

Gustavo Ferraz de Campos Monaco

DIREITOS
DA CRIANÇA E
ADOÇÃO INTERNACIONAL

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

Gustavo Ferraz de Campos Monaco

Mestrando em Ciências Jurídico-
Políticas (Direito Internacional
Público) pela Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra – Portugal.

Pós-Graduado em Direito Penal
Econômico e Europeu pelo Instituto
de Direito Penal Económico e
Europeu, da mesma Faculdade.

Ex-bolsista da Fundação de
Amparo à Pesquisa do Estado de
São Paulo.

Bacharel em Direito pela Faculdade
de Direito da Universidade de
São Paulo.

EDITORIA RT
REVISTA DOS TRIBUNAIS
ATENDIMENTO AO CONSUMIDOR
Tel.: 0800-11-2433
<http://www.rt.com.br>

DIREITOS DA CRIANÇA E ADOÇÃO INTERNACIONAL

*Para a minha querida Isis,
Com aromas e sabores da
infância, com o meu afeto
e o meu amor,
Gustavo Ferraz de Campos Monaco*



GUSTAVO FERRAZ DE CAMPOS MONACO

DIREITOS DA CRIANÇA E ADOÇÃO INTERNACIONAL

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Monaco, Gustavo Ferraz de Campos
Direitos da criança e adoção internacional / Gustavo Ferraz de Campos
Monaco. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002.

Bibliografia.
ISBN 85-203-2160-7

1. Adoção internacional 2. Crianças – Direitos 3. Direito internacional I.
Título.

01-6030

CDU-341:347.633

Índices para catálogo sistemático: 1. Adoção internacional : Direito 341:347.633

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

**DIREITOS DA CRIANÇA
E ADOÇÃO INTERNACIONAL**

GUSTAVO FERRAZ DE CAMPOS MONACO

0002B4

© desta edição: 2002

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Diretor Responsável: CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO

CENTRO DE ATENDIMENTO AO CONSUMIDOR: Tel. 0800-11-2433

Rua do Bosque, 820 • Caixa Postal 678

Tel. (0xx11) 3613-8400 • Fax (0xx11) 3613-8450

CEP 01136-000 - São Paulo, SP, Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfilmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos do Código Penal), com pena de prisão e multa, busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

Impresso no Brasil (03 - 2002)

ISBN 85-203-2160-7

*Para JOÃO GRANDINO RODAS,
por ter acreditado
na viabilidade deste trabalho
e pela liberdade
que me proporcionou.*

*Para CLÁUDIA PERRONE-MOISÉS,
GISELDA HIRONAKA
e MARIA LUIZA FERRAZ DE CAMPOS,
presentes através de seus ensinamentos
em Direito Internacional,
Direito de Família e Psicologia Familiar.*

*Para os personagens principais
dessa história: pais e filhos.*

*Meus sinceros agradecimentos
à Fundação de Amparo à Pesquisa
do Estado de São Paulo (Fapesp),
ao Departamento de Direito Internacional
da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo (DIN-Fadusp)
e ao Des. ALBERTO SILVA FRANCO.*

*“Às vezes está a gente,
com muito jeitinho,
a ver se conserta ou resolve uma situação social,
com muitas pantufas e muito algodão-em-rama,
e entra um herói a galope pelo pátio
e lá se vai um trabalho que exigia paciência,
silêncio e discrição.”*

*(António Alçada Baptista, Peregrinação interior, vol. I
– Reflexões sobre Deus, p. 94.)*

PREFÁCIO

Parafraseando Euclides da Cunha, em “Os Sertões”, divido estas palavras iniciais em três partes: I – O Autor, II – A Obra e III – A Luta.

I – Travei contato com Gustavo Mônaco quando aluno de graduação em Direito na Velha e Sempre Nova Academia do Largo de São Francisco. Tanto era ele interessado, que foi monitor durante três anos e tornou-se representante de classe, sobremaneira atuante. Como chefe do Departamento de Direito Internacional, mesmo antes de ser seu professor, acostumei-me a recebê-lo, para tratar de questões atinentes ao ensino de Direito Internacional. Sempre pronto a buscar melhoria, insistente mesmo, sem contudo nunca ter sido indelicado e muito menos carbonário.

Como meu aluno na disciplina Direito Internacional Privado, minha apreciação positiva sobre Gustavo aumentou, tendo por isso concordado em ser seu orientador em trabalho de iniciação à pesquisa, patrocinado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo – Fapesp.

Bacharelado em Direito no ano 2000, não descuidou ele de sua carreira jurídica. No ano subsequente, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, *alma mater* do ensino de Direito no Brasil, escreveu o trabalho *O Direito da Integração e seus Reflexos Jurídico-Criminais*, sob a orientação do Professor Pedro Caeiro. Nessa veneranda Instituição, no mesmo ano, iniciou, sob a batuta do Professor Rui de Moura Ramos, seu curso de mestrado em Direito.

II – A presente obra nada mais é do que a versão revisada da pesquisa feita sob a égide da FAPESP, intitulada: *A Condição Jurídica da Criança e do Adolescente e o Instituto da Adoção em Direito Internacional*. Despiciendo é realçar a atualidade, a importância e a dificuldade do tema, mormente em país como o nosso, tão farto em crianças a serem protegidas, quer por nacionais, quer por estrangeiros. Expressi-

va vem sendo a atividade legiferante sobre a temática, nem sempre acompanhada pela doutrina. A nível nacional, recorde-se o afã de se legislar sobre os mais jovens, de que representa um ícone: o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069, de 1990). No plano internacional, o número de convenções entre Estados sobre o assunto, tanto universais como regionais, dá bem o grau de interesse.

Apraz-me pôr em relevo três facetas do presente trabalho. Primeiramente, não se restringe a examinar o tema nos limites do Direito brasileiro, espalhando-se pelo Direito Internacional. Tanto que, no capítulo II, estuda, minudentemente, a condição jurídica da criança e do adolescente no plano interno e no internacional, não descurando a vertente dos direitos humanos. Em segundo lugar, não se furtou à temática do conflito de leis, pois versa o capítulo III sobre a determinação da lei aplicável à adoção internacional. Frequentemente, o tratamento jusprivatístico é olvidado, tanto pela doutrina quanto, até mesmo, pela jurisprudência. Essa abordagem ainda não usual, certamente, tornar-se-á imprescindível nesta quadra em que a globalização passa a figurar como inelutável. Por último, não se limitando a aspectos teóricos, tratou o autor dos aspectos práticos, quando, no capítulo III, examina a forma e o processo do ato de adoção, bem como a função das autoridades centrais, dos organismos credenciados e das comissões estaduais judiciárias de adoção internacional. No que pertine às conclusões, representam elas síntese inteligente e esclarecedora, do discutido ao longo de toda a obra.

III – Nesta época em que as lides universitárias perdem *vis attractiva*, em favor de outras alternativas da profissão jurídica, dotadas de resultados mais rápidos e mais remuneradores, é necessário uma verdadeira cruzada para que a universidade brasileira possa manter as conquistas alcançadas e, ainda, alçar maiores vãos. Nesse contexto, é reconfortante poder apresentar o bom exemplo de Gustavo e, ao mesmo tempo, augurar que possa ele, em breve, estar lecionando em universidade brasileira, possivelmente no velho claustro de São Francisco.

JOÃO GRANDINO RODAS

Professor Titular e Chefe do Departamento de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Presidente da Comissão Jurídica Interamericana da Organização dos Estados Americanos.

NOTA DO AUTOR

O presente trabalho busca, basicamente, analisar a condição jurídica da criança e do adolescente, assim como regulada no âmbito do Direito Internacional em um primeiro momento, para, posteriormente, adentrar no delicado tema da adoção internacional da forma como regulada em nosso Direito interno.

Por óbvio, os temas hão de se imiscuir. Não será possível a análise da condição jurídica da criança e do adolescente no plano internacional se não se fizer uma análise dos vários tratados internacionais acerca do tema. Bem assim, não se poderá analisar o instituto da adoção internacional, assim como regulada no Estado brasileiro, se não se remeter constantemente a atenção à verificação daqueles tratados.

Dessa forma, a divisão, percebe-se, é meramente didática, como de resto em toda divisão que se pretenda fazer no Direito, fenômeno cultural de caráter unitário que é.

Iniciar-se-á o presente trabalho com uma exposição histórica, à guisa de introdução, respeitante aos institutos jurídicos da filiação e da adoção, e um estudo sobre o que seja o elemento de conexão e quais os reflexos que gera no estudo da adoção internacional.

Assim procedendo, teremos condições de nos situar no objeto do trabalho. Todavia, far-se-á necessário o estudo e a exegese dos tratados internacionais que envolvam a criança e o adolescente, bem assim de nossa legislação interna. Entretanto, não se iniciará, ainda, o estudo específico do instituto da adoção internacional. O que se fará é um estudo voltado aos direitos humanos da criança e do adolescente. Apenas no Capítulo III do trabalho é que se adentrará no tema com a profundidade necessária, ampliando-o, para, no Capítulo IV, analisarmos os papéis desempenhados pelos atores jurisdicionais, de forma, sempre, eminentemente jurídica.

Gostaria, se me fosse permitido, de agradecer ao apoio da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (Fapesp), que teve importantíssima participação neste trabalho, não apenas com relação ao oferecimento da bolsa que custeou os estudos empreendidos, mas principalmente pelas sempre pertinentes intervenções de sua assessoria científica. Algumas das observações empreendidas encontram-se, agora, rebatidas quando nos pareceu que nossa posição deveria ser mantida.

Também o Departamento de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na pessoa de seus professores e funcionários, merece ainda e sempre os meus agradecimentos por ter dado o suporte teórico necessário para a redação deste trabalho.

Ao Des. Alberto Silva Franco, a quem tive a honra de auxiliar durante alguns anos, chamado pelo professor catedrático da Universidade de Coimbra Jorge de Figueiredo Dias de "exemplo de Homem e Jurista", o meu obrigado.

Talvez caiba, ainda, uma explicação acerca das dedicatórias deste trabalho.

O Prof. João Grandino Rodas, que me orientou e escreve o prefácio da obra que hoje vem a público, nelas está incluído principalmente pela clareza de suas aulas e pela proximidade de seus conselhos, o que acabou por solidificar uma recente amizade, que espero duradoura.

Cláudia Perrone-Moisés, professora doutora do Departamento de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, foi a interlocutora com quem pude discutir minhas dúvidas e aliviar minha insegurança quanto à qualidade da pesquisa.

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, professora doutora do Departamento de Direito Civil da Fadusp, de quem tive a honra de ser monitor voluntário de graduação durante o ano 2000 na cadeira de Teoria Geral do Direito Privado, ensinou minha turma, no ano de 1999, que o Direito de Família deve pautar-se pela normativa constitucional e contornar-se pelo afeto e pelo amor. Gostaria de passar adiante essa filosofia.

Maria Luiza Ferraz de Campos, psicóloga, foi a conselheira constante na elaboração deste estudo. Suas posições, muito semelhantes às minhas no que respeita às relações familiares, estão aqui consignadas. Por tudo o que representa em minha formação e meu caráter, bem assim no de meus irmãos Rodrigo e Eduardo. Obrigado minha mãe.

Por fim na colocação tópica, mas nunca em importância, dediquei este meu aprendizado aos pais e filhos que aqui figuram. Foram eles o motivo de meu interesse. Sem eles teria esmorecido e este trabalho não teria atingido seu termo. É sua presença silenciosa e constante que faz importante tanto a dogmática aqui exposta como as garantias técnicas que o Direito Internacional Privado procura fornecer ao procedimento da adoção internacional, balizado pelos direitos humanos. A eles meus votos de afeto e amor sadios em sua conflituosidade constante e necessária.

O AUTOR

SUMÁRIO

PREFÁCIO – JOÃO GRANDINO RODAS	11
NOTA DO AUTOR	13
1 – INSTITUTOS JURÍDICOS	19
1.1 Filiação	19
1.2 Adoção	27
1.3 Elemento de conexão	33
2 – A CONDIÇÃO JURÍDICA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: OS DIREITOS HUMANOS (PLANO INTERNACIONAL E INTERNO)	42
2.1 Do direito ao nome, à individualidade, à manutenção e a pertencer a um grupamento familiar	47
2.2 Do direito à convivência familiar e comunitária sadias	52
2.3 Do direito de conhecer a identidade de seus genitores biológicos	58
2.4 Da adoção e da família de origem: confronto	65
2.5 De outros direitos humanos que têm a liberdade como condição de exercício	70
3 – DETERMINAÇÃO DA LEI APLICÁVEL À ADOÇÃO INTERNACIONAL	77
3.1 Capacidade para adotar	82
3.1.1 Estado civil e ordem pública	85
3.1.2 Idade e ordem pública	91
3.1.3 Ilegitimidade/legitimidade e a fraude à lei	93
3.1.4 Tutela e ordem pública	94

3.2 Capacidade para ser adotado	94
3.3 Forma do ato jurídico solene	98
3.3.1 Processo constitutivo da filiação	99
3.3.2 A função das Autoridades Centrais, dos Organismos Credenciados e das Comissões Estaduais Judiciárias de Adoção (CEJAs) Internacional (CEJAIs)	105
3.3.3 Restrições legais	108
3.4 Efeitos gerados pela nova relação parental	110
3.4.1 Efeitos relativos ao estado familiar do adotado	111
3.4.1.1 Família biológica	111
3.4.1.2 Família adotiva	112
3.4.2 Efeitos relativos ao estado pessoal do adotado	114
3.4.2.1 Nome	114
3.4.2.2 Nacionalidade	116
3.5 <i>Exequatur</i> da sentença constitutiva da adoção	117
4 – A POSIÇÃO JURÍDICA DO MAGISTRADO	119
4.1 Em face dos pais biológicos	120
4.2 Em face dos Organismos Credenciados	122
4.3 Sua discricionariedade em face dos adotantes nacionais	124
5 – CONCLUSÃO	127
BIBLIOGRAFIA	133
APÊNDICE	141
Decreto 3.087, de 21.06.1999 – Promulga a Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Inter- nacional, concluída na Haia, em 29 de maio de 1993	141
Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional	142

INSTITUTOS JURÍDICOS

SUMÁRIO: 1.1 Filiação – 1.2 Adoção – 1.3 Elemento de conexão.

1.1 Filiação

Em Roma, na Grécia e na Índia das leis de Manu, o filho nascido varão deveria participar de uma cerimônia de iniciação a seu culto doméstico. “Nesse dia, o pai reunia a família, chamava testemunhas e sacrificava aos manes. A criança era apresentada aos deuses domésticos; uma mulher levava-a nos braços e, correndo, fazia-a dar muitas voltas ao redor do fogo sagrado. Essa cerimônia tinha duplo objetivo: primeiro, purificar a criança, isto é, limpá-la do pecado maculador que os antigos supunham haver contraído pelo simples fato da gestação; e, em seguida, iniciá-la no culto doméstico.”¹ Estava, assim, admitida na família, para a qual viera com o intuito único de satisfazer às obrigações que assumira, nessa mesma cerimônia mencionada, perante todas as gerações que lhe antecederam.

Os povos da antiguidade entendiam a filiação como um dever que lhes era imposto por seus antepassados. Por esta razão, buscavam no casamento a satisfação desse dever, mediante o nascimento de um varão. O primogênito era denominado, nas leis de Manu, como aquele que é gerado para cumprir o dever. Com efeito, é ele, o primeiro filho homem, quem deverá conduzir as celebrações do culto a partir do instante que assumir a posição de *pater familias*.

⁽¹⁾ Fustel de Coulanges, *A cidade antiga*, tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca, 8. ed. Rio de Janeiro, Ediouro, s/d., p. 37.

Assumindo tal condição é que o filho deixava de se submeter à autoridade do chefe da família. Durante a vida de um seu ancestral direto do sexo masculino, o filho era considerado um filho-família, *alieni iuris*, que não gozava da qualidade de sujeito de direito. Assumiria esta posição, passando a ser considerado um *pater familias, sui iuris*, quando estivesse em condições de assumir a família a que pertencia, passando a ser o chefe entre os seus parentes.²

“E isto estava de harmonia com as crenças; o homem não se pertencia a si mesmo; pertencia à família. Era parte de uma série, tornando-se obrigatório que essa sequência não se interrompesse com ele. Não nascera por mero acaso; tinham-no introduzido na vida para ser continuador de um culto.”³

É nessa época, ainda na Roma e na Grécia antiga, que se iniciam as formas de distinção da prole. Assim, fazia-se a distinção entre o filho que poderia continuar o culto, aquele filho legítimo, nascido do casamento que fez introduzir também sua mãe ao culto doméstico,⁴ daquele filho natural, havido fora do casamento e nominado *spurius* entre os romanos e *nóthos* entre os gregos.

Tal distinção, todavia, vai se aprofundar durante a Baixa Idade Média e a época moderna.

Não obstante as idéias cristãs terem contribuído de forma grandiosa para diminuir o poder de disposição mais ou menos ilimitado encontrado nas famílias greco-romanas e germanas (nestas o

(2) Seus parentes são apenas aqueles que comungam da mesma micro-religião, do mesmo culto doméstico. Por esta época, “dois homens podiam dizer-se parentes quando tivessem os mesmos deuses, o mesmo lar e o mesmo banquete fúnebre” (Fustel de Coulanges, ob. cit., p. 41).

(3) Fustel de Coulanges, ob. cit., p. 36.

(4) “O efeito do casamento, em face de religião e das leis, consistia da união de dois seres no mesmo culto doméstico, fazendo deles nascer um terceiro apto a perpetuar este culto.” Fustel de Coulanges, ob. cit., p. 36. É tão forte esta noção do dever de gerar que a esterilidade da mulher estava a autorizar o divórcio, enquanto a esterilidade masculina autorizava o irmão do marido ou outro parente que lhe fosse próximo a fecundar sua esposa, o que consistia verdadeiro dever.

poder é denominado *mundium*⁵), na medida em que associam, por obra de S. Paulo, o pai à figura criadora de Deus, reservando-lhe a “missão de salvaguardar e de dirigir, em vista do seu destino eterno, o desenvolvimento da pessoa que fez nascer”,⁶ fosse ela homem ou mulher, filho ou filha, fato é que, por centrar no casamento a única fonte da família, os filhos naturais passam a ser marginalizados.

Amplia-se a classificação da origem dos filhos, que vai perdurar entre nós até pouco tempo atrás, subsistindo, ainda, em outros ordenamentos jurídicos contemporâneos. Assim, os filhos poderiam ser divididos segundo a origem em legítimos e naturais (ou ilegítimos).⁷ Aqueles nascem de um casal unido pelo matrimônio, ao passo que os genitores destes não convolveram as núpcias necessárias.

Os naturais eram ainda subdivididos em bastardos simples (*liberi naturales*), que eram aqueles nascidos de casal que não contraiu o matrimônio, embora pudesse fazê-lo, inexistindo qualquer espécie de impedimento matrimonial, e os filhos espúrios, também chamados filhos do coito danado, e que se subdividiam em adulterinos e incestuosos. A lei medieval vai incapacitar os filhos naturais para o exercício de cargos públicos e eclesiásticos, bem como para os atos sucessórios, impedindo-lhes testar e adquirir por testamento, ainda

(5) John Gilissen, *Introdução histórica ao direito*, tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros, 2. ed. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 611.

(6) John Gilissen, ob. cit., p. 612.

(7) Modernamente, esta primeira divisão nos é trazida pela doutrina civilista como filhos legítimos e ilegítimos. A denominação de filhos naturais fica reservada para os filhos de casal que não convolveram núpcias, embora pudessem fazê-lo. (cf. Gustavo Tepedino, A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional, *Temas de direito civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 397). Amílcar de Castro critica a aplicação da denominação “filhos naturais” aos ilegítimos na medida em que tal classificação representa “confusão do fato com o direito (...); quando se fala em filho natural, o que se quer dizer é filho ilegítimo, confundindo-se o fato da geração conseqüente de relações sexuais com a instituição jurídica denominada filiação ilegítima” (Amílcar de Castro, *Direito internacional privado*, 5. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 399).

que os bens estivessem no patrimônio de seus descendentes pré-mortos. Assim, se falecesse o pai, tais bens seriam repartidos entre os filhos legítimos do *de cuius*. Do falecimento da mãe, em alguns ordenamentos, também estaria o bastardo despojado da sucessão. No caso de seu falecimento, a princípio, os bens que porventura lhe pertencessem seriam incorporados ao patrimônio de seu senhor, naquilo que se convencionou chamar “direito de bastardia”,⁸ que foi sendo diminuído de forma a se permitir, posteriormente, aos descendentes vivos do filho ilegítimo que sucedessem ao pai.

Quanto ao poder paternal, deixa de existir o direito de vida e de morte sobre o filho tal qual se encontrava no período pré-Cristão, conservando-se unicamente um direito de correção, que em alguns ordenamentos costumeiros, como os de Flandres, Beauvaisis, e alguns locais espanhóis, já era atribuído tanto ao pai quanto à mãe.

Consiste esse poder de correção na possibilidade de punição dos filhos, mediante surras que não dessem origem à morte, trancamento em quartos privados ou públicos etc. Esse poder de correção, corolário do dever que incumbe aos pais de educar seus filhos, subsistia enquanto permanecessem, segundo a expressão de Hainaut, citado por Gilissen, “no mesmo pão e na mesma panela”,⁹ ou seja, enquanto os filhos não obtivessem a emancipação, o que se dava pelo casamento ou por decisão judicial e que, só mais tarde, já a partir do séc. XVI, seria possível alcançar pelo complemento de idade predefinida.

Por outro lado, e enquanto durasse o poder de correção, estavam obrigados os pais a satisfazer o direito de que eram titulares os filhos de serem mantidos, mediante oferta de alimentos, alojamento, vestuário, cuidados de saúde e educação, “de acordo com as suas qualidades e condição”, de forma a lhes proporcionar o aprendizado de “um ofício apropriado à sua qualidade”.¹⁰

⁽⁸⁾ John Gilissen, ob. cit., p. 613-614.

⁽⁹⁾ John Gilissen, ob. cit., p. 615, em que cita trecho de Hainaut.

⁽¹⁰⁾ John Gilissen, ob. cit., p. 618. Com relação aos direitos da criança e do adolescente *vide*, em termos modernos, o Capítulo 2, *infra*.

Com a Revolução Francesa e seu ideal de igualdade, surgem as primeiras tendências (ainda que transitórias e efêmeras) no sentido de se harmonizar a qualificação da prole, chegando mesmo Cambacérès, também citado por Gilissen, a propor que se suprimisse “qualquer distinção desumana entre filhos ilegítimos, simples bastardos, adulterinos, incestuosos, expostos e filhos da Piedade”. Uma lei de 12 de Brumário do ano II (2 de novembro de 1793) reconhece aos filhos naturais simples os mesmos direitos sucessórios dos filhos legítimos; os filhos adulterinos têm direito, a título de alimentos, à terça parte a que teriam tido direito se tivessem sido legítimos”.¹¹

Todavia, tais avanços foram logo superados por um retorno aos princípios do Direito antigo, por reação dos redatores do Código Civil francês.

O poder de correção vai sendo cada vez mais regulado, chegando-se mesmo a exigir, para a aplicação do castigo que segregava a liberdade, o pedido às autoridades, que se encarregariam de recolher o filho do pleiteante.

Mas é a evolução dos costumes no séc. XIX que vai forçar uma revisão dos direitos e deveres atinentes ao direito parental, e mormente ao direito filial, de forma a que, no séc. XX, comecem a surgir as primeiras leis nacionais de proteção do menor, muitas vezes criando-se tribunais especializados em questões atinentes à criança e ao adolescente.

No Brasil, a evolução tem seu ponto culminante com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que se tornou o “centro reunificador do direito privado, disperso na esteira da proliferação da legislação especial, cada vez mais numerosa, e da perda de centralidade do Código Civil”, parecendo “consagrar, em definitivo, uma nova tábua de valores”.¹² Tais valores centram-se na dignidade da pessoa humana que, ao lado do respeito aos direitos humanos fundamentais, aos direitos da liberdade, aos direitos sociais e à igualdade, são o

⁽¹¹⁾ John Gilissen, ob. cit., p. 619, citando fragmento de Cambacérès.

⁽¹²⁾ Gustavo Tepedino, A disciplina civil-constitucional das relações familiares, *Temas de direito civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 348.

significado mesmo da conquista irrenunciável da modernidade que é a democracia.

Nesta esteira de valores é que a família adquire prestígio constitucional, sendo considerada pelo Pacto fundador o centro em que se desenvolve a personalidade da pessoa humana da prole e em que se promove a dignidade de seus integrantes. “A família é valor constitucionalmente garantido nos limites de sua conformação e de não contradição aos valores que caracterizam as relações civis, especialmente a dignidade da pessoa humana: ainda que diversas possam ser as suas modalidades de organização, ela é finalizada à educação e à promoção daqueles que a ela pertencem.”¹³ E é óbvio que a promoção da personalidade e principalmente da dignidade dos membros da entidade familiar não poderia suportar a “história de profunda e odiosa discriminação, justificada pela proteção legislativa” e consuetudinária “à chamada família legítima”,¹⁴ que se procurou narrar até o presente momento não apenas em relação aos filhos,¹⁵ mas também em relação ao casal não matrimonializado.

É bem verdade que o fundamento para a discriminação da prole ilegítima na sociedade moderna não se fundava mais na necessidade de que o *continuidor do culto* pertencesse duplamente ao núcleo familiar de seus antepassados (por ser seu pai descendente biológico de seus ancestrais e por ter sua mãe adentrado, pelo casamento, no altar doméstico). A necessidade de pertencer ao grupo familiar persistia, é claro, mas seu fundamento desloca-se da continuação dos cultos pagãos para uma lógica patrimonialista bem definida: “os bens deve-

(13) Pietro Perlingieri, *Perfis do direito civil – Introdução ao direito civil constitucional*, trad. Maria Cristina de Cicco, Rio de Janeiro, Renovar, 1997, p. 243-244.

(14) Gustavo Tepedino, A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional, *Temas de direito civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 391.

(15) Vide, a respeito, o art. XXV-2 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e o art. 10-3 do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Decreto 591, de 06.07.1992, além do art. 17-5 do Pacto de San Jose da Costa Rica.

riam ser concentrados e contidos na esfera da família legítima, assegurando-se a sua perpetuação na linha consanguínea, como que resguardados pelos laços de sangue”.¹⁶ Ademais, a proteção, por essa época, é a proteção que se presta à família e não aos membros individualmente considerados, representando um infeliz sacrifício imposto especialmente à mulher e aos filhos, na medida em que o casamento representa um valor em si aos olhos da sociedade, que nele se funda e desenvolve, em detrimento de seus membros e de suas liberdades individuais.

Apercebendo-se de que um Estado Democrático de Direito deve ter por postulado básico o princípio da dignidade da pessoa humana, buscou o legislador constituinte elevá-lo a fundamento da República. Tal decisão, aliada à configuração das entidades familiares em nível constitucional, determinou profundas alterações na relação jurídica da filiação, configurando três traços característicos a serem verificados e, principalmente, respeitados nas questões que envolvam o interesse da criança e do adolescente quando em jogo a sua determinação enquanto sujeitos de direito.

Assim, devem ser respeitados “1. A funcionalização das entidades familiares à realização da personalidade de seus membros, em particular dos filhos; 2. A despatrimonialização das relações entre pais e filhos; 3. A desvinculação entre a proteção conferida aos filhos e a espécie de relação dos genitores”.¹⁷

O primeiro traço representa a democratização das relações familiares na medida em que a entidade familiar se caracteriza pela igualdade e pela unidade e deve funcionar para desenvolver a personalidade de seus membros, garantindo-lhes a participação na tomada das decisões a eles referentes. A “igualdade significa democracia, participação com igual título na condução da vida familiar. O discurso envolve também a posição dos filhos. Existe, portanto, um nexo específico, como escolha cultural e como dever constitucional, entre exi-

(16) Gustavo Tepedino, A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional, cit., p. 392.

(17) Gustavo Tepedino, A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional, cit., p. 393-394.

gência de democracia – e aquela, estritamente conexa, de pluralismo –, que é própria, de uma parte, de todas as comunidades intermédias entre o indivíduo e o Estado e, da outra, a igualdade moral e jurídica dos cônjuges e a igual dignidade dos filhos”.¹⁸ Por isso é que este primeiro traço se interliga ao segundo, na medida em que passa a ser função primordial dos genitores, pai e mãe, com o auxílio e o apoio da prole, a educação moral e escolar destes,¹⁹ retirando da entidade familiar a preocupação principal pelo sustento material, que subsiste, mas deixa de ser valor primordial e passa a ser valor existencial.²⁰ O pátrio poder sofre sensível flexibilização e não é mais visto como poder-sujeição “porque não há dúvidas de que, em uma concepção de igualdade, participativa e democrática da comunidade familiar, a sujeição, entendida tradicionalmente, não pode continuar a realizar o mesmo papel. A relação educativa não é mais entre um sujeito e um objeto, mas uma correlação de pessoas, onde não é possível conceber um sujeito subjugado a outro”,²¹ por serem ambos dotados de dignidade. Por fim, o terceiro traço determina a efetiva igualização entre toda a prole, quer tenham os laços que unem os envolvidos origem matrimonial, extramatrimonial, biológica ou civil.

“O processo evolutivo acima enfocado, demarcado pela funcionalização, despatrimonialização e despenalização das relações de filiação, expressão de uma mutação axiológica (...) não há de se confundir com o que poderia parecer um retorno ao individualismo. Neste, prevalecia a vontade individual, o voluntarismo, ao qual se

(18) Pietro Perlingieri, ob. cit., p. 246.

(19) Sobre a questão atinente à participação da criança e do adolescente em seu processo educacional, *vide*, mais adiante, a regulação trazida pelos tratados internacionais e pela legislação interna referentemente aos direitos humanos fundamentais que se lhes assiste, mormente o direito à educação, que encontra seu auge democrático no Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90. (Capítulo 2, item 2.5, *infra*.)

(20) “O Pátrio Poder dos genitores assume mais uma função educativa que propriamente de gestão patrimonial, e é ofício finalizado à promoção das potencialidades criativas dos filhos.” (Pietro Perlingieri, ob. cit., p. 258.)

(21) Pietro Perlingieri, ob. cit., p. 258.

curvava a tábua de valores do ordenamento. No sistema civil-constitucional, ao reverso, sobreleva a dignidade da pessoa humana, a cujo respeito irrestrito deve-se subordinar a vontade privada.”²²

1.2 Adoção

A vida humana é fenômeno de impulso biológico que se desenvolve de forma a dar origem a um ser que, ao nascer, será titular de personalidade jurídica, iniciando-se para ele e seus pais biológicos uma gama de direitos e deveres.

Todavia, casos há em que a relação de parentesco entre pais e filhos não se dá por laços de consangüinidade, laços biológicos. Nessas hipóteses institui-se o denominado parentesco civil, “quando o vínculo é estabelecido não já por laços de sangue mas por ato jurídico voluntário, denominado adoção”, que tem sua caracterização arrimada na autonomia privada e que, subjetivamente, baseia-se nas “relações de afeto que fazem com que o filho adotivo venha a integrar a família do adotante”.²³

A adoção tem suas origens históricas antes mesmo da Roma Antiga, tendo sido regulada já no Código de Hamurabi, em 2.283 a. C., sendo certo que sua penetração no mundo ocidental decorre principalmente do Direito romano.

Seu objetivo, na cultura latina, bem assim na grega e na hindu, era o de dar herdeiros patrimoniais e culturais às famílias que por qualquer motivo não os tivessem por laços de consangüinidade e que, por outro lado, necessitavam manter o culto doméstico aos antepassados, seus deuses pessoais, conforme vimos.²⁴

(22) Gustavo Tepedino, A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional, cit., p. 396.

(23) Gustavo Tepedino, A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional, cit., p. 390.

(24) Diz a lei de Manu, IX, 10: “Aquele a quem a natureza não concedeu filhos pode adotar um, a fim de que não cessem as cerimônias fúnebres”. Maria Stella Villela Souto Lopes Rodrigues entende “que os romanos consideravam vergonhoso uma pessoa *sui iuris* morrer sem deixar descendentes” (A

“A adoção, tendo apenas sua razão de ser na necessidade de evitar a extinção de um culto, só era permitida a quem não tinha filhos.”²⁵ Mas nem sempre, porém, esta foi uma constante. Na Roma de Gaio era possível a um homem ter filhos adotados e filhos gerados. Só mais tarde é que a adoção passou a ser privativa daqueles que, não tendo filhos biológicos, estavam autorizados a pedir “à religião e à lei aquilo o que não se pôde conseguir da natureza”,²⁶ mas apenas se se cumprissem certos requisitos: tivesse o adotante atingido idade que tornasse impossível a concepção e que, enquanto esta fora possível, tivesse ele tentado gerar a sua prole.

Reunidas as condições impostas pela lei, necessário era ainda que o adotando estivesse imune ao pátrio poder de seu pai biológico, o que se dava como efeito da *sacrorum detestatio*, pela qual relegava o culto doméstico, obtendo sua emancipação. Percebe-se, assim, que se trata de adoção de *alieni iuris* que deixa a família de origem para integrar a família do adotante em que irá ser apresentado ao altar de seus novos antepassados, retirando-se, para sempre, da vida de sua família biológica, sendo-lhe proibida inclusive a participação nas cerimônias fúnebres de seus genitores biológicos.

O fato de tratar-se de *alieni iuris* é relevante para a distinção entre adoção (*adoptio*) e ad-rogação (*adrogatio*). Nesta, a pessoa adotada é *sui iuris* e sua ad-rogação implica a transferência de todos os seus *alieni iuris* e de todos os seus bens ao poder do *pater*, devendo todos

adoção na Constituição Federal – O ECA e os estrangeiros, São Paulo, RT, 1994, p. 8). Não podemos, todavia, concordar com esta manifestação. Conforme vimos, os romanos, assim também os gregos e os hindus, necessitavam da prole por uma razão transcendental: para que pudessem descansar em paz, continuando sua vida no período posterior à morte dotados de condições para tanto: bebida, alimentos etc. Dessa forma, a vergonha não é o sentimento apropriado para a hipótese, parecendo-nos, com apoio em toda a descrição feita por Fustel de Coulanges, mais apropriado crer que os romanos consideravam temerosa a morte sem prole.

⁽²⁵⁾ Fustel de Coulanges, ob. cit., p. 39.

⁽²⁶⁾ Fustel de Coulanges, ob. cit., p. 39, citando trecho de Cícero, *Pro domo*, 13, 14.

obedecer aos rituais e cerimônias da nova família. Esse instituto não encontra paralelo nos ordenamentos modernos.

“No Baixo Império, a adoção se simplifica, bastando um contrato entre o pai verdadeiro e o adotivo, primeiro por escrito, depois, oralmente à frente do magistrado.”²⁷

Durante a Idade Média e a época Moderna a adoção cai em desuso nos países do Sul da Europa, embora seja admitida por influência do Direito romano, sendo, entretanto, desprovida de efeitos sucessórios. Foi desconhecida dos ordenamentos jurídicos costumeiros da Europa Ocidental em decorrência da estrutura da família medieval, fundada nos laços de sangue no “seio da linhagem”, que “opunha-se à introdução de um estranho”²⁸ na família.

As assembléias legislativas do período revolucionário em França “mostraram-se favoráveis à adoção, tal como tinha existido em Roma”.²⁹ Mas a regulamentação do instituto só se efetivou com a redação do Código Civil, em 1804, condicionando-a à inexistência de prole biológica do adotante, que deveria contar mais de cinquenta anos de idade e ser ao menos quinze anos mais velho que o adotando, o que foi motivo para sua pouca incidência no mundo fático.³⁰ Só a partir de 1940 é que a situação vai se modificar em decorrência das facilidades do processo e do menor rigor condicionante.

Em Portugal, as Ordenações reinóis sempre fizeram referência “a adopção”, que, todavia, “não era usada”. Tais referências existiam “decerto por influência das fórmulas romanas”.³¹ Em decorrência do

⁽²⁷⁾ Maria Stella Villela Souto Lopes Rodrigues, ob. cit., p. 10.

⁽²⁸⁾ John Gilissen, ob. cit., p. 614.

⁽²⁹⁾ John Gilissen, ob. cit., p. 619.

⁽³⁰⁾ Em reunião do Conselho de Estado Francês, em 1801, Napoleão Bonaparte teria proferido as seguintes palavras, traduzidas e citadas por Rafael Sajón: “La adopción debe hacer nacer entre el adoptante y el adoptado los efectos y sentimientos de padre e hijo; el padre obtendrá en el corazón del hijo adoptado la preferencia sobre el padre natural” (*Evaluación de Legislación sobre Adopción en las Americas*, p. 4, Washington, Secretaria Geral da OEA, 1981).

⁽³¹⁾ António Manuel Hespanha e Manuel Macaísta Malheiros, Nota do tradutor, in: John Gilissen, ob. cit., p. 624.

desuso a adoção só foi reintroduzida na legislação portuguesa com o Código Civil de 1966, em seus arts. 1.973.º e ss.

No Brasil, a adoção surge por influência das Ordenações do Reino de Portugal, tendo sido incluída no Código Civil de 1916, em cujo contexto assegurador da unidade formal da família explica a discriminação sofrida pelos adotados, vez que entre seus efeitos encontramos a nascença do vínculo parental apenas entre adotante e adotado, que recebe o nome de família daquele, mas não adquire relações de parentesco com os demais membros do grupamento biológico de seu pai adotivo (tal forma de adoção é, por isso, classificada como adoção simples). O art. 377 do CC fulminava a adoção, tornando-a ineficaz, na hipótese de o adotante vir a conceber um seu filho biológico. Dissolvia-se, então, a relação parental e o adotado voltava a sua família de origem. Já com a redação dada ao mesmo artigo pela Lei 3.133/57,³² passou a ser admitida a adoção por casais que já possuísem filhos legítimos, daí por que ficava impossibilitada a cessação dos efeitos da relação em virtude de prole superveniente. Todavia, tal artigo, em sua nova redação, deixava claro que, na existência de prole legítima, legitimada ou reconhecida, a relação jurídica proveniente da adoção tinha extirpada sua vertente sucessória. Tal preceito permaneceu sendo aplicado até mesmo após a edição da Lei do Divórcio, que em seu art. 51 propalou a igualdade de direitos sucessórios. O Código de Menores (Lei 6.697/79) cria a chamada adoção plena, que se contrapõe à adoção simples na medida em que amplia a irradiação de efeitos subjetivamente considerados aos demais integrantes do grupamento familiar, além de garantir ao adotado paridade sucessória em relação aos demais integrantes da prole. Essa forma de adoção vai

(32) "A primeira importante modificação trazida pelo legislador quanto à adoção ocorreu com a Lei n. 3.133, de 1957, a partir da qual o próprio conceito da adoção, que até então era o de atender ao interesse do adotante de incluir um filho em sua configuração familiar, passa a ser um meio de atender aos interesses e necessidades do menor." (Maria Antonieta Pisano Motta, *Adoção – Algumas contribuições psicanalíticas, Direito de família e ciências humanas*, Caderno de Estudos n. 1 do Instituto de Estudos Interdisciplinares de Direito de Família, São Paulo, Jurídica Brasileira, 1997, p. 122.)

ser modificada, em sua regulamentação jurídica, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.³³

A Constituição Federal, no § 6.º do art. 227, põe fim à longa história de discriminações encontrada na legislação brasileira. Seu texto é claro e merece reprodução: "Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação". Com isso, igualam-se os direitos de todos os filhos, não tendo sido recepcionados os arts. 377 e 1.605, § 2.º, do CC. Porém, tal posição não se mostrou unânime, havendo os que entendiam que o dispositivo constitucional seria norma de eficácia contida, necessitando ser regulamentado por norma infraconstitucional. Assim é que o art. 20 do Estatuto da Criança e do Adolescente repete o dispositivo constitucional para saciar o entendimento mais conservador.

Também traz o Estatuto da Criança e do Adolescente nova regulação para o instituto da adoção, ampliando consideravelmente os efeitos da relação, sempre em atenção ao disposto na citada norma constitucional. Todavia, tal lei tem eficácia subjetiva limitada, na medida em que se aplicaria única e exclusivamente a menores de 18 anos, salvo se o adotando se encontrasse sob guarda do(s) adotante(s) antes de completar a idade limite.

Caso a adoção envolva maior de 18 anos, aplicáveis seriam as normas do Código Civil de 1916, devendo o adulto adotado ser recebido na família adotiva pelo instituto da adoção simples, com toda a limitação de efeitos daí decorrente.

"Todo ser que nasce é simplesmente *filho*."³⁴ Mas não apenas os que nascem *do(s)* progenitor(es). Também aqueles que adentram na vida deste(s), para viver *junto a* ele(s). Caberia indagar se a norma constitucional que iguala a qualificação de toda a prole não teria revogado, por completo, o instituto da adoção simples. É que "a Constituição Federal, em última análise, não admite efeitos discrepantes

(33) Os efeitos da adoção tal como regulados no Direito brasileiro atual serão analisados quando do estudo da adoção internacional (Capítulo 3, *infra*).

(34) Eduardo Oliveira Leite, A igualdade dos filhos frente à nova Constituição, *Temas de direito de família*, São Paulo, RT, 1994, p. 103.

derivados da relação entre os pais e os respectivos filhos adotivos”.³⁵ Por isso, poder-se-ia argumentar que não devem ser aplicados os efeitos decorrentes da legislação codificada aos casos de adoções de maiores de 18 anos. Por força da Constituição, que tem suas normas superpostas às normas ordinárias, o melhor entendimento a prevalecer parece ser aquele que apregoa a não recepção, pelo Estado Democrático de Direito instituído aos 05.10.1988, das normas que tolhem aos filhos adotivos maiores de 18 anos os efeitos igualizantes determinados pela vontade política nacional, aplicando-se, por analogia, as normas do ECA à hipótese.

Resta, por fim, analisar forma absolutamente irregular de “adoção”, porém comumente encontrada na história do país, a que se chama *adoção à brasileira*. Nela, determinado casal registra filho alheio como próprio, à guisa de sentimentos os mais variados: esconder da sociedade ou da família a infertilidade, mediante simulação do estado de gravidez; receber o casal, como seu, o neto nascido de filha solteira, que passa a ser considerada irmã de seu filho biológico etc.

Tal conduta se enquadra, em tese, nos tipos delitivos previstos no Código Penal em seus arts. 242 e 299. Neste, no delito de falsidade ideológica. Naquele o fato se enquadra na modalidade “registro de filho alheio”. É que o tipo do art. 242 traz “hipótese do tipo misto cumulativo: diversas condutas são incriminadas numa mesma figura criminosa”. “Quatro são as condutas criminosas contidas no artigo em foco”: parto suposto, “ocultação de recém-nascido, registro de filho alheio e substituição de recém-nascido”.³⁶

O art. 242 do CP, em seu par. ún., determina que o juiz pode deixar de aplicar a pena se o crime for cometido por motivo de reco-

⁽³⁵⁾ Gustavo Tepedino, A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional, cit., p. 417.

⁽³⁶⁾ Alberto Silva Franco, *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, São Paulo, RT, 1997, vol. I, tomo II, p. 3.143. Vide, também, sobre os aspectos penais da adoção internacional, o artigo de Denise Camolez, O direito sob o signo trágico do subdesenvolvimento (Notas sobre a adoção de crianças por estrangeiros), *Livro de estudos jurídicos*, n. 2, Rio de Janeiro, Instituto de Estudos Jurídicos, 1991, p. 311-318.

nhecida nobreza, ao passo que o art. 299 exige para a configuração da falsidade ideológica o dolo específico de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante. Por este motivo, iterativa é a jurisprudência no sentido de que a *adoção à brasileira* não se enquadra na hipótese do art. 299, por lhe faltar o dolo específico. E, caso entenda o magistrado que o delito do art. 242 foi cometido com reconhecida nobreza em seu obrar, deve ele deixar de aplicar a pena. Neste sentido a decisão do STF relatada pelo Ministro Moreira Alves e inserta na RT 591/409: “Sendo nobre o motivo que levou o agente a registrar, como próprio, filho alheio, caracterizado não se considera o dolo específico previsto no art. 299 do CP, pelo que sequer em tese pode-se reconhecer, na espécie, o delito de falsidade ideológica”.³⁷

Segundo Eduardo Oliveira Leite, “hoje, com a simplificação da adoção e dos seus efeitos, a tendência de um casal pegar recém-nascido e registrá-lo como filho legítimo diminui consideravelmente, tendendo a desaparecer”,³⁸ o que é passível de questionamento.

1.3 Elemento de conexão³⁹

A adoção é forma de se instituir a relação filial. Por este motivo, necessária se tornou a análise, detida em alguns pontos, superficial em outros, do histórico por que passaram a filiação e a adoção. Ainda à guisa de introdução, para que se fixem conceitos e se delimitem os institutos jurídicos que mais comumente serão encontrados na adoção internacional, resta-nos analisar os elementos de conexão.

⁽³⁷⁾ Alberto Silva Franco, ob. cit., p. 3.145. Em sentido contrário, a antiga jurisprudência do TJSP publicada na RT 287/448.

⁽³⁸⁾ Eduardo de Oliveira Leite, Registro de filho alheio como próprio: crime ou ato nobre?, *Temas de direito de família*, São Paulo, RT, 1994, p. 103.

⁽³⁹⁾ “No Brasil chamamos de elementos de conexão; na Itália, tem o nome de *punto de collegamento*; na França, *point de rattachement*; na Espanha, *circunstancia de conexión*; na Inglaterra, *localizer*”; na Alemanha *anknüpfungspunkt*. (Irineu Strenger, *Direito internacional privado*, 3. ed. São Paulo, LTr, 1996, p. 349.)

É que a adoção internacional envolve sempre um elemento estrangeiro, motivo pelo qual sua implementação necessita ser precedida da verificação da lei que a irá reger.

É aqui que entra o elemento de conexão, que é o ponto de relação, de contato entre mais de um ordenamento jurídico, vale dizer, aquilo que faz com que a questão decidida em um *forum* tenha reflexos não apenas naquela comunidade jurídica, como em outras.⁴⁰ O fato de a questão gerar reflexos em mais de um ordenamento jurídico não pode dar azo a uma escolha arbitrária que privilegie este ou aquele ordenamento jurídico, conforme veremos mais adiante acerca do elemento de conexão que indica a lei que regula as questões pessoais. Necessário se torna, destarte, eleger aquele ordenamento que guarda maior pertinência com a causa (maior irradiação de efeitos), sendo justo que se lhe atribua a capacidade de reger a questão, ainda que esta venha a ser decidida por um juiz que não esteja afeto à sua incidência espacial.

Quando a norma de Direito Internacional Privado, que é uma norma que não desenvolve função de resolução imediata da lide, mas é apenas indicativa do ordenamento em que se encontra a norma que, mediatamente, o fará (por isso se diz que ela é uma norma indireta), indica para as questões que se enquadram dentro de certo ramo do Direito Privado a aplicação da lei do ordenamento do domicílio do autor da ação, por exemplo, nada mais faz que escolher um elemento de conexão, vale dizer, um elemento que irá conectar as várias questões a serem decididas, abarcando-as e fazendo-as regular por suas disposições de direito material. “Às vezes esta indicação da lei aplicável se faz em favor da [lei] material do foro; porém, quando recai sobre uma distinta, a norma de conflito não elege a de um determinado país, mas a que se encontra em mais íntimo relacionamento com alguns dos elementos da relação da vida a que se há de

(40) Por outras palavras é o que nos mostra Irineu Strenger: “O elemento de conexão é, assim, fator de vinculação, de ligação a determinado sistema jurídico, porque é através dele que sabemos qual o direito aplicável. É o vínculo que relaciona um fato qualquer a determinado sistema jurídico.” (Irineu Strenger, ob. cit., p. 352.)

aplicar”.⁴¹ Irineu Strenger nos aclara a lição de Goldschmidt no sentido de “que a designação do direito aplicável pode-se fazer de maneira estável e nominativa ou de maneira variável e determinável em função das circunstâncias de cada caso”.⁴² Todavia, a primeira forma proposta encontra-se absolutamente em desuso nos vários sistemas de Direito Internacional Privado, tendo sido, entretanto, utilizada na antiga URSS, que adotou o critério do territorialismo puro, segundo o qual a lei aplicável às questões com elemento estrangeiro seria sempre a do território nacional. Este o elemento de conexão que entendeu o legislador soviético o prevalente. Não obstante ser, à primeira vista, o método mais coerente e lógico, por eliminar a totalidade dos conflitos de leis no espaço, sem grandes indagações, não pode prevalecer. É que o territorialismo puro, como de resto a própria indicação estável e nominativa de Goldschmidt, “oferece graves inconvenientes teóricos e práticos. Nesta última ordem, é evidente que um litígio receberia distinta solução segundo o país a que pertencesse o Tribunal encarregado de resolvê-lo, e que o simples cruzar de uma fronteira tornaria incertos todos os direitos”.⁴³

Claro está que o método variável e determinável também pode gerar as incertezas e injustiças que o cruzar das fronteiras geraria se todos os ordenamentos jurídicos se alinhassem ao método territorialista ou nominalista. Todavia, a doutrina⁴⁴ e os tratados internacionais têm feito diminuir as disparidades entre as normas de conflito dos vários ordenamentos jurídicos, na medida em que buscam se debruçar sobre as questões que demandam normas de Direito Internacional Privado (basicamente os vários sub-ramos do Direito Privado) para delas extrair o elemento constitutivo que melhor as represente. Dessa forma,

(41) Adolfo Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado*, 6. ed., Madrid, Ediciones Atlas, 1972, t. I, p. 252.

(42) Irineu Strenger, ob. cit., p. 350-351, explicitando a lição de Goldschmidt.

(43) Adolfo Miaja de la Muela, ob. cit., p. 248.

(44) Sobre a utilização e o desenvolvimento dos princípios gerais de Direito Internacional Privado, vide Bruno Oppetit, *Les Principes Généraux en droit international privé*, *Archives de Philosophie du Droit* n. 32, 1987, p. 178-187.

buscam indicar este ou aquele elemento de conexão como o mais adequado para solucionar tais ou quais questões.⁴⁵ Apenas para exemplificar, neste passo, o quanto dito, atente-se para a evolução experimentada pelas questões pessoais, que, do elemento de conexão nacionalidade, passaram para o elemento domicílio e hoje tendem à adoção do elemento de conexão residência habitual.

Percebe-se, portanto, que a indicação que faz a lei não se refere a um qualquer ordenamento jurídico. Essa indicação decorre de uma escolha de política legislativa, embasada que deve estar pela doutrina, na qual se buscará a indicação mais conforme com a harmonização legislativa. Tal escolha é função do legislador ordinário de Direito Internacional Privado de cada um dos ordenamentos jurídicos nacionais existentes, que o faz quando aprova projetos de leis sobre solução de conflitos de leis no espaço ou quando autoriza a ratificação de um tratado internacional que buscou regular a questão.

“Nos elementos de conexão”, portanto, “se encontra a chave da estrutura e funcionamento da norma conflitual. O legislador, ao estabelecê-los, deve atender a certas exigências da convivência internacional, tais como a previsão para não deixar aberta uma lacuna em caso de inaplicabilidade do elemento de conexão eleito: se este é, por exemplo, a nacionalidade, deve estar previsto um elemento de conexão supletivo para os apátridas, assim como um critério de eleição para os portadores de dupla nacionalidade.”⁴⁶ Devem-se acrescentar às exigências da convivência internacional as tendências unificadoras do Direito Internacional Privado, de que são exemplo a elaboração do Código Bustamante e as várias Conferências Especializadas de Direito Internacional Privado,⁴⁷ no âmbito da OEA, que culminam com

⁽⁴⁵⁾ Sobre o assunto, vide Wilhelm Wengler, *L'Évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable*, *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 79, n. 4, p. 657-681, Paris, 1990.

⁽⁴⁶⁾ Adolfo Miaja de la Muela, ob. cit., p. 257.

⁽⁴⁷⁾ Sobre o assunto, vide Alejandro M. Garro, *Armonización y Unificación del Derecho Privado en América Latina: Esfuerzos, Tendencias y Realidades*, *Direito e comércio internacionais, tendências e perspectivas – Estudos em homenagem a Irineu Strenger*, São Paulo, LTr, 1994, p. 507-559.

a elaboração de Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado sobre as mais variadas matérias do Direito Privado, que, ao serem ratificadas pelos Estados-partes, fazem unificar os elementos de conexão indicados pelo Direito Internacional Privado, contribuindo para a diminuição da dúvida que o passar de uma fronteira, na tão viva imagem de *Miaja de la Muela*, poderia representar.

Resta, por fim, verificarmos os elementos de conexão pertinentes à adoção internacional. 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 jurídico⁴⁸ solene e a determinação dos efeitos da nova relação filial, temos que os elementos de conexão que incidirão no processo adotivo com elemento estrangeiro serão ou o domicílio ou a nacionalidade ou a residência habitual e o local da constituição do ato. É a esses elementos de conexão que nos ateremos neste passo, para, num momento posterior (Capítulo 3, *infra*), verificarmos a forma particularizada de incidência dessas regras de conexão na questão adotiva.

Quanto às questões de direito pessoal, como é o caso da capacidade, e de Direito de Família, como ocorre com a filiação, o elemento de conexão indicado é sempre um entre estes: nacionalidade, domicílio ou residência habitual. Isto posto, vejamos a evolução experimentada pelo estatuto pessoal em nosso ordenamento jurídico de Direito Internacional Privado.

A nacionalidade (*lex patriae*) foi defendida por Pasquale Mancini nos anos que se sucederam à unificação italiana, como forma de garanti-la. O ideário político de Mancini assume um veio extremamente necessário para incutir na população italiana o sentimento de nacionalismo e amor a uma nação incipiente. Assim, entendia que a nação italiana deveria acompanhar seus filhos por toda a parte, motivo que o levou a propor doutrinariamente a adoção desse elemento de conexão.

Mas foi o Código Civil Francês que adotou o princípio da nacionalidade defendido pelo político e professor italiano, na esteira, aliás,

⁽⁴⁸⁾ Sobre ser ou não a adoção um ato jurídico em sentido estrito, vide, *infra*, a primeira nota ao item 3.3, no Capítulo 3.

das Ordenações do Reino de Portugal, que tanto influenciaram a legislação brasileira, na qual, não obstante ter Teixeira de Freitas proposto a adoção do sistema domiciliar nos arts. 26 e 27 de seu Esboço de Código Civil, vigorou até o ano de 1942, quando se substituiu o critério da nacionalidade pelo critério domiciliar, em decorrência da promulgação de uma nova Lei de Introdução ao Código Civil, Dec.-lei 4.657/42.

O fato de o Brasil, àquela época país de imigração, ter ficado atrelado à tradição lusitana, ao passo que “a maioria dos Estados sul-americanos, também países de imigração, dentre os quais a Argentina por influência de Teixeira de Freitas, seguia o critério domiciliar”,⁴⁹ fez com que o Código de Bustamante relegasse a questão acerca do estatuto pessoal a cada parte contratante, que poderia adotar quer o critério da nacionalidade quer o domiciliar quer, ainda, qualquer outro “que tenha adotado ou adote no futuro a sua legislação interna”, conforme reza seu art. 7.º.

O critério da nacionalidade, além de gerar, como nos lembra Amílcar de Castro, o inconveniente de esta não ser bem compreendida (na medida em que “os doutrinadores nem sempre distinguem entre a nacionalidade como atributiva de direitos e obrigações, regulada pelo direito constitucional, e a nacionalidade como circunstância de conexão, tomada em consideração pelo direito internacional privado. E sem essa distinção não se pode esclarecer o assunto. Ao direito internacional privado não pertence definir as condições de aquisição, perda, ou mudança de nacionalidade, nem definir os direitos e obrigações dela decorrentes e sim apenas tomá-las como elemento de referência, simples acidente de fato, indicativo de direito adequado à sua apreciação”),⁵⁰ gera, ainda, graves problemas aos países de imigração, cujos Tribunais se vêem, a todo momento, obrigados a aplicar a lei da nacionalidade de seus imigrantes, da mais variada origem.

⁽⁴⁹⁾ João Grandino Rodas, *Direito internacional privado brasileiro*, São Paulo, RT, 1993, p. 14. Também em seu *Choice of Law Rules and the Major Principles of Brazilian Private International Law, A Panorama of Brazilian Law*, University of Miami, Miami, 1992.

⁽⁵⁰⁾ Amílcar de Castro, ob. cit., p. 198.

Por esta razão e em decorrência da deflagração da Segunda Grande Guerra, que demonstrou a “existência de quistos raciais em certas partes do território brasileiro”, “o governo federal, através da via rápida do Decreto-lei”, adotou nova lei de introdução, “cuja maior inovação residiu na consagração do princípio domiciliar como regulador do estatuto pessoal, rompendo assim com a tradição arraigada do nosso Direito Internacional Privado”.⁵¹

O domicílio é critério caracterizador da população de determinado Estado, ao passo que a nacionalidade torna súditos daquele Estado os indivíduos que a adotarem. “Pela nacionalidade, converte-se a pessoa em súdito permanente de um Estado; pelo domicílio, passa a fazer parte da população de um Estado, como súdito temporário.”⁵² E é como súdito temporário daquele Estado que o estrangeiro deve se submeter à lei que o abrange no momento.

Todavia, ao passo que a nacionalidade decorre, no mais das vezes, de um fato: o nascimento em determinado território (*ius soli*), ou o nascimento de pais de determinada nacionalidade (*ius sanguinis*), o domicílio é conceito jurídico e como tal necessita ser qualificado. “Diversas teorias têm surgido, como a que o qualifica pela *lex fori*, isto é, pela lei do juiz ou tribunal a que está submetida a apreciação do caso em exame; a da *autonomia da vontade*, que segundo Loyseau, sendo o domicílio produto da vontade, cabe à *autonomia da vontade* escolher a lei reguladora do domicílio. Mas tal posição não merece total acatamento, porquanto não se pode deixar de considerar o vínculo legal que prende o indivíduo ao seu conteúdo.”⁵³ Seja como for, a verdade é que o elemento de conexão domicílio gera dúvidas,⁵⁴

⁽⁵¹⁾ João Grandino Rodas, *Direito internacional privado brasileiro*, cit., p. 15.

⁽⁵²⁾ Amílcar de Castro, ob. cit., p. 203.

⁽⁵³⁾ Irineu Strenger, ob. cit., p. 358.

⁽⁵⁴⁾ Maria Helena Diniz procura explicitar e resolver os principais problemas advindos da incerteza ou inexistência de domicílio: “Como o domicílio adquirido perdura até que haja aquisição de outro, na verdade, não há ninguém sem domicílio, já que, pelo menos, conservará o de origem; todavia, casos há em que nem mesmo o de origem se pode conhecer, surgindo a figura do *adômide*. Se o indivíduo não tiver domicílio conhecido será con-

mormente quando não é possível a sua determinação pelo fato mesmo de depender, em nosso ordenamento, do ânimo definitivo. Ora, o *animus* é atribuição de foro íntimo, decorrente de questões que liguem a pessoa ao Estado em que reside, com a intenção de se tornar um "súdito temporário".

Por isso mesmo é que a tendência nos tratados internacionais é pela fixação da residência habitual como o elemento de conexão para as questões de direito pessoal,⁵⁵ como o são a capacidade e os Direitos de Família. É que, em assim procedendo, elimina-se o caráter subjetivo do domicílio, objetivando-o na medida em que se torna ne-

siderado adômide, e a lei, então, para solucionar suas pendências, adotou o critério da residência. A residência é um *quid facit*, simples elemento de domicílio voluntário, a que se há de recorrer quando a pessoa não tiver domicílio. Constitui simples estada ou morada ocasional ou acidental, estabelecida transitória ou provisoriamente, sem intuito de permanência e, na falta desta última, poderá a pessoa ser demandada onde for encontrada. Deveras, aquele que não tiver domicílio conhecido considerar-se-á domiciliado no local de sua residência acidental ou naquele em que se encontrar (Código Bustamante, art. 26), desaparecendo com isso a possibilidade de dupla residência" (*Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*, 6. ed., São Paulo, Saraiva, 2000, p. 243). A professora enfrenta, aqui, o problema do concurso sucessivo de elementos de conexão; o que se faz no texto é mostrar a sucessão de elementos de conexão, referentemente à lei pessoal, na história legislativa.

(55) Como nos lembra Georgette Nacarato Nazo, "dadas as dificuldades e os problemas que surgiram com a dualidade dos princípios de nacionalidade e domicílio nas questões internacionais, ou melhor, nos relacionamentos interpessoais, o Instituto de Direito Internacional, em sessão realizada em 1987, baixou Resolução tendente a facilitar a interpretação para a comunidade internacional, visando harmonizar as regras de conflito em vigor nos diferentes Estados". No que se refere à Convenção de Cooperação Internacional e Proteção de Crianças e Adolescentes em matéria de Adoção Internacional, firmada na Haia em 1993, "é possível concluir-se que ela foi além das considerações quanto à nacionalidades e domicílios dos envolvidos em adoções transnacionais, consignando o fator de conexão na *residência habitual* do adotante e do adotando" (Georgette Nacarato Nazo, *Adoção internacional*, São Paulo, Editora Oliveira Mendes, 1997, p. 25 e 27).

cessária exclusivamente a verificação da habitualidade, vez que a residência também é fato.⁵⁶ É o lugar da habitação, a morada habitual em lugar certo.⁵⁷

Quanto à forma do ato jurídico solene que é a adoção, vige o elemento de conexão segundo o qual *locus regit actum*, de modo que todo o procedimento deverá obedecer às exigências legais do local em que a adoção se efetivará, ou seja, em nosso caso, o Brasil. Por fim, quanto aos efeitos da adoção, vale dizer, quanto ao fundo do ato jurídico, serão eles regulados ou pela lei da constituição do ato ou pela lei do local de execução. Nos abstermos, entretanto, de tomar uma posição, por hora, remetendo tal questão para o momento próprio, ou seja, no Capítulo 3, quando, ademais, se aprofundará o quanto dito referentemente à forma e à capacidade, especificando-as.

(56) "A residência habitual é uma conexão intermediária, que supera o antagonismo entre nacionalidade e domicílio, tradicionalmente em pauta e que, por isso, favorece a cooperação internacional. A conexão representada pela residência habitual privilegia o caráter fático, real, dessa noção; faz referência à efetiva integração da pessoa em uma comunidade, em um meio humano e social com o qual se sente solidário e comprometido. É o centro real da vida do indivíduo e da família" (Amalia Uriundo de Martinoli, *Convencion interamericana sobre tráfico internacional de menores - CIDIP V - Mexico*, 1994, p. 172-173, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba*, vol. 3, n. 1, p. 171-197, 1995).

(57) Haroldo Valladão, revisando o seu Projeto de Lei Geral, informa que "su-gerimos substituir o domicílio pela residência habitual, critério mais efetivo e mais autêntico, dependendo o domicílio do menor sempre do que possui o pai, a mãe, o tutor, não sendo, porém, aceita nossa proposta" (*Direito internacional privado*, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1980, vol. II, p. 17-18). O art. 8.º do Projeto de Lei 4.905, de 1995, consagra o domicílio como elemento de conexão principal e, subsidiariamente, faz referência à residência habitual e à residência atual. Na exposição de motivos, os autores do anteprojeto Rubens Limongi França, Jacob Dolinger, João Grandino Rodas e Inocêncio Mártires Coelho deixaram consignado que "a residência como conexão subsidiária também é mantida, mas, diversamente da LICC, ela é dividida em residência habitual e residência atual, conforme a moderna orientação consubstanciada em diversas convenções da Haia e da CIDIP".

2

A CONDIÇÃO JURÍDICA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: OS DIREITOS HUMANOS (PLANO INTERNACIONAL E INTERNO)

SUMÁRIO: 2.1 Do direito ao nome, à individualidade, à manutenção, ao respeito e a pertencer a um grupamento familiar – 2.2 Do direito à convivência familiar e comunitária sadias – 2.3 Do direito de conhecer a identidade de seus genitores biológicos – 2.4 Da adoção e da família de origem: confronto – 2.5 De outros direitos humanos que têm a liberdade como condição de exercício.

O que se pretendeu demonstrar até o presente momento é que, em um Estado Democrático de Direito, a evolução dos institutos jurídicos devem sopesar a vontade da maioria, embasada pela técnica e pela doutrina, que deve procurar indicar as melhores vias para se protegerem os fundamentos da República insculpidos em nossa Carta Política: a soberania, a cidadania, a *dignidade da pessoa humana*, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político (CF, art. 1.º).

Neste passo da pesquisa, importa a consideração acerca da *dignidade da pessoa humana* encontrada na criança e no adolescente¹ e as

(1) O Estatuto da Criança e do Adolescente considera que todo ser humano menor de doze anos é uma criança, sendo adolescente o ser humano maior de doze anos e menor de dezoito anos, ao passo que a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, de 1989, considera criança, indistintamente, todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, ressalvada a hipótese de a lei pessoal do indivíduo atribuir-lhe a maioridade antes deste

formas pelas quais ela se expressa e é garantida em um Estado Democrático de Direito, “tendo sempre em mente que, como indicado na Declaração sobre os Direitos da Criança, ‘a criança, em razão de sua falta de maturidade física e mental, necessita proteção e cuidados especiais, incluindo proteção jurídica apropriada, antes e depois do nascimento’”,² como forma de se garantir o mais amplo reconhecimento de sua condição de sujeito de Direito.³

Como a adoção internacional diz basicamente com a colocação de uma criança ou adolescente em um lar transfronteiriço, dando-lhes uma família, faz-se mister a análise dos seguintes temas, que dizem com a dignidade da pessoa humana (não obstante outros direitos de

termo. A filosofia adotada pelo Estatuto decorre da esfera penal mais que da civil, embora essa distinção demonstre a existência de diferentes etapas “no processo de desenvolvimento do ser humano. A ambas categorias o Estatuto assegura, em regra, os mesmos direitos fundamentais; para confirmar essa assertiva basta a leitura do Livro I; todavia, o tratamento passa a ser diferenciado quando há incidência da prática de atos entendidos como delitos ou infrações pelas leis penais” (Josiane Rose Petry Veronese, *Os direitos da criança e do adolescente*, São Paulo, LTr, 1999, p. 103). No mesmo sentido é a manifestação de Sérgio Adorno e Myriam Mesquita: “O novo Estatuto distingue criança (de 0 a 12 anos incompletos) e adolescentes (de 12 anos a 18 anos incompletos). Considera autores de infração penal os adolescentes. Para crianças somente estão previstas medidas de proteção. Quanto aos infratores, estão previstas medidas socioeducativas que não se concentram, exclusivamente, na restrição da liberdade” (Direitos humanos para crianças e adolescentes: O que há para comemorar?, *O cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem*, coord. Alberto do Amaral Júnior e Cláudia Perrone Moisés, São Paulo, EDUSP-Fapesp, 1999, p. 268).

(2) Do Preâmbulo à Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989.

(3) “A Declaração Universal dos Direitos Humanos, cujo cinquentenário se comemora (1948-1998), exerceu influências positivas na formulação do moderno direito especial aplicado à infância e à adolescência por meio do qual jovens – crianças e adolescentes – passam a ser considerados sujeitos de direitos e não meras entidades tuteladas por instituições no interior de um mundo adultocêntrico” (Sérgio Adorno e Myriam Mesquita, ob. cit., p. 266).

grande importância sejam reconhecidos, não serão aqui tratados, por fugir aos limites deste trabalho): a) o direito garantido a toda criança de ter um nome, uma individualidade, de ser mantida e respeitada e de pertencer a um grupamento familiar, b) o direito a ser afastada de seus pais quando aqueles direitos forem violados; c) o direito de conhecer a identidade de seus genitores biológicos d) o confronto entre esses direitos naquilo em que dizem respeito à adoção (na medida em que pela adoção a criança é afastada do pátrio poder biológico por razões que dizem, no mais das vezes, com a afronta a seus direitos humanos fundamentais, sendo colocada num lar que lhe garantirá uma família pretensamente estruturada e capaz de atender a suas necessidades básicas); e, por fim, e) os direitos correlatos a estes e que tenham a liberdade como condição de exercício, como o de participar ativamente de sua educação, o direito à crença religiosa etc.

Para tanto, procurar-se-á analisar os seguintes instrumentos internacionais, naquilo que dizem com os direitos humanos garantidos à criança e ao adolescente: i) Declaração Universal dos Direitos da Criança,⁴ ii) Convenção Internacional dos Direitos da Criança,⁵ iii) Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos,⁶ iv) Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais,⁷ v) Declaração Universal dos Direitos do Homem,⁸ vi) Pacto de San Jose de Costa Rica,⁹ vii) Convenção Concernente à Competência das Autoridades e Lei Aplicável em Matéria de Proteção de Menores,¹⁰ vii)

- (4) Proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 20.11.1959.
- (5) Aprovada, unanimemente, pela Assembléia das Nações Unidas, em sua sessão de 20.11.1989, e introduzida em nosso ordenamento por força do Decreto 99.710.
- (6) Adotada pela XXI Assembléia Geral da ONU, aos 16.12.1966, e promulgada no Brasil pelo Decreto 592, de 06.07.1992.
- (7) Adotada pela XXI Assembléia Geral da ONU, aos 19.12.1966, e promulgada no Brasil pelo Decreto 591, de 06.07.1992.
- (8) Proclamada pelas Nações Unidas em 1948.
- (9) Também chamada Convenção Americana sobre Direitos Humanos, promulgada pelo Decreto 678, de 06.11.1992.
- (10) Firmada na Haia em 1961.

Convenção Relativa à Competência de Autoridades, Lei Aplicável e Reconhecimento de Decisões em Matéria de Adoção,¹¹ viii) Convenção sobre os Aspectos Cívicos do Sequestro Internacional de Menores,¹² ix) Código Bustamante, x) Convenção Interamericana sobre Conflitos de Leis em Matéria de Adoção de Menores,¹³ xi) Convenção Interamericana sobre Restituição Internacional de Menores,¹⁴ xii) Convenção Relativa à Cooperação Internacional e Proteção de Crianças e Adolescentes em matéria de Adoção Internacional,¹⁵ xiii) Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores,¹⁶ além dos textos legislativos nacionais, mormente o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), que procurou regulamentar o disposto em nossa Constituição Federal de 1988, naquilo que concerne à

- (11) Firmada na Haia em 1965.
- (12) Firmada na Haia em 1980.
- (13) Firmada em La Paz, Bolívia, em 1984.
- (14) Assinada em Montevideu, Uruguai, em 1989 e promulgada pelo Decreto Executivo 1.212, de 1994. Sobre essa Convenção, vide Diego P. Fernandez Arroyo, Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de 15 de julio de 1989, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 111, 1991.
- (15) Firmada na Haia em 1993 e promulgada pelo Decreto Executivo 3.087, de 21.06.1996. Sobre a Convenção, os seguintes artigos: Michel Verwilghen, La genese d'une Convention sur l'adoption d'enfants originaires de l'étranger, *Revue Belge de Droit International*, Bruxelles, vol. 24, n. 2, 1991; Maria Victoria Mayor de Hoyo, Notas acerca del convenio de Haya sobre adopción internacional, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, novembro de 1995; Nathalie Meyer-Fabre, La Convention de la Haya du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, *Revue Critique de Droit International Privé*, Paris, vol. 83, n. 2, 1994; Cristina González Beilfuss, La aplicación en España del Convenio de la Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, *Revista Jurídica de Catalunya*, Barcelona, vol. 95, n. 2, 1996; Katya Fach Gómez, Convenio de la Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, *Revista Peruana de Derecho Internacional*, Lima, vol. 48, n. 112, 1998.
- (16) Firmada na Cidade do México, em 1994.

condição jurídica da criança e do adolescente, garantindo-lhes uma gama enorme de direitos e deveres, na esteira, aliás, dos instrumentos internacionais mencionados.¹⁷

Convém lembrar, relativamente à aplicabilidade das normas advindas de tratados internacionais que regulem ou reconheçam direitos humanos fundamentais, que, “se, para os tratados internacionais em geral, se tem exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar às suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente no caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte, os direitos fundamentais neles garantidos, consoante os arts. 5.º (2) e 5.º (1) da Constituição brasileira, passam a integrar os direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno”.¹⁸

(17) “Se, de um lado, os arts. 3.º a 5.º do Estatuto repetem o disposto nas normas da Constituição Federal de 1988 no que tange à proteção dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, de outro, encontramos integrado nestes artigos o disposto nas normas internacionais das Nações Unidas (...). Esta nova dimensão dada à proteção do menor na lei brasileira é um passo importante e coloca o Estatuto da Criança e do Adolescente entre as primeiras legislações mundiais que adotaram o disposto nas normas internacionais.” (Annina Lahalle, *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado – Comentários jurídicos e sociais*, 2. ed., coord. Munir Cury, Antônio Fernando do Amaral e Silva e Emílio García Mendez, São Paulo, Malheiros, 1996, p. 31.) Em sentido contrário o entendimento de Sérgio Adorno e Myriam Mesquita ao afirmarem que “o Estatuto se revela mais preocupado em proteger os adolescentes autores de infração à lei penal do que as crianças e adolescentes em situação de risco. Neste particular, o texto legal limita-se a reafirmar os princípios constitucionais que lhes conferem direitos à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, à convivência familiar, protegendo-os da exploração, negligência, discriminação e maus-tratos. Pouco ou quase nada disciplina quanto a esses direitos. Nesse sentido, a despeito das inovações introduzidas, o novo estatuto legal não parece ter se desvincilhado completamente de suas raízes policiais e repressivas” (ob. cit., p. 269).

(18) Antonio Augusto Cançado Trindade, citado por Flávia Piovesan, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, São Paulo, Max Limonad,

2.1 Do direito ao nome, à individualidade, à manutenção, ao respeito e a pertencer a um grupamento familiar

Garante-se a toda criança e adolescente o direito a receber um nome, o que deve ser entendido como o direito a ter um prenome e um nome de família, fazendo com que esse direito se relacione intimamente ao direito de pertencer a um grupamento familiar. Por este motivo, o direito a um nome terá importantes reflexos em ocorrendo o deferimento da adoção. Assim, verificaremos, de forma específica, o direito ao nome quando estudarmos os efeitos da adoção, no que se refere à sua modificação.

Já a Declaração dos Direitos da Criança em seu princípio 3.º recomendava fosse assegurado à criança, desde o nascimento, o direito a um nome. O Pacto sobre Direitos Cíveis e Políticos amplia a incidência desse direito ao proclamar a obrigação de ser a criança registrada imediatamente após seu nascimento.

Tal determinação se mostra salutar, na medida em que positiva uma obrigação. Com efeito, ao assegurar o mero direito a um nome, a Declaração dá azo a uma interpretação restritiva que pode levar ao entendimento de que o direito foi atendido ao se escolher um nome para a criança. Com a obrigação a uma prestação efetiva (registro), o Pacto que reconhece os direitos individuais (1.ª geração) nada mais faz que determinar a escolha e a jurisdicação de um nome, que passa a individualizar a criança, dando-lhe existência no mundo do

1996, p. 103-104. No sentido de dar efetividade à afirmação do ilustre internacionalista, foi proposta emenda à Constituição Federal com o intuito de acrescentar um § 3.º ao seu art. 5.º. É que o STF não adere à posição da doutrina monista jus-internacionalista. Todavia, a redação proposta ao referido parágrafo transforma os tratados internacionais de direitos humanos em verdadeiras emendas constitucionais, exigindo-se, por isso, quórum de 3/5 para sua aprovação. A proposta é do Ministro Celso de Mello e foi incluída na Reforma do Poder Judiciário pela Relatora Zulaiê Cobra Ribeiro, *verbis*: “§ 3.º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais, condicionada à aplicação pela outra parte”.

dever-ser e não apenas no mundo do ser. É que a inscrição no registro civil é condição para que a criança possa, posteriormente, obter os demais documentos exigidos pela legislação civil para o pleno exercício de sua cidadania. Ademais, com a providência do registro, passa-se a reconhecer ao nascido a condição de pessoa perante a lei, o que faz atender ao art. VI da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948.¹⁹

Foi, todavia, o Pacto de San Jose de Costa Rica o instrumento internacional mais explícito, em termos de positivação daquilo que se refere ao direito humano fundamental a ser reconhecido por um nome. Diz seu art. 18: "Toda pessoa tem direito a um prenome e aos nomes de seus pais ou ao de um destes. A lei deve regular a forma de assegurar a todos esse direito, mediante nomes fictícios, se for o caso".²⁰ Ao determinar a existência concomitante de um prenome e um nome de família, o Pacto garante maior chance de individualização à criança na medida em que possibilita uma menor margem de homonímia. Várias são as classes de nomes: nome de batismo (prenome), nome de família (nome ou sobrenome), nome civil (o que figura no registro), nome próprio ("nome com que se nomeiam individualmente os

⁽¹⁹⁾ Também a Convenção sobre os Direitos da Criança determina o imediato registro civil. Comentando o art. 7.º da citada Convenção, diz Josiane Rose Petry Veronese: "No Brasil é elevadíssimo o número de crianças que não são registradas, relegadas a uma situação de inexistência civil. Assim, a regularização do registro civil de crianças e adolescentes se faz imperiosa não somente por razões formais ou estatísticas, mas diz respeito, justamente, ao que está transcrito na Convenção, isto é, através da identificação torna-se plausível a cidadania, imprescindível no âmbito público e a ser pessoa na esfera privada. Essa matéria se relaciona, ainda, com os princípios fundamentais de um Estado democrático: o respeito aos direitos da cidadania e da dignidade da pessoa humana – art. 1.º, CF" (ob. cit., p. 112).

⁽²⁰⁾ A questão referente aos nomes fictícios pode encontrar exemplo de aplicação na hipótese de adoção, vez que esta é forma de se instituir modalidade de parentesco ficto (cf. Ricardo César Pereira Lira, Breve estudo sobre as entidades familiares, *Repensando o direito de família, Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família*, Belo Horizonte, Del Rey, 1999, p. 89).

seres e que se aplica em especial a pessoas ..."²¹). Essa a verdadeira função do nome, que permite a perfeita identificação da pessoa, de forma a que possa ser considerada portadora individualizada dos Direitos Humanos que lhe sejam garantidos.

Reconhecido seu direito a um nome próprio, estará a criança plenamente individualizada. "A importância do direito à identidade pessoal deduz-se na lição de Adriano de Cupis de que: 'O indivíduo, como unidade da vida social e jurídica, tem necessidade de afirmar a própria individualidade, distinguindo-se de outros indivíduos, e, por consequência, ser reconhecido por quem é na realidade. O bem que satisfaz esta necessidade é o da identidade, o qual consiste, precisamente, no distinguir-se das outras pessoas nas relações sociais (...), pois o homem atribui grande valor não somente ao afirmar-se como pessoa, mas como uma certa pessoa, evitando a confusão com outros. Entre os meios através dos quais pode realizar-se o referido bem tem lugar proeminente o nome, sinal verbal que identifica imediatamente e com clareza a pessoa a que se refere'."²²

Com isto, poder-se-á garantir a ela e sua família a individualidade que tende a impedir interferências em sua vida privada, familiar, em seu lar, sua correspondência, protegendo-lhe a honra e a reputação.²³ Será, portanto, considerada um indivíduo que, como tal, deve ser respeitado e mantido por seus pais²⁴ e, supletivamente, pela sociedade e

⁽²¹⁾ *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*, 2. ed., Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1986, p. 1.197.

⁽²²⁾ Fábio Maria De Mattia, *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado – Comentários jurídicos e sociais*, 2. ed., coord. Munir Cury, Antônio Fernando do Amaral e Silva e Emílio García Mendez, São Paulo, Malheiros, 1996, p. 78.

⁽²³⁾ Conforme art. XII da Declaração Universal dos Direitos do Homem e 17-1 do Pacto sobre Direitos Civis e Políticos, além do art. 16 da Convenção sobre os Direitos da Criança.

⁽²⁴⁾ O art. 229 da CF de 1988 especifica que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores; "reciprocamente os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade" (Heloísa Helena Barboza, Novas relações de filiação e paternidade, *Repensando o*

pelo Estado. Dessa forma, assiste-lhe o direito à integridade física, o direito à integridade psíquica e o direito à integridade moral. Cabe a toda a sociedade (aqui compreendidos o Estado, a família e a comunidade²⁵) respeitá-los, mas é aos pais ou responsáveis que cabe garantir as condições concernentes ao seu exercício, na medida em que permitam a manutenção sadia da vida e da saúde da criança. O não exercício desse dever que lhes é imposto pelo Estado Democrático de Direito pode implicar a suspensão do pátrio poder, determinando-se ao Estado e à sociedade a assunção desses deveres, de forma a preservar a integridade física, mental ou psíquica ameaçadas (vide, *infra*, o item 2.2 deste Capítulo).

É bem verdade que a criança tem o direito de pertencer a um agrupamento familiar, em que possa ter presentes os papéis sociais que deve representar, verificando a necessidade da educação, da autoridade, da socialização, do compartilhar etc. O que os instrumentos legislativos nacionais e internacionais fazem nada mais é que determinar que a representação deturpada de qualquer desses papéis esteja

direito de família, Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família, Belo Horizonte, Del Rey, 1999, p. 139). Incumbe ao Estado tomar medidas apropriadas para garantir a toda pessoa humana condições à obtenção de um nível de vida adequado para si e sua família, conforme dispõe o art. 11-1 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

- (25) Comentando o art. 4.º do Estatuto da Criança e do Adolescente, Dalmo de Abreu Dallari aplaude o gesto do legislador ordinário ao incluir a comunidade no rol dos entes responsáveis pela assistência à criança e ao adolescente, por entender que “os grupos comunitários, mais do que o restante da sociedade, podem mais facilmente saber em que medida os direitos das crianças e dos adolescentes estão assegurados ou negados em seu meio, bem como os riscos a que eles estão sujeitos. É a comunidade quem recebe os benefícios imediatos do bom tratamento dispensado às crianças e aos adolescentes, sendo também imediatamente prejudicada quando, por alguma razão que ela pode mais facilmente identificar, alguma criança ou algum adolescente adota comportamento prejudicial à boa convivência” (Dalmo de Abreu Dallari, *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado – Comentários jurídicos e sociais*, 2. ed., coord. Munir Cury, Antônio Fernando do Amaral e Silva e Emílio García Mendez, São Paulo, Malheiros, 1996, p. 23).

a autorizar a suspensão ou mesmo a quebra do pátrio-poder-dever, garantindo-se à pessoa humana da criança e do adolescente a possibilidade de reestruturar sua vida, de forma sadia e pacífica. O reconhecimento à criança e ao adolescente da condição humana, possibilitando-lhes uma vida sadia, é uma das maiores conquistas do moderno Estado brasileiro, na medida em que vence uma barreira até então intransponível de os considerar, nos textos normativos, apenas quando presente a patologia, vale dizer, nos casos em que as estruturas familiar e psíquico-social do menor encontravam-se já desestabilizadas. O que se faz, desde 1988 com a novel legislação e a ratificação dos instrumentos internacionais, é permitir e assegurar condições profiláticas, impeditivas da instalação das patologias.²⁶

Bem verdade, por isso, que, na medida em que se estabilizem as condições sociais e econômicas de nossa população e que se verifique a mais completa implementação da nova filosofia legislativa, a tendência é que este estudo perca sua razão de ser. Na medida em que as famílias se estruturam de forma não patrimonializada, e tenham por alicerce o respeito e o carinho voltados à realização da personalidade

- (26) O art. 15 do Estatuto garante à criança e ao adolescente o direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas que são, em processo de desenvolvimento é verdade, mas já como sujeitos de direitos civis, políticos e sociais garantidos na Constituição, nas leis e, acrescentamos, nas determinações internacionais. Ao comentar o dispositivo, o ex-Ministro de Estado da Justiça José Carlos Dias diz que o artigo “poderia ser acoimado de redundante, pois que a conceituação de direitos humanos abrange a de direitos civis. Direitos humanos nós os possuímos por sermos pessoas, não por sermos cidadãos. Quando o Direito passa a protegê-los, tornam-se direitos civis. No entanto, tal observação, mesmo que procedente, semântica e juridicamente correta é feita sem qualquer escopo de crítica maior, posto que há de se entender que o texto legal propositadamente objetivou a ênfase. Da mesma forma, o direito ao respeito e à dignidade de que é titular o menor são ângulos que integram a escultura da personalidade em formação, daí a proteção que a lei dá a quem tem a liberdade plena como expectativa e a cidadania por inteiro como promessa” (José Carlos Dias, *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado – Comentários jurídicos e sociais*, 2. ed., coord. Munir Cury, Antônio Fernando do Amaral e Silva e Emílio García Mendez, São Paulo, Malheiros, 1996, p. 61).

de seus membros, não se verão mais crianças sem lar, nem pais destituídos do pátrio-poder-dever, deixando o Brasil de ser um país fornecedor de crianças para serem adotadas.²⁷

2.2 Do direito à convivência familiar e comunitária sadias

Consequência natural do direito a pertencer a uma família e de ser por ela mantida e formada é que a não fruição desses direitos, de forma sadia e conforme aos objetivos do Estado Democrático de Direito, está a autorizar a suspensão ou mesmo a perda do pátrio-poder-dever, devendo o Estado e a sociedade/comunidade zelar pela completa assistência à criança desassistida. Na esteira desse entendimento, proclamam os arts. 9 a 11 e 19 a 21 da Convenção sobre os Direi-

(27) José Carlos Dias reconhece que vários dispositivos do Estatuto estão carregados “de utopia. No entanto, é importante que se ressalve ser indispensável que os princípios, ainda que fora de sintonia com nossa realidade cruel, estejam postos na lei, e que esta, mesmo que, muitas vezes, de aplicabilidade difícil, quando não impossível, seja um dos fatores de mutação, de transformação da realidade, marcada pelo desprezo ao respeito, à liberdade e à dignidade”. Lembra que “a lei existe para ser aplicada, sem dúvida, mas tem também um conteúdo pedagógico” (José Carlos Dias, ob. cit., p. 62). Em tom poético, Dom Helder Câmara mostra a necessidade da rápida adaptação da sociedade aos ditames da nova filosofia relativa às “crianças de hoje! Adolescentes de hoje!”, com o intuito único de prepará-los à realidade da vida moderna (D. Helder Câmara, *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado – Comentários jurídicos e sociais*, 2. ed., coord. Munir Cury, Antônio Fernando do Amaral e Silva e Emílio García Mendez, São Paulo, Malheiros, 1996, p. 63). Com uma visão realista acerca do tema, Sérgio Adorno e Myriam Mesquita, ao afirmarem que, “como instrumento jurídico, o ECA obedece às mais modernas orientações contidas nas convenções internacionais, particularmente a Convenção dos Direitos da Infância das Nações Unidas adotada pela Assembleia Geral em 1989. Não obstante os avanços conquistados, os planos de ação governamental que vêm sendo delineados (seja nos níveis federal, estadual e municipal), bem como a ação das ONGs, estamos longe de haver alcançado os propósitos consagrados na Constituição e no ECA. Uma série de desafios coloca-se diante da sociedade e do Estado” (ob. cit., p. 268).

tos da Criança e os arts. 19 a 24, 46, 51, 52, 83 a 85 do Estatuto da Criança e do Adolescente as condições em que devem conviver pacificamente os membros da entidade familiar, além de prever as consequências cabíveis nas hipóteses em que não forem atendidas aquelas condições, principalmente as hipóteses de guarda, tutela e adoção, entre elas a adoção internacional.

Assim, deve sempre ser garantida à criança a sua manutenção junto à família, de forma a conviver harmonicamente em sociedade. Constitui, por isso, um seu direito humano fundamental a criação e educação no seio de sua família, que “é condição indispensável para que a vida se desenvolva, para que a *alimentação* seja assimilada pelo organismo e a *saúde* se manifeste”.²⁸ A família, por sua vez, deve estar preparada para cumprir sua função, proporcionando à criança a consecução plena de seus direitos. Tal função caracteriza-se como um *munus* público, que é o pátrio-poder, “o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes. O fato de a lei impor deveres aos pais, com o fim de proteger os filhos, realça o caráter de *munus* público do pátrio poder”.²⁹ Tais deveres de que nos fala Sílvia Rodrigues encontram-se relacionados no art. 22 do ECA, que dá incumbência aos pais no sentido de prover o sustento, a guarda e a educação dos filhos.³⁰ Por isso, designa-se o pátrio poder de “pátrio-dever”, “consequência do pátrio poder, posto que a este corresponde aquele, como se fossem faces de uma mesma e valiosa moeda

(28) Maria do Rosário Leite Cintra, *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado – Comentários jurídicos e sociais*, 2. ed., coord. Munir Cury, Antônio Fernando do Amaral e Silva e Emílio García Mendez, São Paulo, Malheiros, 1996, p. 83.

(29) Sílvia Rodrigues, in *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado – Comentários jurídicos e sociais*, 2. ed., coord. Munir Cury, Antônio Fernando do Amaral e Silva e Emílio García Mendez, São Paulo, Malheiros, 1996, p. 89.

(30) O sustento enquadra-se no direito que tem a criança de ser mantida, já analisado no item anterior. O dever de garantir à criança sua educação está incluído no tópico 2.5, *infra*, neste Capítulo. O dever de guarda será analisado no presente tópico.

asseguradora de direitos da criança e do adolescente".³¹ Esse trabalho, como já se pode notar, adota a denominação pátrio-poder-dever.

Pois bem, nas hipóteses em que a manutenção da criança junto a sua família estejam a demonstrar nocividade a sua integridade física, mental ou intelectual, decorrente de violência física ou mental, abuso ou tratamento negligente, maus tratos ou exploração, abuso sexual (apenas para ficarmos no rol meramente exemplificativo do art. 19 da Convenção sobre os Direitos da Criança), perpetrados por seus pais ou responsáveis, ou mesmos parentes,³² em virtude da negligência daqueles, estaremos diante de hipótese de não cumprimento pleno do pátrio-poder-dever, autorizando o art. 24 do ECA que este seja suspenso ou perdido, em atendimento do interesse maior da criança. Tal perda, ou suspensão, deve ser precedida do competente processo judicial, garantido o contraditório, em que se verificará a real existência das causas alegadas como autorizadoras da medida. Segundo a Convenção dos Direitos da Criança, além do contraditório, baseado primordialmente na participação e oitiva de todos os interessados (art. 9-2), que devem expor suas opiniões, deve ser garantido o direito ao duplo grau de jurisdição (art. 9-1).

Reconhecidas e comprovadas as causas, esgotados os procedimentos recursais, suspender-se-á ou declarar-se-á perdido o pátrio-poder-dever, devendo-se, assim, garantir à criança sua colocação em família substituta, que se comprometerá a exercer temporária ou definitivamente as funções atinentes ao pátrio-poder-dever. Por esse motivo, se aquele houver sido suspenso, será a criança colocada sob guarda ou tutela. Se houver sido perdido, dever-se-á garantir à criança a colocação em família adotiva nacional ou, subsidiariamente, em família estrangeira.

(31) Romero de Oliveira Andrade, *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado – Comentários jurídicos e sociais*, 2. ed., coord. Munir Cury, Antônio Fernando do Amaral e Silva e Emílio García Mendez, São Paulo, Malheiros, 1996, p. 92.

(32) Sérgio Adorno e Myriam Mesquita (ob. cit., p. 272) citam estatísticas segundo as quais 19,01% das crianças e adolescentes que se declaram vítimas de violência foram vitimizadas por parentes.

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".³³

Na hipótese de a criança ser afastada de seus pais biológicos e ser posta em programas de adoção³⁴ ou enquanto aguarda a designação de um tutor ou guardião, deverá ser ela recolhida à custódia do Estado, que deve garantir cuidados alternativos para essa criança, e, apenas supletivamente, ser encaminhada a estabelecimentos adequados de proteção, segundo se extrai da exegese do art. 20 da Convenção sobre os Direitos da Criança.³⁵

(33) Maria do Rosário Leite Cintra, ob. cit., p. 85.

(34) A adoção deve ser sempre precedida por um estágio de convivência entre os candidatos a pais adotivos e os adotandos, por prazo a ser fixado pela autoridade judiciária competente. No caso de os adotantes serem estrangeiros, o prazo mínimo de duração do estágio vem já preestabelecido no § 2.º do art. 46 do ECA, o que foi motivo para severas críticas formuladas por Antônio Chaves (*Estatuto da Criança e do Adolescente comentado – Comentários jurídicos e sociais*, 2. ed., coord. Munir Cury, Antônio Fernando do Amaral e Silva e Emílio García Mendez, São Paulo, Malheiros, 1996, p. 150-151), Georgette Nacarato Nazo (*Adoção transnacional e os atos plurilaterais de que o Brasil participa, A família na travessia do milênio – Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família*, Belo Horizonte, Del Rey, 2000, p. 259) e Maria Stella Villela Souto Lopes Rodrigues (ob. cit., p. 59-61). Entendia o saudoso professor que o prazo gera uma permanência sempre onerosa dos pretendentes no Brasil, afastados de suas atividades, no que é acompanhado pela Professora Nazo. A última autora citada entende que o prazo é por demais exíguo. De qualquer forma, como se trata do procedimento referente à adoção internacional, voltaremos ao assunto por ocasião da análise do tema da lei aplicável à forma do ato jurídico solene, caso se verifique que é a lei brasileira a regente do procedimento.

(35) O § 2.º desse artigo determina que é a lei nacional do Estado parte que deve garantir os cuidados alternativos à criança. Comentando esse dispositivo, Anthony D'Amato levanta a hipótese de a lei nacional ser inadequada: cf. Cross-Country Adoption: a Call to Action, *Notre Dame Law Review*, p. 1.243, Notre Dame, vol. 73, n. 5, 1998.

Questão importantíssima foi positivada quando da promulgação da Lei 8.069/90 (art. 23), no que se refere à perda ou suspensão do pátrio-poder-dever ao se estatuir que a falta ou a carência de recursos materiais suficientes a garantir a subsistência da criança ou mesmo de toda a família não está, por si só, a autorizar qualquer espécie de ruptura na relação de convivência entre pais e filhos, devendo a família que se encontre em dificuldades financeiras receber o devido auxílio instituído por programas oficiais. Por este motivo, a Professora Titular de Direito da Criança e do Adolescente da Universidade Federal de Santa Catarina Josiane Rose Petry Veronese, em estudo comparativo entre as disposições do ECA e da Convenção sobre os Direitos da Criança, diz que a lei brasileira revolucionou no tratamento da matéria em relação a todo o Direito anterior.³⁶

Todavia, durante todo o ano de 1999, foram veiculadas notícias na imprensa nacional³⁷ acerca do envolvimento de um Juiz de Direito de 1.º grau da Comarca de Jundiá e da Promotora Pública respectiva em casos de decretação de perda do pátrio-poder-dever, cujo fundamento único, segundo as denúncias, residiria na falta de condições materiais da família biológica. Ademais, segundo ainda as mesmas denúncias, que foram verificadas pela Comissão Parlamentar de Inquérito do Senado Federal que investiga o Poder Judiciário nacional, os processos referentes às adoções internacionais a que eram submetidas as crianças afastadas de seus pais seriam eivados de nulidade em decorrência da não observância do princípio do contraditório, vez que a perda do pátrio-poder-dever era determinada de forma muito rápida, sem a necessária oitiva dos envolvidos, conforme determina o art. 9-2 da Convenção sobre os Direitos da Criança. Tais denúncias estariam a indicar afronta patente ao princípio do devido processo legal.³⁸

(36) Josiane Rose Petry Veronese, ob. cit., p. 128.

(37) Em razão de serem os fatos recentes, nada se escreveu sobre o assunto em obras jurídicas, justificando-se, assim, a citação dos meios de comunicação nacional, apesar de pouco usual em obras de pesquisa científica.

(38) Vide, sobre a posição que deve guardar o magistrado na condução do processo de adoção internacional, o Capítulo 4. O tema, aqui, só é tratado em decorrência da análise do art. 24 do ECA, interligado ao item sob análise.

Por fim, torna-se pertinente a análise do art. 21 da Convenção sobre os Direitos da Criança. Trata-se de dispositivo que busca traçar diretrizes à comunidade internacional no sentido de garantir o melhor interesse da criança quando submetida a um processo de adoção internacional, revestido de todas as garantias e autorizado sempre pela competente autoridade. “Nesse aspecto, uma das novidades da Convenção está no fato de que para a implementação da adoção internacional, poderão, quando necessário, ser realizados ajustes, acordos bilaterais ou multilaterais, com o fim de assegurar que a colocação da criança em família substituta em outro país, seja conduzida por autoridades ou organismos competentes. Pretende tal preceito evitar que se processem adoções revestidas de ilicitudes”.³⁹

O objetivo é claro: evitar o tráfico de crianças,⁴⁰ a mercancia e toda a sorte de abusos que já ocorreram e continuam a ocorrer. Em reportagem especial, o jornal *O Estado de S. Paulo*, em sua edição de

(39) Josiane Rose Petry Veronese, ob. cit., p. 132. Sobre o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, consultem-se os artigos de Heloísa Helena Barboza e Tânia da Silva Pereira: O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e O princípio do melhor interesse da criança: da teoria à prática, ambos publicados em *A família na travessia do milênio – Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família*, Belo Horizonte, Del Rey, 2000.

(40) “O tráfico de crianças é ilegal, torna impossível a fiscalização de pós-colocação e do desenvolvimento bio-psico-social da criança, promove a retirada ilegal da criança do País, leva crianças para países beligerantes e em interminável contenda com nações vizinhas, afrontando, a toda evidência, o interesse maior de segurança das crianças. A adoção internacional, por seu turno, que é revestida de legalidade, é feita sempre por meio da participação de uma autoridade judiciária garantidora da boa condução das formalizações, permite a fiscalização da adaptação da criança ao novo lar e ampara a criança com segurança. A diferença maior, todavia, entre ambos (adoção internacional e tráfico de crianças) está em que este privilegia os pais adotivos, em cujo interesse tudo é feito, enquanto aquela considera o bem-estar da criança, analisa os dois lados interessados da questão e privilegia a ambos” (Dimas Borelli Thomaz Júnior e João Luiz Portolan Galvão Minnicelli, Instrumento legal da adoção internacional e meios de coibição do tráfico internacional de crianças, *RT*, vol. 641, p. 91).

06.09.1999, publicou o valor cobrado pelas agências de adoção estadunidenses para conseguir, com maior rapidez, um bebê. Assim, um bebê guatemalteco chega a custar 17 mil dólares, ao passo que um par de irmãos mexicanos teria custo de 8 mil dólares. Um bebê brasileiro “custa” em média 15,5 mil dólares. Em tese, o dinheiro serviria para cobrir as despesas processuais, médicas e a remuneração das agências. Todavia, o governo de Washington estaria investigando, segundo a mesma reportagem, a ocorrência de tráfico de crianças, vez que, em alguns casos, foi cobrada uma *taxa extra* dos pretendentes à adoção, à guisa de pagamento aos pais biológicos ou aos intermediários.

Fatos de tal ordem representam uma enorme afronta à Convenção da Haia de 1993, que proíbe a obtenção de lucro, bem como à alínea d do citado art. 21 da Convenção sobre os Direitos da Criança. Saliente-se que os Estados Unidos da América são signatários da Convenção da Haia, embora não a tenham ainda ratificado.

O governo brasileiro, ciente das denúncias, criou, em atendimento às determinações da Convenção da Haia de 1993, a Autoridade Central em Matéria de Adoção Internacional, por meio de Decreto Presidencial datado de 16.09.1999, subordinada à Secretaria de Estado dos Direitos Humanos do Ministério da Justiça. Será sua competência o credenciamento das entidades ligadas à adoção internacional, além da criação de um banco de dados com o nome dos estrangeiros candidatos a adotantes e dos menores passíveis de se submeter ao processo da adoção, que integrará todo o território nacional. O mesmo decreto, assinado pelo Presidente da República e pelo então Ministro de Estado da Justiça, José Carlos Dias, criou o Programa Nacional de Cooperação em Adoção Internacional, subordinado ao Departamento da Criança e do Adolescente do Ministério da Justiça, o qual terá suas atribuições definidas em regimento interno a ser formulado. Essas medidas colocam o país na vanguarda da proteção dos direitos e garantias das crianças e adolescentes, em nível legislativo e formal.

2.3 Do direito de conhecer a identidade de seus genitores biológicos

“Toda a estrutura de parentesco no mundo ocidental, de tradição romana, se encontra edificada na presunção de paternidade – *pater is*

est quem justae nuptiae demonstrat – que consagrou, a partir de 1804 (Código Napoleônico) uma paternidade calcada na legitimidade decorrente do casamento. Ali, onde há núpcias, há marido e mulher e, necessariamente, este marido é pai das crianças oriundas desta relação conjugal.”⁴¹

Essa paternidade calcada exclusivamente na presunção *pater is est* foi denominada, com inteira propriedade, por Luiz Edson Fachin de paternidade jurídica, que se assenta numa concepção do Direito de Família feito “pelo” e “para” o casamento, criando um sistema familiar pretensamente coeso e inviolável, que não poderia nem deveria ser abalado pelas incertezas sempre existentes acerca da paternidade.

⁽⁴¹⁾ Eduardo de Oliveira Leite, *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*, São Paulo, RT, 1995, p. 201. Sobre a perda de função da presunção, manifesta-se o professor paranaense nos seguintes termos: “Durante séculos a presunção não foi contestada porque os dois poderes máximos do homem na esfera matrimonial (o poder sexual e o fecundante) andaram lado a lado, estavam irremediavelmente ligados. Com a revolução sexual dos anos 60, entretanto, estes poderes paralelos tornaram-se definitivamente dissociados. Os métodos contraceptivos, a transformação das relações – de um comportamento utilitário, em comportamento expressivo, a vitória concreta do amor sobre qualquer consideração de ordem prática, a supremacia das funções afetivas, emotivas e mesmo psicológicas; a intensificação da vida erótica e a desbiologização do aspecto institucional, foram alguns dos aspectos que permitiram dissociar o que antes era indissociável, ou seja, o poder sexual e o poder fecundante” (idem, p. 210). Com relação aos novos papéis desempenhados pelos homens e mulheres em sua vida reprodutiva, “a Conferência do Cairo afirma ainda que as mulheres têm o direito individual e a responsabilidade social de decidir sobre o exercício da maternidade, assim como o direito à informação e acesso aos serviços para exercer seus direitos e responsabilidades reprodutivas, enquanto que os homens têm uma responsabilidade pessoal e social, a partir de seu próprio comportamento sexual e fertilidade, pelos efeitos desse comportamento na saúde e bem-estar de suas companheiras e filhos” (Flávia Piovesan e Wilson Ricardo Buquetti Pirota, *A proteção dos direitos reprodutivos no direito internacional e no direito interno*, *Temas de direitos humanos*, São Paulo, Max Limonad, 1998, p. 170-171).

Essa, portanto, a paternidade de nosso Código Civil: “uma paternidade ficta, jurídica, estabelecida e mantida em nome da paz doméstica”⁴² e que estabelece prazos decadenciais exíguos para ser contestada pelo marido, desde que este consiga se enquadrar na hipótese legal.

Ao seu lado, desenvolveu-se, juntamente com os progressos científicos na medicina genética e reprodutiva, aquela forma de paternidade que se denominou biológica. Primeiramente por meio de exames de sangue e, posteriormente, mediante a comparação entre as cadeias de bases nitrogenadas dos ácidos nucleico-celulares, atingiu-se um grau de certeza na determinação da paternidade superior a 99% (noventa e nove por cento). Entretanto, o uso cada vez mais comum das técnicas reprodutivas artificiais, como são exemplos a fecundação heteróloga (forma de fecundação em que um dos gametas é doado por terceiro, possivelmente anônimo) e a gravidez mediante útero de aluguel (em que o gameta homólogo ou heterólogo é alojado em útero de terceira pessoa), passou a incluir na hipótese gestacional pessoas outras diferentes do casal, as quais, no mais das vezes, têm sua identidade preservada pelos grandes centros de reprodução humana que se espalham pelo mundo. Esse terceiro e até um quarto ente (figure-se a hipótese de uma fecundação heteróloga em que a mãe social é um desses entes, a mãe ou o pai biológico – doador do gameta – outro e a hospedeira um terceiro, completando a mãe ou pai biológico – pertencentes ao casal originário – o quarteto) camuflados pelo anonimato acabam por desvirtuar a certeza que os exames genéticos possibilitaram na determinação parental. “O vínculo biológico, que aparentemente constituía critério tão seguro e adequado para determinação da paternidade/maternidade, de repente passou a ser contestado, por não se revelar ao menos razoável em alguns casos”,⁴³ como este que acima figuramos.

⁽⁴²⁾ Heloísa Helena Barboza, Novas relações de filiação e paternidade, *Repensando o direito de família, Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família*, Belo Horizonte, Del Rey, 1999, p. 136. No mesmo sentido, Luiz Edson Fachin “A nova filiação – Crise e superação do estabelecimento da paternidade”, *Repensando o direito de família, Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família*, Belo Horizonte, Del Rey, 1999, p. 123-133.

⁽⁴³⁾ Heloísa Helena Barboza, ob. cit., p. 137.

Exatamente por este motivo é que o ilustre civilista João Baptista Villela se mostra francamente contrário ao endeusamento verificado em parte da doutrina e das decisões jurisprudenciais envolvendo os exames genéticos, rotulando a euforia verificada de ilusória e perversa. Ilusória porque não seria a derivação bioquímica o que apontaria “para a figura do pai, senão o amor, o desvelo, o serviço com que alguém se entrega ao bem da criança”,⁴⁴ perversa por retirar a criança do convívio daquele (ou daquela) que a trataram dessa forma, contribuindo para o desenvolvimento de sua personalidade, para entregá-la ao genitor biológico, esquecendo-se aqueles operadores do Direito de que “a verdadeira paternidade não é um fato da biologia, mas de um fato da cultura. Está antes no devotamento e no serviço do que na procedência do sêmen”.⁴⁵

É bem verdade que o exame de “DNA do ser humano permite à ciência estabelecer, com precisão quase absoluta, a origem genética de uma pessoa. Pai e mãe deixaram de ser somente estabelecidos juridicamente para serem revelados pelo laudo. Os filhos podem buscar nos laboratórios suas origens genéticas. Mas esta verdade é suficiente? Ao que parece, a resposta não é absoluta. Uma terceira verdade [ao lado da verdade jurídica e da verdade biológica] vem sendo valorizada na esfera jurídica. O aspecto socioafetivo do estabelecimento da filiação, baseado no comportamento das pessoas que a integram, revela que talvez o aspecto aparentemente mais incerto, o afetivo, em muitos casos é o mais hábil para revelar quem efetivamente são os pais”.⁴⁶

Essa a terceira forma de se conceber a paternidade: a paternidade afetiva, que se amolda de forma excepcional à doutrina da proteção

⁽⁴⁴⁾ João Baptista Villela, Repensando o direito de família”, *Repensando o direito de família, Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família*, Belo Horizonte, Del Rey, 1999, p. 27.

⁽⁴⁵⁾ João Baptista Villela, Família hoje, *A nova família: problemas e perspectivas*, Rio de Janeiro, Renovar, 1997, p. 85.

⁽⁴⁶⁾ Silvana Maria Carbonera, O papel jurídico do afeto nas relações de família, *Repensando o direito de família, Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família*, Belo Horizonte, Del Rey, 1999, p. 504.

integral⁴⁷ e parece estar em consonância mais que perfeita com a filosofia traçada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente na esteira dos instrumentos internacionais que privilegiam a pessoa humana. “Indispensável salientar que o reconhecimento da paternidade afetiva não configura uma ‘concessão’ do direito ao laço de afeto, mas uma verdadeira *relação jurídica* que tem por fundamento o vínculo afetivo, único, em muitos casos, capaz de permitir à criança e ao adolescente a realização dos direitos fundamentais da pessoa humana e daqueles que lhes são próprios.”⁴⁸ Como contraponto, lembra-nos Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka que a criança/pessoa que busca investigar a sua origem biológica não o fará sempre por emulação pecuniária. No mais das vezes, despojada desde o nascimento de uma figura paterna, pode a criança querer apenas e tão-somente conhecer “sua ancestralidade, buscando sua identidade biológica pela razão de simplesmente saber-se a si mesmo”⁴⁹ e poder, por fim, desenvolver a sua personalidade de forma completa.

Por isso, parece que o melhor equacionamento para a matéria depende do caso concreto, podendo-se figurar algumas hipóteses: a) a criança conhece seus pais e é por eles criada: o que ocorre aqui é a conjugação das figuras da paternidade jurídica, biológica e afetiva; b) a criança não conhece seus genitores, sendo criada por terceiros (hipótese da adoção): deve prevalecer a paternidade afetiva. Todavia, ocorrendo uma situação emergencial, de ordem médica, por exemplo, como um tumor sanguíneo ou a necessidade, por qualquer outro

⁽⁴⁷⁾ “A consequência imediata e maior da plena adoção da doutrina da proteção integral da criança e do adolescente é a admissão, em termos jurídicos, da denominada ‘paternidade afetiva’ que emerge da relação socioafetiva entre pais e filhos, quando ausente o vínculo biológico (...) o melhor pai ou mãe nem sempre é aquele que biologicamente ocupa tal lugar, mas a pessoa que exerce tal função, substituindo o vínculo biológico pelo afetivo” (Heloísa Helena Barboza, ob. cit., p. 140).

⁽⁴⁸⁾ Heloísa Helena Barboza, ob. cit., p. 140.

⁽⁴⁹⁾ Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Se eu soubesse que ele era meu pai..., *Direito civil, estudos*, Belo Horizonte, Del Rey, 2000, p. 72. Também em: *A família na travessia do milênio, Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família*, Belo Horizonte, Del Rey, 2000.

motivo, de um transplante, deve ser garantida a possibilidade de a criança buscar sua ascendência biológica, por prevalecer o direito à vida; c) a criança não conhece a identidade de um de seus genitores e entende que tal verdade lhe fará bem: deve-se garantir o direito ao reconhecimento da paternidade biológica, mediante a competente ação regulada pela Lei 8.560/92, a qualquer tempo, ainda que contra a vontade e os interesses da mãe, porque, “se é impiedoso, por vezes, constranger-se a mãe, não menos o será privar-se o filho de seus legítimos direitos”.⁵⁰

A regra da presunção *pater is est*, apesar de combatida pela maioria da doutrina que enxerga a constitucionalização do Direito Civil desde 1988, é considerada o “triunfo da vontade sobre a causalidade física” determinada pela filiação biológica.⁵¹ Nessa linha de pensamento desenvolvida por João Baptista Villela, “o marido que exercita a ação negatória de paternidade não está, na lógica da lei, demonstrando, primariamente, a impossibilidade de ter gerado. Essa impossibilidade é apenas o pressuposto para que se possa ajuizar a ação. O que, no fundo, aos olhos da lei o marido revela, deduzindo sua pretensão em juízo, é a insuportabilidade de uma situação para a qual materialmente não concorreu. Ora, o juízo de insuportabilidade não é nada menos que o termo de um processo anímico e, portanto, produto da vontade pessoal. Ninguém, senão o próprio marido, pode dar-lhe a consequência gravíssima de excluir uma paternidade, que a lei presume em razão dos vínculos que o ligam à sua mulher”. E a demonstração dessa insuportabilidade pode ser tida, inclusive, como uma inca-

⁽⁵⁰⁾ Heloísa Helena Barboza, ob. cit., p. 139.

⁽⁵¹⁾ Em sentido contrário, não enxergando na presunção o triunfo da vontade, diz Eduardo Oliveira Leite: “Há, em primeiro lugar, as filiações que dependem unicamente da vontade — é o caso da adoção (...). Mas existem igualmente filiações que se estabelecem contrariamente à nossa vontade. É o caso, por exemplo, de reconhecimento forçado de um filho natural, ou quando a filiação é imposta ao marido pela presunção de paternidade legítima. Em ambas as situações a filiação é imposta independentemente do papel representado pela vontade” (*Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*, São Paulo, RT, 1995, p. 204-205).

pacidade pessoal para assumir a filiação afetiva. “Assim como pode, só ele, fazer sua uma paternidade que não tem apoio na causalidade biológica e afirmar, por esse modo, a transcendência do espírito sobre a matéria.”⁵² O que parece conduzir o pensamento do professor mineiro é a necessidade premente de se encontrarem freios aos abusos que podem ser cometidos contra a integridade da criança e contra as relações paterno-afetivas desenvolvidas entre ela e seu pai ou pais afetivos, o que pode se dar pelo retorno de um pai que houvera relegado a criança, ou mesmo que dela nunca tomou conhecimento, por acreditar que ela poderia ter “estragado sua vida”.

Dessa forma, embora, “em princípio, pareça lógico que exista um direito mútuo dos progenitores a conhecer a identidade do filho gerado por eles, como o recíproco do filho a conhecer a daqueles. O problema, uma vez mais, é o estabelecimento dos limites destes direitos. Os interesses familiares não de matizar-se em certas ocasiões para limitar o acesso a tal conhecimento, considerando que o benefício familiar – protegido por presunções, posse de estado e caducidade de ações –, em definitivo, pode redundar em interesses de seus membros. Mas também o interesse individual dos filhos ou dos pais, tanto genéticos e biológicos, como adotivos ou legais, tem que ser posto na balança antes de acordar a exigibilidade e também o reconhecimento deste direito”.⁵³

Assim, devem-se sempre sopesar os interesses em jogo: de um lado, o direito de conhecer a verdade biológica, de outro, a questão sentimental que estaria a garantir, na esteira constitucional da despatrimonialização das relações familiares, a formação do caráter e da personalidade dos membros do grupamento familiar. Tal questão, que se coloca de forma flagrante diante de casos de adultério ou inseminação artificial heteróloga, é passível de envolver casos de filiação civil, motivo pelo qual se tratou do assunto, resguardando-se para o tópico seguinte a hipótese de confronto entre os interesses da

⁽⁵²⁾ João Baptista Villela, Repensando o Direito de Família, *Repensando o direito de família, Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família*, Belo Horizonte, Del Rey, 1999, p. 27.

⁽⁵³⁾ Luis Zarraluqui, *Procreación Asistida y Derechos Fundamentales*, Madrid, Editorial Tecnos, 1988, p. 66.

criança adotada em conhecer seus pais biológicos com os interesses dos pais adotivos em verem preservada a estrutura familiar alcançada,⁵⁴ bem assim a própria estrutura psicológica da criança que é sua filha e que fora abandonada pelos genitores biológicos, o que se fará à luz dos instrumentos internacionais sobre a matéria.

2.4 Da adoção e da família de origem: confronto

Em relatório apresentado durante a Conferência de Queenland, no Canadá, em 1990, o primeiro secretário do Bureau Permanente da Conferência da Haia sobre Direito Internacional Privado, J. A. van Loon, deixou registrada a necessidade de que a futura convenção da Haia sobre adoção tratasse da questão atinente ao direito à informação da criança, dos pais biológicos e dos pais adotivos em matéria de adoção internacional.⁵⁵ Obviamente tal direito à informação refere-

⁽⁵⁴⁾ Interessante o relato de Marlizete Maldonado Vargas: “Acompanhamos a angústia de uma família que requeria informações mais detalhadas (inclusive fotos) dos pais biológicos de uma criança de dois anos da qual detinham a guarda para fim de adoção. Sentiam-se ameaçados pela família biológica da mesma, provavelmente marginais, conforme consideravam. Pelo fato de o menino ter suas feições ou, como diziam, ‘uma cara definida’, poderia ser facilmente reconhecido na rua, ser seguido ou seqüestrado e a família ficar, segundo palavras do guardião, ‘à mercê desses marginais’. Por outro lado, admiravam-se ao ter encontrado uma criança ‘toda perfeitinha’ apesar das experiências negativas e privações que ela deveria ter sofrido. Mesmo assim, providenciaram para que uma bateria de exames atestassem a ausência de riscos na possibilidade de ser efetivamente adotada. Questionaram como ficaria a divisão dos bens e da herança dos avós a que *tinham direito* os filhos biológicos (*sic*). Também, conforme relataram, estavam contatando um profissional (‘extremamente competente’) para realizar o tratamento psicoterápico da criança” (Casos especiais de adoção – Algumas questões para debate, *Direito de família e ciências humanas*, Caderno de Estudos n. 1 do Instituto de Estudos Interdisciplinares de Direito de Família, São Paulo, Jurídica Brasileira, 1997, p. 153).

⁽⁵⁵⁾ Sobre o tema, *vide*, também, Hervé Bribosia, Transparence et secrets autour des adoptions internes et internationales, *Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris, vol. 45, n. 4, 1993.

se basicamente à origem e destino da criança adotada. Tal Convenção foi assinada em 1993 e não alterou, no que respeita ao tema, o estado de dúvidas e incongruências anteriormente existentes.⁵⁶ Com efeito, como ressaltou o relator citado, a evolução do tema transcorreu de forma a que não se chegasse a um acordo quando da assinatura da Convenção sobre os Direitos da Criança, devido, primordialmente, ao fato de as legislações dos países de colonização britânica⁵⁷ terem pendido a uma maior liberalidade quanto à revelação do *status* de adotada para a criança adotiva, ao passo que os países da América Latina seguem claramente o princípio da confidencialidade, em detrimento da abertura dos dados.

O confronto confidencialidade *versus* abertura decorre primordialmente da contraposição entre a adoção simples e a adoção plena. “Desde que a adoção simples mantém alguns vínculos para com a família original, a origem da criança não é, geralmente, mantida em segredo, e, assim, nenhuma questão de confidencialidade com relação à origem da criança aflora. Em contraste, a adoção plena, levada ao seu extremo, pode implicar que todos os traços da origem da criança sejam removidos: os procedimentos da corte são fechados, as gravações dos procedimentos são seladas, a criança adquire uma nova identidade legal e uma nova certidão de nascimento, e a certidão de

⁽⁵⁶⁾ É que, como lembra Laura Pineschi, “a adoção e uma matéria que dificilmente se presta à elaboração, no plano internacional, de regras comuns, dadas as divergências e as diversas concessões que podem caracterizar os vários sistemas legislativos” (*L'Adozione da Parte di Persona Singola: Obblighi Internazionali e Profili Internazionaleprivatistici, Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Milano, vol. 31, n. 1, p. 315, genn./mar. 1995).

⁽⁵⁷⁾ Seção 26 do *Act of Children* de 1976 inglês; Ato de informação de Adoção de Adultos da Nova Zelândia, de 1986, segundo o qual a criança, ao atingir a maioridade, tem direito a uma cópia de sua certidão de nascimento original, salvo se seus pais biológicos tiverem expressamente vetado tal possibilidade (cf. J. A. van Loon, Os aspectos legais da adoção internacional e a proteção da criança”, tradução de Ana Inés Algorta Latorre e Sabina Cavalli, *Uma vida dedicada ao direito – Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho*, São Paulo, RT, 1995, p. 241-254).

nascimento original é colocada em um arquivo selado ou até mesmo destruída”.⁵⁸

Trata-se, por óbvio, de um problema cultural.⁵⁹ Os países em desenvolvimento entendem que a confidencialidade é a melhor regra inclusive para resguardar a família adotiva de possíveis extorsões perpetradas pela família biológica.⁶⁰ Aqueles que adotam o sistema da abertura dos dados o fazem por privilegiar o suposto direito (não declarado, nem positivado) atinente ao conhecimento da verdade biológica. Fato é que, apesar da proposta do relator de que a questão fosse finalmente pacificada,⁶¹ tomando a Convenção da Haia sobre matéria de Adoção Internacional uma posição, não chegaram os Estados-partes a um acordo.

⁽⁵⁸⁾ J. A. Van Loon, ob. cit., p. 252-253.

⁽⁵⁹⁾ E não apenas entre culturas nacionais diversas, mas também entre pessoas de classes sociais diferentes, conforme demonstra o artigo elaborado por Marлизete Maldonado Vargas e publicado sob o título Casos especiais de adoção – Algumas questões para debate, *Direito de família e ciências humanas*, Caderno de Estudos n. 1 do Instituto de Estudos Interdisciplinares de Direito de Família, São Paulo, Jurídica Brasileira, 1997, p. 149-154.

⁽⁶⁰⁾ Conforme decisão da Suprema Corte Indiana, citada por J. A. van Loon, ob. cit., p. 254.

⁽⁶¹⁾ “Devido a esta diferença de visões, não foi possível atingir acordo na declaração das Nações Unidas de 1986, nem na Convenção sobre os Direitos da Criança, num firme direito da criança adotada de saber sobre sua origem. O art. 9 da Declaração das Nações Unidas dispõe que a ‘necessidade de uma (...) criança adotada de saber sobre sua origem deveria ser reconhecida por pessoas responsáveis pelo cuidado da criança, a menos que isso seja contrário aos interesses da criança’. O art. 7 da Convenção das N. U. dispõe que ‘a criança ... deve ter ..., o quanto possível, o direito de conhecer ... seus pais’. O § 2.º deste artigo torna claro, no entanto, que esta disposição não pretende ser auto-exeqüível. Desde que a necessidade reconhecida pela Declaração das N. U. parece ser crescente, e desde que, mais geralmente o direito de acesso aos registros da própria história está emergindo como um direito humano fundamental, esta questão está determinada a ser um item importante para as negociações de uma nova Convenção sobre adoção internacional” (J. A. van Loon, ob. cit., p. 254).

A Convenção, em seu art. 30-1, determina que o Estado de origem dos adotantes deverá, por meio de suas autoridades competentes, tomar providências para conservar as informações existentes acerca da origem da criança, particularmente no que se refere à identidade de seus pais, além do histórico médico da criança e dos genitores biológicos pelas razões concernentes à existência de possíveis doenças genéticas. Assim, como regra geral, parece ter a Convenção adotado o princípio da confidencialidade, não fazendo, todavia, tal escolha de forma clara, vez que no mesmo art. 30, porém em seu § 2.º, determina que essas mesmas autoridades deverão assegurar à criança ou seu responsável, mediante devida orientação, o acesso a essas informações, desde que o permita a sua lei nacional. A mencionada orientação deve ser entendida como o acompanhamento psicológico pertinente à manutenção de sua integridade emocional. Aliás, esta exigência já constava do *Children Act* inglês de 1976, que condiciona à aceitação de terapia por parte do adotado as informações referentes à sua família de origem.

Uma disposição do jaez do citado art. 30, não obstante não tenha tomado uma posição clara e conclusiva acerca da adoção do sistema da confidencialidade ou da abertura, parece privilegiar o direito da criança de conhecer seus pais biológicos, vez que a grande maioria das crianças submetidas a um processo de adoção transnacional é oriunda de países em desenvolvimento, de tradição legislativa vinculada ao sistema da confidencialidade. Assim, ainda que se interprete o mesmo art. 30 sob o prisma de os pais biológicos quererem conhecer o destino de seu filho (o que é possível e pertinente), não poderão eles ter acesso às informações por estarem as autoridades competentes de seu Estado proibidas de fornecer a informação. Por outro lado, a criança que é adotada o é, geralmente, por casais advindos de um país desenvolvido, o qual, pelas questões culturais apontadas por J. A. van Loon, é, em tese, atrelado ao sistema da abertura dos dados. E, como consequência, estará a criança, em querendo, apta a receber as informações que julga necessárias a seu completo desenvolvimento enquanto pessoa humana.

Não se deve, por isso, argumentar que a abertura desses dados ao conhecimento da criança adotada estaria a afrontar a paternidade/maternidade afetiva desenvolvida ao longo dos anos pelos pais adoti-

vos. Tal hipótese enquadra-se naquela levantada sob a letra c no item anterior, motivo pelo qual parece ser mais consentânea com o disposto nas normas protetivas dos direitos humanos da criança e do adolescente a possibilidade de conhecer ela sua identidade biológica, com o intuito de "saber-se a si mesma", em decisão refletida, amparada e assistida por um responsável, se menor,⁶² garantindo-lhe, sempre, o acompanhamento psicológico determinado pela Convenção.⁶³

(62) Em sentido contrário, entendendo necessária a maioridade e entendendo, ainda, que o pedido deve sempre estar calcado em uma justa causa diversa daquela mera necessidade psicológica de conhecer seus pais biológicos, vide Encarna Roca i Trías, *Adopción y dato biogénéticos: el proyecto genoma humano como auxiliar de las técnicas de desarrollo de la personalidad*, *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, vol. 4, Bilbao, Fundación BBV, 1994, p. 224-225.

(63) As questões de caráter psicológico envolvidos no tema foram muito bem delimitadas por Maria Antonieta Pisano Motta: "É comum que se confunda a aceitação e inserção completa da criança na família adotante, assim como o reconhecimento de seus direitos iguais como filha, com o desconhecimento dela sobre suas origens, muitas vezes, fruto do ocultamento intencional. Os pais adotivos necessitam de auxílio para detectar e solucionar as ameaças que imaginam envolvidas na revelação da adoção: medo de não conseguir competir com a memória real ou fantasiada dos pais naturais, dificuldade de enfrentar a própria esterilidade, sentimentos de incapacidade para exercer a função de pais etc. Eles precisam ser lembrados que uma relação construída na mentira tem suas funções lançadas no medo e portanto a insegurança perpassará os vínculos. Apagar registros legais da criança é possível e é feito, entretanto não se consegue apagar os registros de sua memória, de sua história, seja ela consciente ou inconsciente. Os pais, por sua vez, carregarão a culpa de tirar dela um direito que é seu e com certeza tal sentimento perturbará o estabelecimento de um relacionamento livre e sadio. (...) Ajuda muito se os pais adotivos forem lembrados que a realidade biológica da concepção e nascimento de seu filho não é a única, nem a causa direta de sua ligação emocional e de que esta resulta da atenção cotidiana às suas necessidades de cuidados físicos, alimentação, conforto, afeto e estímulo. Somente pais que atendam a essas necessidades construirão um relacionamento psicológico com a criança e, desta maneira, se tornam pais psicológicos sob cujos cuidados ela pode sentir-se valorizada e querida. Até mesmo pais biológicos ausentes poderão ser para a criança

2.5 De outros direitos humanos que têm a liberdade como condição de exercício

Ao se falar em liberdade, recorre-se sempre ao direito de ir, vir e estar como corolário maior desse direito. Não obstante sua importância flagrante, o intento inicial deste tópico era o de verificar a liberdade sob outros prismas, mormente a liberdade de opinião e expressão, procurando-se traçar ligações dessa liberdade com o direito à educação, à crença e participação em culto religioso etc. Todavia, a recente medida, levada a efeito, por meio de portaria, pelo Juízo da Infância e Juventude do Recife (PE), no sentido de determinar “toque de recolher” após as 21 horas a todas as crianças e adolescentes que estiverem “mendigando ou vendendo objetos” obriga-nos a uma análise acerca da liberdade de ir, vir e estar.

Como ensina José Afonso da Silva, ir, vir e estar são expressões da liberdade de locomoção, que é garantida em termos amplos na Constituição Federal e regulamentada de forma não tão ampla pelo art. 16, I, da Lei 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente, em virtude da própria condição jurídica da criança, que impõe restrições ao exercício dessa liberdade pública. Assim, a lei garante a liberdade de “ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais”.

“É necessário ter em conta, ainda, que a liberdade aí reconhecida não significa que a criança e o adolescente podem locomover-se nos logradouros públicos a seu simples alvedrio, pois estão sujeitos à autorização dos pais ou responsáveis, segundo seus critérios de conve-

como estranhos ou, pior, se transformar em figuras negativas e prejudiciais para o seu desenvolvimento. Pais adotivos poderão, através de uma aceitação e elaboração das condições específicas à situação de uma adoção, transformar-se em pais psicológicos de alto valor afetivo para seu filho e com isto promover um bom desenvolvimento das relações interpessoais e da saúde. Uma adoção leal e afetivamente orientada proporciona à criança a sensação de pertencer àquele grupo familiar, condição essencial para o desenvolvimento da segurança pessoal, da auto-estima, e do estabelecimento da própria identidade como membro de um grupo e como ser individual” (ob. cit., p. 127-129).

niência e de educação. É liberdade que se volta especialmente contra constrangimentos de autoridades públicas e de terceiros (...). A criança não pode ser privada de sua liberdade em hipótese alguma, e o adolescente só o pode na forma prevista no Estatuto (art. 106 [referente ao cometimento de ato infracional]).”⁶⁴

Ressalvada essa hipótese referente aos critérios da conveniência e da educação da criança, esta só poderá ser privada da mais ampla liberdade nas hipóteses que a lei restringir. Tais hipóteses são encontradas nos arts. 75, 80, 83, 84 e 85 do Estatuto da Criança e do Adolescente, hipóteses essas que o próprio legislador entendeu nocivas ao pleno e sadio desenvolvimento físico, mental e psicológico da criança, quais sejam: “a criança só poderá ingressar e permanecer nos locais de apresentação e exibição quando acompanhada dos pais ou responsáveis (art. 75); não podem entrar nem permanecer em locais que explorem jogos e apostas (art. 80); a criança não pode viajar para fora da comarca, onde reside, desacompanhada dos pais ou responsável, sem autorização judicial (art. 83)”,⁶⁵ nem para o Exterior sem a devida autorização especial, segundo previsão dos arts. 84 e 85.

A instituição do Programa Toque de Recolher, encampado pelo governo estadual de Pernambuco, mediante portaria, fere grosseiramente os direitos humanos na medida em que não respeita o princípio da legalidade determinado pelo Estatuto, o que lhe torna ilegal, além de inconstitucional, por afrontar claramente ao disposto no art. 5.º, XV e *caput*. Neste sentido o posicionamento do advogado Marcello Lavenère Machado, em entrevista à *Folha de São Paulo*,⁶⁶ que entende que “a determinação é restritiva e policial. Ela reedita o crime de vagabundagem, muito em voga nos regimes autoritários. Essa decisão presume que a criança e o adolescente sejam delinquentes”. Ademais, a medida parece ser discriminatória, em afronta, portanto, ao

⁽⁶⁴⁾ José Afonso da Silva, *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado – Comentários jurídicos e sociais*, 2. ed., coord. Munir Cury, Antônio Fernando do Amaral e Silva e Emílio García Mendez, São Paulo, Malheiros, 1996, p. 66.

⁽⁶⁵⁾ José Afonso da Silva, ob. cit., p. 66.

⁽⁶⁶⁾ *Folha de S. Paulo*, p. 3-9, caderno São Paulo, edição de 11.01.2000.

art. 2.º da Convenção sobre os Direitos da Criança, pois visa atingir crianças pertencentes a famílias de menor poder aquisitivo, cujos pais se encontram trabalhando, ou, ainda, necessitados do auxílio financeiro trazido pelas crianças. “O contingente pobre da população – estima-se [que] cerca de 40 milhões de crianças no Brasil são carentes, destas em torno de 25 milhões vivem em estado de abandono ou semi-abandono; estes sim são explorados, negligenciados, objetos de atos cruéis; enfim, oprimidos. É necessário que se dê um basta a tal situação e se edifique uma sociedade em que todos possam ser sujeitos-cidadãos, investindo-se, sobretudo, em políticas sociais adequadas”,⁶⁷ que, por certo, não são as adotadas no Recife. Bem verdade que o horário posterior às 21 horas não é adequado ao trabalho infantil, aliás vedado. Mas enquanto os poderes públicos não implementarem as condições socioculturais necessárias declaradas nos instrumentos internacionais e na própria Constituição Federal, por meio de medidas concretas de igualização social, não se deve ameaçar a liberdade garantida da generalidade das crianças em decorrência da incapacidade pública para lidar com os problemas sociais existentes.⁶⁸ Por isso, “diante desse cenário de pobreza e exclusão social, somos levados a perguntar”, juntamente com Sérgio Adorno e Myriam

⁽⁶⁷⁾ Josiane Rose Petry Veronese, ob. cit., p. 106.

⁽⁶⁸⁾ “O espírito do art. 19 [do ECA], ao assegurar à criança e ao adolescente o direito de ser educada na família, quer, acima de tudo, supor que os membros adultos da mesma (pais, irmãos mais velhos ou, até mesmo, tios e avós), dentro de uma política econômica e social (que leve em conta os direitos humanos), tenham garantidas as condições essenciais de salário para uma sobrevivência digna do núcleo familiar. Assim sendo, as crianças e adolescentes poderão dedicar-se ao estudo, à iniciação profissional e ao lazer sem necessitarem precocemente ser introduzidas na dura luta pela automanutenção, numa insustentável e absurda condição de precisar gerar renda antes menos de desabrochar para a vida. Outra realidade igualmente contemplada no art. 19 é que o recolhimento de crianças em internatos contraria o direito fundamental, aqui reconhecido, da convivência familiar e comunitária”, mormente se tal internação se der exclusivamente em decorrência de estar a criança “mendigando” na rua após certa hora (Maria do Rosário Leite Cintra, ob. cit., p. 84-85).

Mesquita, se “é possível falar em respeito aos direitos humanos, em particular aos direitos de crianças e adolescentes, numa sociedade na qual vigem extremas desigualdades sociais? Vale dizer, como não falar em violência se sequer os direitos sociais fundamentais – o direito ao trabalho, à educação, à saúde, ou seja, aqueles direitos que recobrem a dignidade da pessoa humana – não estão universalizados, isto é, assegurados para todos os cidadãos?”.⁶⁹

Além da obrigatoriedade do recolhimento compulsório que tolhe a liberdade garantida,⁷⁰ a portaria prevê, ainda, o processo dos pais por abandono material (CP, art. 244) e a perda do pátrio-poder-dever em caso de o menor ser “reincidente” na prática do exercício de sua liberdade temporalmente tolhida. É o Estado-Juiz se substituindo, de forma clara, ao papel que cabe aos pais e responsáveis acerca da verificação dos critérios de “conveniência e de educação”, o que, patentemente, não se amolda aos ditames civis-constitucionais acerca da relação pais-filhos. Recorde-se, ademais, na esteira dos problemas levantados anteriormente, que o ECA veda a supressão do pátrio-poder-dever em decorrência única da falta ou carência de condições e recursos materiais dos pais (art. 23), devendo a família ser incluída em programas oficiais de auxílio e não sofrer ameaças no sentido de ser privada da convivência de sua prole ou, muito menos, de ser penalmente ameaçada.

Ainda no que se refere à liberdade, o art. 16, II, do ECA garante a toda criança a liberdade de opinião e de expressão.⁷¹ Aquela “resume a liberdade de pensamento e de manifestação, prevista no art. 5.º, IV,

⁽⁶⁹⁾ Sérgio Adorno e Myriam Mesquita, ob. cit., p. 282.

⁽⁷⁰⁾ E que, portanto, pode ser amparada, individualmente, por via do *habeas corpus* a ser dirigido ao TJPE, por ser autoridade coatora o juiz da infância e juventude. Consultado pelos meios de comunicação, o Ministério Público do Estado de São Paulo aconselhou a propositura de uma ação civil pública contra o juizado e os autores do documento, pleiteando a desconstituição do ato.

⁽⁷¹⁾ O art. 18-1 do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais garante a toda pessoa o direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião, ao passo que o art. 19 busca reger a manifestação dos pensamentos externados.

da CF, não explicitamente referido no art. 16, ora em exame. Trata-se da liberdade de o indivíduo adotar a atitude intelectual, artística e a crença de sua escolha, quer seja um pensamento íntimo, quer seja a tomada de posição pública. Liberdade de pensar e liberdade de dizer o que se creia verdadeiro. A *liberdade de expressão* é o aspecto externo da liberdade de opinião.⁷²

Assim, em vários momentos o adolescente poderá expressar-se acerca de fatos que digam respeito à sua vida privada, devendo mesmo ser chamado a tanto, quando estejam em jogo direitos outros que lhe digam respeito. E outro não é, também, o entendimento que se deva extrair do art. 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança, fazendo-se apenas a ressalva acerca da distinção que o ECA fez entre a criança e o adolescente, inexistente no âmbito do Direito Internacional. E tal ressalva se justifica em decorrência da expressão “levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e *maturidade* da criança” (art. 12-1, *in fine*), que acaba por ser mais ampla, vez que leva a questão referente à maturidade para o plano não objetivo, que foi imposto pela idade limite da legislação interna, para privilegiar o entendimento psicológico e social acerca do envolvido.

O art. 18, § 1.º, 2.ª parte, da Convenção sobre os Direitos da Criança determina que “caberá aos pais ou, quando for o caso, aos representantes legais a responsabilidade primordial pela educação e pelo desenvolvimento da criança. Sua preocupação fundamental visará ao interesse maior da criança”. Como a função da família na sociedade fundada sob o signo da Democracia e do Direito é a de garantir e privilegiar a formação intelectual e psíquico-social da criança mediante o afeto decorrente da despatrimonialização das relações familiares, deve ser garantida a mais ampla participação desta em seu processo educacional, passando pelo diálogo ponderado entre ela e seus pais como forma de se chegar a um consenso entre os anseios da criança e as possibilidades daqueles.⁷³ É o futuro profissional e inte-

⁽⁷²⁾ José Afonso da Silva, ob. cit., p. 67.

⁽⁷³⁾ “Igualdade significa democracia, participação com igual título na condução da vida familiar. O discurso envolve também a posição dos filhos”

lectual da criança que já está em jogo,⁷⁴ motivo pelo qual suas opiniões devem encontrar apoio na liberdade de expressão, além de respeito e compreensão por parte dos pais que, conscientemente, exercem suas funções dentro dos parâmetros democráticos traçados pelo Direito contemporâneo. Ademais, o art. 29 da Convenção traça critérios que devem, obrigatoriamente, balizar a educação das crianças. Entre eles, destaca-se o de “preparar a criança para assumir uma vida responsável numa sociedade livre, com espírito de compreensão, paz, tolerância, igualdade de sexos e amizade entre todos os povos, grupos étnicos, nacionais e religiosos e pessoas de origem indígena”. Ora, tais estados anímicos só podem ser absorvidos pela criança por meio do diálogo e da convivência familiar pacífica e salutar, que enxergue nela, criança, uma pessoa humana capaz de, ao menos, externar suas opiniões de forma democrática.⁷⁵

A educação deve ser entendida não apenas como a educação escolar, mas também como a educação religiosa (e o correlato direito de manifestação e profissão de um culto, ainda que diverso do de seus pais), política (e o correlato direito de participar da vida política, na forma da lei) etc.

Também nas hipóteses em que a criança se encontra em situação que autorize a quebra ou suspensão do pátrio-poder-dever, deve ser ela ouvida, a fim de que expresse sua opinião. “É o caso da adoção, nas hipóteses de o adotando ser maior de 12 anos, deverá dar o seu

(Pietro Perlingieri, ob. cit., p. 246). No mesmo sentido, Rafael Sajón, ob. cit., p. 49.

⁽⁷⁴⁾ “A família é 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 ele é lançado para a sociedade e para o universo” (Maria do Rosário Leite Cintra, ob. cit., p. 84).

⁽⁷⁵⁾ “Este dispositivo determina que os Estados Partes deverão reconhecer que a educação deverá ser dirigida para o desenvolvimento da personalidade e dos talentos da criança, de modo a prepará-la para uma vida adulta ativa, fomentando o respeito pelos direitos humanos e pelos valores culturais e nacionais, seus e de terceiros” (Josiane Rose Petry Veronese, ob. cit., p. 148).

consentimento para que a mesma se consubstancie.”⁷⁶ Assim também nas hipóteses de dissolução da vida em comum de seus genitores, quando deve ser garantida à criança a possibilidade de escolher com qual, entre aqueles, prefere ficar. Releva de importância, aqui, a disposição da Convenção atinente à *maturidade*, por impedir que crianças (adolescentes) maiores de 12 anos expressem sua vontade se não estiverem preparadas para tanto em terreno tão difícil que é o do sentimento paterno-filial/materno-filial, mormente em casos de adoção.

Acerca do tema liberdade, lembra-nos José Afonso da Silva que “a questão da liberdade da criança e do adolescente envolve uma problemática muito complexa, dadas sua posição jurídica no seio da família e da escola e sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Lembra Neill que a ‘liberdade é necessária para a criança porque apenas sob liberdade ela pode crescer de sua maneira natural – a boa maneira’. Lembra também que liberdade não é licença, e que esta começa nos limites em que a conduta interfere com a liberdade dos demais”, para concluir de forma lúdica que “aí surge um campo de grande dificuldade, porque as manifestações infantis e juvenis são, por natureza, ruidosas, suas atividades são barulhentas, alegres, dinâmicas e, não raro, incômodas aos espíritos mais sisudos e envelhecidos, sem que isso implique licença, como possivelmente configurasse se tais manifestações viessem de adultos. Nem sempre se pode medir a liberdade da criança e do adolescente pelos mesmos gabaritos com que se mede a dos adultos. A tolerância amplia-se em favor dos primeiros”.⁷⁷

⁽⁷⁶⁾ Josiane Rose Petry Veronese, ob. cit., p. 104.

⁽⁷⁷⁾ José Afonso da Silva, ob. cit., p. 71.

DETERMINAÇÃO DA LEI APLICÁVEL À ADOÇÃO INTERNACIONAL

SUMÁRIO: 3.1 Capacidade para adotar: 3.1.1 Estado civil e ordem pública; 3.1.2 Idade e ordem pública; 3.1.3 Ilegitimidade/le-gitimidade e a fraude à lei; 3.1.4 Tutela e ordem pública – 3.2 Capacidade para ser adotado – 3.3 Forma do ato jurídico solene: 3.3.1 Processo constitutivo da filiação; 3.3.2 A função das Autoridades Centrais, dos Organismos Credenciados e das Comissões Estaduais Judiciárias de Adoção (CEJAs) Internacional (CEJAIs); 3.3.3 Restrições legais – 3.4 Efeitos gerados pela nova relação parental: 3.4.1 Efeitos relativos ao estado familiar do adotado: 3.4.1.1 Família biológica; 3.4.1.2 Família adotiva; 3.4.2 Efeitos relativos ao estado pessoal do adotado: 3.4.2.1 Nome; 3.4.2.2 Nacionalidade – 3.5 *Exequatur* da sentença constitutiva da adoção.

A determinação de qual lei seja a aplicável para regular questões que envolvem elemento estrangeiro é o cerne do Direito Internacional Privado. Por este motivo é que se tratou do tema relativo ao elemento de conexão no item 1.3, *supra*, Capítulo 1.

Todavia, um estudo, ainda que resumido, acerca do método indireto de aplicação de normas jurídicas é de todo relevante. As normas de Direito Internacional Privado têm estrutura assaz peculiar. Diferentemente das normas de direito material, não prescrevem um comportamento, determinando uma sanção para os casos de sua inobservância. Ao contrário, indicam uma determinada matéria para, posteriormente, eleger um elemento de conexão considerado primordial em decorrência do elemento estrangeiro existente.

Assim, o aplicador de uma norma de Direito Internacional Privado deve, em princípio, qualificar a hipótese *sub judice*, verificando qual a matéria a que se refere (assim, direito de família, direitos reais, questões de capacidade etc.). Enquadrada a hipótese que contém o elemento estrangeiro, deve o intérprete buscar a norma de solução de conflito espacial para verificar qual o elemento de conexão que o legislador privilegiou. Caberá, então, subsumir a hipótese à norma, para verificar o direito aplicável. Assim, quando a norma do art. 7.º da LICC diz que para os casos de direito de família (matéria) deve ser aplicada a lei do domicílio (elemento de conexão) dos envolvidos, nada mais faz que dizer ao intérprete: “verifique em que Estado estão domiciliados os envolvidos, pois é a norma de seu ordenamento que regulará a questão de família entre eles pendente de solução”.

Eventualmente, portanto, deverá o juiz nacional aplicar lei vigente em outro Estado, expressão da Soberania daquele Estado, enquanto poder incontestável de dizer o Direito. Necessário, portanto, lembrar as palavras de João Baptista Machado no sentido de que “as normas da lei estadual ‘chamada’ não são tomadas como pressupostos de facto a que o ordenamento *a quo* (o ordenamento do foro a que pertence o DIP) atribua efeitos jurídicos decorrentes duma valoração jurídico-material feita por sua própria conta, mas são *reconhecidas* em si mesmas como normas válidas e aplicáveis”.¹

Vale dizer, o ordenamento nacional reconhece extraterritorialidade espacial às normas de direito material do ordenamento alienígena que o legislador reconheceu o mais apto a solucionar o conflito em decorrência de a ele estar afeto o elemento de conexão eleito.

No que concerne à adoção internacional e ainda como introdução, cabe explicitar as doutrinas de Direito Internacional Privado existentes no que se refere à lei aplicável enquanto critério de solução do conflito.²

(1) João Baptista Machado, *Lições de direito internacional privado*, 3. ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1985, p. 79.

(2) Para a análise das doutrinas seguimos, basicamente, as considerações de Tarcísio José Martins Costa, *Adoção transnacional*, Belo Horizonte, Del Rey, 1998, p. 135-145.

Segundo a teoria da aplicação cumulativa, a adoção internacional só se perfaz mediante o atendimento dos critérios comuns às leis pessoais de todas as partes. Essa teoria implica, então, um sem número de exigências a serem verificadas e satisfeitas por ambas as partes, de acordo com ambas as legislações em tese aplicáveis. Argumenta-se, em seu favor, que o atendimento das condições impostas pela lei do adotante e também pela lei do adotando implica, como consequência lógica, o reconhecimento da nova relação parental em ambos os ordenamentos jurídicos. Contrariamente a essa teoria, levanta-se a constatação que, ao segui-la, estar-se-á aplicando, sempre, a lei mais severa. Segundo Patrícia Bruzzone Faverio, tal teoria foi seguida pela Convenção da Haia relativa à competência das autoridades, lei aplicável e reconhecimento de decisões em matéria de adoção, firmada em 1965.³

A teoria da aplicação distributiva também procura atender aos critérios exigidos pelas leis de ambos os ordenamentos em que a adoção transnacional irradie seus efeitos, fazendo-o, todavia, não de forma cumulativa, mas, sim, sob um critério de repartição. Assim, alguns dos aspectos envolvidos se disciplinam por uma das leis contactadas pelo caso concreto, ao passo que outros o são pela outra lei. É, claramente, o critério adotado pelo Brasil⁴ por meio do Código Bustamante, da LICC, das Convenções da CIDIP de La Paz e do México e da Convenção da Haia de 1993.

Uma terceira teoria prega a aplicação exclusiva da lei pessoal do adotante, se solteiro, ou a lei que rege a relação matrimonial dos

(3) Patrícia Bruzzone Faverio, citada por Tarcísio José Martins Costa, ob. cit., p. 136.

(4) Outra não era a teoria adotada por Pontes de Miranda quando dizia: “Cumpre-nos distinguir. As condições pessoais para que alguém possa adotar, qualificadas pela *lex patriae* como de estatuto pessoal, seguem a lei do adotante. Nem poderia ser de outro modo. As condições para que alguém possa ser adotado, qualificadas, pela *lex patriae*, como de estatuto pessoal, seguem a lei do adotado. Os outros pressupostos materiais e de forma regem-se pela lei que o Estado da nacionalidade do adotado entende que seja aplicável” (*Tratado de direito internacional privado*, Rio de Janeiro, Borsoi, 1965, p. 110).

adotantes casados. Os argumentos são os de que o adotando passará a integrar a família de seu(s) adotante(s) e que, por isso, deve ter sua vida regulada pela lei daquele, no sentido de se ver igualado aos filhos legítimos existentes ou supervenientes; e, ainda, aquele argumento segundo o qual a maior parte dos efeitos da adoção se produzem no Estado de residência habitual, domicílio ou nacionalidade dos adotantes, para onde será levado o adotado. É a teoria acolhida na Alemanha e em Portugal.

A teoria precedente é criticada afirmando-se que a lei do adotando deve ser considerada por ser este, obviamente, interessado. Surge, então, a extremada teoria da aplicação exclusiva da lei do adotando, por ser esta a que lhe seria, teoricamente, favorável e por ser a lei mais apta a controlar a saída de menores de um país para o outro de forma eficaz, evitando-se o tráfico internacional de crianças e adolescentes. Essa teoria é seguida na Argentina e pela jurisprudência francesa em várias oportunidades.

Intermediariamente a essas duas últimas teorias surge aquela que busca privilegiar a lei mais favorável ao adotando. Caberia, assim, ao intérprete verificar qual a lei mais benéfica e fazê-la incidir. Por óbvio, tal teoria, adotada sem freios pode levar ao arbítrio e à tirania de órgãos do Poder Judiciário, que à guisa de estar fazendo o bem aos envolvidos, garantindo às crianças e adolescentes lares mais equilibrados econômica e socialmente, acabariam por determinar a perda do pátrio-poder-dever decorrente de interesses os mais variados. Não estamos querendo, com isso, afirmar que o interesse do adotando não deva prevalecer. Deve. E prevalece sempre que os tratados internacionais buscam garantir a aplicação da lei mediante a determinação ponderada do elemento de conexão mais condizente segundo os indicativos da doutrina e da jurisprudência, conforme sustentamos já no item 1.3, *supra*, Capítulo 1.

Por fim, a última teoria, que é aplicada e acolhida nos países da *Common Law*, desloca o problema da lei pessoal aplicável para a verificação da competência internacional. Uma vez determinado o foro competente, este estaria autorizado não só a aplicar a *lex fori* referentemente ao procedimento adotivo, como também e principalmente a sua própria lei material para reger as relações daí decorren-

tes. É absolutamente iníqua a teoria, representando atavismo justificável apenas pela tradição anglo-saxônica. Ademais, representa verdadeira aplicação da teoria que determina os elementos de conexão pelo critério da indicação estável e nominativa a que já nos referimos no mesmo item 1.3.

Convém lembrar, aqui, que as normas de Direito Internacional Privado, ao indicarem e reconhecerem a extraterritorialidade das normas materiais alienígenas, atendem a duas funções primordiais: “a) proteger a pessoa em território estrangeiro; e b) regular os efeitos de atos estrangeiros que venham a se cumprir, no todo ou em parte, no país”.⁵ Tais funções, ao que parece, seriam mais plenamente alcançadas se se adotasse, como se adotou, a teoria da aplicação distributiva. Ademais, garante-se, ao segui-la, a conexão com o centro de maior irradiação de efeitos da relação material.

Isto posto, de forma sintética, adentremos na análise dos elementos de conexão verificáveis na hipótese de uma adoção internacional, que, por ser forma legítima de constituição da relação parental, deve ser qualificada como questão de direito de família, mas que, por ser questão de fato complexa, seu desmembramento é necessário para a análise da lei aplicável, segundo determina a teoria da aplicação distributiva.

Seja permitido, todavia, ilustrar a posição e a divisão que se pretendeu impor ao tema (capacidade para adotar e ser adotado, efeitos, forma). Atente-se à lição de Clóvis Beviláqua: “Quanto à capacidade para adotar e a aptidão para ser adotado, decidem as leis pessoas das partes. Consequentemente, um chileno ou um argentino não pode adotar nem ser adotado, porque a lei Civil do Chile e da Argentina desconhecem a adoção. Mas nada impediria que em algum desses países um brasileiro adoptasse um uruguayo, de acordo com as respectivas leis pessoas, pois que a adoção não é contrária á ordem publica, se não se levantasse o embaraço das formalidades, que se não podem cumprir segundo as leis locais, nem por acto privado. (...). Realizada a adoção, segundo as leis nacionaes das partes, produzirá

⁽⁵⁾ Maria Helena Diniz, *Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*, 6. ed. São Paulo, Saraiva, 2000, p. 202.

seus efeitos, de acordo com essas leis, ainda mesmo nos países que desconhecem esse instituto”.⁶

O exemplo é por demais didático: as leis pessoais regulam a capacidade de adotantes (necessário verificar se sua lei pessoal admite não só a adoção em si, como se os candidatos reúnem as condições para tanto) e adotandos; a lei do foro regulará o procedimento, a forma por que se dará o ato jurídico, e, por fim, a lei pessoal das partes regulará os efeitos (em relação à família biológica e à família adotiva) produzidos pela adoção. Passemos à análise de cada hipótese.

3.1 Capacidade para adotar

Adotar é “atribuir (a um filho de outrem) os direitos de filho próprio”.⁷ Capacidade é um *atributo* que o ordenamento jurídico confere ao sujeito de direito, dotado de personalidade (reconhecida por este mesmo ordenamento), que tem por função mensurá-la.⁸ Assim, capacidade para adotar é um *atributo* que o ordenamento jurídico confere ao sujeito de direito⁹ para que este receba, como seu, conferindo-lhe os direitos próprios de filho, um filho de terceiro.

A adoção internacional que nos interessa nesse estudo é aquela levada a efeito em território nacional, a qual, no mais das vezes, refere-se a criança ou adolescente sob a guarda do Estado ou de terceiro residente no território brasileiro. Assim, torna-se fácil delimitar nos-

(6) Clóvis Bevilacqua, *Princípios elementares de direito internacional privado*, 2. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1934, p. 321.

(7) Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, ob. cit., p. 49.

(8) Francisco Amaral, *Direito civil – Introdução*, 3. ed. Rio de Janeiro – São Paulo, Renovar, 2000, p. 216.

(9) “A adoção é um instituto jurídico de proteção dos menores, é um ato jurídico de assistência social (Código Civil, Guatemala, art. 228), e não deveriam caber, desde os pontos de vista ontológico e deontológico, diferenças entre homens e mulheres por suas qualidades nem quanto a suas capacidades para adotar” (Rafael Sajón, ob. cit., p. 47).

so estudo. É que, se a criança a ser adotada está sob custódia do Estado brasileiro, está ela domiciliada no Brasil. Dessa forma, para que se configure o caráter transnacional da adoção, o elemento alienígena repousa, geralmente, no domicílio dos adotantes, embora essa premissa seja passível de não se verificar quando os adotantes ou mesmo o adotando, ou ambos, não têm nacionalidade brasileira (configurando o elemento estrangeiro), mas aqui residem (quando então o problema se resolverá pela aplicação da lei brasileira, vez que é a lei da residência habitual de ambas as partes, a lei do foro e a lei sob cujo império hão de se produzir os efeitos). Nesta última hipótese, “qualquer estrangeiro aqui radicado poderá adotar, mesmo que a lei de seu país de origem ignore o instituto da adoção”.¹⁰

Como a norma do art. 7.º da LICC estatui que “a lei do país em que for domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e fim da personalidade, o nome, a *capacidade* e os direitos de família”, a capacidade para adotar será sempre regulada pela lei do local em que domiciliado estiver o pretendente.¹¹

Vimos falando em domicílio, porém, se o fizemos, foi de forma errônea. É que a Convenção da Haia de 1993 consagrou (como já tivemos oportunidade de dizer em outra sede) como elemento de conexão, relativamente à capacidade para adotar, o local de residência habitual (art. 2.º-1 da Convenção da Haia relativa à proteção da criança e à cooperação em matéria de adoção internacional) dos pretendentes. Assim, no que concerne a adoções internacionais, a capacida-

(10) Maria Helena Diniz, *Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*, cit., p. 215.

(11) Cabe ressaltar que a capacidade considerada pelo art. 7.º, de forma genérica, é tanto a capacidade de direito como a capacidade de exercício, por força do quanto dispõe o art. 27 do Código Bustamante, (cf. Maria Helena Diniz, *Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*, cit., p. 208). Haroldo Valladão, no Anteprojeto de Lei Geral consagra, no art. 25, exclusivamente a capacidade de exercício e as incapacidades “que são as relevantes, dado o princípio geral da *capacidade*, adotando o critério do nosso direito atual, o do domicílio” (*Direito internacional privado*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1980, vol. II, p. 17-18).

de será sempre determinada pela lei do Estado em que os pleiteantes habitualmente residam, vez que tal Convenção se encontra ratificada e vigorando no ordenamento brasileiro por força do Decreto Executivo 3.087, de 21.06.1999, como lei ordinária especial aplicável às adoções internacionais, capaz, portanto, de revogar a norma genérica do art. 7.º da LICC, que completava já a norma do art. 73 do Código Bustamante, *verbis*: “Art. 73 – A capacidade para adotar e ser adotado e as condições e limitações para adotar ficam sujeitas à lei pessoal de cada um dos interessados”.¹²

Assim, percebe-se que nosso legislador de Direito Internacional Privado, naquilo que concerne às adoções internacionais, entendeu que a capacidade de direito e a capacidade de fato devem ser reguladas pela lei sob cujo império resida(m) o(s) adotante(s). É à lei alienígena, portanto, que o juiz de Direito nacional deverá se ater para verificar se o(s) pretendente(s) preenche(m) os requisitos que lhe(s) atribuem a capacidade.

“O candidato tem de comprovar que está devidamente habilitado, segundo as leis de seu país, mediante documentação enviada pela autoridade competente do seu domicílio” (*rectius*: de sua residência habitual). “O solicitante precisa apresentar estudo psicossocial elaborado por agência especializada e credenciada no país de origem, que atestará sua sanidade mental, sua idoneidade moral, suas condições econômicas para adotar e etc.”.¹³ A autoridade competente a que o ECA faz referência é, para os Estados contratantes da Convenção da Haia de 1993, a autoridade Central, que deve ser instituída e receber a competência determinada pelos arts. 6.º a 9.º e 13. As agências

(12) O art. 73 do Código Bustamante é reprodução do art. 71 do Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado elaborado por A. S. Bustamante y Sirven no ano de 1925 com o intuito de vigorar em todo o mundo. A tentativa frustrou-se, mas, em 1928, transformou-se, por força da Convenção de Havana, no Código de Direito Internacional Privado para as Américas, o citado Código Bustamante.

(13) Edson José da Fonseca, A constitucionalidade da adoção internacional, p. 254, *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, vol. 11., p. 247-264.

especializadas também referidas pelo Estatuto devem ser credenciadas junto às Autoridades Centrais respectivas, segundo as determinações dos arts. 10 a 12.

Vários podem ser os empecilhos elaborados pelo legislador estrangeiro à plena capacidade para adotar. Por este motivo, qualquer rol que procuremos alinhar será sempre exemplificativo.¹⁴ Todavia, alguns comentários merecem ser tecidos mormente no que se refere à exigência ou não de que os adotantes sejam casados, bem assim às diferenças de idade exigidas pelas legislações entre adotantes e adotandos e, por fim, quanto à possibilidade de se adotar filho considerado ilegítimo por uma legislação alienígena, com o intuito de legitimá-lo perante esse Estado.

3.1.1 Estado civil e ordem pública

A lei pessoal dos adotantes pode impor certas restrições às adoções decorrentes do estado civil dos envolvidos. Assim, pode ser que a lei exija que os adotantes sejam casados, pode permitir a adoção por uma pessoa solteira, viúva, divorciada, pode facultar que pessoas, não obstante casadas, adotem sozinhas uma criança.

Como a questão será dirimida pelo juiz nacional, baseado na lei estrangeira, provada devidamente a sua vigência, pode ser que o magistrado processante entenda que a questão fere a ordem pública interna,¹⁵ negando a prestação jurisdicional pleiteada. E o fará, a nosso

(14) *Vide*, a respeito dos desdobramentos da capacidade para adotar, o art. 4.º da Convenção Interamericana sobre Conflitos de Leis em Matéria de Adoção de Menores, de La Paz, 1984.

(15) Sobre as implicações da ordem pública no Direito Internacional Privado, *vide* a tese de Jacob Dolinger, *A evolução da ordem pública no direito internacional privado*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1979; Luis Antônio Gama e Silva, *Da ordem pública no direito internacional privado*, *Revista de Direito e Estudos Sociais*, tomo I, 1969; Elisa Perez Vera, *El Concepto de Orden Público en el Derecho Internacional*, XIII Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, Lima, Peru, sem edição, 1982.

ver, com base no que dispõem os arts. 39 a 52 do ECA e 227, § 5.º, da CF, que informa aqueles outros. Vejamos caso a caso.

A exigência de que a adoção seja efetivada por um casal, assim entendidos os casados e os não casados, mas que mantenham entre si uma relação estável, não deve encontrar óbice na atividade jurisdicional. É que nosso ordenamento jurídico permite, inclusive, a adoção por pessoa solteira, como forma de se instituir a família monoparental (art. 226, § 4.º, da CF), motivo pelo qual uma restrição desse jaez (imposta pela lei alienígena, diga-se de passagem) em nada prejudica a criança nacional. O que não poderá o magistrado processante fazer é afastar, sob hipótese alguma, a restrição que incide sobre o pleiteante por entender que essa restrição ofenderia a ordem pública nacional, ou seja, não poderá entender que, por permitir a nossa lei a adoção por pessoa singular, a restrição imposta pela norma alienígena ofenderia o interesse maior da criança de ter um lar. Lembremos que a lei aplicável à capacidade para adotar é a lei alienígena (do Estado em que habitualmente resida o adotante) e não a nacional. E isso geraria, em consequência, o não reconhecimento da adoção transfronteiriça pelo ordenamento jurídico sob cujo império reside o adotante. Ademais, por força do quanto disposto no § 1.º do art. 51 do ECA, em consonância com a regra do art. 5.º-a da Convenção da Haia de 1993, deve o adotante fazer prova fornecida pela autoridade competente de seu país no sentido de que está apto a adotar uma criança e em que condições.

Tal prova é regulada pelos arts. 14 e 15-1 da Convenção da Haia de 1993. Assim, o interessado em adotar criança que tenha residência habitual em um Estado contratante deverá dirigir-se à Autoridade Central de sua residência habitual, que verificará se os “solicitantes estão habilitados e aptos para adotar”, preparando “um relatório que contenha informações sobre a identidade, a capacidade jurídica e a adequação dos solicitantes para adotar, sua situação pessoal, familiar e médica, seu meio social, os motivos que os animam, sua aptidão para assumir uma adoção internacional, assim como sobre as crianças que eles estariam em condições de tomar a seu cargo” (art. 15-1).

Se ocorrer de o juiz processante se deparar com um casal que mantenha união estável, ainda assim deve deferir a adoção, desde

que assim o preveja a lei pessoal dos pleiteantes. Tal conclusão decorre da permissão legal do § 2.º do art. 42 do ECA, em vigor,¹⁶ o que afastaria qualquer conclusão que reconhecesse ofensa à ordem pública.

Pode também a lei do Estado do adotante permitir a adoção por uma pessoa solteira, viúva, divorciada, enfim, por uma pessoa que não mantenha uma relação estável assemelhada ao casamento (a questão da adoção singular por pessoa que mantenha relação estável será analisada mais adiante). Nesse caso, não pode o juiz processante entender inaplicável a regra. É que, como já dissemos, a sociedade monoparental, assim entendida como a entidade formada por um dos pais e seus descendentes, sendo que por descendentes deve ser compreendida toda a prole, é forma de entidade familiar. E como tal é reconhecida por nosso ordenamento. Assim, de forma alguma a pretensão de um estrangeiro que não mantenha nenhum tipo de relação análoga ao casamento poderá encontrar óbice na ordem

(16) Pretende o Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo Jorge Celidonio que o parágrafo tenha reconhecida sua inconstitucionalidade vez que, em seu entender, ao se permitir a adoção por concubinos (*rectius*: companheiros), a Lei 8.069 estaria afrontando o disposto no art. 226, § 3.º, da CF, na medida em que este determina que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, por ser este um instituto de grande interesse social. Propugna que a possibilidade de companheiros adotarem uma criança estaria não facilitando, mas dificultando a conversão prevista pela lei maior (O ‘Estatuto’ e a adoção de menores, RT, vol. 665, p. 228-229). Com efeito, trata-se de previsão da Constituição e, como tal, deve ser entendida enquanto uma faculdade posta às mãos dos companheiros, e não uma obrigação, a bem da sociedade. As relações entre os adotantes são de uma ordem. As relações que estes guardam com a criança ou adolescente tem outra natureza jurídica e social, inteiramente diversa. Ainda que rompido o “concubinato”, a “criança adotada por ‘desconhecidos’” (p. 229) continuaria a ser filha de um e de outro; apenas seria filha de pais “desconhecidos”, tal qual muitas outras, que são filhas de “descasados”, filhos estes biológicos ou adotivos. O que não pode o ilustre Desembargador olvidar é que filho é filho, seja qual for a relação estabelecida por seus pais, ou não é isso que propugna o § 6.º do art. 227 da Constituição Federal?

pública brasileira. Se sua lei de origem o autoriza a adotar, deve a adoção ser deferida, preenchidos os demais requisitos exigidos pelo ECA.¹⁷

Sobre a questão da adoção por uma única pessoa que não mantenha relação estável semelhante ao matrimônio, saliente-se, por oportuno, que a Convenção de Estrasburgo de 1968, firmada sob o manto do Conselho da Europa, regula a possibilidade da adoção por pessoa singular de forma meramente indicativa das soluções a serem seguidas pelos Estados-partes na Convenção, em seu art. 6.º-1: “La législation ne peut permettre l’adoption d’un enfant que par deux personnes unies en mariage, qu’elles adoptent simultanément ou successivement, ou par un seul adoptant”. Quanto a sua aplicação, manifesta-se a doutrina italiana no sentido de que “o art. 6 põe aos Estados contratantes uma alternativa dentre três possibilidades diferentes: a) permitir a adoção apenas da parte de duas pessoas unidas por matrimônio; b) permitir a adoção apenas da parte de uma pessoa singular; c) permitir a adoção quer da parte de duas pessoas unidas em matrimônio, quer da parte de uma pessoa solteira. Isto resulta da interpretação textual do art. 6, que emprega a conjunção disjuntiva ‘ou’ (‘ou’, ‘or’), e não a conjunção ‘e’, e que importa em não admitir

⁽¹⁷⁾ Entendendo que a presença da mãe é essencial para o pleno desenvolvimento da criança, diz Rafael Sajón (ob. cit., p. 49): “Conceitualmente, o instituto jurídico da adoção, desde o plano da justiça, serve para proteger à criança, ao menor, e por isso se cria um vínculo de filiação que se equipara ou se identifica com o vínculo legítimo. O papel da mulher é essencial como mãe, natural ou substituta e sobretudo na adoção plena. O desenvolvimento do processo organizativo de crescimento e desenvolvimento da criança depende da relação básica primária mãe-filho. Se o processo psíquico é interrompido ou se desenvolve de forma anormal por ausência da mulher, da mãe natural ou adotiva, os transtornos podem ser irreversíveis (...). A necessidade e a conveniência do direito da mulher a adotar é tão importante na lei, que se devem eliminar os prejuízos e as travas jurídicas que resultam do direito clássico” nas Américas “no sentido de que as condições da adoção para uma mulher solteira, viúva, divorciada, sejam muito mais estritas que as previstas para uma [mulher] casada”.

que a convenção obrigue os Estados contratantes a permitir a adoção seja por um casal seja por pessoa solteira”.¹⁸

Assim, autorizações para que estrangeiros advindos de países da Comunidade Européia e que não mantenham relações análogas às de matrimônio, fundamentadas no dispositivo mencionado, devem ser sempre analisadas levando-se em conta o caráter programático desse art. 6.º-1 da Convenção, que “não é uma convenção internacional de direito uniforme em sentido estrito”.¹⁹

Outra hipótese possível é aquela regulada internamente pelo § 4.º do art. 42 do ECA. Ali está consignado que divorciados ou separados judicialmente podem adotar conjuntamente a criança sempre “que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância da sociedade conjugal”, devendo, para ser deferida a adoção, acordar relativamente à guarda e visitas. Andou bem o legislador ao prever esta possibilidade. Demonstrou conhecimento e sensibilidade na medida em que não confunde os sentimentos que podem existir entre os cônjuges e aqueles que devem ser deferidos à prole. Se o casal mostrou-se afetuoso à criança, não poderá ela, agora, ser penalizada em decorrência da falência do vínculo matrimonial. Prevista esta mesma regra autorizativa em qualquer ordenamento estrangeiro a ser aplicado no Brasil, deve o magistrado aplicá-la incondicionalmente, vez que a persistência do casal em adotar a criança revela verdadeiro afeto relativamente a esta, quer tenha sido consensual ou litigiosa a ruptura do vínculo entre o casal. O que está em jogo é o afeto entre cada um deles e a criança.

Por fim, devemos nos referir a uma possibilidade um tanto estranha, mas perfeitamente possível, em tese, de ser autorizada pela lei pessoal do adotante. Trata-se da hipótese de, sendo casado o adotante, autorizar sua lei que ele adote uma criança em caráter singular, vale dizer, que conste do registro de nascimento da criança apenas o nome do adotante, sendo que com ele é que se firmará o vínculo parental,

⁽¹⁸⁾ Laura Pineschi, ob. cit., p. 318. Muito interessante a análise da autora acerca da interpretação das altas Cortes italianas ao referido artigo da Convenção.

⁽¹⁹⁾ Laura Pineschi, ob. cit., p. 315.

mantendo a criança, com relação ao cônjuge de seu pai ou de sua mãe, nenhuma relação familiar. Cremos que o juiz nacional, diante dessa autorização deferida pela lei estrangeira, deve negar-lhe aplicação por ofensa à ordem pública. É que tal dispositivo impediria a proteção dos direitos da criança e do adolescente, fundamento mesmo da adoção, que não é um mecanismo de “satisfação dos interesses dos adultos. Trata-se, sempre, de encontrar uma família adequada a uma determinada criança, e não de buscar uma criança para aqueles que querem adotar”.²⁰ Isso revelaria característica ofensa ao disposto no art. 43 do ECA. As conseqüências que adviriam de uma situação como essa seriam imprevisíveis, mas certamente nocivas: imagine-se o sentimento de rejeição que afetaria uma criança que chega num lar e encontra ali sua mãe ou seu pai casado com uma pessoa em relação a quem ela não guarda vínculo algum... Ademais, a conduta do cônjuge não adotante revela um sentimento de repulsa pela criança, vez que, caso a considerasse como filha, teria também adotado-a.

A posição que defendemos encontrou rebote na análise de nosso trabalho pela assessoria científica da Fapesp. Segundo o posicionamento dos assessores, essa forma de adoção deveria ser deferida, vez que se estaria atendendo ao melhor interesse da criança, que busca reconstruir sua vida, na medida em que, “embora também não adotando, o outro componente do casal, *ao concordar com a adoção*, estará implicitamente aceitando como se seu fora o adotando, apenas não lhe transmitindo efeitos pessoais, como direito ao nome, sucessórios etc., transmissíveis, porém, via adotante” (grifos inexistentes no parecer original). É uma posição defensável, mas que causa, no mínimo, estranheza. Senão vejamos: se o outro componente do casal concorda com a adoção, qual o motivo que o anima a não adotar? Motivos de ordem religiosa, patrimonial ou de foro íntimo, não se julgando em condições de assumir as funções paterna e/ou materna? Então de onde advém a propalada concordância? Se efetivamente

⁽²⁰⁾ Maria Josefina Becker, *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado – Comentários jurídicos e sociais*, 2. ed., coord. Munir Cury, Antônio Fernando do Amaral e Silva e Emílio García Mendez, São Paulo, Malheiros, 1996, p. 148).

concorda, que adote. Mas imagine-se que seja deferida uma relação de parentesco de tal espécie. Qual o grau de tensão existente nesse ambiente familiar entre o pai adotivo da criança e o outro cônjuge, que não professam dos mesmos valores relativamente à religião, ao apego patrimonial, ou às suas constituições psíquicas? Quem culpará quem? O adotante culpará o outro, que não quis com ele dividir esse momento de forma plena? Ou o cônjuge culpará o adotante, que não respeitou suas convicções? Seja qual for o resultado que se dê a tais indagações, quem certamente sairá prejudicada é a criança, que funcionará como um brinquedo nas mãos dos adultos. E não se diga que conflitos ocorrem a todo instante entre casais e que muitas vezes a causa desses conflitos é a criança. A hipótese que aventamos é por demais séria na medida em que envolve uma criança que já se viu ou se sente rejeitada por pessoas que não chegou a conhecer ou que, conhecendo-a, sofreu em suas mãos maus-tratos de toda espécie.

Estará sendo atendido o melhor interesse da criança? Ou não seria melhor mantê-la à disposição de adotantes plenos e certos do grande passo que estão dando, não relativamente a si, mas referentemente à criança que se quer e deve proteger. A adoção, repita-se, não deve ser um instrumento de “satisfação dos interesses dos adultos”.

Inteiramente diversa é a adoção por pessoa que não mantenha nenhuma espécie de relação análoga à matrimonial, da qual já tratamos. Nessa hipótese, o solteiro, viúvo ou divorciado que acolhe a criança sabe que eventual construção ou reconstrução de sua vida afetiva com um terceiro encontrará óbice na existência da prole, mas, uma vez vencido esse preconceito, a construção da família far-se-á em torno da criança adotada, que será recebida pelo companheiro ou companheira de sua mãe ou pai.

3.1.2 Idade e ordem pública

A questão relativa à idade para que o adotante possa efetivar o ato é por demais tormentosa e, não raro, exige uma série de cálculos matemáticos. É que existem três hipóteses em que a idade pode ser exigida: a) idade mínima e máxima para adotar; b) idade mínima e

máxima para ser adotado; e c) diferença mínima de idade entre adotantes e adotando.

O ECA, em seu art. 42, determina que, no Brasil, só podem adotar maiores de 21 anos, exceto se, em um casal, matrimonializado ou não, um deles for maior de idade, quando então supre a incapacidade do outro. Verifica-se se tratar, portanto, de questão de capacidade e seu suprimento, motivo pelo qual é a lei pessoal do adotante a indicada para regular a questão. Dessa forma, se a lei estrangeira indicar uma idade inferior a 21 anos, poderá o juiz nacional considerá-la aplicável se não enxergar em sua vigência extraterritorial nenhuma ofensa a nossa ordem pública. Entretanto, como existe outra exigência relativa à idade, que é aquela referente à diferença mínima entre adotante e adotado, que em nosso ordenamento é de 16 anos (art. 42, § 3.º, do ECA), dificilmente um menor de 21 anos estrangeiro poderá adotar em nosso país, até porque, normalmente, os estrangeiros costumam adotar crianças mais velhas. Mas nada impede, se a lei alienígena autorizar, por exemplo, um maior de 18 anos a adotar, que ele efetive a adoção de uma criança de um ou dois anos de idade.

A questão é tormentosa devido principalmente à maturidade dos pretensos adotantes, mas não se há de olvidar que, "se o indivíduo que completou a maioridade, e mesmo antes dela, pode ter filhos de sangue, por que não adotivos?"²¹

O que não poderá o juiz fazer, pelos mesmos motivos que expusemos referentemente à hipótese acerca da adoção por pessoas solteiras cujas leis pessoais a proibam (item 3.1.1, *supra*), é negar vigência à norma alienígena que condicione a capacidade para efetivar uma adoção ao incremento de uma idade superior a 21 anos.²²

(21) Antônio Chaves, *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado – Comentários jurídicos e sociais*, 2. ed., coord. Munir Cury, Antônio Fernando do Amaral e Silva e Emílio García Mendez, São Paulo, Malheiros, 1996, p. 143.

(22) "Les tribunaux et cours d'appel se sont montrés moins rigoureux en admettant à juste titre les effets en France d'adoptions contraires aux conditions d'âge de la loi française" (Henri Battifol & Paul Lagardé, *Traité de Droit International Privé*, Paris, LGDJ, 1970, p. 125).

3.1.3 Ilegitimidade/legitimidade e a fraude à lei

Conforme demonstramos nos itens 1.1 e 1.2, *supra*, Capítulo 1, a nomenclatura qualificadora da prole é absolutamente impertinente e não deveria sobreviver sequer por razões didáticas em nosso ordenamento interno.

Entretanto, há ordenamentos jurídicos que ainda consagram a diferenciação entre a prole, proibindo inclusive que sejam adotados filhos ilegítimos.²³

Tal diversidade de normatização acerca da matéria poderia levar à intenção de fraudar a lei pessoal própria do adotante, para poder, *v.g.*, adotar, no Brasil, um seu filho ilegítimo como tal reconhecido por sua legislação pessoal. Figure-se, assim, a hipótese em que o pai biológico de uma criança, vista por seu ordenamento como filha ilegítima daquele, transfere a criança para o Brasil, onde passa a residir habitualmente. Posteriormente, pleiteia junto ao Poder Judiciário a sua adoção. Pode o juiz nacional constituir juridicamente o vínculo parental (aliás, biologicamente existente)? Quer-nos parecer que sim. A fraude à lei caracteriza-se sempre que as partes buscam um país que tem o direito material mais favorável à decisão que desejam, portanto, absolutamente patente no caso aventado. Não obstante a flagrante intenção de fraudar a lei do país de sua residência habitual, a intenção do adotante não fere nem fraudar a lei brasileira. Assim, deve ela ser deferida. O problema, então, desloca-se para o reconhecimento da adoção no país em que reside o adotante, vale dizer, a fraude à lei é um problema a ser examinado e combatido por ocasião de eventual homologação da sentença estrangeira no país em que se quer ver produzidos os efeitos. Todavia, não poderá o juiz nacional negar-se a prestar a tutela jurisdicional pleiteada, vez que, ao menos, será válida e produzirá efeitos no Brasil, que não reconhece mais a odiosa discriminação da prole.

Torça-se, ademais, para que o Estado em cujo território serão produzidos os efeitos não perceba a fraude a sua lei interna. Mas, se o perceber e não ocorrer o reconhecimento dos efeitos decorrentes da

(23) Irineu Strenger, *ob. cit.*, p. 616.

adoção aqui deferida, a situação permanecerá a mesma ante aquele ordenamento...

3.1.4 Tutela e ordem pública

Nosso ordenamento jurídico veda a adoção efetivada por tutor relativamente ao pupilo, enquanto este não prestar contas de sua administração. Tal norma vem inserta nos arts. 44 do ECA e 371 do CC e tem como fundamento a consequência de que a adoção transformará em pai e filho aqueles que antes eram tutor e tutelado. Assim, com o intuito de proteger o patrimônio do hipossuficiente na relação assistencial, exige a lei que o capaz preste contas da administração que realizou referentemente aos bens do incapaz, evitando, desse modo, eventual tentativa de esconder a má gerência realizada pela confusão, na prática, entre os patrimônios.

Maria Helena Diniz, tratando da capacidade, entende que há casos “em que a adoção permitida pela lei pessoal dos interessados não poderá realizar-se em certo país cuja lei venha a impor limitações em razão da ordem pública”. E dá como exemplo dessa ofensa a norma brasileira que diz que “não estará permitido ao tutor adotar pupilo sem antes prestar contas de sua administração e saldar seu alcance”.²⁴

Assim, caso a lei pessoal do adotante permita que ele efetive a adoção de um seu tutelado que resida habitualmente no Brasil, deverá o juiz brasileiro exigir que preste contas de sua administração. Se não o fizer, afastará o juiz nacional a incidência extra-ativa da norma permissiva relativa à capacidade, por ofensa à ordem pública nacional.

3.2 Capacidade para ser adotado

O juiz brasileiro será competente para julgar ações constitutivas de adoção internacional sempre que a criança ou o adolescente tiver por residência habitual o território nacional. Dessa forma, para as

⁽²⁴⁾ Maria Helena Diniz, *Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*, cit., p. 218.

adoções internacionais que nos interessam e que aqui são estudadas, será sempre a lei brasileira a aplicável para que se determine a capacidade para ser adotado. Portanto, como a questão da adoção de menores de 18 anos é hoje regulada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, é a este instrumento legal que nos ateremos no presente tópico.

Só poderão ser plenamente adotadas as pessoas menores de dezoito anos, salvo se já estivessem sob guarda ou tutela dos adotantes anteriormente ao implemento da idade limite. Todavia, tal hipótese não ocorrerá relativamente aos estrangeiros que pretendam adotar, vez que, por força do art. 31 do mesmo estatuto legal, a colocação em família substituta estrangeira só ocorrerá na modalidade adotiva.

Outra exigência feita por nossa lei é aquela referente à diferença de idade entre o(s) adotante(s) e o adotando. Por força da norma inserta no § 3.º do art. 42 do ECA, tal diferença é de, no mínimo, 16 anos.

Da presente regra podem surgir conflitos quando a lei do adotante exija diferença de idade diversa. Exigência dessa natureza implica interferência na capacidade de ambos. Assim, se a lei do adotante determinar diferença igual à exigida pelo ECA, será inexistente o problema. Se a diferença pedida por aquela for menor, estaremos diante de um conflito que vai limitar o leque de opções do adotante, vez que, tomando-se por x a diferença de idade exigida pela lei do adotante e y a idade do adotando, esta crescerá proporcionalmente à diminuição da diferença exigida. Assim, seja qual for a idade do adotante, a cada ano que diminuirmos a diferença, aumentará em um ano a idade possível do adotando, ampliando-se o leque de escolha. O raciocínio inverso é verdadeiro sempre que a lei do adotante exigir uma diferença maior que 16 anos.

Esquemáticamente teremos:

idade do adotante - $x = y$, onde y é inversamente proporcional a x

Como os tratados internacionais sobre a matéria não previram este conflito entre as diferenças de idade exigidas por uma lei e por outra, cremos ser absolutamente pertinente a teoria da aplicação da lei mais favorável ao adotando, ressaltando-se, todavia, a possibilidade de que essa adoção não venha a ser reconhecida no Estado de origem do adotante se seu Estado não for parte nos protocolos in-

ternacionais sobre adoção internacional que garantem aplicabilidade de efeitos imediata em sua ordem jurídica à nova relação parental, conforme se verá no item 3.5, *infra*, neste Capítulo.

Mas qual será a lei mais favorável à criança? Sem dúvida tal verificação dependerá do teor dos relatórios encaminhados pelas autoridades competentes acerca da condição sócio-econômico-cultural do(s) adotante(s), bem assim o grau de apego e afinidade estabelecido entre ele(s) e a criança ou o adolescente que pretenda(m) adotar. Não há, todavia, de se olvidar que a diferença exígua de idade entre a criança e o adotante pode dar margem a deturpações dos papéis familiares desenvolvidos por este e aquele.

A prudência será, portanto, a melhor bússola a indicar o caminho, sob pena de se configurarem os “propósitos ilícitos”, ainda que inconscientes ou inexistentes à época da adoção, de que trata a alínea c do art. 2 da Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, Cidade do México, 1994.²⁵ Ali, entre os propósitos ilícitos estão relacionadas a exploração sexual e a servidão, em rol meramente exemplificativo. Todavia, se se tiver concedido a adoção, estará já configurado o laço parental, o que impediria, posteriormente, o reconhecimento do tráfico internacional. É que a norma do art. 3.º da Convenção sob análise “compreenderia somente os efeitos civis dos ilícitos cometidos por pessoas sem direito de acesso ao menor”.²⁶ Ora, uma vez deferida a adoção, cessaria a aplicabilidade da CIDIP – V.

⁽²⁵⁾ “A Convenção (...) trata de regular um novo aspecto, tem um âmbito de ação distinto, já que não existem instrumentos internacionais específicos para combater o tráfico e a venda de menores. Os acordos internacionais se têm concentrado até o presente momento nos aspectos civis do seqüestro internacional. Em igual direção cabe situar os acordos bilaterais tanto europeus como latinoamericanos em vigor. A Convenção da Haia sobre os aspectos civis dos seqüestros internacionais de menores, de 25 de outubro de 1980, e a Convenção de Montevidéu de 1989 abordam os deslocamentos ilícitos internacionais de menores no âmbito das relações familiares, hipóteses diferentes às reguladas no novo convênio” (Amália Uriundo de Martinoli, ob. cit., p. 172-173).

⁽²⁶⁾ Amália Uriundo de Martinoli, ob. cit., p. 177.

Caberá, portanto, ao juiz, usando de prudente arbítrio, decidir qual diferença aplicar, vez que “a necessidade de diferença de idade deriva da regra romanística segundo a qual a adoção muda a natureza”,²⁷ ou seja, transforma em pais e filhos aqueles que, inexistindo a relação parental, seriam pessoas estranhas e, por isso, passíveis de configurar verdadeira família pelos laços do matrimônio ou instituição análoga, mormente se exígua a diferença de idade entre eles.

Por tudo isso, na hipótese em que a lei estrangeira exigir diferença menor que a de 16 anos rogada pela lei brasileira, cremos que deve o juiz aplicar a lei nacional, restringindo o leque de opções dos adotantes, mas procurando garantir um futuro saudável aos adotandos. É bem verdade que nunca será possível essa garantia de forma plena. Mas será lícito ao juiz procurar restringir esse aspecto se assim entender e fundamentar sua decisão baseado na dignidade da pessoa humana que busca tutelar e reconhecer nas pessoas da criança e do adolescente.

Se a lei alienígena exigir, por outro lado, diferença maior que a nacional, cremos aplicável a lei nacional se, no ordenamento em que devam se produzir os efeitos da sentença, estiver em vigor qualquer dos tratados internacionais de que o Brasil seja parte, tratados esses que prevejam a imediata produção daqueles efeitos. Todavia, se não houver a reciprocidade ou mesmo a previsão da produção imediata dos efeitos, cremos deva o juiz verificar a diferença etária determinada pela lei pessoal do adotante, sob pena de não ser reconhecida a sentença no ordenamento jurídico em que se visa produzir a nova relação filial.

Terá capacidade para ser adotado o menor de 12 anos cujos pais ou responsáveis que estejam no pleno exercício do pátrio-poder-dever, da tutela ou da guarda tenham consentido. Inexistindo responsáveis e sendo os pais desconhecidos, será dispensado o consentimento daqueles, que é presumido pelo legislador. Estando o adotando entre os 12 e os 18 anos, será necessária a obtenção, também, de seu consentimento.

⁽²⁷⁾ Irineu Strenger, ob. cit., p. 616.

3.3 Forma do ato jurídico²⁸ solene

“A adoção vem a ser o *ato jurídico solene* pelo qual, *observados os requisitos legais*, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que geralmente lhe é estranha.”²⁹ Verifica-se, assim, que sua qualificação é a de um ato jurídico. E, como tal, é regulada pela lei do local da constituição do ato (*locus regit actum*), que é o elemento de conexão escolhido pelo legislador brasileiro.

A diferenciação entre forma e fundo é tratada por Irineu Strenger do seguinte modo: “Por que a forma jurídica fica submetida à lei do lugar onde se produziu enquanto o fundo fica desvinculado dessa situação? A forma é um modo de exteriorização da vontade, definido com certo arbítrio pelo Estado. As leis da forma apresentam, pois, importantes variantes de um lugar para o outro. Opostamente em matéria de fundo, as regras se inspiram, essencialmente, na honestidade e bom-senso. Elas possuem, portanto, certas semelhanças, decorrendo daí a possibilidade de instintivamente respeitar-se disposições de fundo cujo conteúdo não se conheça com precisão, mas, em matéria de forma, as modalidades são sempre possíveis de serem observadas, isto é, as leis de forma são, pois, de observação imediata: a lei local parece ser efetivamente a melhor designada para preencher seu fim”.³⁰

(28) Ato jurídico em sentido estrito, opondo-se a negócio jurídico. A distinção doutrinária que adotamos entre tais categorias é aquela que toma a possibilidade de se modificarem os efeitos previstos em lei para o ato jurídico em sentido amplo realizado. Segundo esse entendimento, seria negócio jurídico o ato que é efetivado com a possibilidade de seus agentes modificarem, por sua vontade, os efeitos que a lei lhes estabelece ordinariamente, ao passo que se trataria de ato jurídico em sentido estrito se a vontade das partes fosse causa suficiente para a constituição do ato, aderindo-se aos efeitos que a lei prevê de forma cògente.

(29) Maria Helena Diniz, *Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*, cit., p. 214 (grifos inexistentes no original). Assim também em seu *Curso de direito civil brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 1993, vol. 5, p. 280.

(30) Irineu Strenger, ob. cit., p. 370.

Transportando-se essas conclusões (que parecem absolutamente coerentes à matéria eminentemente negocial, como os contratos) para o campo da adoção internacional, podemos afirmar que a forma da adoção é regulada sempre pela lei da constituição da nova relação parental, por ser esta a lei com que o magistrado processante está habituado e ser a que melhor lhe garante a exteriorização da vontade de forma não viciada. A questão do fundo será analisada no item 3.4, *infra*, neste Capítulo.

Dessa feita, é a lei brasileira a competente para reger a forma da adoção, assim entendida a adoção enquanto processo judicial, com procedimento próprio, regido pela lei do local do foro (*lex fori*);³¹ assim como as eventuais restrições legais que a lei imponha para a concessão da adoção a casais ou adotante estrangeiro,³² desde que tais restrições não se refiram à capacidade para adotar, regida, como vimos, pela lei do Estado em que habitualmente resida(m) o(s) adotante(s).

3.3.1 Processo constitutivo da filiação

Nenhum processo se inicia validamente se não for proposto perante a autoridade competente. Essa competência, no tema a que nos referimos, deve ser verificada não apenas sob a vertente nacional (foro competente), mas primeiramente há de se aferir se a jurisdição nacional é a competente para conhecer e julgar a adoção, deferindo-a ou não.

(31) “A lei geral da adoção, isto é, aquela do domicílio da criança regerá como esta deve realizar-se. Algumas destas normas podem ter caráter de processo ou procedimento e, neste caso, é necessário relembrar que as normas processuais têm aplicação territorial, imperativa para brasileiros e estrangeiros, pois são regras de direito público” (Cláudia Lima Marques, *Novas regras sobre adoção internacional no direito brasileiro*, p. 16, RT, vol. 692, p. 7-20).

(32) Embora não se refira a restrição relativa à modalidade, unicamente aos estrangeiros, mas, também, aos nacionais que pretendam adotar uma criança, “se o estrangeiro quiser adotar no Brasil, ficará subordinado à legislação interna: adoção plena, aplicando-se-lhe as determinações da Lei 8.069

A questão da jurisdição internacional é solucionável, à falta de disposição específica sobre o assunto, pelas regras de competência insertas nos arts. 88, I e 94, *caput*, ambos do CPC.³³ E essas regras complementam-se com a norma de competência interna do art. 147 do ECA, que determina que a competência do juízo será aferida pelo domicílio dos pais ou responsáveis do menor e, na sua falta, pelo lugar onde se encontra o adotando. Assim, será sempre competente a jurisdição brasileira.³⁴

E competente será, dentro da jurisdição brasileira, o foro do local onde se encontre o adotando, quer juntamente com seus pais quer em instituição que o tenha acolhido. “Importa ressaltar que o dirigente da entidade onde estiver abrigada a criança é equiparado ao guardião, para todos os efeitos de direito, inclusive, para o efeito de determinação do foro competente (ECA, art. 93, par. ún.)”.³⁵

Verificado o foro competente, a petição inicial que lhe for endereçada, para ser formalmente perfeita, deve atender aos requisitos genéricos do art. 282 do CPC, bem assim os especificados pelo ECA em seus arts. 156 e 165, quais sejam:³⁶ (i) a autoridade judiciária a que

de 13.07.1990 e com a decisão judicial a respeito o que está conforme o art. 3.º da Convenção [Interamericana sobre Conflitos de Leis em Matéria de Adoção de Menores, firmada em La Paz, 1984] e mesmo seus arts. 4.º, 12 a 19” (Georgette Nacarato Nazo, Convenção Interamericana sobre Conflitos de Leis em Matéria de Adoção de Menores, parecer, *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, 1992 vol. 97, p. 87-92).

(33) Antônio Chaves, *Adoção internacional*, Belo Horizonte, EDUSP e Del Rey, 1994, p. 143-144.

(34) Lembra-nos Maristela Basso que, no âmbito dos Estados signatários da Convenção Relativa à Competência de Autoridades, Lei Aplicável e Reconhecimento de Decisões em Matéria de Adoção, firmada na Haia, em 1965, “é competente a autoridade do Estado em que o adotante tem seu domicílio ou de que este é nacional” (Convenções internacionais de direito de família e direito do menor, *Revista Advocacia Dinâmica, Seleções Jurídicas*, mar./abr. 1998, p. 48).

(35) Tarcísio José Martins Costa, ob. cit., p. 256.

(36) O rol sugerido por Tarcísio José Martins Costa (ob. cit., p. 257) é o seguinte: “I – a autoridade judiciária a que for dirigida; II – o nome, o

for dirigida; (ii) a qualificação do requerente e de seu cônjuge ou companheiro, se houver; (iii) a qualificação da criança e de seus pais, quando conhecidos; (iv) indicação de eventual parentesco com a criança, desde que não seja verificada em linha reta ascendente, nem tampouco em segundo grau colateral, indicando, se não for este o caso, a existência de parentes vivos; (v) indicação de eventual patrimônio da criança ou adolescente adotando; (vi) atendimento dos requisitos gerais e específicos dos arts. 42, 43 e 51 do ECA, e seus parágrafos (*vide* item 3.3.3, *infra*, neste Capítulo); (vii) fundamentos fáticos e jurídicos do pedido de adoção; (viii) indicação do cartório em que se encontra o adotando registrado, com a juntada da respectiva certidão de nascimento, se possível; (ix) especificação das provas que pretendam produzir, com o rol das testemunhas a serem ouvidas.

Poderá a parte, se for o caso, requerer, além da adoção, seja o pedido cumulado com a destituição do pátrio-poder-dever, se os pais do adotando ainda o exercerem, vez que “nenhuma incompatibilidade existe entre os pedidos: o juízo competente será o da Vara da Infân-

estado civil, a profissão e a residência do requerente e de seu eventual cônjuge, ou companheiro, com expressa anuência”. Cremos ser mais consentânea ao instituto a exigência de que ambos os cônjuges que se pretendem ver reconhecidos pais devam participar do processo, pleiteando a adoção, daí por que a anuência, extraída pelo autor do art. 165, que diz com a colocação em família substituta, parece-nos desnecessária diante da efetiva participação no processo. “III – a qualificação completa da criança ou adolescente, e de seus pais se conhecidos; IV – indicação de eventual parentesco com a criança, especificando se esta tem ou não parente vivo e, ainda, se possui bens, direitos, rendimentos”. A questão referente ao grau de parentesco há de ser temperada, de modo a não se afrontar a norma inserta no § 1.º do art. 42 do ECA. “V – o preenchimento de requisitos gerais e específicos contidos nos arts. 42, 43 e 51 do ECA, e seus respectivos parágrafos; VI – Os fundamentos fáticos e jurídicos do pedido de adoção; VII – indicação do cartório onde foi inscrito o nascimento, se possível, uma cópia da respectiva certidão; VIII – As provas que serão produzidas, oferecendo desde logo o rol de testemunhas e documentos”.

cia e da Juventude³⁷ e o procedimento a seguir o previsto nos arts. 155 e seguintes do ECA, correspondente ao procedimento ordinário do Código de Processo Civil e, como ele, o que admite a mais ampla possibilidade de defesa possível. Todavia, pode ocorrer que, uma vez estabelecido o procedimento contencioso, previsto nos arts. 155 e seguintes do ECA, para a ação de perda e suspensão do pátrio poder cumulada com adoção, a mãe biológica venha a comparecer aos autos durante o curso do processo, para concordar com o pedido de adoção. Essa concordância conduzirá tão-somente à perda do objeto da *ação de destituição do pátrio-poder-dever* e à conseqüente *decretação de extinção do processo*, no tocante à lide efetiva, subsistindo, no entanto, para apreciação, o pedido fim, ou seja, a adoção da qual a destituição ou o consentimento constitui-se em pressuposto lógico (ECA, arts. 45 e 169)".³⁸

A cumulação de pedidos configura, assim, diante da não concordância dos pais ou do representante legal do menor, a jurisdição contenciosa, em que o requerido terá dez dias para responder. Se não o fizer, não serão verificados os efeitos da revelia,³⁹ o que, entretanto, não impede o julgamento antecipado da lide.⁴⁰ Respondida a ação, terá o Ministério Público vista dos autos por cinco dias, salvo se for o requerente. Saneado o processo, proceder-se-á ao estudo psicossocial, de ofício ou a requerimento, marcando-se audiência de instrução e julgamento, sendo que da decisão proferida em audiência, ou não, cabe apelação em dez dias, contados da efetiva intimação das partes interessadas. A coisa julgada opera seus efeitos *ex nunc*, salvo se se tratar de destituição de pátrio-poder cumulada com adoção nuncupativa ou *post mortem*, prevista pelo § 5.º do art. 42 do ECA.

(37) Sobre o problema da competência exclusiva das Varas da Infância e da Juventude, *vide* o artigo de Rogério Medeiros Garcia de Lima, A competência nos pedidos de adoção, guarda e tutela, *RT*, vol. 695, p. 268-270.

(38) Tarcísio José Martins Costa, *ob. cit.*, p. 259.

(39) Conforme Ana Maria Moreira Marchesan, citada por Tarcísio José Martins Costa, *ob. cit.*, p. 264.

(40) (TJSP, Câm. Especial, Ap 12.596-0, Rel. Marino Falcão, j. 18.04.1991). Decisão citada por Tarcísio José Martins Costa, *ob. cit.*, p. 264-265.

Mas o mais comum é que a adoção recaia sobre criança abandonada ou que já tenha sido retirada do pátrio-poder-dever mal exercido, sem que exista um seu representante legal designado. Assim, a jurisdição será voluntária e diverso será o procedimento que vem regulado no art. 166, que, erroneamente, fala em suspensão e destituição⁴¹ do pátrio poder. Aqui, os pleiteantes devem formular diretamente o pedido em cartório, mediante petição assinada pelos próprios requerentes. Será, então, ouvido o representante legal ou os pais do menor, quando houver. Se estes se opuserem à adoção, a ação deverá adotar o procedimento da jurisdição contenciosa, sendo conferido prazo para aditamento da inicial por advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, o que, aliás, a doutrina entende, com razão, necessário já na fase postulatória voluntária, sob pena de se negar ao advogado a função indispensável à administração da Justiça, constitucionalmente prevista.

Ouidos os pais ou o representante legal do adotando bem como este, se maior de 12 anos (ou, se se entender aplicável a Convenção sobre os Direitos da Criança, toda criança que apresente sinais de maturidade – art. 12-1 *in fine*), determinará o juiz a realização de estudo psicossocial. Juntado este aos autos, será disponibilizada vista ao Ministério Público por cinco dias, devendo ser proferida a sentença em igual prazo.

O recurso de apelação eventualmente interposto em qualquer das hipóteses será recebido nos efeitos devolutivo e suspensivo, segundo

(41) "A nosso ver, o legislador estatutista equivocou-se profundamente ao equiparar, no dispositivo em tela, os pais suspensos do pátrio poder dos pais destituídos. Como se sabe, a suspensão do pátrio-poder-dever representa medida menos grave que, extinta a causa que a gerou, pode ser cancelada se não houver inconveniente na volta do menor ao convívio dos pais" (Tarcísio José Martins Costa, *ob. cit.*, p. 261). Impossível, portanto, a colocação da criança ou adolescente em família substituta. O Desembargador do TJSP Antônio César Peluso entende haver aqui, sob pena de inépcia, o ônus de cumular com pedido de destituição (cf. seus comentários ao art. 166, *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado – Comentários jurídicos e sociais*, 2. ed., coord. Munir Cury, Antônio Fernando do Amaral e Silva e Emílio García Mendez, São Paulo, Malheiros, 1996, p. 482).

a determinação do inc. VI do art. 198 do ECA, sendo esta norma cogente, “não comportando outra interpretação que não a de que a apelação, nesse caso, tem, obrigatoriamente, o efeito suspensivo”.⁴² Proposta da Deputada Rita Camata, aprovada na Câmara dos Deputados, pretendeu retirar a voluntariedade desse recurso, nos casos de adoção internacional, exigindo o reexame necessário das decisões concessivas, o que impediria a retirada da criança ou do adolescente do país.

Como os pais adotivos não poderiam aguardar por um ano, ou mais, em decorrência de seu trabalho, por exemplo, a apreciação do necessário reexame da questão, romper-se-iam os vínculos construídos entre a criança (que se sentiria novamente abandonada) e seus pais. Por esse motivo, o Senado Federal, por intermédio do relator do Projeto, Senador Odacir Soares, recebeu, à época, propostas no sentido de exigir-se o reexame necessário apenas naqueles Estados que não contassem com a institucionalização das Comissões Estaduais Judiciárias de Adoção (CEJA), previstas pelo art. 52, o que levou o bacharel Edson José da Fonseca a propor que a criação das CEJAs fosse obrigatória, modificando-se o art. 52 do ECA, de forma a que fosse substituída a expressão “poderá ser” pela locução “deverá ser”.⁴³ Até onde pudemos apurar, nenhum dos projetos foi levado adiante.

Este, portanto, o procedimento judicial decorrente da propositura da ação constitutiva de adoção em território nacional. Entretanto, faz-se mister a análise do processo anterior a que devem se submeter os adotantes diante de sua Autoridade Central, procedimento esse tipicamente pré-processual, desenvolvido entre as Autoridades Centrais dos Estados de acolhida e de origem da criança eventualmente adotável, inteiramente regulado pela Convenção da Haia de 1993, o que se fará no tópico seguinte, em que também se analisará o papel das CEJAs e CEJAIs.

⁽⁴²⁾ Nelson Nery Junior, *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado – Comentários jurídicos e sociais*, 2. ed., coord. Munir Cury, Antônio Fernando do Amaral e Silva e Emílio García Mendez, São Paulo, Malheiros, 1996, p. 585).

⁽⁴³⁾ Edson José da Fonseca, ob. cit., p. 259.

3.3.2 A função das Autoridades Centrais, dos Organismos Credenciados e das Comissões Estaduais Judiciárias de Adoção (CEJAs) Internacional (CEJAIs)

Para que o processo de adoção internacional possa se iniciar, entende a doutrina ser necessária a juntada aos autos, já na fase postulatória, do competente laudo de habilitação expedido nos termos do art. 52 do ECA, em que a Comissão Judiciária Estadual de Adoção (CEJA) ou a Comissão Judiciária Internacional de Adoção Internacional (CEJAI) emite seu parecer opinativo acerca das condições sócio-psicológicas dos adotantes. Muita controvérsia foi gerada acerca da vinculação que tal parecer deveria desempenhar no íntimo do magistrado sentenciante: alguns julgados entenderam que sua natureza era meramente opinativa;⁴⁴ Tarcísio José Martins Costa propugna que sua função é a de “pressuposto processual objetivo, indispensável à constituição válida da relação de processo nas ações de adoção requeridas por estrangeiros não-radicados no Brasil”,⁴⁵ cuja falta implicaria indeferimento da inicial com a conseqüente extinção do processo sem julgamento do mérito; por fim, há quem defenda a força vinculante do laudo sobre a decisão judicial, criando “sério problema no momento em que o juiz indeferir um pedido que tenha recebido o laudo positivo de habilitação”.⁴⁶

⁽⁴⁴⁾ TJMG, MS 68.214/6, Rel. Abreu Leite, *DJMG* 20.07.1997, citado por Tarcísio José Martins Costa, ob. cit., p. 255.

⁽⁴⁵⁾ Tarcísio José Martins Costa, ob. cit., p. 255. Também: “Adoção – Adotantes estrangeiros – Complementação do estudo social – Dispensa pela Comissão Estadual Judiciária de Adoção Internacional – Admissibilidade – Ato que se insere no juízo de conveniência da Comissão – Concessão da habilitação para adoção, ademais, que não excluirá a avaliação do conteúdo do estudo por parte do juiz competente. O laudo de habilitação é apenas requisito da admissibilidade do pedido de adoção, mas não é fundamento para sua concessão. Não vincula o Juiz, único competente para o reconhecimento e aplicação do instituto” (TJSP, Câmp. Especial, MS, Rel. Torres de Carvalho, j. 17.06.1993, *RJTJSP* 146/256).

⁽⁴⁶⁾ Liborni Siqueira, *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*, Rio de Janeiro, Forense, 1991, p. 123, citado por Tarcísio José Martins

Seja qual for a função emprestada ao laudo (“*determinante* da decisão judicial” ou “*condicionante* da atividade jurisdicional”⁴⁷), fato é que ele deve estar presente em todo processo, já desde 1990, quando foi promulgado o ECA, por força de seus arts. 51 e 52.

A Convenção da Haia de 1993 previu a necessidade de os Estados-partes determinarem Autoridades Centrais com competência para coordenar e controlar “os procedimentos administrativos em cada país, estabelecendo estreita cooperação, intercâmbio e informações sobre a criança e os pais adotivos, bem como sobre a legislação, objetivando sempre a proteção da criança”,⁴⁸ de acordo com os ditames da Convenção sobre os Direitos da Criança, da ONU.

Essas Autoridades Centrais serão em número de uma por Estado, podendo, entretanto, os países de regime federativo, como o Brasil, bem como aqueles em que vigorar mais de um sistema jurídico, optar por sua multiplicidade. Em nosso país, portanto, tal autoridade é exercida pelas CEJAs e CEJAIs,⁴⁹ que devem ser criadas por resolução dos Tribunais de Justiça.⁵⁰ Em São Paulo, a CEJAI é “formada por três desembargadores, dois juízes de direito de 2.º grau e dois juízes titulares de Varas de Infância (...), [é] vinculada à presidência do Tribunal de Justiça de São Paulo” e deverá fornecer “aos casais [e ou adotantes singulares] estrangeiros habilitados certificados, com validade prorrogável, para adotar crianças em qualquer Vara da Infância e Juventude”⁵¹ do país, vez que tal habilitação “terá validade

Costa, ob. cit., p. 254, que critica a posição do autor, invocando o dogma constitucional de que a aplicação da lei ao caso concreto é função privativa do magistrado.

⁽⁴⁷⁾ Tarcísio José Martins Costa, ob. cit., p. 255.

⁽⁴⁸⁾ Tarcísio José Martins Costa, ob. cit., p. 206.

⁽⁴⁹⁾ Conforme moção decidida e aprovada no III Encontro Nacional de Comissões Estaduais Judiciárias de Adoção realizada em São Paulo, em abril de 1996.

⁽⁵⁰⁾ Essa tem sido a prática, embora Tarcísio José Martins Costa (ob. cit., p. 254) lecionasse a necessidade de lei estadual para sua criação efetiva.

⁽⁵¹⁾ Maria Helena Diniz, *Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*, cit., p. 216.

em todo o território nacional”, estando os interessados “aptos a requerer a adoção em qualquer unidade federativa, desde que o documento expedido seja previamente inscrito no registro centralizado da Comissão Estadual onde se processará a adoção”.⁵² Se for negado tal laudo pela CEJA ou CEJAI competente, vale dizer, se não for aceito o laudo encaminhado pela Autoridade Central do país dos adotantes, nenhum recurso poderão interpor os interessados com vistas a exigir a modificação da posição do órgão, conforme já decidiu o TJMG.⁵³

As Autoridades Centrais exercem, além dessa função analítica da documentação trazida pelos interessados habilitantes, uma outra, que é a de expedir tal documentação quando os adotantes residirem habitualmente em território de sua competência.

Assim, deve providenciar um relatório do qual constem as informações sobre a identidade dos adotantes, a sua capacidade para adotar (vez que regulada pela lei da Autoridade Central – não podemos nos esquecer de que todos os Estados envolvidos são signatários da Convenção e, por isso, prevêm o elemento de conexão residência habitual), a sua aptidão, situação familiar, social, pessoal, médica, os motivos que os impulsionam a adotar, bem como o perfil da criança que estariam aptos a receber como sua.

Esse laudo deve ser encaminhado pela própria Autoridade Central do país de acolhida (da criança) à Autoridade Central do país de origem (da criança), para que esta possa fornecer a habilitação a que já nos referimos. Além da habilitação, deverá essa Autoridade Central elaborar um relatório semelhante ao enviado pela Autoridade do país de acolhida acerca das condições da criança adotada, para que possa

⁽⁵²⁾ Tarcísio José Martins Costa, ob. cit., p. 256.

⁽⁵³⁾ “O poder de decisão relativamente a pedido de adoção por estrangeiro é do Juiz da Comarca, e a Comissão Estadual Judiciária de Adoção tem a função de apenas emitir pareceres sobre a matéria. Assim, não cabe mandado de segurança contra indeferimento de habilitação perante a referida Comissão, uma vez que não há direito líquido e certo sendo atacado. Os direitos e deveres decorrentes do processo de adoção deverão ser discutidos junto ao Juízo competente, que decidirá a questão” (TJMG, 2.ª Câ., MS, Rel. Abreu Leite, j. 03.09.1996, RT 744/332).

ser desenvolvido um trabalho de acompanhamento referente à adaptação da criança a seu novo lar, sua nova família, seu novo Estado etc.

Por fim, cabe salientar que as Autoridades Centrais devem manter registro das Organizações que se destinam a intermediar os processos de adoção, credenciando-os, como única forma para sua atuação no país ou unidade federada.

3.3.3 Restrições legais

Regem-se as restrições⁵⁴ impostas ao processo adotivo pela lei do foro, como já tivemos oportunidade de dizer. Por óbvio, será impossível que o magistrado possa formalizar certo ato jurídico de caráter jurisdicional se sua lei impuser-lhe uma restrição, o que é plenamente concorde com a exposição já transcrita de Irineu Strenger, para quem “a forma é um modo de exteriorização da vontade, definido com certo arbítrio pelo Estado (...), as leis de forma são, pois, de observação imediata: a lei local parece ser efetivamente a melhor designada para preencher seu fim”.⁵⁵

Assim, a primeira e principal restrição imposta pela lei nacional é a referente à intenção de estrangeiros em adotar uma criança ou um adolescente por um modo que não seja o da adoção plena. Com efeito, nossa legislação só conhece essa *forma* de efetivação da relação parental entre o adotante e o menor de 18 anos. Por este motivo, deve o juiz negar seguimento ao processo que vise forma diversa de adoção de criança ou adolescente, por impossibilidade jurídica do pedido, extinguindo-o sem julgamento do mérito.

(54) Antônio Chaves lembra casos curiosos de restrições que as leis podem impor: em decorrência do caráter racial (Itália e Alemanha da II Guerra, Texas, Nevada), devido à diferença de sexo (Grã-Bretanha, Quebec, Colômbia, Panamá). Mas lembra, com base em Marc Ancel, que a tendência das legislações modernas é fazer desaparecer exigências desse tipo (A adoção de crianças brasileiras por estrangeiros não residentes no país”, *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, 1984, vol. 29, p. 28-43).

(55) Irineu Strenger, ob. cit., p. 370.

Mas outras restrições decorrem das normas referentes ao tema, em vigor, hoje, no Brasil. Assim é que fica vedada a adoção por procuração, expediente tão usado e costumeiro à época do revogado Código de Menores pelos estrangeiros.⁵⁶ A norma, inserta no par. ún. do art. 39, do ECA, “permite um maior controle dos intermediários (advogados ou agências), que, muitas vezes, operam no campo da adoção com objetivos que vão além da proteção dos interesses da criança e ingressam francamente na obtenção de vantagens financeiras”,⁵⁷ atendendo, assim, a legislação interna aos conclamos dos tratados internacionais sobre a questão, vez que são unânimes no sentido de vedar qualquer proveito econômico decorrente da intermediação entre adotantes e adotados. Some-se a este nobre propósito o quanto dito no item precedente.

Nossa lei condiciona, ainda, a constituição da relação parental ao estágio de convivência, pelo período mínimo de quinze dias, se o adotando contar até dois anos completos, ou de trinta dias, no mínimo, se o adotando for maior de dois anos. Cabe ao órgão judicante fixar o prazo que entender cabível e necessário à hipótese, atendo-se, sempre, às severas críticas da doutrina ao longo prazo que se possa exigir em casos como esses, em decorrência, primordialmente, dos prejuízos de ordem econômica e trabalhista que podem os adotantes sofrer em seus Estados. Normalmente, aproveitam-se os estrangeiros do período de férias para vir ao Brasil atender à exigência salutar do estágio de convivência,⁵⁸ motivo pelo qual qualquer prolongamento de sarrazado implica violação aos direitos fundamentais ao trabalho e ao sustento. Mais uma vez o prudente arbítrio é a bússola necessária ao juiz.

(56) Mediante outorga de “procuração a um conhecido brasileiro, davam entrada ao processo de adoção de nossas crianças” (Maria Helena Diniz, *Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*, cit., p. 215).

(57) Maria Josefina Becker, ob. cit., p. 138.

(58) “A exigência do período de convivência em território nacional impede a interferência de intermediários no trato com a criança e permite uma observação do modo como se estabelece o vínculo com os pais adotivos.” “No caso de crianças muito pequenas, a adaptação depende fundamentalmente dos pais adotivos e se assemelha bastante à adaptação dos novos pais biológicos com seu recém-nascido.” (Maria Josefina Becker, ob. cit., p. 152.)

O Estatuto da Criança e do Adolescente exige ainda a comprovação da habilitação do adotante para realizar a adoção, o que se faz, normalmente, como vimos, por intermédio das Autoridades Centrais previstas na Convenção da Haia de 1993, mormente em decorrência da concordância dos países não contratantes “em utilizá-la de modo a atender aos interesses do país de origem e do que receberá a criança”.⁵⁹ Também se exige a apresentação de estudo psicossocial do adotante feito por agência especializada de seu país de origem e examinado pela CEJA(I) do Estado em que vá a adoção se efetivar.

Deverá o pleiteante apresentar a legislação pertinente de seu país, sempre que o juiz a solicitar, bem como fazer prova de sua vigência no território em que habitualmente resida, o que não se faz por forma pré-determinada, vez que, pela técnica do Direito Internacional Privado, pode até mesmo o juiz dispensar tal prova, desde que a conheça ou se esforce para conhecê-la ou mesmo caso ordene, *ex officio*, as diligências que considerar necessárias para conhecê-la.⁶⁰ Cabe ressaltar que todo documento estrangeiro que for anexado aos autos deve ser traduzido, de forma juramentada, e autenticado pela autoridade consular consoante dispõem os tratados internacionais.

Por fim, o novo registro de nascimento observará as disposições da lei do local da constituição do ato jurídico solene. Assim, aplicável é nossa Lei de Registros Públicos, com a decorrente observância das formas e procedimentos que impõe.

3.4 Efeitos gerados pela nova relação parental⁶¹

Este é, com certeza, o tema mais intrincado de nosso estudo. Primeiramente pela gama de efeitos que são gerados pela nova relação

⁽⁵⁹⁾ Tânia da Silva Pereira, A adoção no Brasil após a Constituição Federal de 1988 e as novas perspectivas legais para a adoção internacional, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro*, vol. 2, p. 417-431, 1994.

⁽⁶⁰⁾ Amílcar de Castro, ob. cit., p. 265.

⁽⁶¹⁾ Analisaremos o tema sob o aspecto do conflito de leis no espaço. Acerca de eventual conflito de leis no tempo, seja-nos permitido transcrever as pala-

parental. Posteriormente porque não há uniformidade de tratamento legislativo e doutrinário acerca de qual o elemento de conexão que deva ser respeitado para cada uma das consequências. Uma tentativa possível de sistematização é termos em vista o adotado.⁶² A partir dele, separarmos os efeitos que se produzem em nível de estado familiar, relativamente à sua família biológica e à nova família a que adere. De outro lado, efeitos se produzem com relação ao estado pessoal, daí advindo relações de nacionalidade e de nome.

As questões decorrentes da sucessão do adotando, dos pais biológicos deste e de seus pais adotivos escapam aos limites deste trabalho, vez que se inserem no ramo do direito das sucessões com elemento estrangeiro, que se submetem a elementos de conexão distintos. Por este motivo, não nos referiremos, aqui, à sucessão, cabendo, apenas, deixar assente que o adotado rompe quase todos os vínculos, inclusive, e principalmente, os sucessórios, relativamente à sua família biológica.

3.4.1 Efeitos relativos ao estado familiar do adotado

3.4.1.1 Família biológica

A relação de parentesco com a família biológica, como bem se pode perceber, não envolve elemento estrangeiro, ainda que conco-

bras de Miguel Maria de Serpa Lopes: “Na substância como na forma, a filiação adotiva é regida segundo a lei em vigor no momento em que se completa, como um ato jurídico. Os efeitos da adoção são contudo governados pelas leis sucessivas que vierem a reger o instituto, porque se trata de uma situação jurídica decorrente pura e simplesmente de uma permissão legal, o que é reconhecido tanto por subjetivistas como pelos objetivistas. Apenas a doutrina de ambas as correntes são igualmente acordes em que a extinção posterior do instituto não importa no término das adoções estabelecidas regularmente de acordo com a lei revogada” (*Comentário teórico e prático da Lei de Introdução ao Código Civil*, Rio de Janeiro, Livraria Jacinto Editora, 1943, vol. I).

⁽⁶²⁾ Ao nos referirmos aos efeitos decorrentes da nova relação parental, temos em vista uma adoção efetivada, motivo pelo qual passaremos a nos referir

mitante a decretação da perda do pátrio-poder-dever com a adoção internacional. A relação é meramente nacional e o que a causa não é o interesse da família ou adotante estrangeiro sobre a criança ou adolescente. Assim, não há que se falar em conflito de leis no espaço, aplicando-se a lei brasileira à espécie. O Direito Internacional Privado não deve interferir nessa relação. Dessa forma, rompem-se todos os vínculos com a família de origem, exceto aquele estabelecido por razões eugênicas, que é o impedimento matrimonial,⁶³ em virtude da disposição inserta no art. 41, *caput*, do ECA. Portanto, deixará o adotado de ser filho de seus pais biológicos, o que terá reflexos acerca do nome, que constitui um dos caracteres de seu estado pessoal. Entretanto, subsistirá o quanto disposto nos incs. I e IV do art. 183 do CC, nulificando eventual casamento convolado entre o adotado e seus ascendentes biológicos, bem assim entre ele e aqueles que seriam seus parentes colaterais, caso não existisse a adoção.

Também é aplicável à questão a norma do art. 26-1, c, da Convenção da Haia de 1993, que dispõe que “o reconhecimento da adoção [pelo Estado de acolhida] implicará o reconhecimento: c) da ruptura do vínculo de filiação preexistente entre a criança e sua mãe e seu pai, se a adoção produzir este efeito no Estado Contratante em que ocorreu”.

3.4.1.2 Família adotiva

No que se refere à relação que se estabelece entre o adotante e o adotado, surge o conflito de leis no espaço. É que se trata de questão de Direito de Família, cuja norma de Direito Internacional Privado

à criança ou adolescente como adotado, voltando ao termo adotando apenas quando a verificação do juiz deva se ater aos efeitos que eventual aplicação da lei estrangeira possa gerar em afronta à ordem pública, quando então servirá de subsídio para sua decisão denegatória.

⁽⁶³⁾ “Quando a proibição incide sobre o parentesco consanguíneo, ela se justifica, principalmente, em razão de natureza eugênica, pois enlacs dessa natureza podem, em virtude do atavismo, realçar defeitos e taras que se encontravam nos antepassados” (Sílvia Rodrigues, *Direito civil – Direito de família*, vol. 6, 23. ed., São Paulo, Saraiva, 1998, p. 37).

pertinente é a do art. 7.º da LICC, que manda seja aplicada a lei do domicílio das partes. Ora, nesse caso, uma das partes é já domiciliada no exterior, mas a outra ainda não o é. Todavia, determina a nossa lei que o filho adquira o domicílio dos pais ou responsáveis. Por isso, os efeitos que nascem entre os pais e o filho, decorrentes da adoção, serão regulados pela lei do Estado de acolhida, o que parece ser óbvio se atinarmos que é lá, naquele Estado, que as partes terão o transcorrer de suas vidas.

Por esse motivo, seria de todo recomendável que o magistrado processante buscasse conhecer a lei do local para onde será encaminhada a criança ou o adolescente adotado, perquirindo se aquele sistema jurídico reconhece a igualdade de tratamento entre os membros da prole.

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, conforme trecho anteriormente citado de Georgette Nacarato Nazo, relativo à forma, mas que nos dá as diretrizes daquilo que expusemos, no seguinte teor: “se o estrangeiro quiser adotar no Brasil, ficará subordinado à legislação interna: adoção plena, aplicando-se-lhe as determinações da Lei 8.069, de 13.07.1990, e com a decisão judicial a respeito”.⁶⁴

Além do mais, se assim não agisse o juiz, estaria negando vigência à norma do art. 43 do ECA que determina que as adoções internacionais “só serão concedidas se representarem reais vantagens para o adotando e, principalmente, fundarem-se em motivos legítimos”.⁶⁵

Preferível, então, que ele entregasse a criança a um lar nacional, que reconheceria, ainda que por força de lei, a condição de filho, indiscriminadamente.

⁽⁶⁴⁾ Georgette Nacarato Nazo, Convenção Interamericana sobre Conflitos de Leis em Matéria de Adoção de Menores, parecer, *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, vol. 97, p. 87-92, 1992.

⁽⁶⁵⁾ Cláudia Lima Marques, ob. cit., p. 15.

3.4.2 Efeitos relativos ao estado pessoal do adotado

3.4.2.1 Nome

A questão do nome é de suma importância, vez que afeta o *status personalis* do indivíduo em seu âmago, naquilo que diz com sua identidade mesma, e regula-se pela lei brasileira sempre que a adoção se constitua no Brasil.⁶⁶

É absolutamente compreensível que os pais adotivos pretendam dar um novo prenome à criança adotada, mormente nos casos de adoção internacional, em que o adotado será levado a um outro Estado, no qual os nomes têm outra grafia e outra pronúncia, principalmente em se tratando dos nomes mais tradicionais, como José, João, Antônio, Maria, Ana ou mesmo outros como Alexandre, Henrique, Elisabete; outros nomes são inteiramente desconhecidos no país de acolhida, como pode ocorrer, por exemplo, com nomes de origem indígena. Outros, ainda, atribuídos ao adotado na esteira de modismos ditados pelas novelas de televisão ou por personagens da História, principalmente os de origem estadunidense, podem gerar desconforto aos adotantes ou mesmo ao adotado no Estado de acolhida. Basta pensar num casal francês adotando uma criança chamada Washington...

Tudo isso deve ser levado em consideração pelo magistrado processante, que deverá fundamentar a autorização ou a proibição de mudança do prenome requerida também de forma fundamentada, atendendo-se, ainda, aos problemas psicológicos que podem advir da modificação do prenome. Segundo Maria Josefina Becker, “não é recomendável tal alteração, a partir do momento em que a criança se identifica com seu próprio nome, o que, em geral, ocorre já nos primeiros meses de vida”. E acrescenta que, “de um modo geral, nesses casos, manter o nome original é uma forma de respeitar a identidade da criança e de manifestar a aceitação, sem reservas, de sua pessoa”.⁶⁷

⁽⁶⁶⁾ Maria Helena Diniz, *Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*, cit., p. 218.

⁽⁶⁷⁾ Maria Josefina Becker, cit., p. 154. V. tb. nossas considerações acerca do direito ao nome, no item 2.1, *supra*, Capítulo 2.

Por óbvio, os apelidos de família serão modificados *ipso facto*, vez que a adoção configura modificação do estado familiar, autorizando novo registro de nascimento,⁶⁸ determinado por mandado judicial do qual não se fornecerá certidão, garantindo-se, assim, o sigilo referente à origem da criança. O mandado será arquivado e cancelará o registro original do adotado, produzindo-se um novo, do qual constarão os nomes dos novos pais e de seus ascendentes, extraindo-se certidão de nascimento da qual não constará nenhuma ressalva referente à origem do parentesco, em atenção à norma constitucional orientadora do art. 47 do ECA, ora em exame, norma constitucional essa no sentido da igualização da condição de filho, seja qual for a origem.

Todavia, pode a autoridade judiciária entender conveniente que se extraia certidão do mandado, se tal providência for necessária para a salvaguarda de direitos do adotado. Comentando o dispositivo, Antônio Chaves cita artigo do Juiz do TRF da 5.^a Região Lázaro Guimarães, publicado em *O Estado de São Paulo* de 06.01.1991, e afirma “que, embora a sentença de adoção tenha, no Brasil, nos termos desse art. 47, natureza constitutiva, preocupa-se a lei ‘em resguardar os interesses futuros do adotado, no país estrangeiro, fazendo com que sejam atendidas também as prescrições referentes à qualidade do

⁽⁶⁸⁾ Mas nem sempre as coisas se deram dessa maneira, conforme se pode depreender da lição do saudoso Rubens Limongi França. O Código Civil nada dispunha referentemente ao nome do adotado, o que levou Spencer Vampré a afirmar que seria natural que o filho adotivo assumisse o nome do pai adotivo, o que não seria, entretanto, obrigatório. O Decreto 5.318, de 29.02.1940, alterando a redação do art. 70 da Lei do Registro Civil, pareceu proibir a modificação do nome, vez que qualquer alteração nesse sentido deveria preservar e proteger os apelidos de família. Serpa Lopes, entretanto, propugnou que tal vedação não poderia ser absoluta, apenas não decorreria a modificação do nome da adoção mesma. Necessário seria que o adotado pedisse a alteração do seu nome de família. A Lei 3.133, de 08.05.1957, pôs fim às discussões referentes ao alcance da norma do art. 70 retrocitado, deixando expressamente ao adotado a escolha do nome que adotaria (*Do nome civil das pessoas naturais*, 2. ed., São Paulo, RT, 1964, p. 236-237). Hoje, a matéria é regulada pelo ECA, conforme o que está exposto no texto.

adotante, no seu país. A finalidade do dispositivo é, claramente, a de assegurar ao adotado o reconhecimento da condição de filho do adotante no país para o qual deverá ser levado”.⁶⁹

3.4.2.2 Nacionalidade

“A nacionalidade é o vínculo político-jurídico que liga uma pessoa ou um bem (navio ou aeronave) a um Estado. Tal vínculo (de sujeição) torna o nacional *súdito* do referido Estado. (...) Desse conceito deriva a verificação de que a nacionalidade é matéria, efetivamente, de direito substantivo (público constitucional). Por isso, sempre que suscitada tal matéria no âmbito do direito internacional privado (que é composto de regras do chamado sobre-direito), a mesma virá apresentada sob a forma de questão prévia.”⁷⁰

Assim, no caso da adoção internacional, não há que se discutir sobre qual a lei aplicável para regular as questões atinentes à perda ou aquisição da nacionalidade. A criança ou o adolescente adotados permanecerão com sua nacionalidade brasileira reconhecida e assegurada, a menos que o adotado pretenda, de forma espontânea, adquirir a nacionalidade de seus pais adotivos, quando então será declarada a perda da nacionalidade brasileira, segundo o disposto no inc. II do § 4.º do art. 12 da CF/88. Pode ocorrer, entretanto, que a legislação (público-constitucional) do Estado de acolhida exija a naturalização do adotado, como condição para que possa permanecer no território em que os adotantes residam habitualmente. Nesse caso, o Estado brasileiro reconhecerá subsistir a nacionalidade brasileira, segundo o disposto na alínea *b* do mesmo inc. II citado anteriormente.

⁽⁶⁹⁾ Antônio Chaves, in *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado – Comentários jurídicos e sociais*, 2. ed., coord. Munir Cury, Antônio Fernando do Amaral e Silva e Emílio García Mendez, São Paulo, Malheiros, 1996, p. 153.

⁽⁷⁰⁾ José Roberto Franco da Fonseca, *Reflexos internacionais da nacionalidade*, *Direito e comércio internacionais, tendências e perspectivas – Estudos em homenagem a Irineu Strenger*, p. 132, São Paulo, LTr, 1994, p. 130-138.

O constituinte admitiu tal hipótese de manutenção da nacionalidade ao reconhecer que o “disciplinamento da nacionalidade” está “em estreito relacionamento com os fatores da vida social”, motivo pelo qual “não poderia deixar de levar em conta que, querendo ou não, de forma mais ou menos passageira, transformamo-nos em país de emigração”,⁷¹ o que acarretou a suavização da regra da perda em virtude de aquisição voluntária.

Percebe-se, portanto, que “o tema exorbita, por conseguinte, as possibilidades das regras de conflito”.⁷² Apenas por curiosidade, são países que permitem a naturalização do adotado, segundo Tarcísio José Martins Costa, Itália, França, Suécia, Holanda, Espanha, Suíça, Reino Unido, Bélgica, China, Irlanda, Japão e Polônia, sendo que Alemanha e Romênia vedam expressamente tal aquisição da nacionalidade pelo adotado.

3.5 Exequatur da sentença constitutiva da adoção

Pela Convenção da Haia de 1993, “a adoção certificada pela autoridade competente do Estado onde ocorreu será reconhecida de pleno direito pelos demais Estados Contratantes”,⁷³ o que só poderá ser

⁽⁷¹⁾ João Grandino Rodas, *A nacionalidade da pessoa física no Brasil após 1988, Direito e comércio internacionais, tendências e perspectivas – Estudos em homenagem a Irineu Strenger*, p. 236-237, São Paulo, LTr, 1994, p. 221-239. Vide também, do mesmo autor, *A nacionalidade da pessoa física*. São Paulo, RT, 1990.

⁽⁷²⁾ Tarcísio José Martins Costa, ob. cit., p. 157.

⁽⁷³⁾ Maria Helena Diniz, *Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*, cit., p. 222. Assim, também, o Professor Emérito da Università Di Milano Piero Ziccardi, em texto anterior à assinatura da Convenção, quando diz que “essa è anche la base della norma dell’art. 23, che attribuisce riconoscimento automatico, tra gli Stati parte della futura convenzione, agli atti di adozione deliberati in conformità alle prescrizioni della convenzione. Soluzione codesta che risolve, eliminandoli, i problemi di conflitto, grazie all’instaurazione di una vera e propria comunità di diritto tra gli Stati che entreranno del sistema delle adozioni preconizzato dal progetto dell’Aja.” (Ordine Pubblico e Convenzioni Internazionali nel Riconoscimento di Atti

recusado se o Estado de acolhida entender que o reconhecimento da adoção ofende sua ordem pública, conforme determina seu art. 24. A ordem pública, aqui, diz respeito à condição da criança ou adolescente adotado, em decorrência de um qualquer prejuízo que esse reconhecimento possa acarretar a sua pessoa humana. Assim, percebe-se, desnecessário será o *exequatur* da sentença constitutiva da relação de parentesco se ambos os Estados (de origem e de acolhida da criança ou adolescente) forem signatários da Convenção e enquanto essa adoção tiver de produzir seus efeitos apenas entre esses Estados.

Se, todavia, pretenderem as partes, adotantes ou adotado, que a eficácia da relação parental entre eles instituída seja reconhecida por uma terceira ordem jurídica até então estranha ao processo adotivo, ser-lhes-á necessário requerer o reconhecimento da sentença nesse Estado. E isso porque “a adoção, seja nacional – sem nenhum elemento de estraneidade relevante –, seja internacional – que nasce absolutamente internacional –, é um ato estrangeiro em todos os Estados alheios à sua constituição”.⁷⁴

Assim, será necessário, não só no exemplo figurado, mas sempre que um dos Estados envolvidos (que não seja parte na Convenção) não aceite sua aplicação ao caso concreto, como vem ocorrendo em algumas oportunidades,⁷⁵ que se requeira o *exequatur* da sentença, alegando-se sempre que “a possibilidade de reconhecer um procedimento estrangeiro é admitida na maior parte dos Estados como consequência do duplo princípio da colaboração internacional e da economia processual”,⁷⁶ seguindo-se daí o procedimento previsto para a competente concessão do *exequatur* pelo Estado em que se pretende ver executada ou reconhecida a sentença constitutiva da nova relação parental.

Stranieri di Adozione di Minori, p. 6, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Milano, vol. 31, n. 1, p. 5-16, genn/mar 1995.)

⁽⁷⁴⁾ Tarcísio José Martins Costa, ob. cit., p. 158.

⁽⁷⁵⁾ Tânia da Silva Pereira, ob. cit., p. 417-431.

⁽⁷⁶⁾ Tarcísio José Martins Costa, ob. cit., p. 158.

A POSIÇÃO JURÍDICA DO MAGISTRADO

SUMÁRIO: 4.1 Em face dos pais biológicos – 4.2 Em face dos Organismos Credenciados – 4.3 Sua discricionariedade em face dos adotantes nacionais.

Em diversos momentos referimo-nos ao prudente arbítrio, que deve se constituir na bússola necessária do magistrado processante nesse tema tão intrincado e, como vimos, tão permeado pela subjetividade que se verifica na ordem pública. Dignidade da pessoa humana, direitos humanos da criança e do adolescente, pátrio-poder-dever, entidades familiares, relações entre a prole e os pais distintas daquelas que se desenvolvem entre os próprio ascendentes entre si são temas que têm rogado nova sistematização e outro prisma de enfrentamento por parte da doutrina e dos aplicadores do Direito.

A nova legislação brasileira acerca das relações familiares e, principalmente, filiais deve ser interpretada pelos magistrados segundo uma conjugação dos temas que relacionamos acima.

Perceber-se-á que a aplicação ampla e integral dos novos instrumentos legislativos, mormente daqueles firmados no seio da comunidade internacional e adotados pelo Estado brasileiro, constitui-se em garantia do devido processo legal, afirmador da mais ampla defesa e possibilitador de pleno contraditório entre aqueles atores que, na seara do Poder Judiciário, buscam, cada qual a seu modo e por seus fundamentos, garantir o integral respeito aos direitos da criança e do adolescente. Todavia, tornam-se cada vez mais nítidos os papéis desempenhados por cada interessado.

A exigência propugnada pelos tratados internacionais no sentido da participação ativa de Autoridades Centrais controladoras da lisura do proceder jurisdicional tende a pôr um fim ao proceder discricionário do magistrado.

Desta feita, o que se exporá a seguir é mais uma análise do que deva ser a postura do magistrado em um processo adotivo, diante dos personagens envolvidos, do que um alinhar desarrastado de críticas e acusações, apesar de se tecerem, aqui, algumas análises acerca de casos noticiados pela imprensa nacional.

4.1 Em face dos pais biológicos

Em face dos pais biológicos, a postura do magistrado deve ser a mais serena e, ao mesmo tempo, investigativa possível. Sua função diante desses personagens, num processo que vá desencadear uma adoção internacional (quer como questão principal quer como questão prejudicial), é a de decidir acerca da perda do pátrio-poder-dever eventualmente mal exercido. Assim, se entender inócua o mal exercício, será impossível que a criança ou o adolescente envolvido seja adotado.

Por outro lado, não pode o magistrado entender, ao alvedrio da lei, estar presente uma das causas autorizativas de perda do pátrio-poder-dever, sem que esteja ela sobejamente comprovada pelos meios em direito admitidos. Não deve temer o magistrado, em função dos bens jurídicos dignos de proteção envolvidos (mormente aquele da dignidade da pessoa humana), a possibilidade de imiscuir-se no campo probatório, o que se constitui um seu poder-dever.¹

A questão acerca da perda do pátrio-poder-dever irregular tem sido muito debatida em decorrência de denúncias veiculadas pela imprensa paulista baseadas em informações de que um magistrado monocrático estaria decretando a perda de forma indevida. Dão conta tais notícias de que os processos na Comarca de Jundiaí, onde estava o referido magistrado julgando, encerravam-se de forma muito rápi-

⁽¹⁾ Sobre o assunto, *vide* a interessante dissertação de José Roberto dos Santos Bedaque, *Poderes instrutórios do juiz*, 3. ed., São Paulo, RT, 1999.

da e sempre com a determinação da perda do pátrio-poder-dever. Chegaram-se a vincular notícias no sentido de que o fundamento para tais perdas era, muitas vezes, o de ausência de condições financeiras adequadas para a criação, sustento e manutenção da prole. Posteriormente, tais denúncias passaram a envolver o órgão do Ministério Público estadual que oficiava naquela Comarca.

Ainda segundo as denúncias, assim que perdido o pátrio-poder-dever, as crianças eram encaminhadas a processos de adoção internacional invariavelmente concedidas, sem que se buscasse anteriormente sua colocação em lares nacionais.

Analizadas as denúncias pela Comissão Parlamentar de Inquérito instaurada no Senado Federal para a apuração de irregularidades no Poder Judiciário nacional, houve por bem o Relator da CPI incluir em seu relatório final as conclusões acerca dos envolvidos no caso de Jundiaí, em pelo menos 204 processos de adoção internacional.

Diante da repercussão que a imprensa deu ao caso, o Tribunal de Justiça de São Paulo agiu com presteza e anulou alguns dos processos. As mães anteriormente destituídas de suas funções foram reintegradas a seus filhos, restabelecendo-se, assim, a convivência familiar necessária. Muitas delas (cerca de sessenta), entretanto, aguardam ainda o pronunciamento do Órgão Especial do Tribunal de Justiça, sendo certo que se encontram organizadas e são chamadas de “as mães da Praça do Fórum”, em alusão às “mães da Praça de Maio” argentinas que perderam contato com seus filhos por ocasião do regime militar naquele país e do grande número de desaparecidos políticos ali existente.

Em matéria publicada no dia 04.05.2000, o jornal *Folha de S. Paulo*, em seu caderno São Paulo, p. 3-7, intitulada “Alemanha teme ‘caso Elián’ com Brasil”, traz notícia acerca da situação da criança E. C. R., de 4 anos de idade, retirada de sua mãe em Jundiaí e entregue em adoção a um casal de alemães, em 1998. Segundo a decisão do magistrado, a mãe cometia maus-tratos contra a filha, segundo provava a denúncia levada a efeito por um tio da criança, irmão da mãe. Todavia, perícia retrospectiva determinada pelo TJSP constatou a inexistência de lesões físicas e psíquicas na criança. O Tribunal, assim, determinou fosse anulado o processo, ante a fragilidade das provas coligidas contra a mãe.

Surpreendentemente, no entanto, a menina não pôde retornar a sua família biológica, vez que se encontra já na Alemanha, convivendo com seus pais adotivos... Tal fato causa perplexidade diante da norma do art. 51, § 4.º, do ECA, que veda a saída de adotando do território nacional enquanto não efetivada a adoção. Saliente-se que, nos outros três processos já decididos pelo TJSP, as crianças estavam no país, aguardando a decisão final.

O Ministério das Relações Exteriores já encaminhou ao Judiciário alemão pedido de busca e apreensão da criança e, ao que tudo indica, o caso terá desfecho tranqüilo e rápido, decorrente do receio que os órgãos diplomáticos alemães têm demonstrado de que o caso se transforme num grande incidente diplomático envolvendo Brasil e Alemanha.

4.2 Em face dos Organismos Credenciados

Escrevendo logo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o juiz e o promotor de justiça da Comarca de Campinas, responsáveis pela então chamada Vara de Menores, propugnavam interessantes sugestões referentes ao procedimento a ser regulado para as adoções internacionais, constitucionalmente previsto. Sobreveio o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Brasil aderiu aos diversos Tratados Internacionais acerca do assunto. Pode-se, assim, cotejando as sugestões e as normas supervenientes, no que se refere aos intermediários² nos processos adotivos transnacionais, hoje chamados, pela Convenção da Haia de 1993, Organismos Credenciados, verificar a pertinência das sugestões então apresentadas e a postura que deve o magistrado assumir em convivência direta com esse tipo de entidade. O trecho merece reprodução:

(2) São intermediários que mantêm escritório de representação no Brasil (levantamento de 1993), segundo Antônio Augusto Guimarães de Souza (Adoções independentes, *RT*, vol. 691, p. 253): AiBi (Milão), Nova (Torino), Amam (Nápoles), SPAI (Ancona), da Itália; Les Amis des Enfants du Monde (Montrouge), Medecins du Monde (Paris), Oeuvre de l'adoption (Lille), da França; Un jour... un enfant e Sourires d'enfants (Liege), da Bélgica; Eltern fur Kinder (Essen), Alemanha; Bras Kind (Klötten, Zurique), da

“É recomendável todo o cuidado por parte do casal na escolha e por parte do governo no cadastramento e autorização de entidade que promova a adoção internacional. Afinal, é ela, em resumo, a representante fidedigna do governo e do casal adotante perante o Estado em que se fará a adoção.”³ Hoje, tal função cabe, nos Estados signatários da Convenção da Haia, às Autoridades Centrais, que mantêm cadastrados e acreditam tais organismos. Saliente-se que os casais devem, por isso, dirigir-se às Autoridades Centrais antes de entrar em contato com qualquer desses organismos credenciados.

Mas, continuam os autores, denotando a importância que a citada Convenção assume nos dias de hoje:

“Não raro, são encontráveis entidades inidôneas, interessadas apenas no retorno pecuniário que o casal signifique e pouco ou nada interessadas no bem-estar das partes envolvidas.

Entidades dessa natureza [para que se evite a inidoneidade] não de ser sempre cadastradas, autorizadas e reconhecidas pelos respectivos governos, que as deverão fiscalizar de perto, com rigor, impedindo ou evitando procedimentos escusos, que põem em risco e comprometem o instituto da adoção e o bom nome dos casais⁴ e dos governos a que elas se subordinam.”⁵

Neste ponto, os autores traçam uma série de atitudes que devem ser efetivadas pelas entidades, de forma a denotar sua seriedade, tais como: selecionar casais para adoção, preparando-os para tanto; assessorar tais casais; cuidar dos relatórios de pós-colocação e seu en-

Suíça; Nicwo (Haia), Bannd (Groningen), da Holanda; FFIA (Gotemburgo), da Suécia; Inoradopt (Kristiansanden), da Noruega e dos EUA, Holt International (Eugene, Oregon) e Limiar (Ohio).

(3) Dimas Borelli Thomaz Júnior e João Luiz Portolan Galvão Minnicelli, ob. cit., p. 93.

(4) Hoje em dia, o “bom nome dos casais” não é mais posto em cheque, vez que o cadastramento deve ser efetuado pelas Autoridades Centrais, que fazem a intermediação entre os adotantes e os organismos credenciados, velando pelo bom andamento do procedimento.

(5) Dimas Borelli Thomaz Júnior e João Luiz Portolan Galvão Minnicelli, ob. cit., p. 93.

vio ao juízo processante; preocupar-se com o *exequatur*; enfim, tarefas hoje afetas às Autoridades Centrais dos países signatários.

Taçam, ao depois, caracteres da seriedade de tais entidades, que merecem reprodução, por garantir critérios aos membros das Comissões Judiciárias Estaduais de Adoção acerca do cadastramento das mesmas:

“A entidade de adoção internacional que se queira idônea não paga pela formalização de qualquer tipo de adoção; não recomenda procedimentos extralegais; não auxilia casais na obtenção de crianças por meios escusos; não sai à cata de crianças indiscriminadamente; não instiga em famílias pobres a entrega de crianças para adoção; não fomenta a idéia de que a adoção em países pobres ou subdesenvolvidos é fácil; não ilude casais nem cria em crianças adotáveis expectativas desnecessárias ou irreais.”⁶

Além desses dados, ressalta-se aquele que denota a maior comprovação de lisura: a passividade. Segundo os autores,⁷ a entidade séria aguarda a indicação, pelo juízo, de qual seja a criança ideal para os adotantes, o que hoje deve se dar de acordo com os termos em que expedidos os relatórios psicossociais da Autoridade Central do país de acolhida (perfil da criança que o adotante está apto a receber), bem assim do país de origem (perfil da criança).

Por tudo isso, e em decorrência dos novos textos legislativos aprovados e ratificados no Brasil, deve o magistrado processante enxergar no intermediário um verdadeiro auxiliar da Justiça, acreditado pelas Autoridades Centrais envolvidas e dotado de fé no sentido de que busca o bem-estar da criança acima de tudo, conforme determina a normativa internacional.

4.3 Sua discricionariedade em face dos adotantes nacionais

Determina o Estatuto da Criança e do Adolescente que a criança deva ser, preferentemente, entregue à adoção por um casal nacional,

⁽⁶⁾ Dimas Borelli Thomaz Júnior e João Luiz Portolan Galvão Minnicelli, ob. cit., p. 93.

⁽⁷⁾ Dimas Borelli Thomaz Júnior e João Luiz Portolan Galvão Minnicelli, ob. cit., p. 94.

ou melhor, um casal domiciliado em território nacional. Visa tal norma garantir que a criança ou o adolescente integrados em seu meio social possam nele permanecer, mantendo seus laços de cultura, língua e costumes, sempre se atendo ao interesse superior da criança.

Entretanto, diante das dificuldades colocadas pelos adotantes nacionais, que buscam selecionar características nas crianças a serem adotadas, impondo idade, traços raciais, condições de saúde física e mental etc., dificuldades essas sempre lembradas pelas professoras Georgette Nacaratto Nazo e Maria Helena Diniz em suas obras, estará o magistrado autorizado a encaminhar a criança mais velha; que não apresente aqueles traços raciais preferidos pelos nacionais; aquelas crianças que apresentem imperfeições físicas; que sejam portadoras de síndromes e doenças de cunho mental etc. Estará o magistrado autorizado a encaminhar tais crianças aos lares estrangeiros, sempre que os laudos encaminhados e analisados pelas Autoridades Centrais indicarem a disponibilidade e a capacidade dos adotantes para assumir, com desprendimento e amor, como se seus filhos biológicos fossem (porque filhos serão) as crianças nessas condições.

Estará aqui presente a subsidiariedade de que trata o ECA ao determinar a preferência pelo lar nacional, resguardando a hipótese, constitucionalmente prevista, diga-se, de adoção internacional, se tal for a melhor forma de se garantir o interesse maior da criança, que é, sem dúvida, aquele de ser recebida em um lar apto a proporcionar-lhe o bem-estar, a saúde, a educação condizentes com seu estado físico ou mental, vez que o melhor interesse da criança enquanto conceito legal é uma categoria complementar de direitos da criança reconhecidos e legalmente regulados. O interesse da criança enquanto princípio tem sua raiz na noção e na classificação do conceito de interesse, que varia de acordo com as especificidades decorrentes da imaturidade e da dependência. O problema maior reside, assim, na avaliação das necessidades da criança.⁸

Igualmente ao ECA, privilegiando o interesse superior da criança, também dispõe a Convenção da Haia de 1993, que, segundo

⁽⁸⁾ Nenad Hlaca, Genetic counseling and the best interest of the child, p. 87, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Bilbao, julio-diciembre 1999, vol. 11, p. 85-94.

Nathalie Meyer-Fabre,⁹ deixa uma grande margem de manobra ao Estado de origem para apreciar se uma adoção internacional responde ao interesse superior da criança, bem como para controlar o respeito ao princípio de subsidiariedade. Este princípio, já afirmado no preâmbulo e que serve de inspiração ao art. 21, *b*, da Convenção das Nações Unidas, parte da idéia de que o interesse da criança é *a priori* de não ser desligado de seu meio. Ele impõe, em consequência, o exame prioritário das possibilidades de manutenção da criança em seu Estado natal em detrimento da efetivação de uma adoção internacional.

Seja como for, fato é que, como todo princípio legal, o melhor interesse da criança deve ser balanceado em confronto com outros interesses não menos relevantes. A decisão final e responsável é sempre uma opção política.¹⁰

Assim, diante da subsidiariedade de que a adoção internacional se reveste, não apenas no plano jurídico meramente nacional, como também no ordenamento internacional, deve o magistrado processante buscar sempre localizar adotantes residentes e domiciliados no território nacional, garantindo-lhes a primazia no convívio e na adoção da criança,¹¹ por ter sido essa a opção política do legislador nacional, embora já tenha o TJRJ decidido de forma diversa.¹²

⁽⁹⁾ Nathalie Meyer-Fabre, ob. cit., p. 269.

⁽¹⁰⁾ Nenad Hlaca, ob. cit., p. 89.

⁽¹¹⁾ "Conforme o disposto no art. 31 da Lei 8.069/90, a adoção por família substituta estrangeira é medida excepcional, devendo-se recorrer a tal procedimento somente depois de esgotadas todas as possibilidades de manutenção da criança na própria família ou em outra família no seu país de origem, com a necessária consulta ao Cadastro Central de Adotantes" (TJSP, Câm. Especial, AgIn, Rel. Lair Loureiro, j. 14.11.1996, RT 740/163).

⁽¹²⁾ "Preenchidos todos os requisitos exigidos por lei para o procedimento de adoção por estrangeiros, o fato de ser dada preferência a casal brasileiro não pode prevalecer em situações que, devidamente comprovadas, tragam vantagens para o adotado em obter uma vida melhor" (TJRJ, Conselho da Magistratura, Proc. originário, Rel. Paulo Sérgio Fabião, j. 04.06.1998, RT 757/300).

5

CONCLUSÃO

1. Os costumes e o Direito antigos apenas consideravam como filhos aqueles que nasciam da relação matrimonial estável e reconhecida pelo Direito, o que se deve, na origem, a razões de ordem religiosa.

2. É a Revolução Francesa que primeiro prega, ainda que de forma tímida e transitória, a igualização da prole, independentemente da relação travada entre os genitores, enquanto decorrência do ideal de igualdade pregado no Século das Luzes.

3. No Brasil, essa igualização se dá com a Constituição Federal de 1988, quando a família adquire prestígio constitucional, vez que a atual República se funda na dignidade da pessoa humana e a tem como objetivo primordial.

4. Tal evolução, aliada aos avanços científicos experimentados pelas ciências biológicas e médicas, implicou o reconhecimento, por alguns, da falência da presunção *pater is est*, denominada paternidade jurídica, privilegiando-se, assim, a paternidade denominada biológica, determinada por exames DNA.

5. Como reação, e em decorrência de experimentos de fecundação laboratorial que incluem um terceiro e até um quarto ente na relação parental, desenvolveu-se a teoria da paternidade afetiva, que privilegia a intenção de ser pai e ser mãe, sobrepondo-a à verdade biológica, e que se amolda de forma excepcional à doutrina da proteção integral da criança e do adolescente buscada pelo legislador nacional e internacional.

6. A evolução experimentada pelo instituto jurídico da filiação tem reflexos importantes no campo da adoção, vez que os filhos não

biológicos passam a dispor e gozar dos mesmos direitos e deveres que os filhos genéticos.

7. A adoção passa a ser plena e implica a total quebra dos vínculos familiares com a família de origem, exceto aqueles instituídos por razões eugênicas, como o são os impedimentos matrimoniais, que subsistem. Não se admite, portanto, a adoção de um menor de 18 anos por contrato, de forma e com eficácia limitadas.

8. Embora ainda aplicada a adoção civil (regulada pelo Código Civil de 1916) aos maiores de 18 anos, propusemos sua total revogação e a aplicação, por analogia, das regras do Estatuto da Criança e do Adolescente também aos maiores de 18 anos, como forma de se garantir a plena eficácia do art. 227, § 6.º, da CF.

9. Também as questões genéticas têm implicação no caso de adoções, mormente naquelas internacionais, em decorrência da diversidade de tratamento legislativo verificada entre os vários sistemas jurídicos existentes no que respeita ao sigilo ou à abertura dos dados referentes à origem e destino das crianças adotadas.

10. Os instrumentos internacionais não são claros a esse respeito. Em um primeiro momento parecem aderir ao sistema da confidencialidade dos dados para, posteriormente, abrirem a possibilidade do conhecimento de tais dados.

11. Isso implica, no mais das vezes, o reconhecimento do direito à conhecer a paternidade biológica, vez que as crianças adotadas de forma transnacional o são, normalmente, por famílias de países culturalmente atrelados ao sistema da abertura dos dados, o que deve sempre ser deferido com o competente acompanhamento psicossocial.

* * *

12. O Direito interno distingue a criança do adolescente, o que não ocorre nos documentos internacionais. Nestes, criança é todo ser humano menor de 18 anos de idade. No Direito brasileiro, criança é o ser humano menor de 12 anos e adolescente aquele que conte entre 12 e 18 anos de idade.

13. Toda criança tem o direito a receber um prenome e um nome de família, de forma a ser plenamente individualizada, sabendo-se pertencente a um grupo familiar que a acolherá e a manterá de forma

respeitosa e com vistas ao pleno desenvolvimento de sua dignidade enquanto pessoa humana, o que é garantido pela legislação nacional e pelos documentos internacionais, enquanto medidas profiláticas e não mais apenas corretivas das patologias já instaladas.

14. Também o Estado, a sociedade e a comunidade estão obrigados, de forma solidária, a garantir a manutenção e o bem-estar das crianças e adolescentes, assegurando que a convivência familiar e comunitária se desenvolvam de forma sadia.

15. A não observação desses direitos e garantias implica a perda ou a suspensão do pátrio-poder-dever, como forma garantística da dignidade da pessoa humana infanto-juvenil.

16. A criança e o adolescente têm a liberdade de ir, vir e ficar, "sujeitos à autorização dos pais ou responsáveis, segundo os critérios de conveniência e educação". No que concerne a restrições impostas por terceiros e pelas autoridades, a liberdade só será tolhida nas hipóteses legalmente previstas.

17. A liberdade é ainda garantida como forma de expressão e de titularidade de opinião nas questões que digam respeito à sua dignidade, como educação, religião, política etc.

* * *

18. A adoção internacional é ato jurídico solene e complexo que, como tal, envolve vários aspectos de estraneidade. Em decorrência disso, apresenta-se uma multiplicidade de elementos de conexão a serem verificados em cada vertente da relação, de forma a se garantirem os interesses de todas as partes e Estados envolvidos.

19. A capacidade para adotar, assim, rege-se pela lei pessoal do(s) adotante(s), que é a lei de sua residência habitual, por força do disposto na Convenção da Haia de 1993.

20. Deve o magistrado processante ater-se à verificação dos aspectos referentes ao estado civil, idade e tutela, de forma a se respeitar a ordem pública, mas não deve perquirir acerca da tentativa de se fraudar a lei pessoal do adotante quando este pretender adotar um seu filho considerado por sua lei como ilegítimo, vez que tal problema é passível de resolução apenas na hipótese de necessidade de homologação da sentença.

21. Rege sempre a capacidade para ser adotado a lei brasileira, vez que o juiz nacional será competente para julgar apenas hipóteses de adoção internacional quando a criança adotanda for residente habitual do Estado brasileiro, elemento de conexão que é o aplicável.

22. A forma do ato jurídico solene é determinada pela lei do foro competente, ou seja, as formalidades e o procedimento a serem observados são os previstos pela lei do magistrado que preside o processo, observados os diplomas internacionais ratificados pelo Estado brasileiro.

23. As Autoridades Centrais dos Estados nacionais envolvidos no processo constitutivo da nova relação parental devem manter-se em constante comunicação, que deve iniciar-se antes da propositura da competente ação, permanecer durante os trâmites legais e manter-se posteriormente, de forma a desenvolver um acompanhamento e uma fiscalização da adoção internacional perpetrada.

24. Os Organismos Credenciados junto às Autoridades Centrais devem atender aos princípios e regras gerais fixados pela Convenção, servindo de verdadeiros auxiliares da justiça nacional.

25. A adoção internacional deferida gera efeitos muitos, que se regulam por várias leis, de acordo com a maior irradiação de efeitos verificada. Assim, relativamente à família biológica, regula as relações entre esta e a criança a lei nacional das partes, por inexistir elemento estrangeiro; com referência à família adotiva, regulará os efeitos a lei do Estado de acolhida da criança; relativamente ao nome, regula a sua perda e aquisição do novo a lei brasileira, que presidiu a constituição do novo vínculo; com relação, enfim, à nacionalidade, trata-se de questão de Direito Público (constitucional) Interno, em que não se há de perquirir acerca da lei aplicável.

26. A exeqüibilidade da sentença constitutiva será imediata entre aqueles Estados que sejam signatários da Convenção da Haia de 1993, bem assim naqueles Estados que admitam sua aplicação em seu Direito interno.

* * *

27. Nesse cenário, assume o magistrado um papel de suma importância, dependendo de seu proceder a lisura e o bom andamento do

instituto da adoção internacional, subsidiária da adoção meramente interna por força legal.

28. Assim, deve sempre se ater ao interesse superior da criança ou adolescente adotandos, de forma a privilegiar sua dignidade de pessoa humana, garantindo-lhes quer a continuidade em território nacional (primordialmente) quer o encaminhamento ao exterior se o apego e o convívio com o adotante internacional assim indicarem ser a melhor das opções.

BIBLIOGRAFIA

- ADORNO, Sérgio e MESQUITA, Myriam. Direitos humanos para crianças e adolescentes: O que há para comemorar?. *O cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem*. Coord. Alberto do Amaral Júnior e Cláudia Perrone Moisés. São Paulo: Edusp – Fapesp, 1999.
- AMARAL, Francisco. *Direito civil – Introdução*. 3. ed. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2000.
- AMARAL E SILVA, Antônio Fernando do, CURY, Munir e MENDEZ, Emílio García (coordenação). *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado – Comentários jurídicos e sociais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- BARBOZA, Heloísa Helena. Novas relações de filiação e paternidade. *Repensando o direito de família, Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- . O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. *A família na travessia do milênio, Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- BASSO, Maristela. Convenções internacionais de direito de família e direito do menor. *Revista Advocacia Dinâmica, Seleções Jurídicas*, mar.-abr. 1998.
- BATTIFOL, Henri e LAGARDÉ, Paul. *Traite de Droit International Privé*. Paris: LGDJ, 1970.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. São Paulo: RT, 1999.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Princípios elementares de direito internacional privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934.
- BORBA, Andréa de Miranda. O indivíduo na comunidade internacional. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, vol. 34, n. 29. Recife, 1990.
- BRIBOSIA, Hervé. Transparence et secrets autour des adoptions internes et internationales. *Revue Internationale de Droit Comparé*, vol. 45, n. 4. Paris, 1993.
- BUSTAMANTE y SIRVEN, A. S. *Projet de code de droit international privé*. Paris, 1934.

- CAMOLEZ, Denise. O Direito sob o signo trágico do subdesenvolvimento (notas sobre a adoção de crianças por estrangeiros). *Livro de Estudos Jurídicos*, n. 2. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1991.
- CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. *Repensando o direito de família, Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- CASTRO, Amílcar de. *Direito internacional privado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- CELIDONIO, Jorge. O "Estatuto" e a adoção de menores. *RT*, vol. 665.
- CHAVES, Antônio. A adoção de crianças brasileiras por estrangeiros não residentes no país. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial* 29/28-43, 1984.
- . *Adoção internacional*. Belo Horizonte: Edusp e Del Rey, 1994.
- COSTA, Tarcísio José Martins. *Adoção transnacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. 8. ed. Trad. de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. Rio de Janeiro: Ediouro, s/d.
- CURY, Munir, AMARAL E SILVA, Antônio Fernando do e MENDEZ, Emílio García (coordenação). *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado – Comentários jurídicos e sociais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- D'AMATO, Anthony. Cross-Country Adoption: a Call to Action. *Notre Dame Law Review*, vol. 73, n. 5, Notre Dame, 1998.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993. vol. 5.
- . *Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- DOLINGER, Jacob. *A evolução da ordem pública no direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1979.
- ESPÍNOLA, Eduardo e ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *A Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro comentada*. Rio de Janeiro, 1944.
- FACH GÓMEZ, Katya. Convenio de la Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional. *Revista Peruana de Derecho Internacional*, vol. 48, n. 112. Lima, 1998.
- FACHIN, Luiz Edson. A nova filiação – Crise e superação do estabelecimento da paternidade. *Repensando o direito de família, Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

- FERNANDEZ ARROYO, Diego P. Convención Interamericana sobre Restituición Intrenacional de Menores de 15 de julio de 1989. *Revista de Informação Legislativa*, n. 111. Brasília, 1991.
- FONSECA, Edson José da. A constitucionalidade da adoção internacional. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política* 11/247-264.
- FONSECA, José Roberto Franco. Reflexos internacionais da nacionalidade. *Direito e comércio internacionais, tendências e perspectivas – Estudos em homenagem a Irineu Strenger*. São Paulo: LTr, 1994.
- FRANÇA, Rubens Limongi. *Do nome civil das pessoas naturais*. 2. ed. São Paulo: RT, 1964.
- FRANCO, Alberto Silva. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: RT, 1997. vol. I, tomo II.
- GAMA E SILVA, Luis Antônio. Da ordem pública no direito internacional privado. *Revista de Direito e Estudos Sociais*, tomo I, 1969.
- GARRO, Alejandro M. Armonización y Unificación del Derecho Privado en America Latina: Esfuerzos, Tendencias y Realidades. *Direito e comércio internacionais, tendências e perspectivas – Estudos em homenagem a Irineu Strenger*. São Paulo: LTr, 1994.
- GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 2. ed. Trad. de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina. La aplicación en España del Convenio de la Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional. *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 95, n. 2. Barcelona, 1996.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Se eu soubesse que ele era meu pai.... *Direito civil, estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- HLACA, Nenad. Genetic counseling and the best interest of the child. *Revista de Derecho y Genoma Humano* 11/85-94. Bilbao, julio-diciembre 1999.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: RT, 1995.
- . *Temas de direito de família*. São Paulo: RT, 1994.
- LIMA, Rogério Medeiros Garcia de. A competência nos pedidos de adoção, guarda e tutela. *RT*, vol. 695.
- LIRA, Ricardo César Pereira. Breve estudo sobre as entidades familiares. *Repensando o direito de família, Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- MACHADO, João Baptista. *Lições de direito internacional privado*. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1985.

- MARQUES, Cláudia Lima. Novas regras sobre adoção internacional no direito brasileiro. *RT*, vol. 692.
- MAYOR DE HOYO, Maria Victoria. Notas acerca del convenio de haya sobre adopción internacional. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, nov. 1995.
- MENDEZ, Emílio García, CURY, Munir e AMARAL E SILVA, Antônio Fernando do (coordenação). *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado – Comentários jurídicos e sociais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- MESQUITA, Myriam e ADORNO, Sérgio. Direitos humanos para crianças e adolescentes: O que há para comemorar?. *O cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem*. Coord. Alberto do Amaral Júnior e Cláudia Perrone Moisés. São Paulo: Edusp – Fapesp, 1999.
- MEYER-FABRE, Nathalie. La Convention de la Haya du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale. *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 83, n. 2. Paris, 1994.
- MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. *Derecho internacional privado*, 6. ed. Madrid: Ediciones Atlas, 1972. tomo primero.
- MINICELLI, João Luiz Portolan Galvão e THOMAZ Jr., Dimas Borelli. Instrumento legal da adoção internacional e meios de coibição do tráfico internacional de crianças. *RT*, vol. 641.
- MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Adoção – Algumas contribuições psicanalíticas. *Direito de família e ciências humanas*, Caderno de Estudos n. 1 do Instituto de Estudos Interdisciplinares de Direito de Família. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1997.
- NAZO, Georgette Nacarato. *Adoção internacional*. São Paulo: Ed. Oliveira Mendes, 1997.
- . Adoção transnacional e os atos plurilaterais de que o Brasil participa. *A família na travessia do milênio, Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- . Convenção Interamericana sobre Conflitos de Leis em Matéria de Adoção de Menores, parecer. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados* 97/87-92. 1992.
- NOVO dicionário Aurélio da língua portuguesa. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.
- OPPETIT, Bruno. Les Principes Généraux en droit international privé. *Archives de Philosophie du Droit*, n. 32, p. 178-187, 1987.
- PEREIRA, Tânia da Silva. A Adoção no Brasil após a Constituição Federal de 1988 e as novas perspectivas legais para a adoção internacional. *Revis-*

- ta da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro* 2/417-431. 1994.
- . O princípio do melhor interesse da criança: da teoria à prática. *A família na travessia do milênio, Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil – Introdução ao direito civil constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- PINESCHI, Laura. L'Adozione da Parte di Persona Singola: Obblighi Internazionali e Profili Internazionaleprivatistici. *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale* vol. 31, n. 1. Milano, genn./mar. 1995.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996.
- e PIROTTA, Wilson Ricardo Buqueti. A proteção dos direitos reprodutivos no direito internacional e no direito interno. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- PIROTTA, Wilson Ricardo Buqueti e PIOVESAN, Flávia. “A proteção dos direitos reprodutivos no direito internacional e no direito interno”. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1965.
- REALE, Miguel. *Teoria do direito e do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- ROCA I TRÍAS, Encarna. Adopción y dato biogenéticos: el proyecto genoma humano como auxiliar de las técnicas de desarrollo de la personalidad. *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, vol. 4. Bilbao: Fundación BBV, 1994.
- RODAS, João Grandino. *A nacionalidade da pessoa física*. São Paulo: RT, 1990.
- . A nacionalidade da pessoa física no Brasil após 1988. *Direito e comércio internacionais, tendências e perspectivas – Estudos em homenagem a Irineu Strenger*. São Paulo: LTr, 1994.
- . Choice of Law Rules and the Major Principles of Brazilian Private International Law. *A Panorama of Brazilian Law*. Miami: University of Miami, 1992.
- . *Direito internacional privado brasileiro*. São Paulo: RT, 1993.
- RODRIGUES, Maria Stella Villela Souto Lopes. *A adoção na Constituição Federal – O ECA e os estrangeiros*. São Paulo: RT, 1994.

- RODRIGUES, Sílvia. *Direito civil – Direito de família*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. vol. 6.
- SAJÓN, Rafael. *Evaluación de Legislación sobre Adopción en las Americas*. Washington: Secretaria Geral da OEA, 1981.
- SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Comentário teórico e prático da Lei de Introdução ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho Ed., 1943. vol. I.
- SILVA FILHO, Artur Marques. *O regime jurídico da adoção estatutária*. São Paulo: RT, 1997.
- SOUZA, Antônio Augusto Guimarães de. Adoções independentes. *RT* 691.
- STRECK, Lênio Luiz. As convenções internacionais, o Direito de Família e a crise do paradigma em face do Estado Democrático de Direito. *Revista Advocacia Dinâmica*, mar.-abr. 98.
- STRENGER, Irineu. *Direito internacional privado*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1996.
- TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- . A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- THOMAZ Jr., Dimas Borelli e MINICELLI, João Luiz Portolan Galvão. Instrumento legal da adoção internacional e meios de coibição do tráfico internacional de crianças. *RT*, vol. 641.
- URIUNDO DE MARTINOLI, Amalia. Convencion interamericana sobre tráfico internacional de menores – CIDIP V – Mexico, 1994. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba*, vol. 3, n. 1, p. 171-97, 1995.
- VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980. vol. II.
- VAN LOON, J. A. Os aspectos legais da adoção internacional e a proteção da criança. Tradução de Ana Inés Algorta Latorre e Sabina Cavalli. *Uma vida dedicada ao direito – Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho*. São Paulo: RT, 1995.
- VARGAS, Marlizete Maldonado. Casos especiais de adoção – Algumas questões para debate. *Direito de família e ciências humanas*, Caderno de Estudos n. 1 do Instituto de Estudos Interdisciplinares de Direito de Família. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1997.
- VERA, Elisa Perez. El Concepto de Orden Público en el Derecho Internacional. *XIII Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*. Lima, Peru: sem edição, 1982.

- VERONESE, Josiane Rose Petry. *Os direitos da criança e do adolescente*. São Paulo: LTr, 1999.
- VERWILGHEN, Michel. La genese d'une Convention sur l'adoption d'enfants originaires de l'étranger. *Revue Belge de Droit International*, vol. 24, n. 2, Bruxelles, 1991.
- VIANA, Guaraci de Campos. Adoção internacional. *Livro de estudos jurídicos*, n. 2. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1991.
- VILLELA, João Baptista. Família hoje. *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- . Repensando o Direito de Família. *Repensando o direito de família, Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- WENGLER, Wilhelm. L'Évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable. *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 79, n. 4, p. 657-681, Paris, 1990.
- ZARRALUQUI, Luis. *Procreación Asistida y Derechos Fundamentales*. Madrid: Editorial Tecnos, 1988.
- ZICCARDI, Piero. Ordine Pubblico e Convenzioni Internazionali nel Riconoscimento di Atti Stranieri di Adozione di Minori. *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. 31, n. 1, p. 5-16, Milano, genn./mar. 1995.

APÊNDICE

DECRETO 3.087, DE 21.06.1999*

Promulga a Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, concluída na Haia, em 29 de maio de 1993.

O Presidente da República, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso VIII, da Constituição,

Considerando que a Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional foi concluída na Haia, em 29 de maio de 1993;

Considerando que o Congresso Nacional aprovou o Ato multilateral em epígrafe por meio do Decreto Legislativo n. 1, de 14 de janeiro de 1999;

Considerando que a Convenção em tela entrou em vigor internacional em 1.º de maio de 1995;

Considerando que o Governo brasileiro depositou o Instrumento de Ratificação da referida Convenção em 10 de março de 1999, passará a mesma a vigorar para o Brasil em 1.º de julho de 1999, nos termos do parágrafo 2.º de seu artigo 46,

Decreta:

Art. 1.º A Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional concluída na Haia, em 29 de maio de 1993, apensa por cópia a este Decreto, deverá ser executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém.

Art. 2.º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 21 de junho de 1999; 178.º da Independência e 111.º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Luiz Felipe Lampreia

(*) Publicado no *Diário Oficial* de 22.06.1999, Seção 1.

CONVENÇÃO RELATIVA À PROTEÇÃO DAS CRIANÇAS E À COOPERAÇÃO EM MATÉRIA DE ADOÇÃO INTERNACIONAL

Os Estados signatários da presente Convenção,

Reconhecendo que, para o desenvolvimento harmonioso de sua personalidade, a criança deve crescer em meio familiar, em clima de felicidade, de amor e de compreensão;

Recordando que cada país deverá tomar, com caráter prioritário, medidas adequadas para permitir a manutenção da criança em sua família de origem;

Reconhecendo que a adoção internacional pode apresentar a vantagem de dar uma família permanente à criança para quem não se possa encontrar uma família adequada em seu país de origem;

Convencidos na necessidade de prever medidas para garantir que as adoções internacionais sejam feitas no interesse superior da criança e com respeito a seus direitos fundamentais, assim como para prevenir o seqüestro, a venda ou o tráfico de crianças; e

Desejando estabelecer para esse fim disposições comuns que levem em consideração os princípios reconhecidos por instrumentos internacionais, em particular a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1989, e pela Declaração das Nações Unidas sobre os Princípios Sociais e Jurídicos Aplicáveis à Proteção e ao Bem-estar das Crianças, com Especial Referência às Práticas em matéria de Adoção e de Colocação Familiar nos Planos Nacional e Internacional (Resolução da Assembleia Geral 41/85, de 3 de dezembro de 1986),

Acordam as seguintes disposições:

CAPÍTULO I

Âmbito de Aplicação da Convenção

Artigo 1

A presente Convenção tem por objetivo:

- a) estabelecer garantias para que as adoções internacionais sejam feitas segundo o interesse superior da criança e com respeito aos direitos fundamentais que lhe reconhece o direito internacional;
- b) instaurar um sistema de cooperação entre os Estados Contratantes que assegure o respeito às mencionadas garantias e, em consequência, previna o seqüestro, a venda ou o tráfico de crianças;
- c) assegurar o reconhecimento nos Estados Contratantes das adoções realizadas segundo a Convenção.

Artigo 2

1. A Convenção será aplicada quando uma criança com residência habitual em um Estado Contratante ("O Estado de origem") tiver sido, for, ou deva ser deslocada para outro Estado Contratante ("O Estado de acolhida"), quer após sua adoção no Estado de origem por cônjuges ou por uma pessoa residente habitualmente no Estado de acolhida, quer para que essa adoção seja realizada, no Estado de acolhida ou no Estado de origem.

2. A Convenção somente abrange as adoções que estabeleçam um vínculo de filiação.

Artigo 3

A Convenção deixará de ser aplicável se as aprovações previstas no art. 17, alínea c, não forem concedidas antes que a criança atinja a idade de 18 (dezoito) anos.

CAPÍTULO II

Requisitos para as Adoções Internacionais

Artigo 4

As adoções abrangidas por esta Convenção só poderão ocorrer quando as autoridades competentes do Estado de origem:

- a) tiverem determinado que a criança é adotável;
- b) tiverem verificado, depois de haver examinado adequadamente as possibilidades de colocação da criança em seu Estado de origem, que uma adoção internacional atende ao interesse superior da criança;
- c) tiverem-se assegurado de:
 - 1) que as pessoas, instituições e autoridades cujo consentimento se requeira para a adoção hajam sido convenientemente orientadas e devidamente informadas das consequências de seu consentimento, em particular em relação à manutenção ou à ruptura, em virtude da adoção, dos vínculos jurídicos entre a criança e sua família de origem;
 - 2) que estas pessoas, instituições e autoridades tenham manifestado seu consentimento livremente, na forma legal prevista, e que este consentimento se tenha manifestado ou constatado por escrito;
 - 3) que os consentimentos não tenham sido obtidos mediante pagamento ou compensação de qualquer espécie nem tenham sido revogados, e
 - 4) que o consentimento da mãe, quando exigido, tenha sido manifestado após o nascimento da criança; e
 - d) tiverem-se assegurado, observada a idade e o grau de maturidade da criança, de:

1) que tenha sido a mesma convenientemente orientada e devidamente informada sobre as consequências de seu consentimento à adoção, quando este for exigido;

2) que tenham sido levadas em consideração a vontade e as opiniões da criança;

3) que o consentimento da criança à adoção, quando exigido, tenha sido dado livremente, na forma legal prevista, e que este consentimento tenha sido manifestado ou constatado por escrito;

4) que o consentimento não tenha sido induzido mediante pagamento ou compensação de qualquer espécie.

Artigo 5

As adoções abrangidas por esta Convenção só poderão ocorrer quando as autoridades competentes do Estado de acolhida:

a) tiverem verificado que os futuros pais adotivos encontram-se habilitados e aptos para adotar;

b) tiverem-se assegurado de que os futuros pais adotivos foram convenientemente orientados;

c) tiverem verificado que a criança foi ou será autorizada a entrar e a residir permanentemente no Estado de acolhida.

CAPÍTULO III

Autoridades Centrais e Organismos Credenciados

Artigo 6

1. Cada Estado Contratante designará uma Autoridade Central encarregada de dar cumprimento às obrigações impostas pela presente Convenção.

2. Um Estado federal, um Estado no qual vigoram diversos sistemas jurídicos ou um Estado com unidades territoriais autônomas poderá designar mais de uma Autoridade Central e especificar o âmbito territorial ou pessoal de suas funções. O Estado que fizer uso dessa faculdade designará a Autoridade Central à qual poderá ser dirigida toda comunicação para sua transmissão à Autoridade Central competente dentro desse Estado.

Artigo 7

1. As Autoridades Centrais deverão cooperar entre si e promover a colaboração entre as autoridades competentes de seus respectivos Estados a fim de assegurar a proteção das crianças e alcançar os demais objetivos da Convenção.

2. As Autoridades Centrais tomarão, diretamente, todas as medidas adequadas para:

a) fornecer informações sobre a legislação de seus Estados em matéria de adoção e outras informações gerais, tais como estatísticas e formulários padronizados;

b) informar-se mutuamente sobre o funcionamento da Convenção e, na medida do possível, remover os obstáculos para sua aplicação.

Artigo 8

As Autoridades Centrais tomarão, diretamente ou com a cooperação de autoridades públicas, todas as medidas apropriadas para prevenir benefícios materiais induzidos por ocasião de uma adoção e para impedir qualquer prática contrária aos objetivos da Convenção.

Artigo 9

As Autoridades Centrais tomarão todas as medidas apropriadas, seja diretamente ou com a cooperação de autoridades públicas ou outros organismos devidamente credenciados em seu Estado, em especial para:

a) reunir, conservar e permutar informações relativas à situação da criança e dos futuros pais adotivos, na medida necessária à realização da adoção;

b) facilitar, acompanhar e acelerar o procedimento de adoção;

c) promover o desenvolvimento de serviços de orientação em matéria de adoção e de acompanhamento das adoções em seu respectivo Estado;

d) permutar relatórios gerais de avaliação sobre as experiências em matéria de adoção internacional;

e) responder, nos limites da lei do seu Estado, às solicitações justificadas de informações a respeito de uma situação particular de adoção formuladas por outras Autoridades Centrais ou por autoridades públicas.

Artigo 10

Somente poderão obter e conservar o credenciamento os organismos que demonstrarem sua aptidão para cumprir corretamente as tarefas que lhes possam ser confiadas.

Artigo 11

Um organismo credenciado deverá:

a) perseguir unicamente fins não lucrativos, nas condições e dentro dos limites fixados pelas autoridades competentes no Estado que o tiver credenciado;

b) ser dirigido e administrado por pessoas qualificadas por sua integridade moral e por sua formação ou experiência para atuar na área de adoção internacional;

c) estar submetido à supervisão das autoridades competentes do referido Estado, no que tange à sua composição, funcionamento e situação financeira.

Artigo 12

Um organismo credenciado em um Estado Contratante somente poderá atuar em outro Estado Contratante se tiver sido autorizado pelas autoridades competentes de ambos os Estados.

Artigo 13

A designação das Autoridades Centrais e, quando for o caso, o âmbito de suas funções, assim como os nomes e endereços dos organismos credenciados devem ser comunicados por cada Estado Contratante ao *Bureau Permanente* da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado.

CAPÍTULO IV

Requisitos Processuais para a Adoção Internacional

Artigo 14

Pessoas com residência habitual em um Estado Contratante, que desejem adotar uma criança cuja residência habitual seja em outro Estado Contratante, deverão dirigir-se à Autoridade Central do Estado de sua residência habitual.

Artigo 15

1. Se a Autoridade Central do Estado de acolhida considerar que os solicitantes estão habilitados e aptos para adotar, a mesma preparará um relatório que contenha informações sobre a identidade, a capacidade jurídica e adequação dos solicitantes para adotar, sua situação pessoal, familiar e médica, seu meio social, os motivos que os animam, sua aptidão para assumir uma adoção internacional, assim como sobre as crianças que eles estariam em condições de tomar a seu cargo.

2. A Autoridade Central do Estado de acolhida transmitirá o relatório à Autoridade Central do Estado de origem.

Artigo 16

1. Se a Autoridade Central do Estado de origem considerar que a criança é adotável, deverá:

a) preparar um relatório que contenha informações sobre a identidade da criança, sua adotabilidade, seu meio social, sua evolução pessoal e familiar, seu histórico médico pessoal e familiar, assim como quaisquer necessidades particulares da criança;

b) levar em conta as condições de educação da criança, assim como sua origem étnica, religiosa e cultural;

c) assegurar-se de que os consentimentos tenham sido obtidos de acordo com o art. 4.º; e

d) verificar, baseando-se especialmente nos relatórios relativos à criança e aos futuros pais adotivos, se a colocação prevista atende ao interesse superior da criança.

2. A Autoridade Central do Estado de origem transmitirá à Autoridade Central do Estado de acolhida seu relatório sobre a criança, a prova dos consentimentos requeridos e as razões que justificam a colocação, cuidando para não revelar a identidade da mãe e do pai, caso a divulgação dessas informações não seja permitida no Estado de origem.

Artigo 17

Toda decisão de confiar uma criança aos futuros pais adotivos somente poderá ser tomada no Estado de origem se:

a) a Autoridade Central do Estado de origem tiver-se assegurado de que os futuros pais adotivos manifestaram sua concordância;

b) a Autoridade Central do Estado de acolhida tiver aprovado tal decisão, quando esta aprovação for requerida pela lei do Estado de acolhida ou pela Autoridade Central do Estado de origem;

c) as Autoridades Centrais de ambos os Estados estiverem de acordo em que se prossiga com a adoção; e

d) tiver sido verificado, de conformidade com o art. 5.º, que os futuros pais adotivos estão habilitados e aptos a adotar e que a criança está ou será autorizada a entrar e residir permanentemente no Estado de acolhida.

Artigo 18

As Autoridades Centrais de ambos os Estados tomarão todas as medidas necessárias para que a criança receba a autorização de saída do Estado de origem, assim como aquela de entrada e de residência permanente no Estado de acolhida.

Artigo 19

1. O deslocamento da criança para o Estado de acolhida só poderá ocorrer quando tiverem sido satisfeitos os requisitos do art. 17.

2. As Autoridades Centrais dos dois Estados deverão providenciar para que o deslocamento se realize com toda a segurança, em condições adequadas e, quando possível, em companhia dos pais adotivos ou futuros pais adotivos.

3. Se o deslocamento da criança não se efetivar, os relatórios a que se referem os arts. 15 e 16 serão restituídos às autoridades que os tiverem expedido.

Artigo 20

As Autoridades Centrais manter-se-ão informadas sobre o procedimento de adoção, sobre as medidas adotadas para levá-la a efeito, assim como sobre o desenvolvimento do período probatório, se este for requerido.

Artigo 21

Quando a adoção deva ocorrer, após o deslocamento da criança, para o Estado de acolhida e a Autoridade Central desse Estado considerar que a manutenção da criança na família de acolhida já não responde ao seu interesse superior, essa Autoridade Central tomará as medidas necessárias à proteção da criança, especialmente de modo a:

a) retirá-la das pessoas que pretendem adotá-la e assegurar provisoriamente seu cuidado;

b) em consulta com a Autoridade Central do Estado de origem, assegurar, sem demora, uma nova colocação da criança com vistas à sua adoção ou, em sua falta, uma colocação alternativa de caráter duradouro. Somente poderá ocorrer nova adoção se a Autoridade Central do Estado de origem tiver sido devidamente informada sobre os novos pais adotivos;

c) como último recurso, assegurar o retorno da criança ao Estado de origem, se assim o exigir o interesse da mesma.

Artigo 22

1. As funções conferidas à Autoridade Central pelo presente capítulo poderão ser exercidas por autoridades públicas ou por organismos credenciados de conformidade com o capítulo III, e sempre na forma prevista pela lei de seu Estado.

2. Um Estado Contratante poderá declarar ante o depositário da Convenção que as funções conferidas à Autoridade Central pelos arts. 15 a 21 poderão também ser exercidas nesse Estado, dentro dos limites permitidos pela lei e sob o controle das autoridades competentes desse Estado, por organismos e pessoas que:

a) satisfizerem as condições de integridade moral, de competência profissional, experiência e responsabilidade exigidas pelo mencionado Estado;

b) forem qualificados por seus padrões éticos e sua formação e experiência para atuar na área de adoção internacional.

3. O Estado Contratante que efetuar a declaração prevista no parágrafo 2.º informará com regularidade ao *Bureau* Permanente da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado os nomes e endereços desses organismos e pessoas.

4. Um Estado Contratante poderá declarar ante o depositário da Convenção que as adoções de crianças cuja residência habitual estiver situada em seu território somente poderão ocorrer se as funções conferidas às Autoridades Centrais forem exercidas de acordo com o parágrafo 1.º.

5. Não obstante qualquer declaração efetuada de conformidade com o parágrafo 2.º, os relatórios previstos nos arts. 15 e 16 serão, em todos os casos, elaborados sob a responsabilidade da Autoridade Central ou de outras autoridades ou organismos, de conformidade com o parágrafo.

CAPÍTULO V

Reconhecimento e Efeitos da Adoção

Artigo 23

1. Uma adoção certificada em conformidade com a Convenção, pela autoridade competente do Estado onde ocorreu, será reconhecida de pleno direito pelos demais Estados Contratantes. O certificado deverá especificar quando e quem outorgou os assentimentos previstos no art. 17, alínea c.

2. Cada Estado Contratante, no momento da assinatura, ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, notificará ao depositário da Convenção a identidade e as funções da autoridade ou das autoridades que, nesse Estado, são competentes para expedir esse certificado, bem como lhe notificará, igualmente, qualquer modificação na designação dessas autoridades.

Artigo 24

O reconhecimento de uma adoção só poderá ser recusado em um Estado Contratante se a adoção for manifestamente contrária à sua ordem pública, levando em consideração o interesse superior da criança.

Artigo 25

Qualquer Estado Contratante poderá declarar ao depositário da Convenção que não se considera obrigado, em virtude desta, a reconhecer as adoções feitas de conformidade com um acordo concluído com base no art. 39, parágrafo 2.º.

Artigo 26

1. O reconhecimento da adoção implicará o reconhecimento:

a) do vínculo de filiação entre a criança e seus pais adotivos;

b) da responsabilidade paterna dos pais adotivos a respeito da criança;

c) da ruptura do vínculo de filiação preexistente entre a criança e sua mãe e seu pai, se a adoção produzir este efeito no Estado Contratante em que ocorreu.

2. Se a adoção tiver por efeito a ruptura do vínculo preexistente de filiação, a criança gozará, no Estado de acolhida e em qualquer outro Estado Contratante no qual se reconheça a adoção, de direitos equivalentes aos que resultem de uma adoção que produza tal efeito em cada um desses Estados.

3. Os parágrafos precedentes não impedirão a aplicação de quaisquer disposições mais favoráveis à criança, em vigor no Estado Contratante que reconheça a adoção.

Artigo 27

1. Se uma adoção realizada no Estado de origem não tiver como efeito a ruptura do vínculo preexistente de filiação, o Estado de acolhida que reconhecer a adoção de conformidade com a Convenção poderá convertê-la em uma adoção que produza tal efeito, se:

- a) a lei do Estado de acolhida o permitir; e
- b) os consentimentos previstos no art. 4.º, alíneas *c* e *d*, tiverem sido ou forem outorgados para tal adoção.

2. O art. 23 aplica-se à decisão sobre a conversão.

CAPÍTULO VI

Disposições Gerais

Artigo 28

A Convenção não afetará nenhuma lei do Estado de origem que requeira que a adoção de uma criança residente habitualmente nesse Estado ocorra nesse Estado, ou que proíba a colocação da criança no Estado de acolhida ou seu deslocamento ao Estado de acolhida antes da adoção.

Artigo 29

Não deverá haver nenhum contato entre os futuros pais adotivos e os pais da criança ou qualquer outra pessoa que detenha a sua guarda até que se tenham cumprido as disposições do art. 4.º, alíneas *a* e *c*, e do art. 5.º, alínea *a*, salvo os casos em que a adoção for efetuada entre membros de uma mesma família ou em que as condições fixadas pela autoridade competente do Estado de origem forem cumpridas.

Artigo 30

1. As autoridades competentes de um Estado Contratante tomarão providências para a conservação das informações de que dispuserem relativamente à

origem da criança, em particular, a respeito da identidade de seus pais, assim como sobre o histórico médico da criança e de sua família.

2. Essas autoridades assegurarão o acesso, com a devida orientação da criança ou de seu representante legal, a estas informações, na medida em que o permite a lei do referido Estado.

Artigo 31

Sem prejuízo do estabelecido no art. 30, os dados pessoais que forem obtidos ou transmitidos de conformidade com a Convenção, em particular aqueles a que se referem os arts. 15 e 16, não poderão ser utilizados para fins distintos daqueles para os quais foram colhidos ou transmitidos.

Artigo 32

1. Ninguém poderá obter vantagens materiais indevidas em razão de intervenção em uma adoção internacional.

2. Só poderão ser cobrados e pagos os custos e as despesas, inclusive os honorários profissionais razoáveis, de pessoas que tenham intervindo na adoção.

3. Os dirigentes, administradores e empregados dos organismos intervenientes em uma adoção não poderão receber remuneração desproporcional em relação aos serviços prestados.

Artigo 33

Qualquer autoridade competente, ao verificar que uma disposição da Convenção foi desrespeitada ou que existe risco manifesto de que venha a sê-lo, informará imediatamente a Autoridade Central de seu Estado, a qual terá a responsabilidade de assegurar que sejam tomadas as medidas adequadas.

Artigo 34

Se a autoridade competente do Estado destinatário de um documento requerer que se faça deste uma tradução certificada, esta deverá ser fornecida. Salvo dispensa, os custos de tal tradução estarão a cargo dos futuros pais adotivos.

Artigo 35

As autoridades competentes dos Estados Contratantes atuarão com celeridade nos procedimentos de adoção.

Artigo 36

Em relação a um Estado que possua, em matéria de adoção, dois ou mais sistemas jurídicos aplicáveis em diferentes unidades territoriais:

- a) qualquer referência à residência habitual nesse Estado será entendida como relativa à residência habitual em uma unidade territorial do dito Estado;
- b) qualquer referência à lei desse Estado será entendida como relativa à lei vigente na correspondente unidade territorial;
- c) qualquer referência às autoridades competentes ou às autoridades públicas desse Estado será entendida como relativa às autoridades autorizadas para atuar na correspondente unidade territorial;
- d) qualquer referência aos organismos credenciados do dito Estado será entendida como relativa aos organismos credenciados na correspondente unidade territorial.

Artigo 37

No tocante a um Estado que possua, em matéria de adoção, dois ou mais sistemas jurídicos aplicáveis a categorias diferentes de pessoas, qualquer referência à lei desse Estado será entendida como ao sistema jurídico indicado pela lei do dito Estado.

Artigo 38

Um Estado em que distintas unidades territoriais possuam suas próprias regras de direito em matéria de adoção não estará obrigado a aplicar a Convenção nos casos em que um Estado de sistema jurídico único não estiver obrigado a fazê-lo.

Artigo 39

1. A Convenção não afeta os instrumentos internacionais em que os Estados Contratantes sejam Partes e que contenham disposições sobre as matérias reguladas pela presente Convenção, salvo declaração em contrário dos Estados vinculados pelos referidos instrumentos internacionais.

2. Qualquer Estado Contratante poderá concluir com um ou mais Estados Contratantes acordos para favorecer a aplicação da Convenção em suas relações recíprocas. Esses acordos somente poderão derogar as disposições contidas nos arts. 14 a 16 e 18 a 21. Os Estados que concluírem tais acordos transmitirão uma cópia dos mesmos ao depositário da presente Convenção.

Artigo 40

Nenhuma reserva à Convenção será admitida.

Artigo 41

A Convenção será aplicada às solicitações formuladas em conformidade com o art. 14 e recebida depois da entrada em vigor da Convenção no Estado de acolhida e no Estado de origem.

Artigo 42

O Secretário-Geral da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado convocará periodicamente uma Comissão Especial para examinar o funcionamento prático da Convenção.

CAPÍTULO VII

Cláusulas Finais

Artigo 43

1. A Convenção estará aberta à assinatura dos Estados que eram membros da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado quando da Décima Sétima Sessão, e aos demais Estados participantes da referida Sessão.

2. Ela será ratificada, aceita ou aprovada e os instrumentos de ratificação, aceitação ou aprovação serão depositados no Ministério dos Negócios Estrangeiros do Reino dos Países Baixos, depositário da Convenção.

Artigo 44

1. Qualquer outro Estado poderá aderir à Convenção depois de sua entrada em vigor, conforme o disposto no art. 46, parágrafo 1.º.

2. O instrumento de adesão deverá ser depositado junto ao depositário da Convenção.

3. A adesão somente surtirá efeitos nas relações entre o Estado aderente e os Estados Contratantes que não tiverem formulado objeção à sua adesão nos seis meses seguintes ao recebimento da notificação a que se refere o art. 48, alínea b. Tal objeção poderá igualmente ser formulada por qualquer Estado no momento da ratificação, aceitação ou aprovação da Convenção, posterior à adesão. As referidas objeções deverão ser notificadas ao depositário.

Artigo 45

1. Quando um Estado compreender duas ou mais unidades territoriais nas quais se apliquem sistemas jurídicos diferentes em relação às questões reguladas pela presente Convenção, poderá declarar, no momento da assinatura, da ratificação, da aceitação, da aprovação ou da adesão, que a presente Convenção será aplicada a todas as suas unidades territoriais ou somente a uma ou várias delas. Essa declaração poderá ser modificada por meio de nova declaração a qualquer tempo.

2. Tais declarações serão notificadas ao depositário, indicando-se expressamente as unidades territoriais às quais a Convenção será aplicável.

3. Caso um Estado não formule nenhuma declaração na forma do presente artigo, a Convenção será aplicada à totalidade do território do referido Estado.

Artigo 46

1. A Convenção entrará em vigor no primeiro dia do mês seguinte à expiração de um período de três meses contados da data do depósito do terceiro instrumento de ratificação, de aceitação ou de aprovação previsto no art. 43.

2. Posteriormente, a Convenção entrará em vigor:

a) para cada Estado que a ratificar, aceitar ou aprovar posteriormente, ou apresentar adesão à mesma, no primeiro dia do mês seguinte à expiração de um período de três meses depois do depósito de seu instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão;

b) para as unidades territoriais às quais se tenha estendido a aplicação da Convenção conforme o disposto no art. 45, no primeiro dia do mês seguinte à expiração de um período de três meses depois da notificação prevista no referido artigo.

Artigo 47

1. Qualquer Estado-Parte na presente Convenção poderá denunciá-la mediante notificação por escrito, dirigida ao depositário.

2. A denúncia surtirá efeito no primeiro dia do mês subsequente à expiração de um período de doze meses da data de recebimento da notificação pelo depositário. Caso a notificação fixe um período maior para que a denúncia surta efeito, esta surtirá efeito ao término do referido período a contar da data do recebimento da notificação.

Artigo 48

O depositário notificará aos Estados-Membros da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, assim como aos demais Estados participantes da Décima Sétima Sessão e aos Estados que tiverem aderido à Convenção, de conformidade com o disposto no art. 44:

- a) as assinaturas, ratificações, aceitações e aprovações a que se refere o art. 43;
- b) as adesões e as objeções às adesões a que se refere o art. 44;
- c) a data em que a Convenção entrará em vigor de conformidade com as disposições do art. 46;
- d) as declarações e designações a que se referem os arts. 22, 23, 25 e 45;
- e) os acordos a que se refere o art. 39;
- f) as denúncias a que se refere o art. 47.

Em testemunho do que, os abaixo-assinados, devidamente autorizados, firmaram a presente Convenção.

Feita na Haia, em 29 de maio de 1993, nos idiomas francês e inglês, sendo ambos os textos igualmente autênticos, em um único exemplar, o qual será depositado nos arquivos do Governo do Reino dos Países Baixos e do qual uma cópia certificada será enviada, por via diplomática, a cada um dos Estados-Membros da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado por ocasião da Décima Sétima Sessão, assim como a cada um dos demais Estados que participaram desta Sessão.

Outras Publicações

Estatuto da Criança e do Adolescente
Anotado

3.^a edição revista e atualizada

Cury, Garrido & Marçura

O Regime Jurídico da Adoção
Estatutária

Artur Marques da Silva Filho

Repertório de Doutrina sobre Direito de
Família v. 4 – Aspectos constitucionais,
civis e processuais

Coord.: Teresa Arruda Alvim Wambier e
Eduardo de Oliveira Leite

O Sistema Interamericano de Proteção
dos Direitos Humanos e o Direito
Brasileiro

Coord.: Luiz Flávio Gomes e
Flávia Piovesan

EDITORIA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

ATENDIMENTO AO CONSUMIDOR

Tel.: 0800-11-2433

<http://www.rt.com.br>

Gustavo Ferraz de Campos Monaco

DIREITOS DA CRIANÇA E ADOÇÃO INTERNACIONAL

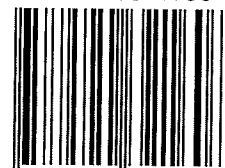
"(...)

Apraz-me pôr em relevo três facetas do presente trabalho. Primeiramente, não se restringe a examinar o tema nos limites do Direito brasileiro, espalhando-se pelo Direito Internacional. Tanto que, no capítulo II, estuda, minudentemente, a condição jurídica da criança e do adolescente no plano interno e no internacional, não descurando a vertente dos direitos humanos. Em segundo lugar, não se furtou à temática do conflito de leis, pois versa o capítulo III sobre a determinação da lei aplicável à adoção internacional. Frequentemente, o tratamento jusprivatístico é olvidado, tanto pela doutrina quanto, até mesmo, pela jurisprudência. Essa abordagem ainda não usual, certamente, tornar-se-á imprescindível nesta quadra em que a globalização passa a figurar como inelutável. Por último, não se limitando a aspectos teóricos, tratou o autor dos aspectos práticos, quando, no capítulo III, examina a forma e o processo do ato de adoção, bem como a função das autoridades centrais, dos organismos credenciados e das comissões estaduais judiciais de adoção internacional. No que pertine às conclusões, representam elas síntese inteligente e esclarecedora, do discutido ao longo de toda a obra.

(...)."

(Do *Prefácio* de João Grandino Rodas.)

ISBN 85-203-2160-7



9 788520 321607

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS