

Repositório ISCTE-IUL

Deposited in *Repositório ISCTE-IUL*:

2024-09-06

Deposited version:

Accepted Version

Peer-review status of attached file:

Peer-reviewed

Citation for published item:

Abreu, L. (2011). Nótula sobre a inconstitucionalidade do nº 4 do art. 7º do Dec.-Lei nº 185/93, de 22 de maio (intervenção dos organismos de segurança social nos processos de adoção). In Jorge Miranda (Ed.), Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia. (pp. 789-794).: Coimbra Editora.

Further information on publisher's website:

<http://www.dgsi.pt/bpgr/bpgr.nsf/305fde3cddf188ab802569660044179b/70188cde923be94980257c98005b9dc6?OpenDocument>

Publisher's copyright statement:

This is the peer reviewed version of the following article: Abreu, L. (2011). Nótula sobre a inconstitucionalidade do nº 4 do art. 7º do Dec.-Lei nº 185/93, de 22 de maio (intervenção dos organismos de segurança social nos processos de adoção). In Jorge Miranda (Ed.), Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia. (pp. 789-794).: Coimbra Editora.. This article may be used for non-commercial purposes in accordance with the Publisher's Terms and Conditions for self-archiving.

Use policy

Creative Commons CC BY 4.0

The full-text may be used and/or reproduced, and given to third parties in any format or medium, without prior permission or charge, for personal research or study, educational, or not-for-profit purposes provided that:

- a full bibliographic reference is made to the original source
- a link is made to the metadata record in the Repository
- the full-text is not changed in any way

The full-text must not be sold in any format or medium without the formal permission of the copyright holders.

**Nótula sobre a inconstitucionalidade do nº 4 do art. 7º do
Dec.-Lei nº 185/93, de 22 de Maio (Intervenção dos organismos de
segurança social nos processos de adopção)**

1.

Introdução

A matéria do duplo grau de jurisdição é cara ao homenageado, que dela se ocupou numa importante anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional nº 695/98, de 15 de Dezembro (Rel. Paulo Mota Pinto)¹.

Vai-se agora retomá-la, a propósito da norma do nº 4 do art. 7º do Dec.-Lei nº 185/93, de 22 de Maio.

Nos termos deste preceito legal, é irrecorrível a decisão judicial proferida no âmbito de um recurso interposto da decisão administrativa que rejeitou uma candidatura a adopção.

Ou seja, o candidato a adoptante cuja pretensão não foi aprovada pelo organismo de segurança social - em Lisboa, pela Santa Casa da Misericórdia de Lisboa e, em Faro, pelo Refúgio Aboim Ascensão - e que, não se conformando, interpôs recurso dessa decisão para o tribunal competente em matéria de família e menores, não tem direito a recorrer da sentença que venha a ser proferida, se esta lhe for desfavorável.

¹ V. JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA/TERESA SERRA, Inconstitucionalidade da norma que não permite o acesso aos tribunais superiores em via de recurso, em processo com valor superior à alçada do tribunal recorrido, para discussão de questão atinente à admissibilidade legal de avaliação fiscal extraordinária para efeito de fixação de rendas. Acórdão nº 695/98 do Tribunal Constitucional, *in* Revista da Ordem dos Advogados, ano 58, Julho 1998, págs. 969-1002.

Ora será que o mencionado normativo legal não colide com normas e valores fundamentais da Constituição (CRP)?

2.

O direito fundamental a constituir família através da adopção

(art. 36º, nºs 1 e 7 da CRP)

Passados mais de trinta anos sobre a feitura da Constituição, o direito fundamental a constituir família através da adopção surge como inquestionável.

Assim, afirmam os nossos especialistas em direito da família e em direito constitucional que:

. o art. 36º, nº 1 da CRP, ao distinguir a família do casamento, concedeu efectivamente dois direitos, o direito de constituir família e o direito de contrair casamento²;

. «ao lado da família *conjugal*, fundada sobre o casamento, há ainda lugar para a família *natural*, resultante do facto biológico da geração, e mesmo para a família *adoptiva*»³;

. «o direito a constituir família significa, neste contexto, que todas as pessoas, independentemente de contraírem ou não casamento, têm um **direito fundamental a procriar**»⁴;

² Qualquer outra interpretação - estabelecendo, por exemplo, a ligação necessária da família ao casamento - corresponderia a fazer tábua rasa da actual realidade social, pretendendo antes condicioná-la, de uma forma que vai para além dos limites aceitáveis a uma intervenção legislativa.

³ Cfr. FRANCISCO PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, Curso de direito da família, vol. I, Introdução. Direito matrimonial, 2ª ed., com a colaboração de RUI MOURA RAMOS, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, págs. 139/140.

⁴ Cfr. JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, Constituição Portuguesa Anotada, tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pág. 399.

. «do artigo 36º, nº 1, resulta também – embora, obviamente, sem carácter absoluto e incondicional – um **direito fundamental à constituição de uma relação jurídica de adopção**»⁵;

. «Visando em primeira linha a defesa do interesse do menor (dos menores desprovidos de meio familiar normal) é inegável que a adopção também serve o interesse do casal infértil que deseja ter um filho ou, até, o de uma pessoa não casada que tem o mesmo desejo, interesse que a Reforma de 1977 protegeu, admitindo ao lado da adopção conjunta a adopção singular»⁶.

Resta apenas acrescentar que o direito fundamental a constituir família através da adopção é um direito, liberdade e garantia pessoal, que beneficia da especial força jurídica dada pelo art. 18º da CRP.

3.

O direito à tutela jurisdicional efectiva

(art. 20º da CRP)

Não se ignora que a jurisprudência constitucional vai reiteradamente no sentido de que «o direito de acesso aos tribunais não impõe ao legislador ordinário que garanta sempre aos interessados o acesso a diferentes graus de jurisdição para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos»⁷.

Isto é, que o legislador ordinário goza, no processo civil, de uma ampla margem de conformação em sede de recursos, e que a garantia constitucional do duplo grau de jurisdição vale apenas no processo penal e em relação às decisões condenatórias do arguido⁸.

⁵ Cfr. MIRANDA/MEDEIROS, ob. cit., pág. 400. V. também as págs. 423/424.

⁶ Cfr. COELHO/OLIVEIRA, ob. cit., pág. 47.

⁷ Cfr. MIRANDA/MEDEIROS, ob. cit., pág. 200.

⁸ Cfr. MIRANDA/MEDEIROS, ob. e loc. cits. na nota anterior.

Mas «a garantia da via judiciária, constitucionalmente consagrada, incorpora no seu âmbito o próprio direito de defesa contra actos jurisdicionais (Acórdão nº 287/90). É possível, por isso, fundar constitucionalmente um **genérico direito de recorrer das decisões jurisdicionais**»⁹.

Como sublinhou o homenageado, na já citada anotação, «A decisão jurisdicional pode incorrer em ilegalidade processual ou substantiva e a existência de recurso para um tribunal superior, ou para uma formação de julgamento mais ampla no seio do mesmo tribunal (...), reforça, em princípio, a eficácia (na vertente da qualidade) da tutela jurisdicional»¹⁰.

E ainda: «A moderna doutrina mostra aliás que, no recurso de uma decisão judicial, o interesse em impugnar se não confunde totalmente com o interesse em agir subjacente à propositura da acção. Aquele primeiro interesse assenta nos efeitos prejudiciais da sentença. O duplo grau de jurisdição não significa pois apenas um reforço da protecção jurisdicional já concedida ao interesse em agir inicial, mas a única protecção possível para um interesse nascido em face da sentença a impugnar»¹¹.

Ora o direito à reapreciação judicial das decisões judiciais que afectem direitos fundamentais não se limita às decisões condenatórias proferidas em processo penal, abrangendo antes todas aquelas que colidam com direitos fundamentais, pelo menos os que integram a categoria dos «direitos, liberdades e garantias». A garantia de um grau de recurso - e, portanto, de um duplo grau de jurisdição - é uma «componente inerente ao regime constitucional das garantias dos direitos fundamentais constitucionais»¹².

⁹ Cfr. MIRANDA/MEDEIROS, ob. cit., pág. 202.

¹⁰ Cfr. CORREIA/SERRA, ob. e loc. cit., pág. 994.

¹¹ Cfr. CORREIA/SERRA, ob. e loc. cit., pág. 997.

¹² Cfr. VITAL MOREIRA, na sua declaração de voto proferida no Acórdão do Tribunal Constitucional nº 65/88, de 23 de Março, publicado nos Acórdãos do Tribunal Constitucional, 11º vol. (1988), págs. 653-670, págs. 669/670, e ANTÓNIO VITORINO, na respectiva declaração de voto que acompanha o Acórdão do Tribunal Constitucional nº 202/90, de 19 de Junho, acessível através de www.tribunalconstitucional.pt. V. também J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, Constituição

Sendo o direito fundamental a constituir família através da adopção um direito, liberdade e garantia pessoal, que goza da especial força jurídica dada pelo art. 18º da CRP, fica traçado o enquadramento constitucional que deve presidir à intervenção do legislador ordinário no que se refere à regulação dos recursos e em função do qual será apreciada essa intervenção.

4.

As ponderações do legislador ordinário e o princípio da igualdade (art. 13º da CRP)

Quer se considere o processo jurisdicional correspondente à interposição do recurso da decisão desfavorável do organismo de segurança social relativamente à pretensão de candidatura à adopção como um processo de jurisdição voluntária, porque preliminar de uma providência tutelar cível, quer nos situemos no âmbito da impugnação de um acto administrativo lesivo¹³, ainda que fora da jurisdição administrativa, as ponderações do legislador ordinário a que importa recorrer para efeitos de comparação estão feitas e vão todas elas no sentido de assegurar o duplo grau de jurisdição.

Vejamos então:

. no processo civil, as acções sobre o estado das pessoas ou sobre interesses materiais consideram-se sempre de valor equivalente à alçada da

da República Portuguesa Anotada, vol. I, 4ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pág. 418, e MIRANDA/MEDEIROS, ob. cit., pág. 200.

¹³ Na substância, mesmo sem tomar partido quanto à questão enunciada no texto, temos o controlo judicial da aplicação de conceitos jurídicos indeterminados - «O estudo da pretensão do candidato a adoptante deverá incidir, nomeadamente, sobre a personalidade, a saúde, a idoneidade para criar e educar o menor e a situação familiar e económica do candidato a adoptante e as razões determinantes do pedido de adopção» (art. 6º, nº 2 do Dec.-Lei nº 185/93). Sublinhando a importância do estudo em apreço, TOMÉ D'ALMEIDA RAMIÃO, A adopção. Regime jurídico actual, 2ª ed., Lisboa: Quid Juris, 2007, págs. 74/76. Sobre a natureza dos processos de jurisdição voluntária, entre nós, ANTUNES VARELA/J. MIGUEL BEZERRA/SAMPAIO E NORA, Manual de processo civil, 2ª ed., reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, págs. 69-73. Na doutrina estrangeira, por exemplo, ELIO FAZZALARI, Giurisdizione volontaria (diritto processuale civile), in Enciclopedia del diritto, vol. XIX, págs. 330-381.

Relação e mais € 0,01, o que tem efeitos em sede de recurso, porque este só é admissível quando a causa tenha valor superior à alçada do tribunal de que se recorre (arts. 312º e 678º, nº 1 do Código de Processo Civil) (CPC);

. ainda no processo civil, em sede dos processos de jurisdição voluntária, só não é admissível recurso para o Supremo Tribunal de Justiça das resoluções proferidas segundo critérios de conveniência ou de oportunidade (art. 1411º, nº 2 *a contrario* do CPC);

. no contencioso administrativo, consideram-se de valor indeterminável os processos respeitantes a bens imateriais; quando o valor da causa seja indeterminável, considera-se superior ao da alçada do Tribunal Central Administrativo; das decisões de mérito proferidas em processo de valor indeterminável cabe sempre recurso de apelação e, quando proferidas por tribunal administrativo de círculo, recurso de revista para o Supremo Tribunal Administrativo (art. 34º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos).

Por comparação com as regras explicitadas, não se descortina qualquer justificação para, à revelia da importância que a matéria assume na vida das pessoas, coarctar o recurso da sentença proferida num processo de impugnação de uma decisão administrativa que rejeitou uma candidatura a adopção.

Tal configura, isso sim, uma restrição arbitrária, logo ofensiva do princípio da igualdade (art. 13º da CRP)¹⁴ e, por isso, juridicamente inadmissível.

5.

Conclusão

Parece ser baixo o número de adopções em Portugal e tal não se explicará certamente apenas por uma questão legislativa.

¹⁴ Em sentido material, a igualdade implica a proibição do arbítrio.

Vozes autorizadas afirmam que:

. «A prática tem demonstrado que certas disposições legais ou práticas administrativas das instituições a que se acham confiados menores carentes de integração no núcleo familiar constituído pelos pais ou outros parentes de sangue dificultam a adopção dessas crianças por quem lhes pode oferecer um núcleo familiar de substituição»¹⁵;

.«há bloqueamentos e obstáculos que se situam na prática e na actuação dos intervenientes nos processos de adopção e, muitas vezes, na cultura e nas atitudes, que nenhuma lei, por si, modifica»¹⁶.

Se a norma do nº 4 do art. 7º do Dec.-Lei nº 185/93 vier a ser erradicada, com fundamento na sua inconstitucionalidade, dar-se-á porventura mais um pequeno passo no sentido de permitir aumentar o número de adopções, uma vez que passará a vigorar o duplo grau de jurisdição em caso de impugnação contenciosa da decisão administrativa de rejeição de uma candidatura.

Numa época em que tanto se fala de *crise da justiça*, afigura-se de certa forma chocante a falta de sensibilidade revelada pela doutrina e jurisprudência, quer entre nós quer no estrangeiro, para a importância da garantia do duplo grau de jurisdição, cuja não consagração com carácter mais generalizado só se pode compreender por razões economicistas.

¹⁵ Cfr. ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, A Reforma de 1977 do Código Civil de 1966. Um olhar vinte e cinco anos depois, *in* Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, págs. 17-40, pág. 35.

¹⁶ Cfr. LEONOR BELEZA, citada por COELHO/OLIVEIRA, Curso de direito da família, vol. II, Direito da filiação, Tomo I, Estabelecimento da filiação. Adopção, com a colaboração de RUI MOURA RAMOS, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, págs. 266/267.

É este o modesto contributo que aqui se deixa, na esperança de que possa ter algum eco junto, por exemplo, do Provedor de Justiça ou do Observatório Permanente do Instituto da Adopção¹⁷.

¹⁷ Estrutura independente criada pelo Protocolo de cooperação celebrado, em 11 de Abril de 2006, entre o Ministério da Justiça, o Ministério do Trabalho e da Segurança Social e o Centro de Direito da Família.