

Quem são os «verdadeiros» pais? Adopção plena de menor e oposição dos pais biológicos^{*/*}

MARIA CLARA SOTTOMAYOR

I – Os factos

O presente parecer reporta-se ao processo de adopção plena intentado por e tem por objecto a adopção plena do menor....., nascido a 07-04-94.

Os factos que importa referir são, fundamentalmente, os seguintes:

* O parecer aqui publicado refere-se à decisão do Tribunal de Família e de Menores de Braga, de 16 de Novembro de 1998, através da qual foi indeferido um pedido de adopção plena, tendo apresentado a parte vencida recurso para o Tribunal da Relação do Porto e sucessivamente para o Supremo Tribunal de Justiça, que proferiu o acórdão de 21-3-2000 (publicado na Colectânea de Jurisprudência, Ano VIII, Tomo I, 2000, Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, Secção Cível, pp. 132-135), favorável à recorrente. A este parecer acrescentei algumas notas e um novo texto sobre o direito do menor conhecer as suas origens e sobre a adopção aberta anglo-saxónica.

* Aproveito a publicação deste parecer para agradecer à Dr.ª Ana Maria Bastos, que exerce a sua profissão para o bem das crianças, os diálogos que mantivemos sobre a adopção; à Dr.ª M.ª Francisca Portocarrero, o ter-me ajudado a compreender algumas das realidades humanas subjacentes a este caso; ao Dr. Correia de Matos, por ter lançado, no Congresso Direito da Família e Política Social, realizado na UCP, em Outubro de 1998, o debate sobre o segredo de identidade, provocando o meu interesse por esta questão, e a todas(os) as(os) colegas que comigo discutiram este caso, em especial, à Dr.ª Conceição Cunha, à Dr.ª Sofia Pais, à Dr.ª Paula Faria e à Dr.ª Fátima Ribeiro.

O menor é filho de, que têm mais seis filhos, actualmente com 12, 11, 9, 7, 6 e 2 anos.

Por decisão de 10-11-94, foi decretada uma medida tutelar por força da qual o menor foi colocado no Centro de Emergência Infantil do Centro Social Padre David, onde permaneceu até 29-03-96, em virtude de o menor ter sido encontrado ao alcance da chuva e do frio que se fazia sentir, vivendo o agregado familiar em estado de degradação, sem hábitos de trabalho. O menor encontrava-se mal nutrido, com palidez acentuada, fontanela aberta a 5 dedos (sinais de raquitismo), com sinais de bronquite e desenvolvimento físico não compatível com a idade. Após o internamento, de início, os pais visitaram-no, mas depois foram espaçando as visitas. Desde Agosto que não procuram o filho. Vivem sem qualquer rendimento, do apoio de vizinhos e da mãe do pai, que tem uma pensão, como reformada, de cerca de 30 mil escudos. Habitam uma casa degradada e de uma única divisão de reduzidas dimensões, que funciona como espaço de dormir e de comer. Não possuem água canalizada, energia eléctrica ou saneamento. À família foram facultados os apoios necessários (da Segurança Social, autarquia, junta de freguesia e serviços de saúde) mas nada resultou, mantendo-se a situação inalterável³.

Em 28 de Março de 1996, foi decidida a confiança judicial do menor à autora com vista a futura adopção, com fundamento na al. d) do n.º 1 do art. 1978.º

A candidata a adoptante nascida em 03-08-49, tem o menor consigo desde 29 de Março de 1996, tendo ficado provado que o menor está bem integrado na família desta⁴. Desde que recebeu o menor que o tem tratado por e assim o baptizou, pretendendo a alteração do nome para

A autora é casada em segundas núpcias desde 27-12-94, tendo um filho do primeiro casamento, nascido a 17-07-76. Apresenta, como razões determinantes da adopção, querer um filho do actual casamento e não o ter conseguido, apesar de tentativas durante quatro anos. Na candidatura apenas pôs como reserva não receber crianças deficientes ou com mais de três anos, explicando a primeira pelo facto de tal situação não ser compatível com a vida dela e fez exigência do teste da SIDA ao

³ Cfr. Decisão de confiança judicial de menor, de 28-3-96, Tribunal de Família e de Menores de Braga.

⁴ Vide sentença recorrida, Tribunal de Família e de Menores de Braga, p. 3.

adoptando, cujo resultado positivo seria excludor da confiança, esclarecendo, contudo, «que no caso de a decisão depender apenas dos resultados do eventual teste da SIDA, está disposta a prescindir do mesmo teste»⁵.

A sentença recorrida julga improcedente o pedido de adopção por ter entendido que não estavam preenchidos os requisitos do art. 1978.º, n.º 1, al. *d*) (situação de perigo para a segurança, a saúde, a formação moral ou a educação do menor em termos que, pela sua gravidade, comprometam seriamente os vínculos afectivos próprios da filiação); por nulidade da sentença que proferiu a confiança judicial, em virtude de o Tribunal não ter considerado provados alguns dos factos em que assentava a decisão de confiança judicial (que o menor estivesse molhado por efeito dos chuveiros que entrariam pelo referido postigo, que os pais do menor não tivessem hábitos de trabalho e vivessem do apoio de terceiros, que tivessem sido disponibilizados um terreno e outros apoios para a construção de uma casa e que lhe fossem atribuídos vários subsídios) e por entender não verificados os requisitos legais da adopção previstos no art. 1974.º, n.º 1 (reais vantagens para o adoptando; motivos legítimos para adoptar; estabelecimento de um vínculo semelhante ao da filiação entre o adoptante e o adoptado).

A decisão de confiança judicial foi alterada pelo Tribunal, no processo de adopção plena, sendo confiada à autora a guarda do menor, que exerceria os poderes de velar pela segurança e saúde do menor, prover ao seu sustento e dirigir a sua educação, nos termos dos arts. 1918.º, 1919.º do Código Civil e 150.º da OTM. A favor dos pais biológicos foi decidido o direito de visitas, a executar de forma gradual e orientada.

II – O objecto do processo

A questão que se coloca neste processo é simplesmente a de deferir ou indeferir o pedido de adopção plena de uma criança já ao cuidado da candidata a adoptante, ao abrigo de uma decisão de confiança judicial transitada em julgado e não a de analisar a verificação dos requisitos da confiança judicial. Consequentemente, a adoptabilidade do menor é uma questão já decidida por sentença transitada em julgado, não podendo o processo de adopção funcionar como um recurso extraordinário de revisão da decisão de confiança

⁵ Sentença recorrida, Tribunal de Família e de Menores de Braga, p. 95.

judicial, a fim de verificar a veracidade ou falsidade das provas em que se fundamentou a decisão. A ocorrência de eventuais abusos por parte da Segurança Social ou de laxismo judicial deve ser investigada e o Estado responsabilizado perante a família biológica, no caso de ter havido uma violação dos direitos fundamentais dos pais. Mas não à custa da estabilidade psíquica do menor. Uma criança não é um objecto que tenha de ser restituído ao proprietário ou que se divida entre os que a reivindicam, em caso de nulidade da sentença. A lei reconhece isto mesmo, permitindo que a revisão da sentença de adopção plena, em casos de falta ou vícios de um consentimento legalmente exigido, não seja concedida quando os interesses do adoptado possam ser consideravelmente afectados (art. 1990, n.º 3). O interesse do adoptado e a defesa da estabilidade do vínculo estão acima dos direitos dos pais biológicos e dos pais adoptivos.

A fim de melhorar a qualidade dos serviços sociais, é importante que o Estado invista na formação dos seus técnicos e que sejam introduzidos juristas nos seus quadros, encarregados de zelar pelo respeito dos direitos dos pais biológicos, e ainda, que sejam aperfeiçoados os meios de os pais fazerem valer os seus direitos⁶. O desempenho destes serviços deve ser controlado pelo poder judicial, logo na decisão que aprecia os requisitos da confiança judicial, para se evitarem quaisquer dúvidas quanto ao respeito pelos direitos dos pais à companhia dos filhos e a exercer o poder-dever de educação (art. 36.º n.º 5 e n.º 6 da CRP). Os Tribunais devem cumprir efectivamente as suas funções de administrar a justiça em nome do povo (art. 202.º, n.º 1 CRP) e de protecção dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, devendo realizar todas as diligências para o efeito.

O relatório social tem apenas um valor auxiliar e meramente indicativo⁷ mas constitui, contrariamente ao que se afirma na sentença recorrida, um elemento de prova de que o juiz se pode servir para formar a sua convicção acerca da existência de um facto. A tendência do nosso direito é no sentido da livre admissibilidade dos meios de prova ligados ao

⁶ A nova Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo (Lei n.º 147/99, de 1 de Setembro), aumentou, no seguimento dos princípios inspiradores da Reforma (art. 4.º), as garantias processuais dos pais biológicos e dos filhos menores perante a Comissão de Protecção de Menores e os tribunais. Vide os arts. 84.º (Audição da criança e do jovem); 85.º (Audição dos titulares do poder paternal); 94.º (Informação e audição dos interessados); 103.º (Advogado).

⁷ Cfr. SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Exercício do poder paternal relativamente à pessoa do filho após o divórcio ou a separação judicial de pessoas e bens*, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1995, pp. 73-81.

princípio da livre convicção do julgador⁸. Entendemos ainda que os relatórios sociais, desde que realizados por pessoas com formação especializada, constituem prova pericial (art. 388.º do Código Civil), livremente apreciada pelo julgador (art. 389.º do Código Civil). Este poder de livre apreciação da prova pertence à competência do julgador do processo de confiança judicial, sendo «apreciada pelo juiz segundo a sua experiência, a sua prudência, o seu bom senso, com inteira liberdade, sem estar vinculado ou adstrito a quaisquer regras, medidas ou critérios legais»⁹, dependendo da qualidade do relatório apresentado, da competência dos seus autores e do espírito de colaboração e de confiança entre os serviços sociais e a magistratura.

A questão objecto de prova e de decisão, num processo de adopção, reside exclusivamente na avaliação de como decorreu o período de pré-adopção, em termos de concluir se se estabeleceu ou não entre a candidata a adoptante e o menor um vínculo semelhante ao da filiação¹⁰. Neste processo de adopção, a investigação incidiu sobre os pressupostos da confiança judicial, não sendo investigados todos os factos relevantes para apreciar o pedido de adopção.

A insusceptibilidade de alteração da decisão de adoptabilidade do menor no processo de adopção não se funda apenas em razões de ordem processual mas também em motivos de direito material: o interesse da criança como o critério fundamental de decisão e o respeito pela estabilidade do vínculo filial entretanto criado. Caso contrário, o menor seria colocado numa situação de indefinição relativamente aos seus pais

⁸ Cfr. ANTUNES VARELA/J. MIGUEL BEZERRA/SAMPAIO E NORA, *Manual de Processo Civil*, Coimbra, 1985, pp. 467-469.

⁹ Ac. do S.T.J., de 30 de Dezembro de 1977, BMJ, n.º 271, p. 185 citado por ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. I, Coimbra, 1987, p. 340.

¹⁰ Neste sentido vide JOANA MARQUES VIDAL, *Adopção – Confiança Administrativa e Confiança Judicial* (alegações no proc. n.º 185/M/97 do Tribunal de Família de Lisboa (1.º Juízo – 1.ª Secção) – Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 14-8-98, *Revista do Ministério Público*, ano 19.º, Julho-Setembro 1998, n.º 175, p. 169: «uma vez decretada a Confiança Judicial, encontra-se desde logo decidida a questão do consentimento, problema fulcral do instituto da Adopção». Os pais biológicos já não irão ser ouvidos no âmbito de processo de adopção que se siga a um processo de Confiança Judicial para adopção, como claramente se estabelece no art. 1981.º, n.º 1, al. c) *in fine* do Código Civil. «(...) declarada a situação de adoptabilidade do menor, no Processo de Adopção só irá apreciar-se da natureza, características e qualidade da relação afectiva criada, no decurso do período de pré-adopção entre o menor e os adoptantes, fundamento da constituição do vínculo da adopção nos termos dos arts. 1973.º e 1974.º do Código Civil.»

biológicos e não se criariam as condições para que o período de pré-adopção se processasse num ambiente de estabilidade e segurança necessários ao estabelecimento dos laços afectivos¹¹. Consequentemente, a sentença deve limitar-se a decretar ou a negar a adopção. Ainda que se entenda possível uma alteração da confiança judicial ao abrigo do princípio da livre modificabilidade das decisões proferidas no âmbito de um processo de jurisdição voluntária (art. 157.º e art. 182.º da OTM), conforme defendido na sentença recorrida, esta alteração teria de ser conforme ao interesse do menor. Neste ponto, também a sentença recorrida falha, pois apenas considera como critério o interesse abstracto do menor, a identidade biológica, e não o seu interesse concreto, dependente da idade e da personalidade do menor, do seu grau de desenvolvimento, da estabilidade das relações afectivas actuais do menor com a figura primária de referência e da sua integração na família da recorrente.

III – Princípios aplicáveis

O direito de menores exige do julgador a consideração de que a criança é uma pessoa autónoma em relação aos seus pais e não um objecto destes. Este princípio é recente na nossa cultura. Já os direitos dos pais são antigos, remontam ao direito romano que lhes atribuía o direito de vida ou de morte relativamente aos filhos, o direito de venda e o direito de exposição. A crueldade destes poderes foi-se suavizando pela influência do cristianismo e devido a causas económicas e sociais, chegando aos nossos dias, a partir da revolução individualista do século XIX, o princípio segundo o qual o filho é um sujeito de direitos. Dentro de um movimento de funcionalização dos direitos subjectivos, passa-se progressivamente de uma visão egoísta dos direitos subjectivos para uma visão altruísta, determinada pelo aprofundamento da consciência social no sentido da solidariedade para com os mais fracos. O poder paternal deixou de ser entendido como um poder absoluto para passar a ser um poder funcional,

¹¹ Neste sentido, afirma ARMANDO LEANDRO, *O novo regime jurídico de Adopção, Dec.-Lei n.º 185/93, de 22-5*, CEJ, Lisboa, Maio de 1993, «(...) a possibilidade de confiança judicial pode ser muito útil porque em vários e frequentes casos permitirá que o investimento afectivo e educacional no período de pré-adopção se processe com a segurança e a serenidade indispensáveis, sem incertezas prejudiciais ao êxito do processo de integração da criança na nova família.»

um direito-dever que visa realizar o interesse do menor e também a auto-realização dos pais enquanto tal, pois, a situação desejável é a de uma coincidência entre os interesses dos filhos e os interesses dos pais. Contudo, havendo conflito entre estes interesses, prevalece o interesse do menor.

Sabemos que o interesse do menor é um conceito indeterminado que pelo seu carácter vago e elástico se presta a interpretações subjectivas e comporta qualquer sentido que se lhe queira atribuir, gozando sempre da força apelativa e humanitária contida nas palavras. Para além da pluralidade de sentidos, os conceitos indeterminados comportam uma variabilidade sentimental e os tribunais de família decidem de acordo com a sensibilidade¹². Reconhecemos que o coração deve ter o seu lugar no direito com o mesmo título da razão¹³. O que importa é, para não se cair no subjectivismo, investigar a «lógica do coração» e confrontá-la com as normas sociais consensuais e com os princípios fundamentais de direito.

O conceito de interesse da criança comporta, no entanto, uma zona – o núcleo do conceito – passível de ser preenchida através do recurso a valorações objectivas. Com efeito, os especialistas das ciências sociais e humanas¹⁴ identificam o interesse do menor com a estabilidade das condições de vida da criança, das suas relações afectivas e do seu ambiente físico e social. Esta noção de estabilidade limita a discricionariedade judicial e constitui um obstáculo à modificação das decisões relativamente a menores, a não ser que as vantagens trazidas pela alteração superem os danos causados pela ruptura com a vida do menor.

Em regra, os laços biológicos de filiação – a maternidade e a paternidade – permitem presumir o afecto e o amor filial. No entanto, o conceito de interesse do menor não é susceptível de uma definição abstracta que valha para todos os casos e que coincida necessariamente com a verdade biológica. O interesse da criança como critério de decisão do destino de um menor é sempre o **interesse concreto e actual de cada**

¹² JEAN CARBONNIER, «Les Notions a Contenu Variable dans le Droit Français de la Famille», in *Les Notions a Contenu Variable dans le Droit*, Bruxelles, 1984, p. 110.

¹³ *Idem* p. 111.

¹⁴ Cfr. I. THERY, *La référence, à l'intérêt de l'enfant. Du divorce et des enfants*, Travaux et Documents, Cahier n.º 111, Presses Universitaires de France, 1985, p. 59 e ANNA FREUD/JOSEPH GOLDSTEIN/ALBERT J. SOLJNIT, *Beyond the interest of children*, 1973, p. 31: «A continuidade é um princípio de orientação importante, porque as ligações emocionais da criança são ténues e vulneráveis, e precisam da estabilidade das situações externas para se desenvolverem.»

criança. Por isso podemos dizer que há tantos interesses da criança como crianças. Em consequência desta perspectiva, em cada processo relativo ao destino de um menor devia ser designado um representante do menor que analisasse profundamente a questão do ponto de vista da criança e em interacção com esta, fornecendo ao tribunal toda a informação relativa a esta (a sua personalidade, preferências, relação com os pais), dando à criança todas as informações necessárias relativamente ao processo, no caso de ela ter maturidade suficiente para as entender, determinando a opinião da criança e trazendo-a ao conhecimento do tribunal (artigos 9.º e 10.º da Convenção Europeia sobre o exercício dos direitos das crianças)¹⁵. Na falta deste representante, terá o julgador que se colocar, na medida do possível, no lugar do menor e desempenhar este papel.

IV – A solução do caso

É da minha firme convicção que a decisão do Tribunal de Família e de Menores de Braga não está certa devido a erro na interpretação de conceitos indeterminados, à atribuição de um peso decisivo a factos irrelevantes e à falta de investigação e de ponderação de factores relevantes para a decisão.

1. *Requisitos da adopção*

O art. 1974.º recorre à técnica legislativa dos conceitos indeterminados, carecidos de preenchimento valorativo, os quais exigem do julgador uma actividade complementar à do legislador, facultando uma osmose entre as máximas ético-sociais e o direito¹⁶. No entanto, estes conceitos de *reais vantagens* para o menor, *motivos legítimos* para adoptar, *vínculo semelhante ao da filiação* não são conceitos discricionários, que possam ser desenvolvidos de acordo com a valoração pessoal do juiz. Haverá que

¹⁵ Esta solução foi consagrada na Lei de Protecção de Crianças e de Jovens em Perigo, n.º 147/99, de 1 de Setembro. Veja-se o art.º 103.º, n.º 2, segundo o qual é obrigatória a nomeação de patrono à criança ou jovem quando os seus interesses e os dos seus pais, representante legal ou de quem tenha a guarda de facto sejam conflitantes e ainda quando a criança ou jovem com a maturidade adequada o solicitar ao tribunal. A nomeação é efectuada nos termos da lei do apoio judiciário (n.º 3) e é obrigatória no debate judicial a constituição de advogado ou a nomeação de patrono à criança ou jovem (n.º 4).

¹⁶ Cfr. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, 1983, p. 114.

perguntar se a sua valoração pessoal é susceptível de ser partilhada pela generalidade das pessoas e se está de acordo com normas sociais em torno das quais exista consenso. A actividade judicial é sindicável em sede de recurso de forma semelhante ao controlo da discricionariedade da Administração¹⁷, no caso de existir por parte do julgador um abuso de poderes discricionários, como por exemplo, a atribuição de uma importância decisiva a um factor irrelevante ou a falta de consideração de um factor relevante para a decisão (defeitos no processo de decisão ou na fundamentação da sentença) ou erro na ponderação de um factor relevante, o que afecta o mérito da decisão.

Passemos então à análise do preenchimento dos conceitos indeterminados realizado na sentença recorrida:

a) O conceito de reais vantagens

As vantagens que a adopção deve apresentar para o adoptando podem ser de ordem patrimonial ou não patrimonial (afectivas, morais ou espirituais)¹⁸ e para serem «reais» como exige o Código têm que verificar-se de modo concreto¹⁹. Neste ponto, incorre em erro a sentença recorrida quando afirma que as vantagens são apenas morais, não fazendo sentido atender-se a vantagens patrimoniais²⁰. É certo que as vantagens afectivas, morais ou espirituais sobrelevam as vantagens económicas, assim o tem reconhecido a mesma doutrina relativa à adopção²¹, mas as vantagens materiais também são ponderadas, na medida em que condições de vida muito abaixo do limiar da pobreza dificilmente oferecem um ambiente em que possam ser satisfeitas as necessidades físicas, psíquicas e afectivas da criança.

A demonstração das vantagens afectivas e morais da relação adoptiva, far-se-á através de *factores indiciários*, sobre os quais possa assentar a fundada convicção de que a adopção terá efeitos favoráveis para o adoptado²². Neste sentido, aponta o facto de a recorrente ter passado a

¹⁷ Cfr. FORDER, Caroline/WARD, Roger – *Child Custody Appeals: The search for principles*, The Cambridge Law Journal, vol. 46. 1987, pp. 133 e ss.

¹⁸ Cfr. CAPELO DE SOUSA, *A adopção*, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra 1971, p. 429.

¹⁹ *Idem* p. 430.

²⁰ Sentença recorrida, p. 87.

²¹ CAPELO DE SOUSA, *A adopção*, *ob.cit.*, p. 429.

²² *Idem* p. 431.

trabalhar apenas durante a tarde, sacrificando a sua vida profissional para acompanhar totalmente o menor durante a manhã, tendo, assim, estabelecido com o menor relações semelhantes às da família natural. A recorrente representa, portanto, para o menor em causa, a figura primária de referência²³, o adulto que cuida da criança no dia-a-dia e com quem a criança estabelece a sua relação emocional mais significativa e profunda, semelhante à relação filial. A ligação do menor à figura primária de referência é a pedra básica do desenvolvimento emocional saudável da criança e tem um efeito contínuo importante na capacidade da criança para ultrapassar, com sucesso, cada estágio de desenvolvimento²⁴. Na sentença recorrida ficou provado que o menor está bem integrado na família da recorrente e que a sua retirada do seu ambiente actual lhe causaria danos. Estes factos permitem a conclusão de que o período de tempo em que o menor esteve ao cuidado da candidata a adoptante trouxe para este, em concreto, reais vantagens afectivas, morais e espirituais para a formação da sua personalidade. Houve, na sentença recorrida, relativamente ao preenchimento deste conceito de reais vantagens, a falta de consideração e de investigação sobre factos essenciais para a decisão: a evolução do desenvolvimento do menor desde que está ao cuidado da recorrente até ao momento actual, sinal de que houve uma «experiência emocionalmente reparadora»²⁵, a dedicação da recorrente ao menor, a qualidade do desempenho das funções parentais, o cuidado prestado no dia-a-dia, a relação afectiva construída entre ambos, a personalidade de cada um, a disponibilidade da recorrente para atender às necessidades do menor, para comunicar com este e lhe transmitir carinho e segurança.

²³ Sobre a figura primária de referência *vide* SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do exercício do poder paternal nos casos de divórcio*, Coimbra, 1998, pp. 38-39.

²⁴ Cfr. DAVID CHAMBERS, *Rethinking the substantive rules for custody disputes in divorce*, Michigan Law Review, 1984, vol. 83, n.º 3, pp. 529-530. «Nos primeiros estádios do seu desenvolvimento, esta ligação é decisiva para a criança aprender a ter confiança nos outros e nas suas próprias capacidades. Mais tarde, desempenha um papel central na capacidade da criança estabelecer ligações emocionais com outras pessoas e afecta também o desenvolvimento no menor de qualidades intelectuais e sociais».

²⁵ Sobre a experiência emocionalmente reparadora *vide* EDUARDO SÁ/MARIA JOÃO CUNHA, *Abandono e Adopção, O nascimento da família*, Coimbra, 1996, p. 37.

b) Motivos legítimos

Quanto ao conceito de motivos legítimos para adoptar, entendemos que foi preenchido de uma forma arbitrária e oposta àquela que tem sido o entendimento da doutrina. Os motivos alegados pela autora, «o desejo de ter um filho deste casamento», «gostar de crianças», são motivos legítimos para adoptar. A oblação e o Amor, considerados na sentença recorrida²⁶, como o único motivo legítimo para adoptar, existem, por excelência, neste desejo de ter um filho. Assim o tem reconhecido a doutrina. «O interesse em adoptar num sentido oblatoivo, e em ser adoptado identificam-se, pois o interesse de quem aspira a tomar alguém como filho resolve-se no próprio interesse do adoptado.»²⁷ Uma das funções sociais desempenhadas pela adopção é «satisfazer o empenho de muitos casais estéreis de terem um filho no lar»²⁸. O desejo de ter um filho, e portanto, a satisfação do interesse do adoptante, realiza simultaneamente o interesse do menor em ser amado e ter uma família. Há coincidência entre estes dois interesses tal como acontece, em regra, numa família biológica. O facto de se referir especificamente a «filho deste casamento» só significa que se trata do desejo de estabelecer com o menor um vínculo semelhante à filiação, fruto de um acto de amor do casal.

Entender-se que o desejo de ter um filho e o gostar de crianças não são motivos para adoptar, é esquecer que é exactamente pelas mesmas razões que os casais têm filhos biológicos.

Julgamos, ainda, diferentemente da sentença recorrida, que não constitui uma atitude moralmente censurável, de acordo com os padrões morais da pessoa média, um candidato a adoptante colocar como condições, na sua candidatura, a ausência de deficiências físicas e mentais irreversíveis da criança ou a preferência exprimida pela recorrente de que fosse feito à criança o teste da SIDA, esclarecendo, contudo que «no caso de a decisão depender apenas dos resultados do eventual teste da SIDA, está disposta a prescindir do mesmo teste»²⁹. Tem sido admitido pela doutrina que as deficiências físicas e mentais são factores que dificultam e tornam não aconselhável a adopção e que as crianças que

²⁶ Sentença recorrida, p. 19.

²⁷ Cfr. CAPELO DE SOUSA, *A adopção, ob. cit.*, p. 441.

²⁸ Cfr. ANTUNES VARELA, *Direito da Família*, Universidade Católica Portuguesa, Lições ao Curso de 1980-1981, p. 115.

²⁹ Sentença recorrida, p. 95.

necessitam de um tratamento médico permanente não são adoptáveis³⁰. O cidadão comum não tem resistência psicológica nem ânimo para lidar com o sofrimento criado pela doença grave e mortal de um filho e assistir à sua morte gradual. E assim como os pais biológicos desejam a saúde dos filhos que geram também os pais adoptivos o desejam para o filho gerado pelos seus sonhos. Por outro lado, os referidos factos reportam-se a momentos anteriores à entrega efectiva do menor à candidata a adoptante, sendo apenas de avaliar o comportamento desta em relação ao menor, após a entrega e até à data do pedido de adopção.

A lei não pode exigir aos cidadãos, quando cria um instituto, que este só possa ser utilizado por quem seja moralmente perfeito, herói ou santo, sobretudo, num país como o nosso em que escasseiam os apoios às crianças deficientes e aos seus pais. Note-se que os adultos candidatos a adoptantes revelam, em regra, uma generosidade acima da média, pelo facto de adoptarem crianças que, mesmo saudáveis, quando estiveram internadas com falta de atenção individualizada³¹, vão exigir dos adoptantes uma disponibilidade, capacidade de amar e preparação psicológica superior à que, normalmente, é necessária para criar um filho biológico, devido às carências afectivas sofridas pelas crianças, como é o caso desta criança. Esta predisposição afectiva verificada na recorrente está dentro da finalidade e sentido do instituto da adopção como um instrumento de solidariedade social para com os mais fracos – as crianças – e de «convívio amoroso entre os seres humanos»³².

³⁰ CAPELO DE SOUSA, «A Adopção», *ob. cit.*, pp. 441-442.

³¹ As crianças de tenra idade institucionalizadas ficam gravemente perturbadas no seu desenvolvimento e tornam-se atrasadas nos sentimentos, na inteligência e no corpo. OSTERRIETH *apud* PEREIRA DELGADO, Abel, *Do Divórcio e da Separação Judicial de Pessoas e Bens*, Coimbra, 1971, p. 190. Sobre as consequências do internamento de crianças *vide* MNOOKIN, Robert H./WEISBERG, D. Kelly, *Child, Family and State, Problems and Materials on Children and the Law*, Boston, 1989, pp. 366-367, referindo estudos que demonstram que as crianças institucionalizadas regridem no seu desenvolvimento e sofrem negligência emocional pelo facto de não manterem a ligação emocional a uma pessoa de referência nem estabelecerem novos laços afectivos com uma nova figura de referência. Neste sentido, deve optar-se, o mais rapidamente possível, entre o regresso à família biológica ou a adopção, evitando-se situações de carácter temporário, como a permanência em instituições ou em famílias de acolhimento. Esta situação gera instabilidade na vida da criança, impedindo-a de desenvolver relações emocionais com as pessoas que cuidam dela.

³² CAPELO DE SOUSA, *A Adopção*, *ob. cit.*, p. 33.

c) *Que a adopção não envolva sacrifício injusto para os outros filhos do adoptante*

Relativamente a este requisito não foi, na sentença recorrida, colocado qualquer obstáculo nem apresentada qualquer prova segundo a qual a adopção comporte sacrifícios injustos para o outro filho da candidata a adoptante.

d) *Que seja razoável supor que entre o adoptante e o adoptado se estabelecerá um vínculo semelhante ao da filiação*

Para analisar se um vínculo entre um adulto e uma criança é ou não semelhante ao da filiação importa averiguar o tempo que o adulto dedica à criança, os cuidados que lhe presta no dia-a-dia, o grau de desenvolvimento do menor, a relação afectiva entre ambos. A autora é a mãe psicológica do menor, ou seja, a pessoa que numa base de continuidade no dia-a-dia, através de interacção, companhia, acção recíproca e mútua, preenche a necessidade psicológica e física da criança de ter uma mãe³³. Os laços de sangue constituem uma presunção de amor paterno e materno – filial. Todavia, o vínculo biológico desligado do desenvolvimento de uma relação afectiva com o filho no dia-a-dia, e no estágio em que se encontra a criança actualmente – bem integrada na família da candidata a adoptante – não é o critério para decidir acerca da procedência ou improcedência do pedido de adopção plena. Para decidir acerca da adopção, após ter havido uma decisão de confiança judicial com vista a futura adopção, é necessário analisar, apenas, como vimos, *como decorreu o período de pré-adopção e se ficou estabelecido entre a candidata a adoptante e o menor um vínculo semelhante ao da filiação*, e não discutir elementos de prova relativos à adoptabilidade do menor. Pensamos que esta sentença se desviou do seu objecto e não considerou factos relevantes para a decisão. Apesar destes erros no processo de decisão, o julgador não deixou de reconhecer que o menor está bem integrado na família da candidata a adoptante, o que significa uma resposta positiva a este requisito.

³³ Noção de progenitor psicológico segundo GOLDSTEIN/ANA FREUD/SOLINIT, *Beyond the Best Interest of Children*, 1973, p. 98.

2. A modificabilidade das decisões proferidas em processos tutelares cíveis

Ainda que se entendesse, conforme a sentença recorrida, que a decisão de confiança judicial é susceptível de alteração, sempre essa alteração teria de ser conforme ao interesse do menor. Todas as decisões proferidas em relação a menores têm de estar de acordo com o interesse destes. O interesse do menor exige que as decisões que lhe dizem respeito sejam certas, rápidas e definitivas para que não seja colocado numa situação de incerteza, numa espécie de «limbo». O interesse do menor, no contexto do arts. 157.º e 182.º da OTM, invocados na sentença recorrida, tem um sentido restrito, em torno do qual existe consenso na psicologia e que não admite um espaço de livre apreciação do juiz: *a criança precisa de estabilidade e segurança nas relações afectivas que construiu e no ambiente em que vive para poder ultrapassar com sucesso as etapas do seu desenvolvimento*³⁴. A instabilidade do processo mental das crianças durante o período de desenvolvimento precisa de ser contrabalançada com a estabilidade ininterrupta das situações externas, para que não se rompa o ritmo de crescimento do menor³⁵. Neste sentido, para que a alteração da decisão de confiança judicial fosse conforme ao interesse do menor seria necessário que as vantagens causadas ao menor pela nova decisão, ponderadas com os danos causados pelo rompimento da estabilidade da sua vida actual, compensassem estes danos.

Na sentença recorrida, o interesse do menor foi identificado com a manutenção da sua identidade natural, «a beleza da relação natural»³⁶. A identidade biológica constitui o interesse abstracto do menor. Contudo, nas decisões judiciais que lhe dizem respeito o critério de decisão é, como vimos, o interesse concreto do menor, o qual pode não coincidir com a identidade biológica.

A concepção de interesse do menor presente na sentença recorrida é uma concepção baseada no sentimento³⁷, que sobrevaloriza os laços biológicos

³⁴ DAVID CHAMBERS, *Rethinking the substantive rules for custody disputes in divorce*, *ob. cit.*, pp. 529-530.

³⁵ Cfr. ANNA FREUD/GOLDSTEIN/SOLNIT, *Beyond the Interest of the Child*, *ob. cit.*, p. 31.

³⁶ Vide sentença recorrida, p. 101.

³⁷ Como diz LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, Fundação Calouste Gulbenkian, p. 145, « (...) esse sentimento não é senão o sentimento individual, qualquer outra pessoa poderá partilhar ou não partilhar desse sentimento; ninguém poderá afirmar que o seu sentimento é mais infalível do que o de outrem ».

mesmo contra a realidade familiar, afectiva, psicológica e social vivida pelo menor. O próprio julgador, na sentença recorrida, apela a argumentos emocionais³⁸, convidando o leitor a pôr-se no lugar da família natural e invoca, para apreciar esta situação, a dor de perder um filho – «a morte do filho», tendo em mente, provavelmente, a sua experiência pessoal, que é também a vivida pela maioria das pessoas, relativamente ao afecto ligado aos laços biológicos. Mas não é seguramente a experiência deste menor. E é, como vimos, no lugar do menor que deve colocar-se o julgador.

Vejamos a situação do menor com realismo e objectivamente, e tendo apenas em conta os factos considerados provados pela sentença recorrida. Trata-se de decidir o destino de um menor com quatro anos de idade que viveu os seus primeiros sete meses de vida em condições infra-humanas (numa casa que só tinha uma divisão que servia de espaço para a família comer e dormir, sem água, energia eléctrica e saneamento), que foi encontrado sozinho, exposto ao frio e a uns chuviscos, gravemente doente e necessitando de medidas de recuperação física (conforme relatório médico), mal nutrido, fontanela aberta a 5 dedos (sinais de raquitismo) e revelando atraso global de desenvolvimento. Não se trata aqui de impor critérios de felicidade individuais a outros. As necessidades básicas das crianças não são diferentes conforme o seu estrato social. *Há consenso social em torno da ideia de que uma criança de sete meses de idade, pela sua completa falta de autonomia e extrema fragilidade, para poder sobreviver, precisa para além do afecto que se presume ser dado sempre pelos pais biológicos, de um cuidado e de uma vigilância permanentes relativamente à sua alimentação e saúde, sob pena de carências nestes aspectos lhe causarem não só um sofrimento insuportável (lembremo-nos que uma criança não tem a capacidade do adulto para racionalizar, compreender e aceitar o sofrimento e as privações das suas necessidades básicas) como riscos de vida.* Note-se que, estariam verificados os pressupostos de uma medida tutelar ao abrigo do art. 1918.º, se o menor fosse encontrado nesta situação de doença e de abandono, ainda que em boas condições habitacionais. Não se trata, portanto, de um caso de discriminação das classes mais desfavorecidas, conforme entende a sentença recorrida.

³⁸ Reconhecemos que a emoção tem um papel importante na decisão judicial mas o seu peso deve ser limitado por sentimentos de justiça para com as outras partes envolvidas no processo, a candidata a adoptante e a criança, que desenvolveram entre si laços afectivos idênticos à relação mãe-filho.

Após ter sido retirado da guarda dos pais, através de uma medida tutelar, este menor esteve internado numa instituição até à data em que foi entregue para futura adopção à autora. Durante o internamento era visitado esporadicamente pelos pais. O afecto dos pais, para uma criança de tenra idade, nada significa quando separado dos cuidados e das atenções de que esta necessita constantemente no dia-a-dia.

As instituições, pelo número de crianças que recebem em comparação com o número de pessoas disponíveis para cuidar delas, não asseguram às crianças o tratamento pessoal e individualizado de que estas necessitam. As visitas esporádicas dos pais naturais também não são suficientes para satisfazer a necessidade da criança se sentir amada, sobretudo, se tivermos em conta, que para uma criança a sensação do tempo é muito diferente da de um adulto. Uma criança de tenra idade sem um adulto que cuide dela no dia-a-dia, adulto esse que pode ser o pai ou a mãe biológicos ou também uma pessoa que desempenhe o papel de substituto maternal, não tem condições para se desenvolver.

Não é verdade, como se afirma na sentença recorrida³⁹, que o art. 1918.º do Código Civil exija um comportamento culposo dos pais para a verificação dos seus pressupostos. Veja-se desde logo, o art. 1915.º do Código Civil (correspondente ao art. 194.º da OTM), o qual impõe uma medida mais gravosa do que a prevista no art. 1918.º, uma inibição do exercício do poder paternal, a admite não só mediante causas subjectivas – a infracção culposa dos deveres para com os filhos, com grave prejuízo destes – mas também por *causas objectivas*, independentes de culpa – *quando os pais, por inexperiência, enfermidade, ausência ou outras razões não se mostrem em condições de cumprir aqueles deveres*. A doutrina também tem entendido que neste contexto «não se valora em especial a culpa mas dá-se apenas realce à situação de efectiva incompatibilidade entre um normal desenvolvimento do filho e o exercício do poder paternal pelos seus pais»⁴⁰ e que o incumprimento dos deveres fundamentais dos pais referido no art. 36.º, 6 da CRP é um incumprimento objectivo⁴¹. Para que estejam preenchidos os pressupostos da al. d) do art. 1978.º, basta a ocorrência também de um perigo

³⁹ Sentença recorrida, p. 71.

⁴⁰ MARIA DE FÁTIMA ABRANTES DUARTE, *O poder paternal. Contributo para o estudo do seu actual regime*, AAFDL, 1989, p. 203.

⁴¹ *Idem* p. 203, nota 289.

objectivo para a segurança, saúde, formação moral ou a educação do menor causado por uma acção ou omissão dos pais, que pode não ser culposa, pois a finalidade destas medidas é proteger o menor e não punir os pais. No entanto, para além dos requisitos exigidos para as limitações ou inibições do exercício do poder paternal, para que possa ser decretada uma confiança judicial com vista a futura adopção, a lei exige que este *perigo, pela sua gravidade, comprometa seriamente os vínculos afectivos próprios da filiação*. Não basta para afastar este requisito que os pais reclamem o filho, é necessário também que pelo seu *comportamento global* em relação ao filho tenham demonstrado esse vínculo afectivo. A existência de vínculo afectivo deve ser analisada tendo em conta, sobretudo, *a perspectiva do menor*.

Vimos que na sentença recorrida foi atribuído um peso decisivo ao interesse do menor em manter a sua identidade biológica. Porém, a questão da origem, da identidade biológica, da proveniência dos genes e do sangue, é uma questão que interessa aos adultos, que se querem conhecer e compreender a si próprios. Uma criança não se preocupa com questões tão filosóficas e culturais. Um sorriso, um gesto de ternura valem mais do que todas as filosofias do mundo. O que uma criança precisa para viver com alegria e segurança, é de um adulto que cuide dela no dia-a-dia, sensível às suas necessidades e com disponibilidade para as atender sem demora. Podemos dizer, de uma forma prosaica, mas bem fácil de entender, que uma criança de tenra idade precisa de alguém que lhe dê de comer quando tem fome, que a trate quando está doente, que a aqueça quando tem frio, que se levante a meio da noite quando ela chama, que a acorde de manhã, que sorria para ela, que brinque com ela, que fale e comunique, de uma forma afectiva, com ela. Estas exigências ao papel dos pais junto dos filhos de tenra idade, comportando evidentemente a possibilidade de falhas e erros que não sejam graves nem sistemáticos, correspondem ao núcleo do conceito de interesse da criança, em torno do qual há consenso social. E todos estes gestos envolvidos numa multiplicidade de ternuras recíprocas criam entre o adulto que desempenha esta função e a criança laços afectivos tão fortes como os criados habitualmente pelos laços de sangue. Por outro lado, o vínculo biológico sem o contacto diário entre os pais e os filhos nada significa para estes. Mesmo os pais biológicos que já amam o seu filho desde a concepção, ou até antes, porque o desejaram muito, reconhecem que os vínculos afectivos se aprofundam e desenvolvem de uma forma incomparavelmente mais forte com o contacto do dia-a-dia e que estes vínculos crescem mais,

quanto mais duradouro for esse contacto no tempo. O mesmo se passa com os pais adoptivos. Também eles sentem amor filial no desejo de um filho. O facto de a criança não ter sido concebida, de um ponto de vista biológico, pelos pais adoptivos, a ausência física de uma gravidez e de um parto, não impedem o desenvolvimento de sentimentos maternos e paternos. O período de espera é sentido como uma gravidez e a entrega da criança como o nascimento⁴². O filho também é gerado por um acto de amor do casal que decidiu adoptar e sente-se parte dos pais adoptivos.

É a recorrente que cuida do menor desde Março de 1996, data da confiança judicial com vista a futura adopção, ocupando afectivamente o lugar de mãe. Actualmente, o menor está bem integrado na família da requerente. Forçar contactos com os pais biológicos, sacrificando o equilíbrio psicológico do menor e a sua necessidade de estabilidade, já tão abalada ao longo do percurso da sua vida, não é uma decisão sensata nem conforme ao interesse do menor. Não consideramos decisiva, para o interesse do menor, a identidade biológica deste. Tenha-se em conta que, o menor, devido à pouca *idade* com que foi internado (7 meses), às *visitas esporádicas* dos pais durante este internamento, à idade com que foi confiado à candidata a adoptante (ainda não tinha completado dois anos e encontrava-se atrasado de desenvolvimento), não tem *consciência* desta identidade biológica nem reconhece como tal os pais biológicos. Pelo contrário, a consciência que tem de si próprio reporta-se ao ambiente em que vive *actualmente*, e as pessoas que *identifica como pais* e que de facto têm desempenhado esse papel, são a candidata a adoptante e o seu marido. Conforme já decidido por jurisprudência anterior, o direito à identidade pessoal de um menor confiado aos candidatos a adoptantes com pouca idade, tem nestes casos, uma dimensão minimalista, que é o direito ao auto-reconhecimento dessa identidade⁴³.

A sentença recorrida não respeita, portanto, o **interesse concreto e actual do menor**. Só a adopção plena garante efectivamente a **verdade sociológica e afectiva**: esta criança identifica como pais a recorrente e o marido desta e está integrada como filho na família destes.

Todavia, dir-se-á que a decisão da sentença recorrida permite salvar guardar os interesses de todos os intervenientes. Por um lado, a relação

⁴² EDUARDO SÁ/MARIA JOÃO CUNHA, *Abandono e adopção*, ob. cit., p. 38.

⁴³ Cfr. Acórdão da Relação de Lisboa de 19-2-98, CJ, 1998, Tomo I, p. 131.

afectiva entre a recorrente e o menor está protegida pela atribuição a esta da guarda e do poder-dever de educação. Por outro lado, os direitos dos pais biológicos seriam garantidos através do exercício do direito de visita. Ficaria, assim, protegido o interesse do menor em manter simultaneamente a relação afectiva com a figura primária de referência e a sua identidade biológica, construída através do conhecimento dos seus pais biológicos e de uma relação de visita com estes.

Contudo, a guarda é uma solução provisória, susceptível de ser revogada a todo o tempo (art. 1920.º A), se os pais biológicos ultrapassarem as causas que conduziram à medida tutelar, sujeitando-se, assim, a criança a ser objecto de conflitos entre as pessoas que identifica como pais e os pais biológicos, criando-se uma situação de insegurança e sendo perturbada a estabilidade das relações afectivas reais do menor. Por outro lado, uma medida tutelar exige uma partilha de poderes-deveres entre os pais biológicos e a pessoa a quem o menor foi confiado (art. 1919.º, n.º 1), solução muito difícil de pôr em prática e susceptível também de gerar conflitos.

A execução do regime de visitas fixado na sentença recorrida, mesmo gradual e com acompanhamento provocará na criança uma atitude de rejeição, pois, afigura-se altamente provável, que esta não aceitará nem reconhecerá os pais biológicos como tal. Nesta fase do desenvolvimento do menor, esta solução representa um risco para a sua estabilidade e equilíbrio psicológico, os quais sabemos já fortemente afectados pelo seu passado. Dados de psicologia infantil demonstram que as crianças de 3 a 5 anos apresentam especiais complexos desafios de desenvolvimento, necessitando de um ambiente estável, com o mínimo de mudanças, caso contrário apresentam perturbações de comportamento como pesadelos crónicos, nervosismo e ansiedade⁴⁴. A manutenção das relações com os pais biológicos é importante para as crianças que são adoptadas quando são mais velhas e que têm laços afectivos construídos com os seus pais biológicos, sendo nestes casos aconselhável a adopção restrita, mas não para este menor em concreto.

A confiança da guarda à recorrente não constitui uma relação jurídica familiar, não criando direitos sucessórios nem direitos de alimentos recíprocos, «os esteios jurídico-sociais mais fortes por onde passa o

⁴⁴ Cfr. ROSEMARY MCKINNON/JUDITH WALLERSTEIN, *Joint Custody and the Preschooler Child*, Behavioral Sciences and the Law, vol. 4, n.º 2, 1986, pp. 169 e ss.

vínculo familiar nos graus mais próximos de parentesco.»⁴⁵ Só a adopção plena confere ao adoptado a condição de filho do adoptante e o integra com os seus descendentes na família deste, criando direitos sucessórios recíprocos entre o adoptado e os familiares do adoptante (art. 1986.º, n.º 1). Só assim o filho adoptivo fica colocado numa situação de igualdade em relação ao filho biológico da candidata a adoptante, para efeitos sucessórios, sinal de que, no plano afectivo, a filiação adoptiva é idêntica à filiação biológica.

Entendemos, no entanto, que uma criança adoptada plenamente tem direito a conhecer a sua historicidade pessoal e a sua origem biológica e que o actual regime legal, exigindo segredo de identidade (art. 1985.º)⁴⁶, não o permite. A lei apenas prevê que o segredo de identidade seja revelado num processo preliminar para casamento no caso de haver algum impedimento matrimonial aquando da celebração do casamento do menor (art. 1986.º, n.º 1, 2.ª parte e art. 1603.º). Pensamos que esta solução legal não exclui o direito de o adoptando consultar os seus registos de nascimento. Trata-se de um direito natural que vale independentemente da sua positivização na lei. O exercício deste direito por parte do filho adoptivo não tem como consequência a atribuição judicial aos pais biológicos de um direito de visita ou de direitos de educação. Devem ser os pais adoptivos a decidir o momento em que é revelado ao menor a sua história, quando o entendam conveniente, de acordo com o conhecimento que têm da personalidade do filho e da sua capacidade de entender e aceitar a situação. E é sabido que os pais adoptivos se preocupam com esse facto e que normalmente o fazem⁴⁷. Os Conselhos de Segurança Social quando escolhem os candidatos devem ter em conta este facto como critério de escolha e preparar os pais para o momento da revelação ao filho.

Quanto ao contacto com a família biológica, penso que este não deve ser imposto, numa idade em que a criança não tem capacidade para o entender. Deverá ser o próprio menor quando tiver maturidade suficiente, normalmente a partir da adolescência, a procurar essa relação, se o desejar.

⁴⁵ PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, vol. v, Coimbra, 1995, p. 536.

⁴⁶ Segundo ANTUNES VARELA, *Lições de Direito da Família*, ob. cit., p. 156, a ratio do segredo de identidade foi a de evitar o perigo de manobras de extorsão ou de chantagem dos pais biológicos que as situações de miséria moral e de carência material, normalmente na base destes casos, tornam especialmente justificado.

⁴⁷ EDUARTE SA, *Abandono e adopção*, ob.cit., p. 146.

V – Conclusões

1. Os relatórios da Segurança Social, elaborados por uma equipa interdisciplinar com a finalidade de coadjuvação da função judicial, constituem meios de prova sujeitos a uma livre apreciação do juiz.

2. A apreciação da prova feita pelo juiz no processo de confiança judicial e a fundamentação da sentença só podem ser apreciadas em recurso proferido contra a respectiva sentença e não no processo de adopção. Após ter ficado estabelecida, na decisão de confiança judicial, a situação do menor face aos pais biológicos, estes não podem tornar a ser ouvidos no processo de adopção [art. 1981.º, n.º 1 al. c)].

3. Para que se verifiquem os requisitos do art. 1978.º, n.º 1, al. d), a lei exige um perigo objectivo e grave para a segurança, a saúde, a formação moral ou a educação menor, independentemente da culpa dos pais. O conceito de gravidade e de comprometimento sério dos vínculos afectivos próprios da filiação devem ser apreciados, tendo em conta a idade do menor, as suas necessidades, o seu grau de desenvolvimento e estado de saúde, assim como o comportamento global dos pais no exercício das suas funções parentais, não bastando a mera reclamação do filho no momento da confiança judicial.

4. O art. 1978.º, n.º 1, al e) não exige que o manifesto desinteresse revelado pelos pais relativamente ao filho, em termos de comprometer seriamente os vínculos afectivos próprios da filiação, se traduza necessariamente numa ausência completa de visitas ao menor acolhido por uma instituição, durante os seis meses que precederam o pedido de confiança. Tratando-se de um menor de tenra idade, e tendo em conta o estado de desenvolvimento do menor, o julgador pode entender que as visitas esporádicas ou espaçadas durante os últimos seis meses comprometem seriamente os vínculos afectivos próprios da filiação.

5. Declarada a situação de adoptabilidade de um menor através de uma decisão de confiança judicial com vista a futura adopção, só irá conhecer-se da natureza, qualidade e características da relação afectiva criada entre os adoptantes e o adoptando, durante o período de pré-adopção, a fim de determinar se ficou estabelecida entre o candidato a adoptante e o adoptando uma relação semelhante à filiação.

6. Na apreciação dos requisitos da adopção foram cometidos abusos de poderes discricionários do juiz, considerando-se factores irrelevantes (o desejo de não adoptar um filho deficiente, facto reportado ao momento da candidatura, e a exigência de testes de SIDA, facto anterior à entrega

do menor) como decisivos para decidir pela inidoneidade da candidata, não atribuindo o devido peso ao factor essencial para avaliar da conveniência do vínculo de adopção, a boa integração do menor na família da recorrente. Este facto, só por si, fundamenta a procedência do pedido da adopção, pois significa que a qualidade da relação afectiva estabelecida entre a adoptante e o menor é semelhante à da filiação e que o menor faz parte da família da adoptante, sente-se filho desta e identifica-a como mãe.

7. Mesmo que se entenda que a decisão de confiança judicial pode ser alterada na sentença destinada a deferir ou indeferir o processo de adopção, sempre teria a decisão de ser conforme ao interesse do menor.

8. O interesse de um menor de tenra idade, que não tem consciência da sua identidade biológica, consiste, após se ter criado uma relação materno-filial com a candidata a adoptante, não no interesse abstracto da generalidade dos menores – a identidade biológica – mas no interesse concreto deste menor – a definição da sua situação jurídica conforme à verdade sociológica e afectiva vivida pelo menor: a integração na família da candidata a adoptante como filho com todos os efeitos jurídicos daí decorrentes (art. 1986.º, n.º 1).

9. A atribuição da guarda à recorrente não traduz a realidade afectiva do menor: a situação de filho. Em virtude de se tratar de uma solução provisória cria potencialmente conflitos entre a família biológica e a família que acolheu o menor, não produz os efeitos jurídicos correspondentes à situação de filho e sujeita o menor a uma instabilidade prejudicial ao seu desenvolvimento.

10. O estabelecimento de um regime de visitas a favor dos pais biológicos, nesta fase de desenvolvimento do menor, pela falta de maturidade deste e por já estar integrado como filho na família da adoptante, não pode ser executado sem riscos para o menor.

11. A adopção plena, apesar do segredo de identidade (art. 1985.º), não retira ao menor o direito natural à sua historicidade pessoal e a conhecer a sua origem, pelo que poderá, quando tiver suficiente maturidade e com acompanhamento psicológico, consultar o registo de nascimento e procurar os pais biológicos. A disponibilidade dos pais adoptivos para permitirem ao menor o efectivo exercício deste direito, quando o menor suficientemente maduro o desejar, deve ser considerada nos critérios de selecção dos candidatos a adoptantes.

12. A mudança do nome do menor favorece a integração deste na família adoptiva e salvaguarda o interesse do menor (art. 1988.º,

n.º 2). Conforme já decidido por jurisprudência anterior⁴⁸, o menor, devido à pouca idade que tinha quando foi confiado à recorrente, não tem consciência da sua identidade ou ignora por completo o seu verdadeiro nome. Portanto, o seu direito à identidade pessoal, na sua vertente minimalista de direito ao auto-reconhecimento, não é violado⁴⁹.

13. A sentença recorrida traduz um desvio de poder e a hostilidade pessoal do julgador em relação ao instituto da adopção (note-se, o especial empenho em referir na fundamentação da sentença casos que nada têm a ver com o caso *sub iudice*). A obrigação do juiz é aplicar a lei e dar aos institutos jurídicos o sentido e o alcance que têm na lei e na consciência social. A adopção é uma fonte de relações familiares (art. 1576.º do Código Civil) e não pode dizer-se como o Visconde de Seabra que seja uma ficção ou não corresponda a nenhuma necessidade do coração humano. Não são estes os sentimentos da sociedade, a concepção da doutrina ou da lei em relação à adopção. «A adopção tem na sua base uma realidade individual, sentimental e social, diferente da procriação, mas tão real como este laço biológico.»⁵⁰

14. As omissões do Estado relativamente aos direitos económicos, sociais e culturais dos cidadãos, devido, infelizmente, à escassez de recursos económicos e aos critérios políticos da sua distribuição, não podem deixar sem protecção os seres humanos mais fracos, as crianças, sendo, portanto, legítimo e imprescindível que a adopção constitua uma forma de acção conjunta do Estado e dos particulares, no apoio às crianças em risco. Isto sem prejuízo de a adopção ser uma *ultima ratio* e da necessidade de introdução de políticas de apoio à família e às mães solteiras, em que o Estado actue juntamente com a sociedade civil, numa perspectiva de co-responsabilização social, por exemplo, através da intervenção de equipas, incluindo voluntários, que ensinem aos pais o desempenho das suas funções parentais, que lhes concedam apoio económico e psicológico, que orientem os pais na formação escolar dos seus filhos etc., sem esquecer a obrigação do Estado de garantir a todas as famílias uma habitação condigna.

⁴⁸ Cfr. Acórdão da Relação de Lisboa, de 19-2-98, CJ, 1998, Tomo I, pp. 129-132.

⁴⁹ Acórdão da Relação de Lisboa, *ob. cit.*, p. 131.

⁵⁰ PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, vol. v, *ob. cit.*, p. 506.

Nota de actualização: O direito de o filho adoptivo conhecer a sua origem e a adopção aberta

a) O direito do adoptado conhecer a origem biológica na lei portuguesa, a experiência do direito comparado e o direito internacional

A adopção é um instituto que assumiu sempre múltiplas finalidades e mutações de regime ao longo da história, reaparecendo, durante o século xx, no direito europeu, como uma instituição de apoio às crianças. No direito português, a adopção foi pela primeira vez regulada como instituto a favor das crianças abandonadas pelo código de 1966 e o seu regime sofreu alterações legislativas sucessivas, em 1977 (DL n.º 496/77), 1993 (DL n.º 185/93) e 1998 (DL n.º 120/98), destinadas, entre outros aspectos, a alargar o campo de aplicação da adopção plena, a criar a figura da confiança judicial com vista a futura adopção, a permitir a participação da criança no processo de adopção a partir dos doze anos e a consagrar a possibilidade de a criança ser confiada à guarda provisória do candidato a adoptante.

Contudo, na questão do acesso aos registos de nascimento pelo adoptado, a regulamentação da adopção peca por falta de coerência e de coordenação, orientando-se mais pelo interesse dos pais adoptivos e dos pais biológicos do que pelo interesse da criança. O adoptado, na adolescência ou quando adulto, vendo negado ou dificultado o acesso à identidade dos pais biológicos, sente-se objecto de decisões de outrem que não pode controlar. Em Portugal, devido à introdução recente da adopção, à sua escassa expressão numérica e, provavelmente, nalguns casos, à não revelação do facto da adopção, este problema não tem tido dimensão suficiente para ser publicitado e tratado no sistema judicial. A investigação científica tem demonstrado que o conhecimento das origens é uma necessidade psicológica dos adoptados para a construção da sua identidade e história pessoal, embora só uma minoria solicite as informações⁵¹.

⁵¹ Cfr. LAMMERANT, Isabelle, *L'adoption et les droits de l'homme en droit comparé*, Bruylant, Bruxelles/Paris, 2001, p. 562. Calcula-se que cerca de 15% dos adoptados, durante a sua vida de adultos, procuram obter informações sobre a identidade dos pais biológicos. Cfr. CRETNEY, S.M./MASSON, J. M., *Principles of Family Law*, Sixth Edition, London, 1997, p. 886. Defendendo que os filhos adoptivos que procuram a identidade dos pais biológicos representam uma minoria dentro da

A ambiguidade que caracteriza o regime jurídico da adopção tem raízes históricas. Na tradição do direito romano, a adopção tinha funções políticas e religiosas, ligadas à perpetuidade do culto dos antepassados. No direito português medieval, a adopção assumiu uma função patrimonial, funcionando como acto de transmissão de bens ou tendo por finalidade atribuir ao adoptado a qualidade de sucessor. Mais tarde, a partir do século XVI, a adopção era um instituto próprio da aristocracia e tinha como objectivo a transmissão do nome e dos títulos nobiliárquicos, tendo caído em desuso e descrédito, durante o século XIX⁵². Na *common law*, a adopção não existia mas a história dos EUA revela uma ruptura com a atitude proibitiva da Inglaterra e da Europa Ocidental em relação à adopção, havendo um número substancial de crianças da América colonial que viveu com famílias a quem não estavam ligadas por laços de sangue⁵³. A família servia como escola e como um sistema de acolhimento de crianças. Crianças de todas as classes sociais eram colocadas voluntariamente pelos seus pais, à guarda de outras famílias para aprenderem um ofício. As igrejas e o Estado recorriam também à figura do direito inglês da *apprenticeship* para colocar crianças órfãs, abandonadas, negligenciadas ou pobres, em famílias que cuidavam delas e que podiam, em contrapartida, utilizar a seu favor a mão-de-obra destas. A adopção era entendida como uma forma de combater a pobreza, sem que tal implicasse despesa para aqueles que pagam impostos⁵⁴. A partir da Primeira Guerra Mundial, a adopção passou a ser vista como um instituto a favor das crianças, embora, na realidade, esteja sempre presente também o interesse dos pais adoptivos em satisfazer o seu desejo de ter um filho. Contudo, este desejo não pode ser realizado a qualquer preço e não existe o direito a uma criança⁵⁵. A adopção destina-se a dar uma família a uma criança que dela carece, considerando-se que é melhor

população que foi adoptada e questionando a neutralidade da investigação científica sobre o fenómeno designado por *genealogical bewilderment* vide CARP, E. Wayne, *Family Matters, Secrecy and Disclosure in the History of Adoption*, London, 1998, pp. 155-157.

⁵² Sobre esta evolução histórica vide SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Breves reflexões sobre a evolução do estatuto da criança e a tutela do nascituro*, Iuris et de Iure. Nos 25 anos da Universidade Católica Portuguesa. Porto, 1998, p. 182-184.

⁵³ Sobre a história da adopção nos EUA vide CARP, E. Wayne, *Family Matters...*, *ob. cit.*, pp. 1-35.

⁵⁴ Cf. CARP, E. Wayne, *Family Matters...*, *ob. cit.*, pp. 4-7.

⁵⁵ Cf. Recomendação 1443 (2000) da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, Princípio 1.

para a criança ser adoptada do que viver em situações transitórias, passando por sucessivas famílias de acolhimento e por instituições, onde vive num ambiente impessoal, sem relações afectivas sólidas e mais sujeita a ser vítima de abusos sexuais e de maus tratos físicos e psíquicos⁵⁶.

A problemática do direito a conhecer as origens surgiu primeiro nos EUA, onde a adopção, tal como a conhecemos hoje, um instituto a favor das crianças, foi primeiro regulada pela lei. Numa primeira fase, a lei não exigia segredo de identidade, apenas confidencialidade perante terceiros, a fim de proteger o filho adoptivo e os pais adoptivos do público e do estigma social, podendo, no entanto, esta confidencialidade ser quebrada, a pedido das partes do processo de adopção⁵⁷. Nesta fase, as crianças adoptadas eram, sobretudo, crianças nascidas dentro do casamento, filhas de mães que, devido a uma extrema pobreza causada pelo divórcio ou pelo abandono, entregavam os filhos para adopção. Estas mães continuavam muito ligadas aos filhos e voltavam ao sistema social para os reencontrar ou obter informações acerca destes⁵⁸.

O segredo como interdição de acesso ao conhecimento da verdade biológica e da identidade dos pais remonta ao período da Segunda Guerra Mundial e está relacionado com a mudança do perfil da mãe biológica, o qual passa a ser o da mãe solteira jovem⁵⁹. Contudo, já em períodos anteriores, durante a primeira metade do século xx, o segredo era invocado para proteger os pais adoptivos de interferências dos pais biológicos e para facilitar o recrutamento de pais adoptivos⁶⁰. Por razões de privacidade, e uma vez que a sexualidade feminina fora do casamento era socialmente estigmatizada, as mães biológicas que davam os seus filhos para a adopção exigiam segredo quanto à sua identidade. Neste contexto, é importante frisar que as normas de direito da família têm uma origem patriarcal e que a actividade reprodutiva e sexual ocorria em estruturas sociais desiguais, que privilegiavam o homem e que provocavam consequências económicas e sociais devastadoras para as

⁵⁶ Sobre o «direito da criança a ter o afecto de um pai e de uma mãe» e sobre o sofrimento, a angústia e a solidão das crianças institucionalizadas *vide* ROCHA, Maria Dulce, *Adopção – Um direito para algumas crianças*, Revista do Ministério Público, Ano 18, n.º 70, 1997, p. 125 e p. 129.

⁵⁷ Cfr. CARP, E. Wayne, *Family Matters...ob.cit.*, pp. 56-57.

⁵⁸ *Idem* p. 74.

⁵⁹ *Idem* pp. 110-111.

⁶⁰ *Idem* pp. 104-105.

mães solteiras e para os filhos nascidos fora do casamento⁶¹. Ainda hoje, apesar das leis igualitárias e do princípio constitucional da não discriminação do filho nascido fora do casamento, as famílias monoparentais femininas apresentam taxas de pobreza mais elevadas do que as famílias em que os pais vivem juntos, continuando a perpetuar-se a discriminação, devido à fácil desresponsabilização financeira do homem em relação aos filhos e à falta de apoio estadual e social à maternidade.

Esta alteração demográfica verificada após a Segunda Guerra Mundial, coincidiu com o sucesso e a divulgação que conheceram na época as teorias psicanalíticas, as quais contribuíram para que os profissionais da área das ciências sociais negassem às mães biológicas e aos filhos adotivos, o acesso aos registos. Simultaneamente, a sociedade construiu uma imagem negativa da mãe solteira, assente na presunção da incapacidade desta para tomar conta dos filhos. A mãe solteira foi, assim, vítima de uma forte discriminação, não só vinda da sociedade mas também das ciências sociais, que a viam como neurótica e delinquente⁶².

Este modelo legislativo, moldado nos EUA, após a Segunda Guerra Mundial, e baseado no segredo, foi aquele que passou para as legislações europeias, em que o instituto da adopção ressurgiu, após as Grandes Guerras, com a finalidade de dar uma família a crianças abandonadas ou cujos pais tivessem falecido.

⁶¹ Cfr. SHANLEY, Mary L., *Unwed fathers' rights, adoption, and sexual equality: Gender neutrality and the perpetuation of patriarchy*, Columbia Law Review, Vol. XCV, 1995, p. 67-69. Na *common law*, o poder paternal do pai sobre o filho era uma extensão do poder marital sobre a mulher, e o pai não tinha uma relação jurídica com os filhos nascidos fora do casamento, que não eram, juridicamente, filhos de ninguém. Vide MASON, Mary Ann, *From Father's property to children's rights: the history of child custody in the United States*, 1994, pp. 14-18. No direito português, o Código Civil de 1867 (art. 166.º), admitia que os filhos ilegítimos estivessem sujeitos ao poder paternal da mesma forma que os legítimos, com a excepção dos filhos adúlteros, espúrios e os expostos e abandonados. No caso de ambos os pais terem perflhado o filho, o poder paternal pertence a ambos. O pai não goza, contudo, da qualidade de chefe de família, uma vez que não existe matrimónio, não se verificando as causas que determinavam a atribuição de poderes especiais ao pai. Cfr., GUIMARÃES, Elina, *O poder maternal*, Lisboa, 1933, pp. 249-250. Contudo, os filhos nascidos fora do casamento, mesmo quando reconhecidos pelo pai, não tinham, até 1976, os mesmos direitos sucessórios dos filhos nascidos dentro do casamento, permitindo a lei, ao homem, a desresponsabilização financeira pela sua descendência fora do casamento. Sobre a luta das mulheres contra o critério duplo sexual inerente às regras que regulavam o poder paternal e a reprodução vide BASCH, Norma, *In the eyes of the law: Women, marriage and property in nineteenth-century*, New York, 1982.

⁶² Cfr. CARP, E. W., *ob. cit.*, pp. 113-115.

O Código Civil de 1966, admitindo a adoção plena só em casos de pais falecidos ou incógnitos, restringiu as situações em que há um corte entre a família biológica e a adoptiva. Consequentemente, antes da reforma de 1977, o número de adoções restritas excedia em muito o número de adoções plenas, não sendo, portanto, o problema do segredo de identidade tão pertinente como actualmente. A adoção era um instituto sem tradição entre nós⁶³. Apesar de a adoção ser considerada uma relação familiar pela lei e uma forma de família protegida pela constituição (art. 36. n.º 7 CRP), as concepções sociais e a cultura têm dado preferência aos laços de sangue em detrimento do sentido social e afectivo de família. Ainda hoje, a adoção é um instituto com pouca expressão⁶⁴, sendo o número de adoções decretado por ano inferior a 400: em 1980, o número de adoções foi de 265, em 1983 de 358, em 1988, de 419, em 1989, de 450, voltando a descer nos anos seguintes, sendo em 1997, de 358⁶⁵ e em 1999, 355⁶⁶. O pequeno número de adoções, dada a elevada lista de espera de candidatos a adoptantes e o número de crianças internadas em instituições, parece ficar a dever-se, mais do que a desinteresse da sociedade civil em relação ao instituto, a um excesso de burocratização do sistema⁶⁷.

O segredo de identidade surgiu com a reforma de 1977, num contexto em que foram alargados quer o círculo de pessoas plenamente adoptáveis, através da declaração de abandono, quer os efeitos da adoção plena⁶⁸.

⁶³ Historicamente, a decadência do instituto da adoção é atribuída à influência do cristianismo, sobretudo, aos interesses económicos da Igreja Católica, pois, a exclusão de herdeiros fictícios de pessoas que não tinham filhos, tornava mais provável que estas deixassem os seus bens à Igreja. Cfr. GOODY, Jack, *La evolución de la familia y del matrimonio en Europa*, Barcelona, 1986, pp. 106-110.

⁶⁴ Vide PEREIRA COELHO, F. M., *A adoção no direito civil português*, Documentação e Direito Comparado, n.º 29/30, 1987, pp. 625-627.

⁶⁵ Cfr. Gabinete de Estudos e Planeamento do Ministério da Justiça, *Processos de adoção, plena e restrita, findos nos tribunais judiciais de 1.ª instância, 1968-1997*.

⁶⁶ Cfr. *Justiça de Menores 1999*, Gabinete de Estudos e Planeamento do Ministério de Justiça, p. 57. Dos processos tutelares cíveis findos, 326 eram de constituição do vínculo de adoção plena: 10 referiam-se à constituição do vínculo de adoção restrita; 19 à conversão da adoção restrita em plena.

⁶⁷ Defendendo uma desregulação do sistema, no sentido de facilitar a adoção, flexibilizando os critérios de exigência em relação aos adoptantes e criando incentivos para a adoção em detrimento do recurso às técnicas de procriação assistida, vide BARTHOLET, Elizabeth, *Family Bonds, Adoption & the Politics of Parenting*, Boston, 1993.

⁶⁸ Na versão de 1966, o adoptado, ou seus descendentes e os parentes dos adoptantes não eram herdeiros legítimos ou legitimários uns dos outros, nem

Antes da Reforma, só podiam ser adoptados plenamente filhos de pais incógnitos ou falecidos⁶⁹, o que não permitia criar situações de concorrência entre pais adoptivos e biológicos, bastando para preservar a unidade da família adoptiva, a não admissibilidade de perfilhação depois de decretada a adopção plena e a impossibilidade de se fazer prova da filiação natural fora do processo preliminar de publicações ou da acção de revisão da sentença que haja decretado a adopção⁷⁰. Na versão inicial do art 1985.º, elaborada pela reforma de 1977, a lei referia apenas o segredo da identidade do adoptante, como uma medida destinada a proteger a família adoptiva de extorsões por parte dos pais biológicos, cabendo a iniciativa do pedido de segredo ao próprio adoptante e só nos casos de menor judicialmente declarado abandonado⁷¹. O direito dos pais biológicos ao anonimato não estava garantido. Foram as alterações introduzidas em 1993 ao instituto da adopção, pelo DL n.º 185/93, de 22 de Maio, que converteram o segredo de identidade do adoptante no regime-regra. A identidade do adoptante só pode ser revelada aos pais biológicos se aquele não se opuser à revelação. Já a identidade dos pais biológicos, em princípio, pode ser revelada aos pais adoptivos, a não ser que aqueles declarem expressamente opor-se a tal. A técnica legislativa do art 1985.º — princípio do segredo relativamente à identidade dos pais adoptivos e necessidade de declaração expressa dos pais biológicos para preservar o segredo da sua identidade — revela que as finalidades desta norma foram as de, por um lado, proteger os adoptantes contra a concorrência dos pais biológicos e contra-reivindicações ou chantagens destes e, por outro lado, a de captar o maior número possível de interessados em adoptar⁷². Julgamos criticável que a lei não tenha assegurado de forma mais eficaz o segredo de identidade dos pais biológicos, medida aconselhável como uma forma de política legislativa para permitir a adopção de um maior número de crianças⁷³.

ficavam reciprocamente vinculados à prestação de alimentos (art. 1984.º, redacção de 1966).

⁶⁹ Cfr. art 1982.º, na redacção do Código Civil de 1966.

⁷⁰ Cfr. art. 1983.º da versão inicial do Código Civil de 1966.

⁷¹ Cfr. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, volume v, *ob. cit.*, pp. 534-535.

⁷² Cfr. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. V. *ob. cit.*, p. 535.

⁷³ Cfr. OLIVEIRA, Guilherme, *Crítério Jurídico da Paternidade*, Reimpressão da 1.ª edição de 1983, Coimbra, 1998, p. 485.

O segredo abrange o processo de adopção e os respectivos processos preliminares, assim como a identidade dos intervenientes no processo e o facto da adopção em si, e verifica-se nas relações entre os pais biológicos e os pais adoptivos, assim como em relação a terceiros. A lei estipula, no art. 173.º B da OTM (na versão introduzida pelo DL n.º 120/98, de 8 de Maio), que, em certas condições, o tribunal pode a requerimento de quem invocar interesse legítimo, ouvido o Ministério Público, consentir na consulta dos processos e na extracção de certidões, por motivos ponderosos⁷⁴, constituindo crime punível com pena de prisão até um ano ou multa até 120 dias, a violação do segredo dos processos e a utilização de certidões para fim diverso do alegado (art. 173.º B, n.º 3 da OTM).

Quanto ao direito do filho adoptivo conhecer a sua filiação biológica, a lei não se opõe ao acesso às informações sobre a identidade dos pais biológicos, se o pedido vier do adoptado. Todavia, as normas que se referem à filiação biológica, em caso de adopção plena, proíbem o estabelecimento da filiação natural do adoptado e a prova dessa filiação fora do processo preliminar de publicações (art.1987.º)⁷⁵, em ordem a proteger a tranquilidade da relação adoptiva e a evitar situações de concorrência jurídica dos pais naturais e dos pais adoptivos⁷⁶. A lei também atribui à adopção plena efeitos particularmente fortes, provocando a extinção das relações familiares entre os filhos adoptados e a família biológica (art. 1986.º). A interpretação destas disposições normativas poderia conduzir o intérprete, utilizando o argumento literal e teleológico, a vedar também ao filho o acesso aos registos de nascimento a fim de descobrir a identidade dos pais biológicos.

⁷⁴ Cfr. LEANDRO, Armando, *O novo regime jurídico da adopção*, Dec. Lei n.º 185/193, de 22/5, Lisboa, CEJ, 1993 e RODRIGUES, Almiro, *O novo regime jurídico da adopção*, Infância e Juventude, n.º 1, 1994, p. 12.

⁷⁵ Sobre a duvidosa constitucionalidade do art. 1987.º face ao art. 26.º e 36.º, n.º 1, 1.º parte da CRP e entendendo ser aplicável, neste contexto, o princípio da proporcionalidade (art 18.º, n.º 2 CRP), na medida em que o princípio da protecção à adopção (art. 36.º, n.º 7) possa justificar a restrição do direito do menor a investigar a filiação biológica vide PEREIRA COELHO, F.M./OLIVEIRA, G., *Curso de Direito da Família, Volume I, Introdução, Direito Matrimonial*, 2.ª edição, Coimbra, 2001, p. 72. Defendendo um registo da ascendência biológica, a que não corresponderiam os efeitos da filiação mas que serviria apenas para permitir ao adoptado o conhecimento das suas origens vide OLIVEIRA, G., *Critério Jurídico da Paternidade*, ob.cit., pp. 489-490.

⁷⁶ Cfr. OLIVEIRA, G., *Critério Jurídico da Paternidade*, ob.cit., p. 489.

Contudo, por outro lado, apesar de a lei não prever o direito de acesso do adoptado ao registo de nascimento também não se opõe a tal, permitindo que o adoptado, no momento da celebração do matrimónio, para o efeito de averiguar a existência de impedimentos matrimoniais, tome conhecimento da sua ascendência biológica⁷⁷. Todavia, as normas de direito material têm, ainda, que ser coordenadas com as normas de direito registal. Estas, ao definirem de que forma é elaborado o registo do adoptado, indirectamente permitem também que este possa ter conhecimento do facto da adopção e da identidade dos pais biológicos⁷⁸. O art. 69.º, n.º 1, al. f) do CRC diz que a adopção é averbada ao assento de nascimento. No caso de os representantes legais do adoptado ou outros interessado não exercerem o direito de pedir a elaboração de um novo assento de nascimento, previsto no artigo 123.º, n.º 1 do CRC, o assento de nascimento do menor contém quer a identidade dos pais biológicos quer o facto da adopção. Na hipótese de os legitimados, normalmente, os pais adoptivos, pedirem um novo assento de nascimento, em que não é mencionado o facto da adopção nem a identidade dos pais biológicos, não é cancelado o primitivo assento (art 123.º, n.º 3, última parte). Os pais adoptivos e os pais biológicos pronunciam-se sobre este ponto logo aquando da decisão de confiança judicial ou administrativa do menor com vista a futura adopção. Com efeito, diz a lei, no art. 214.º, n.º 3 do CRC. que as certidões do assento de nascimento que respeitem ao adoptado devem ser passadas em conformidade com o art. 1985.º do Código Civil e com a decisão proferida, em processo próprio, sobre o segredo de identidade. Segundo o art. 214.º, n.º 2 do CRC, dos assentos de filhos adoptivos só podem ser passadas certidões de cópia integral ou fotocópias a pedido das pessoas a quem o registo respeita, descendentes ou herdeiros e ascendentes, sem prejuízo, quanto a estes, do

⁷⁷ Veja-se, a este propósito, o art. 1986.º que introduz ao princípio da extinção da relação familiar entre o adoptado e a família de origem uma excepção: a averiguação da existência de impedimentos matrimoniais e a prova da maternidade e da paternidade no processo preliminar de publicações e em acção de nulidade ou de anulação do casamento (art. 1603.º).

⁷⁸ As ciências sociais não aconselham a que o menor tome conhecimento da adopção ou da identidade dos pais biológicos através da simples leitura do registo de nascimento, devendo esta revelação ser feita pelos pais adoptivos de forma gradual. Cfr. CARP, E, Wayne, *Family Matters...ob.cit.*, p. 131.

disposto no artigo 1985.º do Código Civil. Será que o segredo de identidade dos pais biológicos, existente em relação aos adoptantes também se verifica em relação ao adoptado? Embora a letra da lei, no art 1985.º, apenas refira o segredo de identidade nas relações entre os pais adoptivos e os pais biológicos, parece lógico que, no caso de os pais biológicos terem requerido segredo de identidade, este seja também extensível ao adoptado, de outra forma a finalidade da norma — proteger a privacidade dos pais biológicos — seria frustrada, pois o segredo de identidade requerido por estes seria quebrado através da intervenção do filho. No caso de os pais biológicos nada dizerem, de acordo com a letra da lei, quer os adoptantes quer os adoptados podem requerer certidões de nascimento em que consta a identidade dos pais biológicos. Contudo, não se tem em conta, nesta última hipótese, que muitos pais biológicos, devido a ignorância quanto às regras do processo de adopção e quanto aos seus direitos nesse processo, não usam da faculdade de pedir segredo de identidade. Julgamos preferível uma lei que presuma que estes pretendem o segredo, não só em relação a terceiros mas também em relação aos adoptantes e ao adoptado, por força do direito fundamental à reserva sobre a intimidade da vida privada. E no caso de falta de consentimento dos pais? Deve considerar-se, ainda assim, que o menor tem um direito ao conhecimento das suas origens, mesmo contra a vontade dos pais biológicos?

Esta questão deve ser enquadrada na lei fundamental que prevê no seu artigo 26.º o direito à identidade pessoal⁷⁹ e ao desenvolvimento da personalidade, o qual inclui, no seu conteúdo, um direito ao conhecimento da origem biológica⁸⁰, também imposto pelos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1.º da CRP) e da igualdade perante a lei (art. 13.º CRP). A interpretação da lei conforme à Constituição, utilizando o argumento sistemático de interpretação e o princípio de coerência axiológica da ordem normativa, impõe que o regime jurídico da adopção

⁷⁹ Sobre o direito à identidade, no contexto da adopção, vide MINYERSKY, Neely, *Identité, Adoption International et Trafic D'Enfants*, in *L'enfant et Les Conventions Internationales*, Presses Universitaires de Lyon, 1996, pp. 190-197 e VAN BUEREN, Geraldine, *The International Law on the Rights of the Child*, Kluwer Law International, The Hague, 1998, pp. 117-127.

⁸⁰ Neste sentido, reconhecendo que do direito à identidade pessoal previsto no art. 26.º da C.R.P. decorre um direito ao conhecimento da ascendência biológica vide PEREIRA COELHO, F. M./OLIVEIRA, G., *Curso de Direito da Família*, ob.cit., p. 72.

permita ao adoptado quando maior ou a partir da adolescência, por exemplo, da idade dos 16 anos, considerada pela lei para outros efeitos (liberdade religiosa, capacidade matrimonial e capacidade para perfilar), possa ter acesso ao seu registo de nascimento.

A doutrina tem entendido que o exercício do direito do menor conhecer as origens está sujeito a restrições, numa perspectiva de compatibilização prática de direitos, não só os do filho mas também os dos pais adoptivos e da família biológica, sendo, portanto, preferível, que as condições de exercício do direito sejam apreciadas e decididas, caso a caso, pelo tribunal⁸¹. Vigora, entre nós, um sistema de autorização judicial condicionada. Esta posição está de acordo com a concepção dos direitos subjectivos como direitos cujo exercício pode ser limitado em função de interesses distintos dos do titular e igualmente dignos de protecção: o direitos dos pais biológicos à reserva sobre a intimidade da sua vida privada e os interesses das crianças e da sociedade, em que seja fomentado o instituto da adopção (arts. 36.º, 7.º e 69.º da CRP).

A experiência do direito comparado segue também esta posição. Com efeito, o direito do filho adoptivo não é o único direito em causa nos processos de adopção, e os pais biológicos, sobretudo, as mães, devido às situações de filiação fora do casamento, têm o direito à privacidade, quer para fugirem à punição social de serem mães solteiras quer à estigmatização de darem um filho para adopção, em sociedades que punem uma mulher que rejeita o seu papel de mãe, pressionando a mãe a cuidar dos seus filhos quaisquer que sejam as condições⁸². A adopção é entendida como uma alternativa ao aborto e a mãe que dá o filho para adopção tem o direito de prosseguir a sua vida sem ser identificada⁸³. O direito da mãe à privacidade permite o recurso à adopção por parte de mulheres que não querem os seus filhos e que decidem oferecer-lhes a oportunidade de viver e de beneficiar de uma educação e de uma protecção

⁸¹ Cfr. LEANDRO, Armando, *O novo regime jurídico da adopção*, cit.

⁸² Cfr. LAROCHE-GISSEROT, Florence, *L'Adoption Ouverte (Open Adoption) aux États Unis: Règles, Pratiques, Avenir en Europe*, R.I.D.C., 4-1998, p. 1121.

⁸³ Em França, para proteger este direito das mães, permite-se o chamado parto anónimo ou maternidade secreta (art. 341 do *code civile*). Cfr. NEINRICK, Claire, *L'accouchement sous X: le fait et le droit*, J.C.P., 1996, p. 149; LAURENT-MERLE, Isabelle, *La connaissance de ses origines familiales depuis la loi du 5 juillet 1996*, Dalloz, 1998, p. 374; LAMMERANT, I., *L'Adoption et Les Droits De L'Homme... ob. cit.*, p. 560; BOULANGER, F., *Enjeux et Défis de l'Adoption, Etude comparative et Internationale*, Paris, 2001, p. 155.

que aquelas não poderiam dar-lhes⁸⁴. Este problema das mães solteiras é, sobretudo, grave em relação às mães muçulmanas, sujeitas a exclusão social e familiar ou mesmo à morte. Já quanto às mães solteiras no Ocidente, devido à crescente aceitação das famílias monoparentais⁸⁵, as representações culturais seriam diferentes. Contudo, julgamos que a discriminação das mães solteiras, menos violenta e dramática do que nos países muçulmanos, também existe no Ocidente, embora de forma implícita e subtil, variando de acordo com a cultura de cada país e de acordo com o meio social em que está inserida a mãe, justificando-se, portanto, o direito da mãe ao anonimato⁸⁶.

Nas ordens jurídicas que regulam expressamente o direito do filho adoptivo, ou naquelas em que ele é admitido, caso a caso, pela jurisprudência, ou se concede apenas o acesso a informações de carácter médico sem a identificação dos pais biológicos⁸⁷ ou se permite, como em Itália, a identificação destes por decisão judicial, quando por motivos graves, tal

⁸⁴ Cfr. RUBELLIN-DEVICHI, Jacqueline, *Droits de la mère et droits de l'enfant: Reflexions sur les formes de l'abandon*, Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1991, p. 701.

⁸⁵ Cfr. VAN BUEREN, Geraldine, *Children's Access to Adoption Records – State Discretion or an Enforceable Right?*, The Modern Law Review, vol. 58, n.º 1, 1995, p. 46. que defende a prevalência do direito do menor a conhecer as suas origens sobre o direito à privacidade dos pais, considerando o segredo de identidade como um vestígio de uma concepção da criança como propriedade dos pais e como uma causa de discriminação entre as crianças adoptadas e as não adoptadas.

⁸⁶ Relacionando o peso do direito à privacidade das mães solteiras com o puritanismo das sociedades, vide CARP, E. WAYNE, *Family Matters...ob.cit.*, p. 234. Entendendo que o direito de reserva das mães é, em grande parte, culturalmente e ideologicamente conotado e, como tal, susceptível de revisão crítica vide MOROZZO DELLA ROCCA, P., *Adozione*, Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile, Aggiornamento, 2000, p. 23.

⁸⁷ Em França, a lei garante um direito absoluto dos pais ao anonimato, dependendo a revelação ou não da identidade dos pais biológicos aos filhos da indicação que aqueles deixarem às instituições privadas de acolhimento. Cfr. MONÉGER, Françoise, *Les œuvres privées d'adoption et le secret des origines*, Revue de droit sanitaire et social, n.º 3, 1999, Dalloz, pp. 604-612. A lei, apesar de manter o segredo, facilita a recolha de informações sobre os pais destinadas a serem comunicadas aos pupilos do Estado. De acordo com a lei de 5 de Julho de 1996, os serviços sociais têm a obrigação de informar a mãe, o pai ou a pessoa que entrega a criança, da possibilidade de fornecer informações que não impliquem violação do dever de identidade e da possibilidade de fazer conhecer, mais tarde, a sua identidade. Cfr. LAURENT-MERLE, *La connaissance... ob. cit.*, pp. 376-378. O art. 62.º-I do Código da Família e da Ajuda Social (actualmente transformado no artigo 224.º e ss. do Código de Acção Social e

seja necessário para garantir o direito à saúde do adoptado⁸⁸. Nos sistemas mais abertos, cria-se um sistema de registo para os pais biológicos e para os filhos adoptivos que querem conhecer a sua família de sangue,

das Famílias, pela *Ordonnance* n.º 2000-1249 de 21 de Dezembro de 2000) permite que o menor capaz de discernimento, com o acordo dos representantes legais, possa obter informações não identificativas, beneficiando da assistência de uma pessoa habilitada para o efeito. Cfr. LAMMERANT, I., *L'Adoption et Les Droits De L'Homme...* *ob. cit.*, p. 561. A lei n.º 2002-93 relativa ao acesso às origens das pessoas adoptadas e pupilas do Estado (cfr. JCP, 2002.III.20032) alarga o dever de informação dos serviços sociais aos pais biológicos à possibilidade de estes deixarem ao filho todas as informações relativas à saúde dos pais, às origens da criança e às razões e circunstâncias da sua entrega ao serviço de apoio social à infância (art. 4.º). Cria também um Conselho Nacional para o acesso às origens pessoais encarregado de facilitar o acesso ao conhecimento das origens, de assegurar informação sobre o processo de recolha e conservação de informações sobre a adopção e a identidade dos pais biológicos, acompanhando as pessoas que procuram as suas origens. Contudo, esta lei, apesar de melhorar a situação das crianças nascidas sob o anonimato da mãe, facilitando a investigação das suas origens mantém a supremacia do direito da mãe ao respeito pela sua vida privada. Cfr. MALLET-BRICOUT, B., *Réforme de l'accouchement sous x. Quel équilibre entre les droits de l'enfant et les droits de la mère biologique?*, JCP, 2002.I.119, pp. 485-489; BELLIVIER, F., *Accès aux origines*, RTDciv., 2002, n.º 2, pp. 368-377; GRANET, F., *La maternité en questions: état d'alerte*, Chr., Dalloz, 2001, pp. 3138-3143.

⁸⁸ Assim, alguma jurisprudência italiana admite o direito a conhecer a família biológica quando está em causa o direito à saúde do adoptando. *Vide* a decisão do Tribunal de Recurso de Palermo de 11 de Dezembro de 1992. *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1993, 587-590, e Tribunal de Menores de Emilia Romagna – Decreto 30 de Janeiro 1996, *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1997, pp. 656-658, em que, respectivamente, o tribunal concede ao adoptado maior de idade o direito de conhecer a identidade dos pais biológicos, devido à protecção consuetudinária conferida ao direito à saúde, para tutela do qual é indispensável o conhecimento da identidade dos pais biológicos, e a um adoptado, maior de idade, com leucemia aguda, o direito de entrar em contacto com a sua família biológica, neste caso, um irmão, reconhecendo o direito à identidade biológica como um direito irrenunciável. Salientando que o direito a conhecer as origens não é visto pela jurisprudência na sua veste de direito fundamental da pessoa mas como um interesse funcional à realização do direito à saúde *vide* MOROZZO DELLA ROCCA, P., *Adozione*, *ob. cit.*, p. 23. A jurisprudência rejeita o direito do adoptando, se o requerimento não se funda em motivos graves mas na mera vontade de reconhecimento ou mera curiosidade, a fim de proteger o direito à privacidade da família de sangue: «o pedido para conhecer a família de origem deve rejeitar-se, a não ser que subsistam motivos de excepcional gravidade, devido à necessidade de proteger a família de sangue, contra os reflexos negativos de ordem psicológica, familiar e social que o conhecimento das raízes biológicas do adoptado provocaria, para além de pôr em dúvida o estatuto de filho legítimo». *Vide* Tribunal de Menores de Roma – Decreto de 30 de Maio de 1994, *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1994, p. 1315. No mesmo sentido cfr. Tribunal de Menores do Torino, 4 de

permitindo-se, então, com o consentimento das partes envolvidas, o reencontro⁸⁹, conciliando-se o direito à verdade com o direito à

Fevereiro de 1986. *Il Diritto di famiglia e delle Persone*, Ano XV – 1986, pp. 186-192, que nega ao adoptado o direito de obter informações sobre a família de origem, considerando inderrogável a obrigação de segredo mesmo em relação ao adoptado. Em sentido diferente, cfr. Tribunal de Recurso de Perugia, de 25 de Maio de 1993, *in Il Diritto di Famiglia e delle Persona*, 1994, p. 154, em que no caso de adopção de filho de cônjuge, o tribunal negou ao pai biológico o direito de visita, por este ter estado durante 10 anos afastado da vida do filho que ignorava a verdade biológica, e em virtude de o direito de visita do pai biológico ser susceptível de gerar confusão no menor e conflitos com os poderes-deveres da mãe e do pai adoptivo. Contudo, o tribunal entendeu que a mãe natural e o pai adoptivo tinham a obrigação de comunicar ao filho a verdade integral acerca das origens biológicas do menor, antes de este entrar na adolescência. Julgamos, em sentido diferente, que o tribunal cometeu uma intromissão na vida familiar da mãe e do pai adoptivo, devendo ser estes a decidir acerca da conveniência ou inconveniência de procederem a essa revelação. Recusando o direito de o adoptado aceder à informação sobre a identidade biológica perante a falta de pronúncia do legislador a esse respeito e entendendo que tal solução não seria no interesse da família biológica, da família adoptiva nem do próprio adoptado. *Vide* Tribunal de Menores de Torino, 5 de Fevereiro de 1997. *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1998, pp. 149-153. Defendendo o direito do menor conhecer a sua origem biológica, salvo nos casos em que tal fosse contrário ao seu interesse, por exemplo, doença mental irreversível de um ou de ambos os pais, o suicídio da mãe, a condenação do progenitor biológico a uma pena por prática de um crime infamante, ter sido o menor concebido em virtude de uma relação incestuosa etc., *vide* CENCI, Piero. *Sul Diritto Dell'Adottato di Conoscere L'Identità Dei Propri Genitori Naturali*, *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, n.º 4 ano xxv – 1996, p. 1557. Actualmente, a lei de 28 de Março de 2001, n.º 149 prevê o direito de um menor ser informado da sua condição de filho adoptivo, providenciando os pais adoptivos acerca do modo e do momento em que consideram a revelação mais oportuna. Esta lei disciplina, ainda, o fornecimento de informações aos pais adoptivos que exerçam o poder paternal, sobre a identidade dos pais biológicos do menor, mediante a autorização do Tribunal, se existirem graves motivos, como um perigo para a saúde do menor. O adoptado de 25 anos pode aceder a informações relativas à sua origem e identidade dos pais biológicos. Pode fazê-lo também atingida a maioridade, se subsistem graves motivos para a sua saúde psíquica e mediante autorização do Tribunal. Note-se, contudo, que o acesso à informação não é consentido se o adoptado não foi reconhecido pela mãe biológica e se um dos pais biológicos declarou não querer ser identificado. Cfr. RESTIVO, Camilo, *L'Art. 28 L. AD. tra nuovo modello di adozione e diritto all'identità personale*, *Famiglia*, 2002, n.º 3, pp. 691-741.

⁸⁹ A este propósito, veja-se, a legislação e a praxis administrativa da Catalunha, semelhante à de alguns Estados Norte-Americanos, embora a lei só reconheça o direito de acesso ao adoptado maior de idade (art. 129, I CF). Cfr. GARRIGA GORINA, Margarita, *La Adopción y el Derecho a Conocer la filiación de Origen, Un estudio legislativo y jurisprudencial*, Aranzadi, 2000, p. 237.

liberdade dos pais⁹⁰. Também o direito da família alemão, em cuja tradição jurídica os laços de sangue sempre tiveram um papel fundamental, estipula que os filhos adoptivos têm direito a conhecer a filiação biológica a partir dos dezasseis anos⁹¹ e podem intentar uma acção de investigação da paternidade⁹². Os pais adoptivos podem ter acesso à identidade dos pais biológicos mas estes apenas podem aceder a informações não identificativas sobre os pais adoptivos e só com o consentimento dos pais adoptivos e do filho é que podem conhecer a identidade daqueles⁹³. A mesma tendência biologista surge no direito da filiação, permitindo a lei o estabelecimento da paternidade através de exames de sangue realizados no pretense pai, ainda que sem o consentimento deste, prevalecendo a verdade biológica sobre o princípio da inviolabilidade do corpo humano⁹⁴.

⁹⁰ Sobre o *Adoption Contact Register* criado pelo *Children in Act 1989* vide CRETNEY/MASSON, *Principles of Family Law*, London, 1997 p. 886. Para além do contacto com a família de origem, os adoptados adultos podem obter uma cópia do certificado de nascimento original. *Idem*, p. 884.

⁹¹ § 61.2 Personenstandsgesetz (PStG) in FURKEL, Françoise, *Chronique de droit civil allemand*, RTDC, 1995, n.º 3, p. 698.

⁹² Cfr. FURKEL, Françoise, *Le droit à la connaissance de ses origines en République Fédérale d'Allemagne*, R.I.D.C., n.º 4, 1997, p. 940.

⁹³ Cfr. § 1758 BGB, anotado por LUDERITZ, in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 8, *Familienrecht II*, §§ 1589-1921. *KJHG*, 3. Auflage, Beck, München 1992, p. 1007 e ss.

⁹⁴ Cfr. § 372 a, al. 1 ZPO, segundo o qual as partes e terceiros têm a obrigação de consentir em todos os exames susceptíveis de conduzir à descoberta da verdade biológica (*Duldungspflicht*). Em Portugal, vigora o princípio do consentimento, por se entender que a realização de exames de sangue contra a vontade do sujeito constitui uma violação da integridade física e da liberdade. Vide Acórdão da Relação do Porto de 21 de Setembro de 1999, CJ, 1999, Tomo IV, pp. 203-204. Em sentido diferente, admitindo a obrigação a comparecer, sob custódia, da mãe do menor, no Instituto de Medicina Legal, a fim de serem ambos submetidos a exames hematológicos vide Acórdão do STJ de 11-3-1997, CJ, Tomo I, pp. 145-148. Defendendo a realização de exames de sangue contra a vontade do pretense pai por razões de interesse social vide o Acórdão do STJ de 20 de Maio de 1997, CJ, Tomo II, pp. 97-99. Contudo, os tribunais, na apreciação da prova, avaliam a recusa do pretense pai como um factor que aponta a favor do reconhecimento judicial da paternidade. Cfr. Acórdão da Relação de Coimbra de 1996, CJ, 1996, Tomo III, pp. 14-16; Acórdão do STJ de 30 de Março de 1993, CJ, Acórdãos do STJ, Tomo III, pp. 42-44; Acórdão da Relação de Coimbra de 22 de Janeiro de 2002, CJ, 2002, Tomo I, pp. 18-21. Esta questão foi resolvida pelo Acórdão n.º 616/98 do Tribunal Constitucional que considerou a imposição de exames hematológicos como uma violação do direito à integridade pessoal mas admitindo que a recusa do pretense pai possa ser valorada livremente

O direito a conhecer as origens tem vindo a ser consagrado nas leis sobre procriação assistida⁹⁵. É o caso da Suécia, Suíça e Áustria⁹⁶. Já o direito alemão, apesar de a lei de tutela do embrião não se referir a este direito, contém um amplo reconhecimento do direito a conhecer a filiação biológica que ultrapassa o domínio da procriação assistida, por força de uma tradição jurisprudencial fundada na lei fundamental⁹⁷.

O direito internacional também tem evoluído no sentido do reconhecimento de um direito do adoptado ao conhecimento das suas origens e à manutenção das relações afectivas da criança adoptada com a família biológica, embora sem considerar este direito absoluto. As convenções internacionais em matéria de adopção e de direitos das crianças apontam, embora, timidamente, no mesmo sentido. O art. 7.º da Convenção sobre os direitos das crianças de 1989 afirma que a criança tem o «direito de, na medida do possível, conhecer os seus pais e ser criada por estes». Note-se, contudo, a ambiguidade da expressão *na medida do possível*, que pode ser entendida em sentido material, numa referência aos casos em que não seria, de facto, possível, o conhecimen-

pelo Tribunal. No mesmo sentido *vide* o recente caso da jurisprudência italiana, *Corte di Cassazione* — 7 de Novembro de 2001, *Justizia Civile*, 2002, pp. 1929-1934 e a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, fundada no interesse superior da criança em obter informações necessárias à descoberta da verdade relativamente a um aspecto importante da sua identidade pessoal, que obriga o Estado, em caso de recusa do pai em submeter-se a exames genéticos, a utilizar meios alternativos que permitam a uma autoridade independente decidir da questão da paternidade. Cfr. SUDRE, F., *Droits au respect de la vie privée et familiale*, JCP, I, 2000, 157, p. 1455.

⁹⁵ Note-se que existe uma diferença entre o direito de conhecer as origens no caso de inseminação com sêmen de um terceiro e na adopção, pois enquanto, no primeiro caso, nunca houve qualquer relação entre o dador e o filho gerado, no segundo, a criança pode ter convivido com os pais biológicos antes da adopção, ou mesmo que tenha sido abandonada pela mãe, logo após o nascimento, houve ainda uma relação entre a mãe e o filho durante a vida intra-uterina. Defendendo que culturalmente as duas situações são diferentes, justificando-se mais o segredo no caso do dador de esperma *vide* FURKEL, Françoise, *Le droit a la connaissance de ses origines... ob. cit.*, p. 959.

⁹⁶ *Vide* FURKEL, Françoise, *Le droit a la connaissance de ses origines... ob. cit.*, p. 934.

⁹⁷ Cfr. FURKEL, Françoise, *Le droit a la connaissance de ses origines... ob. cit.*, pp. 934-935 e o acórdão do Tribunal Constitucional Federal de 31 de Janeiro de 1989. Cfr. *BverfG*, 31 de Janeiro 1989, *JZ*, 1989, pp. 335-339, anotado por GIESEN, Pieter, *Genetische Abstammung und Recht*, *JZ*, 1989, pp. 364-377. Uma lei mais recente, a *Kindschaftsrechtsreformgesetz* de 16 de Dezembro de 1997, reconhece a todos os filhos o direito a conhecer a origem biológica.

to da identidade dos pais, em virtude, por exemplo, de uma situação de guerra, ou num sentido de possibilidade jurídica, deixando aos Estados uma margem de manobra para configurarem os contornos deste direito nas ordens jurídicas internas. A Convenção, neste aspecto, não trouxe nada de novo, permitindo aos Estados manter a posição intermédia ou conciliatória até então seguida. A Convenção de Haia de 1993 sobre a protecção das crianças e a cooperação em matéria de adopção internacional obriga as autoridades competentes dos Estados contratantes a conservar as informações que detêm sobre as origens da criança, nomeadamente, as relativas à identidade da mãe e do pai, assim como os dados sobre o passado médico da criança e da sua família (art. 30.º, n.º 1) e reconhece, no artigo 30.º, n.º 2, o direito da criança de acesso às informações relativas à sua família de origem. Contudo, logo de seguida, limita o exercício deste direito, afirmando que as autoridades competentes de um Estado só estão obrigadas a assegurar o direito da criança, na medida permitida pela lei do seu Estado, o que significa que os Estados podem introduzir restrições ao direito de conhecer as origens, normalmente fundadas na necessidade de proteger a privacidade dos pais biológicos⁹⁸. O direito europeu adopta também uma perspectiva conciliatória entre os vários interesses em causa, no art. 8.10 da Carta Europeia dos Direitos da Criança⁹⁹, onde está previsto que todas as crianças têm direito à protecção da sua identidade e o direito de poder conhecer certos elementos constitutivos das suas origens biológicas, sob reserva das limitações impostas pelas legislações nacionais em matéria da protecção dos direitos de terceiros pessoas. O direito a conhecer as origens e a conhecer o passado foi considerado pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, no caso *Gaskin* contra Reino Unido, de 7 de Julho de 1989, como um direito fundamental protegido pelo art. 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que consagrando o direito

⁹⁸ Sobre a influência aquando na negociação da Convenção de Haia do interesse da mãe solteira em guardar o segredo acerca do nascimento fora do casamento, em virtude do risco que tal implica para a sua vida social *vide* LOON, Hans Van, *Les Conventions De La Conférence De La Haye*, in *L'enfant et Les Conventions Internationales*, Presses Universitaires de Lyon, 1996, pp. 54-55. Para um maior desenvolvimento sobre a Convenção de Haia e a adopção internacional *vide* FREUND, Peter H., *Intercountry Adoption: The 1993 Hague Convention: Its Purpose, Implementation, and Promise*, FamLQ, Vol. 28, N.º 1, 1994, pp. 53-75.

⁹⁹ Cfr. Resolução A3/0/72/92 do Parlamento Europeu, de 8 de Julho de 1992, J.O.C.E., 21 de Setembro 1992, C241/67-73.

à vida privada e familiar, protege a pessoa humana não só contra interferências de terceiros na sua vida privada e familiar como também garante o interesse da pessoa em conhecer e compreender a infância e os seus anos de formação¹⁰⁰. O Tribunal aplicou o princípio da proporcionalidade, numa perspectiva de justo equilíbrio de interesses em conflito (o interesse do requerente, o interesse de privacidade dos informadores e o interesse do Estado no funcionamento adequado dos serviços de assistência à infância¹⁰¹), considerando que um sistema que subordine o acesso aos *dossiers* ao consentimento dos informadores é compatível com o art. 8.º Deve, todavia, prevalecer o interesse daquele que pretende consultar os documentos relativos à sua vida familiar, se o informador não está disponível para prestar as informações ou se recusa abusivamente o seu acordo¹⁰². Recentemente, a Recomendação 1443 (2000) da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa reconhece um direito a conhecer as origens e um dever dos Estados eliminarem das legislações nacionais todas as disposições que lhe sejam contrárias¹⁰³. Contudo, as recomendações do Conselho da Europa não têm um carácter vinculativo para os Estados membros.

O direito europeu aguarda, neste momento, a decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, chamado, pela primeira vez, no caso *Odièvre c. França*¹⁰⁴, a dirimir o conflito entre o direito da criança a conhecer as suas origens e o direito da mãe ao segredo de identidade. A requerente, nascida em 1965 e residente em Paris, foi abandonada no momento do nascimento e entregue, pela mãe, aos serviços de assistência pública, com pedido expresso de segredo de identidade. A requerente teve conhecimento através dos serviços sociais, que os seus pais biológicos viviam juntos há sete anos, aquando do seu nascimento, e que tinham já um filho de 21 meses, tendo tido mais dois filhos posteriormente. Pretende, como uma forma de atenuar o seu sofrimento e de

¹⁰⁰ No caso referido, o Tribunal discutiu o direito de acesso de um antigo pupilo do Estado, quando maior, ao seu *dossier* pessoal, relativo às sucessivas colocações a que esteve sujeito ao longo da sua infância. Cfr. Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. *Affaire GASKIN c. ROYAUME-UNI*, 07/07/1989, §§ 36-37 e 49.

¹⁰¹ *Idem* §§ 42-48.

¹⁰² *Idem* § 49.

¹⁰³ Cfr. Recomendação 1443 (2000), *Adopção Internacional: respeito pelos direitos da criança*. Assembleia Parlamentar, Conselho da Europa, Princípio 5. VII.

¹⁰⁴ Cfr. Cour Européenne des Droits de L'Homme, *Odièvre contre la France*, processo n.º 42326/98 (<http://hudoc.echr.coe.int/hudoc>).

reconstruir a sua história pessoal, conhecer a identidade dos pais biológicos e entrar em contacto com os seus irmãos, fundando a sua pretensão no direito ao respeito pela vida privada e familiar (art. 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem) e na consideração, segundo a qual o segredo de identidade, tal como está regulado pela legislação francesa, constitui uma discriminação fundada no nascimento, proibida pelo art. 14.º da Convenção. Este caso poderá conduzir a uma alteração da legislação francesa, no sentido de conferir poderes a um órgão mediador para procurar a mãe, verificar se ela persiste na recusa de dar a conhecer a identidade e analisar as razões e a legitimidade da recusa, deixando de vigorar a preferência absoluta do direito da mãe ao segredo em relação ao direito da criança a conhecer as suas origens, solução contrária ao princípio da proporcionalidade¹⁰⁵. Note-se que a revelação do segredo se verifica apenas na relação entre duas pessoas, a mãe e o filho, não se tratando de um estabelecimento da filiação ou de uma divulgação ao público, nem se impedindo, com esta alteração da jurisprudência e, eventualmente, de legislação, que o parto e o abandono de um filho, pela mãe, sejam organizados de acordo com um regime de confidencialidade, apoiado no segredo médico e hospitalar¹⁰⁶.

Como conclusão, julgamos que o debate sobre o segredo de identidade, quer da parte daqueles que defendem o carácter absoluto do direito do menor, quer da parte daqueles que o atacam, tem subjacente uma concepção de família, em que os laços de sangue são considerados a fonte por excelência das relações familiares¹⁰⁷ e em que, paralelamente, a

¹⁰⁵ Cfr. ROY, Odile, *Le droit de connaître ses origines et la Cour Européenne des Droits de l'Homme: l'Affaire Odièvre contre France*, comunicação feita no 11.º Congresso da Sociedade Internacional de Direito da Família, «*Family Law and Human Rights*», (Copenhague/Oslo, 2 a 7 de Agosto de 2002).

¹⁰⁶ *Idem*.

¹⁰⁷ Neste sentido, vide SANTANERA, F./TONIZZO, F./ALIBERTI, E., *Ti Racconto L'adozione*, *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, Ano XXVI – 1997, p. 817, que alega que o reconhecimento do direito a conhecer as origens reduziria muito o número de crianças adoptáveis, obrigando a que estas vivessem num instituto ou em ambientes familiares não idoneos, e que o direito do adoptado a conhecer a sua origem é um argumento utilizado por aqueles que querem abolir a adopção ou que não acreditam neste instituto como uma verdadeira filiação. Salientando o perigo do reductionismo biológico obscurecer a assunção da responsabilidade parental e a importância das ligações afectivas, desvalorizando a parentalidade social face à biológica vide MARELLA, Maria Rosaria, *Il diritto dell'adottato a conoscere la proprie origine biologica. Contenuti e prospettive*, GI, 2001, p. 1773.

família adoptiva é vista como uma categoria inferior de família. A abertura dos registos de nascimento das crianças adoptadas, se a integração na família adoptiva se fez com sucesso, nada alterará nos sentimentos da criança em relação aos pais adoptivos e na sua sensação de pertença à família destes. Uma sociedade que considere que os laços afectivos e o amor filial são a verdadeira fonte da relação familiar, mesmo quando aqueles não coincidem com os laços de sangue, não terá qualquer problema em admitir um direito de livre acesso do filho adoptivo ao seu registo de nascimento e o direito a conhecer os pais biológicos, nem, por outro lado, insistirá na necessidade de tal investigação ser feita por parte dos adoptados, pois a absolutização do direito a conhecer a verdade biológica pode desvalorizar o valor das relações afectivas já desenvolvidas na família adoptiva e estigmatizar as mães que entregam os seus filhos para adopção. Julgamos, por isso, preferível, relativamente à adopção de crianças recém-nascidas, entregues pelas mães para adopção¹⁰⁸, que o direito destas à reserva sobre a intimidade da vida privada seja respeitado, sendo o direito do filho a conhecer a sua origem, harmonizado, de acordo com regras de concordância prática, com o direito à privacidade das mães. Trata-se da aplicação de um método de ponderação de interesses (o interesse do indivíduo ao levantamento do segredo, o interesse da mãe e o interesse da generalidade em promover o instituto da adopção), defendido pela doutrina¹⁰⁹ e pela jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, no já citado caso *Gaskin*¹¹⁰.

As restrições a direitos fundamentais estão condicionadas pelos princípios da necessidade e da proporcionalidade, nos termos do art. 18.º da Constituição. Neste sentido, julgamos que o menor tem o

¹⁰⁸ As Estatísticas da Justiça revelam que o maior número de crianças adoptadas são nascidas fora do casamento, embora relativamente a estas, não esteja indicado o número de casos em que houve consentimento prévio para a adopção. Quanto ao número de menores, em processos de adopção findos, em 1997, tendo em conta a filiação, temos 157 nascidos dentro do casamento, 338 fora do casamento e 118 de filiação ignorada, o que confirma a necessidade de manter o segredo para proteger a privacidade das mães solteiras. Cfr. *Estatísticas da Justiça, Justiça de Menores*, Ministério da Justiça, Gabinete de Estudos e Planeamento, 1997, p. 52. Em 1999, mantém-se sensivelmente a mesma proporção: 195 crianças nasceram dentro do casamento; 380 fora do casamento e em relação a 138, a filiação era ignorada. Cfr. *Justiça de Menores 1999*, Gabinete de Estudos e Planeamento do MJ, p. 59.

¹⁰⁹ Cfr. OLIVEIRA, Guilherme, *Critério Jurídico da Paternidade...* ob. cit., pp. 492-493 e LAMMERANT, I., *L'Adoption et Les Droits De L'Homme...* ob.cit., p. 570.

¹¹⁰ Cfr. *Gaskin c. Reino Unido*, cit. § 42.

direito a conhecer o facto da adopção e o direito de acesso a informações sobre os pais, nomeadamente de carácter médico ou genético, pois tal não contende com o direito à vida privada e familiar dos pais biológicos nem com a tranquilidade da relação adoptiva. É mesmo aconselhável que a adopção seja revelada ao menor, pois a naturalidade na aceitação deste facto contribuirá para uma melhor comunicação e relação entre os pais adoptivos e a criança¹¹¹.

Já quanto à posição que exige aos adoptados a prova de motivos ponderosos, tal como a consagrada no art. 173.º B da O.M.T., pensamos que esta ultrapassa o princípio da proporcionalidade. Cremos ser possível ir mais longe, e que nada obsta, do ponto de vista do direito à privacidade das mães solteiras, a que possa ser estabelecido um sistema assente na consensualidade, em que a mãe é previamente abordada pelo sistema social, em ordem a averiguar se aceita ser identificada pelo filho. Neste sistema, a lei presume que o filho, quer nas adopções com oposição dos pais biológicos quer nas adopções em que estes consentiram, tem direito de acesso ao conhecimento da sua identidade biológica, sem que seja necessário o requerimento de uma autorização judicial para o exercício do direito, mediante a prova de motivos ponderosos ou graves. Bastaria a vontade do filho de conhecer os pais biológicos e o consentimento destes em serem identificados. Para este efeito, utiliza-se um sistema de registo dos adoptados e dos pais biológicos que procuram a identificação ou o contacto, assim como a intervenção de serviços intermediários especializados, para que o exercício do direito a conhecer as origens se faça dentro do respeito devido à privacidade dos pais e para que o filho beneficie de um apoio especial, no momento em que entra em contacto com o seu passado. Neste domínio, deverá ser a liberdade do filho adoptivo, a partir de determinada idade, quando tenha maturidade para tal, a decidir, devendo também considerar-se que o filho tem o direito de não conhecer a identidade dos biológicos¹¹². Por outro lado, e embora a

¹¹¹ Cfr. SANTANERA, F./TONIZZO, F./ALIBERTI, E., *Ti Racconto L'Adozione*, ob. cit., p. 800.

¹¹² Para um caso na jurisprudência italiana, em que a mãe biológica tentou um procedimento cautelar dirigido a conhecer o filho que tinha sido abandonado à nascença e adoptado há 22 anos, o tribunal decidiu que o filho, o qual rejeitou conhecer a mãe, tinha o direito de ignorar a identidade dos pais biológicos *vide* Pretura Bari, 30 de Dezembro 1986, comentado por SCOGNAMIGLIO, Claudio, *Sull diritto dell'adottato ad ignorare l'identità dei propri genitori naturali*, GI. ano 140.º, 1988, pp. 106-117.

lei portuguesa não refira este aspecto, julgamos essencial que os pais biológicos sejam titulares de um direito à informação relativo ao facto da adopção ou da confiança judicial com vista a futura adopção, assim como de um direito de obter informações sobre o filho, que não envolvam a identificação dos pais adoptivos. Consideramos ainda que os pais biológicos têm um direito de informação sobre as consequências jurídicas, previstas no art 1978.º, n.º 1, al e), para o facto de deixarem de visitar o filho acolhido por um particular ou por uma instituição, pois, devido a limitações culturais e carências várias, estes não têm consciência dos seus direitos nem conhecem a lei.

b) A relação afectiva da criança com a família de origem e a adopção aberta

A descida do número de adopções verificada nos países mais desenvolvidos da Europa trouxe também mudanças na função da adopção. Veja-se o caso da Inglaterra onde o número de adopções passou de 25 000, em 1968, para aproximadamente 6000, em 1997¹¹³. Esta alteração verificada no recurso ao instituto da adopção fica, com grande probabilidade, a dever-se a factores como a generalização da contracepção, a legalização do aborto, a redução do estigma das mães solteiras e o apoio do Estado a estas, os quais fizeram diminuir o nascimento de bebés não desejados, entregues pelas mães para adopção. Consequentemente, a adopção deixa de ser um meio de providenciar crianças para casais inférteis para assumir a função de integrar crianças mais velhas numa família, com um carácter de permanência¹¹⁴, em vez de viverem toda a sua infância em instituições¹¹⁵. A adopção tradicional, a que chamamos no direito português adopção plena, e que implica um corte na relação jurídica e humana da criança com a sua família biológica, foi pensada, sobretudo, para a adopção de bebés ou de crianças de tenra idade. Entendia-se que uma criança pequena para se

¹¹³ Cfr. SAVAS, Diane/TREECE, Stephen, *Re M (Adoption or Residence Order) «Adoption or Residence? Too many parents...?»*, Child and Family Law Quarterly, Volume 10, n.º 3, 1998, p. 311.

¹¹⁴ *Idem* p. 311.

¹¹⁵ Sobre os danos causados às crianças por internamentos de longa duração em instituições *vide* SCHOFIELD, Gillian, *Parental responsibility and parenting – the needs of accommodated children in long-term foster-care*, Child and Family Law Quarterly, volume 12, n.º 4, 2000, pp. 345-361.

integrar como filha, numa nova família, precisava de segurança e de estabilidade, que apenas este modelo de adopção podia fornecer¹¹⁶. Em Portugal, apesar de a idade média das crianças adoptadas ter aumentado¹¹⁷, ainda se verifica, por parte dos candidatos a adoptantes, uma preferência por crianças pequenas ou bebés, continuando a adopção, portanto, a seguir o esquema tradicional. No entanto, note-se, que a intervenção das comissões de protecção de menores tornou visível um número crescente de crianças de risco a cujas famílias têm sido aplicadas medidas de protecção¹¹⁸. A adopção aberta, como alternativa à colocação em instituições, permitiria a estas crianças gozarem de um cuidado personalizado e do afecto próprio de uma família, em vez das situações temporárias e instáveis, que normalmente enfrentam. Simultaneamente, não perderiam o contacto com a família de origem, nos casos em que tivessem uma memória positiva desta e os pais biológicos teriam a possibilidade de obter informações sobre o filho, o que atenuaria o

¹¹⁶ Veja-se a opinião, entre nós, de BARBOSA, Alfredo Meneres, *A revisão do Código Civil em matéria de adopção*, Infância e Juventude, n.º 4 – Outubro – Dezembro de 1978, p. 12 e LEANDRO, Armando, *O novo regime jurídico da adopção...* ob. cit.

¹¹⁷ A maioria das crianças adoptadas em processos findos em 1997, tinha menos de seis anos: num total de 613, 474 crianças tinham até seis anos de idade; 92, de 7 a 12 anos; 30, de 13 a 15 anos e 17, de 16 a 17 anos. Estatísticas da Justiça, Justiça de Menores, 1997, p. 52. A situação destes menores era a seguinte: 52 abandonados, 117 a viver com pai ou mãe; 25 a viver com outra pessoa da família; 137 internados em estabelecimento e 282 a viver com outra pessoa. Em 1999, em processos de adopção, 547 crianças tinham até 6 anos de idade; 129 de 7 a 12 anos; 29, de 13 a 15 anos e 9, de 16 a 17 anos, num total de 714 crianças. Quanto à situação das crianças, 49 foram abandonadas; 108 encontravam-se a viver com o pai e/ou mãe; 48 a viver com outra pessoa da família; 181 internados em estabelecimento e 332 a viver com outra pessoa. Cfr. *Justiça de Menores 1999*, Gabinete de Estudos e Planeamento do MJ, p. 59.

¹¹⁸ Segundo GERSÃO, Eliana, *A Reforma da Organização Tutelar de Menores e a Convenção Sobre os Direitos da Criança*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 7, 1997, p. 600. em 1996, as Comissões cuidaram de 3500 crianças e na maioria dos casos os pais deram o consentimento para as medidas aplicadas. As situações foram assinaladas às Comissões predominantemente por escolas ou hospitais e os casos referiam-se principalmente a crianças vítimas de abusos físicos, negligência ou em risco grave por 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 toxicoddependência e vivem em casas sem condições de habitabilidade. Estas famílias vivem num nível muito abaixo da linha da pobreza, não sabem distribuir de uma forma racional os poucos recursos que têm para viver e não prestam aos filhos os cuidados básicos de saúde, higiene e alimentação.

sofrimento de lhes ser retirado um filho. Contudo, para que esta modalidade de adopção pudesse ser implantada, será necessário determinar, se em Portugal, haverá adultos dispostos a adoptar nestas condições, que tenham por finalidade não fazer da adopção uma imitação da biologia, mas uma forma de assumir uma responsabilidade social pelas crianças através do altruísmo do amor filial, sem negar a origem e o passado destas.

Em Inglaterra, devido a mudanças demográficas que se reflectiram no instituto da adopção, os tribunais optam por permitir o estabelecimento de contactos entre a criança e a família biológica, os pais, irmãos ou avós, contacto que pode ser físico ou por meio de cartas, telefonemas, troca de presentes em datas festivas etc.¹¹⁹ Noutros países, como a Itália¹²⁰ e a

¹¹⁹ SAVAS, Diane. *Re M (Adoption or Residence order)...cit.*, p. 311. Verificando que o sistema judicial não tem tido sucesso na execução das decisões dirigidas a promover o contacto, MASSON (MASSON, Judith, *Thinking about contact – a social or a legal problem?*, Child and Family Law Quarterly, Vol. 12, N.º 1, 2000, pp. 15-30) defende, como uma forma de tornar exequível a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, a criação de agências de contacto encarregadas de permitir e de apoiar a relação entre as crianças adoptadas ou ao cuidado do Estado com a sua família biológica e de reunir os recursos necessários para se proceder ao contacto, como o transporte e a vigilância. Contudo, a autora reconhece o carácter ambivalente do contacto com a família biológica, o qual pode lesar o bem-estar psicológico da criança ou envolver um risco físico para esta. *Idem* p. 15.

¹²⁰ A jurisprudência italiana já admitiu, num caso de adopção plena, um direito de visita dos pais biológicos, fundado no direito constitucional da criança à educação, entendida como promoção do direito inviolável ao livre desenvolvimento da personalidade, que englobaria um direito do menor a preservar a memória da sua família de origem. Cfr. Tribunal de Menores de Roma, 5 de Julho de 1988, *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1989, pp. 105-111. Consideramos, contudo, criticável esta decisão, pois, a adopção foi decretada devido a violência e maus tratos infligidos pelos próprios pais, condenados penalmente, de cuja recordação seria mais saudável a criança libertar-se, a fim de superar o trauma psicológico vivido na família de origem. Esta decisão é apenas explicável pela ideia pré-concebida de que as relações biológicas de filiação, ainda que sem expressão de afectividade e responsabilidade, são sempre autênticas relações familiares. No sentido da orientação jurisprudencial aqui referida *vide* a decisão do Tribunal de Menores de Roma de 16 de Janeiro de 1999, *Il Diritto di Famiglia e Delle Persone*. Vol. XXIX – 2000, n.º 1, pp. 144-146, em que foi decidido que a família biológica de um menor em estado de abandono manteria contacto com a criança através da mediação da família de acolhimento, considerando o tribunal que a relação afectiva, e não jurídica, com os parentes biológicos constitui um factor estruturante da sua personalidade e uma referência de identidade. A norma que estabelece a cessação da relação do adoptado com a família de origem deve ser interpretada de acordo com a Constituição que consagra o direito do menor à educação como uma forma de desenvolvimento harmónico e integral da pessoa e, implicando,

Bélgica¹²¹, excepcionalmente, a jurisprudência atribui, apesar da adoção da criança e em contradição com a lei, um direito de visita aos pais, avós ou aos irmãos. Em França, a lei foi mesmo alterada para fazer face a pedidos de direito de visita de avós, em caso de adoção plena da criança, pelo cônjuge de um dos pais, em caso de falecimento do outro progenitor¹²². O mesmo sucedeu nalguns Estados norte-americanos, por exemplo, em Wisconsin, onde foi alterada a lei da adoção neste ponto¹²³.

portanto, valorização da história passada do menor. *Idem* p. 146. Esta jurisprudência contrariou uma anterior circular do MJ, segundo a qual a vontade do legislador no art. 28 da lei n. 184/83 seria a de ordenar a interrupção das relações entre o menor adoptado e a família de origem para evitar que o desenvolvimento da personalidade do menor possa ser perturbado por uma duplicação de figuras parentais e tutelar os pais adoptivos, os quais poderiam vir a ser afectados no desempenho das funções parentais por interferências dos pais biológicos. Cfr. Circular n. 335692/86. *Il Diritto di Famiglia e Delle Persone*, 1987, p. 904.

¹²¹ A jurisprudência belga permitiu, em casos de adoção plena de filho do cônjuge, um direito de visita dos avós de origem, fundado nas relações de afecto, e um direito de visita do pai. A partir destas decisões, a doutrina entende que ficou estabelecido o princípio da relação pessoal do adoptado com a família de origem, desde que tal relação seja conforme ao interesse da criança. *Vide* BRIBOSIA, Hervé, *Transparence et secrets autour des adoptions internes et internationales*, RIDC, n.º 4, 1993, p. 806. Sobre o direito de visita dos avós *vide* MEULDERS-LEIN, M. T., *A propos du droit de visite des grands-parents d'origine en cas de légitimation par adoption et du fondement du droit de visite des tiers en général*, *Revue notariaire belge*, 1978, pp. 118-146 e GOUBAU, Dominique, «Le droit des grands-parents aux relations personnelles avec leurs petits-enfants: une étude comparative des systèmes québécois, français et belge», *Les Cahiers de Droit*, 1991, vol. 32, n.º 3, septembre 1991, pp. 557-641.

¹²² Cfr. a lei de 8 de Janeiro de 1993 que proibiu a adoção plena pelo padrasto ou madrasta, no caso de morte de um dos pais e segundo casamento do sobrevivente. Os tribunais, mesmo antes da entrada em vigor da lei, já concediam aos avós um direito de visita, com base nos textos que atribuem o exercício deste direito à parte vencida num conflito em torno da guarda da criança, desde que tivesse cuidado desta, durante um determinado período de tempo, e, em circunstâncias excepcionais, a pessoas que não têm laços de parentesco com a criança (arts. 311-13; arts. 371-4). Cfr. LAROCHE-GISSEROT, Florence, *L'Adoption Ouverte... ob. cit.*, pp. 1112-1113.

¹²³ Cfr. HINTZ, Patricia, *Grandparents' Visitation Rights Following Adoption: expanding Traditional Boundaries in Wisconsin*, *Wisconsin Law Review*, 1994, n.º 1, p. 483-510. Os requisitos em que a lei admite o direito de visita dos avós, em caso de adoção da criança, são, contudo, apertados: os parentes que requerem o direito de visita devem ter mantido com a criança uma relação semelhante à relação pais/filhos, durante pelo menos dois anos antes do pedido de adoção; deve tratar-se de adoção por um parente da criança ou pelo cônjuge do progenitor; o direito de visita deve ser no interesse da criança e o requerente não pode perturbar a relação dos pais adoptivos

As maiores críticas ao sistema tradicional fechado surgiram, no direito inglês, no contexto das *contested adoptions* (adopções proferidas sem o consentimento dos pais biológicos) cujo número aumentou recentemente, em virtude da imigração e da pobreza, atingindo estas adopções as famílias mais carenciadas economicamente¹²⁴. Levantou-se, então, a questão da justiça da extinção de relações familiares, como efeito da adopção, para além da questão da legitimidade da intervenção do Estado na família, retirando a criança da família biológica, quando os problemas desta são exclusivamente económicos, pois, nestes casos, a intervenção do Estado deve consistir num apoio material à família e não no afastamento das crianças em relação à sua família de origem¹²⁵. Foi neste contexto que surgiram as propostas de adopção aberta e as decisões alternativas à adopção, as *residential orders*, de forma a permitir contactos entre a criança e a família biológica.

Contudo, as ciências sociais ainda não fornecem dados seguros sobre os efeitos destas decisões nas crianças, entendendo-se que quando se trata de crianças pequenas ou de crianças vítimas de negligências emocionais e físicas na família de origem, a adopção tradicional, pela sua permanência, é aquela que confere maior estabilidade à criança¹²⁶. Já quanto às decisões de guarda, estas, pelo seu carácter provisório, não garantem a permanência e a segurança proporcionadas pela adopção, pois são decisões sujeitas a serem alteradas ou revogadas, podendo criar na criança confusão quanto às figuras parentais e incerteza quanto à sua vida, minar a sua sensação de identidade e provocar interferências dos pais biológicos e conflitos entre a família

com a criança nem actuar de uma forma contrária às decisões tomadas pelos pais adoptivos. Sobre o *Uniform Adoption Act* que também permite a adopção aberta nos casos de adopção pelo cônjuge de um dos pais da criança vide MAHONEY, Margaret M., *Open adoption in context: The wisdom and enforceability of visitation orders for former parents under uniform adoption act § 4-113*, Florida Law Review, Volume 51, 1999, n.º 1, pp. 89-142.

¹²⁴ Cfr. Urso, Elena, *L'adozione nel diritto anglo-americano fra problemi attuali e possibili opzioni per una riforma*, Rivista Critica del Diritto Privato, Ano XIV, n. 4, 1996, p. 751.

¹²⁵ Cfr. Urso, Elena, *L'adozione nel diritto anglo-americano... ob. cit.*, p. 751.

¹²⁶ Sobre a importância da relação afectiva única para o desenvolvimento de uma criança declarada em estado de abandono vide ROCHA, Maria Dulce, *Adopção — Estado de abandono do menor — Direito de visita dos pais biológicos — Princípio do sigilo*, Revista do Ministério Público, Ano 14, 1993, n.º 53, pp. 213-216.

adoptiva e biológica quanto à educação religiosa, instrução, cuidados de saúde etc.¹²⁷

Quanto à adopção aberta, esta apresenta a vantagem em relação à decisão de guarda de assumir um carácter definitivo, abrangendo várias modalidades quanto ao seu grau de abertura em relação à família de origem: a) a existência de contacto entre os pais biológicos e os candidatos a futuros adoptantes logo na fase da selecção dos adoptantes, podendo estes ser escolhidos pelos pais biológicos¹²⁸; b) a transparência quanto à identidade e a possibilidade de estabelecimento de contactos da criança com a família biológica; c) a colaboração entre os pais adoptivos e os biológicos quanto à educação da criança, a chamada adopção cooperativa¹²⁹.

A adopção aberta só tem sido consagrada nalguns casos, como o da adopção do filho do cônjuge, e só algumas pessoas, em situações específicas, é que se revelam capazes de a pôr em prática. Reconhece-se que, para além do caso das adopções de filhos do cônjuge, a adopção aberta é importante para crianças que tiveram uma relação prévia positiva com a família de origem e que têm memória dela. No entanto, mesmo para crianças recém-nascidas cujas mães consentiram na sua adopção, a adopção aberta permitiria que estas mães sofressem menos com a adopção¹³⁰ e pudessem obter informações sobre o filho. Neste sentido, alguns estudos detectaram que as mães, quando consentem na adopção dos filhos recém-nascidos, não têm a possibilidade de fazer o luto dos filhos¹³¹ e que vivem

¹²⁷ Cfr. SAVAS, Diane/TREECE, Stephen, *Re M (Adoption or Residence Order)*... *ob. cit.*, pp. 318-319.

¹²⁸ Esta modalidade de adopção aberta tem sido criticada pelo facto de colocar as mães biológicas carenciadas debaixo de uma pressão para darem os filhos para adopção e pelo risco de mercantilismo. Sobre este ponto *vide* LAROCHE-GISSEROT, Florence, *L'Adoption Ouverte*...*ob. cit.*, p. 1102.

¹²⁹ Cfr. Dowd, Nancy, *A Feminist Analysis Of Adoption*, Harvard Law Review, Volume 107, 1994, n.º 4, p. 915, defendendo uma forma de adopção centrada na criança e decretada através de um processo que altera a relação entre os pais biológicos e os adoptivos de uma estrutura adversativa para um modelo partilhado de parentalidade. Sobre a adopção cooperativa nos EUA *vide* APPELL, Annette Ruth, *The Move Toward Legally Sanctioned Cooperative Adoption: Can it Survive the Uniform Adoption Act?*, FamiLQ, vol. 30, n.º 2, 1996, pp. 483-518.

¹³⁰ Sobre estudos que revelam que para algumas mulheres, dar um filho para adopção provoca um sofrimento psicológico semelhante à perda de um ser amado, por morte ou separação, *vide* informações em CARP, E. Wayne, *Family Matters*... *ob. cit.*, pp. 207.

¹³¹ LAMMERANT, I., *L'Adoption et Les Droits De L'Homme*... *ob. cit.*, p. 565.

em *stress* e ansiedade por não terem informações sobre este¹³². Se a sociedade alterar a concepção da maternidade como uma proposição «tudo ou nada», as mães solteiras poderão manter contacto com o filho e/ou obter informações sobre a sua saúde e desenvolvimento. Uma política social e económica eficaz de apoio às famílias monoparentais também seria susceptível de combater a situação de extrema necessidade e pobreza que leva algumas mulheres a consentirem na adopção dos recém-nascidos.

Os defensores da adopção aberta alegam, assim, que esta teria vantagens para os pais biológicos, permitindo que a sua dignidade de pais fosse respeitada e que o estigma da perda de um filho fosse atenuado. Os seus opositores afirmam que a adopção aberta cria confusão na criança quanto à sua sensação de pertença e de integração numa família.

Numa perspectiva de *iure constituendo*, julgamos que, a par deste novo modelo, que reconhecemos ser mais honesto para todas as partes envolvidas no processo de adopção, é útil que continue a existir o tradicional, mais ajustado a adopções de crianças recém-nascidas ou de tenra idade. Se a legislação decidir terminar com este tipo de adopção, acabará por se perder, na sociedade actual, em que as mães solteiras ainda são estigmatizadas e em que a maioria dos candidatos à adopção prefere modelos fechados, a vantagem de um instituto que proporciona a crianças abandonadas, o afecto e a estabilidade de uma família. E, mesmo num sistema fechado, pode admitir-se o direito do filho conhecer a filiação biológica, e tem sido esta, embora com cautelas, a tendência do direito da família. Note-se, no entanto, que não existe uma obrigação legal dos pais adoptivos revelarem à criança o facto da adopção e a identidade do pais biológicos. O direito de o menor conhecer a sua própria história não é um direito judicialmente exigível, nem o seu desrespeito é passível de uma sanção jurídica. Entende-se que os pais adoptivos, com base no conhecimento da personalidade e sensibilidade do filho, é que deverão, livremente, escolher o momento e a forma de o fazer. O Estado limita o seu papel, nesta questão, a um papel de aconselhamento e de apoio à família adoptiva através dos seus serviços sociais e a um papel de não bloqueio da vontade dos filhos adoptivos consultarem o registo de nascimento, embora, como vimos, em muitas ordens jurídicas, este direito esteja condicionado à apresentação de razões ponderosas. Em matéria de adopção não é aconselhável uma solução extrema, antes devem ponderar-

¹³² Cfr. CRETNEY, S/MASSON, J., *Principles of Family Law*, *ob.cit.*, p. 886.

-se todos os interesses em causa e ter-se em conta que haverá sempre interessados no sistema fechado tradicional, o que permitirá encontrar famílias para um maior número de crianças. Por outro lado, a adopção aberta é um sistema novo cujos efeitos são ainda desconhecidos¹³³ e que está mais relacionada com a cultura americana do que com a cultura europeia. Julgamos que uma alteração na selecção dos candidatos a adoptantes pelo sistema social, por exemplo, a não discriminação das adopções singulares, será susceptível de provocar um aumento de pessoas com capacidade para aceitar adopções abertas e para adoptar crianças mais velhas. A manutenção da relação com a família de origem pode ser enquadrada, no direito português, na adopção restrita, modalidade de adopção que até agora tem sido utilizada residualmente¹³⁴, sendo possível que o recurso a esta figura faça crescer o número de pais biológicos que consentem na adopção dos seus filhos. Talvez, no futuro, uma mudança de mentalidade da população portuguesa, no sentido de uma assimilação da parentalidade sócio-afectiva à parentalidade biológica, permita a passagem de uma *opacidade* entre as famílias nucleares estáveis e as crianças em risco para uma assunção de responsabilidade social pelos mais fracos, fazendo com que também casais com filhos recorram à adopção, impedindo que tantas crianças vivam em instituições, desprovidas da afectividade de uma família. É importante criar uma cultura das relações familiares que coloque no centro as relações afectivas, o cuidado das crianças e a assunção de responsabilidade pelos filhos dos outros, o que confere uma nova dignidade ao instituto da adopção e rompe a oposição entre família afectiva e família biológica, quando esta se revele inadequada, pois os verdadeiros pais são os que assumem a responsabilidade pela criança e cuidam dela no dia-a-dia.

¹³³ Cfr. CARP, E. Wayne, *Family Matters...ob.cit.*, p. 234.

¹³⁴ Não há estudos sobre os motivos que fundam a opção, nalguns casos, por um modelo de adopção restrita. Segundo afirma BARBOSA, Alfredo Meneres, *A revisão do Código Civil em matéria de adopção, ob. cit.*, p. 11, a adopção restrita manteve-se, aquando da reforma de 1977, por razões de ordem sucessória que desaconselhavam a ruptura da relação familiar do adoptado com a família biológica. Parece provável que actualmente o instituto seja recuperado quando estão em causa crianças mais velhas que têm laços afectivos actuais com a família de origem. Deve assim ser superada a hierarquia entre as duas formas de adopção e a explicação tradicional do dualismo da adopção assente na ideia segundo a qual a adopção plena seria uma imitação da natureza enquanto a adopção restrita, herdada do Código de Napoleão, seria motivada por preocupações de ordem patrimonial. Cfr. LAMMERANT, I., *L'Adoption et les Droits de L'Homme... ob. cit.*, pp. 294-295.