

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E SOCIAL
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

ADOÇÃO INTERNACIONAL E SUA PROBLEMÁTICA SOCIAL

Acadêmico: Marco Antonio de Bulhões Gomes

Orientador: Prof^a. Msc. Leilane Mendonça Zavarizzi da Rosa

Florianópolis

1997

MARCO ANTONIO DE BULHÕES GOMES

ADOÇÃO INTERNACIONAL E SUA PROBLEMÁTICA SOCIAL

Monografia apresentada para
obtenção do título de Bacharel
em Direito da Universidade
Federal de Santa Catarina.

Orientador: Prof.^a Msc. Leilane
Mendonça Zavarizzi da Rosa

FLORIANÓPOLIS

1997

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO I	11
1. CONCEITUAÇÃO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO DA ADOÇÃO .	11
1.1. CONCEITO JURÍDICO DE ADOÇÃO.....	11
1.2. ÉPOCA PRÉ-ROMANA.....	13
1.3. ROMA.....	15
1.3.1. Ad-rogação	16
1.3.2. Adoção em sentido estrito	16
1.3.3. Adoção testamentária	17
1.4. IDADE MÉDIA.....	19
1.5. DIREITO FRANCÊS.....	20
1.6. A ADOÇÃO NO BRASIL.....	21
CAPÍTULO II	24
2. A ADOÇÃO INTERNACIONAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: INFLUÊNCIAS EXTERNAS E O ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988.	24
2.1. A ADOÇÃO INTERNACIONAL NAS CONVENÇÕES DE HAIA E DE LA PAZ.....	24
2.1.1. CONVENÇÃO DE HAIA	24
2.1.2. CONVENÇÃO DE LA PAZ	25
2.2. A ADOÇÃO INTERNACIONAL NO CÓDIGO BUSTAMENTE E NAS CONCLUSÕES DA REUNIÃO DE EXPERTOS DE QUITO.....	25

2.3. A ADOÇÃO INTERNACIONAL NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO DE MENORES (LEI 6.697 DE 10 DE OUTUBRO DE 1979) E CONSIDERAÇÕES EM RELAÇÃO AO CÓDIGO CIVIL.....	27
2.4. CONSIDERAÇÕES EM RELAÇÃO À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988.....	30
2.5. A ADOÇÃO INTERNACIONAL NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....	32
CAPÍTULO III	39
3. ADOÇÃO INTERNACIONAL PRÓS E CONTRAS	39
3.1. DUAS CORRENTES ACERCA DA ADOÇÃO INTERNACIONAL.....	39
3.2. EXCEPCIONALIDADE DA ADOÇÃO INTERNACIONAL NO ECA.....	40
3.3. TERMO DE GUARDA E/OU TUTELA AO CANDIDATO ESTRANGEIRO..	43
3.4. ADOÇÕES POR AGÊNCIAS OU ADOÇÕES INDEPENDENTES.....	44
3.4.1. AGÊNCIAS	45
3.4.2. ADOÇÕES INDEPENDENTES	47
3.4.2.1. Por contatos diretos dos adotantes.....	47
3.4.2.2. Por contatos efetuados através de intermediários sem fins lucrativos.....	47
3.4.2.3. Por contatos efetuados através de intermediários com fins lucrativos.....	48
3.5. ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA.....	49
CAPÍTULO IV	53
4. TENDÊNCIAS DA ADOÇÃO INTERNACIONAL NO SÉCULO XXI.	53
4.1. ADOÇÃO DE EMBRIÕES HUMANOS.....	53

4.2. TÉCNICAS DE PROcriação HUMANA ASSISTIDA COMO REMÉDIO À ESTERILIDADE.....	55
4.3. A MÃE DE ALUGUEL.....	59
CONSIDERAÇÕES FINAIS	64
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	67

INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico tem como objeto a análise da Adoção Internacional vista sob o aspecto social e legal, frente aos procedimentos de adoção de crianças e adolescentes brasileiros por estrangeiros não residentes ou domiciliados no Brasil, remetendo a discussão para a legislação vigente, de forma mais específica para o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Enfocar-se-á as dificuldades em saber da idoneidade dos pretensos pais adotivos, a posterior vistoria da relação destes com o adotado, bem como as barreiras que os mesmos encontram por parte da legislação brasileira e de magistrados que se posicionam contrários à Adoção Internacional. Versará ainda, acerca dos choques existentes entre a legislação nacional e a estrangeira, relativamente aos direitos das crianças e adolescentes.

O objetivo do trabalho é discutir, questionar e analisar o modo procedimental da Adoção Internacional, desde o requerimento, estágio de convivência e vistoria do convívio entre a família adotante e o adotando, as reais possibilidades de efetivação e ainda, a importância que possui relativamente ao futuro das crianças e adolescentes que se encontram em situação irregular.

A adoção *lato sensu* é instituto milenar de suma importância no que diz respeito ao seu valor histórico bem como

ao indiscutível valor social. Desenvolveu-se ao longo dos tempos, nas mais diversas civilizações até chegar aos dias atuais. Destacam-se as legislações dos babiloneses, onde a adoção foi minuciosamente disciplinada no Código de Hamurabi; a legislação romana, na qual o instituto mais se desenvolveu; e no Direito francês, o qual influenciou na reintrodução do instituto nas legislações atuais após ter caído em desuso na idade média.

No Brasil, inicialmente vigoraram as Ordenações Filipinas, outras legislações posteriores trataram da adoção, porém sempre de forma incidental. No entanto, foi somente com o atual Código Civil datado de 1916, que a adoção em nosso País passou a ganhar maior importância.

A partir do Código de Menores (Lei 6.697 de 10 de outubro de 1979), a Adoção Internacional passou a ter norma apropriada no ordenamento pátrio. Ganhou força de norma constitucional a partir da Constituição da República de 1988, a qual estabeleceu que a adoção quando pleiteada por estrangeiros, deverá ser assistida pelo Ministério Público que, de acordo com a lei, estabelecerá casos e condições para a sua efetivação.

Em suma, a Constituição enfatiza a importância do atendimento às necessidades das crianças e dos adolescentes, principalmente no que se refere ao direito de possuírem uma família, mesmo que não nacional.

Disciplinando o assunto, o atual Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990), seguiu os princípios acolhidos pela Lei Maior e, a partir deles, não deixou de introduzir em seu bojo, normas pertinentes aos casos e condições para a concessão da Adoção Internacional.

Tema de atualidade indiscutível, mostra-se à cada dia mais presente. Representa para as crianças e adolescentes em situação de abandono, um ato que visa solucionar esta realidade deveras assustadora e, não mais um instituto que visa primordialmente curar as feridas afetivas e emocionais dos adotantes, como ocorria anteriormente ao Código de Menores.

A adoção por família estrangeira, é um fato jurídico que a muito vem levantando discussões doutrinárias, exigindo da legislação pátria, uma verdadeira transformação ao longo dos anos para melhor garantir os interesses do menor.

Primeiramente abordaremos a conceituação da adoção lato sensu bem como da Adoção Internacional, o desenvolvimento da adoção ao longo dos tempos, nas mais diversas civilizações até chegar aos dias atuais.

Em seguida direcionaremos o estudo para a Adoção Internacional de forma específica, mostrando a evolução do instituto no ordenamento jurídico brasileiro, as influências sofridas em decorrência das convenções e grupos de estudos internacionais, e os princípios introduzidos com o advento da Constituição da República de 1988, os quais nortearam o Estatuto da Criança e do Adolescente.

O Capítulo terceiro analisa os posicionamentos favoráveis e contrários à Adoção Internacional, as condições contidas no Estatuto para que a adoção de criança brasileira por estrangeiro seja efetivada e as formas pelas quais são requeridas.

Por fim, abordaremos as propostas e tendências para a Adoção Internacional no século XXI, suas perspectivas e influências que sofre e exerce no âmbito da bioética e procriação humana assistida.

O método utilizado para esta pesquisa foi o indutivo e, excepcionalmente, o dedutivo, e a técnica empregada foi a pesquisa bibliográfica entre os autores nacionais que tratam do tema e de textos legais, inclusive internacionais.

CAPÍTULO I

1. CONCEITUAÇÃO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO DA ADOÇÃO

1.1. CONCEITO JURÍDICO DE ADOÇÃO

Por tratar-se de instituto interpretado em vários ramos do conhecimento jurídico, são muitas as definições que incidem sobre a adoção.

Conceituando a adoção no direito romano, assim ensina José CRETELLA JÚNIOR:

"Em sentido lato, adoção é a colocação de alguém sob a "patria potestas", podendo recair sobre o "alieni juris" (adoção propriamente dita) ou sobre o "sui juris" (ad-rogação). Adoção, propriamente dita, é o ato pelo qual o "alieni juris", homem ou mulher, sai da família de origem para colocar-se sob outra "patria potestas". É a transferência de 'patria potestas'".¹

Sílvio RODRIGUES, assim define a adoção:

"(...) a adoção é o ato do adotante pelo qual traz ele, para sua família e na condição de filho pessoa que lhe é estranha".²

¹ CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 125.

² RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, v. VI, 1993. p. 345.

Prosegue Sílvio RODRIGUES em seu ensinamento:

"Trata-se de negócio unilateral e solene. É verdade que a unilateralidade da adoção é imperfeita e mesmo discutível, pois a lei reclama o consentimento dos pais ou do representante legal do adotado (art. 45). Este requisito levou mesmo alguns escritores clássicos a definirem a adoção como contrato. Mas, como há hipóteses em que tal concordância não é exigida e como a principal manifestação de vontade é a do adotante, não choca admiti-la como ato unilateral".³

No entanto, tem a Adoção Internacional conceituação própria, fazendo-se necessário defini-la.

Dá-se a Adoção Internacional, quando a parte adotante tem sua residência ou domicílio fixados no exterior e o adotando com residência habitual no Brasil.

Conceituação esta retirada do disposto no art. 51 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 51 - Cuidando-se de pedido de adoção formulado por estrangeiro residente ou domiciliado fora do País, observar-se-á o disposto no art. 31.

Se, ao contrário, o adotante possuir nacionalidade estrangeira, fixando no entanto residência em solo nacional, esta adoção será regida pelas normas aplicáveis aos brasileiros.

³ RODRIGUES, Sílvio. *Op. cit.* p. 345.

1.2. ÉPOCA PRÉ-ROMANA

Os primeiros vestígios encontrados da origem mais remota da adoção, datam de épocas anteriores até mesmo ao direito romano, tendo ela como finalidade básica a de perpetuar o culto dos antepassados.

Entre os babilônios, foi minuciosamente disciplinado no Código de Hamurabi, 1728-1686 a.C., revelando uma civilização adiantadíssima para época tão afastada.

Transcreve-se, portanto, seus dispositivos, subordinados à epígrafe:

"Adoção. Ofensa aos pais. Substituição de criança.

185. Se alguém dá seu nome a uma criança e a cria como filho, este adotado não poderá mais ser reclamado.

186. Se alguém adota como filho um menino e depois que o adotou ele se revolta contra seu pai adotivo e sua mãe, este adotado deverá voltar à sua casa paterna.

187. O filho (adotado) de um camareiro a serviço da Corte ou de uma sacerdotisa-meretriz não pode ser mais reclamado".⁴

Como percebe-se, já naquela época o instituto da adoção possuía muita importância, tendo o adotado inclusive, direitos sucessórios. Se por exemplo, um operário tomasse para criar um menino, lhe ensinando o seu ofício, este não poderia mais ser

⁴ CHAVES, Antônio. *Adoção Simples e Adoção Plena*. São Paulo: Julex, v. 1., 4. ed., 1988. pp. 39-40.

reclamado. No entanto, se dito operário não ensinou ao adotado o seu ofício, poderia este voltar à sua casa paterna.

A atitude do pai adotivo, em tratá-lo como filho, era deveras salutar para que o ato de adoção tivesse eficácia e continuidade, como se verifica a seguir:

"190. Se alguém não considera entre seus filhos um menino que tomou e criou como filho, o adotado pode voltar à sua casa paterna.

191. Se alguém que tomou e criou um menino como seu filho, põe sua casa e tem filhos e quer renegar o adotado, o filho adotivo não deve retirar-se de mãos vazias. O pai adotivo deverá dar-lhe de seus bens um terço da sua quota de filho e então deverá afastar-se. Do campo, do pomar e da casa ele não deverá dar-lhe nada."⁵

Fica clara a preocupação do legislador babilônico em considerar os casos em que o adotado podia ou não ser reclamado pelos pais legítimos, critério que lhe serve para ordenar cada um dos dispositivos.

Como no caso do art. 185, que tornava a criação um ato, o qual garantia que a relação de adoção se tornasse indissolúvel, ou seja, uma vez educado, o adotado não poderia virar as costas ao pai adotivo e voltar tranqüilamente à sua casa, pois estaria lesando aquele princípio de justiça elementar, que estabelece que as prestações recíprocas entre os contraentes devam ser iguais, correspondentes, princípio que constitui um dos fulcros do direito babilônico e assírio.

⁵ CHAVES, Antônio. *Op. cit.* pp. 39-40.

De acordo com as Leis de Manu, IX, 10:

"aquele a quem a natureza não deu filhos, pode adotar um para que as cerimônias fúnebres não cessem".⁶

Em Atenas somente os cidadãos gozavam do direito de adotar e serem adotados. Sendo o ato executado através de solenidade, em que se exigia a intervenção do magistrado, salvo quando praticado por meio de testamento. O filho adotivo não podia voltar à sua casa paterna sem antes deixar filho na adotiva. A ingratitude era fato que dava causa à revogação do ato. Em suma, o instituto achava-se organizado para atender, principalmente, à sua inspiração de caráter religioso, na preocupação fundamental de assegurar a perpetuidade do culto doméstico, como recurso extremo para eximir a família da temível desgraça de sua extinção.

No direito grego, procurava-se na adoção o meio para que se perpetuasse o culto doméstico, ou da família, pois para eles a extinção da família seria uma desgraça.

1.3. ROMA

Porém, foi em Roma que tal instituto mais se desenvolveu, tendo como finalidade básica a de proporcionar herdeiro para o indivíduo que não tenha filhos consangüíneos,

⁶ CHAVES, Antônio. *Op. cit.* p. 41.

por motivos de família (continuação dos "sacra privata") ou políticos (assegura sucessor ao príncipe, como no caso de Justiniano, adotado por Justino); para transformar plebeus em patrícios; para atribuir o "jus civitatis" a um latino.

Destacam-se, três espécies de adoção:

1.3.1. *Ad-rogação*

A *ad-rogação*, que tinha como característica a adoção pelo "paterfamilias" de um outro "paterfamilias", ingressando este na família do primeiro na qualidade de "filius" bem como todos os seus dependentes, através de uma solenidade onde participavam a autoridade pública, com a intervenção de um pontífice e devendo ter também a anuência do povo, que era convocado por aquele. Tal espécie aplica-se apenas aos homens.

"Foi, em Roma, poderosa arma política, uma vez que, mediante ela, se podiam obter as honras e a magistratura, passando-se da classe dos plebeus para a dos patrícios e vice-versa e, ainda, por seu intermédio, se tornou possível a designação de sucessor ao trono, ao tempo do Império".⁷

1.3.2. *Adoção em sentido estrito*

A segunda compreendia a adoção em sentido estrito, onde o magistrado processava o pedido e decidia sobre a concessão,

⁷ CHAVES, Antônio. *Op. cit.* p. 42.

passando o adotado a integrar a família do adotante na qualidade de filho ou neto, não sendo necessária a intervenção do povo nem do Pontífice.

1.3.3. Adoção testamentária

A terceira forma de adoção, dava-se através de testamento. Era a adoção testamentária, onde, através dela, o adotante fazia valer sua vontade de adotar. Este tipo de adoção ficou célebre por ter sido empregada por César para adotar Augusto. Porém, tinha seu caráter controvertido. Para uns, tal adoção possuía as mesmas características que a *ad-rogação*; enquanto que para outros, não passava de simples instituição de herdeiro tendo como condição primordial a de o adotado tomar o nome do testador. José CRETELLA JÚNIOR a coloca como um dos quatro subitens da *ad-rogação* distinguindo-os em: "por cúrias, diante de 30 lictores, por meio de rescrito imperial e por meio de testamento".⁸

Foi com Justiniano que a adoção acabou por ser simplificada. O pai natural e o adotante compareciam com o filho e manifestavam na presença do magistrado a disposição do primeiro em entregar o filho e do segundo em adotá-lo. Era lavrado um termo de adoção, que passava a ser documento hábil a comprovar a existência da nova filiação.

⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. *Op. cit.* p. 126.

Para melhor compreender este instituto em Roma, reproduzimos os preceitos do Livro I das *Institutas* de Gaio:

"97. Não só os filhos naturais, segundo o que dissemos, se encontram em nosso poder, mas também aqueles que adotamos.

98. A adoção, pois, faz-se de dois modos: pela autoridade do povo ou pelo império do magistrado, como o pretor.

99. Adotamos pela autoridade do povo aqueles que são *sui juris*; e essa espécie de adoção é chamada *adrogatio*, porque aquele que adota é rogado, isto é, interrogado, se deseja ter como seu filho legítimo aquele a quem vai adotar; e aquele que é adotado é consultado se concorda que assim seja feito; e ao povo é perguntado se ordena que assim se faça. Pelo império do magistrado, adotamos aqueles que estão sob o poder dos pais, quer se achem no primeiro grau de descendentes, como o filho e a filha, quer em inferior, qual o neto e a neta, o bisneto e a bisneta.

100. Aquela adoção que se faz com a aprovação do povo, nunca se fez em lugar algum a não ser em Roma; enquanto esta também se faz nas províncias perante os presidentes.

101. Também as mulheres não são adotadas com a aprovação, do povo, pois assim pareceu melhor; no entanto perante o pretor ou nas províncias na presença do procônsul e do legado também as mulheres costumam ser adotadas.

102. Igualmente adotar um impúbere perante o povo às vezes é proibido, às vezes permitido; agora por uma constituição (epístola) do ótimo Imperador Antonino, que escreveu aos pontífices, se evidenciar-se a justa causa da adoção, sob certas condições é permitida. Na presença do pretor e nas províncias perante o procônsul e o legado, podemos adotar pessoas (*homens*) de qualquer idade".⁹

⁹ CHAVES, Antônio. *Op. cit.* p. 43-44.

Verifica-se através dos dispositivos citados, que já existia a preocupação em equiparar os filhos adotivos aos legítimos, estabelecendo o legislador as condições para que a adoção fosse válida.

Embora permitisse a adoção de homens de qualquer idade, não passou despercebida a preocupação dos casos em que o mais novo se propunha a adotar o mais velho, amparando também os filhos do adotado, caso os houvesse:

"106. Mas há uma questão a solver, comum a uma e outra espécie de adoção, se o mais novo pode adotar o mais velho.

107. É próprio da adoção que se faz perante o povo, aqueles, que têm sob seu poder os seus filhos, se der em ad-rogação, não só se submete ao poder do ad-rogente, como também os próprios filhos ficam sob o poder do ad-rogente, na qualidade de netos".¹⁰

1.4. IDADE MÉDIA

Na Idade Média a adoção, por longo tempo, caiu em desuso, por ser instituto que contrariava os interesses, direitos eventuais, dos senhores feudais, sobrevivendo do instituto romano, "apenas uma versão por assim dizer popular da *adoptio minus plena*".¹¹

¹⁰ CHAVES, Antônio. *Op. cit.* p. 43-44.

¹¹ *Idem. Ibidem.* p. 46.

1.5. DIREITO FRANCÊS

Entre os francos a cerimônia de adoção consistia em um ato de que participava a assembléia do povo, possuindo os seguintes caracteres: o adotante deveria ser varão, não podia ter filhos e devia realizar a transmissão de sua fortuna a um donatário ou herdeiro que saía favorecido com as mesmas vantagens de um filho legítimo.

Com relação à adoção na França, Antônio CHAVES assim ensina:

"Nos primeiros tempos existiam várias maneiras de adotar, derivadas de tradições romanas, realizadas por convenções escritas e exigindo-se como requisito ser o adotante de sexo masculino e não ter descendência. Havia também um instituto similar: a afiliação, que todavia pressupunha, ao contrário da adoção, a existência de filhos próprios".¹²

O sistema feudal influenciou a utilização do instituto, sendo considerada contrária aos direitos eventuais dos senhores sobre os feudos. A adoção somente era utilizada nos países que seguiam o Direito romano e, na França, antes da Revolução, não era praticada, pois de acordo com certos costumes era formalmente proibida.

Foi reintroduzida mediante uma decisão da Assembléia Legislativa, mas somente foi regulada após intervenção pessoal de Napoleão Bonaparte nos artigos 343-360.

¹² CHAVES, Antônio. *Op. cit.* p. 48-49.

1.6. A ADOÇÃO NO BRASIL

Entre nós, inicialmente até o advento da independência, vigoraram as Ordenações Filipinas. A nossa primeira legislação que se refere à adoção é a Lei de 22 de setembro de 1828 em seu art. 2º, nº 1.

Anteriormente, as cartas de perfilhamento, eram expedidas pela mesa de desembargo do paço instituído por Dom João IV.

Em 1808, com a vinda da família real para o Brasil, foi criado outro Tribunal do Paço e, de acordo com o § 118 da Lei 22/1828, a carta de perfilhamento passou a ser atribuição do Tribunal da Relação, sediado no Rio de Janeiro.

"Outras leis referiram-se ao tema da adoção, mas sempre incidentalmente: Lei de 30 de novembro de 1841, § 38; Regimento de 10 de junho de 1850, art. 146; Ordenação de 18 de outubro de 1852; Regimento de 31 de março de 1874 (art. 5º, § único); Decreto de 24 de janeiro de 1890 (art. 7, § 1 e art. 8, § único)".¹³

Clóvis Beviláqua, não deixou de incluir o instituto em seu Anteprojeto e Projeto, o qual se tornou o atual Código Civil. O mesmo autor defendia que, na falta de disposição expressa vigia o direito romano.

O projeto de Beviláqua foi aprovado por unanimidade pela comissão extraparlamentar, nos termos dos arts. 432 a 444.

¹³ SZNICK, Valdir. **Adoção**. São Paulo: Parma, 1993. 2. ed. ampliada, p. 25.

Quando da apresentação à Câmara, José Monjardim opinou pela sua inteira supressão, diferentemente de M. F. Correia e Andrade Figueira que assumiram-lhe a defesa.

No Senado, Gonçalves Chaves, combateu a inclusão da adoção no projeto com o fundamento de que o instituto jamais teria entrado em nossos costumes por ser obsoleto.

"Demonstrou no entanto Clóvis Beviláqua ter o crítico confundido perfilhamento com adoção; que os nossos juristas tratam da adoção; o próprio Teixeira de Freitas, no *Esboço*, a havia regulado criteriosamente; o instituto sempre esteve em uso entre nós, conforme é afirmado por vários atos legislativos; os Códigos da França, Itália, Espanha, Áustria, Zurique, Uruguai, Peru, Bolívia, Alemanha e Japão regulam a espécie, e, finalmente, segundo mostram Bluntschli e Sanches Ramón, tem ainda hoje alta função social a desempenhar como instituto de beneficência. Projeto Revisto considerou a matéria nos arts. 455-466".¹⁴

Promulgado o Código Civil, a matéria passou a ser prevista nos arts. 368 a 378.

Estabelecendo normas para a legislação adotiva, a Lei 4.655/65 foi precursora no que diz respeito à sua forma plena, introduzida mais tarde, pelo Código de Menores.

O Código de Menores (Lei 6.697/79) revogou a Lei 4.655/65 e o legislador, pela primeira vez, deu à adoção um caráter de medida protetiva para menores em situação irregular.

¹⁴ CHAVES, Antônio. *Op. cit.* p. 57.

Contemporaneamente, com a entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), desapareceu a forma de adoção civil para menores de 18 anos, tendo dito Estatuto, introduzido modificações profundas no instituto da adoção, procurando atender essencialmente os interesses do menor.

Sobre o assunto ensina Myriam Vasconcelos de SOUZA:

"O ECA introduziu profundas modificações no instituto da adoção, alicerçando-se na doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, afastando-a da situação irregular que pautava o Código de Menores. A doutrina da proteção integral está calcada no reconhecimento de que as crianças e adolescentes, devido a condições peculiares de pessoas em desenvolvimento, necessitam de proteção diferenciada, especializada e integral. São titulares de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa e que ensejam o integral desenvolvimento de suas personalidades em condições de liberdade e dignidade. Esta teoria tem por base a Convenção Internacional Sobre os Direitos da Criança. O Estatuto da Criança e do Adolescente dirige-se ao segmento de nossa população considerado o mais frágil e vulnerável, garantindo-lhe proteção especial".¹⁵

¹⁵ SOUZA, Myriam Vasconcelos de. *Adoção Intuitu Personae à Luz do Estatuto da Criança e do Adolescente - Repertório de Jurisprudência e Doutrina Sobre Direito de Família: Aspectos Constitucionais, Cíveis e Processuais*. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e LAZZARINI, Alexandre Alves (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. v. 3, pp. 149-150.

CAPÍTULO II

2. A ADOÇÃO INTERNACIONAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: INFLUÊNCIAS EXTERNAS E O ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988.

2.1. A ADOÇÃO INTERNACIONAL NAS CONVENÇÕES DE HAIA E DE LA PAZ

2.1.1. CONVENÇÃO DE HAIA

A Convenção de Haia, foi realizada em 15 de novembro de 1965, mas só entrou em vigor a partir de 23 de outubro de 1978. Tem como principal objetivo o reconhecimento da adoção internacional.

Foi ratificada por poucos países: Áustria, Suíça e Inglaterra. Nem mesmo a Holanda, o país-sede, prontificou-se a ratificá-la.

No que se refere ao adotando, sua abrangência atinge o menor de 18 anos, norma que foi atendida pelo nosso Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 40. Quanto à legislação, estabelece o seu art. 3º que prevalece a do domicílio habitual do adotante, evitando, dessa maneira, conflitos internacionais).

A nossa lei estabelece que a adoção é irrevogável (artigo 48 do Estatuto), diversamente do disposto no artigo 7º da Convenção de Haia, o qual determina, que no caso de ser

pronunciada a revogação, era competente o Estado do adotante ou no que for realizado a adoção.

2.1.2. CONVENÇÃO DE LA PAZ

Essa Convenção foi realizada em 24 de maio de 1984, com o objetivo de combater dois pontos significativos, que ainda hoje, abrange, em especial, a América do Sul e Central, quais sejam:

"1 - a diversidade de leis, a dificultar, em âmbito regional, a adoção de um país para outro;
2 - combater o "mercado de crianças" - É, em outras palavras, o "tráfico de crianças", a que nos referimos na abertura deste capítulo. Como se observa nos arts. 3,4 e 15 - e aí a ótica é de país de adoção, fornecendo o menor - a competência é a da residência do menor. Poderíamos dizer que o foro é o da realização da adoção, e não onde ela foi reconhecida ou validada".¹⁶

2.2. A ADOÇÃO INTERNACIONAL NO CÓDIGO BUSTAMENTE E NAS CONCLUSÕES DA REUNIÃO DE EXPERTOS DE QUITO.

O Código Bustamante foi promulgado pelo Dec. nº 18.871, datado de 13 de agosto de 1929, incorporando ao seu direito interno normas reguladoras das relações jurídicas que envolvam cidadãos das nações contratantes.

¹⁶ SZNICK, Valdir. *Op. cit.* p. 465-466

Conforme o Capítulo VIII, "Da adoção", em seu art. 73, a lei pessoal de cada um dos interessados é que determinará a capacidade para adotar e ser adotado e as suas condições e limitações.

Antônio CHAVES enumera algumas conclusões a que chegaram os Grupos de Trabalho n° 1 (sócio-médico-psicológico) e n° 3 (jurisdição):

"1. A definição de uma política de Adoção está ligada e é parte da política populacional de cada país. A política populacional deve incorporar medidas tendentes ao fortalecimento da família, assim como com informações estatísticas suficientes para o conhecimento da magnitude e características do abandono de menores. As adoções nacionais devem ser estimuladas, em primeiro lugar, pelos Governos. Somente esgotada esta possibilidade deve-se pensar em adoções internacionais, após avaliação das condições políticas, econômicas e sociais.

2. Cada país deve determinar as condições básicas que devem reunir adotante e adotado; adotantes são casais, mesmo em união de fato e pessoas sós, com preferência para casais unidos pelo matrimônio; as uniões de fato devem ser examinadas quanto à sua estabilidade.

3. Ao definir sua política populacional, o país deve considerar que a família representa a melhor solução para o desenvolvimento de uma criança, sendo a adoção a melhor solução para aquele que não a tenha, sem prejuízo de outras medidas de colocação, legando-se a internação para o último caso.

(...)

6. Constituída a adoção e se não intervirem razões de polícia ou de ordem pública, os Estados Partes não poderão negar a saída do menor adotado".¹⁷

¹⁷ CHAVES, Antônio. *Op. cit.* p. 149-150

Prossegue o jurista na enumeração dos dispositivos:

"12. Serão competentes para a constituição das adoções as autoridades do Estado da residência habitual do adotado; quando o menor tiver sido autorizado a sair do país, a competência será da residência do adotante; estarão presentes as normas de cooperação internacional em ambos os Estados.

13. Serão competentes para as ações de revogação e anulação os Juizes e Tribunais do Estado da residência habitual do adotante e do adotado, indistintamente, à opção do autor. Igualmente, poderão conhecer de tais ações os Juizes do Estado da residência habitual do demandado, se ele for o adotante ou o adotado".¹⁸

2.3. A ADOÇÃO INTERNACIONAL NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO DE MENORES (LEI 6.697 DE 10 DE OUTUBRO DE 1979) E CONSIDERAÇÕES EM RELAÇÃO AO CÓDIGO CIVIL.

Com relação à matéria, o Código Civil mantinha-se silente, o que foi suprido quando a ministra da Saúde e da Família da França, Simone Weil, em visita ao Brasil, propôs ao então ministro da Previdência Social, Nascimento e Silva, um plano no qual seria facilitada a adoção de crianças carentes brasileiras. Tal proposta justificava-se pelo desequilibrado crescimento demográfico francês, que se dava em função do fato de as famílias francesas dificilmente terem mais de dois filhos.

¹⁸ CHAVES, Antônio. *Op. cit.* pp. 149-150

Diante da perplexidade de algumas autoridades brasileiras, a proposta não logrou êxito. Porém o episódio serviu, para despertar o governo para o problema.

A Adoção Internacional no Brasil, só passou a ter norma específica a respeito a partir do Código de Menores promulgado em outubro de 1979.

O art. 20 do extinto Código de Menores, dispunha que:

Art. 20. O estrangeiro residente ou domiciliado fora do País poderá pleitear colocação familiar somente para fins de adoção simples e se o adotando brasileiro estiver na situação irregular não eventual, descrita na alínea 'a', inciso I, do art. 2º desta Lei.

O legislador com esta norma, procurou limitar a adoção por estrangeiros não residentes no Brasil, à sua espécie simples tão somente. Devendo ainda o adotando encontrar-se em situação irregular não eventual, isto é, deveria o menor encontrar-se privado de suas necessidades básicas essenciais à sua subsistência, saúde e educação, sendo tais ausências verificadas em virtude da falta, de ação ou omissão dos pais ou do responsável.

No entanto, o art. 375 do Código Civil, possibilitava a adoção de menores que não se encontrassem em estado de abandono, através de simples escritura pública:

"Vedando ao estrangeiro residente ou domiciliado fora do país a adoção de menor simplesmente carente (Código de Menores, art. 2º, I, letra "b" c/c. art. 20) e limitando a colocação familiar à adoção simples, onde se faz obrigatória a intervenção judicial (CM, art. 28), o dispositivo em apreço teve por fim prevenir os casos de tráfico de crianças brasileiras ao exterior, que vinham sendo noticiados, com frequência, pela imprensa nacional e estrangeira (cf. anotação nº 51 ao Código de Menores, editado pela Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, 2ª ed., 1984, p. 154)".¹⁹

Fazendo menção ao contra-senso que existia, entre a proibição do estrangeiro não residente adotar menor que, embora estivesse em situação irregular, porém não em estado de abandono, disciplinada pelo Código de Menores, e a possibilidade de tais estrangeiros não residentes no Brasil consumarem adoção do mesmo menor que não estivesse em situação irregular através do Código Civil, assevera Antônio CHAVES:

"Não se permitir ao estrangeiro residente ou domiciliado fora do País a adoção de menor cujos genitores tivessem sido destituídos do pátrio poder, em razão de, v.g., maus-tratos ou castigos imoderados (CM art. 2º, II c/c art. 45, I) - hipótese em que é possível a adoção simples por brasileiros e estrangeiros residentes e domiciliados no País - e, paradoxalmente, permite-se-lhe a adoção de menor em situação regular. Estaríamos diante de situações injustas e, por que não dizer, absurdas".²⁰

¹⁹ CHAVES, Antônio. *Adoção Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p.28.

²⁰ *Idem. Ibidem.* p. 29.

Percebe-se, que através das restrições impostas pelo art. 20 do Código de Menores, ou seja, a impossibilidade do estrangeiro residente ou domiciliado no exterior obter a adoção plena, impediu-se a quebra da nacionalidade do adotando ou mesmo a adoção simples de criança meramente carente em virtude da impossibilidade material dos pais ou do responsável, trazendo considerável obstáculo ao tráfico de crianças ao exterior.

2.4. CONSIDERAÇÕES EM RELAÇÃO À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988.

A partir dos mandamentos inseridos na Constituição da República de 1988, passou-se a proibir determinadas expressões referentes às condições nas quais eram concebidos os filhos, tais como ilegítimo, adulterino, espúrio, incestuoso (salvo para fins didáticos e de tipologização doutrinária).

No instituto da adoção, também acolhido pela nova Carta Magna, foi verificadas grandes inovações a partir das relativas à filiação e outras próprias do instituto.

A maior inovação contida no texto constitucional, encontra-se na inversão da importância dada ao interesse do adotante para o interesse do adotado, ou seja, anteriormente à Constituição da República de 1988, a adoção possuía um caráter contratual, ressaltando a importância do adotante em adquirir um filho, sendo que, após o advento da Carta Magna, o interesse do adotado passou a ter maior relevância para a inserção da

criança em família substituta, entendimento este visualizado sob a ótica dos princípios contidos no art. 227:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

E continua o seu parágrafo sexto:

§ 6º. Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Desapareceu a distinção entre adoção, adoção simples e adoção plena. Para Sérgio Gischkow PEREIRA, (Juiz do TARS, Professor na PUC-RS e na Escola Superior de Magistratura - RS) passou a existir simplesmente "adoção" e "adotado":

"O adotado é filho para quaisquer efeitos, como se adviesse de pessoas casadas e fosse filho de sangue. Sempre defendi que assim fosse, pelo cunho nobilitante e humanitário da adoção e porque não havia sentido em esmagar e humilhar o adotado com desprezíveis restrições patrimoniais, depois de estar ele perfeitamente entrosado no grupamento familiar".²¹

²¹ PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Direito de Família na Nova Constituição - Algumas Questões**. Revista Jurídica, maio de 1990. v. 151, p. 11.

Em continuidade ao seu parecer, Sérgio Gischkow PEREIRA observa:

Interessante ressaltar - pois o tema já foi objeto de opinião, a meu ver, errônea - que, mesmo formalizada a adoção conforme o Código Civil (por escritura pública) antes da atual Constituição, com o advento desta o adotado passa a ter iguais direitos comparativamente aos filhos legítimos, inclusive no campo sucessório".²²

Além dos grandiosos avanços no campo da adoção de um modo geral, o legislador no texto da Lei Maior em seu art. 227 § 5º, regulamentou a adoção quando feita por estrangeiros, estabelecendo que a lei especificaria casos e condições para a sua efetivação, obrigando ainda, a assistência à adoção pelo Poder Público:

Art. 227. (...)

§ 5º. A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

2.5. A ADOÇÃO INTERNACIONAL NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O Art. 31 do Estatuto da Criança e do Adolescente disciplina a respeito da excepcionalidade da adoção por estrangeiros:

²² PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Op. cit.* p. 11

Art. 31. A colocação em família substituta estrangeira constitui medida excepcional, somente admissível na modalidade de adoção.

Sobre tal determinação legal, Luiz Paulo Santos AOKI assim se manifesta:

"Este artigo, de expressiva conotação de excepcionalidade, impede até mesmo que se visualize a guarda temporária no caso de estágio de convivência previsto no art. 46, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente quando o estrangeiro cumpre o estágio exigido pela lei, o que, na realidade, trata-se de verdadeira articulação jurídica para evitar que o pretense adotante possa pleitear eventual direito sobre aquela criança ou adolescente, quando o que a lei permite é apenas uma expectativa de direito.

Em que pese o esforço do legislador em excepcionar a colocação da criança e do adolescente em família substituta estrangeira, não nos esqueçamos de que somos quase todos, em imensa maioria, no Brasil, oriundos das mais diversas raças deste planeta, pois é conhecida e propalada a ampla miscigenação havida neste País, sendo de estranhar-se uma regra de excepcionalidade constituída pelo simples fato de o pretense adotante tratar-se de estrangeiro".²³

A adoção mediante procuração, que já não era aconselhável fosse admitida, a partir do Estatuto da Criança e do Adolescente, no parágrafo único do art. 39, passou a proibi-la de forma expressa:

²³ AOKI, Luiz Paulo Santos. In *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado - Comentários Jurídicos e Sociais*. CURY, Munir., AMARAL E SILVA, Antônio Fernandes do., MENDEZ, Emílio García. (coords.). São Paulo: Malheiros, 1996, p. 123.

Art. 39. A adoção de criança e de adolescente reger-se-á segundo o disposto nesta Lei.
Parágrafo único. É vedada a adoção por procuração.

Acerca da importância da matéria, assevera Antônio CHAVES:

"É verdade que para ato mais importante ainda, como o casamento, ela é amplamente usada. Mas este envolve pessoas *sui juris* e a situação prevista no Estatuto, que diz respeito exclusivamente a menores, é diferente. É, pois, salutar o dispositivo que a veda, objetivando protegê-los".²⁴

O *caput* do art. 39 deixa clara a unificação das duas modalidades de adoção previstas no Código de Menores, quais sejam, a adoção simples (art. 27), e a plena (arts. 29 a 37 e § 2º do art. 109). Sob a denominação de adoção temos, portanto, agora, dois institutos: a do Código Civil, cujos dispositivos sobreviventes passarão a reger a adoção dos maiores de 18 anos, e a do Estatuto, dirigido aos menores e adolescentes até os 18 anos.

No que diz respeito ao estágio de convivência, quando a adoção é pleiteada por estrangeiro não residente em solo nacional, o art. 46 e seu § 2º do Estatuto preconizam:

²⁴ CHAVES, Antônio. *In Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado - Comentários Jurídicos e Sociais*. CURY, Munir., AMARAL E SILVA, Antônio Fernandes do., MENDEZ, Emílio García. (coords.). São Paulo: Malheiros, 1996. p. 137.

Art. 46. A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo que a autoridade judiciária fixar, observadas as peculiaridades do caso.

(...)

§ 2º Em caso de adoção por estrangeiro residente ou domiciliado fora do País, o estágio de convivência, cumprido no território nacional, será de no mínimo quinze dias para crianças de até dois anos de idade e de no mínimo trinta dias quando se tratar de adotando acima de dois anos de idade.

Sobre o tema, assim ensina Maria Josefina BECKER, assistente social e professora universitária - membro da Equipe de Estudos e Pesquisas do Juizado da Infância e da Juventude/Porto Alegre, RS:

"O estágio de convivência é o período necessário para que seja avaliada a adaptação da criança ou adolescente à sua nova família. A flexibilidade do prazo, e, mesmo, a possibilidade de dispensa do mesmo, no caso de bebês de menos de um ano, está de acordo com a diversidade de situações existentes. No caso de crianças muito pequenas, a adaptação depende fundamentalmente dos pais adotivos e se assemelha bastante à adaptação dos novos pais biológicos com seu recém-nascido. Nesses casos, é mais importante o período de espera, em que o acompanhante técnico é de muita utilidade. Seria como uma gestação psicossocial, em que todos os aspectos relativos à adoção, as necessidades e direitos de uma criança, as expectativas e fantasias dos futuros pais adotivos, devem ser franca e amplamente ventilados.

É conveniente que as equipes técnicas que lidam com a adoção sejam bem preparadas, pois de seu trabalho dependerá, em muito, o sucesso da medida".²⁵

²⁵ BECKER, Maria Josefina. In *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado - Comentários Jurídicos e Sociais*. CURY, Munir., AMARAL E SILVA, Antônio Fernandes do., MENDEZ, Emílio García. (coords.). São Paulo: Malheiros, 1996. p. 152.

Prossegue a ilustre professora:

"No caso de crianças mais velhas e de adolescentes, é prudente fixar um estágio de convivência mais dilatado, para que se dê tempo, sem pressões, para que o conhecimento mútuo permita o estabelecimento dos vínculos. Não é demais lembrar que essas crianças e adolescentes já vivenciaram rejeições e rupturas e foram, inclusive, muitas vezes, alvo de maus-tratos e abusos".²⁶

O ECA assim disciplina sobre a adoção por estrangeiros não residentes no País:

Art. 51. Cuidando-se de pedido de adoção formulado por estrangeiro residente ou domiciliado fora do País, observar-se-á o disposto no art. 31.

O parágrafo primeiro determina que o candidato deverá comprovar que está devidamente habilitado à adoção, consoante as leis de seu país, bem como apresentar estudo psicossocial elaborado por agência especializada e credenciada no país de origem, apresentando para tanto, documento expedido por autoridade competente do respectivo domicílio.

Poderá a autoridade judiciária, determinar de ofício ou a requerimento do Ministério Público, que seja apresentado o texto da legislação estrangeira, devendo ser acompanhado de prova da respectiva vigência (§ 2º, do art. 51 do Estatuto).

²⁶ BECKER, Maria Josefina. *Op. cit.* p. 152.

Em seguida, o parágrafo terceiro disciplina que os documentos em língua estrangeira serão juntados aos autos, devendo ser acompanhados de tradução executada por tradutor juramentado, e devidamente autenticados pela autoridade consular, observados os tratados e convenções internacionais.

Por fim, o parágrafo quarto do mesmo artigo dispõe que a saída do adotando do território nacional, só será permitida quando for consumada a adoção.

O artigo 52 do Estatuto, determina que o deferimento da Adoção Internacional pode ser condicionado ao estudo prévio e análise de uma comissão estadual de adoção, que fornecerá o laudo de habilitação para instruir o processo competente. E, de acordo com o seu parágrafo único, compete à tal comissão manter registro centralizado de estrangeiros interessados em adotar criança brasileira.

Antônio CHAVES, assim expõe seu parecer com relação à matéria:

"A preocupação com a adoção internacional já vem do art. 227 da CF, que, no § 5º, além de determinar que seja assistida pelo Poder Público, na forma da lei, manda que ela estabeleça casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

É o que faz o Estatuto, que, depois de ter admitido, no art. 31 a colocação da criança em família estrangeira somente em caráter excepcional e na modalidade de adoção, estabelece, nos arts. 51 e 52, as condições para permitir seja ela levada a efeito".²⁷

²⁷ CHAVES, Antônio. *Op. cit.* p. 157.

Como o extinto Código de Menores, as normas impostas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pela Constituição da República de 1988, visam primordialmente reprimir o tráfico de crianças, porém, a sua leitura literal, juntamente com pensamentos xenófobos, torna deveras dificultoso o processo de adoção, quando o candidato for estrangeiro não residente ou domiciliado no País.

Da mesma forma, a permissão irrestita à adoção por estrangeiros apresenta-se também perigosa, pois facilita a compra de crianças, ato inaceitável e repulsivo, que não tem acolhida em nenhuma nação civilizada.

CAPÍTULO III

3. ADOÇÃO INTERNACIONAL PRÓS E CONTRAS

3.1. DUAS CORRENTES ACERCA DA ADOÇÃO INTERNACIONAL

Não existe discussão mais pungente. A adoção por estrangeiros não residentes e domiciliados no Brasil, faz surgir verdadeira batalha ideológica, em que uma corrente, posicionando-se contrária a este tipo de adoção, fundamenta tal postura, afirmando tratar-se de um ato atentatório à nacionalidade; enquanto outra corrente, posicionando-se favoravelmente à Adoção Internacional, coloca o interesse do menor e o atendimento de suas necessidades básicas como ponto fundamental, não importando o país que o menor viverá.

No dizer de José Luiz Mônico da SILVA:

"O país de origem do adotante é indiferente. Tanto faz, conseqüentemente, que ele seja originário da Bélgica, da Suíça, da Holanda, dos Estados Unidos, da Itália etc., porque a adoção jamais se aterá, no aspecto conceitual, à bandeira do país do requerente".²⁸

²⁸ SILVA, José Luiz Mônico da. *A Família Substituta no Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 134.

3.2. EXCEPCIONALIDADE DA ADOÇÃO INTERNACIONAL NO ECA

A adoção por estrangeiro é medida excepcional, sendo a regra, o encaminhamento do menor à família substituta nacional.

Tal regulamentação encontra-se inserida no bojo do Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 31:

Art. 31 - A colocação em família substituta estrangeira constitui medida excepcional, somente admissível na modalidade de adoção.

Percebe-se claramente que o legislador menorista, com tal dispositivo, procurou priorizar a colocação da criança em família substituta brasileira, e, somente de modo excepcional, ou seja, não existindo candidato brasileiro capaz de garantir os interesses do menor, colocar-se-á em família substituta estrangeira não residente no Brasil, sendo que tal colocação se fará somente na modalidade de adoção.

No entanto, quando existir casal brasileiro interessado única e exclusivamente em obter a tutela do menor, enquanto um casal estrangeiro residente em outro país demonstrar seu desejo em adotar dita criança, o interesse deste e o bom senso devem guiar a decisão da autoridade judiciária. O que não se pode é preterir o casal nacional, quando este manifestar a vontade de adotar o infante.

Mesmo embora, o art. 31 do Estatuto da Criança e do Adolescente estabeleça que o candidato brasileiro terá prioridade para obter a adoção, quando houver candidato

estrangeiro interessado em adotar a mesma criança, disciplina o art. 43 do mesmo Estatuto:

Art. 43 - A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos.

Consoante se depreende do artigo supra, pode-se concluir que mesmo havendo casal brasileiro e estrangeiro desejosos em adotar a mesma criança deve o magistrado, ao decidir, observar as vantagens reais que auferirá o adotando e os motivos legítimos nos quais se fundam as pretensões dos interessados. Significando assim, que o juiz poderá inclusive preterir o pretendente brasileiro, caso verifique que, para melhor garantir os interesses e necessidades do menor é o casal estrangeiro o mais indicado para obter a adoção.

De modo exemplificativo, assim ensina José Luiz Mônaco da SILVA:

"(...)casal estrangeiro na faixa dos 30 anos, com excelente situação sócio-econômica, vem a juízo requerer a adoção de uma criança de 7 anos, cujos pais foram destituídos do pátrio poder, por sentença já transitada em julgado. No exato momento em que os requerentes estão se preparando para empreender viagem ao Brasil, tomam ciência de que outra pessoa, nascida no Brasil, viúva, com aproximadamente 55 anos, manifesta o desejo de adotar tal menor. Ora, em que pese o disposto no art. 31 do Estatuto, nada impede que o juiz, atento para as diretrizes do art. 43, dê primazia ao casal alienígena, em detrimento da requerente brasileira. Isso se explica por uma razão muito simples: a adoção, como dissemos várias vezes,

tenta, na medida do possível, imitar a natureza. Pois bem, uma senhora contanto com 55 anos, mesmo que dotada de excelente saúde, detentora de conduta moral irreprochável e possuidora de sólidos recursos materiais, não poderá, a nosso ver, alcançar tal desiderato. Ela, na verdade, se apresentaria ao menor, sob a ótica puramente biológica, como sua avó e não como sua mãe. Mais: tendo em vista que nessa fase etária é de real importância a convivência amigável entre pais e filhos, o adotando ficaria privado da figura paterna, tão necessária ao seu eficaz desenvolvimento global, o que, sem dúvida, se mostraria inconveniente sob todos os aspectos".²⁹

No mesmo sentido, posiciona-se o Tribunal de Justiça de Minas Gerais em julgamento no dia 2 de abril de 1992:

"Ementa oficial: Adoção de criança brasileira por estrangeiro. Caráter supletivo. Interesse do menor. Prioridade.

O Estatuto da Criança e do Adolescente não faz discriminação entre brasileiros e estrangeiros. O que a lei quer é que se dê supremacia à criança ou ao adolescente, seu bem-estar, seus direitos, dignidade, convivência familiar etc. e, estando brasileiros e estrangeiros nas mesmas condições, sendo ambas convenientes à criança e ao adolescente, deve-se preferir o brasileiro ao estrangeiro. Se, porém, as condições oferecidas pelo casal estrangeiro forem melhores e trouxerem vantagens ao menor, a medida excepcional deve ser aplicada".³⁰

É necessário relembrar que, para ser considerada internacional, a adoção deverá ser requerida por estrangeiro que não possua domicílio no Brasil. Entendimento este, retirado

²⁹ SILVA, José Luiz Mônaco da. *Op. cit.* p. 141.

³⁰ Revista dos Tribunais - ano 82 - maio de 1993 - v. 691. p. 154.

do estatuído no art. 51 da Lei 8.069/90. Desta forma, caso o adotante, mesmo que tenha nascido no exterior, apresente residência em solo nacional, as normas que regerão a adoção neste caso, serão as mesmas aplicáveis a requerentes brasileiros. Ao contrário, se mesmo um dos cônjuges for brasileiro, possuindo o casal domicílio no exterior, a adoção será considerada internacional.

3.3. TERMO DE GUARDA E/OU TUTELA AO CANDIDATO ESTRANGEIRO

Nota-se no capítulo anterior que, de acordo com o artigo 31 do Estatuto, a colocação de menor em família substituta é medida excepcional, somente admissível na forma de adoção.

Ocorre da interpretação de dito artigo, a conclusão de quando o requerente for estrangeiro, não poderá obter a guarda ou a tutela de criança em caráter definitivo.

No entanto, a guarda ou a tutela poderão ser alcançados por alienígena quando forem pleiteadas como medida provisória preparatória para a adoção, devendo a autoridade judiciária, para tanto, exigir a assinatura de termo de guarda e responsabilidade até a conclusão dos estudos técnicos bem como o estágio de convivência obrigatórios.

Desta forma, a guarda ou a tutela somente não será deferida quando forem requeridas a título definitivo, como pretensão última do candidato estrangeiro.

Contrariamente ao que de plano se depreende da análise da norma legal (art. 31 do Estatuto da Criança e do Adolescente), a concessão da guarda a estrangeiro, cuja adoção pleiteasse em juízo, é medida que se faz necessária, por que não dizer obrigatória, mediante a assinatura de termo de guarda, pois, de outra forma como iria o estrangeiro provar que, em determinada situação, não se trata de seqüestro ou traficante de menores, mas sim de legítimo pretendente à adoção, que, em função do mandamento disposto no § 2º do art. 46 da Lei 8.069, cumpre o estágio de convivência obrigatório em solo nacional?

3.4. ADOÇÕES POR AGÊNCIAS OU ADOÇÕES INDEPENDENTES

Antônio Augusto Guimarães de SOUZA, Juiz de Direito em São Paulo, ressalva em seu estudo acerca das formas de contato que visam concretizar o sonho de muitos estrangeiros, qual seja, o de adotar uma criança brasileira:

"A Lei brasileira não especifica se a adoção internacional deve ser feita por intermédio de agências de adoção, ou diretamente pelos interessados. A preferência dos juizes, entretanto, é para a adoção feita por meio de uma agência especializada do país de acolhimento, ao invés de adoções feitas diretamente pelos interessados ou independentes".³¹

³¹ SOUZA, Antônio Augusto Guimarães de. *Adoções Independentes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, vol. 691, p. 253.

3.4.1. AGÊNCIAS

Em algumas das grandes cidades brasileiras, temos a presença de várias agências internacionais, especialmente nas capitais de Estado.

Exemplificativamente, destacam-se atuando na cidade de São Paulo, as seguintes agências:

- da Itália: AiBi (Milão); Nova (Torino); Amam (Nápoli); SPAI (Ancona).
- da França: "Les Amis des Enfants du Monde" (Montrouge); "Mdedecins du Monde" (Paris); "Oeuvre de L'Adoption" (Lille).
- da Bélgica: "Un Jour... Un Enfant" (Liege); "Sourires d'enfants" (Liege).
- da Alemanha: "Etern fur Kinder" (Essen).
- da Suíça: "Bras Kind" (Klötten, Zurique).
- da Holanda: Nicwo (Haia); "Bannd" (Groningen).
- dos Estados Unidos da América: "Holt Internacional" (Eugene, Oregon); Limiar (Ohio).
- da Suécia: FFIA (Gotemburgo).
- da Noruega: "Inoradopt (Kristiansanden)".³²

Grande parte de tais agências mantém pessoas na qualidade de representantes em São Paulo, as quais, trabalhando como voluntárias, recebem apenas o reembolso referente às despesas com transporte, comunicação e documentos.

Existem outras, que trabalham com pessoal assalariado (Assistente Social, Psicólogo, Tradutor), os quais mantém vínculo empregatício com a agência.

³² SOUZA, Antônio Augusto Guimarães de. *Op. cit.* p. 253.

Desse quadro, surge a grande preocupação dos Juizes de Menores, na ânsia de impedir que a adoção internacional se torne um mercado, a ponto de servir como fonte de renda para um grupo de pessoas sem escrúpulos.

Sempre que se necessita encontrar uma família para determinada criança, os Juizes contatam com as agências, sendo que, a partir da indicação do juizado, é que a agência indica a família para adoção. Em muitos juzizados, também é mantida uma relação dos casais cadastrados pelas diversas agências, de onde são escolhidos os futuros pais.

Previamente, todos os documentos do casal pretendente são enviados para a análise dos Juizes de Menores.

Uma vez aprovada a indicação, o casal adotante é chamado ao Brasil para o encontro com a criança e realização do Estágio de Convivência.

A maioria dessas agências presta-se a execução de outros trabalhos com crianças, tais como, prestar auxílio para intervenções cirúrgicas ou compra de aparelhos para crianças deficientes. Com relação a essas agências, assim se refere Antônio Augusto Guimarães de SOUZA:

"O trabalho dessas agências é altamente meritório, prestando grande auxílio aos Magistrados na solução de problemas ligados ao abandono. Muitas delas contam com o trabalho totalmente voluntário de estrangeiros residentes no Brasil".³³

³³ SOUZA, Antônio Augusto Guimarães de. *Op. cit.* p. 254.

3.4.2. ADOÇÕES INDEPENDENTES

Considera-se como adoção independente aquela que os contatos são realizados diretamente pelos adotantes ou por intermediários particulares e não por agências.

Tais adoções independentes subdividem-se em: Contatos diretos dos adotantes; Contatos por intermediários sem fins lucrativos; Contatos por intermediários com fins lucrativos.

3.4.2.1. Por contatos diretos dos adotantes.

Não são muito freqüentes estes casos, nos quais os candidatos a adotantes procuram as autoridades judiciárias brasileiras (a fim de adotar uma criança). Tais contatos, normalmente são efetuados através de cartas ou telefonemas e por vezes pessoalmente.

Nesses casos, a família é cadastrada e fica à espera de ser chamada.

3.4.2.2. Por contatos efetuados através de intermediários sem fins lucrativos.

Existem casos em que os contatos são realizados por pessoas residentes no País, sendo que estas normalmente mantêm um vínculo com os futuros pais adotivos: ou são seus parentes, ou amigos, ou ainda parentes de amigos.

De posse dos documentos enviados pelos futuros adotantes, a pessoa contatada passa a "procurar" uma criança, mantendo contatos com amigos e conhecidos, com creches,

orfanatos, autoridades judiciárias e, muitas vezes, consegue "encontrar" alguma pessoa, em sua maioria, mãe solteira que quer desfazer-se do filho.

Ao dirigir-se à autoridade judiciária para solicitar que a adoção, referente àquela criança, seja deferida em favor de seu parente ou amigo, em muitos casos o pedido é aceito, porém, em outros, a autoridade destina a criança à uma família brasileira que aguardava ser chamada para adotar.

Nestas situações, não existe qualquer tipo de recompensa pelo trabalho executado pelo contato. Bastando-lhe, apenas, atender os anseios de seus parentes ou amigos estrangeiros e o gratificante sentimento de ver uma criança abandonada ganhar um lar graças ao seu trabalho.

3.4.2.3. Por contatos efetuados através de intermediários com fins lucrativos.

Ditos contatos ocorrem através de advogados que recebem os documentos do casal estrangeiro que pretende adotar, e põe-se a "procurar" uma criança para o seu cliente. Havendo nesta hipótese, um interesse pessoal por parte do profissional, ou seja, o preço de seu serviço.

Aqui, o risco de existir atividade ilícita é bem acentuado, pois em busca do lucro, pessoas utilizam-se de métodos ardilosos para "adquirir" a criança, tais como, o oferecimento de recompensas pagas às mães desesperadas em troca de seus filhos e através de intermediários ligados à creches e hospitais.

Em São Paulo, devido ao controle feito pelos Magistrados, que preferem sempre o contato direto com as agências de adoção, esta forma tende a diminuir sensivelmente.

Porém, existem outras regiões brasileiras, principalmente no nordeste, que a intervenção dos advogados é muito grande e quase que exclusiva, estabelecendo-se verdadeira "concorrência", cada qual estipulando um preço por seu trabalho.

3.5. ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA

O estágio de convivência, é a forma que o legislador pátrio encontrou, para analisar o índice de adaptabilidade entre o adotando e o casal adotante, principalmente quando este for de outro país, pois em razão da adoção ser irrevogável, uma vez cometido o erro de colocar o menor em família substituta inadequada, não haverá como retornar os seus efeitos. O interesse da criança, deve sempre estar em primeiro plano quando da decisão do magistrado, e este utiliza-se do estágio para deferir ou não a adoção.

O § 2º do art. 46 do Estatuto da Criança e do Adolescente, assim dispõe acerca do estágio de convivência:

Art. 46 - A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo que a autoridade judiciária fixar, observadas as peculiaridades do caso.

§ 2º - Em caso de adoção por estrangeiro residente ou domiciliado fora do País, o estágio de convivência, cumprido no Território Nacional, será de no mínimo 15 (quinze) dias para crianças de até 2 (dois) anos de idade, e de no mínimo 30 (trinta) dias quando se tratar de adotando acima de 2 (dois) anos de idade.

A fim de complementar essa disposição legal, o § 4º do art. 51 do mesmo Estatuto, determina que o adotando somente poderá sair do Território Nacional após consumada a adoção.

Diversamente dessas disposições legais, o extinto Código de Menores permitia em seu artigo 108 que o estágio de convivência fosse cumprido no exterior, onde a sindicância poderia ser substituída por informações prestadas por agência especializada, devendo esta ter sua idoneidade reconhecida por organismo internacional.

No que diz respeito à essa temática, existe muita discussão. O que realmente atenderia aos interesses do adotando, ter o estágio de convivência cumprido no Brasil ou no país do casal alienígena?

Deve-se levar em conta vários fatores para responder a este questionamento. O revogado Código de Menores, possibilitava apenas a forma simples de adoção quando se tratasse de concessão a estrangeiro, diferentemente da atual Lei 8069/90 que prevê a adoção em sua forma plena, dando-lhe caráter definitivo, seja ela concedida a nacional ou estrangeiro. O afastamento do País onde nasceu o adotando, pode

ser considerado ponto fundamental para que o estágio de convivência seja cumprido integralmente no Brasil, pois com isso, possibilita ao Magistrado verificar se a criança adaptou-se realmente ao casal candidato, com sua língua e costumes diferentes.

Ao tratar do assunto, José Luiz Mônico da SILVA é incisivo ao caráter protelatório do instituto:

"Sim, vale repetir, o processo de adoção tornou-se extremamente dificultoso em razão dessa espúria alteração legislativa, que mais se assemelha a uma vergonhosa e incompreensível demonstração de xenofobia. Muitos dirão, em contraste à nossa posição, que o cumprimento do estágio de convivência no Brasil é deveras salutar e eficaz, primeiro por permitir à autoridade judiciária detectar o grau de adaptabilidade do adotando ao adotante, segundo por coibir qualquer negócio imoral que tenha por alvo a pessoa do adotando, como, por exemplo, o tráfico de crianças. Falaciosa, contudo, se nos antolha tal argumentação".³⁴

Em razão de existirem casais alienígenas que se prestem a todos os tipos de falcatruas e falsidades para atingir a finalidade de obter uma criança adotável, estudiosos deste fenômeno, pregam a proibição da Adoção Internacional, impedindo a saída de crianças do País.

Justificam tal pensamento, dizendo que o problema social e o problema do menor abandonado são dos brasileiros, cabendo a eles, tão somente, a resolução de tais dilemas.

³⁴ SILVA, José Luiz Mônico da. *Op. cit.* p. 135.

No entanto, no dizer de Dimas Borelli THOMAZ JÚNIOR, Juiz de Menores de Campinas, e João Luiz Portolan Galvão MINNICELLI, Promotor de Justiça - Curador de Menores de Campinas, "Esse tipo de mentalidade tem sido responsável por um segundo abandono: o oficial".³⁵

Em virtude da mentalidade de um julgador, a criança que, em virtude de abandono familiar, teria possibilidade de ser colocada em outra família, mesmo esta sendo de outra nacionalidade, e não o foi devido à tal posição xenófoba, termina por ser mantida em instituição de abandonados, abandonada novamente.

³⁵ THOMAZ JÚNIOR, Dimas Borelli e MINNICELLI, João Luiz Portolan Galvão. **Instrumento Legal da Adoção Internacional e Meios de Coibição do Tráfico Internacional de Crianças**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. v. 641, p. 90.

CAPÍTULO IV

4. TENDÊNCIAS DA ADOÇÃO INTERNACIONAL NO SÉCULO XXI.

4.1. ADOÇÃO DE EMBRIÕES HUMANOS

A adoção internacional no século XXI tende a ganhar uma nova dimensão, além da importância indiscutível que o instituto possui, como forma mais nobre para garantia de eficazmente vislumbrar-se os interesses e necessidades da criança e do adolescente; poderá ainda, dito instituto, passar a englobar e tutelar o embrião humano que, em razão de vários fatores e necessidades de seus genitores, é congelado para, após, ser implantado no útero.

A possibilidade de incluir os embriões no instituto da adoção foi sugerida pelo Comité National d'Ethique da França, a qual, entre nós, foi desenvolvida pelo ilustre jurista Antônio CHAVES:

"Defrontamo-nos sem dúvida com uma forma de adoção de um embrião ou um nascituro. Indaga qual será sua viabilidade no campo do Direito, pois não conhecemos a prévia adoção do nascituro, e sim a adoção após a formação da personalidade do ser.

Teríamos por parte dos titulares dos embriões depositados em bancos, a renúncia expressa aos mesmos, passando ao critério dos médicos a cessão para efeitos inseminatórios aos casais interessados".³⁶

³⁶ CHAVES, Antônio. *Direito à Vida e ao Próprio Corpo. (Intersexualidade, transexualidade, transplantes)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 29-30.

Acerca da criopreservação de gametas ou pré-embriões, Luiz Roldão de Freitas GOMES, Procurador de Justiça no Rio de Janeiro e professor de direito civil da Universidade Federal Fluminense, em citação ao artigo de Dominick VETRI:

"Interessante observar que apenas o Estado de Loïsiana tem lei específica sobre a fecundação de embriões *in vitro*, fixando várias prescrições em sua proteção. É considerado "pessoa sob implantação", não podendo, o embrião viável, ser intencionalmente destruído, nem conservado para fins de pesquisa ou outros. Pode ser adotado, devendo a decisão judicial levar sempre em conta seu interesse. Impõe deveres aos doadores e proíbe a comercialização de óvulos e embriões. Trata da capacidade destes e de direitos hereditários".³⁷

Para muitos, o embrião quando não se encontra implantado no útero, não passa de mera "coisa", não sendo assim considerado nascituro. Isso significa dizer que lhe é "negada sua condição de pessoa", resultando na negação dos direitos mais basilares, dentre eles, o direito à vida.

Tal entendimento é combatido por Maria Celeste Cordeiro Leite dos SANTOS, Doutora em Filosofia e Teoria Geral do Direito e Mestre em Direito das Relações Sociais e do Estado pela PUC-SP, que em citação à José TAVARES, assim escreve:

³⁷ GOMES, Luiz Roldão de Freitas. **Questões Jurídicas em Torno da Inseminação Artificial**. Intervenção em painel sobre o tema, promovido pela Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (1.7.1991). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. v. 678, p. 272.

"No mesmo sentido escreveu José Tavares: Não hesitaríamos em atribuir à concepção em vez do nascimento, a origem da personalidade humana. É que a personalidade ... como qualidade inata do indivíduo humano, só se concebe como atributo inerte ao próprio ser, como uma consequência imediata da formação e existência do organismo do indivíduo. Ora, este ser, este organismo, forma-se pelo fenômeno biológico da concepção, começa a existir, a viver, e a desenvolver-se desde esse momento; desde então começa a ser protegido pela lei para diversos feitos jurídicos".³⁸

Paolo VERCELLONE, Juiz da Corte de Cassação (Roma) e Presidente Adjunto da Associação Internacional de Magistrados de Menores e de Família, com uma visão futurista, assim se manifesta sobre o tema:

"Pode ocorrer que, num futuro longínquo, a adoção não seja este fenômeno maciço que é agora: se os filhos forem feitos comprando-se os embriões no supermercado, não haverá mais necessidade de 'importá-los'".³⁹

4.2. TÉCNICAS DE PROCREAÇÃO HUMANA ASSISTIDA COMO REMÉDIO À ESTERILIDADE

As dificuldades à que estão sujeitos os estrangeiros, quando ingressam com o pedido de adoção de uma criança de outra

³⁸ TAVARES, José. Apud. SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. *Imaculada Conceção - Nascendo In Vitro e Morrendo In Machina - Aspectos Históricos e Bioéticos da Procriação Humana Assistida no Direito Penal Comparado*. São Paulo: Acadêmica. 1993, p. 202.

³⁹ VERCELLONE, Paolo. *As Novas Famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. v. 651, p. 232.

nacionalidade, no intuito de conseguir o filho tão almejado, fazem com que aqueles casais que, embora encontrando algumas barreiras para a reprodução natural, possuindo ainda fertilidade, socorram-se de novas tendências que visam solucionar tal problemática, através da fecundação assistida.

Mas como se percebe, ainda existem algumas questões a serem consideradas, como por exemplo a regulação específica da matéria pelo Direito, pois são técnicas que incidem sobre a vida humana, que deve ser respeitada desde a concepção.

Estudiosos de vários países, reunidos em Perugia, Itália, em 5 de setembro de 1987, no XXXIV *Corso di Studi*, sob o tema *Natura ed artificio nella filiazione*, entendem que a fecundação artificial é admissível quando esta for realizada entre pessoas do mesmo casal, sendo que esta não pode mostrar-se arriscada para a incolumidade da mãe e do nascituro, devendo ainda ser determinada por necessidade terapêutica, como a esterilidade ou gravidez "de risco", sem cabimento de outra justificação, como ocorre nos casos em que os pais procuram tais formas de procriação com o intuito de fazer a escolha do sexo, seleção entre outros.

Outras questões geraram perplexidade moral e jurídica entre os estudiosos, como no caso da fecundação heteróloga, na qual existe a doação de gametas por sujeito estranho ao casal. Situação esta, que segundo eles poderia acarretar o desequilíbrio psicológico interno ao núcleo familiar. Da mesma forma que o menor abandonado, levantou-se a problemática

relacionada ao Direito do concebido, no que concerne à vida, à família (com dupla figura de genitores), sugerindo inclusive a sua explicitação em um "Estatuto do Concebido", visando impedir a utilização de embriões em laboratório, destinados à supressão, pela pesquisa científica; "a tal afirmação é corolário o princípio de que o direito à procriação com métodos não naturais coordena-se ao interesse do nascituro".⁴⁰

Partindo da visão do embrião como ser já concebido, Maria Celeste Cordeiro Leite dos SANTOS assim analisa o instituto da adoção:

"A adoção como solução é um fato individual, que não podemos eleger pelo casal. Para o estéril, a criança adotada é aquele filho que não pode ter; todavia, para o fértil significa sua *renúncia à fertilidade*, um medidor, um *substituto do possível*. Devemos desaprovar os métodos de fecundação artificial e reduzi-los à sempre perigosa clandestinidade?"⁴¹

Em citação em nota de rodapé à Martinez Alcorta GROSMAN, a mesma autora acrescenta:

⁴⁰ LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adoção Internacional**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 257.

⁴¹ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. **Imaculada Concepção - Nascendo In Vitro e Morrendo In Machina - Aspectos Históricos e Bioéticos da Procriação Humana Assistida no Direito Penal Comparado**. São Paulo: Acadêmica. 1993. p. 24.

"Tudo parece indicar que a sociedade não está disposta a esquecer as diferenças existentes entre o vínculo biológico e o adotivo. A adoção não é uma solução mágica a disposição dos casais. As condições legais relativa a idade, solvência moral e capacidade econômica, contam definitivamente. A adoção pode suprir a solidão de um par, ao mesmo tempo que se protege o indefeso mas, não suprirá jamais o sentimento de perda, amargura e frustração que marca tantos seres humanos".⁴²

Porém, Wilson Donizeti LIBERATI, analisando o problema, ensina que as técnicas de reprodução assistida, nem sempre podem ser utilizadas:

"As técnicas de reprodução assistida, propostas pela comunidade científica internacional, têm a finalidade de auxiliar os problemas conjugais gerados pela infertilidade humana. Essas técnicas facilitam o processo de procriação quando outro tratamento se demonstrou ineficaz ou insuficiente para solucionar o problema da infertilidade.

Essas técnicas somente podem ser utilizadas se houver alguma probabilidade efetiva de sucesso e não incorrerem em risco grave de saúde para a mulher ou para a criança que será gerada.

As técnicas mais comuns e mais aceitas, que têm apresentado resultados mais promissores para os casais sem filhos, são aquelas identificadas pelas siglas AIH e FIVET. São essencialmente distintas no que se refere ao método e ao momento da fecundação; a primeira não implica a retirada do óvulo da mulher, sendo certo que a fecundação ocorre no seu próprio corpo; na segunda, o óvulo é retirado do corpo da mulher e unido ao esperma, no laboratório, onde se realiza a fecundação".⁴³

⁴² GROSAN, Martinez Alcorta, Apud. SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. *Op. cit.* p.24.

⁴³ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Op. cit.* pp. 255-256.

O Conselho Federal de Medicina ao expor Normas Éticas para Utilização das Técnicas de Reprodução Assistida, assim se manifesta:

"No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los".⁴⁴

Percebe-se claramente, neste caso, que o embrião criopreservado passa a ser tratado como um objeto passível de doação, não mais como uma possível futura pessoa que seria suscetível de adoção.

4.3. A MÃE DE ALUGUEL

Outra tendência a ser considerada, é o da *surrogacy* (mãe substituta) ou *Mère porteuse* (mãe "carregadora", "portadora", "hospedeira", etc).

Conhecido no Brasil como "Mãe de Aluguel", tal fato tem como termo mais usual o de "Mãe Substituta" ou (*surrogacy*), pois abrange toda e qualquer situação em que uma mulher gesta um bebê por outra.

Inclusive, esta forma de procriação humana, a qual envolve técnicas de fertilização "*in vitro*", poderia ser

⁴⁴ Conselho Federal de Medicina. **Resoluções - Resolução CFM nº 1.358/92 - Normas Éticas para a Utilização das Técnicas de Reprodução Assistida.** fev. 1989/maio 1993. Brasília, 1993. v. XIV, p. 103.

pensada como uma forma de adoção, onde a mãe genética ou biológica, a mulher que produz os ovos, os cede para que sejam implantados no útero da mãe que gesta, sendo que, por vezes, temos a figura de uma terceira mulher, a qual fica com a criança após o seu nascimento.

Analisando a questão, Maria Celeste Cordeiro Leite dos SANTOS pondera:

"Sob o aspecto criminal, o casal que criar a criança pode ser *condenado* como tendo infringido a lei penal, se registrar a criança (nascida de mãe de aluguel) como sua. A mãe que gestar o bebê, por seu lado, comete uma ofensa penal se deixar de registrar essa criança como sua. Na Inglaterra, a obrigação de registrar o nascimento é dos pais, mas o registro considera que a *surrogate* (a "mãe de aluguel") é a *verdadeira mãe*.

Usualmente o pai, na Inglaterra, não reclama a paternidade, mas pode ocorrer que a "mãe" queria ficar com a criança. Nesses casos é importante o exame genético, ou o exame de sangue, para determinar se a mãe biológica é a verdadeira mãe e não a que atualmente deu à luz.

Quais os efeitos que tais contratos geram na instituição do casamento?

As pessoas solteiras podem contratar "mães de aluguel", já que podem adotar crianças? (ou mesmo terem filhos naturais).

Os argumentos contra são muitos e alguns convincentes. Um dos principais é o "pagamento" em si mesmo considerado. Existem hoje inúmeras agências comerciais (*Surrogacy agencies*) desse gênero nos Estados Unidos e algumas na Inglaterra. Elas negociam e *exploram* tanto as "mães", como os casais. É uma verdadeira atividade mercantil".⁴⁵

⁴⁵ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. *Op. cit.* pp. 45-46.

A autora considera que outro argumento contrário, é o fato de muitas dessas agências comerciais nem mesmo estarem inscritas nos programas contra a AIDS.

Em continuidade ao ensinamento, Maria Celeste afirma:

"O ovo, sêmen, os embriões devem ser "doados" e também o útero (para gestar). A única coisa que distingue essas doações da *surrogacy* é a intenção de que a criança retorne ao doador (o que entre nós não caracterizaria propriamente uma doação).

Existem casos, porém, em que devemos aceitar a *surrogacy*, desde adequadamente controlada. Quando um casal não puder ter filhos poderia ser-lhes permitido usar os serviços de outra mulher, sob certas condições".⁴⁶

Em estudo sobre a gestação de substituição (doação temporária do útero), o Conselho Federal de Medicina tece algumas considerações:

"As Clínicas, Centros ou Serviços de Reprodução Humana podem usar técnicas de RA para criar a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação na doadora genética.

1 - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

2 - A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial".⁴⁷

⁴⁶ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. *Op. cit.* p. 46.

⁴⁷ Conselho Federal de Medicina. *Op. cit.* p. 104.

No entanto, o tema produz questões que não podem ser desprezadas. Como por exemplo: Quem será a "mãe", visto que há casos em que tem-se a presença de três mães? Não existe como negar, é uma problemática de difícil solução. E se por acaso, a mãe que gestou se negar a entregar a criança após o seu nascimento? A mãe biológica (que cedeu o ovo), tem algum direito sobre a criança? E a mãe que iria cuidar do bebê, cabe à ela algum direito, uma vez que foi ela que, em razão de não poder gerar seus próprio filhos, movimentou todo um aparato científico para que aquela criança fosse gestada? Não teria a mesma mulher o direito de guarda?

Infelizmente, a legislação pátria faz-se ausente na discussão. Mas não resta dúvida que, em havendo potencialmente três mães em luta pela mesma criança, por não existir legislação que regule a questão e, da mesma forma, por inexistir certeza quanto à maternidade real, conforme alguns autores somente a mãe que gestou (carregou o bebê em seu ventre), será presumivelmente a mãe, qualquer das outras duas mulheres poderão apenas *adotar* dita criança.

A adoção, seja ela requerida por nacionais ou estrangeiros, deve ser incentivada, não só por se revelar como uma alternativa para solucionar os problemas de infertilidade ou por ser mais barato do que tratamentos de procriação artificial, mas também por ser um ato de amor. A criança, precisa de uma família, pois é nela o ambiente em que se inicia e termina o ciclo de desenvolvimento do ser humano; é nela que

a criança se apóia e se sente protegida para percorrer o caminho que a levará a integrar-se na sociedade e no mundo. Cumprindo a família adotiva um papel ímpar no meio social, uma vez que se apresenta como a mais pura manifestação de solidariedade para com os menores que se encontram em estado de abandono.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da introdução da Adoção Internacional no ordenamento jurídico brasileiro (Código de Menores - Lei 6.697 de 10 de outubro de 1979), percebeu-se a grande importância que existe em tal matéria, para tutelar de forma mais eficiente e concreta, os direitos e necessidades da criança e do adolescente, quando estes possuem como pretendentes a pais adotivos, casais estrangeiros não residentes ou domiciliados no Brasil.

Verifica-se, principalmente, que em virtude da preocupação em garantir-se os interesses do menor, a partir da Constituição da República de 1988 e da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o legislador pátrio procurou dificultar os casos de tráfico de crianças, disciplinando as situações em que seria permitida a colocação de criança brasileira em família substituta estrangeira, ou melhor, determinou que esta somente seria possível, através da adoção e de forma excepcional. O Legislador, com esse mesmo objetivo, proibiu a adoção feita por procuração (art. 39, parágrafo único, do Estatuto), a qual era possível anteriormente à Constituição de 88, estabelecendo ainda prazos mínimos para o estágio de convivência, que deve ser cumprido integralmente em solo nacional e que, a adoção por estrangeiro, na forma da lei, deverá ser assistida pelo Ministério Público (art. 227, § 5º da Carta Magna).

Encontra ainda a Adoção Internacional, alguns complicadores das mais variadas esferas, como é o caso da falta de uma regulamentação internacional de forma adequada, ou seja, a existência ou não de uma proteção legal para a residência da criança em seu novo país

Como outro complicador, verifica-se a aversão de algumas autoridades judiciárias brasileiras à Adoção Internacional, que embora seja expressamente autorizada em Lei, não é ainda bem aceita. Existem magistrados, que não concordam que crianças brasileiras sejam adotadas por estrangeiros, manifestação esta embasada no entendimento de que o problema do abandono, deveria ser resolvido no País. Outros ainda, tem medo da possibilidade de serem envolvidas em escândalos, devido às notícias a respeito do tráfico de crianças.

Exigências legais existem, e já são muitas. O que não pode ocorrer é enriquecer ainda mais este rol com o intuito único de impossibilitar ou dificultar ainda mais a colocação do menor em família substituta, que se mostra interessada na adoção de uma criança, oportunidade esta que não lhe deve ser negada, pois poderá ser sua última chance para se desenvolver de forma sadia como ser humano.

Através do excesso de zelo, cria-se barreiras enormes que inviabilizam a Adoção Internacional, firindo de morte a esperança maior de crianças e adolescentes, o sonho de ter uma família.

O futuro pode reservar para os profissionais do direito que atuam nesta área algumas surpresas, como por exemplo, a inclusão dos embriões humanos criopreservados, no instituto da adoção, ou ainda, a criação de novos institutos que visem tutelar os direitos a eles concernentes de forma apartada, bem como, no que diz respeito aos bebês advindos de mães de aluguel (neste caso a proximidade com a adoção é enorme, pois a mãe que criará o bebê nem sempre será a que o carregou no ventre e, se o for, não será a mãe genética).

Mas o que importa, é garantir-se, tanto às crianças do presente como às futuras, o direito de ter uma família, seja ela nacional ou estrangeira e, independentemente da nacionalidade dos adotantes, a adoção efetuada de forma legal, é medida adequada aos interesses das crianças, que precisa ser incentivada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CURY, Munir., AMARAL E SILVA, Antônio Fernandes do., Mendez, Emílio García. (coords.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado - Comentários Jurídicos e Sociais**. São Paulo: Malheiros, 1996. 783p.

CHAVES, Antônio. **Adoção Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. 240 p.

_____. **Adoção Simples e Adoção Plena**. São Paulo: Julex Livros, 1988. 4. ed., v. 1, 458 p.

_____. **Direito à Vida e ao Próprio Corpo. (Intersexualidade, transexualidade, transplantes)**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1986. 389p.

_____. In **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado - Comentários Jurídicos e Sociais**. CURY, Munir., AMARAL E SILVA, Antônio Fernandes do. e MENDEZ, Emílio García, (coords.). São Paulo: Malheiros, 1996. 783 p.

Conselho Federal de Medicina. **Resoluções - Resolução CFM nº 1.358/92 - Normas Éticas para a Utilização das Técnicas de Reprodução Assistida**. Brasília: 1993. v. XIV, fevereiro de 1989 - maio de 1993.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1993. 486 p.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. **Questões Jurídicas em Torno da Inseminação Artificial**. Intervenção em painel sobre o tema,

promovido pela Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (1.7.1991). São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 81 - abril de 1992 - v. 678. 444p.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adoção Internacional**. São Paulo: Malheiros, 1995. 518 p.

PEREIRA, Sérgio Gisckow. **Direito de Família na Nova Constituição - Algumas Questões**. Revista Jurídica, 1990. v. 151, 162p.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do Adolescente. Uma Proposta Interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. 720p.

Revista dos Tribunais - ano 82 - maio de 1993 - v. 691. 431p.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, v. 6. Direito de Família, 1993. 438p.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. **Imaculada Conceção - Nascendo In Vitro e Morrendo In Machina - Aspectos Históricos e Bioéticos da Procriação Humana Assistida no Direito Penal Comparado**. São Paulo: Acadêmica, 1993. 256p.

SILVA, José Luiz Mônaco da. **A Família Substituta no Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Saraiva, 1995. 441p.

SOUZA, Antônio Augusto Guimarães de. **Adoções Independentes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 82, maio de 1993. v. 691. 431p.

SZNICK, Valdir. **Adoção**. São Paulo: Parma, 2. ed. ampliada, 1993. 493p.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e LAZZARINI, Alexandre Alves (coords.). **Repertório de Jurisprudência e Doutrina Sobre Direito de Família: Aspectos Constitucionais, Cíveis e Processuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. v. 3, 727p.

THOMAZ JÚNIOR, Dimas Borelli. MINNICELLI, João Luiz Portolan Galvão. **Instrumento Legal da Adoção Internacional e Meios de Coibição do Tráfico Internacional de Crianças**. São Paulo: Revista dos Tribunais - ano 78 - março de 1989. v. 641, 432p.

VERCELLONE, Paolo. **As Novas Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 79 - janeiro de 1990. v. 651, 416p.