoção (Lei n.º 31/2003 de 22 de Agosto)*, op. cit. p. 141.

algumas decisões judiciais e concretizando conceitos que levarão a decisões mais justas e conformes ao superior interesse da criança.

A frequência da unidade curricular de Direito das Crianças leccionada pela professora Maria Clara Sottomayor despertou o meu interesse para a realidade das crianças privadas de uma família, que vivem anos institucionalizadas sem qualquer projecto de vida, à espera que o sistema de protecção se *lembre* da sua existência e decrete a sua adopção. Esta situação despertou o meu interesse enquanto mulher e jurista para estudar e investigar o que de tão errado está a acontecer no nosso sistema de protecção de crianças e jovens em perigo.

Critico o sistema essencialmente por considerar que continua centrado na ideia de recuperação da família biológica a todo o custo. A ideia de que a criança deverá permanecer na sua família biológica, independentemente de os pais terem ou não capacidades para assumir as suas responsabilidades parentais, é completamente retrógrada e violadora dos direitos e interesses da criança. A criança tem direito, quando a família biológica não é capaz de promover o seu desenvolvimento, pleno pondo em perigo o seu crescimento e evolução enquanto pessoa, de vir a ter uma família capaz de lhe proporcionar todas as condições para que atinja as suas máximas capacidades físicas, intelectuais e afectivas.

Estando a criança em perigo ou abandonada numa instituição, sendo visitada escassas vezes pelos pais, que se recusam a assumir as suas responsabilidades parentais, não se podem continuar a aplicar medidas provisórias que mantêm a criança fechada dentro de uma instituição, sem lhe darem a oportunidade de viver o melhor da vida – a idade do ouro, a infância.

As oportunidades à família biológica só deverão ser dadas quando se perspectivar uma inversão comportamental em tempo útil para a criança. Nos casos em que a família é completamente disfuncional e em que não se opera essa probabilidade de reunião, em tempo útil, de condições para exercer autonomamente as suas capacidades parentais, a resposta passará pela adopção. Mas essa resposta não deverá demorar quatro ou cinco anos. Essa resposta terá de ser rápida. Estamos a tratar de crianças que se encontram privadas de uma família, que vivem com outras crianças numa instituição, que não têm um pai ou uma mãe que olhe por si, que cuide, que ame, que mime e que eduque.

Espero com este trabalho ter dado voz às cerca de 11.000 crianças institucionalizadas, alertando para o seu esquecimento e o seu direito a viver a infância junto da família que nunca tiveram. É altura de começarmos a colocar a criança no centro das decisões, como verdadeiro sujeito de direitos fundamentais, conferindo-lhe toda a dignidade inerente à sua condição. As crianças de hoje serão os adultos e os pais de amanhã. Lutar pelo seu futuro é conferir-lhes a oportunidade do recomeço de uma história que começou mal.

Não podemos mudar o mundo, mas podemos torná-lo melhor.

BIBLIOGRAFIA

ALBERTO, Isabel Marques; Rui do Carmo (2007); *Adopção ou institucionalização? Acórdão do Tribunal Judicial de Castelo Branco, de 27 de Janeiro de 2006*; Revista do Ministério Público - Ano 28 - Jul-Set 2007 - Número 111;

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto (2010), *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção dos Direitos do Homem*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2ª Edição;

ALEXANDRINO, José de Melo (2008), *Os direitos das Crianças*, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 2008, Volume I;

BOLIEIRO, Helena; Guerra, Paulo (2009), *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 Editora;

BOLIEIRO, Helena (2002), *O menor em perigo, a sua protecção e o encaminhamento para a adopção: quando e em que casos?*, Trabalhos do Curso de Pós-Graduação "Protecção de Menores - Prof. Doutor F. M. Pereira Coelho" – I, Coimbra Editora;

BORGES, Beatriz Marques (2011), *Protecção de Crianças e Jovens em Perigo*, Almedina, 2.ª Edição;

CARMO, Rui do (2005), *Lei de protecção de crianças e jovens em perigo. Revisão das medidas de promoção e protecção. A confiança com vista a futura adopção*, Revista do Ministério Público, Lisboa, Ano 26, n.º 102, Abril-Junho;

COELHO, Francisco Pereira; Oliveira, Guilherme (2006), *Curso de Direito da Família*, Volume II, Direito da Filiação, Tomo I, Coimbra Editora;

Direitos das Crianças e Jovens – Actas do Colóquio (2007); ISPA/CEJ, Instituto Superior de Psicologia aplicada;

EPIFÂNIO, Rui; António H. L. (1992), *Organização tutelar de menores, Contributo para uma visão interdisciplinar do direito de menores e de família*; 2ª edição, Almedina;

FURTADO, Helena; Guerra, Paulo (2000), *O novo Direito das crianças e jovens um recomeço*, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários;

GUERRA, Paulo (2005), *Confiança Judicial com vista à adoção – Os difíceis trilhos de uma desejada nova vida*, “Revista do Ministério Público”, n.º 194, Ano 26, Out-Dez 2005;

JARDIM, Mónica (2005); *Breve análise da nova lei da adoção (Lei n.º 31/2003 de 22 de Agosto)*, “Direito da infância da juventude e do envelhecimento”, Coimbra Editora;

LIMA, Pires; Varela, Antunes (2010), *Código Civil Anotado, Volume V*, Coimbra Editora;

“Manual Cores, para o atendimento de crianças vítimas de abusos sexuais, Parte I”
APAV.

MARTINS, Norberto (2005), *O papel do Ministério Público no sistema de protecção e no encaminhamento para a adoção*, “Revista do Ministério Público”, Ano 26, Jan-Mar 2005, Número 101;

MARTINS, Rosa (2008), *Menoridade, (In)Capacidade e Cuidado Parental*, Coimbra Editora;

MARTINS, Rosa (2008), *Responsabilidades parentais no século XXI: a tensão entre o direito de participação da criança e a função educativa dos pais*, “Lex Familiae”, Ano 5, n.º 10;

PEREIRA, Coelho; de Oliveira, Guilherme (2008), *Curso de Direito da Família, Volume I*, 4ª Edição, Coimbra Editora;

PINHEIRO, Jorge Duarte (2010), *O Direito da Família Contemporâneo*, 3ª Edição, AAFDL;

PORTUGAL, Sílvia (2001), “Família e Política Social em Portugal”, *Direito da Família e Política Social*, Actas do Congresso Internacional organizado de 1 a 3 de Outubro de 1998 pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (Porto), Publicações Universidade Católica, Porto;

RAMIÃO, Tomé d`Almeida (2007), *A Adopção - Regime Jurídico Actual*, 2ª Edição, Quid Júris?;

RAMIÃO, Tomé d`Almeida (2007), *Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo anotada e comentada*, Lisboa, Quid Júris?, 4ª Edição;

RAMIÃO, Tomé d`Almeida (2007), *Lei Tutelar Educativa anotada e comentada*, Lisboa, Quid Júris?, 2ª Edição;

ROCHA, Maria Dulce (2002), *Adopção – Consentimento – Conceito de Abandono*, “Revista do Ministério Público”, Ano 23, Out/Dez, 2002, n.º 92;

ROCHA, Dulce (2010), *Desjudicializou-se demasiado no caso das crianças*, “Boletim da Ordem dos Advogados”, n.º 67, Junho de 2010;

SÁ, Eduardo (1999), *Adopção e o Futuro*, “Fórum & Iustitiae”, 6 de Novembro de 1999;

SILVA, Maria Helena Damião (2004), *Crianças e jovens a cargo de instituições: Riscos reversíveis/irreversíveis*, “Crianças e Jovens em Risco, da investigação à intervenção”, Centro de Psicopedagogia da Universidade de Coimbra, Almedina;

SOTTOMAYOR, Maria Clara (2002), *Quem são os «verdadeiros» pais? Adopção plena de menor e oposição dos pais biológicos*, Universidade Católica Portuguesa, Volume XVI, n.º1;

SOTTOMAYOR, Maria Clara (2003), “Poder Paternal como Cuidado Parental e os Direitos da Criança” - Cuidar da Justiça de Crianças e Jovens - A Função dos Juízes Sociais - Actas do Encontro, Almedina;

SOTTOMAYOR, Maria Clara (2004), *A nova lei da adoção*, “Revista Direito e Justiça, V. XVII”, t.2;

SOTTOMAYOR, Maria Clara (2004), *A situação das mulheres e das crianças 25 anos após a Reforma de 1977*, “Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977”, Volume I, Direito da Família e das Sucessões, Coimbra Editora;

SOTTOMAYOR, Maria Clara (2005), *Adoção ou o direito ao afecto*, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30.11.2004, Ver. 04^a3795, “Scientia Iuridica, Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro”, Tomo LIV, n.º 301, Janeiro/Março, 2005, Universidade do Minho, pág.131;

SOTTOMAYOR, Maria Clara (2010), *Autonomia do Direito das Crianças*, Separata, Estudos em homenagem a Rui Epifânio, Almedina.

SOTTOMAYOR, Maria Clara (2011), *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*, Almedina, 5.^a Edição Revista Aumentada e Actualizada;

VVAA (2002); *Trabalhos do Curso de Pós-Graduação "Protecção de Menores - Prof. Doutor F. M. Pereira Coelho" – I*; Coimbra Editora;

JURISPRUDÊNCIA

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 03/02/2011.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 3/12/2011.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 02/04/2009.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 16/07/2007.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 26/10/2010.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 13/01/2011.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 22/04/2011.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 15/07/2009.

Acórdão da Relação de Lisboa de 24/06/2010.

Acórdão da Relação de Guimarães de 14/04/2011.