

**FACULDADES INTEGRADAS DE VITÓRIA (FDV)
MESTRADO EM DIREITOS E GARANTIAS
CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS**

ANDRÊSSA D'ANGELO ALCURI

**OS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE:
CONSTITUCIONALIZAÇÃO, DEFESA E
ADOÇÃO INTERNACIONAL**

VITÓRIA - ES

2005

Alcuri, Andressa D'Angelo.

Os direitos da criança e do adolescente: constitucionalização, defesa e adoção internacional / Andrêssa D'Angelo Alcuri. – 2005.
183 p.

Orientador: Daury César Fabríz.
Dissertação (Mestrado) – Faculdades Integradas de Vitória.

1. Direito. 2. Adoção. I. Fabríz, Daury César. II. Faculdades Integradas de Vitória. III. Título.

ANDRÊSSA D'ANGELO ALCURI

**OS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE:
CONSTITUCIONALIZAÇÃO, DEFESA E
ADOÇÃO INTERNACIONAL**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora das Faculdades Integradas de Vitória, como exigência parcial para a obtenção do título de MESTRE em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais.

Orientador: Professor Doutor Daury César Fabriz.

Vitória
2005

ANDRÊSSA D'ANGELO ALCURI

**OS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE:
CONSTITUCIONALIZAÇÃO, DEFESA E
ADOÇÃO INTERNACIONAL**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora das Faculdades Integradas de Vitória, como exigência parcial para a obtenção do título de MESTRE em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Daury Cesar Fabríz
Orientador

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Vitória
2005

Ao meu querido pai, Victor Emanuel Alcuri, exemplo de vida dedicada à justiça de Deus e dos homens, inspirador maior deste trabalho, a mais profunda saudade e o meu imenso amor.

À minha mãe, Aurora D'Angelo Guerra Alcuri, mestra da vida e das letras, a gratidão e o carinho por tudo o que representa na minha formação e no meu caráter.

A Tarcisio, maior incentivador dos meus ideais, por me fazer acreditar que tudo é possível, dividindo comigo as alegrias e as dificuldades. Minha vida não teria sentido sem a sua existência.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por proporcionar-me vida, saúde e os mais caros presentes: meus sobrinhos Laila, Samir, Victor, Naira e Sarah, e meus afilhados Caio e Helena.

Aos meus queridos irmãos, Victor Jr., Sâmia e José Flávio, que, a seu modo, completam a minha existência.

Ao Professor Dr. Daury Cezar Fabriz, orientador dedicado e exemplar, pela paciência e grandes ensinamentos que me fizeram despertar para a luta e defesa dos direitos humanos.

Aos professores do Mestrado, pela partilha de seus conhecimentos.

As funcionárias da Comissão Estadual Judiciária de Adoção Internacional do Estado do Espírito Santo, pela valiosa colaboração durante a elaboração deste trabalho.

Aos amigos Anna Lara e Dr. Samuel Meira Brasil, pelas incontáveis demonstrações de amizade.

Aos colegas da turma de Mestrado, que homenageio nas pessoas de Américo Bedê e José Roberto Almada e, em especial, a Jeane Martins e Juliana Carvalho, a quem devo grande parte deste sonho realizado.

“Qualquer atentado contra os direitos e liberdades da pessoa não é uma questão doméstica dos Estados, mas sim um problema de relevância internacional.”

Perez Luño

RESUMO

Demonstra que a adoção internacional é um instrumento que pode ser utilizado como uma benéfica solução para os problemas que afligem as crianças e os adolescentes, quando esses são privados do convívio familiar e, conseqüentemente, dos seus direitos básicos. Apresenta determinadas situações em que o referido instrumento revela-se como excepcional medida que remanesce para que os infantes possam ter assegurados, efetivamente, os direitos que lhes são constitucionalmente atribuídos de forma prioritária. Trata da concretização da condição jurídica da criança e do adolescente no plano interno e internacional, relacionando-a sempre com a vertente dos direitos humanos, propondo a análise da nacionalidade e da cidadania no Estado Democrático de Direito. São objetos de estudo os reflexos da adoção internacional nos limites do Direito brasileiro, espreado-se pelo Direito Internacional, a partir do momento em que a globalização passa a figurar como inevitável, bem como os efeitos gerados por aquele instituto, com ênfase no direito à convivência familiar constitucionalmente previsto.

Palavras-chave: Criança e adolescente. Proteção e defesa dos direitos. Adoção internacional. Direitos humanos.

ABSTRACT

The study demonstrates that international adoption is an instrument that may be used as a favorable solution to the problems that afflict children and teenagers, when they are deprived of living together with the families and, consequently, of their basic rights. It presents certain situations that the referred instrument is revealed as exceptional rule that remains so that the infants can be effectively sure of their rights that are constitutionally assigned to them as a priority. It is about how to make real the juridical condition of the child and the teenager in the intern and international level, always relating this condition to the human right discussion, proposing the nationality analysis and the citizenship in the Democratic Right State. The international adoption reflexes in the limits of Brazilian Right are the studies objects, spreading throughout International Right, from the moment when the globalization appears as inevitable, as well as the effects generated by this kind of adoption, emphasizing the right of living together with the family, what is constitutionally foreseen.

Keywords: Children and teenagers. Protection and defense of rights. International adoption. Human rights.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 A CONCRETIZAÇÃO SOCIAL DA SITUAÇÃO DA CRIANÇA	14
2.1 OS DIREITOS DA CRIANÇA NA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA	22
2.2 A NOVA DIMENSÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	28
3 PRESERVAÇÃO E DEFESA DOS DIREITOS DA CRIANÇA: A ADOÇÃO COMO ALTERNATIVA	47
3.1 EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA ADOÇÃO	50
3.2 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DA ADOÇÃO.....	58
3.2.1 Adoção internacional.....	64
3.2.2 A excepcionalidade da colocação da criança em família estrangeira ...	68
3.2.2 A realidade da criança brasileira e a adoção internacional.....	70
4 A ADOÇÃO INTERNACIONAL E OS INSTRUMENTOS LEGAIS	93
4.1 CONVENÇÃO DE HAIA.....	93
4.2 OS PROCEDIMENTOS LEGAIS DA ADOÇÃO INTERNACIONAL NO BRASIL	105
4.3 A COMISSÃO ESTADUAL DE ADOÇÃO INTERNACIONAL E SUA FUNÇÃO NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE ADOTÁVEIS	115
5 O PROCESSO DE ADOÇÃO INTERNACIONAL NO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO	122
5.1 ASPECTOS SOCIAIS E PSICOLÓGICOS DOS ADOTANTES E ADOTADOS	122

5. 2 A REALIDADE DA CRIANÇA CAPIXABA.....	127
5. 3 OS EFEITOS DO PROCESSO DE ADOÇÃO INTERNACIONAL E A REALIZAÇÃO PLENA DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....	131
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	151
REFERÊNCIAS	155
ANEXOS	159

1 INTRODUÇÃO

A proposta do presente trabalho cinge-se no estudo dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, cotejando-se a Constituição Federal de 1988, em seu art. 227, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.69/90) e a Convenção Sobre os Direitos da Criança, bem como a forma de proteção e solução para a efetivação desses direitos. Assim, revela-se importante considerar que a criança e o adolescente se mostram como seres humanos em formação e crescimento, desprovidos de aptidão para o exercício e a proteção dos seus direitos, tendo em vista a sua condição de hipossuficiente, decorrente de sua imaturidade física e psíquica, o que faz com que necessitem de tratamento especial, objetivando a garantia do equilíbrio entre eles e os adultos.

É importante ressaltar, nesse diapasão, que, pelo fato de serem humanos, possuem as crianças e os adolescentes a proteção advinda dos instrumentos internacionais, como aqueles dispostos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, e ainda a proteção constitucional dos direitos e garantias fundamentais. Ocorre que a forma genérica como estão dispostos esses direitos, sem especificar a condição de hipossuficiente da criança e do adolescente, acaba por tornar inócua a garantia dos direitos básicos respectivos, causando abusos e violência de modo geral à infância e à adolescência. É por essa razão que se faz necessária a especificação dos direitos da criança e do adolescente, confirmando a disposição dos direitos já garantidos a todos os seres humanos, com a criação de outros que sejam específicos da sua condição hipossuficiente.

O que se pretende questionar a partir deste estudo é: percorrida tal especificação, apesar da previsibilidade de hipossuficiência e sendo considerada valor fundamental a se defender, a criança brasileira desamparada tem, de fato, assegurados e materializados os seus direitos constitucionais fundamentais? Procurando a satisfação dessa indagação, utiliza-se a proteção constitucional como variável básica para entender e formular as atuais políticas sociais de proteção aos direitos da infância e juventude. Assim, propõe-se a utilização da adoção internacional como alternativa à

garantia e preservação dos direitos da criança e do adolescente. Objetiva-se demonstrar que a adoção internacional surge como uma benéfica solução para os problemas que afligem a infância e a juventude, quando são privados da garantia e conseqüente efetivação dos seus direitos, pois, em determinadas situações, esse instituto trata de excepcional medida que remanesce para que uma criança ou adolescente possa ter garantidos, efetivamente, os direitos que lhe são constitucionalmente atribuídos de forma prioritária.

Seguindo essa linha de raciocínio, tem-se que a adoção internacional apresenta-se, atualmente, como um dos temas mais complexos e polêmicos, quase sempre envolvido em preconceitos, não sendo compreendido dentro da ordem globalizada que dominou a vida de todos os seres humanos. Considerando a importante função que o instituto desempenha na esfera internacional, por ser um dos instrumentos de realização do direito fundamental de se ter uma família, mormente em um país como o Brasil, tão abundante em crianças a serem protegidas, faz-se necessário estudá-lo na perspectiva dos direitos humanos, alçado à categoria de direito fundamental, por ter sido esculpido na atual Constituição Federal de 1988, por meio do art. 227.

A implementação da proposta apresentada demonstrará como se situa a condição jurídica da criança e do adolescente no plano interno e no internacional, relacionando-se sempre com a vertente dos direitos humanos. O pensamento defendido por Perez Luño de que a Constituição surge como instrumento de afirmação e proteção dos direitos humanos, cuja relevância é de interesse mundial, associado à sua idéia de que qualquer ofensa contra os direitos e liberdades da pessoa não se trata de questão interna, mas de um problema de importância internacional, serão a tônica deste estudo. Sob esse marco teórico, pretende-se analisar o tema nos limites do Direito brasileiro, espreado-se pelo Direito Internacional, a partir do momento em que a globalização passa a figurar como inevitável, utilizando-se como base de dados a realidade das crianças e dos adolescentes do Estado do Espírito Santo.

A diversidade de legislações, documentos internacionais, doutrinas e conceitos que se relacionam com o tema envolvem vários ramos das Ciências Jurídicas e Sociais, razão pela qual o método de abordagem utilizado é o dedutivo.

Os métodos de procedimento visam a uma etapa mais concreta da investigação, com um fim mais restrito em termos de explicação geral dos fenômenos menos abstratos. Assim, no presente trabalho, utiliza-se o método histórico comparativo, uma vez que a história comparada leva-nos ao conhecimento dos fatos, de onde partimos para analisar a concretização social da criança e a adoção internacional desde o seu nascimento, sua origem, até o momento atual, particularmente no Estado do Espírito Santo.

São utilizadas as técnicas de observação direta e indireta, com o uso da análise documental associada à entrevista com profissionais da área jurídica, de Psicologia e de Serviço Social (operadores) que atuam na Comissão Estadual Judiciária de Adoção Internacional do Espírito Santo (CEJAI-ES) e no Juizado da Infância e Juventude de Vitória, incluindo visitas às instituições acolhedoras de menores desamparados para análises dos casos afetos a cada instância, cotejando-se a forma prática de atuar com os respectivos referenciais teóricos e análise documental.

O estudo desdobra-se em cinco capítulos, seguidos da conclusão. Após a introdução, inicia-se o segundo capítulo, no qual se faz uma panorâmica sobre a concretização social da situação da criança no Brasil e no mundo, bem como sobre os seus direitos na história constitucional brasileira, e a nova dimensão alcançada a partir da Constituição Federal de 1988, conseqüência da evolução de paradigmas, até o alcance do Estado Democrático de Direito.

No terceiro capítulo, trata-se das atuais políticas sociais destinadas às crianças e aos adolescentes, propondo-se a utilização da adoção internacional como meio de efetivação dos direitos relativos à infância e juventude. Para tanto, faz-se uma retrospectiva sobre o instituto da adoção, apontando seus aspectos gerais, sua origem, principais características, peculiaridades, conceituação e natureza jurídica tratados pela doutrina. Em seguida, procede-se à análise da excepcionalidade da colocação da

criança e do adolescente em família estrangeira por meio da adoção internacional, com ênfase na análise da nacionalidade e da cidadania no Estado Democrático de Direito.

No quarto capítulo, efetua-se um estudo acerca da adoção internacional e os respectivos instrumentos legais. Analisa-se, nesse tópico, a Convenção de Haia e o modo como o Brasil incorporou em seu ordenamento jurídico a adoção internacional, a forma como a Constituição Federal de 1988 tratou do tema, bem como os procedimentos legais relativos a esse importante instituto para, então, cuidar das funções relativas às Comissões Estaduais Judiciárias de Adoção Internacional, que procedem à análise das condições sociopsicológicas dos adotantes.

No quinto capítulo, demonstra-se a forma e o processo de adoção internacional no Estado do Espírito Santo, não se limitando às características teóricas, mas abordando também as práticas, acompanhadas da análise dos aspectos sociais e psicológicos dos atores envolvidos, levando-se em consideração a realidade da criança capixaba para, por fim, tratar dos efeitos gerados pela adoção internacional, com ênfase nos direitos constitucionalmente previstos.

2 A CONCRETIZAÇÃO SOCIAL DA SITUAÇÃO DA CRIANÇA

Os direitos da criança e do adolescente estão inseridos nos direitos e na luta pelos direitos humanos. Trata-se de uma luta difícil, gradativa e crescente, pois as ofensas ocorridas a esses direitos, à sua proteção e novas conquistas são constantes. Entretanto, o objetivo deste trabalho trata da luta pelos direitos específicos da criança e do adolescente, distinguindo-os dos direitos gerais da humanidade, pois os infantes só foram descobertos como sujeitos de direitos no século XVIII, porque a menoridade sempre foi, desde épocas passadas, considerada conforme o fator biológico ou, como é atualmente entendido, biopsicossocial. Assim, o estágio da vida humana inferior aos limites de idade fixados em lei resultou no emprego mundial do vocábulo menor, quando, então, a doutrina, a legislação, os princípios e normas a ele inerentes, bem como seus bens e interesses, vieram a ser sistematizados como direitos do menor, como define Tavares (2001, p. 28), citando Rezende quando afirma que “[...] o Direito do Menor é um direito novo, que se dirige ao menor que outrora não passava de simples objeto do direito e recaía o *patria potestas* que atingia sua culminância no arbítrio do pai de família”. Desse modo, esse ramo do Direito se dirigia a toda situação irregular relativa ao menor, incluindo o tratamento que lhe era devido, e ainda a prevenção de determinadas situações.

Trata-se de uma consequência da dinâmica da sociedade, que resulta na evolução da Ciência do Direito apresentada em diversas categorias, princípios, conceitos e classificação adequados, fazendo com que o velho Direito comum se desmembrasse em vários ramos, que passaram a coexistir conjuntamente, com autonomia científica, legislativa e acadêmica, como lembra Tavares (2001, p. 26):

A sofisticação da sociedade passou a exigir especial trato dos assuntos concernentes às pessoas em fase de desenvolvimento biopsicossocial, por isso, as consideradas em lei como hipossuficientes para arcarem com suas responsabilidades jurídicas. Sujeitos aptos ao gozo dos seus direitos, mas sem capacidade alguma de exercício pessoal com efetividade e autonomia (absolutamente incapazes), ou de capacidade incompleta (os relativamente incapazes) [...]. Proclamou-se a situação jurídica da menoridade, com o tratamento legal inerente a essa condição humana.

Foi na forma descrita por esse autor que se necessitou de estudos específicos, com autonomia acadêmica, a fim de acompanhar a construção legislativa apropriada para cuidar das condições sociais relativas aos infanto-juvenis, o que ocasionou o surgimento de um novel ramo do Direito, designado de Direito do Menor, que foi se desenvolvendo ao longo do tempo, sempre em torno da menoridade, consolidando-se como um direito protetivo e especial.

Entretanto, para se chegar a esse fundamento de validade, muitos caminhos foram percorridos, pois, entre a maioria dos povos antigos, seja do Ocidente, seja do Oriente, os filhos menores não eram considerados sujeitos de direito, eis que tinham a condição de servos da autoridade paterna. Tratava-se do *patria potestas*, originado na Antiguidade e institucionalizado no Direito Romano. Tal regime era comum entre vários povos e originou-se das civilizações primitivas, nas quais o pai possuía o *jus vitae necis* sobre a pessoa do filho não emancipado, o que permitia aliená-lo, ou até mesmo matá-lo. O filho, assim, vivia sob o poder absoluto do seu pai, que era seu senhor, chefe do clã, autoridade única no interior do lar, como sua propriedade, revelando-se como verdadeiro objeto de Direito, e não sujeito de Direito.

A criança poderia, ainda, ser objeto de Direito estatal, como em Esparta, em consequência de uma política de formação de seu exército, com seleção daqueles que fossem fisicamente preparados, o que poderia ocasionar o sacrifício dos que possuem alguma deficiência ou doença. Na mesma linha, encontra-se, no Código de Manu, a previsão de que o filho de um brâmane com uma mulher de baixa categoria era chamado de cadáver vivo. Esse mesmo Código, por sua vez, trazia disposições comuns aos direitos sucessórios, mas não se referia a nenhuma proteção específica da criança e do adolescente, garantindo apenas a sucessão ao patrimônio paterno, privilegiando o primogênito. Apesar disso, algumas vezes encontrava-se, naquela época, sinais de racionalidade, como no Código de Hamurabi, que cuidava de várias questões relativas ao tema, como a previsão de pena de morte para o homem que roubasse um filho menor de outrem, ou ainda a indenização do filho menor impossibilitado de assumir os negócios do pai que fora feito prisioneiro de guerra, bem como a adoção, que apesar de irrevogável, poderia ser desfeita se o adotado desejasse retornar à família de origem,

ou quando o adotante não cumprisse seu dever de promover a iniciação profissional do menor.

Denota-se uma evolução no Direito Romano, quando passou a distinguir menores impúberes e menores púberes, com semelhanças aos institutos da incapacidade absoluta e relativa da modernidade. Naquela época, o Direito islâmico também atenuava os rigores constantes do Alcorão na aplicação de penas a menores e órfãos impúberes. Mas foi somente no Direito Medieval que se encontrou uma diminuição na severidade de tratamento aos menores, o que se deu sob a influência do estoicismo e, tempos depois, do Cristianismo, sem que fosse atenuado, entretanto, o dever filial de respeito à autoridade paterna.

Esse princípio de reverência paterna foi mantido no Direito Canônico, mas como preceito religioso, o que repercutia na educação doméstica cristã, em especial, entre os católicos, que entendiam serem os menores mentalidades em desenvolvimento, carregadas de submissão piedosa. Essa doutrina básica desenvolvida pelos doutores da Igreja foi influenciando os costumes e direcionando o Direito, objetivando proteger o ser humano mais frágil. Exemplo dessa mudança ocorreu com a proibição de abandonar a prole, que passou a ser punida pelos decretos de Gregório IX, com penas corporais e espirituais, e ainda com a perda do poder paternal, penas essas que também passaram a ser aplicadas pelos tribunais comuns nos séculos XIV e XV. Nota-se, dessa forma, que a incapacidade civil do filho era mantida em qualquer idade, enquanto residisse na casa paterna e fosse pelo pai sustentado.

A partir do século XVI, o critério biológico passou a ser considerado para fixação da maioridade civil, como se vê na maior parte dos povos europeus, que tinham a idade de 25 anos como parâmetro e, posteriormente, a capacidade núbil, as mulheres aos doze anos de idade e os homens aos quinze anos. Nessa época permanecia a diferença de tratamento dado aos filhos tidos no casamento, tidos como legítimos, decorrente do *status* privilegiado preceituado no Direito Canônico, que proclamava o matrimônio como um dos seus sacramentos, fundando a família legítima como uma instituição da sociedade dirigida pela Igreja Católica Apostólica Romana. Como assevera Pereira

(1996, p. 11), apesar de tudo, “[...] a posição dos filhos naturais – *liberi naturales stricto sensu* – longe de melhorar, piorou sob os imperadores cristãos, que criaram certos entraves à faculdade de dispor o pai em seu favor”. Assim, por muito tempo, permaneceu a discriminação entre os filhos nascidos fora das núpcias que estivessem à margem do Direito, o que influenciou a legislação civil de diversos povos. Tanto é assim que, no Direito Moderno, observa-se a manutenção do pátrio poder, como ditado pelos romanos, obviamente acompanhando a evolução dos costumes.

No Brasil-Colônia, observa-se o reflexo das regras do Concílio de Trento (1563), que tinha como espúrios aqueles filhos frutos de relação adúltera, incestuosa ou de sacrilégios, bem como se ignorou a filiação extramatrimonial gerada por solteiros ou viúvos. As regras das Ordenações do Reino, largamente aplicadas no Brasil, consagravam velhos princípios da autoridade paterna, entretanto não mais como no início do Direito Romano, quando a relação era de caráter religioso que sedimentava a força política do clã familiar, pois, naquela época, havia a reverência aos deuses-lares. Assim, a legislação luso-brasileira tratava do estado de incapacidade civil para o exercício de direitos, embora fosse dura no que tange à repressão, com pena capital com requintes de crueldade para os maiores, concedendo a pena de morte a ser aplicada ao menor de 25 anos e maior de dezessete sob a forma suavizada de enforcamento simples, denominada de pena de morte natural. Essa severidade na lei durou durante o tempo de Colônia, sendo recepcionada após a Independência, vindo a ser revogada somente com o Código Criminal do Império, de 1832, que preceituava punição a adultos e muitas vezes a crianças e adolescentes. Essa política criminal durou até a República, cuja legislação tratava com dureza os infratores de tenra idade, como encontrado na Consolidação das Leis Penais, de 1890, que estipulava como não criminosos os menores de nove anos, bem como os maiores de quatorze anos de idade que agissem sem o completo discernimento.

Nesse mesmo ano, os Decretos nº 439, de 31 de maio, e nº 658, de 12 de agosto, organizaram os serviços de assistência à infância desvalida, estabelecendo o Regulamento Para o Asilo de Meninos Desvalidos, instituição criada no Rio de Janeiro. Nessa época, tem-se ainda a disposição sobre o trabalho do menor, regido pelo

Decreto nº 1.313, que estipulava a idade mínima de doze anos para o trabalho, o que, no entanto, se revelava como letra morta, pois a realidade é que as indústrias nascentes e a agricultura utilizavam de mão-de-obra infantil em idade muito inferior ao limite descrito na legislação.

A realidade daqueles tempos demonstrava que, com a liberdade dos escravos e a chegada dos imigrantes, havia o agravamento dos problemas e o número das crianças abandonadas, razão pela qual fora criada, em 1896, a Casa dos Expostos, na cidade de São Paulo, objetivando o recolhimento dessas crianças.

A criação do Juizado de Menores, na Capital da República, foi autorizada pelo Decreto nº 16.272, de 20 de dezembro de 1923, sendo instalado no ano seguinte, cuidando de declarar a condição jurídica da criança, se abandonada, delinqüente, bem como indicando o amparo necessário que deveria receber, inclusive através de abrigado subordinados, com dependências distintas por sexo e por situação dos menores, criando-se, ainda, o Conselho de Assistência de Proteção aos Menores. Posteriormente, no ano de 1927, surgiu o Código de Menores, que consolidou as leis até então existentes, tornando-se um diploma legal específico para os menores em situação irregular, estabelecendo que estavam à tutela de autoridade competente e sujeitos às medidas de assistência e proteção todos aqueles que contassem com menos de dezoito anos de idade, desde abandonados ou delinqüentes, dispondo ainda sobre as situações de abandono.

Sobre o instituto do pátrio poder, cabe salientar que foi adotado pela doutrina civil do Brasil, regulado pela Consolidação das leis civis e, posteriormente, foi acolhido pelos projetos de Código Civil que se sucederam. Assim se dera, tanto que, no Código Civil de 1916, foi incluído o tema sobre os sujeitos hipossuficientes na área do Direito de Família, levando-se em conta a família tida como nuclear, baseada no casamento civil, como explicita Tavares (2001, p. 52):

Quaisquer filhos, enquanto menores, estão sob o regime do que a lei denomina de pátrio poder, e que atualmente se consubstancia em uma carga de deveres com muito mais peso que os poderes, estes mitigados com a evolução do

Direito de Família. Tanto que se aceita como consentânea com a realidade social hodierna a denominação de pátrio poder-dever.

A partir de então, passou a família a ser a pedra angular da sociedade brasileira juridicamente organizada, o que fez com que se passasse do direito repressivo para o direito protetivo da criança e do adolescente. Apesar de lenta, essa evolução se deu na ordem jurídica de muitos países, cujas regras passaram a obrigar os pais a proporcionarem educação para seus filhos, preparando-os profissionalmente, mantendo-os consigo e dando-lhes moradia, alimentação, vestuário e tratamento de saúde. Assim, passa-se do Direito Privado sobre o menor para a intervenção do Direito Público em favor do menor. Merece destaque, nesse tópico, asseverar que a Revolução Francesa instituiu a igualdade entre os filhos legítimos, ilegítimos, naturais e espúrios, concedendo-lhes os mesmos direitos, revelando-se como uma grande alteração em relação à proteção dos menores, que durou tão-somente até a edição do Código Civil Napoleônico, e só retornaram tais preceitos com a alteração legislativa ocorrida após mais de um século.

Apesar disso, a sociedade em evolução passou a exigir maiores considerações aos interesses das crianças e dos adolescentes, objetivando a regulamentação da sua proteção, como ocorreu nos Estados Unidos da América, onde a criança acusada de um crime tinha tratamento idêntico ao adulto na Justiça Criminal Comum, o que permaneceu até a criação da primeira Corte Juvenil, em 1870. Já em 1874, foi criada a Sociedade Americana Para Prevenção da Crueldade Infantil e, posteriormente (1889), foi instituída a primeira cadeira de Direito do Menor, o que se deu na Escola de Direito do Colorado. Da mesma forma, no Direito Penal, foi-se substituindo a repressão rígida pela filosofia educativa, iniciando-se esse processo na Inglaterra, por meio do Children Act, de 1908, continuando em Portugal com legislação especial, em 1911, e posteriormente na França e na Bélgica, em 1912, até chegar na Espanha, em 1920, e aos outros países da Europa Continental.

Assim, após essa síntese histórica contemporânea do Direito Infanto-Juvenil, passa-se à sua evolução no Direito Internacional, que teve início pela Liga das Nações, que precedeu a Organização das Nações Unidas, marcando uma nova fase nesse campo

do Direito com a Declaração dos Direitos da Criança, de 1924. Foi o ponto de partida pelo qual uma entidade internacional se posicionou com a recomendação aos Estados filiados de cuidar de forma legislativa dos benefícios destinados à população infanto-juvenil. Iniciou-se o combate ao tráfico de crianças na Convenção de Genebra de 1933, seguindo-se à IX Conferência Internacional Americana de Bogotá, em 1948, que instituiu a Declaração dos Direitos e Deveres do Homem, na qual constava a obrigação de auxílio, alimento, educação e amparo aos filhos menores. No mesmo ano, em Paris, foi emitida a Declaração Universal dos Direitos Humanos, dispensando cuidados especiais às crianças e à maternidade, recomendando a fixação de idade mínima legal para a capacidade civil, o consentimento dos pais ou responsáveis para o casamento dos menores, dentre outras questões.

Várias foram as convenções e conferências que se sucederam, como a Convenção de Roma (1950), que tratou da privação da liberdade do menor, a Convenção Para Repressão do Tráfico de Pessoas e do Lenocínio, do mesmo ano, que recomendou proteção especial às mulheres e às crianças e a Conferência da ONU, de Genebra (1952), dedicada ao amparo à maternidade. Outros documentos foram consignados pela ONU com o fim de efetivar nas legislações nacionais dos Estados filiados a doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente, com relevância para o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos. Mas o que merece destaque de fato é a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de 1969, que pregava o respeito à vida desde a sua concepção, recomendando tratamento judicial especializado para os menores, declarando quais são os seus direitos e os deveres da família, da sociedade e do Estado com eles, princípio este instituído pelo Brasil em sua Constituição Federal de 1988.

A liberdade individual e a integridade física e psicológica das crianças e jovens, com a abolição do casamento infantil e a prática de esponsais de crianças, foi resguardada pela Convenção Internacional Sobre o Consentimento para o Casamento, Idade Mínima Para o Casamento e Registro de Casamento, aprovada pela Assembléia Geral da ONU, em 1962, mas somente aos 29 de novembro de 1985 aquela Assembléia aprovou as

Regras Mínimas das Nações Unidas Para a Administração da Justiça Juvenil, mundialmente conhecidas como Regras de Beijing. Assim, em 1990, aquele órgão editou as Regras Mínimas das Nações Unidas Para a Prevenção da Delinquência Juvenil, famosas como Regras de Riad, e ainda as Regras Mínimas das Nações Unidas Para Proteção aos Jovens Privados de Liberdade.

Enfim, o ponto culminante do Direito Internacional da Infância e da Juventude que, funciona como referencial básico do Direito positivo brasileiro, quanto à proteção integral da criança e do adolescente, é a Convenção dos Direitos da Criança, aprovada pela Assembléia das Nações Unidas em 1989, promulgada no Brasil pelo Decreto Executivo nº 99.710, de 1990. Essa Convenção provocou um deslocamento do paradigma de proteção das pessoas, num contexto geral, para a proteção dos direitos das pessoas em desenvolvimento. É um instrumento que transforma as necessidades da infância em direitos humanos internacionalmente reconhecidos.

Assim, toda essa evolução internacional do Direito da criança e do adolescente funcionou como propulsor do Direito da Infância e da Juventude adotado pelo Brasil, cujos direitos ali expostos são parte do objeto deste trabalho.

Desse modo, tem-se que a Declaração de Genebra resultou no primeiro Código de Menores do Brasil, de 1927, conhecido como Código Mello Mattos, sendo o primeiro não só do Brasil, mas também da América Latina, sendo seguido pela Lei 6.697, de 1979, revelando-se como o Código que elegeu como tema o cuidado com o menor em situação irregular. A doutrina da proteção integral somente foi adotada pela Constituição Brasileira de 1988 e, em consequência, do Estatuto da Criança e do Adolescente, de 1990, que passou a regulamentar os princípios e normas da Carta Federal. Apesar disso, muitas leis anteriores se referiram à situação dos menores, como no Código Comercial de 1850, que autorizava a atividade de comerciar aos menores emancipados, bem como a faculdade de alienação de bens e hipoteca, resguardando-se, entretanto, os interesses dos infantes nos casos de liquidação de sociedades comerciais por intermédio de tutores e curadores especiais. Da mesma forma, o Código Civil de 1916 regulou várias situações ligadas às relações jurídicas que

envolviam menores, apesar da presença do forte traço de patriarcalismo dominante à época, nos moldes da família legítima nuclear fundada no casamento. No Código de Processo Civil de 1939, persistiu a preocupação com os menores, o que permaneceu até o Código de 1973.

Há de se ressaltar, nesse contexto, a evolução do Direito de Família no Brasil, com destaque para a atenção voltada à criança e ao adolescente, como determina o art. 227 da Constituição de 1988, que estabelece respeito à dignidade da pessoa em fase de desenvolvimento, revelando-se como verdadeira mudança de paradigmas, como se verá no decorrer deste trabalho.

2.1 OS DIREITOS DA CRIANÇA NA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA.

A Constituição do Império do Brasil, de 1824, não dedicou qualquer direito aplicável à criança ou ao adolescente, pois até mesmo a família mereceu normatização ordinária no Direito privado. Tal se repetiu na Constituição da República de 1891. Assim, somente com a Constituição de 1934, passou essa matéria a ser considerada, pois fez referência direta à criança, quando tratou do trabalho infantil, estabelecendo a proibição do trabalho aos menores de quatorze anos de idade, do trabalho noturno aos menores de dezesseis anos e em indústrias insalubres aos menores de dezoito anos, dispondo ainda sobre os serviços de amparo à maternidade e a infância.

Também na Carta autocrática de 1937, encontrava-se a proteção às crianças, sobretudo aquelas mais carentes, pois estabelecia, como obrigação do Estado, a assistência à infância e à juventude, assegurando-lhes condições físicas e morais para o desenvolvimento de suas faculdades, repetindo regras relativas à proibição do trabalho do menor, e dispondo sobre a possibilidade de pais miseráveis requererem auxílio ao Estado para a subsistência e educação dos filhos. Tratava, ainda, como dever dos entes federados, a criação de instituições de ensino público para aqueles que não tivessem condições de estudar em escolas particulares, imputando aos pais falta grave por abandono dos filhos menores, cabendo ao Estado o dever de prover a sua subsistência.

Oportuno, nesse passo, é asseverar sobre a criação do Serviço de Assistência aos Menores (SAM), o que se deu pelo Decreto-lei nº 3.779, de 1941, cujo objetivo era prestar amparo social aos menores desvalidos e infratores, em todo o território nacional, tendo como meta a centralização da execução de uma política nacional de assistência, coordenando as entidades privadas e algumas estatais. No entanto, essa instituição foi substituída pela Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (FUNABEM), criada pela Lei nº 4.513, de 1º de dezembro de 1964, fazendo com que a criança abandonada deixasse de ser preocupação de entidades privadas e de alguns organismos estatais, passando a fazer parte da própria política do Estado.

A Constituição democrática de 1946 manteve as disposições anteriores sobre os menores, o que também permaneceu na Lei Maior de 1967, prevendo esta a assistência à maternidade e à infância, determinando a obrigatoriedade de as empresas comerciais, industriais e agrícolas de manterem ensino primário gratuito aos empregados e seus filhos, com a garantia de fornecimento da aprendizagem, em cooperação, aos menores trabalhadores. Instituiu, ainda, o ensino obrigatório e gratuito nos estabelecimentos oficiais para as crianças entre sete e quatorze anos de idade, o que confronta com a autorização de trabalho para os maiores de doze anos. A Emenda Constitucional nº 1, de 1969, manteve os mesmos direitos, acrescentando que as crianças excepcionais também teriam acesso à educação, com regulamentação por meio de legislação especial.

O ano de 1979 foi declarado o Ano Internacional da Criança, surgindo a Lei nº 6.697, que instituiu um novo Código de Menores, quando adveio o termo “menor em situação irregular”, cujo significado era aquele menor abandonado materialmente, vítima de maus-tratos, em perigo moral, desassistido juridicamente, com desvio de conduta e autor de infração penal. Esse novo Código tinha como vantagens além da nova conceituação de menor abandonado, a indicação das medidas específicas a serem tomadas pelo Estado em frente à sua situação de carência, bem como a criação de formas de atuação alternativas nos casos de falta ou mau relacionamento entre o menor e sua família, ou entre aquele e a sociedade, com o regramento de todas as atividades que atingissem o menor, incluindo trabalho, lazer, educação e influências

externas. Os juízes de direito das varas de menores passaram, a partir de então, a possuir maiores poderes, pois poderiam atuar em todos os segmentos da sociedade, quando constatada circunstância que atingisse o menor.

Entretanto, somente com a Constituição Federal de 1988 deu-se a abrangência explícita dos direitos das crianças e dos adolescentes, estabelecendo regras sobre o trabalho e a profissionalização, capacidade eleitoral, assistência social e seguridade social, programação de rádio e televisão, múnus público de proteção integral e dever do Estado, garantias democráticas processuais, incentivo à guarda, prevenção contra entorpecentes, defesa contra abuso sexual, estímulo à adoção e à isonomia filial. Dessa forma, procedeu-se definitivamente à política nacional de proteção integral da infância e da adolescência no Brasil.

Assim como a Convenção Internacional dos Direitos da Criança transformou as necessidades da infância em direitos humanos internacionalmente reconhecidos, a positivação constitucional os modifica para direitos fundamentais. Cabe o seguinte conceito de Ferrajoli (1999, p. 22):

Os direitos fundamentais se afirmam como leis do mais fraco em alternativa à lei do mais forte, que vige na sua ausência. A história do constitucionalismo é a história dessa expansão progressiva da esfera pública dos direitos. Uma história não teórica, mas sim social e política, dado que nenhum desses direitos caiu do céu, mas foram todos conquistados à custa de rupturas internacionais.

Foi pelo art. 227 da Carta da República que se estabeleceram os novos moldes do Direito da Criança e do Adolescente, preceituando sobre seus direitos humanos fundamentais, individuais e sociais, além dos metaindividuais, que são os direitos de primeira, segunda e terceira geração. Na verdade, todo esse processo alcançado pelas crianças e adolescentes é resultado da evolução dos paradigmas de um Estado de Direito para outro. Assim, trata-se o Estado de Direito de um paradigma inaugurado para o Estado Brasileiro com a promulgação da Constituição da República de 1988 que, em seu art. 1º, afirma ser o Brasil um Estado Democrático de Direito. Sobre esse ponto, discute-se a interpretação jurídica do Estado de Direito por meio de paradigmas, sendo certo que não há como sair de um paradigma sem a substituição do anterior, pois o

progresso do conhecimento não ocorre de forma evolutiva e pacífica, mas sim por rupturas, saltos e modificações desses paradigmas, possibilitados pelas novas práticas sociais.

A priori surge o paradigma constitucional da modernidade, chamado de Estado Liberal de Direito, que, na lição de Bolzan de Moraes (1996, p. 79), apresenta-se caracterizado pelo conteúdo liberal de sua legalidade, no qual há o privilégio das liberdades negativas, mediante uma regulação restritiva da atividade estatal. Aqui a lei, como instrumento de legalidade, caracteriza-se como uma ordem geral e abstrata, regulando a ação social pelo não-impedimento de seu livre desenvolvimento; seu instrumento básico é a coerção por meio da sanção das condutas contrárias, colocando-se o indivíduo como ator característico. Assim, surgem os direitos individuais, também denominados de primeira geração.

Desse modelo, surgiu o Estado Social de Direito, com o desenrolar das relações sociais. Sobre esse paradigma, Moraes diz que tem por conteúdo jurídico o próprio ideário liberal, agregado pela “questão social”, que traz consigo os problemas próprios do desenvolvimento das relações de produção e aos novos conflitos emergentes de uma sociedade renovada radicalmente, com atores sociais diversos e conflitos próprios a um modelo industrial-desenvolvimentista. Aqui o Estado apresenta uma limitação, ladeada por um conjunto de garantias e prestações positivas, que busca um equilíbrio não atingido pela sociedade liberal. Assim, a lei assume uma outra função, de instrumento de ação concreta do Estado, facilitando os benefícios, colocando o grupo como personagem principal, que se corporifica de modo diferenciado a cada movimento social, surgindo, assim, os direitos sociais e coletivos.

Vê-se que esses dois modelos apresentam um fim comum, qual seja, a adaptação social. Seguindo o entendimento de Moraes (1996, p. 79), é nesse ponto que o surgimento do Estado Democrático de Direito, como novo paradigma, traz novidades, pois incorpora características novas ao modelo tradicional. A questão da igualdade surge como conteúdo próprio a ser buscado, assegurando condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade. Passa-se a tratar de questões relativas à qualidade de vida

individual e coletiva dos homens. O papel da lei se modifica e torna-se um instrumento de transformação, com o fim de manter o espaço vital da humanidade. As *coletividades difusas* passam a ser os atores principais. Apesar desse moderno entendimento esse autor lembra que se percebe nessa trajetória, uma redefinição contínua do Estado de Direito, com a incorporação de conteúdos novos, em especial em face à imposição dos novos paradigmas próprios ao Estado do Bem-Estar Social, e conclui sobre a efetividade do Estado do Direito e suas evoluções da seguinte forma:

Como **liberal**, o Estado de Direito sustenta juridicamente o conteúdo próprio do liberalismo, referendando a limitação da ação estatal e tendo a lei como ordem geral e abstrata. Por outro lado, a efetividade da normatividade é garantida, genericamente, através de imposição de uma sanção diante da desconformidade do ato praticado com a hipótese normativa.

Transmudado em **social**, o Estado de Direito acrescenta à juridicidade liberal um conteúdo social, conectando aquela restrição à atividade estatal a prestações implementadas pelo Estado. A lei passa a ser, privilegiadamente, um instrumento de ação concreta do Estado, tendo como método assecuratório de sua efetividade a promoção de determinadas ações pretendidas pela ordem jurídica.

Em ambas as situações, todavia, o fim ultimado é a adaptação à ordem estabelecida. Quando assume o feitiço **democrático**, o Estado de Direito tem como objetivo a igualdade e, assim, não lhe basta a limitação ou promoção da atuação estatal, mas referenda a pretensão à transformação do status quo. A lei aparece como instrumento de transformação da sociedade, não estando mais atrelada inelutavelmente à sanção ou à promoção. O fim a que se pretende é a constante reestruturação das próprias relações sociais". (grifos do autor)

E assim deve ser compreendido, pois, afirmando o art. 1º da Constituição ser o Brasil um Estado Democrático de Direito, vincula, necessariamente, a uma nova análise dos antigos institutos jurídicos, que não mais podem ser compreendidos do mesmo modo e forma que outrora, havendo de se pensar acerca das conseqüências da mudança advinda com o novo texto constitucional, a fim de reconstruir os institutos anteriormente existentes, bem como expurgar da novel ordem jurídica todos os conceitos e institutos incompatíveis com o novo paradigma. É importante frisar que toda essa evolução dos paradigmas do estado de direito leva ao fundamento da função simbólica atribuída à Constituição, pois permite que o liberalismo e a democracia convivam com o fim de reduzir as diferenças econômicas e sociais à unidade formal do sistema legal de uma Constituição que, colocada no ápice de uma pirâmide escalonada, fundamenta a

legislação, fazendo com que seja aceita como poder legítimo, em que deve prevalecer o interesse da maioria. Assim não de constar nos textos constitucionais os valores da sociedade, sob pena de não corresponder à realidade social, política e econômica de um povo. Desse modo, a Constituição revela a conformação do paradigma jurídico de um Estado e de uma sociedade. Para ser legítima, a Constituição precisa assegurar alguns direitos que, na visão de Galuppo (2002, p. 205), apud Habermas, são os seguintes:

- 1) Direito à maior medida possível de iguais liberdades individuais de ação [...];
- 2) Direitos fundamentais que resultam da elaboração politicamente autônoma do status de membro de uma associação voluntária sob o direito [...];
- 3) Direitos fundamentais que resultam imediatamente da possibilidade de adjudicação de ações protetivas e da configuração politicamente autônoma de proteção jurídica individual [...];
- 4) Direitos fundamentais a iguais oportunidades de participação em processos de formação da opinião e da vontade públicas na qual os cidadãos (Bürger) exercitam sua autonomia política e através dos quais eles positivam um direito legítimo [...];
- 5) Direitos fundamentais à provisão de condições de vida que sejam socialmente, tecnologicamente e ecologicamente asseguradas [...], [a serem reconhecidos] caso se suponha que os cidadãos devam ter iguais oportunidades de utilizar os direitos fundamentais listados de 1) a 4)” (Habermas, 1994^a: 155 a 157, com uma intercalação minha).

Não obstante a existência desses princípios que objetivam a garantia do Sistema de Direitos defendido por Habermas, o certo é que todos eles se caracterizam como força de mecanismo político-constitucional, almejando a garantia e a preservação dos direitos fundamentais. São tais princípios inovadores que, apesar de todas as imperfeições, têm importância fundamental ao dirimir conflitos oriundos do Estado Democrático de Direito. Pode-se concluir, então, sobre a ideologia da Constituição, segundo Dantas (1999. p. 120) que,

[...] desta opção ideológica decorre o sentimento político da Constituição, expressa em uma supremacia, que, em última análise, significa uma maior proteção que se confere à matéria constitucional, em consequência ocupando posição de destaque frente às demais matérias que formam o Ordenamento Jurídico.

Ou seja, a supremacia vem a ser uma opção de natureza política do Poder Constituinte, como conclui o nobre autor ao afirmar como “[...] determinadas matérias como essenciais e fundamentais à configuração ideológica do Estado”, da qual se denota que a supremacia revela-se como ponto de partida para a própria Constituição. Partindo daí,

chega-se à questão de que a análise de todos dos princípios fundamentais da Constituição do Brasil tem início clara e objetivamente logo no primeiro artigo, que prescreve ser o Brasil um Estado Democrático de Direito. Abordadas todas essas razões, tem-se que o exercício do Estado Democrático de Direito encontra dificuldades e empecilhos intransponíveis em várias esferas da vida dos indivíduos. Muitas questões constitucionais são colocadas à prova para o exercício desse Estado Democrático, quando em um desses pontos, não de surgir soluções às consequências de uma sociedade que desampara famílias, no exato momento em que não lhes proporciona condições mínimas de vida, para que possam manter seus filhos consigo, com respeito aos direitos destes, expostos constitucionalmente. Trata-se essa questão do ponto central deste trabalho.

2.2 A NOVA DIMENSÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988, estabelecendo uma novel ordem jurídica, fez ocorrer a chamada constitucionalização do Direito Civil, ocasionando mudanças radicais, em especial no Direito de Família, quando passou a reconhecer entidades familiares diversas daquelas originadas pelo casamento, que deixou de ser a pedra angular do Direito de Família. Assim, após a promulgação da nova Carta Federal, extraiu-se do Código Civil o papel de lei fundamental do Direito de Família, em especial no que tange ao relacionamento entre pais e filhos. Eis que o Estatuto da Criança e do Adolescente passou a ocupar tal lugar, em obediência às linhas traçadas pela Constituição da República.

Essa incorporação da doutrina de proteção integral ao texto constitucional tornou-se efetiva no momento em que tratou do *modus operandi* do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. A partir de então, esse princípio passou a comandar todas as relações familiares que envolvam criança e adolescente. Desse modo, todos os institutos da filiação foram atingidos diretamente por essa nova doutrina, como o pátrio poder, a guarda, o estabelecimento de paternidade, a adoção e a tutela, que passaram a ter novos dispositivos a eles referentes, sejam na Lei Adjetiva Civil seja nas leis

extravagantes, tornando inócuas as disposições que divergissem dessa ordem normativa.

A promoção da plena equiparação dos filhos, constante do art. 227, § 6º, da Constituição Federal, se revela de vital importância, pois fez com que a situação jurídica dos pais deixasse de ser pressuposto determinante da filiação, eis que o estado de filho passou a independe do estado civil dos pais. Isso se deu porque, anteriormente à nova Carta, os filhos tinham seu *status* jurídico ligado à situação civil-familiar dos pais, ou seja, se não fossem esses casados legalmente, os filhos gerados por essa relação seriam considerados ilegítimos, com direitos distintos dos filhos tidos como legítimos à época. Ultrapassada essa idéia, passa-se à consolidação da base de direitos que tem como titular a criança e o adolescente, como pessoas em desenvolvimento que têm assegurado o seu melhor interesse de forma prioritária.

Assim, pela primeira vez na história das Constituições do Brasil, a questão relacionada com as crianças passa a ser tratada como um tema público, sendo abordado profundamente pela nova Constituição, que veio determinar, de forma absolutamente prioritária, a proteção das pessoas em desenvolvimento, o que também está disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente, estabelecendo como dever da família, da comunidade e do Estado o exercício dessa proteção, como entende Machado (2003, p. 407):

A estrutura peculiar do direito material de crianças e adolescentes se caracteriza por conformar todos eles para gerarem prestações positivas (obrigação comissiva e não meramente omissiva) aos obrigados (representados pelo trinômio Estado, Família e Sociedade, empregado no caput do art. 227 da CF), sob a ótica de maior garantia, impondo-lhes dever de asseguramento prioritário.

Trata-se, então, de um trabalho conjunto de defesa e proteção, cujo primeiro convocado foi a família, como célula da sociedade, sob o fundamento de que, mesmo em condições mínimas, deve proporcionar a seus membros a assistência material, educacional e afetiva, como define o conceito moderno de família.

É de vital relevo, nesse passo, tratar do conceito de família que, como se sabe, está em constante mutação. A forma convencional, cuja pirâmide alinhava os descendentes de

cima para baixo a partir dos patriarcas e matriarcas, vem transmudando-se com renovações constantes. Trata-se de renovações oriundas das relações modernas, que exigem novas posturas e modificam conceitos.

Segundo Fiúza (2000, p. 29), pode-se dizer que existiram vários paradigmas para a família, baseando-se no entendimento de Fustel de Coulanges, para quem, apesar das dificuldades de se estabelecer modelos para a família plebéia, havia, sem dúvida, paradigmas distintos para a plebe e para o patriciado, tanto na Grécia quanto na Roma antiga. Já no Egito antigo, a estrutura familiar era muito semelhante à contemporânea, assim como o caráter privado do casamento e do divórcio, características da civilização greco-romana. Assim, no Egito da Baixa Época, tanto o casamento quanto o divórcio eram permeados de formalidades administrativas, assim como na Roma Antiga, ao tempo do Baixo Império.

Quanto à família grega, esta se parece muito com a romana, amoldando-se no mesmo paradigma que, para ser entendido, devem ser levadas em consideração as classes sociais daquele tempo, quais sejam: o patriciado, a plebe, a clientela e os escravos. Os primeiros eram os detentores do poder, fundadores das cidades e seus descendentes, enquanto a plebe é de origem incerta, pois atuava em áreas pouco nobres para um patrício, como o comércio de varejo e trabalhos assalariados, apesar de existirem plebeus ricos, mas não possuíam qualquer direito, pois não participavam da vida política, religiosa ou militar, não pagavam tributos, nem possuíam cidadania para invocar qualquer direito em sua proteção. Os clientes eram aqueles que se submetiam ao poder de um chefe de família patrício, oferecendo préstimos e patrimônio em troca de proteção, enquanto os escravos constituíam grande parte da população, tanto que a economia era toda baseada na mão-de-obra escrava.

A cidade se dividia em três tribos, Titias, Ramnes e Luceres. Cada uma dessas tribos se dividia em dez cúrias, que era a circunscrição territorial habitada por gentes. Cada *gens* era composta por *domus* ou família, que era encabeçada por um páter-famílias, ao qual se submetiam todos os demais membros da casa. Exercia ele várias funções, como pai, esposo, juiz, administrador e sacerdote. Nessa época romana pré-clássica,

quando vigia a primogenitura, quando morria um páter-famílias, tinha seu lugar ocupado pelo filho primogênito e, se não o tivesse, adotava um para essa função, pois o importante era dar continuidade ao culto familiar.

A religião tinha um importante papel nessa época, quando existiam duas classes de deuses: os superiores (deuses do Olimpo) e os inferiores (domésticos), que eram os antepassados das famílias, representados em altar por um fogo que não se apagava, cujo nome era Deus-Lar. Os antepassados comuns tinham importante papel, pois eram fundadores da cidade, sendo cultuados por toda ela. Entretanto, somente seus descendentes podiam participar do seu culto, já que possuíam a cidadania para invocar o sagrado direito da cidade.

Vê-se que a estrutura, nesse ínterim, era monogâmica e patriarcal, e as mudanças de paradigma da família grupal para a família monogâmica parecem ter sido de ordem econômica. Mas foi a introdução do Catolicismo e a queda do Império Romano no Ocidente que impuseram nova transformação no paradigma familiar ocidental, causado pelas invasões bárbaras, com seus costumes e crenças, e pela derrubada do Poder Político central que, de certa forma, organizava e civilizava. Os povos bárbaros foram civilizados pela Igreja, que era um meio centralizado, detentor do saber e das tradições greco-romanas, que servia de garantia contra o Império Grego do Oriente. A partir de então, o Catolicismo invadiu a Europa com seus costumes, leis e língua dos romanos, processo esse que contou com parte da rígida moral judaica, contida na obra de São Paulo. Foi essa moral católica que afastou a Idade Média dos paradigmas da Antiguidade.

Na Era Medieval, introduz-se o casamento indissolúvel, apesar da arraigada prática de poligamia entre os germanos e o contínuo concubinato entre os galo-romanos. Por isso, muitos reis daquela época tiveram várias mulheres. A monogamia e a indissolubilidade do casamento só se tornaram prática geral no século X, primeiramente entre o povo, e depois entre os nobres.

Já a Revolução Industrial foi um marco histórico para a família, pois foi nessa época que a sociedade começou a se transformar, com a urbanização e a concentração

capitalista, conseqüências da concorrência e da racionalização. O resultado desse processo foi a massificação das cidades, das fábricas, das comunicações, das relações de trabalho e da própria responsabilidade civil. O espaço doméstico se reduz, o casal mediano é obrigado a compartilhar o mesmo leito, e a indissolubilidade do casamento é posta em dúvida, quando, então, a mulher se vê na contingência de trabalhar para o sustento do lar, dando início à libertação feminina. A própria Igreja revê sua doutrina e atuação.

No século XX, houve a revolução sexual, também decorrente da Revolução Industrial, que traz dúvidas aos paradigmas clássicos como: o heterossexualismo, o machismo, o patriarcalismo, a monogamia, dentre outros. Nessa época, a Igreja Católica começa a mudar sua doutrina, buscando o verdadeiro cristianismo, que prega o amor ao próximo e a responsabilidade, sem a hipocrisia antes existente. Passa-se, então, à formação da família contemporânea, em que o homem já não exerce mais a liderança absoluta da casa, e o papel da mulher se torna cada vez mais ativo e importante, uma vez que os sustento do lar é provido por ambos.

Passando-se à família brasileira, tem-se que foi unificada pelo casamento, conforme o antigo Código Civil, o que gerava uma disparidade entre o direito positivo e a realidade social, no exato momento em que as demais manifestações e realidades familiares não encontravam qualquer proteção jurídica. Na verdade, trata-se de modelo jurídico europeu que não condiz com a realidade do Brasil, tendo se originado do caráter monista adotado pelo discurso jurídico da modernidade, o que acabou construindo um direito uno, harmônico e coerente, originado exclusivamente do Estado, como leciona Groppali (2003, p. 185):

No Estado se integram as vontades dos cidadãos particulares, e a sociedade, por intermédio dele, assume uma verdadeira e própria personalidade jurídica, adquirindo capacidade para querer e agir.

O Estado é, portanto, o principal órgão do direito, pois que a ela não só é confiada a tarefa de prevenir e reprimir transgressões das normas jurídicas e de dirimir as controvérsias levantadas ente os cidadãos, mas também a de elaborá-lo, imprimindo-lhe o caráter de obrigatoriedade.

Nesse racionalismo, o Direito passa a organizar politicamente a sociedade, tripartindo o Poder, confundindo-se com o próprio Estado, como explicita Ramos (2000, p. 62):

A preocupação com o fortalecimento e a centralização do poder, características do liberalismo e dos Estados modernos, conduziu à unificação política. Por sua vez, a preservação desta unidade política erigiu a unidade legislativa como um de seus pilares.

Neste passo, a ideologia que embasou o Estado de Direito Liberal apóia-se em determinados princípios, em tese inarredáveis, respeitados como verdadeiros mitos.

Dentre estes princípios, dois não podem ser dissociados das correntes racionalistas do século XVIII: a legalidade e a completude.

E assim o é, pois a legalidade considera exclusividade do Estado a produção de normas jurídicas, considerando o monismo jurídico; já a completude pretende envolver qualquer situação que possa ocorrer na sociedade, com a abrangência das regras de Direito. Como afirma a citada autora, nas sociedades jurídicas da modernidade – em que o Direito tem a pretensão de regular toda a vida social, o próprio sistema rege os modos de produção das regras jurídicas, comandando a lei toda conduta humana, incluindo a atividade legislativa, que, em sua produção, deverá recepcionar os fatos e os atos ocorridos no mundo real como categorias e institutos neutros e abstratos, que terão a função de ser fontes de produção do Direito, com o fim de regular o comportamento de todos os indivíduos.

Nesse passo, oportuna é a lição de Bobbio (1994, p. 110), para quem a completude faz parte da legalidade, significando que o Direito Estatal, organizado num sistema coerente, sem antinomias, deverá ser capaz de regular toda e qualquer situação que ocorra na sociedade, estabelecendo uma rede de jurisdição que pretende envolver toda a realidade, sem deixar vazio. É essa completude, conceituada por Bobbio, que persiste nos distintos sistemas jurídicos racionalistas, como o do Brasil. Representa essa completude uma rejeição do pluralismo de fontes, que reconhece como Direito apenas o Estatal, não levando em consideração qualquer critério ou valora adotado na redação das normas. Foram os princípios liberal-racionalistas que o Código Civil vinha adotando, com respeito literal ao princípio da legalidade, considerando o matrimônio como única fonte da família.

Mas a verdade é que o casamento, da forma como era disposto nos antigos Códigos, sempre conviveu com situações de fato diversas, como a união não matrimonializada entre casais (período colonial) e a família monoparental, apresentada nos casos de mães solteiras ou abandonadas pelo marido. Existia, então, uma antinomia entre o que estava disposto no Código e a vida dos indivíduos, o que fez surgir inúmeras relações familiares de fato, que não tinham qualquer reconhecimento jurídico. Tal dissociação entre o Direito e a realidade pode ser localizada no pluralismo jurídico, que tem como ponto em comum o reconhecimento da existência de um Direito de origem não estatal, surgido com o passar do tempo, no momento em que o sistema jurídico positivo entra em contato com a realidade da sociedade. Assim, o pluralismo acaba revelando as falhas do sistema jurídico posto e a falta de fontes formais para trabalhar as relações interpessoais. Mas o próprio Direito positivo acabou admitindo determinados temperamentos na idéia de completude, e passou a não se colocar mais como auto-suficiente.

A partir do século XX, o Direito positivo passou, de fato, a assumir a necessidade de uma vinculação a um modelo sociopolítico-econômico, quando foram editadas leis denominadas extravagantes, seguidas pelos estatutos – que regulam institutos ou situações específicas, até se alcançar a Constituição, que passou a regular todos os institutos do Direito Privado, incluindo a família. No Brasil, especificamente, a recepção de tal paradigma, em se tratando de família, só veio ocorrer, verdadeiramente, com a Constituição de 1988. Entretanto, percebe-se que, ao receber a realidade familiar o Direito posto vem caracterizar uma concessão ao pluralismo, levando-se em consideração que a ideologia básica da organização do sistema jurídico foi preservada.

Isso porque as transformações ocorridas ao longo da história do Brasil, com relação à família, se ligam ao contexto socioeconômico-político do país. Desse modo, no Brasil colônia, tem-se a família tradicional patriarcal, na qual os casamentos buscavam interesses econômicos, cujos filhos eram considerados extensão do patrimônio do patriarca. Posteriormente, um novo modelo de família surge, já no final das últimas décadas do século XIX, quando ocorreram a Proclamação da República, o fim do trabalho escravo, o início da industrialização, a urbanização e modernização do País.

Todos esses acontecimentos contribuíram para o surgimento de família constituída por pai, mãe e poucos filhos, com a continuidade do pai como detentor da autoridade e à mãe cabendo o papel de educar e zelar pelos filhos. Conforme Bittar (1993, p. 240 e ss.), a família patriarcal cedeu lugar à família denominada nuclear, composta apenas pelas pessoas que habitam o lar. Assim, para esse autor,

[...] um sentido de personalização da família estranhou-se nesse campo, voltando-se o legislador para, a par da proteção do núcleo em si, como bem maior, traçar regras próprias para defesa de cada um de seus componentes, em particular para a valorização da posição da mulher na sociedade conjugal e da paridade entre os filhos de diferentes origens.

Nos últimos trinta anos, as mudanças ocorridas no terreno sociopolítico, ligadas ao processo de globalização da economia, vêm interferindo na dinâmica e estrutura familiar, modificando totalmente seu padrão tradicional de organização. É essa nova família aquela trazida pela Constituição Federal do Brasil de 1988, destacando o Capítulo VII, que cuida da família, da criança, do adolescente, do idoso, conservando a gratuidade do casamento e os efeitos civis do casamento religioso.

Um novo conceito de família surge, então, descrito no art. 226, que reconhece como legítima a união estável entre homem e mulher (§ 3º), bem como a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (§ 4º), e ainda que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (§ 5º). Da mesma forma, e de vital importância, a igualdade dos filhos havidos ou não do casamento, ou por adoção, garantindo a todos eles os mesmos direitos e deveres, sendo vedada qualquer discriminação decorrente de sua origem, exigindo, ainda, que a adoção deverá ser assistida pelo poder público, na forma da lei, estabelecendo casos e condições de sua efetivação por parte do estrangeiro. Segundo Bastos (2000, p. 1044-1045), a Constituição passa, a partir de então, a responsabilidade à família, à sociedade e ao Estado de assegurar à criança e ao adolescente os direitos fundamentais, que assim define:

Tais direitos são o direito à vida, mas o essencial direito do homem em sociedade – por essa razão a Constituição veda a pena de morte, a eutanásia e o aborto – à saúde, à alimentação – direitos de subsistência fundamentais, à educação, ao lazer, à profissionalização e à cultura – todos relevantes para o desenvolvimento das potencialidades humanas em todas as suas aptidões – à

dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. São direitos de particular importância para a realização plena do cidadão.

A Constituição Federal de 1988 trouxe, dessa forma, uma nova corrente de valores que se centra na dignidade da pessoa humana que, juntamente com o respeito aos direitos humanos fundamentais, direitos da liberdade, direitos sociais e à igualdade formam o significado da modernidade, qual seja, a democracia. Tal se deu porque houve uma percepção geral de que um Estado Democrático de Direito deve ter, como objetivo primordial, o princípio da dignidade da pessoa humana, razão pela qual a novel Constituição pretendeu torná-lo um fundamento da República.

A dignidade da pessoa humana é um valor subordinante que nunca cede em face dos valores subordinados, demonstrando que na Constituição da República o homem nunca decai da dignidade humana que se revela como fundamento do Estado Democrático de Direito. A forma como está disposta a dignidade humana na Carta Federal não se relaciona com as formas de comportamento, mas como atributo intrínseco da pessoa humana, como valor de todo ser racional, independente da forma como se comporte. Trata-se de um dos princípios constitucionais que orienta a interpretação de todo o sistema jurídico brasileiro, razão pela qual deve servir de base para a efetividade dos direitos constitucionais, como ensina Barroso (1996, p. 231-132):

Efetividade designa a atuação prática da norma, fazendo prevalecer, no mundo dos fatos, os valores por ela tutelados. Ao ângulo subjetivo, efetiva é a norma constitucional que enseja a concretização do direito que nela se substancia, propiciando o desfrute real do bem jurídico assegurado.

Sobre a efetividade e a dignidade da pessoa humana Machado (2003, p. 97-98) lembra:

A dignidade da pessoa humana é o ponto de esteio do Estado Democrático de Direito brasileiro – o fundamento básico dele, o ápice da pirâmide valorativa do ordenamento jurídico instituído pela Constituição Federal de 1988 – eis que, mesmo quando cotejada aos demais fundamentos referidos de maneira expressa no art. 1º da Carta Magna, ela tem posição de centralidade, porque atrai o conteúdo valorativo dos outros quatro.

A cidadania referida no inc. II nada mais é do que a manifestação política da dignidade humana;

O pluralismo jurídico representa a especificação de condição para a plena manifestação da cidadania;

A soberania é uma roupagem pela qual esse poder do povo cidadão se manifesta;

A colocação dos valores sociais e do trabalho e da livre iniciativa num mesmo patamar no texto constitucional, representa uma tentativa de detalhamento de parcela do conteúdo do valor dignidade humana, feita pela Assembléia.

Nesse sentido os direitos humanos da criança e do adolescente configuram direitos humanos no sentido geral, por isso a dignidade da pessoa humana como disposta na Constituição Federal ocupa posição de núcleo do qual advém conseqüências na proteção dos direitos da infância e da juventude, como se verá no tópico seguinte.

Desse modo, vê-se que a Constituição Federal de 1988 introduziu relevantes mudanças no conceito de família e no tratamento dispensado a essa instituição considerada a base da sociedade. Como decorrência dos novos mandamentos constitucionais, foram editadas leis especiais garantidoras daqueles direitos, com a atualização do texto da Lei 6.515/77, relativa à separação judicial e ao divórcio, a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) que, dentre outras questões, trouxe toda prescrição a respeito da adoção de menores, a normatização do reconhecimento de filhos havidos fora do casamento (Lei 8.560/92) e as leis da união estável (Lei nº 8.971/94 e 9.278/96), que concederam aos companheiros direitos a alimentos, meação e herança.

Essa previsão de igualdade, com relação aos filhos havidos ou não do casamento, veio refletir-se no Estatuto da Criança e do Adolescente, como afirma Moor (2001, p.42), para quem, a par das mudanças sociais, a Constituição Federal de 1988, de forma inovadora, dispôs sobre as relações familiares, que foram substancialmente alteradas, modificando, inclusive, o conceito de família anteriormente previsto na legislação, não mais prevendo uma forma única de família, bem como a desigualdade entre a filiação, o que se reflete no instituto da adoção. Citando João Baptista Villela, a autora assevera que “nenhum fenômeno talvez ponha mais a claro a derrocada da velha ordem familiar que a irrupção de um novo interlocutor no seu ambiente: o menor”, e conclui:

A dimensão que a questão da filiação toma é justamente a de colocar a pessoa no centro de toda discussão jurídica, com o intuito de concretizar o fim último da Constituição Federal de 1988, que é a preocupação com a dignidade da pessoa humana.

De forma mais ampla, Tepedino (1993, p. 21/23) entende que, cada vez mais, os valores constitucionais devem incidir na normativa civilística, operando uma espécie de despatrimonialização do Direito privado, em razão da prioridade atribuída, pela Constituição, à pessoa humana, sua dignidade, personalidade e livre desenvolvimento. Assevera, então, a mesma autora, que ocorre uma repersonalização das relações de família, em que

[...] não deve a proteção do patrimônio suplantar a proteção das pessoas. Em conclusão, afirma-se: o interesse a ser tutelado não é mais o do grupo organizado como esteio do Estado, e das relações de produção existentes, mas de condições que permitam à pessoa humana realizar-se íntima e afetivamente, neste pequeno grupo social.

Assim, essa tendência de repersonalização da pessoa vai ao encontro da Constituição, que coloca como valor primeiro a pessoa humana, modificando o modelo de família expressamente previsto, bem como da igualdade cultuada, trazendo mudanças consideráveis às relações entre as pessoas do grupo familiar, no qual a preocupação primordial é a formação da personalidade dos componentes desse grupo, quando, então, o vínculo biológico e o aspecto patrimonial tomam qualificações distintas daquelas anteriormente existentes.

Esse repositório de leis inovadoras fez com que o Código Civil de 1916 se tornasse arcaico, incompatível com os novos ordenamentos legais. Por tal razão, com a edição do novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002), houve a indispensável atualização, possibilitando que o Direito de Família fosse efetivamente regulamentado com as concepções atuais de sua ampliação e com respeito aos seus componentes humanos. Assim, a legislação brasileira atual demonstra que a família, hoje, é muito mais do que simples amarras formais existentes entre entes descendentes. A realidade hodierna mostra que o núcleo familiar é muito mais envolvente e acolhedor, pois traz a história de cada um de seus componentes, inclusive daqueles entes que a família acolheu generosamente. Indispensável, nesse passo, é a conclusão de Ramos (2000, p. 66):

[...] a sedimentação do novo discurso jurídico nos últimos anos direciona para uma releitura da instituição familiar, com destaque para a valorização dos laços

afetivos, traduzidos numa comunhão espiritual e de vida, em prol da dignidade e solidariedade humanas.

O reconhecimento desta nova função de família – núcleo unido pela comunhão de afeição e de vida entre um homem e uma mulher, ou entre a mãe e seu filho, ou o pai e seu filho –, objetivando promover a dignidade humana, justifica que o Direito positivo unifique sua proteção, recepcionando, ao lado da família matrimonializada, a família originada fora do casamento e a família monoparental, bem como fundamenta a igualdade entre todos os filhos, independente de sua origem, sejam filhos biológicos, sejam filhos havidos por adoção.

Claro se mostra, portanto, que ficou para trás o conceito de família como núcleo de reprodução, passando a ser o centro de afeto e companheirismo. E assim, porque o princípio da afetividade tem fundamento constitucional, pois projeta-se no campo jurídico-constitucional a afirmação da natureza da família como grupo social fundado especialmente nos laços de afetividade.

Lobo (2000, p. 245) indica três fundamentos essenciais do princípio da afetividade constantes da Constituição Federal: igualdade dos filhos, independente da sua origem; igualdade de direitos na adoção e comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (incluindo os adotivos) que têm a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida. O caráter amplo que assume o conceito de família demonstra que o afeto é que define a entidade familiar, incluindo pessoas em uma família e fazendo com que haja partilha de vidas entre elas. Dessa forma, o repensar a partir da noção de igualdade entre os filhos faz surgir novos valores que enriquecem o instituto da adoção, cerne deste trabalho, no qual deve ser primordial a preocupação com a pessoa do adotado e as verdadeiras condições da família em que está sendo inserido, pois não existem mais os valores anteriormente reinantes nas relações familiares, mas sim a preocupação com a afetividade e os seus reflexos positivos na família. Oportuno, nesse passo, é citar Moor (2001, p. 60):

A família do futuro vai ser aquela que reúne os elementos individual, social e familiar, chamada indivíduo/social, em que prepondera a igualdade, respeito, a solidariedade e a afetividade. Nesta perspectiva, as dificuldades e conflitos não devem mais ser solucionados sob o texto frio da lei ou de acordo com concepções pessoais, religiosas ou provenientes de idéias estigmatizadas do saber unipessoal. A solução para os problemas familiares deve ser buscada a partir de teorias e métodos modernos; no estudo das causas e do porquê do relacionamento conflituoso, com auxílio preponderante de equipes interdisciplinares (psicólogos, terapeutas, sociólogos).

Trata essa idéia de analisar a questão da família, levando-se em consideração o aspecto da conscientização geral da igualdade, pois somente assim, chegar-se-á à família ideal. Nesse sentido, há de se ter a preocupação em desenvolver a adoção e a idéia de família atual, de forma conjunta, a fim de que haja a efetivação prática da igualdade, prevista constitucionalmente e recepcionada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, o que pode se dar por meio de uma modificação no pensamento sobre esses institutos no contexto da atualidade. E assim deve ser, pois, quando se estuda a questão da família, deve levar-se em consideração a importância da igualdade, porque somente assim se chegará à família ideal, que é a família indivíduo/sociedade, pondo fim à hierarquia, e buscando o entendimento.

Tratadas todas essas questões relativas à família moderna, chega-se a outro responsável pela proteção dos direitos da criança e do adolescente, a sociedade, que também foi convocada para tal função, devendo ser incluída nesse contexto a população em geral, os movimentos sociais, as entidades estatais e não-governamentais, as instituições filantrópicas, os intelectuais, os juristas e todos aqueles que participam de forma ativa no desenvolvimento dos infantes e adolescentes ou que, indiretamente, auxiliam nos mecanismos de proteção, por meio de processos e informação.

Por fim, tem-se a responsabilidade do Estado que, além de colocar a prioridade da criança e adolescência dentro de suas políticas básicas, deve ainda concentrar sua atuação nas demais áreas que a essa política sejam relativas. Especificamente sobre o Poder Legislativo, tem esse o dever de criar mecanismos de proteção, exercendo a função de promover programas afins por meio de suas bases políticas. Também o Estado, pelo Poder Judiciário, é convocado, com o objetivo de aplicar de forma efetiva as normas que tenham por fim impedir os desvios sociais e assegurar o direito ao desenvolvimento regular e a estabilidade das relações familiares na sociedade, proporcionando, ainda, ao jovem em situação irregular o atendimento respectivo nos moldes dos princípios expostos no Estatuto.

Os direitos sociais garantidos pela Constituição Federal são auto-aplicáveis e incontestáveis, estando entre eles a Previdência Social, a proteção à infância, a assistência aos desamparados, além daqueles sociais ligados ao trabalho, tais como, o salário família para os dependentes dos trabalhadores, um salário mínimo nacional unificado e que atenda às necessidades básicas dos trabalhadores e respectivas famílias, assim como a vedação ao trabalho dos menores de quatorze anos, com exceção da condição de aprendiz. Também a saúde é dever do Estado e direito de todos, como estipulado no art. 196 da Constituição Federal, que deu tratamento especial à criança e ao adolescente em capítulo próprio e na legislação especial. Com relação à educação, atingiu-se em grande avanço com a nova Constituição, pois houve, inclusive, a fixação de percentuais mínimos obrigatórios no orçamento da União. Apesar disso, o Brasil ainda possui milhões de analfabetos em todas as faixas etárias, o que requer um programa prioritário para o atendimento imediato a essa deficiência.

Trata-se, portanto, de uma visão dos aspectos constitucionais de proteção da infância e da adolescência, que só poderá se dar de forma concreta quando atendida uma série de medidas, que não poderão servir de óbice à sua concretização, porque o homem é titular de direitos que antecedem a instituição do Estado, razão pela qual lhe deve ser assegurada uma esfera inviolável de proteção. Nesse contexto, a Constituição surge como o instrumento de afirmação e proteção dos direitos humanos, como dispõe Luño (2003, p. 24).

Assim, um dos mais importantes direitos que possui a criança, qual seja, o de ter e pertencer a uma família, está objetivamente garantido na legislação nacional, pela da Constituição Federal, em seus arts. 203, I; 226, § 6º; 227 e 229, bem como no Estatuto da Criança e do Adolescente, em seus arts. 3º, 4º, 5º e 19 a 52. Trata-se de tema que já era uma preocupação dos povos babilônicos, como lembra Liberatti (1995, p. 58), sistematizado pelo Código de Hamurabi (1728-1686 a.C.): “106- Antes que um homem possa adotar uma criança abandonada deverá antes procurar encontrar seus pais e se os encontrar, deverá entregar-lhes o filho”. Observa-se que no campo internacional é um tema que há muito vem despertando preocupação, como se pode ver da Declaração dos Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1959, pela qual as Nações

Unidas proclamam a manutenção do vínculo familiar, prescrito no Princípio 6º. Desse Princípio, deve ser destacado o desenvolvimento completo e harmonioso da personalidade da criança, que precisa de amor e compreensão, criando-a, sempre que possível, aos cuidados e responsabilidades dos pais, num ambiente de afeto e de segurança material e moral, não sendo apartada de sua mãe, a não ser em casos excepcionais.

Destarte, como muito bem asseverado por Liberati (1995, p. 58), o direito da criança de viver em contato pleno com sua família biológica nada mais é do que a representação pura e simples de um direito natural. E é por essa razão que as leis representativas do Direito Positivo têm a obrigação de preservar, de maneira incontestada, a manutenção desse vínculo, pois é no seio familiar que ocorre todo o desenvolvimento e socialização da criança, adquirindo valores e normas de comportamento.

É bem verdade que há de se dar preferência à manutenção da criança em sua família de origem e, conseqüentemente, no seu país de origem, deixando como última alternativa a adoção por estrangeiros, como proclamou a Convenção de Nova York, de 26 de janeiro de 1990, estabelecendo, em seu art. 9º, n. 1,¹ bem como a Convenção de Haia de 1993, relativa à cooperação em matéria de adoção internacional, que em seu Prólogo orienta que “[...] cada Estado deverá tomar, com caráter prioritário, medidas adequadas que permitam manter a criança em sua família de origem [...]”.

Toda essa filosofia adotada pelas Nações Unidas², difundida mundialmente em suas Convenções, e que serviu de base para a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente, tem como lema a família como grupo fundamental da sociedade e ambiente natural para o crescimento e o bem-estar de todos os seus membros e, em particular, das crianças, que devem receber proteção e assistência necessárias a fim de poder assumir plenamente suas responsabilidades dentro da comunidade, reconhecendo, ainda, que a criança, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de

1 Art. 9º, n. 1: “Os Estados Partes deverão zelar para que a criança não seja separada dos pais contra a vontade dos mesmos, exceto quando, sujeita à revisão judicial, as autoridades competentes determinarem, em conformidade com a lei e os procedimentos legais cabíveis, que tal separação é necessária ao interesse maior da criança”.

² Disponível em <http://www.unicef.org/brazil/decl_dir.htm> Acesso em: 17 jan. 2004.

sua personalidade, deve crescer no seio da família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão; devendo estar plenamente preparada para uma vida independente na sociedade e ser educada de acordo com os ideais proclamados na Carta das Nações Unidas, especialmente com espírito de paz, dignidade, tolerância, liberdade, igualdade e solidariedade.

Em suma, a família tem como função primordial a afetividade, revelando-se como um lugar onde cada indivíduo é aceito e acolhido com as suas peculiaridades, para que possa se desenvolver amparado pela afetividade, amor e atenção recíproca. É um direito natural inalienável da criança, que as normas legais têm a obrigação de proteger, e o Estado o dever de fazer valer. Assim, se não é possível a garantia de uma família natural para a criança e o adolescente, onde possam ser mantidos e formados com a fruição dos seus direitos de maneira sadia e em conformidade com os objetivos do Estado Democrático de Direito, que possam, então, exercer tais direitos no seio de uma família substituta, por meio da adoção, que é a proposta deste estudo, assegurando-lhes a convivência familiar e comunitária, a fim de que possam percorrer o caminho que os guiem na integração da sociedade e do mundo.

Denota-se que o desenvolvimento da criança e do adolescente implica ações que contemplem a lei, especialmente no que diz respeito à família, como já tratado, e ainda à educação, ao esporte e ao lazer. Desse modo, a evolução trazida pela globalização fez com que fosse ampliado o reconhecimento da educação como forma de promoção do desenvolvimento sustentável para a superação das desigualdades. Nesse passo, a escola passou ter um novo papel, não mais se prendendo a ensinar a leitura e a escrita, mas também se mostrando como importante instrumento na construção da cidadania infanto-juvenil. Trata-se de um movimento global que exige do professor e da escola um novo pensar, com perspectivas de desenvolvimento da criança e do adolescente para o futuro, como esclarece Di Giorgio (2002, p. 147):

A escola deve avançar no sentido de ser legitimamente, institucionalmente e no imaginário social, uma entidade que cumpra socialmente uma função de dinamizadora cultural e social do seu entorno e é a partir do cumprimento dessa função mais ampla que ela poderá efetivamente atuar eficazmente no sentido de não mais instruir, mas educar crianças, jovens, adolescentes e também adultos.

Essa idéia se relaciona com os objetivos traçados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente relacionados com a educação, contidos no art. 53, que são: pleno desenvolvimento da criança e do adolescente, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho. Entretanto, para a efetivação desses objetivos há necessidade da ocorrência de diversos fatores, como maiores verbas para as escolas, a relevância da formação do professor que, com a globalização, não mais atende às exigências atuais de um mundo conectado. Isso porque a globalização envolve mudanças de caráter social, político, econômico e legal, criando situações variáveis que não encontram resguardo no modelo empregado. Além do mais, com a democratização da educação, resultado do modelo socioeconômico atual, que impõe um sistema de ensino de massas, surge a exigência de um novo posicionamento do professor, que deve lidar com a informação como parte de seu conhecimento, a fim de trabalhar para a construção de uma nova ordem cidadã. Vale lembrar, entretanto, que a família e a sociedade são também responsáveis por esse processo educativo, objetivando o completo desenvolvimento da criança e do adolescente para o futuro.

Da mesma forma, o esporte e o lazer se enquadram nessa perspectiva de um futuro melhor para a criança e o adolescente, como reconhecem e apontam, como direito fundamental, a Constituição Federal, em seu art. 227, e o Estatuto Menorista, em seu art. 4º. Por essa razão é que devem ser desenvolvidas políticas públicas nesse sentido, para que sejam proporcionadas oportunidades aos infantes para se desenvolverem adequadamente. Trata-se de uma consequência advinda com a globalização, que contempla não só as atividades intelectuais mas também aquelas ligadas ao desenvolvimento sadio e harmonioso da população infanto-juvenil. É por esse motivo que a legislação não afastou a questão do esporte e do lazer, que fazem parte do desenvolvimento infanto-juvenil, como uma resposta às demandas trazidas pela globalização.

Assim, o desenvolvimento de uma criança e adolescente tem, na família e na educação, incluindo o esporte e o lazer, o seu elemento básico e fundamental, razão pela qual devem receber apoio, orientação, formação, promoção e sustentação, mediante políticas sociais públicas para garantia dos direitos fundamentais dos infantes,

pois, apesar das transformações ocorridas na sociedade, nos planos social, econômico, cultural, ético e político, a família e a educação permanecem como espaços convenientes para o desenvolvimento da infância e da juventude, com capacidade de transformar as crianças em cidadãos do mundo.

Conclui-se, portanto, que, em relação às regras e condutas ligadas à criança e ao adolescente, seguiu-se uma trajetória histórica nas Constituições Federais e na legislação específica que demonstram uma evolução na concepção e no tratamento dispensados aos infantes. E o ápice nacional adveio com a Constituição Federal de 1988 e com o Estatuto da Criança e do Adolescente, regulando por completo os direitos fundamentais infanto-juvenis, rompendo com um passado marcado pela violência e pela discriminação, propiciando à criança e ao adolescente uma prioridade absoluta para o Governo, para a família e para a sociedade em geral.

Os direitos humanos da criança e do adolescente, como dispostos na Carta da República, estão inseridos dentre os direitos humanos que, para Luño (2003, p. 515) constituem categorias que não podem desvincular-se dos ordenamentos jurídicos, sua própria razão de ser se cifra em ser modelo e limite crítico das estruturas normativas e institucionais positivas. Quando essa recepção se produz nos encontramos com os direitos fundamentais, que são aqueles direitos humanos garantidos por um ordenamento jurídico positivo, na maior parte dos casos em sua normativa constitucional, e que gozam de uma tutela reforçada. Trata sempre de direitos humanos positivados, cuja denominação evoca seu papel fundamentador do sistema jurídico e político dos Estados de Direito.

Os tratados e as Declarações de Direitos da Organização das Nações Unidas representaram grande avanço para a efetiva proteção dos direitos humanos, inclusive quanto ao reconhecimento dos direitos fundamentais da criança e do adolescente. Por isso a concepção deste trabalho visa destacar que a efetivação dos direitos humanos não está limitada na esfera das relações internacionais pois, o efetivo respeito aos direitos humanos no cotidiano do indivíduo, representa condição imprescindível para a realização do Estado Democrático de Direito no mundo dos fatos, ainda mais tratando

de um país como o Brasil que tem em sua veia social resquícios do autoritarismo antes dominante.

Por essa razão os indivíduos comprometidos com a proteção dos direitos humanos devem buscar mecanismos técnico-jurídicos que auxiliem a concretização desses direitos, e da sua efetiva aplicabilidade na vida dos cidadãos comuns.

3 PRESERVAÇÃO E DEFESA DOS DIREITOS DA CRIANÇA: A ADOÇÃO COMO ALTERNATIVA

A humanidade está em constante evolução, buscando transformar o mundo em que vive, objetivando torná-lo menos eivado de contrariedades. No entendimento de Ferreira (2003, p. 1) essa busca tem o fim de aprimorar as técnicas produtoras de instrumentos, relacionando-se com o mundo material e com regras de conduta, que se dirigem às relações interindividuais. Assim, essa evolução, na atualidade, ganha um contexto mundial, passando a ser tratada, a partir deste momento, de globalização. Trata-se de uma nova ordem da qual advém conseqüências para toda a sociedade, inclusive para as crianças e adolescentes, e obviamente para a educação e a família, exigindo um novo pensar sobre o papel de cada um deles diante dessa novel realidade.

É importante asseverar que esse processo de quebra de fronteiras foi acompanhado pela conquista de vários direitos relativos ao cidadão. Ao longo do tempo, muitos foram os desafios enfrentados pela doutrina dos direitos humanos, podendo-se afirmar que houve um processo de expansão gerado pelos fatos sociais, que exigiam o reconhecimento de novos direitos que garantissem não só a convivência em harmonia como também o respeito aos valores envolvidos, como já exposto neste trabalho. Nesse contexto, merece destaque a Constituição de Weimar de 1919, que trouxe uma nova visão sobre os direitos sociais, na qual se encontravam normas sobre casamento e juventude, tendo servido de exemplo para diversas constituições de países europeus, e até mesmo para a Carta Política brasileira de 1934. Entretanto, tem-se, somente após a Segunda Grande Guerra Mundial, o reconhecimento dos direitos fundamentais, que foram dispostos na Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, transformando-se em um marco nesse sentido. Mas, no tocante à criança e juventude, a Constituição de Weimar já previa determinados direitos, como assevera Barboza (2000, p. 202- 203):

No que respeita à infância e juventude, a Constituição de Weimar considerava que a educação da prole para o desenvolvimento corporal, espiritual e social constitui o dever supremo e um 'direito natural dos pais' (art. 120), deixando evidenciado que a criança e o adolescente faziam parte integrante do complexo familiar e como tal gozam de proteção do Estado.

Ainda sobre o tema, Perez Luño (1998, p. 40) lembra que a Constituição de Weimar foi, durante muito tempo, o texto inspirador das cartas constitucionais que tenham tentado conjugar um sistema de direitos fundamentais das liberdades com os direitos econômicos, sociais e culturais. A partir de então, passa a criança a ter direito à vida, a um nome, à nacionalidade, a preservar sua identidade, à liberdade de expressão e opinião, bem como reconhecida a sua dignidade e os direitos iguais a todos os membros da família humana. Assim, os princípios básicos da Convenção Internacional Sobre os Direitos da Criança foram incorporados à Constituição Brasileira de 1988, vindo o Estatuto da Criança e do Adolescente a concretizar os novos direitos inerentes aos infantes, colocando em relevo o valor intrínseco da criança como ser humano e o respeito essencial à sua condição de pessoa em desenvolvimento.

Para reafirmar o princípio do melhor interesse da criança, que já era previsto na legislação brasileira, surgiu a adoção em sede constitucional, vindo como uma doutrina de proteção integral com base na Declaração Universal dos Direitos da Criança, adotada pela Organização das Nações Unidas em 1959. E assim deve ser, tendo em vista que não é possível falar em adoção sem considerar a idéia de abandono de crianças, bem como a realidade e os problemas específicos das regiões em que vivem, e ainda as questões gerais sobre direitos humanos, pois, como leciona Luño (1998, p.46), tais direitos devem ser entendidos como um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, tornam concretas as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional.

Desse modo, pode-se afirmar que hoje se torna indubitosa a existência dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, revelando-se imperioso, entretanto, que a efetividade desses direitos esteja incluída nos trabalhos dos operadores do Direito que atuam nessa área. Isso porque, mais uma vez encampando a lição de Luño (1998, p. 46), os direitos fundamentais possuem um sentido mais preciso e estrito, pois só descrevem o conjunto de direitos e liberdades jurídica e institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo Direito Positivo, tratando-se sempre de direitos

delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação corresponde ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico político do Estado de Direito.

Por essa razão, os direitos humanos se sobrepõem aos direitos fundamentais, como ensina Jayme (2005, p. 3):

Os direitos humanos sobrelevam-se aos direitos fundamentais uma vez que a aplicação daqueles, apesar de supletiva, é posterior à destes, somente vindo a ocorrer quando as instituições nacionais recusarem-se, por qualquer razão, a garantir os direitos essenciais do ser humano.

Entretanto, hodiernamente, como já explicitado neste estudo, resta indubitoso que o princípio do melhor interesse da criança, de observância indispensável para a concretização dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, foi totalmente incorporado pelo ordenamento jurídico brasileiro, entretanto, para a sua efetiva aplicação, impende um trabalho de interpretação no confronto com as normas civis, a fim de sejam plenamente efetivados. Segundo Barroso (1996, p. 141), para interpretação das normas jurídicas, devem-se ter, como ponto de partida os princípios constitucionais, que são os conjuntos que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e afins que compõem as normas eleitas pelo constituinte como fundamento e qualificações essenciais da ordem jurídica que institui. Assim, o citado autor clama pelo dever maior do jurista, qual seja, o de pugnar pela eficácia social do Direito, entendendo que o Direito existe para realizar-se.

Também a sociedade tem despertado maior interesse quanto aos direitos inerentes aos infantes, pois vem observando com maior acuidade essas questões. Tanto é assim que, em julho de 1990, foi promulgado o Estatuto da Criança e do Adolescente em substituição ao antigo do Código de Menores de 1979, objetivando definir os direitos da criança e do adolescente como dever da família, da sociedade e do Estado, devendo ser assegurados com absoluta prioridade. Surge, assim, a convivência familiar e comunitária como uma das prerrogativas básicas e primordiais do ser humano.

Em se tratando o Brasil de um país que tem hoje 200.000 crianças abandonadas, e 195.000 delas se encontram em instituições, a adoção surge como instrumento emergente para proporcionar uma família substituta para crianças e adolescentes que

estejam institucionalizadas, abandonadas de fato, e que, dessa forma, teriam atendidos os seus direitos especificados na Constituição Federal e nas Declarações inerentes às crianças e adolescentes.

Assim, na perspectiva da evolução que se opera na legislação brasileira, no tocante à família, faz-se necessário um esforço conjunto para beneficiar as crianças e adolescentes que não lograram êxito em nascer em uma família estruturada com capacidade para proporcionar-lhes o necessário para a realização plena de todos os seus direitos mundial e constitucionalmente garantidos, mesmo que seja por meio alternativo proposto por este trabalho, qual seja, a adoção.

3.1 EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA ADOÇÃO

Falar do instituto da adoção remonta à Antiguidade, quando se encontram casos como o dos gêmeos Rômulo e Remo, adotados por uma loba, e posteriormente por Faustulo e Aca Laurentia, bem como a previsão constante do Código de Manu, da Índia do Século XIII, que dizia: “Aquele a quem a natureza não deu filhos, pode adotar um para que as cerimônias fúnebres não cessem”. Da mesma forma, o art. 185 do Código de Hamurabi: “Se um homem adotar uma criança e der seu nome a ela como filho, criando-o, este filho crescido não poderá ser reclamado por outrem”. Também na Bíblia destacam-se alguns registros relativos à adoção, como a de Termulos, filha do faraó egípcio, ao adotar Moisés, que fora encontrado às margens do rio Nilo. Esse episódio, inclusive, é tido como a primeira adoção internacional então registrada.

Tem-se que na Grécia a adoção existiu como forma de perpetuar o culto familiar pela linha masculina, assim como na hipótese de falecimento do *pater familias*, quando não houvesse herdeiro, ou seja, pessoa capaz de continuar o culto aos deuses-lares, a adoção supria essa finalidade. No entanto, esse instituto difundiu-se de forma plena pelo Direito romano, que possuía disciplina e ordenamento jurídico sistemático no Código de Justiniano, pelo qual um chefe de família sem herdeiros podia adotar como

filho um menino de outra família. Dispunha que o adotado deveria receber o nome do adotante bem como herdar seus bens.

Assim, pode-se concluir que o princípio basilar da adoção na Antiguidade, que foi absorvido pelo direito civil contemporâneo, era o de que a adoção não poderia se afastar da filiação natural: *adoptio naturam*. É importante ressaltar, entretanto, que o objetivo da adoção nas culturas latina, grega ou hindu era simplesmente dar herdeiros patrimoniais e culturais às famílias que não os tivessem pelo modo natural consangüíneo, e que pretendessem manter o culto doméstico aos seus antepassados ou aos seus deuses pessoais.

Na Idade Média, época na qual reinava o Direito Canônico, o instituto não foi contemplado na legislação eclesiástica. Diz-se que tal doutrina entendia ser a família cristã apenas aquela oriunda do sacramento matrimonial, como se afirmava também que a adoção afrontava diretamente os interesses econômico-financeiros da Igreja Católica, razões pelas quais houve uma diminuição significativa da adoção nessa época.

Sabe-se que a legislação francesa influenciou diversas culturas, inclusive a brasileira, por isso é importante ressaltar que, na Idade Moderna, quando da Revolução Francesa, a adoção voltou a ser apresentada, o que se deu de forma clara pelo Código de Napoleão, de 1804. Posteriormente a esse período, as adoções hoje foram agravadas pelo êxodo rural, a rápida industrialização, o progresso da tecnologia e a superpopulação urbana, ocorridos em diversos países, como lembra Albergaria (1996, p. 31), seguindo entendimento de Grace Abbot, afirma que:

[...] foi nos Estados Unidos que a adoção adquiriu sua nova fisionomia, após rápida evolução. O Estado de Michigan, ao editar sua lei em 1891, condicionava a decisão a uma prévia investigação e reconhecia o Estado pela primeira vez o seu interesse em assegurar a adoção com sucesso. O exemplo foi seguido por outros Estados.

No entanto, os registros de casos de adoção internacional começam a surgir no início do século XX, nos países vítimas de guerras e catástrofes naturais, e aumentando

ainda mais após a Segunda Grande Guerra Mundial, como esclarece Costa (1998, p. 58):

É conhecido que ao fim do segundo conflito mundial emergiram nos países envolvidos multidões de crianças órfãs sem qualquer possibilidade de acolhimento em suas próprias famílias. Se por um lado, a opinião pública experimentou a necessidade de amparar os pequenos órfãos, por outro, os governos, ainda que conscientes da responsabilidade por sua proteção, não se achavam preparados para enfrentar um problema de tamanha envergadura. A adoção de crianças por parte de famílias de países que haviam sofrido, em menores proporções, as conseqüências do conflito, surgiu, então, como a melhor alternativa produzida por um encontro de vontades: a comunidade sensibilizada com o drama das crianças que tiveram suas famílias dizimadas e os governos interessados em dar solução aceitável a uma questão que por si só não podiam equacionar.

Esse mesmo autor lembra que, após esse período, com o sucesso do Plano Marshall, que possibilitou o soerguimento econômico da Europa, somado à política de controle de natalidade e à legalização do aborto, acabaram provocando um declínio nas taxas de natalidade dos países desenvolvidos. Por essa razão, e diante da ausência de crianças disponíveis para adoção, casais norte-americanos e da Europa Ocidental passaram a dirigir sua atenção aos países do Continente Asiático, subdesenvolvidos e extremamente pobres. Afirma Costa (1998, p. 60):

Verifica-se, então, nos anos 60 e 70, uma mudança no direcionamento das adoções internacionais, que passam a ser feitas na Ásia, principalmente, na Coréia, onde milhares de crianças órfãs e desnutridas despertaram sentimentos ao mesmo tempo de culpa e solidariedade nos países industrializados.

E foi com esse fluxo asiático que a adoção internacional adquiriu, definitivamente, suas características fundamentais que ainda persistem na atualidade, quais sejam, as crianças adotadas são provenientes de países com alto índice demográfico e baixo desenvolvimento econômico, e os adotantes são indivíduos que vivem em países ricos e industrializados, especialmente da Europa e dos Estados Unidos.

Após a década de 70, quando o número de crianças adotáveis na Ásia começou a diminuir, os interesses dos Países do Primeiro Mundo passaram a ser dirigidos para a

América Latina, que, desde aquela época, já atravessava sérios problemas econômicos, com graves questões sociais, como descreve Costa (1998, p. 62/63):

Numerosos casais sem filhos biológicos, alimentados pela idéia de *milhões de crianças abandonadas*, em nossa região, partem numa busca quase desesperada de menores *adotáveis*, dirigindo-se diretamente às autoridades judiciárias ou se utilizando de intermediários particulares, que passam a procurá-los para seus clientes, muitos se envolvendo em atividades ilícitas para conseguí-los.

[...] deve-se ressaltar que as facilidades trazidas pelos meios de comunicação de longa distância favoreceram a divulgação de informações e agilizaram os pedidos de adoção vindos do exterior. Da mesma maneira foram facilitados os intercâmbios e os auxílios filantrópicos e de cooperação entre países ricos e pobres, o que contribuiu para o aumento dessas adoções.

Após esse período, somente no fim da década de 80 é que essa situação veio a ser alterada, mediante revisões legislativas internas dos países da América Latina, com o objetivo primordial de impedir a saída indiscriminada de crianças, coibindo os abusos que se verificavam com a edição de normas mais restritivas e, sobretudo, em respeito aos princípios consagrados na Convenção de Haia de 1993.

A verdade é que houve uma intensa evolução da adoção internacional até os tempos modernos, entretanto essas mudanças não trouxeram maiores benefícios para os adotados. Sobre esse ponto, destaca Figueiredo (2002, p. 17):

Do culto aos deuses de família e de suprir carências para os casais sem filhos, para uma visão equivocada de que se trata de um instrumento caritativo ou que tem a possibilidade de resolver genericamente problemas sociais de uma nação, este foi o verdadeiro trajeto do instituto da adoção.

Juridicamente, em praticamente todo o mundo ocidental, o mesmo se materializava de forma extremamente simples, regido pelo princípio da autonomia da vontade das partes, mediante a lavratura de uma escritura pública para tornar o ato **erga omnes**. (grifo do autor)

Observa-se tal evolução quando se parte da corrente contratualista, que tratava a adoção como um negócio jurídico, para a corrente publicista, que entende a adoção como um instituto de direito público, e mostrando a importante função político-social do instituto. Assim, com o passar dos anos, o que se viu foi a publicização do instituto, bem como a divulgação da idéia de que o que se busca é uma família para uma criança (e

não a equivocada e antiga idéia de “uma criança para uma família”), fazendo-se constar, em quase todas as legislações mundiais, não obstante as diferentes realidades de cada país.

Segundo dados colhidos com a Comissão Estadual Judiciária de Adoção Internacional do Estado do Espírito Santo (CEJAI-ES), para demonstrar a discrepância existente entre os países de Primeiro Mundo para com os países de Terceiro, com relação a esse instituto, pode-se observar os países europeus, onde há elevado nível de vida, com baixas taxas de natalidade, chegando a crescimento demográfico negativo. Essa realidade não significa que não ocorram abandonos naquela região, entretanto, tais abandonos encontram amparo na rede pública, com qualidade inigualável. Esses abandonos, na maioria das vezes, são resultantes de mães usuárias de drogas, que perdem a guarda dos filhos em consequência de uma legislação rigorosa.

Podem ser destacados outros fatores que influenciam a redução de crianças a serem adotadas nesses países, como o uso ordenado de contraceptivos, ou a possibilidade da realização de aborto legal, aliados ao aumento de casos de infertilidade, tão comuns neste mundo moderno. Todos esses fatores, somados a outros específicos de cada país daquele continente, levaram a adoção internacional para os países de Terceiro Mundo, diante da miséria absoluta em que se encontram suas crianças, cujas famílias estão abaixo da linha da pobreza, vivendo sem as mínimas condições de dignidade.

Assim, conforme esse levantamento, a realidade atual demonstra o acréscimo de pessoas dos países ricos interessadas em adotar, que partem para os países menos favorecidos por não encontrarem crianças disponíveis para adoção em seu país de origem. A globalização que se expande sem medida traz consigo uma série de consequências, pois os problemas que afetam a humanidade também atravessam fronteiras, fazendo com que as relevantes questões econômicas, sociais, políticas e ecológicas, partam do nacional para o transnacional, gerando vítimas nos países que não oferecem política pública decente, nem tampouco incentivam a manutenção da criança no seio da sua família.

Atualmente, segundo a referida pesquisa da CEJAI-ES, observa-se uma diminuição das adoções de crianças de origem latina e o aumento para aquelas originadas do Leste Europeu e da China, por razões que parecem óbvias, como a semelhança de biotipo, bem como a existência de máfias que controlam todas as atividades lucrativas nesses territórios. Entretanto, tal quadro parece permanecer por pouco tempo, pois tais países vêm se adequando com relação à própria economia, alterando suas legislações e aderindo às convenções internacionais, obviamente para a sua própria sobrevivência. Percebe-se, com essa realidade, que somente nos países do Terceiro Mundo não há a preocupação devida do Estado com essas crianças e suas famílias, que se encontram em total desamparo. Ao invés de direcionar seus esforços para diminuir as desigualdades sociais e regionais, com melhor distribuição de renda e geração de empregos com capacidade de fortalecer os vínculos familiares nas camadas pobres da população, o que de fato ocorre é que o Poder Público acaba retirando de si mesmo essa responsabilidade, fazendo com que o direito à família natural não seja uma prioridade. A adoção passa, então, a ser a solução para esse caos social.

No Brasil, a adoção surge por influência das Ordenações do Reino de Portugal, passando a vigorar unicamente consoante o Código Civil de 1916. Durante anos, vigeu um sistema de adoção que privilegiava dar filhos aos casais que não os podiam ter, sem dar muita ênfase aos direitos dos filhos adotivos, até o advento da Constituição Federal de 1988 e posteriormente o Estatuto da Criança e do Adolescente, que visa ao melhor interesse da criança e do adolescente, prevalecendo os direitos destes, acima de qualquer outro. O duplo sistema de adoção que vigia até o Novo Código Civil dispunha de princípios tão díspares, que defini-los sob o mesmo prisma, praticamente, se torna uma difícil missão. O Código Civil de 2002 também traz disposições sobre a adoção, entretanto não revoga, expressa ou tacitamente, a Lei n.º 8.069/90, o que pode gerar algumas divergências interpretativas. No entanto, analisando o art. 267 da citada Lei que dita “Revogam-se as Leis nºs 4.513 de 1964 e 6.697 de 10 de outubro de 1979 (Código de Menores) e as demais disposições em contrário”, pode-se concluir, conforme o pensamento de Siqueira (2004, p. 51):

Analisando-se, com atenção, verificaremos que o espírito da lei, a vontade e a intenção do legislador foi, em definitivo, banir a adoção restrita, a adoção-contrato, deixando apenas em vigor a adoção plena, de caráter irrevogável e irretroatável destinada, única e especificamente, para proteger a criança e os adolescentes, isto é, menores de 18 anos.

Aclarado esse ponto, há de ser asseverado que, dentre todas as ordens normativas, pode-se destacar o Código de Menores como legislação que proporcionou grande evolução ao instituto da adoção, uma vez que concentrou o seu objetivo na proteção integral do menor sem família. Apesar disso, o Código Civil persistia na idéia da adoção simples, mediante contrato e escritura pública, o que demonstrava um retrocesso à evolução trazida pelo Código de Menores, como salienta Aguiar Moura, citado por Albergaria (1996, p. 37) :

Para a lei é bastante a escritura pública (art. 375). Mas assim não deveria ser. Trata-se de um ato importantíssimo do Direito de Família e que modifica o estado da pessoa e a relação de parentesco, portanto, como conseqüências muito sérias para o adotante e o adotado. Influi mesmo na esfera jurídica de outras pessoas na hipótese de impedimentos matrimoniais e mesmo de direitos sucessórios. Não afina com a lógica dos direitos personalíssimos, ligados ao estado da pessoa, que possam os particulares alterar, sem a intervenção de órgão jurisdicional.

Diante de tal exposição, pode-se ter que o Código de Menores, de forma muito mais ampla do que o Código Civil, previa a intervenção do Estado no procedimento judicial da adoção simples, não só para exercer o controle da legalidade, mas também o juízo de oportunidade ou de conveniência dessa adoção. Assim, há de se lamentar que muitos anos se passaram, até que a adoção atingisse a sua meta final de evolução.

Da mesma forma, quanto às adoções internacionais no Brasil, estas se realizavam por meio de simples escrituras públicas, vindo a Lei 6.679/79 (Código de Menores) fixar critérios objetivos para a sua concessão. Tratava aquela legislação que somente as crianças que se encontravam desprovidas de alimentação, educação, vestuário, saúde e lazer poderiam ser adotadas, ou seja, somente aqueles infantes de pais hipossuficientes é que poderiam ser adotados. Naquela época, o procedimento para tais adoções se dava de modo altamente inapropriado, cuja titulação era “verificatório simples cumulado com adoção”, como lembra Figueiredo (2002, p. 38):

[...] o estrangeiro peticionava por intermédio de advogado, a mãe era citada e intimada a comparecer a uma audiência na qual verbalizava o desejo de que o seu filho fosse adotado pelo casal alienígena, sendo que muitas vezes os estrangeiros nem se faziam presentes, mas representados por terceiros através de instrumento procuratório. Após tal audiência, o Juiz concedia uma 'guarda pré-adotiva', e o estágio de convivência era realizado no exterior, por um ou dois anos, até que para Lei do outro país fosse possível a consumação da adoção. Isto feito, os adotantes remetiam pelo correio um relatório de estágio de convivência (feito pelo órgão governamental ou entidade ali credenciada), abria-se vista ao Ministério Público e, após o seu parecer, o Juiz prolatava uma sentença deferindo a adoção, a qual se materializava através de uma escritura pública, sendo que na decisão era nomeado um terceiro com procurador da criança para que o Juiz estrangeiro decidisse pela adoção em seu país.

Várias eram as conseqüências desse rito totalmente contrário ao interesse da criança. Dentre elas, podem-se destacar: muitas sentenças prolatadas nos países estrangeiros se davam com base apenas na guarda pré-adotiva, por isso muitos dos processos de adoção no Brasil jamais foram concluídos; existência de casos de crianças que não se adaptaram, sendo transferidas para famílias diversas, ou encaminhadas a orfanatos, quando não eram deportadas de volta ao Brasil, muitas vezes já sem falar a língua pátria; muitas crianças eram abandonadas, e acabavam por pedir esmolas na ruas, sem que houvesse qualquer tipo de sanção para os pais adotivos; os pais brasileiros perdiam seus filhos pelo simples fato de serem pobres; os pais adotantes e as crianças adotadas se conheciam falando línguas distintas, sem ter uma pessoa que os apresentasse devidamente, para que houvesse uma aproximação adequada, trazendo, com isso, dificuldades insuperáveis para ambos os lados.

O que se via, de fato, é que o controle das adoções internacionais era muito inferior aos utilizados nas adoções nacionais. A justificativa parece pairar na extrema valorização das condições materiais dos estrangeiros oriundos dos países desenvolvidos, deixando de lado a cultura de nossa raça, nossas raízes, a família natural, bem primordial ignorado sem reservas, tendo como conseqüência a despreocupação desmedida com a construção da nação brasileira. Também deve ser levada em consideração a ausência de previsão constitucional sobre o tema, que só exsurgiu com a Constituição de 1988, bem como de normas processuais específicas, tudo isso por pairar sobre as cabeças dos brasileiros uma equivocada noção de que a adoção é ato de caridade, e,

sendo assim, melhor seria encaminhar a criança a uma família substituta estrangeira do que mantê-la com os pais biológicos sem condições financeiras.

O Código de Menores deu o primeiro passo, mas foi a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, bem como da vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente que muitos caminhos foram percorridos, limitando a adoção em adoção plena, ensejando a intervenção do Estado no Direito de Família. A adoção passou a ter um tratamento diferenciado, quando houve a criação nos âmbitos estaduais das CEJAs, que passaram a efetuar um controle eficiente e obrigatório, com cadastro de pretendentes estrangeiros em todas as comarcas.

Felizmente, a visão equivocada anteriormente reinante vem se dissipando com a publicização do instituto da adoção, reconhecendo-a como um instituto de direito público e mostrando a sua importante função político-social, o que sói acontecer em momento mais do que oportuno, pois, quando a realidade do abandono e da existência abaixo da linha da pobreza dos menores deste país parece se aproximar de cada indivíduo, a preocupação passa a ser geral, surgindo, então, um controle legal interno eficiente e uma cooperação internacional que vem se ampliando, à medida que vai explodindo o fenômeno da globalização, como se verá nos tópicos seguintes.

3.2 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DA ADOÇÃO

A adoção, ao longo da história, é vista como um instituto cujo motivo de existência foi a família, como forma de salvaguardar a extinção das famílias sem descendentes, o que era indispensável nas civilizações antigas. Hodiernamente, para a terminologia jurídica, o instituto da adoção é uma modalidade artificial de filiação pela qual se aceita como filho, de forma voluntária e legal, um estranho no seio familiar. Como lembra Siqueira (2004, p. 25), os conceitos básicos que definem o instituto da adoção derivam basicamente do pensamento de Cícero: “adotar é pedir à religião e à lei aquilo que da natureza não se pode obter”. Baseando-se nesse entendimento, Siqueira assim se manifesta sobre a adoção:

É evidente que adotar é conceber espiritualmente uma criança como filho, é uma inseminação artificial jurídica. Assim, entendemos, pois que o filho é concebido biológica e espiritualmente. Entre o filho natural e o adotado existe semelhança: o primeiro é concebido por uma afinidade biogenética; o segundo, recebido por afinidade cristã-espiritual. Em ambas existe a 'concepção' sem a qual não se perfaz a raiz da adoção para que brote a árvore da família com os frutos do amor desejado.

Assim, as diversas legislações se baseiam nesse entendimento, que define a adoção como ato de tomar por filho o que não o é por natureza. Entretanto, esse conceito vem sofrendo mutações temporais, como se pode ver do grande número de conceitos surgidos com o passar do tempo. Desse modo, analisando a adoção desde sua origem, Liberati (1995, p. 13) diz que “[...] deriva do latim **adoptio**, que significa dar seu próprio nome a, pôr um nome em; tendo, em linguagem mais popular, o sentido de acolher alguém”.(grifo do autor) No entanto, para a doutrina, tem-se na lição de Diniz (1999, p. 346) que adoção “[...] é um instituto de caráter humanitário, que tem por um lado, por escopo dar filhos àqueles a quem a natureza negou e por outro lado uma finalidade assistencial, constituindo um meio de melhorar a condição moral e material do adotado”. A verdade é que muitas correntes se formaram no decorrer dos tempos, quando então o instituto da adoção passou a materializar-se de forma simples, pela vontade das partes e a conseqüente lavratura de escritura pública, a fim de tornar tal ato *erga omnes*. Trata-se, então, de uma visão privativista (ou contratualista), na lição de Figueiredo (2002, p. 17), que traz as seguintes leituras, citando diversos civilistas brasileiros, a saber:

- a) Pontes de Miranda: ato solene pelo qual se cria entre adotante e adotado relação fictícia de paternidade e filiação.
- b) Caio Mário da Silva Pereira: adoção é, pois, o ato jurídico pelo qual uma pessoa recebe outra como filho, independentemente de existir entre elas qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim.
- c) Carvalho Santos: ato jurídico que estabelece entre duas pessoas relações civis de paternidade e filiação.
- d) Clóvis Bevilacqua: ato civil, pelo qual alguém aceita um estranho na qualidade de filho.
- e) Orlando Gomes: ato jurídico pelo qual o vínculo de filiação é criado artificialmente.
- f) Silvio Rodrigues: ato do adotante pelo qual traz ele para sua família e na condição de filho, pessoa que lhe é estranha.

Essa corrente contratualista se identifica com a filosofia do movimento histórico-jurídico do século XIX, que considerava a autonomia da vontade como princípio, no qual o Estado ocupava uma posição passiva. Posteriormente, houve a crise do individualismo, quando, então, surgiu o Estado Intervencionista (Estado Social), o que ocasionou o fim da autonomia da vontade. Nessa segunda fase, a adoção não tem o caráter patrimonial, mas dá a idéia de proteção à infância carente, passando, dessa forma, a se revelar como um ato jurídico, conforme define Bonnecasse, citado por Albergaria (1996, p. 47):

É uma manifestação exterior de vontade, bilateral ou unilateral, cujo fim direto é criar, sobre o fundamento da regra de direito ou de uma instituição jurídica, contra ou a favor de uma ou várias pessoas num estado ou situação jurídica permanente e geral ou um efeito limitado que reduz na formação, modificação da regra de direito.

Ainda sobre a corrente contratualista, Figueiredo (2002, p. 17) assevera que tal entendimento encara a adoção como negócio jurídico, encontrando resistência na corrente publicista, que entende a adoção como um instituto de direito público, sendo certo que esta última vem se firmando, diante do reconhecido grau político social do instituto da adoção. Tal mudança de procedimento deveu-se justamente ao fato de que o tratamento anteriormente dispensado à adoção dependia das regras privatistas do Código Civil, o que foi sendo abolido, primeiramente pelo Código de Menores e atualmente pelo Estatuto da Criança e do Adolescente que traz disposições totalmente delineadas na corrente publicista, segundo a qual interessa a *natureza jurídica* da adoção. Sob esse aspecto, é oportuna a lição de Alves, citado por Figueiredo (2002, p. 18):

Interessa-nos mais a natureza jurídica da adoção, quando a maioria dos doutrinadores aludem ao seu caráter contratual, dizendo-a como um contrato sinalagmático e solene, em virtude do qual concordam em vincular-se o adotante e o adotado, mediante relações próprias da filiação jurídica, impostos a forma especial e os requisitos para as partes, subordinando-se o ato de adoção a uma declaração de vontade do adotante que só produz efeito com o consentimento do adotado ou do seu representante legal.

[...] Hoje, predominantemente a concepção publicista da adoção, cuida-se, em sua natureza, de instituto de ordem pública, o que justifica modernamente a sua existência e a fundamenta como uma relação jurídica resultante da combinação de dois interesses, um prevalente ou protegido, outro subordinado – como defendeu Carnelutti, fugindo à noção clássica e civilista de contrato.

E assim o é, pois, hodiernamente, a adoção é tratada como um instituto de ordem pública e requer grande interesse do Estado. Ademais, após a edição da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a natureza jurídica da adoção passou a ser a constituição de um vínculo irrevogável de paternidade e filiação, mediante sentença judicial. Nesse passo, merece destaque o entendimento trazido à baila por Liberati (1995, p. 18) que, citando o professor Bem Kaus, assim expôs:

Com relação à adoção do novo Estatuto, não se pode considerar a simples bilateralidade da manifestação da vontade que, aliás, a nova lei exige, para admitirmo-la como contrato. A participação do Estado é tão presente que o instituto escapa da ordem privatista para poder ser considerado, desenganadamente, como instituição ou instituto de ordem pública.

Assim, vê-se que a adoção irá valer se observados os interesses do adotando e do adotante, mas sempre à luz do interesse público, que nada mais é do que o interesse geral que se dará com a presença do Estado como chancelador do ato. Aclarado, pois, tratar-se a adoção de um instituto de ordem pública, “[...] cuja autoridade e importância do interesse juridicamente tutelado prevalecem sobre a vontade e manifestação dos interessados, vez que o novo ordenamento legal impõe uma condição de validade para o ato: a sentença judicial”, conforme conclui Liberati (1995, p. 19-20). Trata-se aqui de uma concepção da adoção como instituição jurídica, fundada no Estado Intervencionista ou Estado Social de Direito, que tinha como prioridade modificar as relações sociais em prol dos mais fracos da sociedade. A adoção acaba, então, por permitir a intervenção do Estado no Direito de Família, como assevera Albergaria (1996, p. 44):

Silvio Rodrigues faz observação análoga, ao acentuar a função protetora do pátrio poder, que transcende a órbita do Direito Privado para ingressar na órbita do Direito Público. É um múnus público imposto pelo Estado aos pais, a fim de que zelem pelo interesse dos filhos. É do interesse do Estado a proteção de gerações novas, pois ela constitui matéria-prima da sociedade futura.

Essa transcendência da órbita do Direito Privado para ingressar no Direito Público se mostra mais evidente no Estado Democrático de Direito, novel Constituição brasileira, cuja concepção demonstra uma ligação de princípios do Estado Liberal e do Estado Social, que estaria a serviço de uma minoria, mas também a serviço do progresso de

cada cidadão. É essa a função do Estado Democrático de Direito que destaca a responsabilidade do Estado, da Sociedade e da Família na proteção da criança e do adolescente, como preceituado pelo art. 227 da Constituição Federal. Entretanto, há de se asseverar que a proteção do menor pelo Estado não significa a substituição da autoridade paternal pela autoridade do Estado, como adverte Albergaria (1996, p. 45):

O menor pertence a si mesmo, ao seu destino pessoal, que transcende o tempo e não pode ser absorvido pelo Estado, sob pena de desfigurar a sua personalidade ou degradar a sua dignidade. Ora, acentua *Savatie*, a família e o Estado são feitos para o homem, e não o homem para família e o Estado.

E assim deve ser, pois o Estado Democrático de Direito tem função protetora que se põe à disposição de todos os indivíduos, como assevera Perez Luño (2003, p. 212) ao afirmar que, na transição para o Estado Democrático de Direito, a Administração responsabiliza-se pela tarefa de proporcionar a todos os cidadãos as suas necessidades básicas, a fim de propiciar-lhes o pleno desenvolvimento da sua personalidade. Assim, denota-se que a natureza jurídica da adoção se modifica com o passar do tempo. Passa por um processo de evolução, atendendo, atualmente, ao Estado Democrático de Direito. Cabe, então, a definição de Marmitt (1993, p. 8) sobre a adoção:

Hodiernamente é um instituto de ordem pública, através do que, pela intervenção judicial, entre pessoas estranhas ou não, são criadas relações de paternidade e filiação à semelhança da filiação biológica. É um ato jurídico pelo qual alguém recebe outrem como filho, parente ou não, dando nascimento a uma relação jurídica da paternidade e filiação, em fiel imitação à filiação biológica. A qualquer luz é ficção jurídica, vinculadora do adotante ao adotado por laços de paternidade e de filiação. É portanto, um instituto jurídico-protetivo através do qual o adotante outorga o estado de filho ao adotado, gerando efeitos pessoais e sucessórios idênticos aos da filiação consangüínea.

O certo é que o vínculo criado pela adoção visa a imitar a filiação natural, qual seja, aquele oriundo de sangue, genético ou biológico, razão pela qual também é conhecida como filiação civil. Quanto à sua conveniência, entretanto, muito se discute: em relação à criança ou ao adolescente carente ou abandonado, é inafastável; quanto àquele que não se encontra numa das situações acima elencadas, há quem diga que possibilita a

fraude fiscal, tráfico de menores, ou outros casos eivados de ilegalidade. Enfim, cabe a definição de adoção adotada por Febres Cordero, citado por Albergaria (1996, p. 48):

É uma instituição jurídica, solene e de ordem pública, com a intervenção do poder judicial, pela qual se criam entre duas pessoas que podem ser estranhas entre elas, vínculos semelhantes aqueles que existem entre o pai ou a mãe unidas em registros , matrimônio e seus filhos.

Quanto à adoção internacional, a doutrina tem entendido que possui duas vertentes, como leciona Albergaria (1996, p. 121), para quem tais vertentes podem ser vistas da seguinte forma:

[...] a primeira a focaliza como instrumento de política social do menor ou forma de cooperação internacional. A segunda a considera como meio de agressão ao Terceiro Mundo, persistência do colonialismo externo, com a evasão massiva de braços e cérebros, esvaziando os países subdesenvolvidos de gerações de trabalhadores manuais ou intelectuais como se deduziu de sucessivas crises no Vietnã, Camboja e Bangladesh.

A verdade é que a adoção internacional se relaciona com a adoção nacional, devendo levar-se em consideração os aspectos sociais, culturais e políticos dos países envolvidos, como será analisado no tópico que tratará dos aspectos gerais deste instituto. Apesar disso, cabe a conceituação de Liberati (1995, p. 34) sobre a adoção internacional:

[...] em 07.03.1983, o Instituto del Niño, órgão da Organização dos Estados Americanos – OEA – reunido na cidade de Quito, para a III Conferência Interamericana de Direito Privado, elaborou as **Bases para un Proyecto de Convención Interamericana sobre Adopción de Menores**, definindo o art. 1º que ‘a adoção internacional de menores como aquela em que os adotantes e o adotado tenham residência habitual em países diferentes. (grifos do autor)

E complementa Liberati (1995, p. 17), citando o civilista português Antunes Varela: “[...] hoje em dia, a adoção deixa de estar centrada na pessoa do adotante, nos seus interesses ou na sua piedade, para revestir o carácter de verdadeira instituição social, para se voltar para os interesses do adotado”. Assim, tem-se que a adoção

internacional é o instituto jurídico de ordem pública que concede a uma criança ou adolescente em estado de abandono a possibilidade de viver em um novo lar, em outro país, assegurados o bem-estar e a educação, desde que obedecidas as normas do país do adotado e do adotante, como pondera Costa (1998, p. 58):

A adoção internacional é uma instituição jurídica de proteção e integração familiar de crianças e adolescentes abandonados ou afastados de sua família de origem, pelo qual se estabelece, independentemente do fato natural da procriação, um vínculo de paternidade e filiação entre pessoas radicadas em distintos Estados: a pessoa do adotante com residência habitual em um país e a pessoa do adotado com residência habitual em outro.

Pode-se ter, enfim, que a adoção é um instituto de ordem pública de grande interesse do Estado, originado da própria realidade social, não sendo criado pela lei, mas regulamentado pelo direito positivo acompanhando a realidade existente. Desse modo, diante da natureza jurídica de tal instituto, tem este como objetivo criar uma relação de parentesco entre pais e filhos, que não se dá pela consangüinidade, mas por um ato jurídico voluntário, denominado adoção, que traz consigo uma série de conseqüências, deveres e direitos, não só para os pais e filhos, mas também para o Estado, como se verá no decorrer deste trabalho.

3.2.1 ADOÇÃO INTERNACIONAL

Como asseverado, a Constituição Federal de 1988 dispõe, em seu art. 227, sobre os direitos da criança e do adolescente, que passam a ser titulares de interesses juridicamente protegidos, tendo o Estado, a família e a sociedade como titulares subordinados. Esse dispositivo demonstra, então, que o Direito brasileiro adotou a teoria da proteção integral e, dentre as formas de adoção da criança e do adolescente, está inserida a adoção prevista no § 5º do art. 227, que dita que “[...] será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros”. Assim foi editada a Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), que admite a colocação de criança em família estrangeira no modalidade de adoção e ainda estabelece as condições para que essa permissão seja levada a

efeito. Percebe-se, dessa forma, que a adoção internacional é um instituto de índole constitucional e como tal deve ser tratado.

No Brasil, o instituto da adoção internacional nem sempre constou do Textos Constitucionais, como se pode ver da Carta Outorgada de 1824 e da 1ª Constituição Republicana de 1891. A Constituição de 1934 apresentava, então, os primeiros registros no tocante à família e ao reconhecimento dos filhos naturais, vindo a Constituição de 1937 ampliar esses registros, ao se referir às obrigações do Estado com os seus governados, como a de propiciar educação, cuidados especiais à infância e juventude abandonada moral, intelectual ou fisicamente, provendo-lhes condições de conforto e cuidado, dentre outros. Entretanto, todos os textos não chegam a se referir à adoção. As Constituições posteriores, como as de 1946 e de 1967 nada acrescentaram além do que as anteriores estabeleciam, ainda mais em se tratando esta última de Carta cuja redação se dera no auge da ditadura militar.

Sobre o tema aqui abordado, oportuna é a lição de Figueiredo (2002, p. 60), que analisa a questão com duas reflexões:

[...] o fato de determinado direito se encontrar contido em texto constitucional não significa a sua implementação no 'Mundo da Vida', pois salta aos olhos, para quem tem um mínimo de noção de história recente do País, que os direitos sociais alongados da CF/37 não foram implantados e apenas consubstanciam uma espécie de modismo da época do chamado Estão provedor.

[...] é que determinado direito, embora não constando expressamente da redação constitucional, integra o arcabouço traçado. É aquilo que Ivo Dantas distingue entre Direito da Constituição e Direito Constitucional, quando afirma: **'se por um lado tudo que se encontra na Constituição é direito Constitucional, cumpre lembrar que nem todo direito Constitucional encontra-se na Constituição'**. (grifos do autor)

Complementando esse raciocínio, esse mesmo autor (2002, p. 60) cita Canotilho que conclui:

Uma das consequências mais relevantes da natureza das normas constitucionais concebidas como heterodeterminações positivas e negativas das normas hierarquicamente inferiores é a conversão do direito ordinário em direito constitucional concretizado.

Levando-se em consideração tal posicionamento, tem-se que a adoção no Brasil sempre se revelou como constitucional, sendo certo, no entanto, que a omissão sobre tal instituto nas Cartas Constitucionais anteriores acabou motivando interpretações distintas a respeito da sua fixação, critérios e condições, principalmente ao se tratar de adoção internacional.

A Constituição Federal de 1988 veio, enfim, disciplinar especificamente sobre a adoção, englobando na sua totalidade e abrangência todas as matérias relativas à família, ao idoso, à criança e ao adolescente, como se pode ver do art. 226 e seus § 3º, 4º, 5º e 8º e artigo 227, § 5º, que estabelecem que a adoção será sempre assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições para sua efetivação por parte de estrangeiros. Por sua vez, o § 6º dita que “[...] os filhos havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”, o que indica, na visão de Barrichelo citado por Costa (1998, p. 234):

O referido parágrafo vai de encontro dos mais altos anseios sociais e humanitários, os quais vinham sendo buscados por adotantes e adotados, que diante da lei visualizavam diferenças, mas que a convivência e o amor haviam de há muito sepultado.

Assim, o art. 227 da Carta Federal de 1988 se revela como a origem dos direitos da criança e do adolescente no direito patrio, pois foi a partir de então que passaram a ser titulares de interesses juridicamente protegidos, sendo o Estado, a família e a sociedade, por sua vez, titulares de interesses subordinados. Baseando-se nesse dispositivo, pode-se afirmar, então, que o Direito brasileiro se filiou à Teoria da Proteção Integral. Isso porque as modificações apresentadas pela Nova Carta, que estabeleceu igualdade de direitos entre os filhos de qualquer natureza, representam, sem dúvida, o maior avanço em termos dos direitos inerentes às crianças e adolescentes, pelo seu alcance ético, social e humanitário.

Dessa forma, com a promulgação da Nova Carta, a adoção foi inserida de modo pleno, atingindo as seguintes conquistas: constitucionalização formal do instituto da adoção; obrigatoriedade da intervenção do Poder Público quando o adotando for

criança ou adolescente, com a inaplicabilidade do Código Civil; regras diferenciadas para adoção internacional; igualdade entre filhos biológicos e adotivos; proibição de qualquer discriminação em relação aos filhos. É em razão de tais previsões claramente ditadas na Constituição vigente, que reina na doutrina o entendimento de que “[...] pela primeira vez no Brasil, a questão da Adoção e especificamente da Adoção Internacional encontra-se inserida hoje tanto no Direito Constitucional como no Direito da Constituição”, como expõe Figueiredo (2002, p. 62). Entretanto, como leciona Barroso (2003, p. 286),

A própria Constituição, no § 2º do citado artigo, estabelece uma *abertura* do sistema de direitos fundamentais para além dos expressos no Artigo 5º, no Título II e, até mesmo, na própria íntegra da Constituição, com a outorga de *status* constitucional a direitos fundamentais presentes em tratados internacionais.

Nesse contexto, tem-se que a Adoção Internacional constitucionalmente prevista não é suficiente para assegurar juridicamente todo o processo respectivo, razão pela qual, em atendimento à Convenção de Haia, foram criados diversos mecanismos que asseguram a sua efetivação, como as CEJAs, que juntamente com as organizações legitimamente criadas e registradas efetuam um controle eficiente e obrigatório, com cadastro de pretendentes estrangeiros em todas as comarcas, de acordo com procedimentos legais que determinam, no âmbito de um Estado, a possibilidade e os requisitos necessários para que seja realizado tal instituto, como se verá nos tópicos seguintes.

3.2.2 A EXCEPCIONALIDADE DA COLOCAÇÃO DA CRIANÇA EM FAMÍLIA ESTRANGEIRA

O Estatuto da Criança e do Adolescente dita, em seu art. 19, o princípio internacionalmente reinante de que a criança e o adolescente devem ser criados preferencialmente no seio de sua família de origem, preceituando medidas que visam ao amparo do menor e também da sua família. Entretanto, quando isso não se torna possível, devem a criança e o adolescente ser colocados em família substituta, nas

seguintes formas: guarda, tutela ou adoção, devendo ser seguida essa ordem, preferencialmente.

A adoção de uma criança ou adolescente é destinada a qualquer pessoa que preencha os requisitos legais pertinentes, existindo a exceção ditada pelo art. 29 do Estatuto da Criança e do Adolescente que dita que “[...] não se deferirá colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado”. Assim, quando se fala na medida excepcional levantada pelo art. 31 daquela norma legal, não se está referindo à preferência dos nacionais antes dos estrangeiros, pois, quando dispõe que “[...] a colocação em família substituta estrangeira constitui medida excepcional, somente admissível na modalidade de adoção”, quer dizer que o estrangeiro apenas pode valer-se do instituto da adoção, sendo-lhe proibidas a guarda e a curatela. Evidente que “[...] não se trata de preconceito, aliás constitucionalmente inconcebível, contra a família estrangeira, mas de evitar a mudança de país da criança e do adolescente”, como assevera Jorge Junior (2001, p. 64), o que impende determinadas cautelas que a lei impõe, com o objetivo maior de proteger o menor, como lembra Viana (1996, p. 86):

Mister ponderar, ainda, que o adotado passará a viver em outro país, com costumes e línguas diferentes. Quando se trata de criança em tenra idade, a adaptação é sempre mais fácil. Quando consideramos que a idade para ser adotado foi alterada, é necessário refletir, antes, se a mudança não trará reflexos negativos para o menor, pelas dificuldades de adaptação. Cumpre ao juiz abordar a questão sob o impacto de fatores climáticos, sociais, culturais e psicológicos. A questão assume contorno mais complexo quando consideramos que o adotando não fará estágio de convivência no país onde irá viver.

Essa medida legal é justificada para assegurar a permanência do infante em território nacional durante toda a tramitação do processo de adoção, a fim de que só deixe sua terra natal quando lhe forem conferidas todas as garantias, bem como ao adotante, que terá segurança no procedimento. Nesse passo, cabe destacar o pensamento de Liberati (1995, p. 64):

[...] entende-se como proibido – e aí está a excepcionalidade – o fato de o requerente requerer a guarda ou a tutela porque esses institutos são colocados à disposição do interessado nacional, e com finalidades totalmente diferentes.

Além de toda a segurança proporcionada por essa excepcionalidade da lei, há de ser asseverado que raras são as adoções de recém-nascidos feitas por estrangeiros não radicados no País, pois são geralmente adotados por casais brasileiros. O mesmo não acontece com crianças de maior faixa etária, que, na sua maioria, foram rejeitadas por casais nacionais, sendo encaminhadas para adoção internacional. Assim, cabe o comentário de Aoki, citado por Costa (1998, p. 239):

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

Desse modo, em se tratando do instituto da adoção, não se revela como ponto crucial o fato de ser feita por nacional ou estrangeiro. O objetivo principal é que a criança que se viu privada de sua família natural seja acolhida por uma família substituta. Estando a família preparada para receber mais um ente em seu seio, e restando atendidos os requisitos legais, não importa a nacionalidade dessa família, pois, para a adoção trata-se de aspecto de menor relevância. Há de se procurar, ao máximo, afastar as crianças das instituições, propiciando-lhes uma família. Esse é o verdadeiro objetivo da lei.

3.2.3 A REALIDADE DA CRIANÇA BRASILEIRA E A ADOÇÃO INTERNACIONAL

O Brasil é um país de grandes áreas férteis, com subsolo abundante, incontáveis áreas verdes, contando com uma geografia variada e uma cultura tão rica e diversificada, mas que, contrariamente ao imaginado, apresenta uma realidade que não condiz com sua riqueza natural e humana. Segundo relatório da ONU,³ os bolsões de pobreza ainda são uma realidade no País, destacando o Nordeste, pela exposição à seca e pela antiga e extensa história de concentração de posse de terra. Os aspectos mais

³ Disponível em: <www.onu-brasil.org.br>. Acesso em: 20 jan. 2005.

negativos do Brasil levantados pelo relatório são socioeconômicos, tais como: renda, saúde, educação e meio ambiente. Além dessa realidade, conta hoje o Brasil com 180 milhões de habitantes, conforme levantamento feito pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).⁴Tal estudo demográfico demonstra que as famílias estão tendo cada vez menos filhos, com uma média de 2,39 no ano de 2000. Apesar disso, a população continua crescendo, e tem diminuído a mortalidade infantil que, no entanto, permanece num patamar alto (30 óbitos por mil nascidos vivos) se considerados os índices de países vizinhos como a Argentina (21 mortos por mil nascidos vivos), Chile (12 mortos por mil nascidos vivos) e Uruguai (15 óbitos por mil nascidos vivos).

Sobre as crianças, o relatório da Organização das Nações Unidas (ONU) mostra que 59% da população brasileira é formada por pobres e excluídos, e quatro milhões de crianças entre 5 e 14 anos trabalham. Levantamento pior diz respeito à prostituição infantil, pois o Brasil ocupa o segundo lugar, sendo o primeiro da América Latina. Por fim, e não menos pior, diz o relatório que, no Brasil, os jovens menores de dezoito anos morrem violentamente em número sem comparação com qualquer outro lugar do mundo, com exceção dos países que se encontram em guerra.

A verdade é que a globalização fez com que a economia fosse o setor mais valorizado, deixando os direitos humanos em segundo plano, o que vem aumentando a pobreza. Os indivíduos não têm alcance aos direitos básicos, como alimentação, saúde, trabalho e educação, e são as crianças abandonadas, oriundas desse estado deplorável, que se encontram em situação de risco, para as quais o Governo prevê apenas uma possibilidade: a institucionalização. Deve ser esclarecido, entretanto, que o Governo não permanece totalmente inerte quanto às políticas sociais relativas às crianças e adolescentes. Mas o que se tem feito ainda é uma “gota no oceano” quando se enxerga a realidade desses infantes brasileiros. Ainda assim, como afirma Albergaria (1996, p. 25):

⁴ Disponível em www.ibge.gov.br. Acesso em 20 jan. 2005

[...] a urbanização, a industrialização, o crescimento demográfico, o progresso tecnológico teriam efeitos negativos, dentre os quais a marginalização social, e por isso, deveria ser dada prioridade ao potencial humano nas planificações do desenvolvimento, acentuando-se que os grupos marginais, principalmente os adolescentes, deveriam ser inseridos na corrente do desenvolvimento. Uma planificação adequada poderá atenuar e prevenir os efeitos negativos de uma rápida transformação social.

E assim deve ser, pois a economia de um país deve constar como objetivo da política de desenvolvimento, mas a promoção do homem há de ser a base dessa política, pois está acima de qualquer valor. No entanto, a realidade é que não só o Brasil, mas a América Latina, de modo geral, pouco tem se importado com a política social. Mas, apesar disso, o Brasil passou a ter nova perspectiva após o adoção do Estado Democrático de Direito pela Constituição Federal de 1988. Isso porque, como entende Perez Luño (2003, p. 224 e ss), para o Estado Democrático de Direito, a tarefa da Administração é proporcionar aos cidadãos as condições necessárias e os serviços públicos adequados ao pleno desenvolvimento do indivíduo, reconhecidos por meio das liberdades tradicionais, mediante a consagração constitucional dos direitos fundamentais de caráter econômico, social e cultural.

Há que se louvar o Estatuto da Criança e do Adolescente, considerado uma das leis mais avançadas do mundo referente à infância e adolescência. Ocorre que o caminho da lei para a aplicação e a prática tem sido percorrido vagarosamente, não conseguindo acompanhar o crescimento da miséria e o abandono dos infantes. É por essa razão que a sociedade civil tem tomado frente em muitas questões sociais inerentes às crianças, principalmente no que tange àquelas abandonadas ou institucionalizadas, num trabalho conjunto com o Poder Judiciário. Existem programas oficiais que cuidam dessas crianças, mas não se encontra algum que objetive especificamente o fim da institucionalização de menores.

Conforme informações do Juizado da Infância e Juventude de Vitória, o Estado do Espírito Santo apresenta um trabalho louvável feito pela sociedade civil, no qual empresas e igrejas se unem em defesa dos direitos da criança e do adolescente, cuidando da educação, assistência aos meninos de rua, creches, casas de passagem,

reintegração familiar, oficinas de aprendizagem, dentre tantos outros apoios. Alguns municípios do Estado apenas apóiam alguns programas dirigidos às crianças abandonadas, mas não cuidam por completo de qualquer um deles, pois sempre contam, de uma forma ou de outra, com o apoio da sociedade civil, ou seja, não existem, por parte da Administração Pública, ações concretas que permitam a prevenção do abandono de crianças nas instituições.

O que de fato se vê é o afastamento das crianças e adolescentes marginalizados da convivência em sociedade, isso porque após a internação desses menores, ainda há a possibilidade de que sejam abandonados nas próprias instituições. Assim, não ocorre somente o abandono desses infantes pelos seus pais, mas também pela sociedade e pelo Estado, quando eles são esquecidos nas instituições acolhedoras. Importantes trabalhos empíricos citados por Weber (2003, p. 72) afirmam que a criança institucionalizada

[...] é o protótipo dos resultados devastadores da ausência de uma vinculação afetiva estável e constante e dos prejuízos causados por um ambiente empobrecido e opressivo ao desenvolvimento infantil. Trata-se de uma visão destruidora em relação à manutenção de crianças em instituições.

Toda essa realidade parece distante do que preceitua a Constituição Federal, que elegeu claramente a criança e o adolescente como prioridade absoluta do Estado, da família e da sociedade como um todo. Posteriormente, adveio o Estatuto da Criança e do Adolescente que passou a regular como essa prioridade deve ser respeitada e tratada, com destaque aos direitos fundamentais do ser humano, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito e liberdade, com enfoque especial à convivência familiar e comunitária. Como lembra Bedê Freire Jr. (2001, p. 246):

Do ponto de vista doutrinário e teórico, os direitos fundamentais nunca possuíram um reconhecimento formal e filosófico tão completo, a ponto de Bobbio destacar que não se precisa mais justificar os direitos fundamentais, o problema moderno está na efetivação dos direitos.

Fazer verdade toda essa previsão constitucional é um desafio do Estado, que conta com as redes de apoio, os conselhos dos direitos, conselhos tutelares e ainda dedicando políticas públicas direcionadas ao amparo infanto-juvenil.

É importante ressaltar que a legislação legou ao Ministério Público importante papel fiscalizador e garantidor dos direitos inerentes à criança e ao adolescente previstos na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, razão pela qual, visando a atender a esses mandamentos legais, o Ministério Público criou o Centro de Apoio Operacional da Infância e Juventude, previsto na Lei Orgânica daquele órgão (Lei 8.625, 12-02-1993). Esse Centro de Apoio Operacional tem o objetivo de estimular a integração e o intercâmbio entre as promotorias de infância e juventude e entre estas e os demais órgãos do Sistema de Garantias dos Direitos da Criança e do Adolescente, além de prestar-lhes apoio técnico e jurídico.

Conforme informações colhidas no Ministério da Justiça,⁵ seguindo linhas determinadas pelo Estatuto, o sistema de garantias engloba ampla articulação, distribuindo responsabilidades nas diversas esferas, em cujas especificidades baseia-se todo o Programa de Defesa. Em seus três eixos, quais sejam, a promoção, o controle e a defesa, o sistema de garantia se concretiza por meio dos diversos fóruns de defesa da sociedade civil e conselhos multissetoriais, como os da área da educação, saúde e outros. Dessa forma, são parceiros naturais os Governos Estaduais, as Prefeituras, os Conselhos Tutelares e de Direitos, Centros de Defesa, a Defensoria Pública, o Ministério Público, as Varas da Infância e da Juventude, assim como as organizações não governamentais.

Essa é a prática que visa aproximar os ditames constitucionais internos às questões dos direitos humanos em um plano internacional, retirando do Estado o domínio total na efetivação desses direitos, como explica Fabriz (1999, p. 225-226):

A compreensão da interdependência e o princípio da indivisibilidade desses direitos coloca a questão dos Direitos do Homem em um outro nível de orientação, na perspectiva de uma proteção mais ampla desses direitos, na adoção de mecanismos mais eficazes, deixando de ser uma questão somente

⁵ Disponível em: <www.mj.gov.br>. Acesso em: 20 jan. 2005.

ligada aos domínios do Estado. Além disso, a compreensão e a vivência desses direitos reclama uma orientação disciplinar mais abrangente, na medida em que esses Direitos tocam as várias dimensões existenciais da humanidade.

Baseado nesse entendimento, os Conselhos Municipais têm papel de importância no setor ligado à criança e ao adolescente pois está mais próximo da realidade e ao alcance da população necessitada. Sua responsabilidade é decidir se as políticas públicas de atendimento à população infanto-juvenil do município estão cumprindo o que estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente. Sua composição se dá na forma colegiada, com metade de seus membros provindos do Poder Público e a outra metade da sociedade civil. Têm, ainda, a função de acompanhar e avaliar instituições governamentais e não-governamentais em seus programas de apoio à infância e à juventude, participar de elaboração do orçamento municipal e administrar o Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, cujo objetivo é captar os recursos provenientes de várias fontes, destinados a promover e defender os direitos da infância e da juventude.

Quanto ao Conselho Tutelar, tem esta atribuição distinta do Conselho Municipal já que cuida de detectar problemas na comunidade, pois recebe denúncias de suspeitas e casos concretos de ameaças e violações a esses direitos, evitando que seja acionada a justiça. Trata-se de uma entidade colegiada, mas é formada por cinco conselheiros escolhidos pela comunidade, com mandato de três anos, cujas decisões são autônomas, mas com subordinação ao Estatuto da Criança e do Adolescente, como esclarece Amaral e Silva, citado por Pereira (1992, p. 30):

Não cabe ao Conselho Tutelar a função de aplicar sanção punitiva. Ele vai proteger. Vai encaminhar crianças e jovens que não estejam sendo atendidos em seus direitos fundamentais a programas comunitários que supram as falhas do atendimento desses direitos. As pessoas que compõem os Conselhos Tutelares são preferencialmente requisitadas, escolhidas entre pessoas ligadas às diversas áreas de especialidade.

Os dispositivos legais que tratam do Conselho Tutelar deixam claro que sua atuação é limitada aos procedimentos de ordem administrativa, sendo-lhe vedado interferir nos

procedimentos de competência do Poder Judiciário, entretanto, tem-se observado casos em que o Conselho exerce atividade relacionada com a colocação de crianças em famílias substitutas, com a ciência das autoridades que não têm condições de manter uma estrutura adequada que atenda aos princípios legais e doutrinários oriundos do Estatuto da Criança e do Adolescente. Trata-se de prática que vai de encontro ao comando legal, como aponta o Juiz da Vara da Infância e Juventude de Vitória (ES), Paulo Roberto Luppi:

O que não se pode entender é que os Conselhos Tutelares têm atribuições das mais importantes dentro de uma Comarca e por se tratar de uma instituição criada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, necessita de adquirir credibilidade e respeito na sua jurisdição de forma que possa cuidar dos interesses das crianças e dos adolescentes em toda a sua plenitude, dentro dos limites das suas atribuições e inclusive com a colaboração da sociedade. Não se justifica tamanho interesse em pretender fazer a colocação de crianças em famílias substitutas, principalmente de crianças de tenra idade para famílias estrangeiras. Os Conselhos Tutelares não têm autoridade nem mesmo para fazer a reintegração familiar de crianças ou adolescentes que estejam abrigados. No máximo, sua atuação se limita a colocar em abrigo aquelas que tenham sido encontradas em estado de abandono, com a conseqüente comunicação à autoridade judiciária da sua jurisdição. A partir daí, cabe ao Judiciário encontrar a maneira mais adequada de prover a reintegração familiar ou encontrar uma família substituta, nas modalidades de guarda ou adoção, respeitando-se os direitos daquelas pessoas regularmente habilitadas. (Disponível em: <www.tj.es.gov.br> Acesso em: 20 jan. 2005).

Vê-se, portanto, que o Estatuto da Criança e do Adolescente disciplina com equidade e justiça todo o tratamento a ser dado à criança e ao adolescente, estabelecendo regras para sua institucionalização e condições facilitadoras de colocação desses infantes em família substituta, sem prejudicar o direito a convivência com a família biológica, mas permitindo o pátrio poder familiar nas situações expressamente consignadas em lei, por meio do devido processo legal. Não de ser respeitados, nesses casos, os postulados da

Constituição Federal e do Estatuto, que estabelecem como a Convenção de Haia de 1993, o princípio do maior interesse da criança, definindo a preferência pelo convívio com a família natural. No entanto, diante da crítica realidade das crianças abandonadas e sem família, o Estatuto vem estimular essa nova forma de família, qual seja, a substituta, como modo de suprir falta da família natural, quando, em seu art. 25, repetiu

a regra constitucional de conceituação da família no seu art. 226 e parágrafos. Desse modo, fica assegurada a proteção integral à criança, seja na sua família natural, seja em família substituta, conforme entende Pereira (1992, p. 30/31).

E assim deveria ser, mas não é o que ocorre, pois o que se denota é que não existe um verdadeiro interesse de pôr fim às instituições de menores, ou de fazer proliferar a bem-sucedida tentativa das casas-lares, colocando em funcionamento os conselhos municipais, estaduais e nacional de direitos da criança ou, então, lançar mão de outro recurso, a fim de propiciar ao infante o exercício do direito à vida familiar, o que pode se dar pela adoção.

Diante de toda essa realidade, a adoção surge como um instrumento para proporcionar uma família substituta para aquela criança que esteja, de fato, abandonada por seus familiares e esquecida pela sociedade e pelo Estado em instituições. A adoção, nesse caso, poderia fazer parte da política do Estado destinada à infância, pois assim, de alguma forma, estar-se-ia colocando em prática os ditames constitucionais e o Estatuto da Criança e do Adolescente. Pode-se concluir, portanto, que, apesar dos grandes avanços ocorridos no Brasil em diversos setores, que se deram principalmente após o fim da ditadura militar, permanece a distância entre as garantias constitucionais e a triste realidade. O Governo, apesar de alguns esforços, não tem conseguido diminuir os problemas sociais graves, o que gera um grande número de crianças carentes e abandonadas nas instituições, tão distantes e alheias aos seus direitos e garantias preceituados pela Constituição Federal.

Por todas essas razões é que não se revela suficiente o reconhecer de novos direitos, mas o de garanti-los, devendo passar do direito pensado para o direito realizado. Ao analisar o presente e o futuro dos direitos do homem, Bobbio (1992, p. 25) chama a atenção para a importância das Declarações quanto a esses direitos, asseverando que, nesse processo histórico, existem três fases: inicia-se buscando como fonte as obras dos filósofos, em segundo lugar os direitos positivos se tornam autênticos, mas não universais, pois dizem respeito aos direitos do cidadão de um determinado Estado e, por fim, a terceira fase que tem início com a Declaração de 1948, pela qual os direitos

se tornam universais, uma vez que pertencem a todos os homens, ao mesmo tempo em que se tornam também positivados, pois proporciona-lhes um processo que os tornam efetivos e protegidos até mesmo em face do Estado. É apenas no final desse processo que o citado autor entende que existirão direitos do homem, como cidadão do mundo.

Em relação aos direitos fundamentais da criança e do adolescente, todo esse processo narrado por Bobbio já tem completado quase todas as fases, sendo necessário, ainda, fazer acontecer a fase que lhe proporciona plena efetividade, pois somente dessa forma existirão verdadeiramente os direitos fundamentais para as crianças e os adolescentes como indivíduos, membros da família humana.

Importante salientar que após a Convenção Internacional Sobre os Direitos da Criança, de 1989, de forma brilhante, o Brasil foi o primeiro país a criar lei específica de proteção à criança e ao adolescente, por meio do Estatuto da Criança e do Adolescente, de 1990. Entretanto, torna-se quase impossível a eficácia da norma, quando a realidade social não é modificada. É necessário que se reverta esse quadro de abandono, desamparo, miséria, solidão e falta de amor, pois uma questão é certa, aquela mãe ou pai que é abandonado pelo Estado é aquele mesmo pai que abandona seu filho. É preciso colocar ao alcance desses indivíduos as suas necessidades básicas e os seus direitos de cidadãos para que possam exercer o seu verdadeiro estado democrático de direito. Nesse sentido, esclarece Jayme (2005, p. 8-9):

Contudo, é necessária a consciência de que a todos os seres humanos deve-se assegurar o direito de usufruir um conjunto de condições indispensáveis a uma vida digna, livre e humana. Esse patrimônio jurídico pessoal constitui-se de, pelo menos, uma adequada participação na cultura e na educação, com moradia apropriada e com renda que permita satisfazer, de modo permanente e com tranquilidade, livre de angústias, as necessidades do indivíduo e de sua família. O Estado tem de comprometer-se, através de ações negativas e afirmativas, a não permitir que os membros da comunidade vivam em condições incompatíveis com a dignidade humana. Os governantes devem atentar para o fato de que a injustiça social gera, por mais que haja governos livremente eleitos, a impossibilidade de construção de um Estado Democrático de Direito, com instituições democráticas sólidas e estáveis.

Essa é, então, a única alternativa para superar o desamparo daquelas crianças que são perversamente abandonadas e institucionalizadas. E se, mesmo que haja toda essa

revolução social, ainda assim, persistir o abandono dessas crianças por seus pais, que não haja esse mesmo abandono pelo Estado, que deve atuar de maneira eficiente, a fim de propiciar a esses menores o direito a uma vida digna em uma família substituta.

Por todas essas questões é que merece análise o que diz respeito às crianças institucionalizadas, pois a estimativa apresentada pelo Governo Federal⁶ é que, das 200.000 crianças abandonadas no Brasil, 195.000 se encontram em instituições. Muitas são as razões que levam ao abandono de crianças. Entretanto, em um país como o Brasil, não é possível analisar somente as variáveis psicológicas e emocionais da mãe que abandona, tendo em vista o país onde essa mãe reside, lugar que tem grande parte da população considerada abandonada pelo Estado. Para se obter a resposta para o abandono de crianças, é necessário que se faça uma análise não só da mãe que abandona, mas também das condições abandonantes da sua existência, pois existe um conjunto delas, como as de nível socioeconômica, estruturais, psicossociais, culturais, dentre tantas outras, como leciona Liberati (1995, p. 19):

O abandono pode se revestir de vários aspectos: o material, o psicológico, o moral, o afetivo. O abandono material é o mais visível; sua manifestação está relacionada com a sobrevivência. É a ausência de alimento, de roupa, de remédio, etc. O abandono psicológico é caracterizado pela rejeição, representada por sentimentos de angústia e agressividade. O moral age, sobretudo, nos valores pessoais, ou seja, a criança cresce carente dos sentimentos pelo egoísmo. O abandono afetivo é o mais pernicioso. Sua conseqüência atinge o âmago do ser. Caracteriza-se pela indiferença; resulta da absoluta carência de afeto, carinho e, principalmente, de amor. Sem o amor, uma pessoa não é nada; o amor é o alicerce que embasa as relações afetivas.

A institucionalização foi criada com o fim de proteger a infância, mas a verdade que a realidade demonstra é que a maioria das crianças institucionalizadas são esquecidas nas instituições, totalmente excluídas da sociedade. E isso porque o Estado entende que, por se encontrarem em abrigos, essas crianças já têm garantidos todos os seus direitos e garantias. Ora, os denominados abrigos deveriam servir para atender as crianças por um prazo curto, mas não é o que acontece. Segundo levantamento

⁶ Disponível em: < www.ipea.gov.br. > Acesso em: 20 jan. 2004

realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada⁷ (IPEA), das 626 instituições pesquisadas, 589 oferecem programa de abrigo para crianças e adolescentes em situação de risco pessoal ou social, e metade deles se localiza no região Sudeste (49,1%), seguida pela região Sul (20,7%) e pela Região Nordeste (19%), contando as Regiões Norte e Centro- Oeste conjuntamente com 12% do universo total. Esses abrigos localizam-se na sua maior parte em São Paulo (34,1%) e, de um modo geral, são abrigos não- governamentais (65%), onde predominam a influência da Religião Católica (64,6%), enquanto 22,5% são evangélicos e 12,2% espíritas. Trata-se de instituições relativamente novas, já que mais da metade surgiu a partir de 1990, quando foi editado o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Os abrigos pesquisados são financiados majoritariamente por recursos privados, representando 58,5% das receitas obtidas no ano de 2002. As doações de pessoas físicas correspondem a 8,9% das receitas e com contribuição de empresas num total de 5,2%. Os recursos públicos correspondem a 41,5% do financiamento dos abrigos, sendo a maior parte dos municípios, num total de 18,1%, contra 15,9% dos Governos Estaduais e 7,5% de recursos federais. O Governo Federal atribui essa distribuição à Lei Orgânica de Assistência Social, que estabelece a municipalização como estratégia de execução da política de assistência, ficando a carga do Executivo Federal a definição de diretrizes e de políticas nacionais.

A pesquisa informa, ainda, que as vinte mil crianças encontradas nos abrigos pesquisados têm como maioria o sexo masculino (58,5%) e são afro-descendentes (63,6%), com idade entre sete e quinze anos (61,3%) e mais de um terço está nos abrigos há um período que varia de dois a cinco anos. A maioria absoluta é composta por crianças e adolescentes abrigadas que possuem família (86,7%) e o motivo mais indicado para estarem em abrigos foi a pobreza (24,2%), seguido pelo abandono (18,9%), violência doméstica (11,7%), dependência química dos pais e responsáveis (11,4%), vivência de rua (7%) e orfandade (5,2%).

⁷ Disponível em www.ipea.gov.br. Acesso em 20 jan. 2004

Como se vê, o principal motivo apontado para a institucionalização é a pobreza, o que não representa razão para o abrigamento, uma vez que o Estatuto da Criança e do Adolescente preceitua a obrigatoriedade de inclusão da família em programas oficiais de auxílio nas situações em que pais ou responsáveis não apresentem condições de cumprir suas obrigações de proteção os filhos. Se esses programas não acontecem, dificilmente a situação da criança institucionalizada irá mudar, e sua permanência no abrigo não terá fim.

Como a própria pesquisa concluiu, essa situação demonstra claramente que as políticas de atenção às crianças e aos adolescentes não estão devidamente articuladas com ações de atenção às suas famílias, o que evitaria a institucionalização, ou poderia abreviá-la, quando fosse realmente necessária. O que de fato se percebe é que há uma substituição da criança carente para a criança abandonada nos internatos, como forma de esquecer a carência impingida por uma estrutura social tão injusta. Weber (2003, p. 74) propõe uma frente de trabalho como forma de devolver a dignidade e o respeito dos internos que já estão abandonados e proporcionar-lhes o direito primário de convivência familiar e comunitária por meio da adoção, quando expõe:

A adoção neste sentido moderno implica necessariamente em adoções chamadas tardias (de crianças mais velhas), morais (crianças portadoras de deficiência ou graves problemas de saúde) e inter-raciais. Ao falar em adoção, é preciso entender que existem centenas de pessoas querendo adotar uma criança e milhares de crianças esquecidas nas instituições desejando uma família substituta.

A verdade é que esses dois segmentos da população, aqueles que querem adotar e os que desejam ser adotados, não se encontram, por não haver uma política pública de interesse nesse setor. Em visita a três instituições capixabas acolhedoras de menores, pôde-se concluir que 80% das crianças nunca receberam visitas de seus familiares e 20% chegaram a receber visitas quando foram internados, sendo cessadas com o passar do tempo. A falta de controle e de assistência por parte do Estado faz com que essas crianças sejam esquecidas nas instituições, pois somente 10% delas estão legalmente disponíveis para adoção. E isso porque os pais das demais crianças, apesar

de tê-las esquecido e renegado por completo, ainda possuem o seu pátrio poder, o que impossibilita a adoção.

A matéria publicada no periódico semanal *Época* (23-8-2004) confirma o levantamento efetuado pelo IPEA, informando que os abrigos acabam funcionando como espécies de colégios internos de crianças carentes, pois ali são deixadas por falta de condições financeiras dos pais. Algumas delas recebem visitas regulares de pais ou mães, outras são órfãs, mas são visitadas por avós ou tios, que não as disponibilizam para adoção, mas também não as tiram do abrigo. Alguns menores são abandonados durante anos, mas se deparam com um parente quando estão prestes a serem adotados. Assim, apenas 5% das crianças que se encontram abrigadas estão disponíveis para adoção. Por essa razão, a criança passa, em média, três anos e sete meses em abrigos até ser adotada.

Outra questão trazida à baila no citado periódico diz respeito à preferência por adoções de crianças até dois anos. Conforme a pesquisa, em São Paulo, existem 36 interessados em cada criança de zero a dois anos. Já para as crianças com mais de dez anos, são 66 delas para cada pretendente. Nesses casos, é que um cadastro nacional de adotantes e adotandos seria de enorme valia, bem como a agilização de todo o processo, que às vezes passa de um ano. Todas essas pesquisas demonstram que, mais uma vez, a falta de interesse e acompanhamento desses menores pelo Estado faz com que sejam abandonados nas instituições, filhos de ninguém. A busca de uma família substituta para essas crianças deveria ser levada com a devida seriedade pelo Estado, pois como assevera Figueiredo (1995, p. 9):

[...] sendo a convivência familiar um direito assegurado na Lei, e malogrando as tentativas para permanência na família natural, é vital para o sistema a existência de um vigoroso programa de colocação em família substituta, especialmente para os que se encontram abrigados em entidades de atendimento.

Maior esforço é feito pela própria sociedade, como se pode ver da iniciativa de várias entidades de Brasília⁸ (Distrito Federal) com a criação de casas-lares, onde as crianças têm a oportunidade de desenvolverem-se dentro de um convívio familiar, pois não moram em alojamentos nem comem em refeitórios, uma vez que as casas possuem sala, quarto, cozinha e são compostas por uma mãe social e dez crianças. Essas casas-lares, diferentemente dos abrigos, podem propiciar àquelas crianças que perderam as perspectivas para adoção um ambiente familiar, no qual as denominadas mães sociais são capacitadas em maternidade social, tornam-se profissionais regulamentadas por lei e passam a conviver com esses filhos sociais, transmitindo-lhes valores, ensinando-lhes limites e educando-os para a vida, até que alcancem a maioridade. Trata-se de prática revolucionária, de iniciativa da própria sociedade, que pode ser uma esperança ao fim do internamento em abrigos ou orfanatos.

Existe a necessidade clara de um programa amplo envolvendo os poderes constituídos e a sociedade civil organizada, que possa garantir a promoção da convivência familiar e comunitária, como na proposta incentivada por Figueiredo (1995, p. 7), cujo primeiro passo diz respeito à instalação e funcionamento de um serviço de busca à família, que se localizada, gera um trabalho de aproximação e convencimento de retorno ao lar e fortalecimento dos vínculos familiares, decorrendo daí a necessidade do uso de equipamentos comunitários básicos para suprir as necessidades detectadas, tanto as emergenciais como as mais perenes. O segundo passo narrado pelo citado autor diz respeito à manutenção de criança em abrigo que, não tendo sua família localizada, deve ser encaminhada ao abrigo que, entretanto, deverá servir de medida excepcional e transitória, até se chegar ao terceiro passo, qual seja, a busca de uma família substituta para esse menor que se encontra abrigado, pois a adoção não pode ser encarada como ato de caridade, nem tampouco vai resolver o problema social de pobreza do País.

Nesse sentido, o que de fato representa a adoção nada mais é do que uma fórmula legal para se dar uma família a quem não tem, a fim de resguardar-lhe os direitos constitucionalmente previstos. Isso implica prévio cadastramento das crianças e

⁸ Disponível em: < www.aldeiasinfantis.org.br.> Acesso em: 23 jan. 2005.

pretendentes e na formulação de critérios objetivos que permitam identificar o melhor adotando para os melhores adotantes. Quanto maior a Comarca, maior deve ser esse sistema, não sendo aceitável que onde existem muitos candidatos ainda se utilize o injusto sistema de ordem de inscrição.

E assim deve ser, pois o abrigo deve ser encarado como medida transitória, emergencial e excepcional, como prescreve a lei. Nada pode justificar o abrigamento de uma criança por muitos anos. A morosidade da aplicação de medidas protetivas pelas Varas da Infância e da Adolescência, a indiferença e a incompetência do Estado não podem servir de entrave ao interesse maior da criança. A prática da institucionalização vai de encontro ao preconizado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. O Estado deve pôr em prática um paradigma totalmente diverso do que vigora atualmente e lota instituições de menores, passando a fazer valer aquele paradigma ditado pela Convenção de Genebra Para Direitos da Criança e Adolescente, aplicando o que dita o Estatuto, a fim de propiciar, então, a essas crianças, a efetivação de todos os seus direitos e, em especial, o direito à vida familiar, como tem feito a própria sociedade, por meio de novas alternativas de amparo e desenvolvimento infantil.

Seguindo essa linha de raciocínio, surge outra questão que merece importância, qual seja, a nacionalidade e a cidadania, porque a organização social busca, a todo tempo, encontrar soluções adequadas e definitivas para as controvérsias, tendo por fulcro a realidade do conflito de interesses, o que se dá por meio do Direito, que se revela como instrumento pelo qual a sociedade regula esses conflitos, estabelecendo, em cada caso, qual interesse deve prevalecer, bem como criando mecanismos que possibilitam definitividade as soluções impostas pelas leis. Como conclui de Paula (1995, p. 92), o Direito tutela interesses individuais e sociais, “[...] protegendo-os com a força da organização social. Estado de Direito, portanto, é aquele em que as soluções dos conflitos obedecem aos primados da lei. É o contraponto do Estado violento e arbitrário”. Entretanto, o Estado, baseado no Direito, como clama o citado autor, não garante a existência de um Estado de Justiça Social. “[...] Para este, é mister que o Direito tenha como origem um processo de criação popular, onde as definições da prevalência de um interesse sobre o outro brotem da livre discussão” (p. 92). Assim, a

função protetiva do Estado é mais incisiva no Estado Democrático de Direito, que na concepção de Albergaria (1996, p. 44):

[...] há uma união dos princípios do Estado Liberal e do Estado Social, cuja função não estaria somente a serviço de uma minoria, mas também a serviço do efetivo progresso de cada um dos cidadãos.
É precisamente essa função do Estado Democrático de Direito que põe em relevo a co-responsabilidade do Estado, da Sociedade e da Família na proteção da criança e do adolescente, como prevê o art. 227 da Constituição.

Assim, como se vê, em um Estado Democrático de Direito, a evolução dos institutos jurídicos deve sopesar a vontade da maioria, baseada na técnica e na doutrina, procurando indicar as melhores vias para proteção dos fundamentos da Carta Federal, quais sejam: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, conforme o seu art. 1º.

Nesse passo, importa a consideração da dignidade da pessoa humana encontrada na criança e no adolescente e as formas como ela se expressa e é garantida em um Estado Democrático de Direito, como lembra Mônaco (2002, p. 43), devendo sempre ser asseverado 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”,⁹ como meio de garantir o reconhecimento amplo da sua condição de sujeito de Direito, como passaram a ser consideradas após o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Isso porque o Estado Democrático de Direito tem sua função protetiva a serviço de toda pessoa humana, como define Perez Luño (2003, p. 212), para quem, na transição para o Estado Democrático de Direito, a Administração se responsabiliza pela tarefa de proporcionar à generalidade dos cidadãos as prestações necessárias e os serviços públicos adequados ao pleno desenvolvimento de sua personalidade, reconhecida não

⁹ Preâmbulo à Convenção sobre os Direitos da Criança, 1989.

só por meio das liberdades tradicionais, como também pela consagração constitucional dos direitos fundamentais de caráter econômico, social e cultural.

Desse modo, como já exposto, os pressupostos em que se baseia um Estado Democrático de Direito são: prevalência da soberania popular no processo de condução dos destinos da Nação; existência de mecanismos que garantam o controle popular do exercício do poder; respeito incondicional às liberdades públicas, especialmente no que concerne aos direitos fundamentais da pessoa humana, com garantia pelos meios adequados e a efetivação concreta dos enunciados constitucionais; e definição de relações socioeconômicas que possibilitem a eliminação da opressão, da fome, da miséria, da ignorância, fornecendo condições de exercício da cidadania a toda população (De Paula, 1995, p. 92). Trata-se de disposição encontrada no art. 1º da Constituição Federal de 1988, que preceitua que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e livre iniciativa e o pluralismo jurídico.

Feitas tais considerações, tratando-se o tema central do presente trabalho dos direitos da criança e do adolescente e a adoção internacional, cujo fim é a colocação de uma criança ou adolescente em um lar estrangeiro, proporcionando-lhe uma família e a conseqüente garantia de todos os seus demais direitos legalmente expostos, mister se faz a análise dos seguintes temas: a cidadania e a nacionalidade, que dizem respeito à efetivação dos direitos civis, econômicos e sociais relativos a cada pessoa humana. Nota-se claramente que com o passar dos anos, a idéia de cidadania vem alterando o seu grau, as formas de participação e a sua abrangência. Assim, nunca é demais lembrar que na Antiguidade, por cidadania entendia-se como a qualidade de um indivíduo pertencer a uma comunidade, com todas as conseqüências de se viver em uma sociedade. Cidadão era, assim, aquele que morava na cidade e participava de seus negócios. Na verdade, tratava da minoria, tendo em vista as discriminações aos estrangeiros, escravos, metecos e súditos. Como lembra Bertaso (2003, p. 408),

[...] os antigos já exercitavam a cidadania em suas municipalidades, através de assembléias populares, e, apesar de que nem todos participavam dos privilégios, atribuíam sentido coletivo às ações políticas. O discurso político dos povos antigos instalou, no cidadão, a obediência às 'leis' da cidade e os outros à vontade dos cidadãos.

Tratando da Idade Média, vê-se que a concepção medieval do Direito Natural, que tinha como base o Estoicismo e a Jurídica Romana, passa a se vincular à vontade de Deus. Nessa época, a doutrina de Santo Agostinho pregava que, se as leis terrenas não fossem de acordo com as leis de Deus, não teriam vigência, e não deveriam ser obedecidas. Assim, com a formação do Estado Moderno, influenciado pela tradição iluminista, pretendeu-se a substituição dos antigos súditos por cidadão, quando, então, houve a passagem do naturalismo para o positivismo, com o fim de concentrar todos os poderes, inclusive o de criar o direito, ou como exemplifica Bobbio (1995, p. 26):

[...] nasce quando direito positivo e direito natural não mais são considerados direitos no mesmo sentido, mas o direito positivo passa a ser considerado como direito no sentido próprio [...]. O positivismo jurídico é aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo.

Observa-se, a partir desse momento, que a cidadania dos antigos, que ditava uma liberdade a partir da participação do indivíduo numa determinada comunidade, bem como ligava esse indivíduo a seus pertences, acabava por ser derrubada pela moderna liberdade individual, ou seja, “[...] essa dimensão de liberdade, mediatizada pela cidadania, ensejada pelo Estado, pretendeu encontrar nos direitos positivados a base protetora da liberdade, da ordem e da felicidade”, como esclarece Bertaso (2003, p. 416). A partir de então, pode-se entender que o Estado passou a ser o garantidor dos direitos e deveres de todos os cidadãos, protetor funcional dos direitos de liberdade e igualdade e detentor da soberania. Assim, hoje, na lição de Castro Junior (2003, p. 255), conceitua-se cidadania como

[...] a ação política do cidadão contra o Estado ou terceiro, através do Estado, para exigir direitos que são inerentes a sua personalidade jurídica. Tais direitos fazem parte do patrimônio do cidadão, denominados direitos de cidadania, que

são o conjunto de direitos e obrigações civis, sociais, políticas, econômicas e culturais, dispostos nas mesmas normas, e que servem como requisito para que assim possa conviver em sociedade, subordinando os seus interesses aos da comunidade em que vive “sociedade civil” .

Nesse sentido, não se pode vislumbrar a hipótese de se praticar a cidadania, sem se exercitar, *a priori*, a nacionalidade. Sendo assim, como conceito de nacionalidade, vale o entendimento de Mota e Spitzcovsky (1997, p. 321) :

“[...] consiste no vínculo jurídico que incorpora o indivíduo ao povo. Elemento pessoal do Estado. O termo nacionalidade vem de nação, que sociologicamente designa uma comunidade natural, integrada em razão de certos caracteres comuns, objetivos (p. ex., língua, religião) e subjetivos (p. ex., sentimentos). O Estado contemporâneo procura ser correlativo a uma determinada nação, daí ser tido como o Estado-Nação, daí o célebre princípio das nacionalidades (cada nação deve organizar-se num estado independente) que tanta influência tem na história dos últimos séculos. Por isso, a qualidade de membro de uma comunidade nacional, a qualidade de nacional, passou a designar, por exemplo, a qualidade de membro do elemento pessoal do Estado, o povo.

Na observância de tal conceituação, vislumbra-se a necessidade de que o indivíduo pertença a um território para que possa usufruir dos direitos inerentes àquela pátria. Ocorre que essas transformações que derrubam fronteiras, por mero interesse de mercado, acabam criando embaraços, principalmente no que se refere à aquisição da nacionalidade como condição do exercício da cidadania. Como visto, todo esse processo de quebra de fronteiras foi acompanhado pela conquista de vários direitos inerentes ao cidadão, o que foi ocorrendo após a Segunda Guerra Mundial, quando houve o crescimento econômico e o surgimento de instituições supranacionais, o que acabou por ampliar o conceito clássico de cidadania, porque a relação, existente entre a cidadania e a nacionalidade, fez nascer discussões entre o pensamento conservador, já existente, e o pensamento progressista, que surgia com todo esse movimento. Assim, para o primeiro, a cidadania se refere aos nacionais de um determinado território, enquanto, para o segundo, a cidadania funda-se no contrato. Já no plano jurídico, existe a definição de nacionalidade que determina as condições de acesso à justiça: o *jus soli*, referente ao nacional de um país que nele nasce, e o *jus sanguinis*,

relativo aos nacionais e seus descendentes, mesmo que tenham nascido em outra pátria.

Posteriormente, exsurtiu um pensamento mais democrático, que objetivou desagregar completamente a cidadania da nacionalidade, procurando dar-lhe uma dimensão puramente cultural, enquanto a cidadania teria uma dimensão jurídica e política. Em suma, essa “nova” cidadania, no entendimento dos estudiosos modernos, não se revela como aquela cidadania de um nacional, mas “[...] trata-se de uma cidadania superposta, complementar, uma dupla cidadania, porque não substitui a cidadania dos nacionais dos Estados-membros”, como lecionam Dal Ri Junior e Oliveira (2003, p. 15). Com base em tal teoria, todos são considerados cidadãos, não importando sua nacionalidade, seu sexo, sua idade, sua profissão ou sua condição social. A teoria dessa nova cidadania mantém a concepção política voltada aos direitos humanos, o que possibilita a permanência das culturas próprias de estrangeiros, pois não são considerados os efeitos da mobilidade e do deslocamento dos cidadãos cosmopolitas.

Denota-se que a cidadania moderna possui, então, uma proteção transnacional, como sói acontecer com os direitos humanos. Assim, todo esse processo histórico, que ao longo do tempo vem moldando conflitos entre diversos países doravante tão distintos politicamente, definindo trajetórias de cada um deles e fazendo com que o interesse de mercado se sobreponha às ideologias e sistemas políticos, acaba deixando de lado o que deveria ser o objetivo primordial de cada nação: a proteção dos direitos de cada cidadão, em toda a sua magnitude. Por tudo isso é que o exercício da cidadania implica uma luta constante contra um processo de dominação por exploração ou por exclusão, sob o risco de permanecer apenas nas mãos de alguns privilegiados, independentemente dos direitos positivados, ignorando os deveres constitucionalizados. Sobre o tema leciona Fabriz (1999, p. 218);

[...] apesar da tentativa de uma nova teorização ou na ampliação do conceito em torno dos direitos de cidadania, verificamos que em países como o Brasil, esses direitos não são efetivados na prática, portanto inexistentes. Essa situação deve-se ao ranço deixado pelo nosso histórico passado marcado pelo

autoritarismo, operando sempre na canalização dos conflitos como forma de conceder uma cidadania do tipo desfocada, cujo significado fica condicionado à vontade daqueles que exercem o poder em determinado momento.

Nesse passo, mesmo que se faça uma conceituação teórica a respeito dessa cidadania, o que de fato merece relevo é que esse pensamento seja construído a cada dia pela sociedade civil, na pujança desse mundo globalizado. Mas que o seja num contexto de cidadania planetária, contrapondo-se aos interesses políticos dos Estados, e ao poder econômico do mercado, para, só então, fazer valer o seu verdadeiro sentido. Assim, para analisar o instituto da adoção internacional, que é o tema deste trabalho, deve-se levar em consideração a condição jurídica da criança e do adolescente no plano interno e no internacional, sem descuidar da vertente dos direitos humanos, em uma abordagem imprescindível nessa quadra em que a globalização passa a figurar como inelutável, modificando conceitos e sentidos dos diversos institutos jurídicos. Para tanto, mister se faz tratar a dogmática aqui exposta como as garantias técnicas que o Direito Internacional Privado procura fornecer ao procedimento da adoção internacional, balizado pelos direitos humanos. E assim deve ser, pois, como leciona Mancini (2003, p. 51):

[...] a ciência do Direito Internacional, sendo daquela do Direito Humano Universal como espécie desse gênero, é imposta antes de tudo ao espírito a necessidade lógica de reconhecer como a base mais ampla e profunda, sobre a qual o edifício inteiro possa ser erguido, o próprio princípio gerador do Direito Universal.

Dito isso e seguindo a esteira do pensamento do citado autor, existem duas leis naturais que são formas perpétuas da associação humana: a família e a nação. Esta, em sua gênese histórica, “[...] não pode ser outra que a própria família, a qual se ampliou por descendência e por gerações sobre o território que ocupava ou uma associação de famílias unidas entre si pela religião dos conúbios” (Mancini, 2003, p. 53). Apesar disso, esclarece aquele autor que a instituição da família sempre teve numerosas defesas, enquanto raras foram as vozes que se levantaram em prol da causa das nacionalidades oprimidas, que têm como as condições naturais e históricas o

território comum, e a raça um importante elemento constitutivo, pois é expressão de uma identidade de origem e de sangue. De fato, são determinadas propriedades transmitidas na raça que formam o espírito nacional, resultado de um conjunto de qualidades físicas e morais que se tem em comum com os próprios irmãos. De igual importância, a palavra surge como vínculo de unidade nacional, pois, pelo idioma de uma Nação, se manifesta a sua unidade de natureza moral e há a criação de idéias dominantes.

Todos esses elementos citados por Mancini (2003, p. 62-63), entretanto, não são suficientes para constituir inteiramente a nacionalidade. E é o mesmo doutrinador que esclarece que somente com a consciência a nacionalidade pode ser constituída plenamente, por meio de uma unidade moral de um pensamento comum, de uma idéia predominante que faz da sociedade o que ela é porque nela se realiza. Assim, consiste a nacionalidade em uma “[...] sociedade natural de homens com unidade de território, de origem, de costumes e de língua, configurados numa vida em comum e numa consciência social” (Mancini, 2003, p. 62-63).

E é desse pensamento que decorre que a legitimidade, a conservação e o desenvolvimento da nacionalidade passam a ser para os homens não só um direito, mas um dever jurídico. O “direito da nacionalidade, portanto, não é senão a mesma liberdade do indivíduo, estendida ao desenvolvimento comum do agregado orgânico dos indivíduos que formam as nações” (Mancini, 2003, p. 62-63). Essa liberdade está intimamente ligada aos direitos dos homens que, no contexto deste trabalho, pode ser ligada aos ditames constitucionais da Carta Federal de 1988, dentre eles, o direito de pertencer a uma família.

A realidade é que coexistem diversas Nações, é e por essa razão, entende Mancini (2003, p. 67-76) que, na “[...] gênese dos direitos internacionais a Nação e não o Estado representa a unidade elementar, a mônade racional da ciência”. Assim, no princípio da nacionalidade está “[...] incluído também o limite ao injusto desenvolvimento de uma nação em detrimento das outras e disso manar a livre harmoniosa coexistência de todas”. Isso porque o princípio da nacionalidade não pode significar senão a

inviolabilidade e proteção de todas as nações, pois trata-se do fundamento e dos conjuntos de utilidades legítimas de um povo.

Destarte, mesmo utilizando-se a nacionalidade como fundamento dos demais direitos inerentes ao indivíduo de um determinado Estado, a proteção desses direitos relativos à criança e ao adolescente não pode ser compreendida fora da ordem globalizada, que é a realidade atual do mundo que é uno, e o destino de cada homem está entrelaçado ao de todos os outros, como afirma Luño (1998, p. 41), para quem qualquer atentado contra os direitos e liberdades da pessoa não é uma questão doméstica, mas um problema de relevância internacional. Nesse mesmo sentido, esclarece Costa (1999, p. 266):

A flexibilização das fronteiras territoriais, o deslocamento cada vez mais rápido e intenso de pessoas além das fronteiras, o aumento das uniões entre homens e mulheres de diferentes nacionalidades e a internacionalização da família, tudo isso permite comunicarmo-nos de outra maneira, quebrarmos desconfianças e preconceitos, conhecermo-nos melhor e tratarmo-nos mais cooperativamente.

Citando Martin Luther King, conclui o citado autor que “[...] todos nós estamos presos numa rede inescapável de mutualidade, confinados numa única peça do destino. O que afeta uma pessoa, afeta a todos indiretamente. Temos que viver juntos devido à estrutura inter-relacionada da realidade”. Nesse mesmo sentido, Jayme (2005, p. 191) esclarece que o fundamento maior do Estado Democrático é a dignidade da pessoa humana, da qual se elevam todos os direitos relacionados a proporcionar ao indivíduo as condições mínimas necessárias à sua plena satisfação, e complementa:

É ponto pacífico, tanto na doutrina e na jurisprudência, que o Estado não pode furtar-se ao cumprimento do preceito estabelecido em normas de direito internacional dos direitos humanos, sob a invocação do direito interno ou do princípio da soberania.

Além disso, quando o Estado, por qualquer razão, descumpra esse preceito fundamental, que é o respeito à dignidade humana, entra em cena o sistema de proteção internacional dos direitos humanos, representados pelos órgãos de proteção regional, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

É, portanto, dentro desse contexto, que a adoção internacional deve ser inserida quando surge para proteger o direito da criança à vida familiar e, em conseqüência, todos os seus demais direitos, quando esta se encontra realmente abandonada, e não logrou êxito em obter os direitos básicos em seu país de origem, pois não há de se invocar a soberania como valor superior e contrapor-se ao interesse social de proteção ao menor e à própria essência do mundo atual, pois, como leciona Costa (1999, p. 268):

O que todos desejamos é que os avanços produzidos na proteção internacional da criança, incorporados ao Direito positivo brasileiro e latino-americano, mediante a paulatina ratificação das convenções internacionais pelos países de nossa região, não se restrinjam apenas à dimensão normológica, pois a criança desamparada, centro de nossas preocupações e valor fundamental a se defender, somente terá assegurada a efetiva proteção de seus direitos pelo ponderado labor dos que atuam nessa delicada área, na qual, infelizmente, ainda grassam muitos preconceitos e equívocos.

É indene de dúvidas que toda criança tem direito de ser criada e educada no seio de sua própria família, no seu país de origem e na sua cultura. E é por essa razão que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança e o Pacto de São José da Costa Rica preconizam que toda pessoa tem o direito de conservar a sua nacionalidade, da qual derivam a manutenção dos vínculos com a terra, as tradições, a cultura e a língua materna. Evidentemente, a adoção internacional surge como medida excepcional, somente justificada quando não há outra alternativa para a criança em seu próprio país, mas ela não pode ser privada de buscar o seu bem-estar em uma família estrangeira.

Portanto, a criança e o adolescente desamparados devem ser valor fundamental a se defender, de forma que não haja preconceitos ou condicionamentos ideológicos prévios, como a pátria, a cultura e a língua. A afirmação injustificada de nacionalismos ou a invocação da soberania como valor politicamente superior não podem servir de entraves para o atendimento ao Estado Democrático de Direito preceituado pela Carta Magna de 1988 a todos os cidadãos brasileiros.

4 A ADOÇÃO INTERNACIONAL E OS INSTRUMENTOS LEGAIS

Em se tratando de adoções nacionais, as soluções são dadas em conformidade com as disposições legislativas próprias, inspiradas na melhor doutrina, bem como na prática jurisprudencial dos direitos internos. Entretanto, com relação à adoção internacional, tem-se que, por muitas vezes, se revela como campo de conflitos de leis, e isso porque até recentemente se tratava de instituto desconhecido, inexistindo, inclusive, disciplinamento em alguns ordenamentos jurídicos.

Hodiernamente, a comunidade internacional tem buscado soluções para os conflitos em matéria de adoção internacional, procurando harmonizar, sempre que possível, o tratamento de determinados institutos, viabilizando os relacionamentos transfronteiras, com maior cooperação entre os países em nível mundial, por meio de Convenções e Tratados.

Assim, o Brasil, na esteira de todos os instrumentos universais e regionais, inseriu, pela primeira vez no Texto Constitucional de 1988, o capítulo relativo à Família, à Criança e ao Adolescente, ao Idoso, explicitando sobre os direitos fundamentais e ainda promovendo a legislação infraconstitucional por meio do Estatuto da Criança e do Adolescente, redirecionando a proteção ao menor e ao adolescente, com as respectivas regulamentações, como se verá nos tópicos seguintes.

4.1 CONVENÇÃO DE HAIA

A Adoção Internacional constitui um dos problemas de mais difícil solução no campo do Direito Internacional, tendo em vista o crescente número de adoções por estrangeiros, que foi se tornando viável por meio de Tratados, Convenções e Declarações, medidas tomadas para garantir maior segurança e proteção ao adotado.

Como já enfocado, as guerras contribuem para a repressão social e econômica de um povo, o que levou a comunidade internacional a estabelecer acordos com fins humanitários. Foi em Genebra, na Liga das Nações, após a Primeira Grande Guerra onde primeiro se abordou sobre a proteção à infância. Também após a Segunda Guerra Mundial, com o surgimento da Declaração dos Direitos do Homem (1948), foi que originou, posteriormente, a Declaração dos Direitos da Criança (1959), documento este que fez com que o mundo passasse a observar a criança como um ser especial, com necessidade de proteção e cuidados, a serem recebidos pelos pais e também por toda a sociedade.

Nesse sentido, deve-se a essa Declaração todo o desencadear de medidas de proteção à criança e ao adolescente, como a adoção, que hoje é encontrada nos ordenamentos jurídicos, com ênfase para os interesses do adotando, sendo realizada em âmbito nacional e internacional. Todo esse processo de afirmação internacional dos direitos humanos, como assevera Perez Luño (1998, p. 42), abre um resquício de esperança de uma humanidade definitivamente liberada do temor de ver constantemente violados os seus direitos mais essenciais. A partir de então, esse vem sendo o caminho irrenunciável para os espíritos comprometidos com a causa da emancipação integral humana.

Após a Declaração dos Direitos da Criança, foram firmados Pactos Internacionais relativos aos Direitos Cívicos e Políticos e aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que passaram a vigorar internacionalmente em 1976, acordos esses que previam, em seu bojo, disposições relativas à família e ao menor, dentre elas, o registro civil do infante, o direito à nacionalidade, proteção contra a exploração econômica e social, dentre tantos outros. Especificamente na América Latina, destacam-se o Código de Bustamante (1928) e o Tratado de Montevideu (1940), sendo o primeiro firmado na Sexta Conferência Internacional de Havana, ratificado por todos os Estados americanos, com exceção da Argentina, Estados Unidos, México, Paraguai e Uruguai.

O princípio adotado pelo Código de Bustamante foi o da validade, ou seja, da capacidade das partes e os efeitos de uma adoção dependeriam da lei pessoal do

adotante e também do adotado. Tal princípio foi também adotado pelo Tratado de Montevideú, firmado entre o Uruguai e a Argentina. Com o passar dos anos, o Código de Bustamante não mais atendeu à realidade americana, vindo, então, os países latino-americanos a firmarem suas relações nas Conferências Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIP), realizadas no Panamá (1975), Montevideú (1979), La Paz (1984), Montevideú (1989) e México (1994), que continuam sendo ratificadas pelos Estados Americanos.

Ressalta-se que, em La Paz, foi celebrada a Conferência Interamericana sobre Conflitos de Leis em Matéria de Adoção, promulgada no Brasil pelo Decreto 2.429, de 17-12-1997. Na Conferência Interamericana realizada em Montevideú, no Uruguai, celebrou-se a Convenção Sobre Restituição Internacional de Menores. Uma das temáticas tratadas na Conferência Interamericana acontecida no México resultou na Convenção Sobre o Tráfico Internacional de Menores, ratificada no Brasil pelo Decreto nº 2.740, de 20-08-1998.

A Conferência de Haia de Direito Internacional Privado foi criada em 1893, inicialmente com 57 países membros, tornando viáveis convenções sobre diversos temas, como conflitos entre leis de nacionalidade e domicílio, sobre reconhecimento de divórcio e separação legais; celebração e validade de casamentos, transferência internacional de crianças, dentre muitos outros. Em 15 de novembro de 1965, foi realizada, na cidade de Haia, a Conferência sobre a Adoção Internacional, surgindo, então, a Convenção de Haia, que tinha como foco central as discussões que versavam sobre a lei aplicável, jurisdição e reconhecimento em matéria de adoção. Tal Convenção estabeleceu que as regras sobre jurisdição versariam sobre a residência habitual do adotante, o que fez com que somente a Áustria, Reino Unido e Suíça assinassem o texto, sendo recusado por todos os países em desenvolvimento e por aqueles que reconheciam a nacionalidade como fundamento para determinação da jurisdição.

Posteriormente, houve a Convenção de Estrasburgo, de 24-04-1967, que teve como objetivo realizar entre os Estados membros do Conselho da Europa, uma união mais estreita, com a finalidade de favorecer o progresso social, promovendo o bem-estar do

menores. Tal Conselho novamente se reuniu, aos 20-05-1980, em Luxemburgo, e acordou sobre a Convenção Européia Sobre o Reconhecimento e a Execução das Decisões Relativas à Guarda de Menores e Sobre o Restabelecimento da Guarda de Menores. A Assembléia Geral das Nações Unidas, de 20-11-1989, aprovou por unanimidade a Convenção Sobre os Direitos da Criança, resultado de um trabalho de mais de dez anos, expedido quando comemoravam os trinta anos da Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959.

A partir de então, dentro de um quadro de situações reais, profissionais e representantes dos Estados-membros da Convenção de Haia se especializaram, enfrentando questões relativas às barreiras de línguas oficiais, incluindo temas amigáveis, retirando discórdias graves, tudo para compor os interesses dos países, utilizando-se da escuta de posicionamentos, na posição de membros *ad hoc*, de países com experiência exacerbada no assunto, embora não fosse país integrante. Tal se dera com o Brasil, na décima sétima Conferência, quando então se originou a Convenção sobre adoção internacional.

Especificamente sobre adoção internacional, sabe-se que as divergências de interesses entre países de acolhimento e os de origem das crianças, bem como problemas internos de cada ente político, somados à falta de uma linha operacional equânime, acabaram fazendo com que a criação de uma normativa multilateral para a questão da adoção internacional não se realizasse há mais tempo. Sobre o tema Figueiredo (2002, p. 28), traz como indicativo de tais dificuldades o conteúdo do documento de referência do *Save the Children*, instituição britânica de apoio às crianças:

Na Índia somente os hindus têm acesso à adoção legal, enquanto no Nepal a adoção de crianças por estrangeiros continua sendo autorizada somente se o nome da criança não for modificado e se ela não for convertida a outra religião. [...] geralmente a adoção não é possível nos países islâmicos. O Alcorão proíbe a criação de laços artificiais de filiação, embora muitos países islâmicos ofereçam de fato formas alternativas de cuidados familiares como o 'Kafalah'. Poucos Estados Islâmicos (a Síria e o Egito por exemplo) autorizam a adoção de crianças por parte de cristãos. E alguns países Islâmicos introduziram a noção de adoção no seu quadro legislativo (por exemplo a Tunísia e a Indonésia).[...] Em muitas sociedades africanas não se pode aceitar que uma criança seja aparentada a alguém fora da família ou do grupo clânico, e a extinção dos laços de sangue é inconcebível.

Por tal razão é que se fazia necessária a edição de uma norma que fosse cumprida com êxito. Foi então, em Haia, em 29-05-1993, no âmbito da 17ª Conferência de Direito Internacional Privado, que se concluiu a Convenção Relativa à Proteção e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, com o objetivo primordial de exterminar o tráfico internacional, seqüestro e a venda de crianças. Assim, foram estabelecidas medidas comuns com o fim de resguardar o interesse superior da criança, levando-se em consideração os princípios já reconhecidos por instrumentos internacionais, ou seja, respeitando-se os direitos fundamentais internacionais. Como lembra Luño (1998, p. 43), os direitos fundamentais aparecem como a fase mais avançada do processo de positivação dos direitos naturais nos textos constitucionais do Estado de Direito, cujo processo tem como ponto intermediário a conexão com os direitos humanos. Sobre o tema, tem-se a visão de Marques (2002, p. 43):

[...] tanto o ECA (Lei 8.069/90) quanto a Convenção de Haia de 1993 (Dec. 3.087/99) representam uma nova visão da adoção internacional, concentrada agora nos direitos humanos da criança, no seu bem-estar e no seu interesse superior. Supera-se, assim, a visão anterior da adoção, concentrada nos interesses patrimoniais familiares, no eventual direito de procriação dos pais adotivos e seus interesses de continuação da família. Especialmente, com o princípio da subsariedade da adoção internacional em relação à adoção nacional (art. 31 do ECA e art. 4º da Convenção de Haia de 1993), há uma clara mudança de perspectiva do Direito Internacional Privado brasileiro: não basta mais somente preencher os requisitos formais e materiais para a adoção internacional, há que se exaurir as possibilidades de solução nacional, em respeito aos direitos humanos da criança.

Baseado nesse entendimento, tal Convenção estabelece, em sete capítulos, medidas e regras que devem ser adotadas pelos Estados-Partes. O primeiro capítulo (arts. 1º ao 3º) trata da sua aplicação. Destaca o art. 1º os objetivos da norma, quais sejam: estabelecer garantias para que as adoções internacionais sejam feitas levando em consideração o interesse superior da criança e com respeito aos direitos fundamentais; instaurar um sistema de cooperação entre os Estados contratantes que assegure o respeito às ditas garantias e, conseqüentemente, previna o seqüestro, a venda ou o tráfico de crianças; assegurar o reconhecimento, nos Estados contratantes, das adoções realizadas, segundo a convenção. Sobre tais objetivos, Costa (1998, p. 200) explica:

O propósito da Convenção de Haia de 1993, que se inspirou principalmente nas diretrizes da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, é o de estabelecer um sistema de cooperação administrativa entre os países de acolhida e os países de origem, de sorte a minimizar os abusos, assegurar que os interesses da criança sejam prevalentes na adoção e garantir o reconhecimento das adoções efetivadas sob sua égide.

Todos esses objetivos traçados pela Convenção de Haia são concentrados no sujeito de direito mais frágil, qual seja, a criança, e nos seus respectivos direitos fundamentais de manutenção de vínculos familiares, de preservação de sua origem, de sua identidade cultural e da sua plena realização como pessoa em desenvolvimento. Tais princípios são nitidamente refletidos no Direito Brasileiro, como se pode ver da Constituição Federal que dispõe, em seu art. 227, § 5º, o acompanhamento pelo Poder Público, na forma da lei, das adoções internacionais, reconhecendo os direitos fundamentais das crianças e impondo uma concentração nos direitos do filho.

A Convenção traz, em seu art. 4º, como destaque, o interesse superior da criança, como sendo a necessidade do consentimento dos pais biológicos e da criança, a proibição de contato entre os futuros pais adotivos e os pais da criança ou quem detenha a sua guarda, a necessidade de estar a criança considerada como adotável pela autoridade competente e os futuros pais aptos a adotar, incluindo aqui também o art. 5º. Os requisitos a serem atendidos pelo Estado de origem do adotando estão prescritos no art. 4º do 2º Capítulo, cuja primeira previsão diz respeito ao reconhecimento, pela autoridade competente do Estado de origem, de que a criança é adotável, com a devida concordância dos pais, perante a autoridade judiciária e o Ministério Público. É dispensada tal concordância quando se tratar de pais falecidos, destituídos de pátrio poder ou desconhecidos juridicamente. É relevante observar, quanto a esse dispositivo, que deve haver a constatação de que a adoção internacional atende aos interesses superiores da criança, ou seja, que não haja a possibilidade de que essa criança seja mantida no país de origem, pela ausência de uma família para ela. Denota-se, portanto, que com as disposições contidas nesse preceptivo, quis a Convenção repetir todos os cuidados que deve ter o Juiz da Infância e Juventude,

quando tratar com qualquer adoção nacional, incluindo-se, apenas, as observações relativas à adoção internacional.

No tocante aos requisitos a serem atendidos pelo Estado de origem do adotando no âmbito externo, estão estes descritos no art. 5º do mesmo Capítulo, que prevê que a adoção só ocorrerá, quando houver a devida verificação de que os futuros pais adotivos encontram-se habilitados e aptos para adotar; for assegurado que os futuros pais adotivos foram convenientemente orientados e tiver verificado que a criança foi ou será autorizada a entrar e a residir permanentemente no Estado de acolhida.

De acordo com a Convenção de Haia de 1993, cada país nomeará uma Autoridade Central, para desincumbir-se das tarefas impostas e tomar todas as medidas para “[...] facilitar, seguir e acelerar o processo em vista da adoção” (art. 6º). Será estabelecido um sistema internacional de cooperação entre as autoridades centrais dos países de origem e dos países de acolhimento, que funcione como pólo controlador da lisura do processo de adoção. A Instituição da Autoridade Central foi acolhida em diversas legislações, dentre elas: a do Brasil, art. 52, do ECA (Comissões Estaduais Judiciárias de Adoção), Bolívia, arts. 99 a 104, (Organismo Nacional), Colômbia, art. 118 e ss. (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar), Chile, art. 42 (Serviço Nacional de Menores), Equador, arts. 115 a 118, (Departamento Técnico de Adopciones), Peru art. 134 (Secretaría Técnica de Adopciones), Índia (Resolução de 4 de julho de 1989, revista em 1992 (Central Adoption Resource Agency), Honduras (art. 20), Polônia, art. 9 do Decreto de 17 de agosto de 1993 (Publiczny Osrodek Adopcyjno-Opiekunczy ou Centro Público de Adoção e Tutela), Romênia, arts. 6 a 10 (Comitê Romeno para Adoção - Cra) e Albânia, arts. 6 a 10 (Comitê Albanês para Adoção - CAA). A função da autoridade central é destacada por Marques (2002, p. 51):

Na nova Convenção de Haia sobre cooperação em matéria de adoção internacional, a figura da autoridade central aparece como um pólo controlador da lisura do processo de adoção, como fórum de contatos e de informação entre os interessados na adoção. A autoridade central do país de acolhida é responsável pela seleção do candidato a adotante (art. 15) e tem o monopólio de controle da iniciativa da adoção pelos candidatos a adotante (art. 14), uma vez que o processo começa necessariamente com os candidatos dirigindo-se à sua autoridade central e não àquela do país de origem da criança, para evitar a pressão e a procura desenfreada de crianças adotáveis naquele país. O contato

com a autoridade central do outro país é de responsabilidade exclusiva também da autoridade central do país de acolhida (art. 15, 2). O sistema proposto é um sistema de contatos somente entre autoridades públicas, evitando as pressões e os comprometimentos frente às agências de adoção ou aos adotantes individuais.

Vê-se, então, que essas autoridades deverão tomar todas as medidas necessárias para que a efetivação da adoção internacional somente se realize quando houver interesse, segurança e proteção à criança. Deverá, também, haver cooperação entre essas autoridades, a fim de se alcançar o fim almejado.

Os organismos, sem fins lucrativos, que podem atuar em matéria de adoção internacional, têm regras a serem seguidas, descritas nos arts. 10 ao 12. Tais organismos são designados pelas autoridades centrais e comunicados ao Bureau Permanente da Conferência de Haia de Direito Privado, como descrito no art. 13. No caso do Brasil, que possui vários entes federados, pode haver a designação de mais de uma autoridade central, que atuará apenas no seu âmbito territorial. Entretanto, a direção de todas elas deve ser feita por uma única autoridade central, a quem caberá fazer a comunicação entre os Estados membros, cabendo-lhe apenas a função intermediária entre o Estado de acolhida e a autoridade central do ente federado, sendo da responsabilidade desse último cuidar de todo o procedimento administrativo.

O procedimento para a adoção internacional está prescrita no art. 14 do Capítulo Terceiro, bem como no Quarto Capítulo, nos arts. 15 ao 22. Nessa fase, cuida-se de verificar a aptidão dos solicitantes, bem como dos infantes em condições de serem adotados, o que será feito por meio de um relatório confiado à Autoridade Central, que ali deverá pronunciar-se. Tal decisão não se trata de sentença de adoção, mas tão-somente de uma decisão judicial a ser proferida pelo juiz competente, a quem caberá examinar os elementos objetivos e subjetivos do processo. É bem verdade que existe corrente divergente desse sentido, cuja idéia trazida por Erson Teodoro Oliveira, citado por Carvalho (2002, p. 22) enuncia que

[...] em suma a adoção em si, na forma prevista pela Convenção, conquanto preveja o rompimento parental anterior (destituição do pátrio poder), pode consumir-se tanto por sentença judicial (se a Autoridade Central for exercida por

órgão do Poder Judiciário) como por decisão administrativa (se a Autoridade Central for exercida por organismos credenciados).

Entretanto, o próprio Carvalho (2002, p. 23) mostra entendimento mais razoável, quando diz que a adoção internacional trata de um processo judicial, pois não causa a destituição do pátrio poder, mas a transferência, que são institutos diversos. Sendo assim, cuida essa decisão administrativa de uma fase anterior ao processo relativo à adoção internacional, que se revela como um procedimento bipartido, que se inicia com a fase administrativa (que principia no país de acolhida e finaliza com a expedição do documento de habilitação), findando com a fase judicial, com a sentença.

O reconhecimento e os efeitos da adoção são encontrados no Quinto Capítulo da Convenção, descritos nos arts. 23 ao 27. Merecem destaque, nesses artigos, as conseqüências advindas do reconhecimento da adoção, quais sejam: 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 de filiação preexistente entre a criança e sua mãe ou pai, se a adoção produz efeito no Estado contratante em que teve lugar. Torna-se importante, ainda, destacar a determinação contida no art. 27, que prevê como e quando uma adoção realizada em um Estado de origem, que não prevê como efeito a ruptura do vínculo preexistente de filiação, poderá, pelo Estado de acolhida, ser convertida em uma adoção que produza tal efeito.

As disposições gerais e cláusulas finais são encontradas nos Capítulos Sexto e Sétimo. No primeiro encontram-se as seguintes disposições gerais: a) a não derrogação, pela Convenção, de leis de um Estado contratante quando este determine que a adoção seja efetivada nesse Estado, ou quando proíba a colocação da criança no Estado de acolhida ou, ainda, proíba o deslocamento da criança antes da adoção; b) a decisão de não haver contrato entre pais adotivos e os pais da criança ou qualquer outra pessoa que detenha a sua guarda até que se tenha estabelecido que a criança é adotável e se cumpra o previsto no art. 4º, letra “c” e art. 5º d o documento; c) o sigilo da origem da criança e de informações que possam identificar os pais e a história médica da criança e de sua família; d) a proibição de benefícios indevidos, quando da intervenção em uma

adoção internacional; e) a obrigação de que toda autoridade competente deve informar à Autoridade Central, quando constate que uma disposição da Convenção não foi respeitada para que ela mesma tome as medidas adequadas; f) os custos com a tradução certificada de documentos recebidos pelo Estado destinatário; g) a celeridade nos procedimentos de adoção; h) as considerações que devem ser atendidas no caso de um Estado que possua, em matéria de adoção, dois ou mais sistemas jurídicos aplicáveis, quer em diferentes unidades territoriais, quer em categorias diferentes de pessoa; i) a proibição de reservas à Convenção; j) a previsão de uma Comissão Especial para examinar o funcionamento prático da Convenção. Os últimos capítulos da Convenção, arts. 43 a 48, tratam da assinatura, por parte dos Estados, das ratificações, adesões, da data quando a Convenção entrará em vigor, bem como de outras disposições administrativas.

Tem-se, assim, que tais normas fornecem instrumentos efetivos para a solução de problemas identificados em adoções anteriores à Convenção de Haia, sendo dirigidas não somente àqueles que atuam no processo em si, como aos Estados envolvidos, que devem zelar pelo nível jurídico e ético exigido. É dessa forma que o sistema da Convenção aumenta a comunicação entre autoridades, a gama de informações trocadas e a segurança quanto à autenticidade e seriedade dos estudos realizados e documentos de habilitação expedidos. O sistema propicia, igualmente, um aumento da confiança nos atos judiciais elaborados.

Pode-se concluir, portanto, que a opção da Convenção foi impor regras mínimas de cooperação e de ética a todas as adoções internacionais, colocando no centro a atenção ao deslocamento internacional da criança, sem dar juízo de valor às normas nacionais, que não deixaram de valer, passando apenas a contar com o reforço da competência outorgada às autoridades centrais dos países. A Convenção deixa indene de dúvidas que em todos os casos de transferência internacional da criança é de vital importância à proteção desse infante, mediante uma efetiva cooperação entre as autoridades nacionais envolvidas para assegurar a melhor condição possível, com maior efetividade na proteção aos direitos da criança.

A Convenção 33, relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional¹⁰ entrou em vigor ao dia 1º de maio de 1995 e apresentava 46 países ratificantes, até a data de 15 de agosto de 2004. De acordo com as regras do Convenção, é exigido um prazo de três meses, além do mês no qual se efetivou o depósito, para que passe a vigorar, sendo esse prazo destinado à comunicação, do depositário, ao restante da comunidade participante, bem como possa o novo país participante se organizar administrativamente, a fim de atender, da melhor forma, as diretrizes contidas no acordo. Existem, ainda, os países que assinaram a Convenção mas ainda não a ratificaram, num total de seis. São eles: Estados Unidos, Irlanda, Bélgica, Rússia, China e Hungria. Os Estados Unidos já possuem autorização legislativa para a devida ratificação. A justificativa apresentada para a falta da assinatura da ratificação pelos Estados Unidos encontra resposta no entender de Figueiredo (2002, p. 56), que traz como causas de tais circunstâncias o seguinte:

[...] a) a diversidade das legislações processuais em cada um dos Estados-membros da federação americana, dificultando a operacionalização uniforme e exigindo negociações e tratativas entre o governo central e os governos estaduais; b) ausência de tradição de os USA participarem de acordos multilaterais (vide registro de que é um dos únicos países do mundo que não ratificaram a Convenção de New York sobre os Direitos da Criança contidos no item 3.1), sendo mais próprios da diplomacia daquele país os acordos bilaterais.

Por fim, tem-se os países que consultaram sobre a Convenção, mas que não cumpriram a assinatura no prazo de eficácia de seis meses (conforme art. 44 do acordo multilateral), num total de dezesseis, sendo eles: Andorra, Moldávia, Lituânia, Paraguai, Nova Zelândia, Ilhas Mauricio, Burundi, Geórgia, Mônaco, Islândia, Mongólia, Estônia, Guatemala, África do Sul, Guiné e Azerbaijão. Torna-se importante ressaltar que existe um prazo de três meses, além do prazo que se efetivou o depósito para que a Convenção entre em vigor no país adeso. Essa espécie de *vacatio* objetiva que o país aderente possa comunicar sua adesão aos demais participantes, e ainda para que

¹⁰ Disponível em: <<http://www.hcch.net/e/status/adoshite.html>>. Acesso em: 15 ago. 2004. Original em inglês (tradução nossa).

tenha condições de se estruturar administrativamente para o cumprimento adequado do acordo, isso porque se mostra relevante e indispensável que os países atualizem suas legislações, bem como celebrem acordos bilaterais que complementem as regras convencionais e atendam aos interesses ligados às adoções internacionais, a fim de que as previsões da Convenção possam, de fato, ser colocadas em prática e efetivadas.

O Brasil depositou sua assinatura em 10 de março de 1999, passando a vigor a partir de 1º de julho de 1999. Tal ratificação tem como base o § 2º do art. 5º da Constituição Federal que destaca que “[...] os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Assim, o Brasil, utilizando-se do comando constitucional, nada mais fez do que buscar o *modus operandi*, objetivando o resguardar dos direitos inerentes às crianças e à família, conforme previsto na Constituição da República, pois a Convenção apresenta um conjunto de regras que cuidam de disciplinar a adoção internacional, a fim de que sua efetivação tenha tratamento igualitário entre os países de origem da criança e aquele que a irá acolher, atendendo sempre ao interesse superior do infante. E assim o é, pois a Convenção de Haia não veio revogar o Estatuto da Criança e do Adolescente, mas objetiva orientar quais normas domésticas devem permanecer, como assevera Marques (2002, p. 67):

O que muda é o espírito da lei, mas atualizado e adaptado à aproximação dos países, globalização e facilidade tanto de contatos internacionais privados, como de deslocamento de crianças, de agentes facilitadores independentes ou de agências internacionais de adoção (intermediários) e de informação e cooperação das autoridades competentes, visando a evitar o tráfico de crianças, o abandono induzido para adoção internacional de bebês e o benefício financeiro de qualquer um daqueles que participam na adoção de crianças.

Apesar desse entendimento, revela-se imperioso asseverar que é passível ao Brasil o deferimento de adoções internacionais para casais estrangeiros oriundos de países que não ratificaram a Convenção em enfoque, desde que seja observado o princípio da

subsidiariedade, dando-se preferência aos adotantes brasileiros, e ainda que não existam pretendentes de países que ratificaram o pacto, em consonância com a Constituição Federal de 1988 e a Convenção de Viena de 1969. Desse modo, ocorrendo adoção internacional por pretendente de país que não ratificou a Convenção de Haia, as regras desse acordo não são aplicáveis, pois devem vigorar aquelas expostas no Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo recomendável, ainda, que a sentença contenha exigências de cunho do direito das obrigações, a fim de assegurar ao adotado a plena cidadania.

Assim, como concluído por Costa (1998, p. 234), após a ratificação do texto integral da Convenção Internacional dos Direitos da Criança da Assembléia das Nações Unidas, o Brasil tem hoje, apesar de algumas imperfeições contidas no Estatuto, uma das legislações mais avançadas do mundo, no que diz respeito aos direitos da criança e do adolescente. E assim o é, pois, ao ratificar sua assinatura na Convenção de Haia, passou o Brasil a cooperar administrativa e judicialmente contra o tráfico de crianças e a zelar pelo respeito aos direitos fundamentais dos entes envolvidos nas adoções internacionais brasileiras requeridas por estrangeiros domiciliados em outros países. Passou-se, dessa forma, a tratar a adoção internacional como humanitária e multifuncional, concentrada nos direitos fundamentais da criança e do adolescente mundialmente reconhecidos.

4.2 OS PROCEDIMENTOS LEGAIS DA ADOÇÃO INTERNACIONAL NO BRASIL

Os requisitos necessários para que se realize a adoção por estrangeiros são regulados por diversos procedimentos legais no âmbito de um Estado. O Brasil possui, em sua legislação, toda a regulamentação necessária relativa à adoção internacional, sendo certo que houve uma adaptação da legislação interna com observância ao contido na Convenção Relativa à Proteção e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, concluída em Haia, em 29 de maio de 1993. A nova Carta Constitucional de 1988 trouxe inovações significativas, merecendo destacar, dentre elas, o art. 1º, que preceitua, em seu inciso III, a dignidade da pessoa humana dentre os fundamentos do Estado Democrático de Direito. Além de tal preceptivo, apresenta a Lei Maior vários objetivos, como se pode ver do seu art. 3º, que prevê: constituir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Assim, além do tema referente à adoção internacional, em vários momentos, a Constituição de 1988 também tratou de matérias pertinentes aquele instituto, tais como: os direitos e garantias fundamentais, os direitos sociais e políticos, a proteção à infância e, em capítulo especial, à criança e ao adolescente. E é esse tema, abordado no capítulo VII da Constituição da República, que trouxe relevantes alterações ao tratar da família, do idoso, da criança e do adolescente, fazendo iguais todos os componentes da entidade familiar.

Além de toda previsão constitucional disciplinadora em matéria de adoção, tem-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) trouxe uma nova visão acerca das necessidades da família, principalmente da criança. E foi com esse Estatuto, popularmente conhecido como ECA, que a adoção ganhou fôlego e ampliou horizontes, apesar de tratar-se de instituto antigo em nosso ordenamento, vindo como consequência do art. 227, § 5º da Constituição Federal: “A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros”. Os artigos reguladores da adoção (arts. 39 ao 52) encontrados no Estatuto referem-se às crianças e adolescentes que são assim

definidos pelo art. 2º: criança: “[...] pessoa até doze anos de idade incompletos”, e adolescente: “[...] pessoa entre doze e dezoito anos de idade”.

Segundo o Estatuto, tudo o que diz respeito à adoção por nacionais aproveita-se aos estrangeiros, sendo certo que existem exigências especiais com relação a estes últimos, tais como requisitos pessoais dos adotantes, documentos devidamente traduzidos, bem como a realização de estágio de convivência dos adotantes com os infantes. Com relação à adoção internacional, é importante salientar que, para a sua concretização, mister se faz que as pessoas que integram a relação processual possuam domicílio em países distintos. Domicílio, nesse caso, é considerado como fator identificador da adoção por estrangeiros por grande parte da legislação internacional, o que difere da Constituição Federal do Brasil que, em seu art. 227, § 5º elegera a nacionalidade do adotante. Sobre o tema, leciona Costa (1998, p. 242-243):

[...] conforme já observado no estudo da tratativa internacional a evolução do Direito Internacional Privado tem rechaçado a nacionalidade e domicílio legal como pontos de conexão. O primeiro, com os seus complexos problemas políticos e, o segundo, nem sempre coincidente com o país da verdadeira e estável residência da criança, suscitando problemas subjetivos de investigação e prova da intenção de permanência e ânimo definitivo de viver em determinado lugar. Importa, mais um vez, destacar que a conexão residência habitual, por se constituir em solução mais adequada à proteção dos interesses da criança do que tradicionais e superados nacionalidade e domicílio legal, vem recebendo as preferências da mais moderna doutrina na matéria, sendo majoritariamente adotada pelas recentes Convenções Internacionais.

Diante de tal exposição, tem-se que a residência habitual se mostra como conexão a ser adotada, como disposto na Convenção de Haia. É bem verdade que esse não é o único problema enfrentado pela diversidade de legislações aplicáveis à adoção, pois a transferência de crianças de um país para outro, confiando-lhes a uma nova família, proporcionando-lhes novas culturas, sempre traz consigo problemas jurídicos e sociais, que têm sido tratados constantemente pela Organização das Nações Unidas (ONU) e pela ordem legislativa internacional, que não poupam fôlego para apresentar as soluções, o que fazem por meio de convenções que se apresentam como uma regulamentação supra-estatal, com o fim de controlar o aumento da procura de crianças para serem adotadas.

No plano interno, observa-se que os países procuram adaptar-se a essas regulamentações internacionais, por meio de reformas legislativas, objetivando regular o instituto, solucionando a situação apresentada. Tais medidas, efetivadas pelas convenções internacionais e legislações nacionais, visam à regulamentação da adoção por estrangeiros, coibindo o tráfico de crianças, legalizando os processos, para que haja confiança entre os países envolvidos e para aquelas pessoas que desejam adotar.

Assim, com a ratificação da Convenção de Haia relativa à Adoção Internacional, o Brasil tem demonstrado estar à frente de muitos países signatários, pois tem apresentado diretrizes totalmente direcionadas à proteção dos direitos da criança e do adolescente, como assevera Liberati (1995, p. 46/47), ao se referir ao XII Congresso da Associação Internacional de Juízes de Menores e de Família, ocorrido na cidade do Rio de Janeiro, no período de 24 a 29 de setembro de 1996, quando houve, então, grande debate sobre o tema da adoção internacional, demonstrando uma preocupação especial por parte dos magistrados e promotores de Justiça com assento nas Varas de Família, de Criança e Adolescente que, ao tratarem do tema geral do encontro “O Menor separado de sua Família”, acabaram por aprovar quatro recomendações, assim citadas por aquele autor:

1-Toda adoção, nacional ou internacional, deve ser judicialmente controlada, desde o momento da guarda e concedida por decisão judicial. Quando se tratar de Adoção Internacional, o Juiz ou Tribunal poderão contar com a colaboração de instituições especializadas públicas ou privadas, devendo estas últimas ter o reconhecimento, autorização e controle dos países envolvidos. Os Estados deverão estabelecer, por convenções bilaterais uma comunicação direta entre as autoridades judiciárias no curso do procedimento da adoção. 2- A Adoção Internacional deve ser utilizada somente após o esgotamento de todas as possibilidades de manter a criança em sua própria família ou em uma nova família em seu país de origem. 3- O Congresso recomenda que a formação de magistrados, advogados, assistentes sociais, psicólogos e sociólogos inclua matéria relativa à adoção, numa perspectiva interdisciplinar que abranja todos os aspectos técnicos dessas especialidades. 4 – O Congresso recomenda a todos os Governos aderirem à Convenção Interamericana sobre os conflitos de leis em matéria de Adoção de Menores, firmada em La Paz, Bolívia, a 24.5.1984, na 3ª Conferência Interamericana de Direito Internacional Privado (CIPID III), respeitadas as reservas de cada Estado signatário.

Ao que se vê, os juristas, bem como todos aqueles que estão envolvidos no processo de adoção internacional, como os juízes de Direito das Varas da Infância e Juventude,

os representantes do Ministério Público, assistentes sociais e demais servidores, têm promovido e participado de diversos encontros, não só no Brasil, como em outros países, abordando e discutindo o tema, cada vez com mais singularidade, como trata Liberati (1995, p. 47), citando o Congresso de Turim, na Itália, no período de 16 a 21 de setembro de 1990, que teve como principais conclusões:

- 1- Todas as crianças devem ter o direito de crescer em seu próprio país, no seio de sua família; a adoção internacional só deve ter lugar quando não possa ser respeitado este direito fundamental. 2 – A adoção nacional nos países de origem deve ser estimulada. 3 – A adoção internacional deve processar-se por organismos profissionais controlados pela autoridade pública. 4- deve ser favorecida a coordenação entre os governos dos países de origem e de acolhida para que se fortaleça a autoridade competente e a luta contra o tráfico de crianças. 5 – A criança deve ser informada do fato de ter sido adotada e ter acesso a todas as informações relativas à sua origem.
- 2-

Especificamente no Brasil, como já asseverado, a adoção realizada por nacionais ou estrangeiros é regulada pelo ECA (Lei 8.069/90), conforme disposto no seu Capítulo III. Tal Estatuto destaca a proteção integral à criança e ao adolescente, inspirando-se em ordens normativas internacionais, como lembra Gatelli (2003, p. 72-73) citando Munir Cury:

A doutrina da proteção integral inspira-se na normativa internacional, materializada em tratados e convenções, especialmente os seguintes documentos: a) Convenções das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança; b) Regras Mínimas das Nações Unidas para administração da Justiça da Infância e Juventude (Regras de Beijing); c) Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade; e d) Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (Diretrizes de Riad).

Destarte, como dito, aplica-se o Estatuto a todas as pessoas de zero a dezoito anos de idade e, excepcionalmente, aqueles entre dezoito e vinte e um anos de idade, quando expresso em lei, conforme prevê o art. 2º, em seu parágrafo único: “[...] nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre 18 e 21 anos de idade”, bem como quanto à adoção, que é prevista no art. 40: “[...] o adotando deve contar com no máximo 18 anos à data do pedido, salvo se já estiver sob a guarda e tutela dos adotantes”. Como assevera Costa (2004, p. 87), esse dispositivo abre exceção para admitir a adoção do chamado menor-adulto, ou seja, de pessoas entre 18

e 21 anos, desde que já estejam sob a guarda e tutela dos adotantes. E complementa aquele autor:

Diante da excepcional conquista que representou o acolhimento do *princípio da isonomia* dos filhos de qualquer natureza, pela Lei Maior, nem haveria como se cogitar ter um filho discriminado ou de segunda categoria, um filho em status inferior, maior de 21 anos. Nem haveria como se desfazer de um filho adotivo maior, através da dissolução do vínculo de filiação adotiva.[...]

A adoção é instituto por demais sublime e grandioso para que se amesquinhe com exegeses restritivas, alicerçadas no fechamento egoístico da família consangüínea, em estranhas concepções sobre meias filiações e no aceitar de uma desigualdade que só provocará traumas psíquicos ao adotado, tudo em nome de interesses menores, porque puramente patrimoniais, ou seja, vinculados à herança.

Assim, conclui-se que não há mais que se dispensar tratamento diferenciado aos filhos, pois a filiação não comporta adjetivos, sendo todos igualmente filhos. Desse modo, a proteção à criança e ao adolescente surge quando havidas as hipóteses do art. 98 do ECA, que são: “I – por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; II – por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; III – em razão de sua conduta”. Vê-se, então, que tal preceptivo prevê a proteção daqueles infantes carentes (Inciso I), em situação irregular ou vítimas (Inciso II) e aqueles que praticam atos infracionais (Inciso III). Assim, a partir da ocorrência de quaisquer dessas situações, pode a autoridade competente fazer valer as medidas constantes do art. 101 do mesmo Estatuto que prevê:

[...] I encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; II orientação, apoio e acompanhamento temporários; III matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental; IV inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente; V requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; VI inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; VII abrigo em entidade; VIII colocação em família substituta.

É importante esclarecer que a autoridade competente para a tomada de tais medidas é aquela prevista no inciso III do artigo 148 do ECA, qual seja, a Justiça da Infância e da Juventude, pois como expõe Costa (2004, p. 194),

[...] as medidas previstas nos incisos I a VII são de competência comum do Conselho e do Juiz, e a do inciso VIII (colocação em família substituta) apenas deste último, por envolver interferência direta no exercício do pátrio-poder-dever, especialmente, em um dos seus principais atributos que é a guarda.

Em suma, ocorrendo quaisquer das hipóteses apresentadas no art. 98 do ECA, e devidamente verificadas pela autoridade competente, passam a se revelar como motivos ensejadores que dificultam a convivência da criança ou adolescente com sua família natural. Desse modo, a adoção surge como uma forma supletiva de integrar o menor à sociedade, evitando a sua institucionalização. Entretanto, sabe-se que a colocação da criança em família substituta é medida extremamente excepcional, que só ocorre quando a convivência familiar se tornar impossível. Ademais, é oportuno lembrar o contido no art. 23 do ECA: “A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do pátrio poder”. Sobre esse artigo, cabe a lição de Costa (2004, p. 45):

Importa observar, ainda, que embora a carência ou a falta de recursos materiais, por si só, não configure motivo suficiente para suspensão do pátrio-poder-dever, máxime se consideramos a existência, em nosso País, de 32 milhões de brasileiros em situação da mais degradante miséria, não se pode, em sã consciência, aceitar a paternidade ou a maternidade irresponsáveis. Colocar no mundo filhos e mais filhos, sobretudo, quando fruto de relações superficiais e passageiras, quando não se reúne condições mínimas de sustentá-los, criá-los e educá-los, constitui, além de grave irresponsabilidade, violação dos deveres inerentes ao pátrio-poder-dever e do princípio da paternidade responsável, invocado pela Constituição Federal em seu art. 226, § 6º.

Infelizmente, grande é a distância entre o objetivo da lei e a realidade do Brasil, que está longe de resolver a situação de pobreza em que se acham milhões de famílias brasileiras. Feita tal observação, denota-se que a adoção vem regida nos arts. 39 ao 52 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que tratam dos requisitos e procedimentos que visam à proteção da criança e de seus interesses, como ter uma família e conviver em comunidade. Assim, como previsto no Estatuto, a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos.

Com relação aos requisitos necessários à adoção no Brasil, tem-se que são divididos em pessoais e formais, no entendimento de Gatelli (2003, p. 76), sendo os pessoais aqueles elencados nos arts. 40 e 42 do Estatuto, referindo-se à capacidade, à idade, à diferença de idade e proibições. Já os requisitos formais são previstos nos arts. 165 ao 170 do mesmo Estatuto, bem como nos arts. 50 e 51. Lembra, ainda, o citado autor, algumas hipóteses que podem ensejar a colocação do infante em família substituta, tais como: orfandade comprovada (quando as crianças não possuem guarda de fato ou judicial com pessoas que assegurem os seus direitos); abandono total (hipótese de maior frequência); situações cujo interesse maior da criança e do adolescente exija que não permaneça no meio familiar (hipótese respaldada no art. 98 do Estatuto e disposta no art. 20 da Convenção sobre os Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1989).

No que tange à idade mínima para adotar, o art. 42 do ECA estabelece como sendo 21 anos, o que veio a ser facilitado pelo Novo Código Civil, que reduziu a idade mínima para adotar de 21 para 18 anos (art. 1.618), o que se mostra em consonância com a plena capacidade do sujeito para todos os atos da vida civil, fixada pelo art. 5º do mesmo instituto. Parece temerário esse limite, quando se pensa que o indivíduo em tão tênue idade possa ter estabilidade econômico-financeira, mas entendeu a lei que, mesmo com pais tão jovens, estaria a criança protegida. Assim, tratando-se de adoção por cônjuges ou companheiros, um deles deverá ter completado dezoito anos, mantida, em qualquer caso, a diferença mínima de dezesseis anos entre adotante e adotado como previsto no art. 42, § 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente. Destarte, esse dispositivo vem sendo questionado, quando se trata de adoção conjunta, e apenas um dos adotantes possuir a diferença de dezesseis anos, como se vê da jurisprudência oriunda do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, *in verbis*:

ADOÇÃO – Diferença de idade entre adotante e adotando que não alcança os dezesseis anos, mas apenas 15 anos e 6 meses – Artigo 42, § 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente – Irrelevância – Interpretação da lei que deve ser feita em favor dos interesses do menor (artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil e 6º da Lei nº 8.069/90. Recurso não provido.¹¹

¹¹ Apelação Cível nº 35.959-0 – Sertãozinho – Câmara Especial – Relator: Silva Leme – 20-03-97. Disponível em: <www.tj.sp.gov.br>. Acesso em: 11 out. 2004.

ADOÇÃO – Requisito – Idade – Diferença exigida entre adotante e adotado – Não preenchimento pela mulher – Deferimento apenas em relação ao marido – Inadmissibilidade – Interregno etário quase atingido e prevalência do interesse do menor – Interpretação do artigo 42, § 3º, c/c o artigo 43, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente – Recurso provido.¹²

Também tratam de impedimentos o art. 42, § 1º e o art. 44 do Estatuto, o primeiro cuida da proibição para adotar os ascendentes e irmãos do adotando, e o segundo dispositivo dita que, enquanto não der conta de sua administração e saldar o seu alcance, não pode o tutor ou o curador adotar o pupilo ou o curatelado. O Novo Código Civil não alterou essa norma. Assim, pode-se concluir que podem adotar maiores de dezoito anos, independente do seu estado civil, sexo ou nacionalidade, conforme dispõe o Código Civil em vigor.

Aclarados tais pontos sobre os requisitos pessoais do adotante, é relevante afirmar que os requisitos formais da adoção somente se constituem por sentença judicial, proferida por um Juiz da Vara da Infância e Juventude, conforme previsto no art. 148, III, da Lei 8.069/90. Tais processos seguem procedimentos especiais, previstos no Capítulo III, daquele Estatuto, podendo se dar no modo contencioso (quando não configuradas as situações previstas no art. 166) ou no procedimento de jurisdição voluntária, sendo este último a regra, que ocorre nas seguintes hipóteses: existir concordância dos pais ou do representante legal em juízo; houver prévia destituição do pátrio poder; pais desconhecidos e falta de seu representante legal; pais falecidos e falta de representante legal. Ademais, o art. 165 do ECA trata dos requisitos para a concessão de pedidos de colocação em família substituta, havendo de ter o consentimento pessoal e obrigatório do adotando que tiver mais de doze anos de idade e, quando inferior a esta, deverá emitir sua opinião para que haja o deferimento da adoção (arts. 16, II e 28, § 1º).

Há de existir, ainda, antes da adoção, o denominado estágio de convivência, que deverá ocorrer em território nacional, com o acompanhamento de equipe profissional que, apresentando relatório social e laudo pericial, irá auxiliar o juiz em sua decisão

¹² JTJ 178/18. Disponível em: < www.tj.sp.gov.br>. Acesso em: 11 out. 2004.

(arts. 167 e 168). A existência de toda essa equipe que auxilia o juiz da Infância e Juventude, é incumbência do Poder Judiciário, que deve prover recursos para a sua manutenção. As atribuições da equipe interprofissional estão subordinadas à autoridade judiciária e são aquelas previstas no art. 151, dentre elas: fornecer subsídios, por escrito, por laudos, ou verbalmente (na audiência); desenvolver trabalhos de aconselhamento, orientação e encaminhamento e ainda tantas outras. Seguindo o processo, a adoção, preenchidos os requisitos pessoais e formais, será deferida de modo irrevogável, conforme disposto no art. 48, por meio de sentença judicial, nos termos do art. 47 do ECA.

É importante frisar que o Estatuto ainda prevê que, em todas as comarcas deve haver um credenciamento das pessoas interessadas na adoção, conforme se vê no art. 50, cujas competências e habilitações são do juízo do foro do adotando ou dos habilitados (art. 50 e 147). Hodiernamente, sabe-se que existe um sistema que integra as informações entre as comarcas e auxilia o magistrado com relação às crianças a serem adotadas e os seus possíveis pretendentes. Especificamente sobre o credenciamento de estrangeiros, deve ser observado o Decreto 3.087/99, que promulga a Convenção Relativa à Proteção das Crianças em Matéria de Adoção Internacional, de Haia, de 29 de maio de 1993. Além desse Decreto, outras medidas foram adotadas para viabilizar o atendimento à Convenção, dentre elas a Portaria 815, de 28-09-1999, do Diretor Geral do Departamento de Polícia Federal que, em seu art. 1º, instituiu o cadastramento obrigatório das entidades nacionais e estrangeiras que atuam em adoção internacional de crianças e adolescentes brasileiros e define, em seu art. 2º, o chefe da Divisão de Polícia Marítima, Aeroportuária ou de Fronteira como o competente para receber o requerimento de cadastramento.

Existe, ainda, o Decreto 3.174, de 16-09-1999, que define a Secretaria de Estado dos Direitos Humanos do Ministério da Justiça como Autoridade Central Federal Brasileira, que tem a função de fazer cumprir as determinações constantes da Convenção, como previsto no art. 1º. O art. 4º desse decreto obriga, como Autoridades Centrais no âmbito dos Estados federados e do Distrito Federal, as Comissões Estaduais Judiciárias de Adoção, previstas no art. 52 da Lei 8.069/90. O art. 5º cria o Conselho das Autoridades

Centrais do Brasil, presidido pela Autoridade Central, e composto por um representante de cada autoridade central dos Estados Federados e do Distrito Federal, por um representante das Relações Exteriores e um do Departamento de Polícia Federal.

Pode-se observar que a preocupação do Brasil com o instituto da adoção internacional vem sendo demonstrada pelas edições normativas relativamente recentes, como aquela referente ao credenciamento de todas as organizações que atuam em adoção internacional neste País, disciplinada pela Portaria da Secretaria de Estado dos Direitos Humanos (SDH) nº 14, de 27-07-2000. Cabe salientar que todas essas medidas estabelecidas pelo Governo brasileiro objetivam à aplicação da Convenção Relativa à Proteção das Crianças em Matéria de Adoção Internacional, de Haia, de 29 de maio de 1993, visando a uma uniformização de procedimentos a serem adotados em matéria de adoção internacional.

Assim, desde 1º de julho de 1999, quando o Brasil se tornou definitivamente signatário da Convenção relativa à proteção das crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção, conforme Decreto 3.087/99, publicado no Diário Oficial da União, em 21-06-1999, os princípios jurídicos e sociais trazidos de maneira precursora pela Constituição, bem como aqueles advindos com o Estatuto da Criança e do Adolescente e, finalmente pela Convenção de Haia, instruem a razão da proteção total a ser prestada com ilimitada prioridade ao direito à saúde, à vida, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, objetivando impedir a negligência, a discriminação, a exploração, a violência, a crueldade e a opressão.

No Estado do Espírito Santo, tem-se avançado e buscado a efetivação de maneira satisfatória de todos os preceptivos relativos à adoção internacional, com um trabalho exemplar realizado pela Comissão Estadual Judiciária de Adoção Internacional do Estado do Espírito Santo (CEJAI- ES), como se verá no tópico a seguir.

4.3 A COMISSÃO ESTADUAL JUDICIÁRIA DE ADOÇÃO INTERNACIONAL E SUA FUNÇÃO NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE ADOTÁVEIS

Conforme prevê a Convenção de Haia de 1993, devem os Estados partes determinar as autoridades centrais, cuja competência se revela na coordenação e controle dos procedimentos administrativos de cada país, a fim de que haja cooperação, intercâmbio e informações acerca das crianças aptas a serem adotadas, bem como daqueles candidatos a pais adotivos, atendendo às legislações internas dos países membros envolvidos, colocando sempre, em primeiro lugar, a proteção do infante, como prescrito na Convenção Sobre os Direitos da Criança da ONU. Em geral, essas autoridades centrais são um número de um por Estado parte, não havendo óbice, entretanto, que países federativos, como o Brasil, optem por instalar números diversos.

No Brasil, especificamente, a autoridade central fica a cargo das Comissões Estaduais Judiciárias de Adoção Internacional, que no Estado do Espírito Santo, foi criada pela Resolução nº 16/93, de 20 de setembro de 1993, publicada no Diário Oficial de 30 de setembro de 1993 e transformada em Comissão específica para Adoção Internacional, pela Resolução 001, de 13 de fevereiro de 1998, publicada no Diário da Justiça de 17 de fevereiro do mesmo ano. Posteriormente, a CEJAI capixaba foi incluída na estrutura do Tribunal de Justiça Estadual e, ainda no âmbito da Corregedoria Geral da Justiça, pela Lei Complementar nº 195, de 14 de dezembro de 2000, publicada no Diário Oficial de 15 de dezembro de 2000. Enfim, passou a ser considerado como um dos órgãos que exerce o Poder Judiciário estadual, a teor do art. 10, XV da Lei Complementar nº 234, de 18 de abril de 2002, publicada no Diário Oficial de 19 de abril de 2002. Assim, a CEJAI-ES tem sede na Capital do Estado do Espírito Santo, vinculada à estrutura administrativa da Corregedoria Geral de Justiça, e tem sua composição formada por seis membros, conforme dispõe o art. 4º do Regimento Interno (Resolução 039/02), sendo o desembargador Corregedor Geral da Justiça membro nato e presidente; um desembargador escolhido pelo Tribunal Pleno como vice-presidente, atuando somente em substituição eventual do presidente; o juiz titular da Vara única ou Primeira Vara da

Infância e Juventude da Capital; o promotor de Justiça ou o procurador de Justiça coordenador do Centro de Apoio Operacional dos Promotores da Infância e Juventude; um psicólogo e um assistente social, ambos da mesma Vara, indicado pelo juiz titular.

É inegável que a criação das comissões de adoção se revelaram um marco decisivo para o enfrentamento das irregularidades das adoções internacionais. Nesse sentido, vale ressaltar que a Legislação brasileira, objetivando coibir abusos no tocante às adoções e sua finalidade, sofreu modificações principalmente quanto à adoção internacional. Sobre esse aspecto, o Estatuto da Criança e do Adolescente já previa em seu art. 52, que “[...] a adoção internacional poderá ser condicionada a estudo prévio e análise de uma Comissão estadual judiciária de adoção, que fornecerá o respectivo laudo de habilitação para instruir o processo competente”. E é baseado em tal dispositivo que a CEJAI tem como missão primordial proteger os superiores interesses da criança, bem como mantém um intercâmbio com outros órgãos internacionais de apoio à adoção, por meio de um sistema de controle e acompanhamento das situações ocorridas. Essa missão visa, principalmente, a por fim ao tráfico internacional de crianças e às adoções irregulares. Ainda mais, a criação das CEJAIs teve o objetivo de desfazer a imagem distorcida da Justiça brasileira no exterior, que dava a entender que o Judiciário fechava os olhos quando tratava de adoções de crianças, como se fossem objetos. Sobre esse ponto, lembra Marmitt (1993, p. 144/145):

A Comissão também tem o mérito de mostrar à imprensa que as adoções internacionais, além da legislação específica, ainda se orientam por regulamentação complementar, expedida pelos Juizados da Infância e Juventude, pelas Corregedorias-Gerais da Justiça e por convênios com associações fiscalizadas pelos Governos dos países estrangeiros, com reconhecimento oficial, e que são acompanhadas no exterior pela Justiça brasileira.

Outrossim, servirá para demonstrar que a destituição do pátrio poder é algo muito sério, só ocorrente em casos extremos, de total impossibilidade de os pais poderem ficar com os filhos. E como tais podem ser apontados a doença mental, o desvio de conduta, os maus-tratos, o abuso sexual, e outros males provados irreversivelmente, que totalmente incapacitem os genitores. Tudo isso afastará noticiários inseqüentes como os de comércio e exportação de crianças, e quejandos.

Apesar de tão notável missão, a doutrina especializada, capitaneada por Liberati (1995, p. 126), faz críticas com relação à redação dada pelo legislador ordinário ao citado art. 52, que não cuidou de tornar a Comissão um órgão com função e atividades obrigatórias, delegando tal tarefa aos Estados. Desse modo, não se trata a CEJAI de órgão de existência obrigatória, pois, quando cuidou de instituí-la, o Estatuto da Criança e do Adolescente previu que a adoção *poderá* ser condicionada a estudo prévio e análise dos interessados. É aqui que Liberati (1995, p. 126) dá a idéia de que, se o legislador utilizou, naquele dispositivo, o termo *deverá*, toda adoção transnacional teria que obrigatoriamente passar pelo estudo e análise da Comissão.

Vai ainda mais longe Marmitt (1993, p. 145), quando afirma que o “[...] assunto pressupõe legislação específica estadual, dentro dos limites da competência concorrente, constitucionalmente deferida aos Estados-Membros, **ut** art. 24, XV”. Entretanto, melhor se apresenta a opinião de Liberati (1995, p. 127), para quem o art. 52 do ECA dispõe a CEJAI como uma Comissão judiciária, de âmbito estadual, incumbindo ao Poder Judiciário a organização e a prestação jurisdicional, que poderá ser viabilizada mediante decreto, resolução ou qualquer outra forma de regulamentação interna. E conclui Marmitt (1993, p. 145), da seguinte forma:

Nesse sentido, a CEJAI é órgão de existência opcional, vinculado e administrado pelo Poder Judiciário estadual, composto por agentes com poder de jurisdição e por técnicos, que emitem pareceres de natureza consultiva e opinativa nos processos de habilitação para a adoção de interessados estrangeiros e de caráter vinculante ao Juiz da Infância e da Juventude.

Portanto, é importante destacar que os trabalhos desenvolvidos por essas Comissões têm início com um estudo prévio das condições sociais e psicológicas daqueles estrangeiros interessados na adoção, conferindo maior segurança ao processo, com a utilização de práticas convencionadas pelo Serviço Social Internacional. É com a expedição do certificado expedido pela CEJAI que o interessado passa a ter a habilitação necessária que o capacita ao requerimento da adoção. Esse relatório a ser expedido deve conter informações sobre a identidade dos adotantes, a sua capacidade

para adotar, sua aptidão, situação familiar, social, pessoal, médica, os motivos que os levaram a adotar e, por fim, o perfil da criança que estaria apta a ser adotada.

Assim, se esse certificado é precedido de um estudo, paira no ar a dúvida quanto à validade de uma habilitação sem o referido documento. Sob esse aspecto mais uma vez Liberati (1995, p. 128) esclarece que, em se tratando de adoções requeridas em Estados que já têm constituída a CEJAI, deverá, então, o adotante, habilitar-se previamente, para depois ingressar com a ação. No caso de inexistir a CEJAI em determinado Estado, caberá ao juiz da Comarca respectiva acolher o pedido de adoção, tomando todo o cuidado que o caso requer, encaminhado os autos aos profissionais para análise psicológica, social e averiguação do estágio de convivência.

A tendência mais moderna¹³ têm demonstrado que a utilização das CEJAIs como preparação dos candidatos estrangeiros à adoção, tem trazido maior segurança ao julgador, quando da análise do pedido. Assim, a faculdade que a lei oferece ao juiz de exigir ou não o certificado de habilitação passa a ser, para alguns magistrados, quase uma obrigação, pela garantia e credibilidade dos serviços e análises prestados pelos profissionais das Comissões, creditando total idoneidade a todo o processo de adoção. Como leciona Costa (1998, p. 255),

[...] a exigência do laudo de habilitação da CEJA não é, portanto, determinante da decisão judicial, mas condicionante da atividade jurisdicional, que exige o atendimento de certos requisitos legais para que a relação processual se constitua e desenvolva validamente.

¹³ Tarcísio José Martins Costa, citado por Gustavo Ferraz de Campos Mônaco (ob. cit., p. 105), afirma que o parecer elaborado pela CEJAI tem função de “[...] pressuposto processual objetivo, indispensável à constituição válida da relação de processo nas ações de adoção requeridas por estrangeiros não radicados no Brasil”. E ainda:

“Adoção – Adotantes Estrangeiros – Complementação do Estudo Social – Dispensa pela Comissão Estadual Judiciária de Adoção Internacional – Admissibilidade – Ato que não 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 – Cam. Especial, MS, Rel. Torres de Carvalho, j. 17-6-1993, RJTJSP 146/256).

Tanto é assim que no Estado do Espírito Santo, é obrigatória ao estrangeiro a obtenção do certificado de habilitação para adotar, conforme dispõe o § 2º do art. 1º do Regimento Interno da CEJAI (Resolução nº 039/02). Tal certificado tem o prazo de seis meses e não poderá ser utilizado para mais de uma adoção, a não ser que se trate de um único processo, com mais de um adotando. Desse modo, tendo o pretendente estrangeiro autorização para adotar mais de uma criança ou adolescente e fazendo uso do certificado de habilitação para apenas uma adoção, deve requerer a emissão de novo certificado, sem que seja necessário renovar os trâmites na Comissão.

No Estado do Espírito Santo, diferentemente de outras federações,¹⁴ não é comum a interposição de recursos visando à modificação de decisão negativa do referido certificado, apesar de haver previsão no art. 25 do Regimento Interno respectivo, que prevê o reexame ao mesmo Órgão das decisões da Comissão, num prazo de cinco dias, com relatoria do presidente.

Com relação às atribuições dessa Comissão, revela-se importante salientar que os serviços prestados pelos profissionais que a compõem não são remunerados, pois são considerados de natureza pública relevante. Ademais, a gratuidade desses serviços encontra respaldo no art. 142 do Estatuto menorista. Tais atribuições estão descritas no art. 3º do seu Regimento Interno, podendo ser destacadas as seguintes: a) organizar e manter atualizado um Cadastro Geral Unificado para uso de todas as comarcas do Estado; b) lançar nome de pretendente considerado inidôneo no Cadastro Nacional de Inidôneo; c) fiscalizar, coordenar e orientar a atuação dos organismos credenciados no país de origem pela Autoridade Central Administrativa Federal para promoção de adoções internacionais; c) realizar trabalho de divulgação de projetos de adoção; d) ajustar acordos de cooperação para formalizar adoções e normas de controle de acompanhamento de adotados no exterior; e) expedir laudo de habilitação, certidão de credenciamento de entidade, declaração de continuidade do feito e certificado de

¹⁴ O poder da 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 – 2ª Cam., MS, Rel. Abreu Leite, j. 3-9-1996, RT 74/332).

conformidade de adoção internacional; f) propor medidas adequadas a assegurar o perfeito desenvolvimento das adoções internacionais; g) manter relacionamento e intercâmbio entre as CEJAs e CEJAIs de outros Estados e com entidades brasileiras e internacionais, que atuem no campo da adoção internacional, o que poderá ser feito por meio de convênio.

Diante de tantas atribuições, existe a idéia de delegar à CEJAI o controle dos pedidos de inscrição relativos aos nacionais e estrangeiros residentes no Brasil, da mesma forma que atua em relação aos estrangeiros que aqui não residem. Sob essa tendência, merece louvor a tese de Liberati (1995, p. 130), para quem tal idéia é tentadora, mas não encontra nas Comissões condições operacionais a curto prazo para colocar em prática mais essa atribuição, por entender que as CEJAIs terão que capacitar-se técnica e materialmente para cumprir tal mister. Acredita-se, com base naquele autor, que o tempo e a experiência permitirão que as Comissões possam exercer plenamente todas as atribuições ligadas à preparação da adoção nacional ou transnacional, criando banco de dados com informações sobre os adotantes e adotandos, facilitando o trabalho judicante dos magistrados de comarcas mais distantes e fazendo com que crianças e adolescentes aptos à adoção permaneçam o menor tempo possível em instituições acolhedoras de menores.

Diante de todo o exposto, há de preponderar o entendimento de Costa (1998, p. 253), para quem a criação das comissões judiciárias destinadas à análise da pretensão adotiva internacional e à implantação de registro centralizado de interessados estrangeiros em adoção constitui-se em medida altamente moralizadora. Além de evitar que adoções internacionais sejam concedidas sem a observância dos requisitos legais, coíbe a perigosa intermediação. Trata-se de exigência prévia de avaliação de interessados na adoção por entidade pública que se revela atualmente quase como regra geral imposta na legislação de vários países. E assim deve ser em todo o procedimento da adoção, visando sempre ao melhor interesse do adotando.

5 O PROCESSO DE ADOÇÃO INTERNACIONAL NO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

O processo de adoção internacional no Estado do Espírito Santo segue os ditames legais inerentes à matéria e ainda o disposto no Regimento Interno da CEJAI-ES. Assim, a realidade da criança capixaba e o processo seguido até que a adoção surta seus efeitos encontram similitude com os procedimentos que correm em outros Estados do Brasil.

Entretanto, algumas peculiaridades específicas da adoção internacional no Estado do Espírito Santo merecem uma análise mais apurada, como se verá nos tópicos seguintes.

5.1 ASPECTOS SOCIAIS E PSICOLÓGICOS DOS ADOTANTES E ADOTADOS

A experiência advinda dos trabalhos executados pelos servidores especialistas do CEJAI-ES demonstra que dois pontos são encontrados tratando-se dos aspectos sociais e psicológicos que envolvem a adoção. O primeiro com relação aos pais adotantes (expectativa, sonho com a paternidade) e o segundo com relação aos filhos adotandos (esperança advinda de uma experiência de abandono).

A verdade é que a adoção envolve quaisquer sentimentos que uma relação humana pode formar, pois imita uma relação natural capaz de enfrentar os obstáculos da relação pessoal existente em qualquer família. O que se revela certo, entretanto, é que a adoção não pode servir para resolver problemas do casal, como se fosse a tábua de salvação, depositando na criança todas as esperanças de transformação da vida dos adotantes. À criança não se pode condenar esse fardo. O que pode acontecer é que a sua chegada seja tão positiva que acabe transformando a vida do casal, naturalmente.

A esterilidade, dentre outras questões, como a substituição de um filho que faleceu, ou o medo de gerar um filho com doenças incríveis, são motivos que os casais trazem para justificar a adoção. Entretanto, necessário se faz observar que a maternidade traz consigo vários aspectos, dentre eles: o biológico, o educativo, o afetivo e o social, englobando, ainda, a máxima de que mãe não é só aquela que gera, mas também a que cuida, assim como toda paternidade advém do amor à criança.

As dificuldades a enfrentar são muitas, como em qualquer seio familiar. Mas, em se tratando de adoção, certo é que, com relação à criança de pouca idade, tem esta a capacidade de adaptar-se com mais facilidade, pois o adotando, que já tem seu modo de vida próprio, requer uma convivência harmoniosa com seus pais adotivos, a fim de satisfazer todas as suas necessidades. Assim, os anseios e esperanças do casal devem estar voltados para o interesse da criança, a fim de proporcionar-lhe uma vida sadia, integrando-a à comunidade familiar. Sobre esse aspecto, lembra Liberati (1995, p. 209):

O casal deverá preparar-se para superar aquela urgência de ter um substituto para aquele filho que não gerou. Deve, também, sentir a alegria imensa de poder criar uma criança que nasceu de outras pessoas. Somente assim estará no ponto para assumir um projeto de adoção, baseado na realidade, onde seu desejo amadurecido poderá cruzar-se com a história de uma criança que necessita de uma família. Criança, essa, que incorporará não só os desejos dos pais adotivos, mas terá um lugar somente seu, onde exercerá sua condição de filho.

Enfim, o primordial é que o casal reconheça que a adoção não é um gesto de solidariedade, nem tampouco a resposta para a realização de duas pessoas. O desejo honesto de ter um é o que há de prevalecer. E é por essa razão que o trabalho exercido por técnicos, na área de Psicologia e Assistência Social, tem grande valia na adoção. É esse trabalho que permite aos futuros pais desmistificarem idealizações, às vezes inalcançáveis, com a adoção. Sobre o tema, é oportuna a opinião de Moor (2001, p. 160):

A paternidade, por ser uma questão precipuamente de função, deixa de ser um fato da natureza e passa a ser um fato cultural. Assim, não basta a reunião de

pais e filhos, mas é necessário o estabelecimento do vínculo psíquico, que vai definir a família antes como uma estruturação psíquica.

Em muitos casos, até mesmo a hereditariedade da criança se mostra como uma das preocupações mais constantes. É nessa hora que o trabalho assistencial funciona como um elo, que liga o casal ao ponto principal do seu desejo: ter um filho, recebendo-o como ele é, com sua própria individualidade e, sem impor sonhos, constituir uma verdadeira família. É um trabalho difícil, segundo informam os técnicos atuantes no CEJAI-ES, mas é por meio dele que a angústia advinda da espera transforma-se em esperança. E é por essa razão que a equipe assistencial responsável em acompanhar os futuros pais adotivos deve desenvolver um trabalho rigoroso, examinando cautelosamente cada situação, principalmente em se tratando de adoção internacional, quando a criança será encaminhada ao país de origem de seus pais adotivos.

É importante salientar que os pais adotivos não são mais pais do que aqueles naturais, simplesmente porque são pais adotivos. É bem verdade que a paternidade advinda da adoção revela-se como uma conquista mais difícil, por envolver aceitação de ambas as partes e ainda desprendimento aos desejos pessoais. Mas nem por isso os pais adotivos podem se desvirtuar do seu verdadeiro caminho, pois a capacidade de ser pai deve seguir os anseios do filho, seus sonhos e realizações, aceitando a evolução normal de sua individualidade, que segue separada dos adultos.

Obviamente, toda essa construção no relacionamento há de ter a participação não só dos pais, mas também de toda a família, que tem como núcleo principal o afeto. E é esse afeto que distingue a família de outras organizações comunitárias. E assim deve ser, pois com o desenvolvimento do afeto familiar, tem-se o amor gratuito, de pura doação recíproca. Esse amor há de ser tão potente que terá a força de liberar o casal adotante do egoísmo, e receber no seu seio familiar a pessoa que pode ser seu filho, trazendo-o para um relacionamento educativo e emocional, que se realiza na união dos pais. A mãe, em todo esse processo, ocupa um lugar especial, pois por sua própria natureza, tem uma sensibilidade mais aguçada do que o pai, como se possuísse um poder exclusivo para captar sentimentos.

É certo que a adaptação familiar é contínua, havendo uma dinâmica que cuida de reestruturar e redefinir o equilíbrio, sempre buscado por seus membros. As relações existentes entre esses membros influencia no comportamento de cada indivíduo que compõe a família, e assim, sucessivamente, até que todos os integrantes tenham suas relações entrelaçadas. Esse processo é o que ocorre quando a criança passa a fazer parte da família, pois a entrada de um novo membro causa um desequilíbrio momentâneo, que será ajustado com o passar do tempo. Até mesmo aquelas crises emocionais, tão comuns nas relações interpessoais, têm seu modo de solução através do diálogo, que gera a confiança, tornando mais forte o relacionamento.

A verdade é que a adoção gera muitos temores. Entretanto, a adoção não pode prender-se na história, no passado, na saúde, e na forma física da criança, sob pena de desvirtuar totalmente a sua finalidade. Os temores devem ser encarados como expectativas positivas e saudáveis, como demonstração antecipada de afeto à criança que está por vir. Apesar disso, existe um temor que por vezes se torna real, qual seja, a falta de reciprocidade no afeto entre filhos adotivos e seus pais, o que geralmente ocorre quando as crianças já são crescidas e trazem uma história de vida eivada de sentimentos das mais diversas formas. Maus-tratos, abandonos e tantas outras situações fazem com que a criança se esqueça do verdadeiro significado do amor, o que a torna resistente a uma nova relação.

No entanto, quando se fala em adoção, sabe-se que há toda uma preparação psicológica, material e sentimental do casal para receber um filho. E, por essa razão, as dificuldades enfrentadas cotidianamente passam a ser encaradas de forma mais simples e amena. O afeto deve sanar todas as inseguranças advindas das preocupações que possam existir. Enfim, como leciona Liberati (1995, p. 222), quando a “[...] adoção decorre de um profundo amadurecimento dos adotantes, transforma-se no mais puro e agradável relacionamento, dando sentido à comunidade familiar, porque fundado no amor”.

Nada mais certo do que afirmar que a opção pela paternidade biológica ou adotiva trazem consigo uma carga de riscos, que devem ser analisados e caso sejam aceitos,

que o sejam como um grande desafio que a natureza oferece ao homem. Não há como negar que a regra geral é que as crianças que sofrem abandono trazem consigo problemas psicológicos, mas também é correto afirmar que a família adotiva, usando as armas do amor e do afeto, é capaz de impedir que a rejeição sentida pela criança provoque danos em seu comportamento. E é essa mesma rejeição que faz com que a maioria das crianças adotadas não tenham vontade de conhecer o seu passado, que passa a ser para eles um período triste e desagradável da vida.

Por todas essas questões, é que os psicólogos que prestam serviço no CEJAI-ES aconselham a comunicação dos pais com o filho sobre sua condição de adotado, pois, a partir daí, inicia-se a formação da identidade desse infante. Obviamente, a comunicação deve ser gradual, ao seu tempo e modo, pois somente o tempo tem condições de fornecer ao casal os instrumentos necessários para fazê-la, de acordo com os fatos que vão ocorrendo na vida dessa família. Essa verdade tão importante só tem a capacidade de tornar a união dos filhos com os pais mais firme, pois é baseada na confiança.

Segundo esses mesmos estudiosos do CEJAI-ES, as adoções de crianças maiores não apresentam grandes diferenças daquelas de recém-nascidos, devendo, não só os pais adotivos, mas também toda a comunidade familiar, trabalhar conjuntamente na relação com a criança adotiva, a fim de atingir a maneira correta de se relacionar. Esse estudo demonstra, seguramente, que a base do relacionamento adotivo tem seu pilar na honestidade, com informações claras e sem mitos à criança sobre sua condição, demonstrando-lhe que veio à família como fruto de amor e afeto existente entre o casal, que, ao transbordar, foi capaz de recebê-la como filho para compartilhar desses sentimentos. Assim, a adoção terá atingido a sua verdadeira finalidade: tornar essa criança feliz, em toda sua plenitude, tornando realidade o seu direito constitucional à convivência familiar e comunitária.

5. 2 A REALIDADE DA CRIANÇA CAPIXABA

A criança capixaba não apresenta situação diferente daquelas que vivem em outros Estados da Federação, cuja realidade se mostra distante dos preceitos exigidos pelo texto da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente. A divisa limítrofe existente entre o Estado do Espírito Santo, do Rio de Janeiro, Minas Gerais e Bahia faz com que os problemas enfrentados com relação às crianças encontrem similitudes. E esse dado é facilmente comprovado em pesquisas realizadas pela CEJAI-ES e pelas CEJAI dos demais Estados.

Apesar de ser o menor Estado da Região Sudeste, o Espírito Santo apresenta um grande número de crianças institucionalizadas, sem contar aquelas que se encontram em instituições não credenciadas, ou que simplesmente existem sem que o Estado tome conhecimento disso. Mas a realidade viva, que se pode ter contato com visitas a algumas instituições acolhedoras de menores que funcionam legalmente, é que as crianças são levadas aqueles abrigos pelos problemas que afetam toda a Nação brasileira: a miséria, a fome, o despreparo para a maternidade, o desamparo social, o desemprego, as drogas e tantas outras razões que são mostradas cotidianamente pelos meios de comunicação e pelas ruas das cidades.

Mesmo com essa realidade tão triste, o trabalho do CEJAI-ES vem diminuindo o número de crianças institucionalizadas. Entretanto, esse trabalho seria ainda mais eficiente se houvesse um controle maior por parte do Estado, com credenciamento e acompanhamento constante de todas as instituições existentes em solo capixaba, com cadastramento das crianças que ali se encontram, para que possam ser disponibilizadas para adoção. Trata-se de medida que nada mais seria do que a observância plena dos ditames constitucionais e das normas do Estatuto menorista, constantemente ignorados pelos operadores do Direito.

Em visitas realizadas a duas instituições acolhedoras de menores, pôde-se observar as crianças renegadas pelos pais, pela família, e até mesmo pelos brasileiros, que teimam em adotar crianças com até dois anos de idade, claras e com as suas características. E é por essa razão que as crianças que permanecem institucionalizadas são, em sua

quase totalidade, maiores de dois anos de idade, negras ou pardas, com algum problema físico ou mental. A idade das crianças se mostra como a maior restrição apresentada pelas pessoas que pretendem adotar.

A primeira instituição visitada foi o Lar das Meninas I e II (Casa Vida), mantida num trabalho conjunto pela Igreja Católica do bairro de Santo Antônio (Mitra Diocesana de Vitória) e pela Prefeitura Municipal de Vitória, que cede uma servidora para prestar serviços, sendo a Casa Vida I acolhedora de meninas de dois a doze anos de idade, hoje contando com 22 crianças institucionalizadas, e a Casa Vida II, que trata de meninas de doze a dezoito anos de idade, com um total de onze crianças. Desse quantitativo, nem todas foram disponibilizadas para adoção pelos pais ou responsáveis e permanecerão ali, até completarem a maioridade. As outras aguardam ansiosas o surgimento de alguém que lhes queiram como filhos., mas esse é um sonho difícil de realizar, e às vezes tão distante.

Em todo o Estado, juízes das Varas da Infância e Juventude tentam, da melhor forma possível, realizar um trabalho com a comunidade de sua jurisdição, mas sem o apoio do Estado, torna-se difícil, quase impossível essa missão. Nem sempre o magistrado toma conhecimento da existência de uma criança em determinada instituição, e não há meios técnicos, profissionais e financeiros de fazer um acompanhamento desses centros acolhedores de menores. Em contato com alguns juízes das varas especializadas, toma-se conhecimento de que, em algumas comarcas, crianças são acolhidas por pessoas comuns em suas próprias casas, e ali vão permanecendo, até que tomem um rumo em suas vidas, desconhecido pelas autoridades.

Situações como essas vêm despertando na doutrina a idéia de descentralização do poder estatal, delegando aos municípios as decisões referentes à saúde, à educação e à segurança que, conseqüentemente, traria atitudes democráticas entre os indivíduos e em suas relações com os representantes do poder público local, como expõe Fabríz (1999, p. 229):

Nessa perspectiva caberia até mesmo a municipalização do poder judiciário, ou criação de núcleos de composição de conflitos, compostos pelos próprios munícipes. Essas relações face-a-face fomentariam contínuo caráter

pedagógico, no exercício e na efetivação da cidadania e da democracia, em seus mais altos graus. A municipalização do poder judiciário contribuiria para que o Direito fosse percebido pelos cidadãos como um bem cultural inerente à vida em sociedade, na medida em que haveria a aproximação na relação entre cidadãos e órgãos jurisdicionais, na concretização dos direitos.

Enquanto essa idéia não se concretiza, essencial seria que o Estado tomasse a providência de disponibilizar uma equipe técnica para acompanhamento dessas instituições, com o devido cadastro, como dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente, que parece não existir em situações como tais. Uma das prerrogativas mais básicas e primordiais do ser humano, o direito à convivência familiar e comunitária, é renegada às claras.

Tomando-se por base a Comarca de Vitória, capital do Espírito Santo, denota-se que as adoções internacionais realizadas são daquelas crianças abrigadas, devidamente acompanhadas pela equipe técnica do Juizado da Infância e Juventude e disponibilizadas para adoção pelo Magistrado da Vara, via ofício, à Comissão Estadual de Adoção. O processo dura, em média, dois meses, período que também poderia ser diminuído, caso todos os setores envolvidos funcionassem em um mesmo prédio, ou trabalhassem conjuntamente.

Mas, apesar de todas as dificuldades apresentadas, o trabalho da CEJAI-ES vem crescendo e, segundo seus dados, no ano de 1998, foram realizadas apenas duas adoções internacionais para a Itália; em 1999, foram dezoito para aquele país, e duas para a França; em 2000, foram nove para a Itália e três para a França; em 2001, aconteceram três para a Itália e dez para a França; em 2002, a Itália acolheu dez crianças capixabas, enquanto a França recebeu sete; em 2003, foram quatorze adoções no total, sendo três para a Itália e onze para a França; e, finalmente em 2004, a Espanha passa a acolher os infantes capixabas, iniciando com apenas um até o mês de outubro, a Itália com quatro e a França recebendo dez.

Um breve estudo desse levantamento realizado pela CEJAI-ES mostra que a França tem demonstrado grande interesse em acolher as crianças capixabas, e várias são as razões para tanto, A primeira delas é que a França, assim como o Brasil, possui

autoridade central, denominada Missão de Adoção Internacional (MAI), o que torna mais fácil o contato entre os profissionais envolvidos e o trâmite de todo o processo, que envolve documentação dos adotantes e cadastros das crianças disponíveis para adoção. Nesse caso, tudo é feito via consulado, o que torna mais ágil e confiável o processo. Com relação aos demais países, esses contam com as suas próprias instituições, devidamente credenciadas conforme dispõe a Convenção de Haia, e ainda com um intermediário que atua representando os pais estrangeiros aqui no Brasil.

Em contato com a diretora do Instituto La Casa, de Milão, Itália, que também cuida de adoções internacionais, um dado interessante foi conhecido pela CEJAI-ES, que diz respeito às razões pelas quais os estrangeiros preferem adotar crianças latinas, em especial, as brasileiras, sob a alegação de que essas crianças possuem características específicas do próprio povo, como a simplicidade com que ultrapassam os problemas e enfrentam situações difíceis, adaptando-se com maior facilidade à nova vida que lhes é proporcionada. Essa é realmente uma característica do povo brasileiro, bastando um passar d'olhos na história nacional para se chegar a essa conclusão. Da mesma forma, segundo a diretora italiana, as crianças européias não aceitam com facilidade o abandono e, por ser uma situação rara, têm dificuldades de encarar os obstáculos que lhes são oferecidos, e não se abrem facilmente para receber um novo lar, uma nova família.

De toda a pesquisa realizada na CEJAI-ES e nas instituições acolhedoras de menores, a conclusão a que se chega é que o grande número de crianças que ali se encontram poderia ser consideravelmente diminuído, se houvesse um controle real de infantes institucionalizados no Estado do Espírito Santo e se fosse criada uma equipe técnica para acompanhamento, visitaçã o e cadastramento dessas crianças, para que a sua existência fosse levada ao conhecimento do Ministério Público e do Juiz da Vara da Infância e Juventude, o que nem sempre acontece.

Nesse sentido, necessita-se efetuar o cadastramento prévio das crianças e pretendentes, formulando critérios objetivos que permitam identificar o melhor adotando para os melhores adotantes. Assim, quanto maior for a Comarca, maior deverá ser esse

sistema, devendo ser abolido por completo a velha regra de ordem de inscrição, porque não há como se admitir num mundo tão moderno, que ainda não se utilizem os mecanismos da computação, interligando todas as comarcas via rede, com o fim de trocar informações objetivando manter as crianças o menor tempo possível nas instituições. Trata-se de medida urgente, pois são muitas as crianças abandonadas pelas suas famílias, esquecidas pela sociedade e renegadas pelo Estado, no exato momento em que não lhes proporciona o direito constitucional a uma vida família. É uma grande responsabilidade do Estado que teima em fechar os olhos para os direitos constitucionais inerentes às crianças, em especial as capixabas, renegando-lhes o exercício pleno do seu estado democrático de direito.

5. 3 OS EFEITOS DO PROCESSO DE ADOÇÃO INTERNACIONAL E A REALIZAÇÃO PLENA DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Atualmente tem-se visto a adoção transnacional como forma de cooperação internacional que, como explica Albergaria (1996, p. 121) é considerada como meio de agressão ao Terceiro Mundo, persistência do colonialismo externo, como a evasão de braços e cérebros, que deixam desprovidos os países subdesenvolvidos de trabalhadores manuais ou intelectuais.

Diante desse pensamento reinante, a Organização das Nações Unidas há muito vinha se preocupando com a importância da adoção internacional e sua evolução rápida, para que fosse utilizado como instrumento de ajuda à infância. Trata-se do processo de afirmação internacional dos direitos humanos, defendido por Luño (1998, p. 42) e assim narrado por Jayme (2005, p. 24):

Esse périplo histórico evidencia o dinamismo dos direitos humanos, que devem ser entendidos como um conceito aberto, receptivo a novos conteúdos, que

venham incorporar as evoluções e transformações que ocorrem na sociedade, com a finalidade de aperfeiçoar a existência humana com dignidade.

E foi na esteira desse dinamismo dos direitos humanos que se iniciou o processo de estudo acerca da uma Convenção Internacional que legislasse sobre adoção. Muitos encontros e seminários foram realizados, destacando-se o Seminário Europeu de Leysin (1960), quando foram elaborados importantes princípios sobre os procedimentos da adoção, que acabaram influenciando na evolução desse instituto nas legislações posteriores. Foram princípios nucleares desse encontro: considerar a adoção como método utilizado para que uma criança, privada de um lar, tenha uma família e, ainda, a eleição de adotantes recaia, sempre que possível, em um casal do país da criança.

Em 20 de novembro de 1989, a Assembléia Geral das Nações Unidas aprovou a Convenção Sobre os Direitos da Criança, que estabeleceu os seguintes princípios: reconhecimento de direitos fundamentais; proteção integral da criança; prioridade imediata para a infância, princípio do interesse maior da criança e a família como grupo social primário e ambiente natural para o crescimento e bem-estar de seus membros, especialmente das crianças.

Posteriormente, editada a Convenção Internacional Sobre a Proteção de Crianças e a Colaboração em Matéria de Adoção (Haia, 1993), muitos países modificaram suas leis sobre a adoção, ou ainda revêem sua legislação interna, demonstrando uma tendência positiva para o aperfeiçoamento da legislação e do procedimento utilizado no instituto da adoção. Trata-se de um esforço internacional para assegurar o bem-estar da criança adotada, assim como uma situação jurídica estável no seu país ou no país dos adotantes.

A Constituição Federal de 1988 determinou, com prioridade absoluta, a proteção das pessoas em desenvolvimento, sendo dever da família, da comunidade e do Estado a proteção da criança, como resultado de um processo de institucionalização dos Direitos e Garantias Fundamentais, como assevera Piovesan (1997, p. 58):

Desde o seu preâmbulo, a Carta de 1988 projeta a construção de um Estado democrático de Direito [...]. A Constituição confere uma unidade de sentido, de valor de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, ou seja, na concepção que faz a pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado.

Seguindo a esteira constitucional, o Estatuto da Criança e do Adolescente, assim como a Convenção Sobre os Direitos da Criança, estabelecem como princípio o interesse maior da criança, definindo a preferência pelo convívio com a família natural. Entretanto, diante da inegável realidade das crianças abandonadas e sem família, o Estatuto estimula outras formas de família substituta, nacional ou subsidiariamente à estrangeira, como meio de suprir a ausência da família natural.

Assim, surge a adoção internacional que, em atendimento à Convenção de Haia, concentra-se nos direitos humanos da criança, no seu bem-estar e no seu interesse superior. O bem-estar da criança passa a ter um duplo sentido, como assevera Marques (2002, p. 67), que é o bem-estar econômico e afetivo, com direito à identidade cultural e o respeito aos direitos humanos, nos quais se inclui o direito de manifestar-se e ser sujeito ativo de sua própria adoção. É a adoção transnacional humanitária multicultural, concentrada nos interesses da criança, agora definidos conforme os reflexos do sujeito de direitos humanos, com direito à convivência familiar, que possibilita que ela seja transferida de um país para outro, de uma cultura para outra, de uma família para outra, tudo em prol do seu bem-estar, mediante um procedimento judicial sério, por decisão das autoridades judiciárias e daqueles que o representam.

Ao processo de adoção internacional deve preceder a existência de crianças ou adolescentes aptos para a entrega. Assim, resta claro que apenas o Laudo de Habilitação fornecido pela CEJAI não proporciona ao adotante a adoção de imediato, pois várias considerações devem ser levadas em conta e devidamente analisadas. Primeiramente, necessária se faz a verificação do estado de abandono do menor, a destituição do poder paternal dos seus pais biológicos, a impossibilidade de colocação desses infantes em lares de seus familiares, devendo, então, serem cadastrados e relacionados pela Justiça da Infância e Juventude como prontos para a adoção.

O auxiliar técnico social tem um papel relevante no intercâmbio entre o Juizado e o estrangeiro interessado na adoção, pois caberá a ele a comunicação ao adotante da existência de criança ou adolescente apta a ser colocada em família substituta, função esta de exímio auxílio ao magistrado da Vara respectiva. Obviamente, inexistindo crianças dispostas para a adoção, deverá o interessado aguardar o momento oportuno.

O art. 52 do Estatuto da Criança e do Adolescente diz que a adoção internacional poderá ser condicionada a estudo prévio e análise de uma Comissão Estadual Judiciária de Adoção, o que possibilita que interessados ingressem diretamente em juízo com o pedido de adoção. Entretanto, conforme previsto no art. 2º do Regimento Interno da CEJAI-ES, nenhuma adoção internacional poderá ser processada neste Estado sem a prévia habilitação do interessado perante aquela Comissão. Assim, após obter o Laudo de Habilitação, o adotante está autorizado a realizar a adoção em qualquer Comarca capixaba. Nesse ponto, é importante destacar a relevância do trabalho desenvolvido pela CEJAI, pois faz desnecessária a inscrição dos adotantes em mais de uma Comarca, a partir do momento em que todas as crianças disponíveis estão cadastradas no cadastro geral daquela Comissão, criado justamente para facilitar todo o processo.

Escolhida a criança dentre aquelas disponíveis no cadastro geral da CEJAI, deverão os adotantes postularem a adoção internacional, protocolando o pedido por meio de petição inicial (conforme os requisitos do art. 165 do ECA e do art. 282 do Código de Processo Civil, e aqueles dispositivos específicos da adoção) ao juiz competente, que o despachará, deferindo ou não o início do estágio de convivência dentro do prazo que entender necessário, conforme prevê o art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente. Especificamente na Comarca da Capital do Estado do Espírito Santo, tal prazo é fixado em 35 dias. No mesmo despacho, deverá o magistrado solicitar o processo de habilitação à CEJAI-ES e poderá determinar o apensamento do processo de destituição do pátrio poder, se houver, encaminhando, posteriormente, ao Ministério Público.

Durante o estágio de convivência, deverão adotantes e adotando permanecer no Estado do Espírito Santo, a fim de possibilitar o trabalho da equipe interprofissional, que

fará visitas periódicas aos interessados e à criança, até que se encerre o prazo concedido pelo juiz, trazendo relatório aos autos. O estágio de convivência traz discussões na doutrina nacional, tendo em vista o disposto no art. 31 do ECA que diz que “[...] a colocação em família substituta estrangeira constitui medida excepcional, somente admissível na modalidade de adoção”, e ainda o § 1º do art. 33 do mesmo Estatuto dita que “[...] a guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros”. Entretanto, mais uma vez, Liberati (1995, p. 150) esclarece, ao denominar de incidental a guarda nos processos de adoção, com o fim de proteger o período em que a criança fica sem a proteção do pátrio poder e sem a definição judicial, assim, enquanto o juiz analisa o processo, a criança fica provisoriamente coberta pelo instituto da guarda.

A resposta trazida por aquele autor vem dissipar quaisquer dúvidas com relação a tal guarda, pois resta evidente que, para uma criança que está quase por ser adotada, melhor seria a concessão de uma guarda-provisória àquele que pretende adotá-la, até que finde a tramitação de todo o processo, para que tenham a oportunidade de conhecer-se mutuamente, mesmo, num curto espaço de tempo, pois, se tiver que haver rejeição imediata, que o seja em solo brasileiro. Apesar de válida a intenção do comando legal que impede a guarda em tais casos, o certo é que sua intenção principal é que o adotante não saia do país com a criança a ser adotada, razão pela qual o estágio de convivência deve se dar por autorização ou de guarda com validade limitada e circunscrita à comarca onde corre o processo.

Assim, se o próprio Estatuto prevê, em seu art. 46, a realização do estágio de convivência, com referência expressa ao adotante estrangeiro no § 2º, nada mais justo de que tal se dê enquanto se aguarda o desenrolar do processo. Esse ponto merece uma observação, porque trata o estágio de convivência de uma exigência legal dispensada tão-somente às adoções internacionais, ou seja, as adoções nacionais não necessitam de seu cumprimento, quando o adotando for menor de um ano de idade. Sobre esse ponto, leciona Siqueira, citado por Costa (1998, p. 250):

Com esse estágio de 15 ou 30 dias e a adoção plena, as coisas se complicam em face da irrevogabilidade e da ausência de um período mais longo de adaptação e ajustamento. O § 4º do art. 51 diz que antes de consumada a adoção não será permitida a saída do adotando do território nacional. Concluímos dizendo que, doravante, o estágio de convivência será realmente de 15 dias para os adotandos até 2 anos e 30 dias para os demais, na certeza de que os direitos são iguais perante a Constituição – se o estrangeiro pode, o brasileiro pode muito mais.

Essa diferenciação de tratamento entre nacionais e estrangeiros, quanto a este aspecto, parece despropositada. Afinal, apesar de ser o estágio de convivência uma medida salutar de conhecimento mútuo, o certo é que uma criança com menos de um ano de idade não tem condições de demonstrar alteração de comportamento ou afetividade, bem como não tem como trocar os carinhos e cuidados que venha receber dos adotantes. Tal preceptivo legal, portanto, demonstra uma certa discriminação com os estrangeiros. Costa (1998, p. 250) apresenta opinião mais razoável sobre o assunto:

A nosso ver, embora o estágio mínimo de convivência fixado pelo Estatuto em 15 e 30 dias não inviabilize as adoções por estrangeiros, que continuam a se realizar em nosso país, não resta dúvida que a melhor solução é a de deixar ao juiz, a quem compete estabelecer as condições em que a adoção deva ser deferida determinar *em cada caso* qual a duração do estágio de convivência. Esse período tem, contudo, o único mérito de possibilitar aos adotantes dos diferentes países algum conhecimento da realidade sociocultural do Brasil, que, no futuro, poderão transmitir ao adotado. Enquanto meio de avaliar a adaptação do adotando e a própria conveniência da constituição do vínculo, trata-se de uma autêntica ficção legal, em virtude não só da exigüidade de sua duração, mas, principalmente, por se dar inteiramente fora do contexto onde o menor irá viver.

Tem razão o citado autor, ainda mais se levado em consideração o fato de que o estágio de convivência se dará em país diverso daquele em que a criança irá viver, então, melhor seria a solução do sistema anterior, em que o estágio se realizava no país de acolhimento, dentro do contexto sociocultural em que o adotando viveria, com informações e estudos psicossociais realizados por intermédio de agências especializadas, o que poderia ser feito com as medidas protetivas constantes do art. 21 da Convenção de Direito Internacional Privado de Haia sobre Adoção, de 1993. Tal

regra, na forma como se apresenta, acaba por ser prejudicial até mesmo aos superiores interesses da criança.

Aclarada a questão, passa-se à manifestação do Ministério Público, também prevista legalmente, pelo art. 168 do Estatuto, que fixa um prazo de cinco dias para ser ouvido. Todas as funções do Ministério Público, como *custus legis*, devem ser observadas nessa fase, como a verificação da regularidade do processo, bem como deve ser requerida a realização de estudo social da situação, obviamente levando-se em consideração a opinião da equipe interprofissional que funcionou nos autos respectivos.

Outro ponto que merece relevo é no tocante ao adotando maior de doze anos, que precisa dar seu consentimento à pretensão do adotante, como se vê do § 2º do art. 45 do Estatuto. Trata-se de pré-requisito necessário e obrigatório que, inexistindo, torna nulo todo o processo.

A existência do contraditório se dará sempre que houver resistência por quaisquer das partes envolvidas, caso em que a adoção seguirá o rito ordinário preceituado pelos arts. 282 a 475 do Código de Processo Civil, e ocorrerá nas seguintes situações: a) quando os genitores do adotando ainda forem vivos, estiverem na regência do pátrio poder ou não concordarem com a adoção. Ausentes esses pais, dá-se a nomeação de curador especial para a proteção dos interesses do menor adotando, hipótese em que também poderá haver o contraditório. Somente tais casos fazem necessária a presença de advogado no processo, caso contrário, é opcional, conforme previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente. Sobre tal assertiva, muito bem explanou Liberati (1995, p. 148), quando disse:

A posição assumida pelo Estatuto de prescindir da assistência de advogado nas ações de colocação de criança ou adolescente em família substituta, nacional ou estrangeira, em **procedimentos não contraditórios**, decorre da necessidade imperiosa de conceder a prestação jurisdicional com a maior brevidade possível, vez que tais ações representam relações afetivas e são revestidas de cunho eminentemente social.

Pode-se concluir, portanto, que a anuência dos genitores é o que determina o tipo de procedimento, pois, se houver a concordância deles, será jurisdição voluntária (arts. 165 a 170 do ECA) e, inexistindo tal manifestação, haverá o contraditório, previsto nos arts. 167, 168 e 170 do Estatuto. Caso que merece destaque é lembrado por Liberati (1995, p. 149), quando o titular do pátrio poder for menor de 21 anos, que, para a realização do ato judicial deverá estar representado ou assistido, conforme previsto no art. 384, V, do Código Civil. Oportuno é lembrar que todo o processo é gratuito, como dita o § 2º do art. 141 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Havendo o prolatar da sentença, opera-se a adoção, pois é por meio da sentença judicial que se constitui o vínculo desse instituto, que se convalida tão-somente mediante decisão constitutiva, que produz o efeito de criar, modificar ou extinguir uma relação jurídica. A partir da sentença, então, findado o prazo recursal, a adoção torna-se irrevogável, como disposto no art. 48 do Estatuto, o que impossibilita o restabelecimento do vínculo paternal dos pais naturais, que só poderão fazê-lo por meio de uma nova adoção. Vê-se, aqui, que, ao proferir a sentença de adoção, opera-se a extinção do pátrio poder aos pais naturais, passando-o aos pais adotantes, como preceituado pelo art. 392, IV, do Código Civil. Essa destituição do pátrio poder, para Liberati (1995, p; 162), constitui uma sanção aplicada aos pais naturais por terem desprezado o dever de criar, assistir e educar seus filhos, conforme legalmente previsto. O objetivo de tal sanção é, portanto, proteger o interesse maior da criança e do adolescente.

Assim, após a realização da audiência e a prolatação da sentença, os interessados receberão os documentos necessários para cancelamento do registro anterior e efetivação do registro atual, no Cartório de Registro Civil competente. Se o adotante preferir a mudança do prenome do adotando, deverá requerê-lo ao juiz e, não o fazendo, o prenome de origem permanecerá, acrescido do nome de família dos novos pais. Obtido o novo registro, será expedido documento autorizativo para emissão do passaporte e, posteriormente, será entregue alvará para viagem ao exterior.

Segundo Antunes Varela, citado por Albergaria (1996, p. 85), a adoção traduz-se numa mudança da família do adotado: ele sai da família natural para entrar na família adotiva. A função específica da adoção se revela num duplo efeito: por um lado, integra completamente o adotado como filho do adotante e na sua família e, por outro lado, extingue para o futuro as relações de parentesco entre o adotado e a família originária. Assim, o art. 41 do Estatuto narra os efeitos da adoção, bem como o art. 21 da Convenção Sobre os Direitos da Criação preceitua sobre o sistema de adoção, sempre enfatizando que a consideração primordial será o interesse maior da criança.

O primeiro efeito produzido pela adoção ocorre quando a sentença judicial transita em julgado. Desse modo, revestindo-se a adoção do caráter da irrevogabilidade, tem-se aconselhado, como assevera Siqueira (2004, p. 129), que, havendo recurso, seja este recebido no efeito suspensivo, mesmo que sejam os adotantes brasileiros, a fim de evitar uma surpresa desagradável com uma possível reforma da sentença. Entretanto, não sendo mais possível a utilização de recurso para modificação da sentença, extingue-se o vínculo e transfere-se o pátrio poder para os pais adotantes, conforme previsto no art. 467, do Código de Processo Civil. Mais uma vez, é oportuna a lição de Siqueira (2004, p. 129):

A irrevogabilidade é o marco peculiar da adoção para evitar que ocorram interesses outros que prejudiquem as conquistas alcançadas pelo instituto no que concerne aos aspectos patrimoniais e sucessórios, quanto aos alimentos, vínculos de parentesco, etc., considerando que os adotados se equivalem e são equiparados aos filhos consangüíneos com os mesmos direitos e deveres.

Desse modo, havendo a morte ou a destituição do pátrio poder dos pais adotivos, não há qualquer direito para o pai natural, que só poderá obtê-lo mediante nova adoção.

Importante modificação adveio com a Constituição Federal de 1988 que, em seu art. 227, § 6º, equiparou a filiação decorrente de adoção àquelas naturais e legítimas, em todos os seus aspectos. Tal preceito constitucional veio modificar os dispositivos do antigo Diploma Adjetivo Civil (arts. 376 e 336), que sempre mereceu censura por parte

dos estudiosos, como lembra Granato (2003, p. 68), pois tratam de dispositivos pelos quais o parentesco resultante da adoção se limitava ao adotante e ao adotado, estabelecendo parentesco meramente civil entre eles. Assim, o art. 41 do Estatuto veio atribuir a condição de filho ao adotado, equiparando-o em tudo ao filho natural.

Para a Itália, país que acolhe muitos capixabas pela forma de adoção, os efeitos produzidos por esse instituto, em relação à filiação, emergem do art. 27 da *legge* 184/83,¹⁵ que dispõe que, com a adoção, cessa a relação de parentesco com a família de origem, com exceção para os impedimentos matrimoniais. Também a relação de parentesco se revela como um dos efeitos gerados pela adoção no Brasil, pois, passando o adotado a ser filho legítimo dos adotantes, há a integração da criança adotada à sua nova família. O Estatuto, em seu art. 20, e a Nova Constituição de 1988, bem como o Novo Código Civil, estenderam o vínculo de parentesco do adotando com a família do adotante, como se fosse um vínculo biológico, inclusive com relação aos direitos sucessórios (art. 1, § 2º, do ECA).

Com relação aos direitos sucessórios, trata-se agora de tema simples, diante da forma igualitária com a qual a Constituição Federal tratou os filhos adotados, concedendo-lhes os mesmos direitos e deveres daqueles filhos havidos naturalmente, como já enfocado. Entretanto, há uma exceção contida no § 1º do art. 41, do ECA, e no Código Civil em vigor, caso em que um dos cônjuges (ou convivente) adota o filho do outro. Nesse caso, persistem os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge do adotante e seus parentes, sendo o adotado chamado à vocação hereditária de ambas as partes, no caso de falecimento de qualquer deles.

Dentre os países que acolhem os pequenos capixabas por adoção, a Espanha e a Itália também têm previsão legal com relação ao direito sucessório dos adotados. O Código Civil Espanhol,¹⁶ em seu art. 108, dispõe que a filiação matrimonial e não matrimonial,

¹⁵ Disponível em: < http://www.giustizia.it/cassazione/leggi/1184_83.html>. Acesso em: 13 nov..2004. (original em italiano).

¹⁶ Disponível em: < <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/CC/3T3C2.htm>>. Acesso em: 13 nov.2004. (original em espanhol). Disponível em: < http://www.jus.unitn.it/cardoza/Obiter_Dictum/codciv/Codciv.htm>. Acesso em: 13 nov.2004.

assim como a adotiva, surtem os mesmos efeitos, conforme as disposições do Código. Da mesma forma, o Código Civil Italiano,¹⁷ em seu art. 536, estabelece que as pessoas em favor das quais a lei reserva uma quota hereditária e são sucessores diretos são: o cônjuge, o filho legítimo, o filho natural, o ascendente legítimo e, no mesmo dispositivo, afirma que o filho legítimo é equiparado ao adotivo.

Outro efeito gerado pela adoção brasileira, e não menos importante, é a representação legal a ser exercida pelos pais adotivos, com fundamentação legal na sentença constitutiva de adoção, que gera para os filhos adotados os mesmos direitos em relação aos filhos naturais. Diante disso, todas as obrigações que a Nova Constituição e a Lei Civil obrigam aos pais em relação aos filhos, também são estendidas aos pais adotantes em relação aos filhos adotados, como aquelas dispostas no art. 1.634, do Código Civil, dentre elas: dirigir a criação e educação dos filhos menores; tê-los em sua companhia e guarda; conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico se o outro dos pais não lhe sobreviver ou o sobrevivente não puder exercitar o pátrio poder; representá-los até os dezesseis anos nos atos da vida civil; assisti-los após essa idade nos atos em que forem partes, suprindo-lhes consentimento; reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; exigir que prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. Independentemente da vontade, portanto, os pais adotivos estão obrigados aos deveres paternais, pela simples razão de terem sido investidos judicialmente na condição de titulares do pátrio poder.

O direito de alimentar também surge como um dos efeitos da adoção, sendo possível ao filho adotado o direito de pleitear alimento aos seus pais e familiares, se assim o necessitar. Da mesma forma, o pai adotivo pode fazê-lo, pois os alimentos são devidos na forma recíproca entre adotante e adotado, como se fossem pais e filhos naturais. Obviamente que a obrigação alimentar não envolve somente o alimento em si, mas também o direito à vida e à integridade física do alimentando. E é por essa razão que o direito a alimentos pode deixar de ser exercido, mas é irrenunciável, por tratar-se de

¹⁷ Disponível em: < http://www.jus.unitn.it/cardoza/Obiter_Dictum/codciv/Codciv.htm >. Acesso em: 13 nov.2004. (original em italiano).

direito personalíssimo. Tamanha é a preocupação mundial com a questão alimentar de crianças e adolescentes, que foi firmada em Haia, em 24 de outubro de 1956, a Convenção Relativa à Lei Aplicável em Matéria de Prestação de Alimentos a Menores, demonstrando que a obrigação de prestar alimentos é universal, pois daí advém a própria sobrevivência.

Ademais, o planejamento familiar, embora livre, deve fundar-se na dignidade da pessoa humana e na paternidade responsável, pois, como preceitua a Constituição Federal de 1988, é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, com absoluta prioridade, o direito à dignidade, ao respeito e à convivência familiar. Assim, pelo art. 226, § 7º, a Carta Federal pôs fim à preeminência da paternidade biológica, trazendo a noção de paternidade responsável, cuja idéia é a de que o direito da filiação não é somente o direito da filiação biológica, mas é também o direito da filiação que se vive. Destarte, constitui-se o vínculo da adoção por meio da sentença terminativa e constitutiva, quando então se resolve o problema entre as partes com o mérito e, conseqüentemente, seus efeitos. Assim, a irrevogabilidade proposta pelo Estatuto dá a idéia de que os efeitos produzidos pela adoção não podem ser desfeitos pela simples vontade das partes. Conforme lembra Liberati (1995, p. 186):

Esta assertiva fundamenta-se no fato de que o adotante, insatisfeito com seu filho adotivo – e este com aquele, não pode renunciar unilateralmente à adoção já constituída pela sentença definitiva. Tampouco pode fazê-lo se o adotado praticar aqueles atos que autorizam a deserdação [...], ou incorrer nos motivos que o desautorizam a sucedê-lo [...].

Esse autor (1995, p. 186/187) ainda acrescenta que a posição aqui adotada, com relação à irrevogabilidade da adoção, encontra situação idêntica em países como a Espanha (art. 180, do Código Civil), França (art. 359, do Código Civil) e na Itália que, após tornar definitivo tal instituto, não permite revogação, com a exceção contida nos arts. 51 a *Legge* n. 184/83 e 305 e seguintes do Código Civil, respectivamente. Enfim, quanto à legislação do país de origem do adotante, cabe salientar que, no Brasil, deferida a adoção, esta passa a ser perfeita, exaurindo a jurisdição e provocando os efeitos próprios da constituição do vínculo de filiação. É por essa razão que o Estatuto,

em seu art. 51, § 2º, prescreve que “[...] a autoridade judiciária, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá determinar a apresentação do texto pertinente à legislação estrangeira, acompanhado de prova da respectiva vigência”.

Tal providência parece salutar, na medida em que pode coibir aborrecimentos futuros. E assim deve ser, pois não se mostra justo que na sua pátria de origem, tenha a criança todas as garantias constitucionais, e no país de acolhida não tenha resguardados aqueles direitos. O maior interesse da criança deve sempre ser respeitado, em qualquer situação. E essa não é uma preocupação específica do Brasil. Liberati (1995, p. 190/191) lembra que a declaração da eficácia da sentença brasileira na Itália segue um procedimento próprio e, citando os magistrados italianos Francesca Ichino e Mario Zevola, afirma que vários são os passos que o adotante italiano deve dar ao receber a sentença de adoção em país estrangeiro.¹⁸

Feitas todas essas considerações acerca das questões decorrentes do direito das sucessões e afins na adoção, passa-se aos efeitos que produzem em nível de estado familiar, relativamente à sua família biológica e à nova família a que adere, e ainda os efeitos que se produzem com relação ao estado pessoal, daí advindo relações de nacionalidade e de nome, atinentes ao tema deste trabalho.

¹⁸ Liberati (1995, p. 190-191) traz como procedimentos mais importantes: “[...] para que a sentença de adoção, de guarda pré-adoptiva, de tutela, ou de proteção ao menor, emitida pela autoridade de seu país a favor de cônjuges italianos, seja válida também na Itália, é necessária a declaração de eficácia por parte do Tribunal de Menores do lugar da residência dos cônjuges. Estes deverão, portanto, informar o tribunal da chegada do menor estrangeiro e depositar a documentação (traduzida e legalizada) que consentiu seu ingresso na Itália. O Tribunal procederá em seguida a uma série de verificações: a) se já está decretada a declaração de idoneidade dos cônjuges à adoção internacional; b) se a sentença estrangeira está conforme à legislação do país que a emitiu; c) se a sentença estrangeira não é contrária aos princípios fundamentais que regulam na Itália o Direito de Família e de Menores. Verificado isso, o Tribunal declarará eficaz ou não a sentença estrangeira. Contra o decreto é possível somente o recurso de Cessação, por parte dos cônjuges, do Ministério Público e do tutor eventualmente nomeado para o menor no exterior. A lei italiana considera como condição necessária para consentir na adoção o decurso do período de, pelo menos, um ano de convivência do menor com os cônjuges que querem adotá-lo. A condição vale também para a adoção de menor estrangeiro. É por esta razão que a sentença emitida no exterior não pode ser declarada eficaz como adoção, se não resulta ter cumprido um período de guarda pré-adoptiva de, pelo menos, um ano. Se a sentença estrangeira não prevê a guarda pré-adoptiva ou se não está comprovado que a guarda seja contada, a sentença estrangeira será declarada somente como guarda pré-adoptiva. Proceder-se-á, em seguida, à nomeação de um tutor para o menor na Itália que se disporá à vigilância do bom andamento da guarda. O início do ano de convivência vai datado no momento do ingresso do menor na Itália junto com o casal ou, se puder ser provado, também no momento do início, no exterior da convivência do menor com os cônjuges, logo depois da sentença da autoridade estrangeira. Somente depois de decorrido o ano e se a guarda tiver obtido êxito, o Tribunal de Menores poderá pronunciar o decreto autorizando a adoção. Após a expedição do decreto que declara eficaz com os efeitos da adoção, a sentença estrangeira ou o decreto com o qual resultou em êxito da guarda pré-adoptiva, autoriza-se a adoção; o menor estrangeiro torna-se filho legítimo dos cônjuges que o adotaram e os efeitos são os mesmos que produzem quando o adotado é um menor italiano”.

Com relação ao nome, tem-se no § 5º do art. 47, do Estatuto, a previsão que dá o direito ao nome do adotado e a faculdade de alterar o prenome. Assim, o adotado adquire o nome dos pais adotantes, como sinal claro da personalidade do filho e de sua integração na nova família, como complementa Albergaria (1996, p. 88):

O direito ao nome é um dos direitos fundamentais da criança, como prevê o item 3º da Carta Internacional dos Direitos da Criança. O nome como expressão de personalidade irá possibilitar ao adotando não só a integração na família adotiva, como a sua inserção na vida social, para exercer em muitos planos seus direitos e obrigações. O nome abre ao novo ser o universo jurídico, sem o qual estará excluído da vida jurídica.

Sem dúvida, a possibilidade de alterar o prenome propiciará a melhor integração da criança à nova família, expurgando qualquer estigma da vida anterior. E assim deve ser, pois na adoção há a constituição de filho do adotante, com total desvinculação dos pais e parentes naturais. O passado é extinto por completo, não constando nada mais no seu registro, que é aberto, com desconstituição do originário.

Outra questão de grande importância diz respeito à nacionalidade do adotado, pois existem ordenamentos distintos, que, se considerados individualmente, a concedem ou não. Trata-se de tema da maior relevância, pois, em se tratando a adoção de instituto que visa à total integração do adotado no seio da nova família, obviamente que tal não ocorreria acaso não lhe fosse concedida a nacionalidade do adotante. A doutrina mais moderna, capitaneada por Costa (1998, p. 157), entende que se trata de matéria cuja natureza é autônoma, intimamente ligada ao regime constitucional nacional, que deve encontrar uma solução. Dessa forma, a manutenção ou modificação da nacionalidade é efeito que depende do Direito Público, que integra a matéria do poder discricionário do Estado. Conclui-se, assim, que a diferença de nacionalidade entre adotando e adotante não se constitui em óbice à adoção, devendo os Estados estabelecer regras favoráveis, na medida do possível, a aquisição da nacionalidade dos pais pelos filhos adotivos, como recomendou o Instituto de Direito Internacional, citado pelo autor indicado.

Claro está que a criança ou adolescente adotados manterão sua nacionalidade brasileira reconhecida e assegurada, salvo se pretendam, espontaneamente, adquirir a nacionalidade de seus pais adotivos, quando será, então, declarada a perda da nacionalidade brasileira, conforme o inc. II, § 4º, art. 12, da Constituição Federal. Obviamente podem existir legislações que exijam a naturalização do adotado como condição para que possa permanecer no território em que os adotantes residam habitualmente, caso em que o Brasil reconhecerá subsistir a nacionalidade brasileira, como preceituado na alínea “b”, II, do mesmo dispositivo citado. Sobre o tema, assevera Mônaco (2002, p. 117):

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, transformando-nos em país de emigração, o que acarretou a sua suavização da regra da perda em virtude da aquisição voluntária.

Pode-se perceber, assim, que a nacionalidade depende das regras de conflito, sendo oportuno, dessa forma, citar os alguns países que permitem a naturalização do adotado, conforme Mônaco: Itália, França, Suécia, Holanda, Espanha, Suíça, Reino Unido, Bélgica, China, Irlanda, Japão e Polônia. A Alemanha e a Romênia vedam expressamente a aquisição da nacionalidade pelo adotado.

Os direitos e obrigações do filho adotivo são idênticos àqueles relativos ao filho biológico, revelando-se como direitos fundamentais do filho que definem o conteúdo do poder paternal, pois são direitos da criança necessários ao desenvolvimento de sua personalidade e do seu bem-estar material e moral. Por tal razão é que uma das questões de maior problemática da adoção internacional diz respeito à necessidade de assegurar que a adoção, existindo em um determinado ordenamento jurídico, possa ser reconhecida em ordenamento diverso.

É bem verdade que a possibilidade de se reconhecer um procedimento estrangeiro é admitida na maioria dos Estados, como corolário do duplo princípio da colaboração

internacional e da economia processual. Apesar disso, não existe, por parte dos Estados, um critério igualitário para o procedimento da adoção.

Segundo Costa (1998, p. 158) os diversos Estados, de modo geral, subordinam o reconhecimento da sentença estrangeira a um exequatur ou procedimento equivalente, a fim de que ela possa ter força executiva e autoridade de coisa julgada no ordenamento jurídico interno, no qual se solicita sua validade e, citando Operti Badán, afirma que, no que diz respeito à adoção, que classifica como procedimento de jurisdição voluntária, entende que somente quando a instituição implique a execução sobre os bens ou coerção sobre as pessoas será necessário o exequatur propriamente dito.

Entretanto, vários são os países cujo sistema jurídico tem, na competência internacional para decidir a adoção, um obstáculo ao reconhecimento da constituição do vínculo. Alguns deles exigem o cumprimento prévio de determinados requisitos, previstos na lei interna, o que também se revela um obstáculo à validade de uma sentença estrangeira constitutiva de adoção. Exemplificando, Costa (1998, p. 160) cita a Itália que, apesar de colocar a criança adotiva estrangeira em posição de igualdade com as crianças italianas, exige uma custódia pré-adotiva de pelo menos um ano para que se confirme a sentença estrangeira, o que parece outra adoção. Acrescenta, ainda, aquele autor que existem alguns países, como a Alemanha, Argentina, França, Grécia e Portugal, que, para validarem as adoções internacionais, aplicam as normas gerais de reconhecimento da sentença estrangeira, o que gera uma variação do sistema de revisão de mérito ao da deliberação.

A conclusão a que se chega é que a maioria das dificuldades apresentadas para reconhecimento da sentença estrangeira é resultante da tendência de os países aplicarem suas próprias leis. Por essa razão é que grande tem sido a batalha por parte das Nações Unidas, do Conselho da Europa e da Organização dos Estados Americanos, com o fim de estabelecer normas e provimentos que propiciem maior facilidade à adoção internacional e o conseqüente reconhecimento pelos Estados. E assim deve ser, pois como leciona Siqueira (2004, p. 131),

O princípio constitucional de que todos são iguais perante a lei, com a garantia da inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e outros afins, constitui um processo que exige um longo caminhar pela estrada da consciência cívica nacional fortalecida.

Trata-se de entendimento baseado na concepção unitária de direitos humanos, como assevera Machado (2003, p. 407):

Essa conformação estrutural diferenciada dos direitos – assentada na concepção unitária dos direitos humanos, que reconhece a inafastável interdependência entre os chamados ‘direitos civis’, ou ‘direitos da liberdade’ e os chamados ‘direitos sociais’, ou ‘direitos de igualdade’ – caracteriza-se pela positivação de todos esses direitos daquela mesma maneira, com a finalidade de lograr proteção integral dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes: na essência da problemática, apenas se alcança efetividade plena para qualquer destas ‘classes’ de direitos quando todos estão suficientemente satisfeitos.

E é por essa razão que essa estruturação especial dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes requer uma tutela jurisdicional diferenciada, como lembra a mesma autora, devendo-se ter-se como princípios orientadores o Direito da Criança e do Adolescente, os princípios constitucionais gerais do Direito da Infância e Juventude, como tratados neste trabalho, quais sejam: o Princípio da Proteção Integral, o Princípio do Respeito à Peculiar Condição de Pessoa em Desenvolvimento, o Princípio da Igualdade de Crianças e Adolescentes, o Princípio da Prioridade Absoluta e o Princípio da Participação Popular na Defesa dos Direitos de Crianças e Adolescentes, sendo este último aquele que objetiva chamar a comunidade organizada a participar da defesa dos direitos de crianças e dos adolescentes, a fim de reforçar a proteção integral.

Tal proteção deve existir na esteira de uma cultura jurídica humanista, como esclarece Fabríz (1999, p. 238):

Sendo o Direito um fenômeno humano e universal, há que se estabelecer um elo de ligação entre os vários Direitos e os vários sistemas jurídicos existentes. Tal elo encontra-se justamente na formulação de uma cultura humanista universal que encontre nos Direitos Humanos a sua essência, sem perder de vista as realidades locais de cada povo. Dessarte, qualquer teoria, tratado, lei, decisão ou mesmo as relações sociais intersubjetivas que ocorrem no cotidiano, deverão pautar-se pelos Direitos Humanos.

Nessa linha, partindo para uma conotação mundial de direitos humanos, diante do grande número de transferência de infantes de um país para outro, pela adoção, surgiu um interesse internacional em proteger a criança, propiciando ao adotante a segurança devida, o que fez com que os Estados membros signatários da Convenção Relativa à Proteção da Criança e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, de Haia (29-05-1993), estabelecessem garantias para que as adoções internacionais levem em consideração, prioritariamente, o interesse superior da criança e o respeito aos direitos fundamentais reconhecidos pelo Direito Internacional. E, ainda mais, prevê a Convenção a instauração de um sistema de cooperação entre os Estados contratantes, a fim de assegurar o respeito às garantias e, conseqüentemente, prevenir o tráfico de crianças, assegurando o reconhecimento, pelos Estados contratantes, das adoções realizadas de acordo com a Convenção.

Desse modo, o que não se pode admitir de maneira alguma é que a criança seja encaminhada para uma situação que lhe seja ainda pior do que a que vivia anteriormente. Porque a criança e o adolescente, segundo dispõe o art. 3º, do seu Estatuto, “[...] gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata essa lei, assegurando-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual, em condições de liberdade e dignidade”.

Nesse passo, levando-se em consideração a realidade de um mundo globalizado, vale a lição de Luño (1998, p. 41), para quem “[...] qualquer atentado contra os direitos e liberdades da pessoa não é uma questão doméstica dos Estados, mas sim um problema de relevância internacional”. Isso porque o mundo contemporâneo tem sofrido profundas alterações na organização política mundial, principalmente em conseqüência da globalização, razão pela qual tem tomado vigor a idéia de uma mundialização e da internacionalização dos direitos humanos, como mecanismo de redução às graves conseqüências advindas da conversão do mercado promovida pela globalização, como ensina Jayme (2005, p. 189):

O modelo de desenvolvimento capitaneado pelos países ricos mostrou-se econômica, social e ambientalmente insustentável. Os resultados decorrentes da crise gerada por este modelo foram a ampliação do gap entre os ricos e os pobres e a exploração desordenada das reservas naturais, além dos seus limites de sustentabilidade; conseqüentemente, a globalização não inclusiva ocasionou instabilidades socioeconômicas e políticas nos países periféricos. Por isso, a mundialização vem em substituição à globalização, porquanto inadmissível atribuir-se exclusivamente ao mercado a capacidade de fazer a inclusão dos excluídos, de reduzir a pobreza, de distribuir renda e outras medidas necessárias ao desenvolvimento sustentável, por não ser esse o seu propósito, que não é outro senão o do lucro. A mundialização busca equilibrar as exigências do mercado com as medidas necessárias ao desenvolvimento sustentável e à dignidade humana.

Essa idéia apresentada por meio do processo de mundialização propõe a redefinição de vários conceitos e atitudes que possam tornar concretas as competências dos Estados na qualidade de promotor do bem comum. Assim, com relação à adoção internacional, há de ser respeitado o interesse maior do infante, interesse este que deverá reger todas as adoções supranacionais, num esforço conjunto de todos os Estados envolvidos.

É nesse momento que todas as pessoas devem dedicar-se às práticas jurídicas ligadas à proteção internacional dos direitos humanos como meio de cultivar o Direito, como leciona Fabriz (1999, p. 242):

[...] uma nova cultura jurídica humanista deve ser compreendida como um novo modo de cultivar o Direito, levando-se em consideração o complexo de princípios e valores característicos da sociedade em geral, vigentes em nossa época, cujo o esforço coletivo, a partir de uma participação efetiva de todos os cidadãos, instituições e segmentos que compõem a totalidade da sociedade, possam implementar um Direito que realmente aproxime-se das reais dimensões humanistas do homem, nas preservação incondicional da vida, da dignidade e integridade da pessoa humana, visando ainda, à defesa do Direito como elemento de aglutinação, desenvolvimento e transformação social.

Nesse sentido, a Convenção representa, então, o mínimo que toda sociedade deve garantir às suas crianças, reconhecendo, em um único código, todas as normativas relativas às medidas de privilégio e proteção em favor dos infantes que os países signatários devem adotar e incorporar às suas leis. Não restam dúvidas de que os

direitos assegurados pela instituição da adoção internacional ao imenso quantitativo de crianças transferidas de um país para outro somente poderão ser efetivamente garantidos se houver uma ampla e estreita cooperação entre os Estados.

Assim, para que a sentença no processo de adoção internacional surta seus reais efeitos, necessário se faz que atinja o objetivo primordial traçado na Constituição Federal de 1988, no Estatuto da Criança e Adolescente, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, na Convenção das Nações Unidas Sobre os Direitos da Criança e na Convenção Internacional Sobre a Proteção de Crianças e a Colaboração em Matéria de Adoção (Haia, 1993), qual seja, proporcionar àquela criança ou adolescente que não teve como alternativa permanecer em sua família natural ou a colocação em família substituta no seu próprio país, e a garantia dos seus direitos básicos, que o seja junto de uma família estrangeira, a fim de que possa encontrar o seu bem-estar e a sua felicidade, usufruindo do convívio familiar e comunitário sadios, com a garantia e a efetivação dos direitos a eles inerentes.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos da criança e do adolescente estão inseridos na luta pelos direitos humanos. Trata-se de uma árdua luta, gradativa e progressiva, pois as violações ocorridas a esses direitos, a sua proteção e novas conquistas são permanentes e constantes. A infância e a juventude brasileiras têm sua história dividida em dois momentos: o primeiro anterior e o segundo posterior à Constituição Federal de 1988, seguida da edição do Estatuto da Criança e do Adolescente. Na fase anterior, os menores eram tidos como objetos de intervenção no mundo dos adultos, sem que interesses concretos fossem levados em consideração no tratamento das muitas relações jurídicas que pudessem atingi-los. Foi somente a Constituição Brasileira de 1988 que estabeleceu um sistema especial e prioritário de proteção aos direitos fundamentais dos infantes.

O fundamento primordial desse sistema se baseia no reconhecimento da condição de hipossuficiência que possuem as crianças e os adolescentes, pois são seres humanos em formação e crescimento, desprovidos de aptidão para o exercício e a proteção dos seus direitos, condição decorrente de sua imaturidade física e psíquica, que faz com que necessitem de tratamento especial. A base para esse sistema especial está disposta no art. 227 da Constituição Federal, que descreve os direitos humanos de crianças e adolescentes, e no art. 1º, III, que prevê a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Além do reconhecimento de sua condição peculiar trazida pela atual Constituição Federal, também o Estatuto da Criança e do Adolescente representa um instrumento legal para o desenvolvimento desses entes hipossuficientes, revelando-se como uma verdadeira constituição infanto-juvenil, regulamentando os direitos fundamentais relativos à infância e à adolescência, como a vida, a educação, a convivência familiar e comunitária, o lazer e profissionalização. Desse modo, o desenvolvimento de uma criança e adolescente tem, na família e na educação, em que se inclui o esporte e o lazer, o seu elemento básico e fundamental, razão pela qual devem receber apoio, orientação, formação, promoção e sustentação por meio de políticas sociais públicas

para garantia dos seus direitos fundamentais, pois, apesar das transformações ocorridas na sociedade no plano social, econômico, cultural, ético e político, a família e a educação permanecem como espaços convenientes para o desenvolvimento da infância e juventude, com capacidade de transformar as crianças em cidadãos do mundo. Apesar disso, a maioria das crianças brasileiras continua tendo seus direitos fundamentais submetidos a muitas violações, em decorrência da forma de organização da sociedade, da distribuição de riqueza, tendo em vista que o Brasil tem uma das mais altas taxas de desigualdade econômica do mundo. Assim, editada a Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), passou-se a admitir a colocação de criança em família estrangeira na modalidade de adoção, e ainda se estabeleceram as condições para que essa permissão pudesse ser levada a efeito. Percebe-se, dessa forma, que a adoção internacional é um instituto de índole constitucional e, como tal, deve ser tratada.

Cuidando-se do instituto da adoção, não se revela como ponto crucial o fato de ser feita por nacional ou estrangeiro. O objetivo principal é que a criança que se viu privada de sua família natural seja acolhida por uma família substituta. Estando a família preparada para receber mais um ente em seu seio e restando atendidos os requisitos legais, não importa a nacionalidade dessa família, pois, para a adoção, trata-se de aspecto menos relevante. Há de se procurar, ao máximo, afastar as crianças das instituições, propiciando-lhes uma família. Esse é o verdadeiro objetivo da lei.

Evidentemente, a adoção internacional surge como medida excepcional, somente justificada quando não houver outra alternativa para a criança em seu próprio país, pois ela não pode ser privada do seu bem-estar mesmo em uma família estrangeira. A criança e o adolescente desamparados devem ser valor fundamental a se defender, de uma forma que não haja preconceitos ou condicionamentos ideológicos prévios, como a pátria, a cultura e a língua. Portanto, a afirmação injustificada de nacionalismos ou a invocação da soberania, como valor politicamente superior, não podem servir de entraves para o atendimento dos objetivos perseguidos pelo Estado Democrático de Direito preceituado pela Carta Magna de 1988 a todos os cidadãos brasileiros.

A estruturação especial dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes requer uma tutela jurisdicional diferenciada, devendo ter como instrumentos orientadores de todo o Direito da Criança e do Adolescente os princípios constitucionais gerais do direito da infância e juventude, como tratados neste trabalho, quais sejam: o Princípio da Proteção Integral, o Princípio do Respeito à Peculiar Condição de Pessoa em Desenvolvimento, o Princípio da Igualdade de Crianças e Adolescentes, o Princípio da Prioridade Absoluta e o Princípio da Participação Popular na Defesa dos Direitos de Crianças e Adolescentes, sendo este último aquele que objetiva chamar a comunidade organizada a participar da defesa dos direitos de crianças e adolescentes, a fim de reforçar a sua proteção integral. Essa é a razão pela qual os Direitos Humanos não devem permanecer somente nas mãos dos operadores do Direito, pois suas ações envolvem caráter interdisciplinar, podendo ser avaliadas em diversas perspectivas.

Assim, partindo para uma conotação mundial, diante do grande número de transferência de infantes de um país para outro por meio da adoção, surgiu um interesse internacional em proteger a criança, propiciando ao adotante a segurança devida, o que fez com que os Estados Membros signatários da Convenção Relativa à Proteção da Criança e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, de Haia (29-05-1993), estabelecessem garantias para que as adoções internacionais levem em consideração, prioritariamente, o interesse superior da criança e o respeito aos direitos fundamentais reconhecidos pelo Direito Internacional. E ainda mais, prevê a Convenção a instauração de um sistema de cooperação entre os Estados contratantes, a fim de assegurar o respeito às garantias e, conseqüentemente, prevenir o tráfico de crianças, assegurando o reconhecimento, por esses Estados, das adoções realizadas de acordo com a Convenção.

Levando-se em consideração a realidade de um mundo globalizado, vale a lição de Luño (1998, p. 41), para quem “[...] qualquer atentado contra os direitos e liberdades da pessoa não é uma questão doméstica dos Estados, mas sim um problema de relevância internacional”. E assim é porque o mundo contemporâneo tem sofrido profundas alterações na organização política mundial, principalmente em conseqüência da globalização, razão pela qual tem tomado vigor a idéia de mundialização e

internacionalização dos direitos humanos, como mecanismo de redução às graves conseqüências advindas da conversão do mercado promovidas pela globalização. Essa idéia apresentada pelo processo de mundialização propõe a redefinição de vários conceitos e atitudes que possam tornar concretas as competências dos Estados na qualidade de promotor do bem comum. Com relação à adoção internacional, há de ser respeitado o interesse maior do infante, interesse este que deverá reger todas as adoções supranacionais, num esforço conjunto de todos os Estados envolvidos.

O direito material de crianças e adolescentes possui a característica de gerar prestação positiva do Estado, da família e da sociedade, como disposto no art. 227, da Constituição Federal, com a garantia e a segurança prioritárias. Esse sistema diferenciado de direitos assenta-se na concepção unitária de direitos humanos, ou seja, os direitos da infância e da adolescência só serão efetivados se os direitos que compõem essa concepção unitária (direitos de liberdade e de igualdade) forem suficientemente satisfeitos. Essa interdependência e indivisibilidade coloca os Direitos Humanos em um patamar cuja perspectiva se dá de forma mais ampla, com a adoção de mecanismos mais eficazes, escapando ao domínio único do Estado.

Essa teoria demonstra a extrema importância nas ações dos cidadãos comuns e dos juristas que pensam em exercitar o Direito, pois devem fazê-lo sob a ótica dos Direitos Humanos, propiciando a identificação dos momentos de ruptura de paradigmas diversos, facilitando a transparência das intervenções ideológicas que atravessam o sistema jurídico, possibilitando uma maleável compreensão desse fenômeno, a fim de cooperar com o aprimoramento da ciência jurídica.

Nesse sentido, pode-se concluir que a Doutrina da Proteção Integral que orienta todo o Direito da Criança e do Adolescente, na forma concebida pela Constituição Federal de 1988, representa um instante de profunda interrupção no Direito anterior, pois fortaleceu a linha de igualdade e democracia do Direito Iluminista, estabelecendo uma novel ordem na doutrina, regulada com a moderna idéia de radical proteção aos Direitos Humanos, não sendo possível, sob qualquer pretexto, ser encarada e tratada de forma diversa.

REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Jason. **Adoção plena segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. 191 p.

BARBOZA, Heloisa Helena. O princípio do Melhor interesse da criança e do adolescente. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Repensando o Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 201-212.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996. 408 p.

_____. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 424 p.

_____. **O Direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 3^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. 370 p.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Granda da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. 1044 p.

BERTASO, João Martins. A cidadania moderna: a leitura de uma transformação. In: DAL RI JUNIOR, Arno; OLIVEIRA, Odete Maria de (Org.). **Cidadania e nacionalidade: efeitos e perspectivas nacionais – regionais – globais**. 2. ed. Ijuí-RS: Ed. Unijui, 2003. p. 405-433.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993. 288 p.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 4. ed. Brasília: UNB, 1994. 184 p.

_____. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. 216 p.

CARVALHO, Jefferson Moreira. **Adoção internacional**. São Paulo: Themis Editora, 2002. 47 p.

CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. A cidadania brasileira e o papel dos operadores do direito na busca de sua consolidação. In: DAL RI JUNIOR, Arno; OLIVEIRA, Odete Maria de (Org.). **Cidadania e nacionalidade: efeitos e perspectivas nacionais – regionais – globais**. 2. ed. Ijuí-RS: Ed. Unijui, 2003. p. 247-275.

COSTA, Tarcisio José Martins. **Adoção transnacional: um estudo sociojurídico e comparativo da legislação atual**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. 640 p.

COSTA, Tarcisio José Martins. Adoção Internacional: aspectos jurídicos, políticos e socioculturais. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família: a família na travessia do milênio**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 265-282.

_____. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. 489 p.

DAL RI JUNIOR, Arno; OLIVEIRA, Odete Maria de (Org.). **Cidadania e nacionalidade: efeitos e perspectivas nacionais – regionais – globais**. 2. ed. Ijuí-RS: Ed. Unijui, 2003. 544 p.

DANTAS, Ivo. **Instituições de Direito constitucional brasileiro**. Ed. Juruá: Curitiba, 1999. 554 p.

DE PAULA, Paulo Afonso Garrido. Educação, direito e cidadania. **Cadernos de Direito da Criança e do Adolescente**. São Paulo, n. 1. p. 30-48. 1995.

DI GIORGIO, Cristina. **Por uma escola da consciência universal** : a escola dinamizadora do seu retorno em tempos de globalização. 2001. 88 f. Tese de livre-docência. Presidente Prudente: Faculdade de Ciências e Tecnologia. 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 346. 612 p., 5^o v.

FABRIZ, Daurly César. **A estética do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. 248 p.

FERRAJOLI, Luigi. Prefácio. In: Mendez, Emilio Garcia ; Bellof, Mary (Org.). **Infância, ley y democracia em América Latina**. Bogotá-Buenos Aires: Temis-Ediciones Depalma, 1999.

FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. **O desenvolvimento da criança e do adolescente dentro de uma perspectiva de futuro: lazer, família e educação**. 2003. Disponível em:<www.mp.sp.gov.br>. Acesso em: 02 mar 2005.

FIGUEIREDO, Luiz Carlos de Barros. **Adoção internacional: doutrina & prática**. Curitiba: Juruá, 2002. 284 p.

_____. Promoção da convivência familiar e comunitária. **Cadernos de Direito da Criança e do Adolescente**. São Paulo, nº 1, p. 7-11, 1995.

FIUZA, César Augusto de Castro. Mudanças de paradigmas: do tradicional ao contemporâneo. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família: a família na travessia do milênio**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 27-38.

FREIRE JUNIOR, Americo Bede. 2001 - uma constituição no espaço. São Paulo: **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, ano 9, n. 40, Set./Out. 2001.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença**: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. 232 p.

GATELLI, João Delciomar. **Adoção internacional de acordo com o novo Código Civil**. Curitiba: Juruá, 2003. 198 p.

GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção**: doutrina e prática com a abordagem do novo Código Civil. Curitiba: Juruá, 2003. 208 p.

GROPPALI, Alexandre. **Filosofia do Direito**. Campinas: LZN Editora, 2003. 333 p.

JAYME, Fernando Gonzaga. **Direitos humanos e sua efetivação pela Corte Interamericana de direitos humanos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. 208 p.

JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. **Guarda, tutela e adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente**: principais aspectos. São Paulo: Revista de Direito Privado, v. 5, n. 5, p. 64, Jan./Mar. 2001.

LIBERATI, Wilson Donizete. **Adoção internacional**. São Paulo: Malheiros, 1995. 518 p.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de Família**: a família na travessia do milênio. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 245-253.

LUÑO, Perez. **Derechos humanos, estado derecho y constitucion**. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2003. 639 p.

_____. **Los derechos fundamentales**. 7. ed. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1998. 231 p.

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri-SP: Manole, 2003. 426 p.

MANCINI, Pasquale Stanislao. **Direito internacional**. Ijuí: Ed. Unijui, 2003. 312 p.

MARQUES, Claudia Lima. O regime da adoção internacional no Direito Brasileiro após a entrada em vigor da Convenção de Haia de 1993. São Paulo: **Revista de Direito Privado**, nº 9, p. 43-67, Jan/Mar. 2002.

MARMITT, Arnaldo. **Adoção**. Rio de Janeiro: Aide, 1993. 200 p.

MENDONÇA, Martha; FERNANDES, Nelito. A grande família adotiva. **Revista Época**, São Paulo, n. 327, p. 96-102, ago. 2004.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **Direitos da criança e adoção internacional**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. 155 p.

MOOR, Fernanda Stracke. A filiação adotiva dos menores e o novo modelo de família previsto na Constituição Federal de 1988. São Paulo : **Revista de Direito Privado**, v. 7, n. 7, p. 40-68, jul/set. 2001.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Do direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o Direito na ordem contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. 247 p.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Reconhecimento de paternidade e seus efeitos**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. 338 p.

PEREIRA, Tânia da Silva. A convenção sobre os direitos da criança (ONU) e a proteção da infância e adolescência no Brasil. São Paulo: **Revista de Direito Civil**, nº 60, p. 23-39, Abr/Jun. 1992.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997. 487 p.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira. Família constitucionalizada e pluralismo jurídico. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família: a família na travessia do milênio**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 61-70.

SIQUEIRA, Liborni. **Adoção: doutrina e jurisprudência**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Folha Carioca, 2004. 416 p.

TAVARES, José de Farias. **Direito da infância e da juventude**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. 272 p.

TEPEDINO, Maria Celina. A caminho de um Direito Civil constitucional. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo: RT, n. 65, p. 21-32. 1993.

VIANA, Marco Aurélio. **Da guarda, da tutela e da adoção**. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. 112 p.

WEBER, Lídia Natalia Dobrianskyj. **Laços de ternura: pesquisas e histórias de adoção**. Curitiba: Juruá Editora, 2003. 232 p.

ANEXOS

ANEXO A – Convenção Relativa a Proteção das Crianças e a 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 deveria 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 da 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 pôr 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 Assembléia Geral 41/85, de 3 de dezembro de 1986),

Acordam nas seguintes disposições:

C A P Í T U L O I

Âmbito de Aplicação da Convenção

ARTIGO 1º

Apresente Convenção tem pôr 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 conseqüência previna o seqüestro, a venda ou o tráfico de crianças;

c) assegurar o reconhecimento nos Estados Contratantes das adoções realizadas segundo a Convenção .

ARTIGO 2º

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 pôr cônjuges ou pôr 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 3º

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

C A P Í T U L O II

Requisitos para as Adoções Internacionais

ARTIGO 4º

As adoções abrangidas pôr esta convenção s6 poderão ocorrer quando as autoridades competentes do Estado de origem:

a) tiverem determinado que a criança é adaptável;

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 conseqüências 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 pôr 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 conseqüências 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 pôr escrito;

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

ARTIGO 5º

As adoções abrangidas pôr 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 .

C A P I T U L O III

Autoridades Centrais e Organismos Credenciados

ARTIGO 6º

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 I I , sistemas jurídicos ou um Estado com unidades territoriais autônomas Modera 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 a comunicação para sua transmissão à Autoridade Central competente dentro desse Estado .

ARTIGO 7º

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 8º

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

ARTIGO 9º

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 a 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 seus respectivos Estados;

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 justificada a de informações a respeito de uma situação experiências em matéria de adoção internacional; respeito de uma situação particular de adoção formuladas pôr outras Autoridades Centrais ou pôr autoridades públicas . .

ARTIGO 10

Somente poderão obter e conservar o credenciamento os organismos que demonstrarem sua aptidão para cumprir corretamente 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 do 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 poderão 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 .

C A P Í T U L O I V

Requisitos Processuais para a Adoção Internacional

ARTIGO 14

As 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 de 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 crianças assim como sua origem étnica, religiosa e cultural;

c) assegurar-se de que os consentimentos tenham sido obtidos de acordo com o artigo 4; 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 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 acolhida ou pela Autoridade Central 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 artigo 5, 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 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 artigo 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 os relatórios a que se referem os artigos 15 e 16 serão restituídos às autoridade, as que os tiverem expedido .

ARTIGO 20

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

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 assegurar sem demora, uma nova colocação da criança com com a Autoridade Central do Estado de . origem, vistas à sua adoção ou, em sua falta, uma colocação alternativa de caráter duradouro . Somente Poderá ocorrer uma adoção se a Autoridade Central do Estado de origem tiver sido devidamente informada sobre adotivos; 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 Autoridade Central pelo presente capítulo poderão ser exercidas pôr autoridades públicas ou pôr 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 pêlos artigos 15 a 21 poderão também ser exercidas nesse Estado, dentro dos limites permitidos lei e sob o controle das autoridades competente desse Estado, Pôr organismos e pessoas que:

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

b) forem qualificados pôr 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 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 .

5) Não obstante qualquer declaração, efetuada de conformidade com o parágrafo 2, os relatórios previstos nos artigos 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 1 .

C A P Í T U L O V

Reconhecimento e Efeitos da Adoção

ARTIGO 23

1 . Uma adoção certificada 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 artigo 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 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 artigo 39, parágrafo 2 .

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 pôr 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 artigo 4, alíneas, 'c' e 'd', tiverem sido ou forem outorgados para tal adoção .

2 . o artigo 23 aplica-se à decisão sobre a conversão .

C A P Í T U L O 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 artigo 4 . alíneas '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 e, 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 permita a lei do referido Estado .

ARTIGO 31

Sem prejuízo do estabelecido no artigo 30, os dados pessoais que forem obtidos ou transmitidos de conformidade com a Convenção, em particular aqueles a que se referem os artigos 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 serão entendida como relativa à lei vigente na correspondente, 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 serão 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 derrogar, as disposições contidas nos artigos 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 artigo 14 e recebidas depois da entrada em vigor da Convenção no Estado de acolhida e no Estado de origem .

ARTIGO 42

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

C A P Í T U L O VIII

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 artigo 46, parágrafo 1' .
- 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 artigo 48, alínea "b" . Tal objeção poderá igualmente ser formulada pôr 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 pôr meio de nova declaração a qualquer tempo .
- 2 . Tais 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 a expiração de um período de três meses contados da data do depósito do terceiro instrumento de ratificação, de aceitação ou de aprovação previsto no artigo 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 " I 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 artigo 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 pôr 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 surtira efeito ao término do referido período a contar da data do recebimento da notificação .

ARTIGO 48

O depositário notificarão 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 artigo 44:

a) as assinaturas, ratificações, aceitações e aprovações a que se refere o artigo 43;

b) as adesões e as objeções às adesões a que se refere o artigo 44;

c) a data em que a Convenção entrará em vigor de conformidade com as disposições do artigo 46;

d) as declarações e designações a que se referem os artigos 22, 23, 25 e 45;

e) os Acordos a que se refere o artigo 39;

f) as denúncias a que se refere o artigo 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, pôr via diplomática, a cada um dos Estados-Membros da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado pôr ocasião da Décima-Sétima Sessão, . assim com a cada um dos demais Estados que participaram desta Sessão .

ANEXO B – Decreto Legislativo nº 63, de 1995

Aprova o texto da Convenção sobre Cooperação Internacional e Proteção de Crianças e Adolescentes em Matéria de Adoção Internacional, concluída em Haia, em 29 de maio de 1993 .

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art . - 1º É aprovado o texto da Convenção sobre Co operação Internacional e Proteção de Crianças e Adolescentes em Matéria de Adoção Internacional, concluída em Haia, em 29 de maio de 1993 .

Parágrafo único . São sujeitos à apreciação do Congresso Nacional quaisquer atos que possam resultar em revisão à referida Convenção, bem como quaisquer atos que, nos termos do art . 49, I, da Constituição Federal, acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional .

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

Senado Federal, em 19 de abril de 1995.

Senador José Sarney

Presidente do Senado Federal

