

PROCESSO N° 03/2014

Plenário do Tribunal Supremo

Fixação de jurisprudência; requisitos; (adoção de crianças moçambicanas por cidadãos de nacionalidade estrangeira não residentes no território nacional)

Sumário:

I – Não se verifica oposição de julgados entre os acórdãos proferidos na Secção Cível deste Tribunal Supremo, nos processos n° 118/2008 e 61/2003, em que são partes Alexandre Cuche e Isabelle Cuche Monnier e Juan José Fernandes Soler e Consuelo Almodovar Damian.

II – Em ambos os acórdãos, os adoptantes tem nacionalidade estrangeira. No acórdão fundamento, processo n° 118/2008, um dos cônjuges é natural de Chicumbane, província de Gaza, Moçambique, com dupla residência, isto é, na Suíça e em Moçambique, país com o qual tem fortes ligações quer por via do nascimento quer pela convivência com as comunidades locais que visita regularmente. No acórdão recorrido, processo n° 61/2003, os adoptantes nunca fixaram residência em Moçambique. Conheceram o menor, adoptando, num período em que se encontravam de férias, em visita a familiares residentes em Moçambique, sendo estes quem acolheram o menor durante o período de tramitação do processo de adopção.

III – Não havendo identidade entre a factualidade subjacente ao acórdão fundamento e a do acórdão recorrido, não há que fixar jurisprudência, por isso, nega-se provimento ao requerimento do Procurador Geral da República.

ACÓRDÃO

Acordam, em Plenário, no Tribunal Supremo:

O Procurador-Geral da República, ao abrigo das disposições conjugadas da alínea a) do n° 3, do art. 17 da Lei n° 22/2007, de 1 de Agosto, e dos artigos 763°, n° 1, e 770° do Código de Processo Civil, veio recorrer do acórdão proferido nos autos do processo n° 118/2008, do Tribunal Supremo, com base nos fundamentos seguintes:

Por acórdão proferido no processo nº 118/2008, a Secção Cível do Tribunal Supremo deu provimento ao recurso interposto por Alexandre Cuche e Isabelle Cuche Monnier, contra a sentença proferida pelo Tribunal Judicial da Província de Sofala que negou provimento a um pedido de adoção.

Os requerentes da adoção eram de nacionalidade suíça. O tribunal de primeira instância considerou ao abrigo do nº 1, do art. 392 da Lei nº 10/2004, de 25 de Agosto, Lei da Família, que a ausência do mecanismo de acompanhamento do menor por parte dos Serviços de Acção Social de Moçambique constituía impedimento para a adoção por estrangeiros, residentes fora do país.

A Secção Cível do Tribunal Supremo conheceu do recurso e no seu acórdão sustentou que *“no que diz respeito ao requisito do número 1 do artigo 392 da Lei nº 10/2004, de 25 de Agosto, para além dos documentos que haviam sido juntos aos autos antes da decisão recorrida que já davam indícios de se ter assegurado o fim visado pelo dispositivo legal supracitado, os apelantes vieram em sede do recurso, juntar os documentos de fls. 132 a 140, que reforçam, à saciedade, a satisfação daquele requisito”*.

Assim, o Tribunal Supremo julgou procedente o recurso, autorizando, deste modo, a constituição do vínculo de adoção por cidadãos estrangeiros, residentes fora do país.

Num outro acórdão, proferido nos autos de processo nº 61/2003, em que foram recorrentes Juan José Fernandes Soler e Consuelo Almodovar Damian e recorrido o Tribunal Judicial da Província de Maputo, a Secção Cível do Tribunal Supremo decidiu de forma seguinte: *“... nem por isso deixará de haver um entrave em relação a estrangeiros residentes fora deste país que pretendam adoptar menores moçambicanos, dada a imperatividade do preceituado no art. 392º da citada lei, segundo a qual os Serviços de Acção Social devem fazer acompanhamento permanente e periódico do menor até atingir a maioridade e apresentar relatório anual ao tribunal que tenha decretado a adoção”*.

Alegou o Digníssimo Procurador Geral da República que, sobre a mesma questão de direito, foram apresentadas duas soluções opostas, o que constitui fundamento para o recurso ao Plenário.

Terminou pedindo a fixação de jurisprudência uniforme do direito quanto à adopção de menores moçambicanos, por cidadãos estrangeiros residentes fora do País.

Os acórdãos transitaram em julgado.

Notificado o Digníssimo Procurador-Geral Adjunto junto à Secção (fls. 17), não apresentou alegação.

Colhidos os vistos legais, cumpre decidir:

Sem prejuízo do conhecimento officioso de questões que eventualmente se impõem ao tribunal, o objecto e âmbito do recurso são determinados pelas conclusões extraídas das alegações (artigo 684º, nº 3, e 690º, nº 1, do Código de Processo Civil).

Em face das conclusões formuladas pelo ilustre recorrente, importa resolver:

Se a questão suscitada nos acórdãos fundamento e recorrido, em torno do artigo 392 da Lei nº 10/2004, de 25 de Agosto, está assente no âmbito da mesma questão fundamental de direito.

Ou seja, se existe contradição entre o acórdão recorrido, (proferido nos autos de apelação nº 118/08) e o descrito como fundamento (proferido nos autos de apelação nº 61/03), nos termos do disposto nos artigos 763º, 766º e 770º, todos do Código de Processo Civil, em caso afirmativo, fixar jurisprudência.

O recurso para o Plenário do Tribunal Supremo tem lugar quando, no domínio da mesma legislação, o Tribunal Supremo proferir dois acórdãos que, relativamente à mesma questão fundamental de direito, assentam sobre soluções opostas, artigo 763º do Código de Processo Civil e artigo 45º alínea a) da Lei nº 24/2007, de 20 de Agosto.

A contradição entre os dois acórdãos, para efeitos do recurso de uniformização de jurisprudência, pressupõe a identidade da questão de direito sobre que incidiu o acórdão

em oposição, recorrido, que tem como fundamento a identidade dos respectivos pressupostos de facto.

Ora, do conteúdo das conclusões do recurso resulta que a questão de direito sobre que incidiu o acórdão circunscreve-se ao artigo 392, nº 1, da Lei nº 10/2004, cujo deslinde merece a nossa atenção, e estabelece o seguinte:

“Cabe aos Serviços de Acção Social fazer o acompanhamento permanente e periódico do menor acolhido até atingir a maioridade, e apresentar um relatório anual ao tribunal que tenha decretado a adopção”.

Esta disposição legal surge inserida no capítulo da adopção, pelo que haverá que indagar, em primeiro lugar, qual a *ratio legis*.

O artigo 392 *in fine*, contrariamente aos artigos 391, 393, 394 e 395 que constituem requisitos gerais e específicos para efeitos de constituição do vínculo da adopção, prevê uma formalidade *ad substantiam* dirigida à adopção como condição para que seja decretada, no geral, e, no caso particular, dos estrangeiros residentes em Moçambique, prevendo-se a possibilidade de deslocação do adoptado, após a adopção, para país estrangeiro.

Este entendimento, que ditou a opção legislativa não se mostra despiciendo se tivermos em conta que, no ordenamento jurídico moçambicano não está prevista a adopção internacional, que decorre de acordos entre países assinantes, com vista a regulamentar a colocação de crianças moçambicanas à disposição de cidadãos nacionais desses países para serem adoptadas, bem como a adopção por cidadãos residentes em Moçambique, nacionais ou não, de crianças residentes no estrangeiro independentemente da nacionalidade que tiverem.

A este propósito, a abundante doutrina que versa sobre estas matérias, considera que a adopção internacional tem como paradigma, a diferença de nacionalidades e a diferença de residências entre a criança e os candidatos à adopção, conforme “Helena Boliero e Paulo Guerra *in A Criança e a Família – uma questão de direito(s)*, Coimbra Editora, 2ª Edição, 2014, pág, 420”.

Na senda deste pressuposto, o legislador moçambicano, ciente das dificuldades inerentes ao estabelecimento do vínculo adoptivo nas circunstâncias supra descritas, isto é, não haver possibilidade de investigação profícua quer na fase de inquérito, para aferir as condições materiais e morais dos candidatos à adopção, quer para elaboração de relatórios de acompanhamento do processo de integração do menor na família, para, se for caso disso, instruir-se o processo de adopção, como o acompanhamento permanente e periódico do menor acolhido até atingir a maioridade, e apresentar um relatório anual ao tribunal que tenha decretado a adopção, vedou a adopção por estrangeiros não residentes no nosso país.

Em suma, a adopção por estrangeiros não residentes no nosso país está vedada, não somente pela impossibilidade de avaliar os pré-requisitos/pressupostos para a adopção, como as formalidades pós-adopção.

Todavia, na adopção por estrangeiros residentes em Moçambique, e nestas circunstâncias, independentemente da diferença de nacionalidades entre os adoptantes e adoptando, a residência comum mitiga as dificuldades de avaliação supra referenciadas, reconduzindo-a a características que a tornam mais próxima da adopção nacional.

Assim, atendo-nos ao caso *sub judice*, importa analisar se os pressupostos de facto que conduziram à constituição do vínculo de adopção no acórdão fundamento, (proferido no processo nº 118/2008), foram os mesmos que determinaram que a adopção não fosse decretada no acórdão recorrido, (proferido no processo nº 61/2003) tendo como pano de fundo a mesma norma jurídica – artigo 392 da Lei nº 10/2004, de 25 de Agosto.

Na incursão ao acórdão fundamento verificamos que os adoptantes Alexandre Cuche Monier, nascido em 28 de Julho de 1965, em Boudevilliers, Suíça e Isabelle Cuche Monnier, nascida em 6 de Fevereiro de 1968, em Chicumbane, Província de Gaza, Moçambique, de nacionalidade suíça, casados desde 13 de Junho de 2003, juntaram aos autos o atestado abonatório emitido pelos Serviços de Controle das Estruturas de Acolhimento de Menores, em matéria de adopção, na Suíça, que versa sobre a situação social, económica e financeira, bem como o relatório de avaliação complementar, dando conta de que para efeitos de seguimento do menor naquele país será nomeado um tutor

que observará a vida familiar em que será integrado o menor, e elaborará periodicamente um relatório de acompanhamento dos Serviços da Acção Social, (fls. 11-17 e 35-38) dos autos.

Em Abril de 2007, após um período de três anos de acolhimento para efeitos de integração na família, os adoptantes adoptaram, em Moçambique, uma menor de quatro anos.

Os Serviços da Mulher e Acção Social e o Digno Curador de Menores produziram pareceres, sem oposição, conforme resulta de fls. 73-74 e 83 e 83 verso.

O tribunal de primeira instância não decretou a adopção, com fundamento na falta de garantias para o acompanhamento do menor pelos Serviços da Mulher e Acção Social nacionais, na Suíça, sendo este um dos países de residência do menor.

Em 23 de Julho de 2008, os Serviços da Mulher e Acção Social produziram o relatório de fls. 135 e dirigiram um ofício aos Serviços de Controle das Estruturas de Acolhimento de Menores em matéria de adopção, em Lousana, Suíça, a solicitar a colaboração daquela entidade em assegurar o acompanhamento permanente e periódico do menor em caso de adopção e enviar semestralmente para a Direcção Provincial da Mulher e Acção Social (DPMAS) de Sofala, em Moçambique, o relatório sobre o processo de integração do menor, do seu crescimento e desenvolvimento psico-social (fls. 136-137).

Em 31 de Julho do mesmo ano, os Serviços de Controle das Estruturas de Acolhimento de Menores em matéria de adopção, na Província de Vaud, Lousana, Suíça, responderam dando garantia de seguimento do menor, por um assistente social e envio semestral de relatórios de avaliação sobre o processo de integração, crescimento e desenvolvimento psico-social (fls. 138).

No acórdão fundamento o Tribunal Supremo, dando provimento ao recurso, revogou a decisão recorrida sustentando que *“no que diz respeito ao requisito do nº 1, do artigo 392, da Lei nº 10/2004, de 25 de Agosto, para além dos documentos que haviam sido juntos aos autos antes da decisão recorrida, que já davam indícios de se ter assegurado o fim visado pelo dispositivo legal supracitado, os apelantes vieram, em sede de recurso,*

juntar os documentos de fls. 132 a 140, que reforçam, à saciedade, a satisfação daquele requisito.

No que tange ao requisito do nº 2, do artigo 391, da citada Lei nº 10/2004, de 25 de Agosto, convém ter em conta que o facto de o menor ser órfão, de tenra idade e estar numa situação de completo abandono, a circunstância de os apelantes serem cidadãos estrangeiros, actualmente residentes na Suíça, bem como o facto destes terem adoptado anteriormente sem mácula alguma que se conheça, constituem de si circunstâncias de carácter excepcional que justificam a dispensa da condição aqui exigida”.

No acórdão recorrido constata-se que os adoptantes Juan José Fernandez Soler e Consuelo Almodovar Damian, ambos de nacionalidade espanhola e residentes em Barcelona, Espanha, casados há oito anos, à data do requerimento para adopção, juntaram aos autos o atestado abonatório de idoneidade para adoptar, emitido pelo Instituto Catalão de Acolhimento e Adopção, (fls. 18-23) dos autos.

Os Serviços da Mulher e Acção Social produziram o parecer constante de fls. 6-7 no qual suscitaram as questões seguintes:

- 1- falta de consenso familiar para a adopção do menor por estrangeiros;
- 2- os adoptantes não preenchem o requisito do período de dez anos de casamento, à data do requerimento para adopção; e
- 3- o casal candidato à adopção encontra-se a residir em Barcelona, Espanha e nunca fixou residência em Moçambique.

O Digno Curador de Menores pronunciou-se igualmente no sentido da falta de requisitos tempo de casamento dos candidatos à adopção, e de residência em território nacional, concluindo que o pedido de adopção fosse desatendido, por não reunir os pressupostos legais.

Na sentença o Juiz *a quo* desatendeu o pedido de adopção formulado pelos requerentes, com fundamento na falta dos requisitos – “tempo de casamento dos candidatos à adopção” e “falta de consenso dos familiares do menor para a adopção por estrangeiros”.

Inconformados, os recorrentes interpuseram recurso para o Tribunal Supremo que manteve a decisão recorrida sustentando “*a falta de preenchimento do requisito dos dez anos de casamento entre os adoptantes e nunca terem fixado residência em Moçambique, põe a descoberto a falta de mais outro requisito imposto pela parte final do artigo 1982º do Código Civil, que coloca como um dos condicionantes do deferimento da adopção, o facto de o adoptando estar ao cuidado de ambos os adoptantes ou de um deles, situação que não se verifica no caso sujeito*”.

Mais adiante, refere o acórdão, “*estando prestes a entrar em vigor a Lei n.º 10/2004, de 25 de Agosto, que aprova a Lei da Família, na qual o seu artigo 393, n.º 1, alínea a), reduziu drasticamente para três anos o período de subsistência do casamento, a partir do qual podem conjuntamente duas pessoas adoptar, nem por isso deixará de haver um entrave em relação a estrangeiros residentes fora deste país que pretendam adoptar menores moçambicanos, dada a imperatividade do preceituado no artigo 392, da citada lei, segundo o qual os serviços de Acção Social devem fazer acompanhamento permanente periódico do menor até atingir a maioridade e apresentar um relatório anual ao tribunal que tenha decretado a adopção*”.

Como referimos anteriormente, a razão da proibição da adopção por estrangeiros não residentes em Moçambique tem como fundamento as dificuldades que podem suscitar-se quer para a avaliação na fase de inquérito preliminar, para verificar os pressupostos, quer para o cumprimento das formalidades da avaliação complementar da integração do menor na família, pós-adopção.

E, analisando a factualidade apurada no acórdão fundamento facilmente se depreende estarmos em presença de adoptantes de nacionalidade estrangeira, porém, com características peculiares, a saber: o facto de um dos cônjuges candidato à adopção ser natural de Chicumbane, Província de Gaza, Moçambique, com dupla residência, isto é, na Suíça e em Moçambique, país com o qual tem fortes ligações, quer por via de nascimento quer através da convivência com as comunidades locais que visita regularmente, em virtude dos laços afectivos que não podemos olvidar, justifica *per se* a excepção trazida à colação naquele acórdão, para decretar a adopção.

Mas há mais, os adoptantes têm antecedentes no âmbito da adopção no nosso país, pois, em 20 de Abril de 2007, adoptaram uma menor de quatro anos e seis meses, após um período de acolhimento de três anos, ou seja a menor foi integrada na família dos adoptantes com dezoito meses e só veio a ser adoptada com quatro anos e seis meses.

De referir que a Suíça integra os países assinantes da Convenção de Haia sobre Adopção e Medidas de Protecção da Criança em casos de adopção internacional e concretiza a fiscalização dos procedimentos através dos Serviços de Protecção da Juventude, sendo certo que nenhuma família na Suíça deve integrar como membro do agregado familiar qualquer criança sem autorização prévia daqueles serviços, o que se depreende de fls. 63 e 64 dos autos.

Aliás, foi no seguimento dessa autorização que ao longo do período de acolhimento, a integração da menor LE (adoptada em 2007), na família foi acompanhada pelos Serviços de Acção Social de Moçambique, através de uma acção conjunta com os Serviços de Protecção da Juventude, na Suíça, que produziram e enviaram a Moçambique o relatório de avaliação social complementar do meio de adopção, inserto a fls. 65-69 e culminou com a adopção da menor.

No processo de adopção, na origem do acórdão fundamento, verifica-se que mais uma vez os Serviços de Protecção da Juventude na Suíça trabalharam em coordenação com os Serviços de Acção Social em Moçambique para assegurar o acompanhamento pós adopção do menor LU, quer pelos Serviços de Protecção da Juventude em matéria de adopção, na Suíça, que assumiu o compromisso de produzir relatórios semestrais de avaliação complementar e enviá-los a Moçambique, quer pelos Serviços de Acção Social no nosso país, para os quais foram criadas condições materiais, (passagens pagas e alojamento de assistentes sociais), com o fim de fazerem visitas periódicas à família na Suíça, para efeitos de avaliação complementar das condições de integração do menor, até à maioridade.

Foi no âmbito desta coordenação entre as duas instituições que a Direcção Provincial da Mulher e da Acção Social (DPMAS) dirigiu ao tribunal que decretou a adopção o documento de fls. 135 e 136, dando conta da criação de mecanismos credíveis para

acompanhamento do menor, LU, com vista à avaliação complementar até atingir a maioridade.

No acórdão recorrido verifica-se que os adoptantes nunca fixaram residência em Moçambique. Conheceram o menor JJ num período em que se encontravam de férias, em visita a familiares residentes em Moçambique e a trabalhar no Centro de Malária da Manhiça.

Os candidatos à adopção, após terem conhecido o menor mostraram interesse em adoptá-lo e iniciaram as demarches atinentes ao processo de adopção.

Terminadas as férias regressaram à Espanha, seu país de origem e residência habitual e, enquanto isso, deixaram o menor ao cuidado de familiares residentes em Moçambique, como família de acolhimento.

Na fase de inquérito pelos Serviços de Acção Social constatou-se que os candidatos à adopção, para além de não residirem em Moçambique encontravam-se casados há oito anos, por isso, faltava-lhes o requisito dos dez anos de casamento, legalmente previsto para a adopção plena, conforme resulta do parecer da Direcção Provincial da Mulher e Coordenação da Acção Social, de fls. 6 e 7, sufragado pelo Curador de Menores, a fls. 64 e 64 verso.

Estas constatações tiveram como corolário a sentença proferida a fls. 65 e 66, que indeferiu o pedido de adopção com fundamento na falta de preenchimento do requisito “dez anos de casamento,” de acordo com o artigo 1981º nº 1, do Código Civil, aplicável à data da prolação da sentença, e ainda, a falta de residência em Moçambique, o que iria dificultar a possibilidade de acompanhamento do menor, após a adopção.

Os requerentes juntaram informação “psico-social” elaborada pela Fundação Eulália Torres de Beá, entidade colaboradora do Instituto Catalão de Acolhimento e Adopção da Catalunha, que contém, no essencial, o historial familiar dos adoptantes quanto à sua idoneidade moral para adoptar.

O documento informativo a que aludimos supra, nada refere quanto aos mecanismos adoptados pelo Instituto Catalão de Acolhimento e Adopção da Catalunha, com vista a assegurar o acompanhamento e avaliação do menor, após a adopção.

Assim, da análise aos autos resulta que em ambos os acórdãos estamos em presença de cidadãos de nacionalidade estrangeira.

Contudo, no acórdão fundamento verifica-se que um dos membros do casal adoptante nasceu em Chicumbane, Província de Gaza, Moçambique, tem residência na Suíça e em Moçambique, o que nos reconduz à adopção por estrangeiros residentes no país, que constitui indício de estar assegurada a avaliação complementar periódica, para além de que os adoptantes criaram condições que asseguram as autoridades moçambicanas que mesmo em período de deslocação à Suíça onde os adoptantes têm igualmente residência, está assegurado o acompanhamento periódico do menor, como atrás ficou exposto e devidamente fundamentado.

A este propósito oferece-se-nos dizer que o artigo 392 da Lei da Família deve ser aplicado tendo como ponto de partida a defesa e salvaguarda dos superiores interesses do menor, conforme preconiza o artigo 9, da Lei nº 7/2008, de 9 de Julho.

Ou seja, a norma legal em apreço (artigo 392 da Lei da Família), não pode ser aplicada em detrimento da tutela de garantias de protecção das crianças sujeitas a um processo de adopção que a lei visa regular, impondo-lhe limites que a sociedade, amiúde, na pretensão de integrar o menor numa família, com vista a beneficiar do crescimento e desenvolvimento psico-social são, através do instituto da adopção, seja aberto o caminho quer para que a adopção sirva os interesses dos adoptantes, nomeadamente através da satisfação de interesses puramente pessoais e egoístas dos adoptantes sem filhos, de, a todo o custo, terem uma criança a seu cargo, quer para o tráfico de crianças que a adopção estrangeira, em particular, pode propiciar, levando a que o menor adoptado, ao invés de encontrar uma família onde possa crescer em segurança, seja atirado para uma situação pior do que aquela em que se encontrava antes da constituição do vínculo de adopção.

A lei, atenta aos perigos que um processo de adopção pode trazer consigo, sem olvidar no entanto as reais vantagens que a adopção efectivamente representa, impõe mecanismos

de controlo, alicerçados não somente na avaliação prévia, através do inquérito preliminar na fase de acolhimento, com vista à adopção, mas também por via de um processo de avaliação complementar de integração do menor no seio da família dos adoptantes, após a adopção, até à maioridade.

Por outro lado, a existência de mecanismos idóneos de seguimento do menor pelos Serviços de Acção Social, para efeitos de avaliação complementar da sua integração na família adoptiva, até à maioridade, em Moçambique ou no estrangeiro, se for o caso, decorre do art. 392 da Lei da Família que, quer estejamos perante adopção de menores nacionais, por cidadãos nacionais, quer em presença de adopção de crianças nacionais por cidadãos estrangeiros, residentes em Moçambique.

Sendo que, em caso de dúvida sobre a possibilidade desse acompanhamento, terá como consequência que a adopção não seja decretada, não por falta de requisitos legais por parte dos adoptantes, mas por não se mostrar assegurado o cumprimento de uma formalidade legalmente exigida pelo artigo 392 da Lei nº 10/2004, de 25 de Agosto, a saber: o seguimento do menor pelos Serviços de Acção Social, para efeitos de avaliação complementar da sua integração na família adoptiva, até à maioridade.

Ora, no acórdão recorrido os adoptantes são estrangeiros não residentes, o que mesmo para efeitos de integração do menor na família dos adoptantes para efeitos de avaliação prévia, redundou em dificuldades, razão pela qual, o menor, nessa fase, ao invés de ter sido integrado na família dos adoptantes foi introduzido numa família, alegadamente, dos familiares dos candidatos à adopção o que, salvo o devido respeito, é inadequado e a lei não permite.

Nestes termos e pelos, motivos expostos, negam provimento ao requerimento do Procurador-Geral da República, em virtude de não se verificar oposição de julgados entre os acórdãos proferidos na Secção Cível deste Tribunal Supremo, nos processos nºs 118/2008 e 61/2003, em que são partes Alexandre Cuche e Isabelle Cuche Monnier e Juan José Fernandes Soler e Consuelo Almodovar Damian, respectivamente.

Sem custas.

Maputo, 19 de Novembro de 2015

Matilde Monjane Maltez de Almeida

José Norberto Carrilho

Luís António Mondlane

Joaquim Luís Madeira

Leonardo André Simbine

Augusto Abudo da Silva Hunguana

António Paulo Namburete

Osvalda Joana