

A efetivação do direito à convivência familiar por meio da adoção internacional¹

Alice Franciele Dörner²

Elizângela Treméa Fell³

Robson Luís Zorzanello⁴

Resumo

¹Recebido: 05-06-2008
Aprovado: 14-08-2008

² Acadêmica do 3º ano do Curso de Direito da UNIOESTE (Universidade Estadual do Oeste do Paraná), Campus Marechal Cândido Rondon - PR. E-mail: lice_franciele@hotmail.com

³ Doutoranda em educação, história, política e sociedade pela PUC-SP, professora de Direito Civil, Argumentação Jurídica e Direito Agrário e Ambiental da UNIOESTE, campus Marechal Cândido Rondon - PR. E-mail: elizangelatremea@hotmail.com

⁴ Acadêmico do 3º ano do Curso de Direito da UNIOESTE (Universidade Estadual do Oeste do Paraná), Campus Marechal Cândido Rondon - PR. E-mail: rzorzanello@hotmail.com

Ter sobre si um responsável a lhe orientar, educar, dar afeto e condições materiais mínimas de vida saudável é direito fundamental de toda criança e adolescente, que decorre do direito à convivência familiar e se expressa através do exercício do poder familiar. Desses fundamentos advém a necessidade de que toda criança seja criada e educada no seio de uma família. Na hipótese de abandono ou ausência do poder familiar que assista ao menor, há a possibilidade de colocação deste em família substituta, que disponha das condições essenciais para condução e manutenção de seu desenvolvimento saudável. Nessa perspectiva, a adoção internacional coloca-se como um instituto jurídico de ordem pública que concede à criança ou ao adolescente em estado de abandono a possibilidade de viver em um novo lar, fora de seu país de origem. A característica peculiar dessa espécie de adoção é o sua excepcionalidade, ou seja, a colocação em família substituta estrangeira se dará somente nos casos em que não houver nenhum nacional interessado e desde que se assegure a ampla efetivação do interesse superior do menor.

Palavras-chave: Convivência familiar; família substituta; adoção internacional.

The execution of the right of familiar convience by the international adoption

Abstract

Have on itself a responsible to guide, to educate, to give affection and the minimum material conditions of healthy life is a fundamental right of every child and adolescent, that

elapses from the right of familiar convivence and is expressed by the exercise of the familiar responses. From this right comes the need of every child be created in the breast of a family. In the hypothesis of abandonment or being absence the familiar responses to attend the child's demands, there is the possibility of (re)placement the child into a substitute family, witch has the essential conditions to provide the child's healthy development. In that perspective, the international adoption, comes as a juridical institute of public order that grants to the child or the adolescent in state of abandonment, the possibility to live at a new home, out of his country of origin. The peculiar characteristic of that adoption species is it's nature and character of exceptionality. In other words, the placement in substitute foreing family will only feel in those cases where any national family is interested in the adoption procedure, and just if assured the superior interest of the adopted.

Key-words: Familiar convivence; substitute family; international adoption.

Do direito à convivência familiar e do poder familiar

A família é entendida por muitos como primeira e mais importante instituição da sociedade humana. É dela que o indivíduo recebe as primeiras influências sociais, culturais, morais e educacionais a lhe orientarem e servirem para toda a vida. Cintra refere-se à família como: “o lugar normal e natural de se efetuar a educação, de se aprender o uso adequado da liberdade, e onde há a iniciação gradativa no mundo do trabalho. É onde o ser humano em desenvolvimento se sente protegido e de onde é lançado para a sociedade e o universo” (CURY, 2006, p.100).

Em razão de suas várias funções – protetora, educadora, orientadora, entre outras – o ordenamento jurídico brasileiro reserva à família um trato especial, que se evidencia pela tutela a ela dedicada em sede constitucional, no Código Civil e em leis especiais, a exemplo do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 12 de outubro de 1990).

Todo esse arcabouço legislativo voltado a tratar das questões de

família justifica-se diante das exigências postas por uma realidade social que se mostra a cada dia mais dinâmica, pluralista e complexa, que questiona os valores do Direito e lhe está sempre a exigir respostas novas e satisfatórias.

À família, o ordenamento jurídico delega a missão de proteger e zelar incondicionalmente pelas crianças e adolescentes, os quais, por sua peculiar condição de pessoas em desenvolvimento⁵, mostram-se merecedores de especiais cuidados e atenção. Ao Estado, concomitantemente, atribuiu-se o dever constitucional (art. 203, I e II c/c art. 226, §§ 7º, 8º da CF) de, fundando-se nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, auxiliar as famílias a bem desempenharem o livre planejamento familiar e demais atribuições que lhe são inerentes, por meio de políticas públicas e assistenciais, de sua tutela jurisdicional e de instrumentos administrativos.

Tal orientação jurídica dedicada à tutela da instituição familiar permite que seja interpretado o convívio em família como direito fundamental, eis que desse convívio decorre e se efetiva uma especial forma de proteção dos indivíduos ainda em fase de desenvolvimento biopsicossociocultural e carentes de assistência material, como o são as crianças e os adolescentes. Fortalecido o direito à convivência familiar, bem como a própria instituição família, acredita-se estar sendo efetivada grande parcela dos direitos aos quais as crianças e adolescentes são titulares; mais que isso, acredita-se estarem sendo amenizados graves problemas sociais, a exemplo do abandono de menores, da violência, da prática de atos infracionais, entre outros.

Tão relevante é a ênfase dada pelo ordenamento jurídico à entidade familiar, pois se entende ser ela o local aonde irá se expressar o poder familiar, poder cujas atribuições as crianças e os adolescentes necessitam

5 A "condição peculiar de pessoa em desenvolvimento" é conceito universal, estampado na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança e em toda a normativa internacional que trata da matéria. No ordenamento pátrio, significou o reconhecimento das crianças e adolescentes como cidadãos e sujeitos de direitos, de modo a superar-se a antiga concepção do Código de Menores (Lei 6.697 de 10 de outubro de 1979), segundo a qual o menor era mero objeto de direito. Segundo Saraiva (2005, p.66), "na caminhada trilhada entre a indiferença e a proteção integral de direitos, a criança transitou desde a desconsideração de sua condição diferenciada, ao rótulo de incapaz, até a compreensão (nem sempre percebida) de sua condição de pessoa em estágio de desenvolvimento, sujeito de direitos."

que sejam exercidas sobre si. O indivíduo, enquanto menor, precisa de quem lhe assista materialmente, moralmente, educacionalmente, de alguém que lhe guarde, ampare, oriente e defenda – e estas são algumas das atribuições correspondentes ao poder familiar.

O poder familiar é forma de ‘poder’ tida em sua acepção contemporânea mais como um ‘dever’, mas que, por diversos séculos se caracterizou como direito extremo e irrestrito dos pais sobre a pessoa e o patrimônio dos filhos. Rodrigues assim o conceitua: “O pátrio poder (poder familiar) é conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes” (CURY, 2006, p.105).

De fato, é recente essa percepção de que o poder familiar deve ser um conjunto de direitos voltado a atender os interesses dos filhos. A visão que predominava anteriormente à Constituição Federal de 1988, era de que o pátrio poder exercia-se como forma de autoridade sobre os filhos, e que tinha por titularidade apenas o cônjuge varão – daí a denominação pátrio poder (derivada de “pai”), herdada do direito romano, em que se expressava a autoridade nas relações intrafamiliares pela figura do *pater familias*.

Deve-se ter em mente que, a sociedade brasileira teve, até pouco tempo, o ramo de Direito de Família polarizado no Código Civil de 1916. Segundo esse diploma legal, as relações familiares eram disciplinadas conforme princípios patriarcalistas, patrimonialistas e de inspiração eminentemente romanista. A efetiva superação desse paradigma de concepção familiar, que ainda refletia um Brasil rural e machista, somente ocorreu, como já dito, pelo advento da Constituição Federal de 1988, quando se iniciou o fenômeno da “constitucionalização” do Direito de Família.

A nova doutrina constitucional estabeleceu legalmente uma nova concepção de família brasileira, baseada na igualdade dos cônjuges e em novas formas de união civil (a exemplo da união estável), fundada mais na afetividade e satisfação pessoal de seus componentes do que no patrimônio envolto em suas relações. A Constituição superou, ainda, pela letra do art. 226, § 6º, o entendimento de família puramente consanguínea, tendo proibido qualquer distinção ou discriminação entre filhos anteriormente

denominados “legítimos” ou “ilegítimos”, havidos ou não por ocasião do matrimônio, ou advindos dos processos de adoção. Madaleno (2000, p.22-23) ressalta a importância dessa nova visão constitucional, e a considera uma verdadeira revolução:

A revolução sucedida no âmbito do Direito de Família, com o advento da Constituição de 1988, retira de sua gênese o seu caráter autoritário, quando elimina as relações de subordinação até então existentes entre os integrantes do grupo familiar. Melhor, o Direito de Família constitucionalizado em 1988 impõe aos cidadãos um modelo único de moral familiar, por mais paradoxal que pareça ao atual sistema plural de formação do núcleo familiar.

Essa nova percepção legal decorre das alterações fático-sociais emanadas da realidade brasileira e da conseguinte superação do entendimento patriarcal e ruralista de que o menor era mero objeto submisso à autoridade paterna, mera esperança de futuro auxílio aos pais, prestador e continuador da mão-de-obra no campo.

Em resumo, Rosa (2004, p.09) destaca que “o pátrio poder passa de um poder absoluto, no início da civilização ocidental, para um poder tutelado, delegado pelo Estado contemporâneo, no interesse e em benefício do filho.”

Não bastasse a regulação genérica constitucional sobre a temática da criança e do adolescente, promulgou-se no início da década de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Este diploma, por sua vez, ao disciplinar o instituto do pátrio poder, em seu art. 21, dispôs que será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

Vale destacar que a contribuição trazida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente ao instituto do pátrio poder bem como a todo o ordenamento jurídico nacional, é de que a criança e o adolescente passam a ser considerados sujeitos de direitos. Isso significa que o Estatuto, rompendo com a doutrina da situação irregular presente no Código de Menores (Lei nº. 6.697, de 10

de outubro de 1979 – revogada expressamente pelo ECA), confere à criança e ao adolescente um novo espaço jurídico: eles passam a ser sujeitos de direitos humanos e sociais, tendo garantida, em lei, sua proteção integral.

O Novo Código Civil, em seu art. 1.631, *caput*, traz redação semelhante à do Estatuto da Criança e do Adolescente sobre o instituto do pátrio poder. Ressalte-se, entretanto, que é somente através deste Código, promulgado no ano de 2002, que se instituiu formalmente a terminologia “poder familiar” em substituição à denominação “pátrio poder”, pela seguinte redação: “Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.”

Para garantir o cumprimento e exercício do poder familiar dentro dos parâmetros de legalidade por parte dos seus titulares, foram estabelecidas em lei algumas atribuições expressas. “Incumbe aos pais”, conforme o art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente: “o dever de sustento, guarda e educação dos filhos, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.” Andrade, citado por Cury (2006, p.109), entende que “esses deveres dos pais previstos no art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente estão inseridos no contexto dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, especialmente no âmbito do direito à convivência familiar e comunitária”.

Extraí-se do artigo 227 da Constituição o conjunto mínimo de deveres atribuídos à família, em especial ao poder familiar, a serem exercidos em benefício do filho, enquanto criança e adolescente, a saber: o direito à vida, à saúde, à alimentação (sustento), à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar. Evidentemente, tal conjunto de deveres deixa pouco espaço ao poder. São, em verdade, deveres jurídicos correspectivos a direitos cujo titular é o filho.

Em razão da percepção de que o poder familiar exerce-se em favor dos filhos, ou seja, é um dever dos pais para com esses, Lôbo (2006, s.p.) defende o caráter bipolar de sua titularidade. Em verdade, esta visão por parte do autor é de vanguarda. Segundo ele o novo Código Civil estabelece

que:

[...] os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores, podendo levar à interpretação ligeira de serem os pais os únicos titulares ativos e os filhos os sujeitos passivos dele. Para o cumprimento dos deveres decorrentes do poder familiar, os filhos são titulares dos direitos correspectivos. Portanto, o poder familiar é integrado por titulares recíprocos de direitos.

Quanto ao conteúdo do poder familiar, afirma-se que em razão de ser decorrente da paternidade natural ou legal, não pode ser transferido, pois é direito indisponível. Ocorre, porém, no caso excepcional de consentimento dos pais naturais para adoção dos filhos, verdadeira renúncia a esse direito.

De qualquer forma, além dos deveres citados pelos arts. 22 do ECA e art. 227, CF, pelo Código Civil conferiu-se ao titular do poder familiar as competências do art. 1.634, as quais, em resumo são: a) dirigir a educação e criação; b) ter direito de companhia e guarda; c) dar consentimento para casar; d) nomear tutor; e) representar e assistir o filho nos atos da vida civil; f) retomar o filho contra quem o detenha; g) exigir obediência, respeito e serviços próprios de sua idade e condição.

No ECA, há previsão de hipótese de perda do poder familiar não prevista no Novo Código Civil, justamente voltada ao descumprimento dos deveres de guarda, sustento e educação dos filhos, consoante os arts. 22 e 24. Pelo Código Civil, as hipóteses de suspensão do poder familiar dos pais são enumeradas pelo art. 1.637, ou seja: descumprimento dos deveres a eles (pais) inerentes, ruína dos bens dos filhos, condenação em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão. Nas duas primeiras hipóteses, verifica-se a caracterização do chamado abuso do poder familiar.

Não é demais acrescentar, conforme leciona Lôbo (2006, s.p.), que:

Os deveres inerentes aos pais, ainda que não explicitados, são os previstos na Constituição, no ECA e no próprio Código Civil, em artigos dispersos, sobretudo no que diz respeito ao sustento, guarda e educação dos filhos. De modo mais amplo, além dos referidos, a Constituição impõe os deveres de assegurarem aos

filhos (deveres positivos ou comissivos) a vida, a saúde, a alimentação, o lazer, a profissionalização, a dignidade, o respeito, a liberdade, a convivência familiar e comunitária, e de não submetê-los (deveres negativos ou de abstenção) a discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Indiscutivelmente, o indivíduo criado em ambiente familiar possui mais condições de desenvolvimento saudável, haja vista que pode exigir dos responsáveis pelo exercício do poder familiar que lhe sejam atendidos seus direitos e garantias básicos.

Não é por acaso que consta em referido artigo o direito à convivência familiar como direito essencial da personalidade infanto-juvenil. Esse é o posicionamento de Machado (2003, p.156), para quem “o artigo 227, caput, da CF elevou a convivência familiar a direito fundamental, positivado, de crianças e adolescentes e instituiu, no art. 226, *caput*, que a família é a base da sociedade [...]”

Feitas as considerações sobre o instituto do poder familiar e suas atribuições, cujos reflexos evidenciam uma gama de direitos em benefício das crianças e adolescentes, resta evidente a missão de o Estado garantir que pese sobre o maior número possível de infantes brasileiros a proteção e o múnus do poder familiar. Ter sobre si um responsável, um pai ou mãe que oriente, eduque, dê afeto e condições materiais mínimas de vida saudável é direito básico e fundamental da criança e do adolescente, que decorre do direito à convivência familiar, e se expressa através do poder familiar.

Da colocação em família substituta

Às milhares de crianças e adolescentes abandonados, em situação de risco ou que vivem sob a guarda de um poder familiar arbitrário ou irresponsável, deve-se garantir o direito à convivência familiar saudável. Sabedor dessa necessidade, o legislador disciplinou essa matéria no próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, quando se dedicou ao trato da colocação do menor em família substituta.

É em observância à exigência constitucional de proteção integral e desenvolvimento saudável da criança e do adolescente que foi promulgado

o Capítulo III do Título II do ECA, intitulado “Do direito à convivência familiar e comunitária”. O art. 19 do referido diploma estabelece que todo menor tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, em um ambiente livre da presença de pessoas que possam prejudicar seu desenvolvimento. Pretende o Estatuto através desse artigo, ressaltar a importância de serem a criança e o adolescente mantidos em sua família natural, se referindo à família substituta como condição excepcional.

Reconhece-se assim, por força do dispositivo citado, a existência de casos em que a relação de parentesco consanguínea ou biológica não se desenvolve, por motivos vários, momento em que surge a necessidade de colocação da criança ou adolescente em família substituta.

É do art. 28 do ECA que se pode extrair o conceito de *família substituta*, como aquela modalidade de família instituída na forma de guarda, tutela ou adoção. Tais modalidades de colocação da criança ou adolescente em ambiente familiar, pretende garantir a esses indivíduos os mínimos direitos decorrentes do convívio familiar, expressos no texto do art. 22 do ECA, cuja redação institui aos pais o dever mínimo de sustento, guarda e educação dos filhos, cabendo aos que exercem o poder familiar, ainda, a obrigação de cumprir e fazer cumprir eventuais determinações judiciais. Nos dizeres de Mônaco (2002, p.55): “A guarda, a tutela ou a adoção devem ser assumidas de forma a se acolher a criança, estabelecendo condições para a assunção de autênticos laços afetivos de filiação e paternidade. É só com este aspecto que se admite a função supletiva de guarda, tutela ou adoção”.

Não é a pretensão do presente estudo deter-se no exame específico de cada uma das modalidades de colocação do menor em família substituta. Pretende-se a análise da modalidade excepcional de adoção internacional, cuja aplicação prática exige maior cautela por parte das entidades envolvidas no procedimento judicial, e que implica maior alteração na realidade social e cultural vivida pelo adotando.

A adoção internacional

A adoção é uma das modalidades de colocação em família substituta estabelecidas pelo ECA, na qual adotando e adotado formam laços de parentesco civil. Antônio Chaves (1995, p. 23) a define como “ato sinalagmático e solene, pelo qual, obedecidos os requisitos da lei, alguém estabelece, geralmente com um estranho, um vínculo fictício de paternidade e filiação legítimas, de efeito limitado e com total desligamento do adotando com sua família de sangue”.

A adoção é a modalidade de filiação que busca imitar a filiação natural. Daí ser também conhecida como filiação civil, pois não resulta de uma relação biológica, mas de manifestação de vontade, conforme o sistema do Código Civil de 1916, ou de sentença judicial, no atual sistema do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), bem como do Novo Código Civil (VENOSA, 2003, p.315).

A finalidade precípua da adoção é melhorar a condição material, moral e afetiva do adotando, garantindo-lhe, como já visto, o direito à convivência familiar e as atribuições decorrentes do exercício do poder familiar. O enfoque da adoção moderna “terá em vista a pessoa e o bem-estar do adotado, antes do interesse dos adotantes, ou seja, fundamenta-se no princípio do superior interesse do menor [...]. A adoção, vista como um fenômeno de amor, afeto e desprendimento, deve ser incentivada pela lei” (VENOSA, 2003, p.316).

Da mesma maneira, “é uma medida de proteção e uma instituição de caráter humanitário, que tem por escopo, dar filhos àqueles a quem a natureza negou e por outro lado uma finalidade assistencial, constituindo um meio de melhorar a condição moral e material do adotado”(DINIZ, 2005, p. 485).

Há previsão legal para que se permita, em casos excepcionais, que a adoção ocorra extraterritorialmente, ou seja, de forma a autorizar que pessoas estrangeiras e residentes fora do Brasil, façam o pedido de adoção de crianças ou adolescentes brasileiros, para que estes passem a residir no país do adotante. Temos, nessa situação, configurada a adoção internacional, um

instituto jurídico de ordem pública que concede à criança ou ao adolescente em estado de abandono, a possibilidade de viver em um novo lar, fora de seu país de origem, desde que se assegurem o bem-estar e a educação do adotando, e obedeçam-se as normas dos países tanto do adotante quanto do adotado.

A característica fundamental dessa espécie de adoção é o seu caráter de excepcionalidade, ou seja, a colocação em família substituta estrangeira se dará somente nos casos em que não houver nenhum nacional interessado, e segundo o art. 31 do Estatuto da Criança e do Adolescente, somente admissível na modalidade de adoção.

A excepcionalidade da adoção internacional é mencionada por Ishida (2007, p.97), quando cita o XIII Congresso da Associação Internacional de Magistrados de Menores e de Família, em que se salientou “que seja confirmado o caráter subsidiário da adoção internacional à qual se poderá recorrer somente depois de esgotas todas as possibilidades de manutenção da criança na própria família no seu país de origem”.

Semelhante é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que em julgado sobre adoção internacional manifestou-se da seguinte maneira:

ADOÇÃO INTERNACIONAL. Cadastro geral. Antes de deferida a adoção para estrangeiros, devem ser esgotadas as consultas a possíveis interessados nacionais. Organizado no Estado um cadastro geral de adotantes nacionais, o juiz deve consultá-lo, não sendo suficiente a inexistência de inscritos no cadastro da comarca. Situação já consolidada há anos, contra a qual nada se alegou nos autos, a recomendar que seja alterada. Recurso não conhecido (REsp. 180341/SP – Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar, T4 (Quarta Turma). Data de Julgamento: 18/11/1999, Data da Publicação: 17/12/1999, p.375).

De fato, há de se considerar que essa medida ostenta um grau de ruptura na realidade de vida do adotando que vai muito além da que ocorre nos casos de adoção por nacionais residentes no país, eis que a adaptação da criança ou do adolescente é expressivamente mais complexa e, portanto, é maior a potencialidade do trauma representado pelo afastamento do convívio com sua língua, sua cultura, seus semelhantes.

Poder-se-ia argumentar que a atenuação dos complexos efeitos

da adaptação do adotando à família transnacional seriam amenizados se a adoção internacional se desse em favor de um bebê ou de criança ainda nos primeiros anos de vida, pois, ainda em fase inicial de educação e desenvolvimento. Não é o que ocorre na prática, em razão do preconceito ainda existente por parte de inúmeros casais nacionais, que, ao preferirem os bebês recém-nascidos, relegam as crianças maiores à opção da adoção internacional. Aoki, citado por Cury (2006, p.141), aborda essa questão da excepcionalidade sob a ótica empírica, e nos revela o seguinte quadro:

Na prática, contudo, a excepcionalidade pouco atinge os casos de adoção internacional, resguardados em sua maioria para aquelas crianças ou alguns poucos adolescentes já preteridos há muito tempo pelos casais nacionais, que ainda guardam o preconceito, em sua maioria, de adotar apenas recém-nascidos, e normalmente de pais desconhecidos, além de outros resquícios de preconceitos de todos conhecidos.

Ainda a esse respeito, encontramos posicionamentos no sentido de que o princípio da excepcionalidade não pode ser apresentado como mecanismo de impedimento das adoções internacionais. Destaca-se o ensinamento de Costa (2008, s.p.), que esclarecedoramente leciona:

O princípio da prioridade da própria família ou princípio da excepcionalidade da adoção internacional não pode ser considerado absoluto e, em seu nome, não se pode impedir ou dificultar as adoções, impondo-lhe (sic.) exigências rigorosas, tanto de fundo como de forma. Embora a falta ou carência de recursos materiais não seja motivo suficiente para a destituição do pátrio-poder-dever (ECA, art. 23), não se pode admitir que uma criança permaneça no núcleo familiar de origem em situação de abandono psicológico ou desamparo físico e material. Não reunindo os pais condições pessoais mínimas de cumprir, satisfatoriamente, as funções que lhes são exigidas, ou seja, os deveres e as obrigações de sustento, guarda, e educação, e uma vez exauridas as possibilidades de manutenção dos vínculos com a família natural, o caminho da colocação em família substituta deve ser aberto, sem restrições.

Verifica-se, assim, a grande responsabilidade que a adoção internacional possui, já que somente neste caso se poderá colocar uma criança em família substituta estrangeira. Faz-se de suma importância aqui, salientar que esta preferência pelos adotantes brasileiros não é nenhuma

forma de distinção entre nacional e estrangeiro, mas sim, uma maneira de dar prioridade à adoção cujos efeitos apresentam-se de mais fácil adaptação ao adotando, já que estamos em face dos direitos fundamentais do mesmo, em consonância com o princípio do interesse superior do menor.

A adoção internacional é um instituto bastante recente na história do ocidente:

[...] apesar de ter existido algo semelhante desde os tempos imemoriais, é apenas depois da Segunda Guerra Mundial que se generalizou a idéia da 'família substituta'. Essa forma particular de colocação de uma criança traz a possibilidade de direitos plenos do adotado na sua família, mas às custa da ruptura na sua identidade familiar (FONSECA, 2005, p.44).

Os países que faziam parte do denominado "Primeiro Mundo", com suas famílias desestruturadas após as grandes guerras-mundiais, inicialmente buscaram refazer seu grupo familiar com crianças de suas próprias regiões, objetivando, assim, ter um 'filho' com as mesmas características físicas e culturais que lhes eram próprias. Porém, a procura por crianças a serem adotadas intensificou-se de tal forma que chegou a surgir na Europa um mercado emergente em que famílias abastadas tomavam para si crianças e adolescentes provenientes de núcleos familiares com situação econômica precária. Concomitantemente, muitas cadeias de protestos se levantaram contra essa situação.

A resposta encontrada para essa questão do comércio de crianças surgiu com a promulgação de legislação rigorosa a respeito da adoção, que passou a dificultar as adoções dentro dos países de economia forte - os da Europa Ocidental, principalmente. Em meio a esse cenário, começaram a se tornar agradáveis aos olhos dos países subdesenvolvidos, com suas legislações flexíveis e principalmente, através da sua população paupérrima, que se assumisse o novo papel de fornecedores de crianças e adolescentes.

Conhecidos assim, como "fornecedores de crianças adotáveis", como bem destaca Fonseca (2005, p.45), "[...] foi no bojo desse cenário, no final dos anos 1970 e, especialmente, na década de 1980, que ocorreu o 'boom' de adoções internacionais em países do Terceiro Mundo."

Essa grande distorção da finalidade essencial da adoção internacional fez com que no Brasil diversos grupos se mobilizassem. O primeiro passo para tentar frear esse problema foi instituir, através da promulgação da Constituição de 1988 - especialmente pelo seu art. 227 - a doutrina da proteção integral, que segundo Oliva (2006, p.89), "(...) no plano nacional, deixou o campo teórico para transformar-se no Princípio da Proteção Integral, incorporando-se definitivamente ao ordenamento jurídico pátrio."

Nas palavras de Gonçalves (2002, p.31), "o princípio da prioridade absoluta é a concretização dos direitos fundamentais, a afirmação do pleno exercício da cidadania social do cidadão Criança e Adolescente."

Posteriormente, foi editada a Lei n. 8.069 de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente que "(...) também traz nova regulamentação para o instituto da adoção, ampliando consideravelmente os efeitos da relação, sempre em atenção ao dispositivo da citada norma constitucional" (MONACO, 2002, p.31).

Mas a principal medida tomada para coibir o tráfico e comércio de crianças e adolescentes para adoção, foi a ratificação da Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, concluída em Haia, em 29 de maio de 1993, inserida em nosso ordenamento através do Decreto 3.087, de 21 de junho de 1999. Surgiu assim, um novo paradigma na cultura da adoção internacional, estabelecendo garantias e instaurando um sistema de cooperação e reconhecimento nos Estados signatários da Convenção, pela prevenção do tráfico de crianças e adolescentes.

Assim observou com acuidade Venosa (2003, p.321): "uma criança ou adolescente só pode ser adotado com a intervenção do Judiciário, que analisará cada caso, possibilitando um controle rígido sobre o tráfico de crianças, que foi uma das razões, talvez a principal, que levou o legislador a limitar os casos em que se permite a adoção internacional."

No procedimento da adoção internacional, como estão presentes ordenamentos jurídicos distintos - diga-se, aquele a que pertence o adotante e aquele a que pertence o adotado, necessário se faz analisar os elementos de conexão para que não haja conflito de normas de Direito Internacional a

impedir que se realize o ato.

Como as questões que envolvem conflito de leis no espaço, neste âmbito, são a capacidade das partes (tanto no que se refere aos adotantes quanto aos adotandos), a forma do ato jurídico solene e a determinação dos efeitos a nova relação filial, temos que os elementos de conexão que incidirão no processo adotivo como elemento estrangeiro serão ou o domicílio ou a nacionalidade ou a residência habitual e o local de constituição do ato (MONACO, 2002, p.37).

A lei brasileira sempre rege a capacidade para ser adotado, pois o juiz nacional será competente para julgar apenas as hipóteses de adoção internacional quando a criança ou adolescente adotado for residente habitual do nosso país. Assim, as formalidades e o procedimento a serem observados são aqueles previstos pela lei do magistrado que preside o processo, observando sempre os diplomas internacionais ratificados pelo Brasil.

A Convenção de Haia dispõe, em seu art. 6º, que “cada Estado designará uma Autoridade Central encarregada de dar cumprimento às obrigações impostas pela presente Convenção”. Através do Decreto nº. 3.174 de 16 de setembro de 1999 ficou designada a Secretaria de Estado dos Direitos Humanos do Ministério da Justiça como Autoridade Central Federal. A regra é de essas Autoridades Centrais serem uma por Estado; porém, em países de regime federativo ou onde vigorar mais de um sistema jurídico, pode-se optar por instituírem múltiplas Autoridades Centrais. Em razão disso, no Brasil tal autoridade é exercida pelas Comissões Estaduais Judiciárias de Adoção e de Adoção Internacional (CEJAs e CEJAls).

Segundo disposto no art. 50, *caput*, do Estatuto da Criança e do Adolescente: “a autoridade judiciária manterá, em cada comarca ou foro regional um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção”. Esses registros têm em vista facilitar o processo de colocação em família substituta, já que possibilita o cruzamento de informações contidas nos cadastros de adotantes. Contudo, essa inscrição no cadastro não se caracteriza pressuposto necessário da medida de colocação em família substituta, em qualquer de suas modalidades.

Há grande controvérsia na doutrina em relação ao art. 52 do ECA, que disciplina o estudo prévio a ser realizado pela CEJAs para concessão do laudo de habilitação para o processo de adoção internacional. Institui o referido dispositivo que “a adoção poderá ser condicionada a estudo prévio”, o que permite a muitos doutrinadores a interpretação de que o estudo prévio não é obrigatório. Alguns julgados entenderam que a natureza do dispositivo é meramente opinativa, mas por outro lado, Mônaco (2002, p.105) defende que o laudo de habilitação é “pressuposto processual objetivo, indispensável à constituição válida da relação de processo nas ações de adoção requeridas por estrangeiros não- radicados no Brasil”.

Ressalte-se que é dever das Autoridades Centrais manter constante comunicação com a família adotante, processo que deve iniciar-se antes da propositura da ação de adoção. São obrigadas, ainda, a permanecerem em freqüente contato com a família durante os trâmites legais e manterem-se vigilantes, posteriormente, com o fim de desenvolverem o acompanhamento e principalmente a fiscalização da adoção internacional perpetrada.

Deferida a sentença constitutiva da adoção internacional, a mesma gera efeitos. Ao adotado e sua família biológica, regem-se as relações pela lei nacional; quanto à família estrangeira e sua relação com o adotando, são regulados os efeitos através da lei do Estado que deu acolhida. A execução da sentença será imediata entre os Estados signatários da Convenção de Haia, como também naqueles em que se admite a aplicação da referida Convenção em seu direito interno. Neste procedimento, o juiz da Infância e Juventude do local onde o adotando se encontra, observará também as disposições da lei do local onde serão encaminhados à criança ou ao adolescente.

Se a situação a que se submeterá o adotando for prejudicial relativamente aos demais filhos existentes ou supervenientes do(s) adotante(s), cremos deverá o juiz impedir se constitua a relação parental, negando provimento à pretensão adotiva, por tratar-se de imperativo de ordem pública a efetivação por forma plena de adoção [...] (MONACO, 2002, p.113).

Desta forma, se o juiz não agir assim, estará inobservando o disposto no art. 43 do ECA, que determina que a adoção internacional somente será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se

em motivos legítimos. Ademais, no que se refere à adoção extraterritorial, dispõe o referido diploma legal que o estágio de convivência – período em que se verificará a capacidade dos adotantes de serem pais, e se haverá adaptação do adotando a nova realidade familiar - será obrigatório pelo prazo mínimo de quinze dias para crianças até dois anos de idade e de no mínimo trinta quando se tratar de adotando com idade acima de dois anos.

A doutrina atual é divergente quanto a obrigatoriedade do estágio de convivência no território nacional, disciplinado pelo art. 51, parágrafo 4º, do ECA. A posição de José Luiz Mônaco da Silva (1994, s.p.) é de que o estágio de convivência na adoção internacional possa ser realizado no país de origem dos adotantes, porque aí é que o adotando passará a conviver e se adequar ao lugar e aos demais indivíduos que encontrará na possível nova realidade social.

Porém, a interpretação exegética do referido artigo não permite tal posicionamento, já que dispõe expressamente que o estágio de convivência deverá ser cumprido no território nacional. Há que se acrescentar que o estágio de convivência quando cumprido em território nacional permite melhor verificação e fiscalização pela autoridade local, da condição e reais objetivos do adotante, permitindo-se, ainda, constatar eventuais motivos escusos por parte deste, a exemplo do tráfico internacional de crianças. É este o entendimento de Ishida (2007, p.98) para quem é vedado o cumprimento do estágio de convivência no exterior. Ademais, é vedada por lei a supressão ou diminuição do período do estágio de convivência, podendo o magistrado apenas ampliá-lo.

Assim, deverá sempre ser atendido o interesse superior da criança e do adolescente, garantindo-se sua dignidade humana, quer seja no procedimento da adoção por nacionais ou residentes no país, quer seja no procedimento da adoção internacional quando indicar ser a melhor opção para o adotando. Desta maneira, coloca-se a criança ou adolescente em um ambiente familiar que ao mesmo tempo é novo e possui reais possibilidades de obter êxito no decorrer do desenvolvimento da criança ou do adolescente.

Considerações finais

Através da convivência familiar, crianças e adolescentes têm maiores e melhores condições de se desenvolverem de forma saudável e plena. Reconhecendo essa assertiva, a Constituição Federal consagrou-a como direito fundamental do menor, em seu art. 227.

Enquanto amparados pela proteção de uma família e tendo sobre si exercidos os deveres decorrentes do poder familiar, crianças e adolescentes encontram o direito de terem um responsável que lhes assista materialmente e moralmente, que lhes guarde, oriente, defenda e eduque – razão pela qual se deve garantir ao maior número de infantes brasileiros o convívio em ambiente familiar sadio.

Dedicou-se o Estatuto da Criança e do Adolescente, em capítulo especial, ao trato da colocação, em família substituta, de crianças e adolescentes em situação de risco ou que tenham sobre si exercido o poder familiar de forma irregular ou arbitrária. Definiu-se assim, nessa lei especial, três modalidades de colocação do menor em lar substituto, quais sejam: a guarda, a tutela e a adoção.

Esta última espécie de colocação em lar “não-natural” é a que traz maiores conseqüências e alterações na vida do adotando, posto que lhe altera o nome, a situação social e muitas vezes cultural em que passa a ser inserido. Maiores ainda são os efeitos da adaptação ao adotando quando a adoção se dá na forma extraterritorial, haja vista que até mesmo a língua e outros hábitos cotidianos podem ser fortemente alterados.

Em razão desses impactos havidos por questões de adaptação e convivência do adotando, e visando coibir o tráfico internacional de crianças e adolescentes, criou-se extensa legislação internacional para regular as adoções transnacionais – a Convenção de Haia, por exemplo, e qualificou-se essa modalidade de adoção como excepcional.

Em verdade, conclui-se que, em respeito e cumprimento ao princípio do superior interesse da criança e do adolescente, e tendo em vista a importância de dar ao menor o direito à convivência familiar, não podem ser indeferidas as adoções internacionais pela simples argüição de

sua excepcionalidade.

Ainda, vale ressaltar que os procedimentos judiciais e as convenções internacionais relativos ao assunto são significativamente avançados e permitem aferir com segurança que, por muitas vezes, é melhor a adoção concedida a famílias ou pessoas estrangeiras do que a situação de viver em abrigos ou em contato com nacionais despreparados para o múnus do exercício do poder familiar.

Deve-se, por fim, desmitificar o instituto da adoção extraterritorial, especialmente porque a legislação que a ampara é suficiente em si para garantir sua plena efetividade e a consecução de seus plenos objetivos.

Referências Bibliográficas

ANDRADE, Romero de Oliveira. Do direito à convivência familiar. In: CURY, Munir, AMARAL E SILVA, Antônio Fernando e MENDEZ, Emílio Garcia (coord.). **Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

AOKI, Luiz Paulo Santos. Família Substituta. In: CURY, Munir, AMARAL E SILVA, Antônio Fernando e MENDEZ, Emílio Garcia (coordenação). **Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 123/144.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Estatuto da criança e do adolescente: lei nº 8.069 de 13 de setembro de 1990**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Código Civil: lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CHAVES, Antônio. **Adoção**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1995.

CINTRA, Maria do Rosário Leite. Do direito à convivência familiar. In: CURY, Munir, AMARAL E SILVA, Antônio Fernando e MENDEZ, Emílio Garcia (coordenação). **Estatuto da criança e do adolescente comentado:**

comentários jurídicos e sociais. 8. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 99/102.

COSTA, Tarcísio José Martins. **Adoção Internacional**: aspectos jurídicos, políticos e sócio-culturais. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br/jij/adoacao/adoacao_internacional.pdf> Acesso em: 29 de mar. de 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: direito de família. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 5.

FIRMO, Maria de Fátima Carrada. **A criança e o adolescente no ordenamento jurídico brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FONSECA, Cláudia. **Uma virada imprevista**: o “fim” da adoção internacional no Brasil. Publicado em 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/dados/v49n1/a03v49n1.pdf>> Acesso em 16 de mar. de 2008.

ISHIDA, Válder Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do poder familiar. **Jus Navigandi**, Teresina, Ano 10, n. 1057, maio. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8371>> Acesso em: 29 de mar. de 2008.

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. São Paulo: Manole, 2003.

MADALENO, Rolf. *Novas perspectivas no Direito de Família*. São Paulo: Livraria do Advogado, 2000.

MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos. **Direitos da criança e adoção internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVA, José Roberto Dantas. **O princípio da proteção integral e o trabalho da criança e do adolescente**. São Paulo: LTr, 2006.

RODRIGUES, Silvio. Do direito à convivência familiar. In: CURY, Munir, AMARAL E SILVA, Antônio Fernando e MENDEZ, Emilio Garcia (coordenação). **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 8. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p.

98/99.

ROSA, Edinete Maria. **Radiografia de um processo social**: um estudo sobre o discurso jurídico a respeito da violência contra crianças. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2004.

SARAIVA, João Batista da Costa. **Adolescente em conflito com a lei**: da indiferença à proteção integral. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, José Luiz Mônaco da. **Estatuto da criança e do adolescente**: comentários. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**: direito de família. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.