

ADOPÇÃO

A adoção e o direito da criança a uma família

Cumpre-me agradecer o honroso convite para participar neste encontro, tratando de um tema que sempre me tem interessado.

Limitar-me-ei a partilhar convosco algumas ideias e não mais do que isso, esperando que daqui possa resultar a possibilidade de alguma discussão e com isso possamos continuar a estudar a criança e a adoção.

1. O caminho para a adoção.

Atrevo-me a iniciar as minhas considerações começando por aceitar que, quer a evolução legislativa, quer a prática dos tribunais estão a percorrer um caminho na procura da melhor solução para o regime da adoção, tentando o melhor para cada criança que se vê colocada na eminência de vir a ser adoptada.

A adoção é não mais do que a concretização do direito da criança a uma família alternativa aquela em que nasceu.

Existe actualmente consenso, no sentido de que a família é o espaço ideal do desenvolvimento de cada pessoa, o espaço de segurança e deve ser do bem-estar de cada um, em especial, da criança.

Saber o que é a família no início do século XXI não é tarefa fácil, sendo certo que não é, seguramente, a mesma que existia há décadas atrás.

O nosso ordenamento jurídico privilegia a estrutura familiar como lugar por excelência de bem-estar do indivíduo e como forma de realização da pessoa, em especial, de desenvolvimento para as crianças.

Existe um padrão de família normal?

É constituída pelos cônjuges, o marido e a mulher, os filhos, os avós, os tios e os primos?

É só a mãe e os filhos depois de uma separação ou de um divórcio? São as famílias recompostas com novos casamentos, novas uniões de facto, novos filhos e os filhos do outro? São os casais homossexuais (casados ou não), e os filhos de um e do outro, mais os filhos que ambos querem adoptar? São casais que numa azáfama sem fim delegam a educação dos filhos em terceiras pessoas, estas verdadeiras figuras de referência para as crianças?

É provavelmente tudo isto, além de outras formas.

Já em 1994, Ano da Família, as Nações Unidas entendiam por família: duas ou mais pessoas que partilham recursos e responsabilidades por decisões compartilham valores e finalidades e têm um compromisso umas com as outras de um tipo duradouro, independentemente de laços de sangue, adopção ou casamento (definição considerada actualmente não satisfatória).

Evoluímos no sentido da família ser cada vez mais fruto do querer dos seus membros e não de imposições sociais ou mesmo legais.

O casamento na sua realização e na sua duração é cada vez mais entendido e sentido como um estado de realização pessoal e não como em tempos, como uma forma necessária e imposta em determinados momentos da vida.

De forma querida por ambos os cônjuges o casamento dura o tempo que eles querem, ou um deles quer. O mesmo se passa com as uniões de facto.

Embora cada vez menos, do casamento, da vivência em comum ou de outros encontros nascem crianças, dá-se a substituição de gerações.

E essas as crianças ficam, felizmente.

Há quem diga que as crianças são uma realidade que perturba esta mudança livremente escolhida pelos intervenientes.

Estamos seguramente no século da criança e esta é uma realidade que os ordenamentos jurídicos não podem menosprezar e que o aplicador tem que atender.

Kofi Annan escreveu:

«Os países somente chegarão mais perto das suas metas de paz e de desenvolvimento se chegarem mais perto da realização dos direitos de todas as crianças».

Nalguns países, entre os quais está o nosso, a criança começa a ser um bem supremo, mas escasso.

Temos a obrigação de continuar a promover os seus Direitos para que cresçam de forma responsável e se tornem adultos capazes e, assim, promover também os Direitos das famílias.

São fontes das relações jurídicas familiares o casamento, o parentesco, a afinidade e a adoção (artigo 1576.º do Código Civil).

A adoção, como sabemos, implica um corte total e definitivo com a família biológica.

Os filhos só podem ser separados dos pais contra a vontade destes quando os pais não cumprirem os seus deveres e sempre mediante decisão judicial, conforme o impõe a nossa Constituição.

Por isso, não pode em caso algum, mesmo nas situações de urgência a criança ser retirada aos pais, contra a vontade destes, sem que de imediato um tribunal valide essa retirada.

O Tribunal, o juiz só pode proceder a esse corte, no caso da adoção plena proferido uma decisão irreversível, se estiverem verificadas as circunstâncias que a lei determina, ou seja, é necessário que não existam ou estejam seriamente comprometidos os vínculos próprios da filiação.

O que são os vínculos próprios da filiação? Eu tenho muitas dificuldades em enunciá-los e só caso a caso é possível trabalhar e tentar percebê-los.

É difícil saber o que é o perigo grave, o que é manifesto desinteresse pelo filho.

Como é difícil decidir visando realizar o superior interesse da criança,

Pensando no melhor para a criança, a existir corte com a sua família biológica, esse corte o mesmo deve acontecer o mais cedo possível.

Em Portugal temos muitos casais e pessoas singulares idóneos, seleccionados capazes de adoptar. Temos por outro lado muitas crianças em instituição.

É frequente todos nós ouvirmos tecer considerações a propósito desta situação, ou seja, por um lado crianças sem família que as acolha e trate bem e, por outro lado, famílias que querem crianças para adoptar.

Deste raciocínio resulta uma espera demasiadamente longa da criança e das famílias, ouvimos recorrentemente dizer. Culpados são os processos e quem os tramita.

Acreditamos que assim pode acontecer nalguns casos e o legislador atento a estes factos vem tentado acelerar este processo que se pretende de integração célere da criança em família.

Muitas vezes, no entanto, o tempo de espera é não mais do que o resultado do estudo da relação da criança com a sua família biológica. O aplicador da Lei deve em primeiro lugar tentar a reintegração na família biológica. As situações com que se deparam técnicos e o próprio tribunal são casos difíceis, zonas cinzentas, em que não é óbvio, no imediato, dizer se aquela criança deve ser afastada definitivamente da família biológica.

Sempre que existe prova suficiente da incapacidade da família biológica ficamos com o trabalho facilitado. Na verdade sabemos que uma criança para crescer de forma saudável precisa de uma família.

Família como espaço de afectividade e não apenas como conjunto de pessoas unidas por laços de sangue, no que à família biológica diz respeito.

É certo que a criança deve crescer e ser educada com o coração. Eu acredito nisto.

Aquilo que os juízes precisam é de factos para decidir, ou não, se naquele caso concreto é a adopção a melhor solução para concretizar o Direito da criança. Factos concretos, que podem parecer insignificantes mas que, para a apreciação de relações pessoais podem ser decisivos.

Não devem os técnicos dizer que a mãe é negligente, que os pais são incapazes, mas sim factos que possam criar a forte convicção e em último caso no julgador (certeza não teremos e é preciso aceitar isso) dessa incapacidade. É preciso fundamentar essa convicção nas decisões proferidas.

A adopção tem, entre nós, consagração constitucional (artigo 36.º, n.º 7 da Constituição da República Portuguesa), estando o Estado obrigado a proporcionar a crianças desprovidas de um ambiente familiar normal – abandonadas, maltratadas ou negligenciadas um espaço familiar alternativo.

Imposição e garantia igualmente consagrada na Convenção sobre os Direitos da Criança, elaborada pelas Nações Unidas, em 1989, e ratificada pelo Estado Português no ano seguinte.

A idade mais conveniente para a adopção é a mais precoce possível, como já referimos.

Nunca esquecer que a criança mesmo aquela que é maltratada gosta dos seus pais e terá tanta maior ligação quanto mais idade tiver. São assim as relações da vida e a gestão dos afectos.

Obviamente que a criança precisa de adoptar os novos pais. Precisa de fazer a separação dos pais biológicos em termos afectivos, os seus termos afectivos e, aí, as instituições podem ter uma função única.

Deve, por isso, existir um grande cuidado na selecção dos pais adoptivos, mas sem exageros.

Sabemos que ninguém é perfeito. Não há pais perfeitos e uma saudável relação com os pais durante o crescimento da criança, passa obrigatoriamente por bons e menos bons momentos. Só nesta relação real podemos encontrar o caminho certo e criar crianças felizes

Aquilo que devemos procurar para uma criança são uns pais no verdadeiro sentido do que é ser pai e ser mãe, com tudo o que isso significa, por falarmos de seres humanos.

Por vezes queremos tanta perfeição, muito superior à de Deus, que acabamos por nos perder.

A adopção tem vindo e continua a fazer parte das nossas preocupações, a nós que a ela estamos ligados de alguma forma, num estudo permanente, num debate contínuo e numa formação permanente, exemplo o estarmos aqui hoje.

Temos de entender a sua plenitude e aceitar que existem casos cuja melhor solução não é a adopção, porque a mesma não é possível, porque já não vamos a tempo, porque a relação estabelecida na vida não se enquadra no direito que temos, porque não é a melhor solução para aquela criança em concreto.

Noutros casos e, são muitos, temos que aproveitar o trabalho efectuado por todos os que lidam com a criança e com a família. Não repetir diligências, não

repetir tempo, não demorar porque o tempo é o maior inimigo de uma relação de afecto estável que se pretende.

Não temer decidir e não temer errar.

Não criar, ou permitir que se criem vínculos afectivos da criança com adultos que depois se destroem e assim sucessivamente. Sabemos como é fácil isso acontecer (basta ver os nossos processos).

Vem sendo procurado o melhor regime de encaminhamento para a adopção, nos casos em que a família biológica não pode criar a criança.

A protecção da infância não se pode centralizar apenas na ideia da recuperação da família biológica.

O perigo é o factor que legitima a intervenção na família a bem da criança.

No conflito entre o interesse da criança e a intervenção mínima junto da família é a salvaguarda dos direitos da criança que prevalece, com todo o respeito que nos deve merecer a família biológica. Esta muitas vezes ela própria vítima de enorme desprotecção.

É imperioso que a sociedade não abandone o seu dever fundamental de respeitar e promover a família.

Daí que as medidas tomadas não são contra os pais mas a favor das crianças.

Existe a obrigação de definir em tempo útil um projecto que assegure um desenvolvimento integral e harmonioso dessa criança. Útil para não acrescer em danos.

É que a criança tem direito a crescer numa família. O princípio da prevalência da família vem sendo reafirmado em textos, quer nacionais quer internacionais.

O princípio da prevalência da família significa: que o menor tem o direito a desenvolver-se no seio duma família (enquanto célula fundamental da sociedade no seu processo de socialização e de desenvolvimento).

Se a criança tem uma família natural que quer assumir as funções parentais, de forma satisfatória, não deve a criança ser separada dessa família, ainda que com ajuda externa.

Só não a tendo, é que haverá que encontrar uma família adoptiva/substitutiva e, caso se demonstre ser essa a solução adequada, de acordo com os seus superiores interesses.

Esta prevalência da família deve ser entendida como a solução de prevalência da família, biológica, ou adoptiva, desde que seja uma família que assegura os seus direitos.

A protecção da infância não pode continuar exclusivamente centrada na ideia de recuperação da família biológica, a todo o custo, esquecendo que o tempo das crianças, não é necessariamente o mesmo das suas famílias de origem.

Daí que esgotadas as possibilidades de a criança usufruir de um crescimento feliz e saudável dentro da sua família biológica, com o apoio do Estado e da sociedade ou com o recurso à família biológica alargada, a adopção surge como a resposta possível e desejável.

A Convenção das Nações Unidas sobre o Direito das Crianças de 20 de Novembro de 1989 reconhece expressamente que:

"esgotadas as possibilidades de a criança usufruir de um crescimento feliz e saudável dentro da sua família biológica, com o apoio do Estado e da sociedade, ou com o recurso à família biológica alargada, a adopção surge com uma resposta possível e satisfatória".

Sempre que uma criança se encontre em perigo deve intervir-se.

Determinar o momento dessa intervenção não é fácil, como sabemos, tramitar e decidir qualquer um destes processos (que visa encontrar o projecto de vida da criança) pode ser fácil por vezes, mas é difícil, muitas vezes.

Os juízes, os magistrados do Ministério Público, sabem, devem saber, que a adopção é o fim de um ciclo, quase sempre, muito violento para a criança.

Estatui o artigo 1978.º do Código Civil que: "com vista a futura adopção, o tribunal pode confiar o menor a casal, a pessoa singular ou a instituição em qualquer das situações seguintes:

- a) Se o menor for filho de pais incógnitos ou falecidos;
- b) Se tiver havido consentimento prévio para a adopção;
- c) Se os pais tiverem abandonado o menor;
- d) Se os pais, por acção ou omissão, mesmo que por manifesta incapacidade devida a razões de doença mental, puserem em perigo grave a segurança, a saúde, a formação, a educação do menor ou o desenvolvimento do menor;
- e) Se os pais do menor acolhido por um particular ou por uma instituição tiverem revelado manifesto desinteresse pelo filho, em termos de comprometer seriamente a qualidade e a continuidade daqueles vínculos, durante, pelo menos, os três meses que precederam o pedido de confiança".

Ao analisar tais requisitos, o tribunal deve ter sempre em conta, prioritariamente, o superior interesse do menor, pelo que a respectiva aferição deve ser feita objectivamente: a medida em causa não tem como objectivo punir ou censurar os pais, mas garantir a prossecução do interesse do menor, como se escreveu no Acórdão do STJ de 30.06.2011, proc. n.º 52.08.5TBCM.N.G1.S1 *in* www.dgsi.pt .

Cumpra reafirmar:

Sendo a situação irreversível em relação à reunificação familiar (família biológica) é imperativo à luz do interesse da criança encontrar um enquadramento familiar substitutivo, por ser o que mais se aproxima da família natural.

Quando a família biológica, a nuclear e a alargada, mesmo com o apoio da sociedade, das entidades ligadas à protecção da infância e com o apoio do Estado não são capazes de assegurar os direitos da criança, a adopção deve ser a resposta a encontrar.

Vivemos um tempo em que se conseguiu, fruto de alterações legislativas e de um diferente olhar sobre este instituto da adopção, encaminhar e definir de forma mais célere o projecto de vida da criança em perigo. Mas após este percurso é preciso concretizá-lo, executá-lo, decretando a adopção.

2. Quando se encaminha e deixa de haver caminho!

Antes de se concretizar a adopção muitas crianças estão institucionalizadas.

Muito tempo, demasiado tempo.

Podíamos tentar averiguar de quem é a culpa. Podemos dizer que muitas vezes não é de ninguém e é de todos, quase sempre

Não deve, por muito tempo, a criança ser privada de uma família.

Ultimamente deparamos com crianças em instituição cujo projecto está definido - é a adopção mas não há quem as adopte.

Temos aqui um enorme problema.

Cortamos a ligação à família biológica.

Fizemo-lo em cumprimento do legalmente determinado. Decretada a confiança judicial do menor ou a medida de promoção e protecção de confiança a pessoa seleccionada para a adopção ou a instituição com vista a futura adopção, ficam os pais inibidos do exercício do poder paternal (responsabilidades parentais), artigo 1978.º-A, do Código Civil.

Não temos família para lhes dar, família alternativa à biológica. Quem de nós não recorda um episódio de uma criança que aguarda por família e pergunta: Quanto tenho os novos pais? Porque não vieram ainda?

Quanto tempo deve a criança permanecer nesta situação?

Concordaremos que não pode ser indefinidamente.

É verdade que uma criança com 10/11 ou mais anos está numa idade em que é provável ser mais difícil o seu encaminhamento para a adopção.

Mas não o sabemos, nem podemos afirmar a sua não adoptabilidade, ainda que se entenda que mais fácil será a adoptabilidade de crianças de tenra idade, aliás conforme nos dizem as estatísticas.

Há, no entanto, quem entenda que a adolescência é um momento de excelência para a adopção, “já que se trata de uma escolha de assistência recíproca e deliberada – a dos adoptantes que querem dar a uma criança sem família os meios de continuar uma vocação precisa que, sem ajuda familiar ou personalizada, ela não poderia realizar; e a de um jovem – rapaz ou moça – que aceita, para honrá-lo, o nome dos pais que desejam transmiti-lo a alguém que saberá assumir a linhagem”, como escreveu a pedopsiquiatra Françoise Dolto (Destinos de Crianças, Martins Fontes, 1998, pág. 164).

Certo é que, se não se aplicar a medida que determina como seu projecto de vida a adopção, a criança continuará colocada na instituição, nunca podendo vir a ser adoptado.

A criança tem direito a uma família, e isto é inquestionável nos dias de hoje. Tem que se procurar a melhor solução e o tribunal e as demais instituições que o cuidam têm a estrita obrigação de o fazer e terá que ser de uma forma rápida.

Caso não venha a ser possível, e nada significa que o não seja, quando proferimos a decisão, é preciso continuar a assegurar os Direitos da Criança. Não pode ser abandonada, não pode ficar esquecida indefinidamente à espera.

Encontramos o melhor caminho mas ele não está a ser percorrido.

Decorre do artigo 62.º-A, da Lei 147/99, de 01.09, que, contrariamente às demais medidas de promoção e protecção, a medida de confiança para adopção, não está sujeita a revisão, nos prazos e termos do artigo 62.º

É verdade que a medida de encaminhamento para a adopção não está sujeita a revisão, ficando a aguardar-se que seja instaurado o processo de adopção, solicitando o tribunal informação, de seis em seis meses, ao organismo da segurança social sobre os procedimentos em curso com vista à adopção, conforme o estatui o artigo 62.º-A, da Lei n.º 147/99, 01/09.

Aquilo que se espera é um percurso do caminho normal do processo e que esteve na mente do legislador. Definido que o projecto de vida é a adopção a criança vai ser adoptada.

E se dessa informação resultar que não é possível encontrar família adoptiva, que a família encontrada não se adequa aquela criança?

Aqui chegados não afastamos a possibilidade de uma futura apreciação/reapreciação (será até obrigatória) aquando das informações a que alude o citado artigo, se motivos excepcionais e supervenientes, relativos à própria criança e pensando exclusivamente nos seus interesses, assim o vierem a determinar.

Como se explica a uma criança que os novos pais não vêm?

Neste tempo posterior à decisão de encaminhamento para a adopção têm que continuar a ser promovidos e exercitados os direitos da criança ou, com a sua integração em família ou, com a aplicação de outra medida (tutela, apadrinhamento civil, etc.).

Em relação a cada criança decide-se no momento, encontra-se a melhor solução com os elementos do processo, pensando do futuro. Este é incerto para qualquer um, mais incerto para uma criança.

Podemos aqui questionar se quando se define o projecto de vida da criança deveríamos dispor de alguns elementos que nos permitissem garantir a execução de tal medida, isto é, saber da viabilidade em concreto do projecto de vida encontrado para a criança.

Sabemos que, por vezes, não é possível e, sendo-o, poderíamos estar a colidir com outras importantes regras do instituto da adopção.

Cremos, no entanto, que não decidir com base numa incerteza em relação ao futuro, é não decidir, o que o julgador não pode fazer.

Decidido num determinado processo que a melhor solução para uma determinada criança é o seu encaminhamento para a adopção é preciso concretizar essa adopção.

Não sendo possível, o princípio fundamental em causa nestes processos, o do superior interesse da criança, impõe que se reveja a medida aplicada e caso necessário, se aplique outra medida.

Isto significa a possibilidade de revisão da medida aplicada se o superior interesse da criança assim o ditar.

Mas atenção. Não cabem aqui as situações em que circunstâncias supervenientes surjam por exemplo em relação aos progenitores.

A proibição de revisão para efeitos de reapreciação da condutas e condições supervenientes dos progenitores, estatuída na norma do artigo 62.º da Lei n.º 147/99, nada tem de inconstitucional, como determinou o Tribunal Constitucional no seu Acórdão n.º 416/2011, proc. n.º 416/2011. Na verdade, e se assim não fosse, admitindo-se a revisão, ficaria a criança sujeita a uma instabilidade na definição do seu projecto de vida, incompatível com a sua inserção o mais célere possível em ambiente familiar alternativo, como o impõe o artigo 36.º, n.º 7 da Constituição da República Portuguesa.

Como antes referi, admito a possibilidade de uma futura reapreciação da medida aplicada, recebidas as informações a que alude o citado artigo, se motivos excepcionais e supervenientes, relativos à própria criança e pensando exclusivamente nos seus interesses, assim o vierem a determinar, caso em que o direito da criança o impõe, não esquecendo que estamos a trabalhar no âmbito de processos de jurisdição voluntária.

Não se pode impedir a revisão das medidas nessas situações, ou seja, sempre que no decurso da execução dessas medidas ocorram factos supervenientes (prejudiciais ao interesse da criança) que impeçam a concretização da adopção.

Em jeito de conclusão, diria que estamos no âmbito de um instituto em que a evolução quer legislativa, quer social, nas últimas décadas, tem sido enorme, acompanhada de acrescida preparação de quem lida com o mesmo. Mas, em simultâneo, continuam a colocar-se e a surgir problemas de aplicação e interpretação da lei a quem tem que preparar uma decisão numa matéria, seguramente das mais relevantes que aos Tribunais se colocam.

O exercício da cidadania implica o envolvimento da sociedade em iniciativas que a título preventivo afastem as crianças e as respectivas famílias do

perigo e promovam os seus direitos, primeira forma de concretizar os direitos da criança.

As famílias devem assumir a responsabilidade de transformar a sociedade, cuidando de forma saudável dos filhos.

Quando não for possível, devemos pensar a família, quer a biológica quer a adoptiva, com as suas crianças e, num trabalho conjunto, tentar perceber o melhor caminho, concretizando-o e, assim, os tribunais aplicarem a mais justa decisão, sem preconceitos e com a certeza de cada criança faz uma história, sendo certo que nós somos intervenientes activos nessa mesma história e, por isso, co-responsáveis pela mesma.

Aveiro

Maio de 2012