

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA-UFU
FACULDADE DE DIREITO “PROF. JACY DE ASSIS”
BACHARELADO EM DIREITO

PRISCILA KELLEN DE BRITO

AMPLIANDO-SE O ALCANCE DO DIREITO À FAMÍLIA:
A adoção internacional enquanto corolário do direito fundamental à família

Uberlândia- MG

2018

PRISCILA KELLEN DE BRITO

**AMPLIANDO-SE O ALCANCE DO DIREITO À FAMÍLIA:
crítica ao caráter excepcional da adoção internacional**

Monografia apresentada à banca examinadora como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito, pela Universidade Federal de Uberlândia, Faculdade de Direito Jacy de Assis. Professor orientador: Prof. Dr. Luiz Carlos Goiabeira Rosa

Uberlândia-MG
2018

PRISCILA KELLEN DE BRITO
11311DIR247

**AMPLIANDO-SE O ALCANCE DO DIREITO À FAMÍLIA:
crítica ao caráter excepcional da adoção internacional**

Monografia apresentada como pré-requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito, submetida à apreciação e aprovação da banca examinadora composta pelos membros abaixo elencados. Banca de Avaliação:

Prof. Dr. Luiz Carlos Goiabeira Rosa
Orientador

Professora Karina Lima Junqueira de Freitas
Avaliador

Gabriel Oliveira Aguiar Borges
Discente Mestrado

Pontuação atribuída

Uberlândia, 24 de Maio de 2018

AGRADECIMENTOS

A Deus, primeiramente por me permitir ser instrumento dele para fazer na vida das pessoas. Obrigada por me dar forças para prosseguir na jornada desta graduação

À minha mãe, que não mediu esforços para me ajudar ao longo da minha vida. Sou grata por tudo que enfrentou por mim. Essa vitória é para você, minha rainha.

À minha Káritta, minha companheira de todas as horas e ao meu cunhado por representar essa figura de pai em minha vida.

Aos meus amados sobrinhos Maria Clara e Francisco, que trazem alegria para os meus dias e me fazem sempre querer ser uma pessoa melhor.

À minha prima Mayne, que através de sua ajuda me possibilitou dedicar-me a escrever este trabalho.

À minha Madrinha Berenice, que exerce o papel segunda mãe em minha vida.

Às minhas amigas Karla e Regina, que foram suporte emocional, me proporcionando momentos de diversão e refúgio quando eu pensava em desistir.

Às instituições de ensino Escola Municipal Márcia Caetano Alves, Escola Estadual Maria Conceição Barbosa de Sousa e Escola Estadual Messias Pedreiro, através de seus professores despertou em mim um desejo de mudar minha história buscando cada dia mais o conhecimento.

Em especial, ao meu querido e grande mestre Luiz Carlos Goiabeira Rosa, que desde o primeiro contato despertou em mim um desejo de ser um profissional que luta em prol daqueles que precisam do fácil acesso à justiça. Você é fonte de inspirações para a nova geração de juristas desse país.

Por fim, à cidade de Uberlândia e à Universidade Federal de Uberlândia, que abriu suas portas e me permitiu concluir o grande sonho da graduação. Desejo imensamente, retribuir a sociedade através do meu trabalho, buscando um mundo menos desigual e com um mais justiça.

RESUMO

BRITO, Priscila Kellen de. AMPLIANDO-SE O ALCANCE DO DIREITO À FAMÍLIA: A adoção internacional enquanto corolário do direito fundamental à família. 2018. N° f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação). Curso de Direito. Faculdade Prof. "Jacy de Assis". Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2018.

A presente monografia tratará sobre a necessidade de se deixar de tratar a adoção internacional, uma vez corolário do direito fundamental à família, como uma alternativa secundária e excepcional. Por meio dos métodos dedutivo e dialético, buscar-se-á analisar o aludido expediente e estabelecer um diálogo entre os direitos fundamentais à família e ao crescimento e desenvolvimento regular da criança e do adolescente, contrapondo-os ao entendimento vigente acerca da excepcionalidade da ora mencionada modalidade do instituto da adoção. Ao fim, concluir-se-á pela impropriedade do caráter excepcional da adoção internacional, fazendo-se mister portanto sua alçada ao mesmo *status* que a adoção nacional.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Fundamental. Direito de Família. Adoção Internacional. Excepcionalidade

ABSTRACT

BRITO, Priscila kellen de. EXPANDING THE SCOPE OF THE RIGHT TO THE FAMILY: International implementation as a corollary of the fundamental right to the family. 2018. No. f . Course Completion Work (Graduation). Law course. Faculty Prof. "Jacy de Assis". Federal University of Uberlândia, Uberlândia, 2018.

This monograph will deal with the need to stop treating international adoption, once a corollary of the fundamental right to the family, as a secondary and exceptional alternative. Through the deductive and dialectical methods, the aforementioned expedient will be analyzed and a dialogue will be established between the fundamental rights to the family and the regular growth and development of the child and the adolescent, contrasting them with the current understanding about the exceptionality of the now mentioned modality of the institute of adoption. In the end, it will be concluded that the exceptional character of international adoption is improper, and that its status as a national adoption must therefore be considered.

PALAVRAS-CHAVE: Fundamental Law. Family right. International Adoption. Exceptionality

ROL DE SIGLAS

§	Parágrafo
ART	Artigo
CC/ 2002	Código Civil Brasileiro de 2002
CF/	Constituição Federal de 1988
CEJAI	Comissão Estadual Judiciária de Adoção Internacional
CNA	Cadastro Nacional de Adoção
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 BREVES ANOTAÇÕES.....	13
2.1 Do princípio da Dignidade Humana enquanto elemento agregador da família	15
2.2 O afeto enquanto vetor de união da família	16
2.3 Do direito à família enquanto direito fundamental.....	19
3 ADOÇÃO	23
3.1 Espécies.....	24
4 ADOÇÃO INTERNACIONAL	27
4.1 Da inconstitucionalidade do caráter excepcional da adoção internacional.....	27
4.2 O perfil de crianças procuradas para adoção: adotantes brasileiros x adotantes estrangeiros	30
5 CONCLUSÃO.....	36
REFERÊNCIAS	37

1 INTRODUÇÃO

É remansoso o entendimento de que a adoção é um corolário do direito fundamental a ter uma família. Entretanto, situações há em que a criança e o adolescente não têm efetivado tal direito, mesmo havendo quem os queira adotar.

Uma dessas situações é a de estrangeiros que, querendo ter crianças ou adolescentes brasileiros como filhos, vêm ao Brasil para adotá-los. Em tal hipótese, verifica-se um certo engessamento da legislação e dos julgadores pátrios, em razão do entendimento ora consolidado de que a adoção internacional só pode ser deferida se nenhum brasileiro quiser adotar a criança ou o adolescente.

Assim, ao se tratar a adoção internacional como uma medida excepcional e subsidiária, não se estará ferindo o direito fundamental que a criança e o adolescente têm de pertencerem a uma família?

Nesse sentido, a presente monografia tem como objetivo a crítica ao *status* de medida excepcional e secundária atribuído à adoção internacional, apesar desta ser uma decorrência do direito fundamental da criança a ter uma família. Para tanto, utilizar-se-á o método dedutivo, iniciando-se pela generalidade do instituto da adoção e se abordando ao fim a discussão sobre o *status* da adoção internacional; e o método dialético, traçando-se um paralelo entre a adoção nacional e a internacional, partindo-se da comparação dos procedimentos e perfis encontrados na adoção “nacional” e “estrangeira”, identificando-se possíveis traços desigualadores e os elementos que dificultam a otimização e viabilização do direito fundamental à criança ter família por meio da adoção internacional.

O capítulo inicial tratará da necessidade do ser humano sentir pertencente a uma sociedade, apontando quais são as principais sociedades que se destacam na formação dos valores e características como indivíduo. Explana as formas de sociabilização que o indivíduo participa, distinguindo-as em ordem de classificação.

O capítulo 2 trata do instituto da adoção de forma genérica, abordando o conceito e a função, as modalidades e espécies da adoção. Por fim, adentra na adoção internacional, aborda os dispositivos normativos que regulamentam o instituto, os órgão regulamentadores e os procedimentos adotados para que seja um processo legítimo no Brasil.

O terceiro capítulo possui o intuito de fundamentar a adoção internacional, através do estudo dos princípios constitucionais que regulamentam a aplicação do processo de adoção.

Trata a inconstitucionalidade da adoção internacional mediante o princípio da isonomia, da razoabilidade e dos direitos fundamentais.

O quarto e último capítulo demonstra os principais pontos de relevância para se considerar a adoção internacional uma medida de acesso ao corolário direito da criança a ter uma família.

Ao fim, concluir-se-á com o estudo que a adoção internacional deve ter o mesmo *status* que a nacional, uma vez constatando-se tal expediente enquanto uma das formas de cumprimento do direito fundamental à família, sendo assim uma ferramenta para o enquadramento de crianças em um ambiente familiar. Ato contínuo, concluir-se-á pela necessidade de maior viabilização da adoção internacional, de forma a se maximizar a efetivação do direito fundamental à família.

2 BREVES ANOTAÇÕES

Desde os tempos imemoriais, o ser humano vive em grupos. De acordo com Aristóteles (2001, p. 14), o homem é um animal político por natureza, que deve viver em sociedade; conseqüentemente, no convívio social o comportamento individual interfere na vida dos outros, necessitando-se portanto de organização para se estabelecer e manter a paz, tornando-se estas mais complexas à medida que assim se torna a sociedade.

É no convívio social, onde o comportamento individual interfere na vida dos outros membros da coletividade de forma a que entre outros contribua para o desenvolvimento particular e do grupo, que o indivíduo satisfaz não só suas necessidades físicas e/ou materiais, mas também outras questões consideradas relevantes, tais como perpetuação da espécie, aprimoramento cultural, defesa contra agressores externos, entre outros.

Percebe-se, outrossim, que o fato do ser humano tender naturalmente à vida coletiva mostra que o homem é um ser carente, necessitando viver em sociedade para alcançar uma vida perfeita e suficiente, por meio do suprimento de suas necessidades afetivas, psicológicas e espirituais, estas só podendo ser atendidas com a ajuda e participação de outros seres humanos.

Nesse mister, os instintos herdados do reino animal fizeram com que o homem se reunisse com seus iguais, primordialmente para o fim de reprodução e perpetuação da espécie. Inicialmente, portanto, considerava-se família o grupo em que seus membros possuíam laços biológicos, unidos para o fim de autopreservação e reprodução da espécie.

Com o evoluir da Humanidade e a estruturação das sociedades, a família passou a ser considerada além do mero viés biológico, adquirindo assim feições mais sociológicas. Por exemplo, na Grécia e Roma Antiga, berços da concepção de família para as culturas ocidentais, a religião constituía-se de crenças particulares e ancestrais, fundamentadas na crença da vida após a morte física conquanto o espírito ainda se mantivesse unido ao corpo. Por isso, para honrar os antepassados e velar pelo descanso eterno, os vivos precisavam não só dar aos mortos um enterro digno e com funerais apropriados, mas também recitar determinadas fórmulas e rituais: do contrário, a alma do falecido partiria para a erraticidade ao invés de repousar no túmulo.

Citado por Nogueira (2010, p. 117), Coulanges bem observa que “nas cidades antigas punia-se os grandes culpados com um castigo considerado terrível: a privação da sepultura. Punia-se-lhe assim a sua própria alma, inflingindo-lhe um suplício quase eterno”.

Vê-se, então, que a união dos membros familiares tinha por sustentáculo não mais somente os laços consangüíneos e muito menos a reprodução, mas principalmente a necessidade de se perpetuar o culto aos antepassados. Nogueira (2010, p. 119-120) bem alude a respeito:

Esse culto não era público, todas as cerimônias eram celebradas apenas entre os familiares e possuía um caráter obrigatório além de secreto. Ninguém que não fosse da família podia presenciar tais ritos, nem tampouco avistar o fogo sagrado. [...] Estabelecia-se, assim, um poderoso laço, unindo todas as gerações de uma mesma família. [...] A religião doméstica – baseada no culto aos mortos -, ao determinar a existência, em cada casa, de um lar com o fogo sagrado sempre aceso, e a reunião diária da família em torno dele para a adoração aos seus deuses, demonstra que o que caracteriza a família é a possibilidade de cultuar e adorar os mesmos deuses, sob o princípio da autoridade paterna.

Constata-se, destarte, que em Roma já se alargava e se juridicizava a definição de família. Fiúza (2006, p. 939) obtempera que, em Roma, “a família era corpo que ia muito além dos pais e dos filhos. Sob a liderança do pai, a família era o conglomerado composto da esposa, dos filhos, das filhas solteiras, das noras, dos netos e demais descendentes, além dos escravos e clientes”.

Nogueira (2010, p. 121) completa:

O critério predominante na determinação do parentesco não era, portanto, a consangüinidade, mas a sujeição ao mesmo culto, a adoração aos mesmos deuses-lares, a submissão ao mesmo *pater familias*. Dessa feita, a família ou *gens* era um grupo mais ou menos numeroso subordinado a um chefe único: o *pater familias*, cujo poder ilimitado era concedido pela religião.

Já na Idade Média, a concepção de família sofreu forte influência da Igreja Católica e das classes mais abastadas e então no poder: a entidade familiar só seria assim considerada se proveniente de um casamento celebrado por autoridade eclesiástica regularmente investida de poderes pela Igreja, e consubstanciado no consenso entre as partes precedido da autorização das respectivas famílias dada a repercussão econômica que o matrimônio acarretava.

No Brasil, essa ideia patriarcal e patrimonialista de família perdurou até o advento da Constituição Federal de 1988, a qual destituiu o paradigma patrimonial e patriarcal e instituiu o paradigma da Dignidade da Pessoa Humana enquanto norteador do sistema jurídico, gerando assim toda uma revolução nos conceitos atinentes. Com efeito, o art. 1º, III da Magna Carta fez com que o ser humano enquanto eixo norteador impusesse à personalidade um significado bem mais abrangente que o técnico-formal: a ideia de pessoa é vinculada ao ser

humano em si considerado, enquanto valor juridicamente tutelado – no que se observa ser a personalidade uma decorrência da própria dignidade da pessoa humana.

2.1 Do princípio da Dignidade Humana enquanto elemento agregador da família

Tepedino (2004, p. 27) conceitua a personalidade como um feixe de características e atributos da pessoa humana e um bem objeto de tutela pelo ordenamento jurídico – pelo que a pessoa deve ser protegida de toda e qualquer agressão que venha a afetar a sua dignidade. E arremata:

[...] considerada como sujeito de direito, a personalidade não pode ser dele o seu objeto. [...] considerada, ao revés, como valor, tendo em conta o conjunto de atributos inerentes e indispensáveis ao ser humano (que se irradiam da personalidade), constituem bens jurídicos em si mesmos, dignos de tutela privilegiada.

Isto posto, certo é se concluir que o ser humano é pessoa não porque tem personalidade, mas porque, por ser humano, possui atributos essenciais à vida que devem ser protegidos pelo ordenamento para que tenha um mínimo de dignidade e assim condições de vida em sociedade.

A esse mister, Szaniawski (2005, p. 140) bem obtempera que o princípio da dignidade da pessoa humana contém um imperativo ordenatório a ser observado tanto pelos demais membros da sociedade quanto pelo Estado, de forma a que todos respeitem as condições mínimas essenciais de vida digna do ser humano, as quais, entre outras, perfariam a alimentação, moradia, educação, trabalho, honra, respeito, informação, proteção à vida privada e liberdade.

De acordo com Amaral (2000, p. 249), o princípio da dignidade humana é um valor jurídico constitucionalmente positivado e, portanto, um marco jurídico no núcleo de proteção do sistema brasileiro dos direitos da personalidade: representa uma referência unificadora de todo o sistema de tutela da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro. E bem conclui, asseverando que “o princípio da dignidade humana traduz o reconhecimento do valor da pessoa humana dotada dos direitos invioláveis que lhes são inerentes”.

Ou seja: a pessoa humana passou a ser considerada em razão de seus atributos humanísticos, e não somente em face de sua aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações.

Nessa linha de raciocínio é que a Constituição Federal reconheceu a entidade familiar enquanto núcleo estrutural da sociedade (art. 226, *caput* e §§). Assim, pode-se

conceituar família como o grupo formado pelos pais unidos pelo casamento ou união estável e os filhos advindos de tal união (família biparental), por um dos pais e os respectivos filhos (família monoparental) ou, conforme aponta Fiúza (2006, p. 942), pela vida em comum de dois ou mais irmãos (família fraterna).

Nesse mister, os membros da entidade familiar vinculam-se por força de laços consanguíneos (descendência ou ascendência) ou legais (no caso dos adotados), mas mantêm tal união para a consecução de proteção mútua, desenvolvimento e evolução conjuntos e congêneres. Pode-se concluir que todo e qualquer assunto em que um particular envolva-se e que seja de interesse direto e imediato da família, suscita a imagem desta enquanto ente único.

Em outras palavras: se os membros de uma família unem-se e se reúnem por causa de um mesmo motivo juridicamente reconhecido e relevante, de forma contínua e duradoura e que interessa ao grupo como um todo, aí se verifica existência fática de uma coletividade que atua como um ente único.

Mais: posto reunirem-se os familiares de forma duradoura para o bem-estar coletivo – isto é, cada um dos integrantes do núcleo familiar age com vistas ao bem-estar de todos os demais -, ousa-se dizer que na família há o *animus* semelhante à *affectio societatis*, uma vez identificada a intenção coletiva em se perseguir e alcançar um objetivo em comum.

Isto posto, numa acepção simplista pode-se dizer que a família tem por premissa a reunião de seus membros em razão de um fato em comum: ainda que destituída de personalidade, a entidade familiar é vislumbrada a partir do pressuposto de que há um grupo unificado graças a um evento que os une de forma perene em determinada situação – característica que identifica os entes despersonalizados coletivos.¹ Ato contínuo, na família pode ser considerada um ente coletivo, dado que seus membros mantêm-se unidos com o propósito de resguardarem a dignidade particular e do grupo perante a sociedade, ou seja, ao mesmo tempo que seus membros se unem para o bem-estar da coletividade, esta mesma coletividade contribui para o atendimento às necessidades do indivíduo.

2.2 O afeto enquanto vetor de união da família

Deve-se ponderar que a formação de uma família, antes de ter uma conotação jurídica, tem um viés psicológico.

¹ Diz-se “coletivos” para se diferenciar do nascituro, o qual se poderia ser considerado ente despersonalizado “individual”.

Conforme aduz Pereira (2003, p. 51):

Levi Strauss e Lacan já mostraram ao mundo, há muitas décadas, que o cerne da família e o laço principal de sua formação estão em uma estruturação psíquica entre os sujeitos envolvidos, na qual cada um exerce uma função e tem lugares definidos. O Direito já deveria ter entendido isso.

Eis porque hoje se mostra cediço e ressabido não ser o vínculo biológico ou o jurídico que garantem a existência da família, mas sim e antes de tudo o vínculo cultural, conforme aponta Lacan (1981, p. 10) ao comentar sobre a estrutura cultural da família:

A espécie humana caracteriza-se por um desenvolvimento singular das relações sociais, que sustêm capacidades excepcionais de comunicação mental, e correlativamente por uma economia paradoxal dos instintos que aí se mostram essencialmente susceptíveis de conversão e de inversão não tendo efeito isolável senão de modo esporádico. São assim permitidos comportamentos adaptativos duma variedade infinita. A sua conservação e o seu progresso, por dependerem da sua comunicação, são antes de tudo obra colectiva e constituem a cultura; ela introduz uma nova dimensão na realidade social e na vida psíquica. Esta dimensão especifica a família humana tal como todos os fenómenos sociais no homem.

Assim é que o afeto, embora não previsto normativamente de forma explícita, insere-se de modo implícito na principiologia constitucional, eis que insito nos princípios da dignidade humana (art. 1º, III); convivência familiar (art. 227); igualdade entre cônjuges (art. 226) e entre filhos (art. 227 § 6º); adoção (art. 227 §§ 5º e 6º); entre outros. E também em nível infraconstitucional: ainda que implicitamente, o Código Civil insere o afeto enquanto elemento formador do vínculo familiar ao predizer, em seu art. 1.593, que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade **ou outra origem**” (grifo nosso); ou ainda, no inciso II do art. 1.605, quando trata da posse do estado de filho, ao prescrever que “na falta, ou defeito, do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito [...] quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos”.

De se ressaltar, destarte, que a socioafetividade passou a ser mais importante que a realidade biológica: a identidade genética deixou de ser o referencial supremo para se determinar o vínculo de parentesco, passando a ser mais importante a afetividade entre os membros do grupo que se pretende ser reconhecido como familiar. Com efeito, o que se busca ao se pertencer a uma família não é tanto o suporte material, mas antes e acima disso o suporte psíquico, consubstanciado na segurança de que o indivíduo necessita para construir e constituir enquanto sujeito, bem como para conviver com seus semelhantes e para viver em

sociedade, enxergando-se desta forma a família como um refúgio afetivo (PAULO, 2006, p. 40), em contraposição à antiga ideia de perpetuação do patrimônio e do nome.

Hodiernamente, portanto, a afetividade é o princípio balizador do direito das famílias, capitaneado pela dignidade da pessoa humana: a família constitui-se e se mantém em razão da convivência afetiva enquanto premissa e ao mesmo tempo finalidade, desvinculada do interesse material, o qual apenas subsidiariamente aparece e somente se torna o objetivo principal se o vínculo afetivo se extinguir.

Destarte, o afeto é o elemento agregador que, uma vez constatado nas relações interpessoais, funciona como vetor da formação de uma família. Outrossim, uma vez complementado pela estabilidade e ostensibilidade, caracteriza indubitavelmente o vínculo formador e mantenedor da família.

Lôbo (2002, p. 91) aduz a respeito:

Em todos os tipos há características comuns, sem as quais não configuram entidades familiares, a saber: a) afetividade, como fundamento e finalidade da entidade, com desconsideração do móvel econômico; b) estabilidade, excluindo-se os relacionamentos casuais, episódicos ou descomprometidos, sem comunhão de vida; c) ostensibilidade, o que pressupõe uma unidade familiar que se apresente assim publicamente.

Notadamente na relação paterno-filial, devem-se considerar pais aqueles que assumem e exercem contínua e duradouramente os deveres inerentes ao poder familiar, tratando pois a criança como filho. Conforme já exposto, a paternidade não é um fato biológico, mas sim um fato da cultura, está antes no comprometimento e no serviço do que na procedência do sêmen (FACHIN, 1997, p 85); a paternidade não é um fenômeno natural, mas sim cultural, e nesse contexto muito apropriado é o dito popular segundo o qual “pai é quem cria”.

Isto posto, o fator biológico pode ser em alguns casos definidor da paternidade, porém não é o único e nem o principal: não é o nascimento ou a descendência genética que vaticinam o vínculo paterno-filial, mas sim a dedicação dos pais em prover as necessidades físicas e espirituais dos filhos tais como alimentos e carinho, estabelecendo-se assim um vínculo psicoafetivo duradouro e cotidiano. A procriação, portanto, seria um dado, e a paternidade um construído.

Bem a propósito é o escólio de Villela (1979, p. 407-408):

Qual seria, pois, esse *quid* específico que faz de alguém um pai, independentemente da geração biológica? Se se prestar atenta escuta às pulsações mais profundas da longa tradição cultural da humanidade, não será difícil identificar uma persistente intuição que associa a paternidade antes

com o serviço que com a procriação. Ou seja: ser pai ou ser mãe não está tanto no fato de gerar quanto na circunstância de amar e servir.

Madaleno (2000, p. 8) compartilha de tal entendimento:

Os filhos são realmente conquistados pelo coração, obra de uma relação de afeto construída a cada dia, em ambiente de sólida e transparente demonstração de amor a pessoa gerada indiferente origem genética, pois importa ter vindo ao mundo para ser acolhida como filho de adoção por afeição. Afeto para conferir tráfego de duas vias a realização e a felicidade da pessoa. Representa dividir conversas, repartir carinho, conquistas, esperanças e preocupações; mostrar caminhos, receber e fornecer informação. Significa iluminar com a chama do afeto que sempre aqueceu o coração de pais e filhos socioafetivos, o espaço reservado por Deus na alma e nos desígnios de cada mortal, de acolher como filho aquele que foi gerado dentro do seu coração.

Portanto, o vínculo que permite configurar a família não deve ser procurado primeiramente e tão-somente na verdade jurídica, e muito menos na verdade biológica: antes e prioritariamente, deve-se perscrutar acerca da verdade socioafetiva, posto que, sendo os laços de afetividade a razão primeira e última da união, aí se observará e se configurará a família.

2.3 Do direito à família enquanto direito fundamental

Acerca dos direitos fundamentais, Dimoulis e Martins (2011, p. 49) bem obtemperam:

Direitos fundamentais são direitos públicos subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual. A principal finalidade dos direitos fundamentais é conferir aos indivíduos uma posição jurídica de direito subjetivo, em sua maioria de natureza material, mas às vezes de natureza processual e, conseqüentemente, limitar a liberdade de atuação dos órgãos do Estado. Por esse motivo, cada direito fundamental constitui, na definição do constitucionalista alemão Georg Jellinek (1851-1911), um “direito público subjetivo”, isto é, um direito individual que vincula o Estado.

Para compreensão da função dos direitos fundamentais, imagina-se o Estado e cada indivíduo como relação entre duas esferas em interação. Constituindo medida de garantia da autonomia da esfera individual e, ao mesmo tempo, descrevem situações nas quais um determinado tipo de contato é obrigatório. Essas garantias fundamentais correspondem às

disposições constitucionais que não enunciam direitos, mas tem por objeto a prevenção e/ou correção uma violação de regras e normas. São meios para fazerem valer os direitos. Nesse sentido, o paradigma antropocêntrico substituiu o patrimônio pelo ser humano enquanto centro do sistema normativo e conseqüente erigiu a dignidade humana e seus corolários como norteadores do ordenamento jurídico. Também já comentado, uma das conseqüências diretas foi a mudança na forma de interpretação da lei: quando a tônica é direitos fundamentais a interpretação normativa não mais se restringe aos critérios clássicos de antinomia de normas e concepção de relação jurídica, indo além ao priorizar a proteção e promoção dos direitos fundamentais.

Uma vez constitucionalizados e fundamentalizados os direitos fundamentais consubstanciam-se num conjunto de valores objetivos básicos e ao mesmo tempo paradigma de proteção das situações jurídicas subjetivas (LUÑO, 1995, p. 20). Conseqüentemente, ao Estado incumbe o dever de assegurar ao indivíduo o exercício dos direitos fundamentais em toda a sua plenitude, ampliando ao máximo a proteção não só aos direitos fundamentais em si considerados, mas também ao respectivo exercício dos mesmos.

Nessa linha de raciocínio, tornou-se assente o entendimento segundo o qual as normas constitucionais que tratam de matéria afeita aos direitos fundamentais gozam do *status* de princípios. Assim, por serem princípios os direitos fundamentais devem ser efetivados da melhor e mais abrangente maneira possível, não só num contexto jurídico como também fático. Não há que se considerarem os direitos fundamentais regras, pois isso implicaria numa rigidez e engessamento desnecessários dos mencionados comandos constitucionais, dado que uma vez regras os direitos fundamentais seriam interpretados de forma diametral, num raciocínio de “tudo ou nada” conforme bem apontou Dworkin (1977, p. 29).

Nesse sentido é o entendimento de Robert Alexy (2008, p. 104), para quem os direitos fundamentais são princípios e por isso são mandados de otimização, gerando-se por conseqüência a conclusão de que não só não podem ser interpretados de forma rígida e inexorável como também não há critérios de hierarquia entre si, devendo ser sopesados conforme o caso e preponderantes ou relegados conforme a maior ou menor incidência dos mesmos à situação concreta.

Também é nesse sentido a lição de Bonavides (2004, p. 131), para quem os direitos fundamentais são princípios constitucionais:

A interpretação sistemática da Constituição permite ainda estabelecer no regime político a sede daqueles valores a que a linguagem jurídica conferiu a denominação de princípios constitucionais. Nesses valores se inspiram ou tem base os direitos fundamentais, bem como as normas constitucionais de organização e competência.

Sendo os direitos fundamentais princípios constitucionais, a respectiva interpretação deve ter uma conotação sistêmica de modo a assegurar o mais amplamente possível a eficácia e eficiência. É nesse sentido o princípio da máxima efetividade da norma constitucional, conforme aponta Canotilho (2003, p. 1.224):

Este princípio, também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efetiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).

No Brasil, o princípio da máxima efetividade da norma encontra-se inscrito no artigo 5º § 1º da Constituição Federal. Conforme bem explana Sarlet (2011, p. 270-271):

A melhor exegese da norma contida no art. 5º, parágrafo 1º, de nossa Constituição é a que parte da premissa de que se trata de norma de cunho inequivocamente principiológico, considerando-a, portanto, uma espécie de mandado de otimização (ou maximização), isto é, estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais [...]. No caso dos direitos fundamentais, à luz do significado outorgado ao art. 5º, parágrafo 1º, de nossa Lei Fundamental, pode-se afirmar que aos poderes públicos incumbem a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram (os direitos fundamentais) a maior eficácia possível, outorgando-lhes, neste sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais, já que não há como desconsiderar a circunstância de que a presunção da aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos direitos fundamentais constitui, em verdade, um dos esteios de sua fundamentalidade formal no âmbito da Constituição, o que induz à afirmação de que, em certo sentido, os direitos e princípios fundamentais regem e governam a própria ordem constitucional.

Assim, à luz da hermenêutica constitucional contemporânea, segue-se que o direito a pertencer a uma família é um direito fundamental, conforme expõe o art. 227, *caput*, da CF, ao preconizar que “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à [...] convivência familiar”, orbitando em redor de tal mister os arts. 203, inciso I, 226 § 6º e 229 (BRASIL, 1988), e bem assim os arts. 3º, 4º, 5º e 19 a 52 do ECA. Ato contínuo, tal direito não pode ser limitado e nem delimitado por norma infraconstitucional, salvo nas hipóteses expressamente previstas pela Lei Fundamental, e ainda assim, desde que não desrespeite o princípio da máxima efetividade da norma constitucional. Eis porque, não se pode restringir sem motivo juridicamente ou humanisticamente plausível o acesso a uma família, notadamente porque o

primeiro ambiente socializador do ser humano é a família, cuja ausência de convivência e consequentemente de amor e afeto é fator inicial para grandes traumas na vida futura como adulto, pois é no seio familiar que o indivíduo desenvolve e completa o ciclo da socialização.

Heller (1987, p. 10) bem sintetiza a respeito:

A família torna-se a esfera íntima da existência, o local exclusivo onde se pode exprimir a própria emoção e agregar-se aos outros. O local onde se pode relaxar em conjunto, o local enfim onde se pode desfrutar a sensação de pertencer. Representa, ainda, o lugar onde se pode refazer-se das humilhações sofridas no mundo externo, expandir a agressividade reprimida, exercitar o próprio autocontrole, repreender e vencer o outro.

Todavia, essa interação entre pais e filhos no ambiente familiar somente possui sentido se a criança é reconhecida a título de direitos, ou seja, é considerada *sujeito de direitos*. Nesse sentido é o entendimento de Liberati (1991, p. 05):

[...] as crianças e jovens passam a ser sujeitos de direitos e deixam de ser objetos de medidas judiciais e procedimentos policiais, quando expostos aos efeitos da marginalização social decorrente da omissão da sociedade e do poder público, pela inexistência ou insuficiência das políticas sociais básicas.

No entanto, apesar de a criança e adolescente possuem o direito fundamental à convivência familiar, quando se trata de adoção internacional esse direito é dificultado pelo fato de tal modalidade ter um caráter excepcional, o que configura clara inconstitucionalidade conforme se discutirá a seguir.

3 ADOÇÃO

Conforme Honorato (2007, p. 48), etimologicamente adoção deriva do latim *adoptare* (“escolher”, “desejar”, “optar por”). Dentre os conceitos encontrados na doutrina, Berenice Dias (2005, p. 426) bem afirma que a adoção é uma figura jurídica que “cria um vínculo fictício de paternidade-maternidade-filiação entre pessoas estranhas, análogo ao que resulta da filiação biológica [...] constitui um parentesco eletivo, pois decorre exclusivamente de um ato de vontade”. É pois, a adoção, um instituto em que alguém atribui a outrem, solenemente, o *status* de filho, criando-se assim entre ambos um vínculo de parentesco; é uma ficção jurídica, que visa a imitar a filiação natural, sem que, contudo, haja qualquer relação biológica entre pais e filhos, e que gera uma situação jurídica permanente, da qual emergem obrigações recíprocas (COIMBRA, 2012).

A adoção é um direito fundamental previsto no art. 227 § 5º da CF, segundo o qual “A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros” (BRASIL, 1988). E é expressamente prevista enquanto direito pelo art. 19 do ECA² no caso de menores de 18 anos, e pelo art. 1.619 do Código Civil³ e subsidiariamente pelo ECA na hipótese de maiores de 18 anos.

Entrementes, a ausência de vínculo de consanguinidade entre as partes não desmerece a paternidade adotiva. Pelo contrário, conforme o escólio de Villela (1979, p. 416):

A paternidade adotiva não é uma paternidade de segunda classe. Ao contrário: suplanta, em origem, a de procedência biológica, pelo seu maior teor de autodeterminação. Não será mesmo demais afirmar, tomadas em conta as grandes linhas evolutivas do direito de família, que a adoção prefigura a paternidade do futuro, por excelência enraizada no exercício da liberdade. Somente ao pai adotivo é dada a faculdade de um dia poder repetir aos seus filhos o que CRISTO disse aos seus apóstolos: “Não fostes vós que me escolhestes, mas fui eu que vos escolhi a vós”.

Infira-se que a adoção é um ato jurídico solene e irrevogável, mediante intervenção judicial, na qual a pretensão entre os interessados na adoção (adotantes) em relação ao adotado, respeitados os requisitos legais fixados por leis infraconstitucionais e pela Constituição. E, juridicamente, o vínculo parental entre adotante e adotado tem a mesma

² Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.

³ Art. 1.619. A adoção de maiores de 18 (dezoito) anos dependerá da assistência efetiva do poder público e de sentença constitutiva, aplicando-se, no que couber, as regras gerais da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente.

conotação que o vínculo biológico, dado que, a Constituição Federal do Brasil dispõe em seu artigo 227, § 6º, o impedimento de qualquer designação de discriminação relativa à filiação, possuindo o filho adotado as mesmas prerrogativas e obrigações que o filho biológico.

Denote-se ainda que, com o advento da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a adoção fora alçada ao *status* de instituição, possuindo natureza de vínculo irrevogável de filiação e paternidade por meio de sentença judicial. Não se trata, portanto, como parte da doutrina sustenta, de negócio jurídico contratual dada a irrevogabilidade do mesmo.

A relação de adoção não pode ser apenas considerada um ato bilateral de manifestação, mas um contrato. O Estado atua de forma presente fazendo com que a adoção escape da ordem privatista e seja considerado desenganadamente, como instituição ou instituto de ordem pública. Ou seja, é uma instituição jurídica de ordem pública que possui a intervenção jurisdicional. Nos procedimentos legais os interesses do adotado serão sempre privilegiados, sendo necessário observar as reais vantagens e se não há impeditivo que afigure inconveniente a constituição do vínculo de adotivo para a decretação da adoção.

A validade deste ato jurídico dependerá de sentença judicial, o juiz não proferirá apenas a decisão mas atuará como representante do Poder do Estado, a sentença dada possui caráter constitutivo para resolver as mudanças ou não do vínculo de paternidade-filiação.

3.1 Espécies

No ordenamento jurídico brasileiro, existem duas espécies legais de adoção, que decorrem da distinção legal entre maiores e menores de idade.

A primeira é a adoção civil, também chamada de *comum* ou *tradicional*. Regulamenta a adoção de maiores de dezoito anos, e é regulamentada por meio de previsão legal disposta nos artigos 1.618 e seguintes do Código Civil de 2002. Nesta espécie de adoção, o agente do adotante pode ser qualquer pessoa, seja brasileira ou estrangeira, solteira, casada ou em união estável, residente ou não em território nacional.

A segunda é a adoção estatutária, aplicável para adoção de menores de dezoito anos, abrangendo aos maiores de dezoito anos que estavam sob a tutela ou guarda dos adotantes. Tal modalidade é prevista no artigo 39 e seguintes do ECA.

As leis brasileiras regulamentam que, independente da espécie de adoção utilizada dever-se á observar três requisitos indispensáveis: a idade do adotante mínima de dezoito

anos, para se identificar qual espécie de adoção será a cabível; diferença de idade que deve existir entre o adotante e adotado; consentimento, seja ele o consentimento dos pais ou representantes legais, ressaltando-se que nas relações em que a identidade dos pais é desconhecida ou o pátrio poder for destituído, será dispensado o consentimento. Um ponto específico para esclarecer é que nos processos de adoção envolvendo crianças maiores de dez anos de idade, será ouvido e levado em consideração o consentimento da criança.

Salienta-se que, na atualidade, ambas as adoções dependem da assistência do Poder Público e sentença constitutiva para sua efetivação, estando disciplinado com fulcro disposto no artigo 1.619, Código Civil Brasileiro.

Das duas modalidades ora mencionadas, decorrem modalidades específicas. A primeira é a adoção póstuma ou *post mortem* CC, art. 1.628 § 5º; ECA, art. 42), quando ocorre a hipótese de evento de morte por parte do adotante, durante o período em que se tramita o processo de adoção. Assim, mesmo ocorrendo a morte do adotante durante o processo de adoção, comprovado o desejo da adoção antes da morte, patente está a sua boa intenção de inserir tal criança ou adolescente em sua família, concedendo a essa um lar e o *status* de filho. Frise-se que, conforme o ECA, se o adotante falecer antes do trânsito em julgado da sentença, os efeitos do processo de adoção serão *ex tunc*, retroagindo à data do óbito e não mais da data do trânsito e julgado da sentença.

A segunda modalidade é adoção unilateral, na qual se opera a adoção sem que haja o rompimento total do vínculo parental biológico, desfazendo-se apenas em relação a um dos genitores e subsistindo em relação ao outro, como no exemplo da mãe viúva que contrai novo matrimônio, e seu cônjuge inicia o processo de adoção do filho da companheira. Esta modalidade de adoção é realizada de forma híbrida, visto que há a substituição de um dos genitores da criança ou adolescente, permitindo a que haja a figura do adotante na filiação, conforme dispõe o art. 41 § 1º do ECA. Ressalte-se que a adoção unilateral pode acontecer nos casos onde o adotado possui pai não declarado ou desconhecido, quando um dos pais foi destituído do poder familiar, quando um dos pais é falecido, entre outros.

A terceira espécie é a adoção por divorciados, possível desde que o início do processo de adoção e o estágio de convivência tenham se iniciado na constância do casamento ou união estável. Para viabilizar tal modalidade ambos os adotantes precisam estar de acordo quanto à questão da guarda e regime de visitas, consoante dispõe o art. 42 § 4º do ECA.

O quarto tipo é a adoção por tutor ou curador, conforme se trate de criança e adolescente que possua pais desconhecidos, falecidos ou que foram destituídos do poder

familiar, e o juiz nomeia tutores ou inclui a menor em programas de colocação familiar. Para ser realizada, deverá seguir as condições do art. 1.734 do Código Civil.

O intuito da legislação nesse caso específico é proteger os interesses do menor, jamais sendo permitido a adoção por um tutor cuja não haja idoneidade ou que seja questionada. É dever do tutor a prestação de contas, não podendo ele se beneficiar com a adoção do menor, visto que o real interesse da adoção é suprir as necessidades da criança e adolescente em ter uma família.

Quinta modalidade é a adoção *intuitu personae*, na qual os genitores da criança a ser adotada determinam a quem ela deve ser entregue em adoção. Em que pese não haver previsão legal expressa a respeito, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento em que reconhece tal modalidade, garantindo a legitimidade do estabelecimento de vínculo afetivo da criança com “adotantes” na adoção *intuitu personae*, de forma incontestável:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. ADOÇÃO INTUITU PERSONAE. PRETENDENTE NÃO INSCRITA NO CADASTRO DE ADOTANTES. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR. ESTABELECIMENTO DE VÍNCULO AFETIVO DA CRIANÇA COM A PRETENZA ADOTANTE NÃO CADASTRADA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (STJ, REsp 1628245/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 15/12/2016)

Denota-se que tal modalidade é reconhecida em razão do melhor interesse do menor, pois, uma vez estabelecido o vínculo psicossocial ente adotado e adotantes, seria contraproducente rompê-lo por uma irregularidade meramente formal – *in casu*, a não inscrição dos adotantes no cadastro de adoção.

Outra “modalidade” – frise-se, proibida pelo ordenamento jurídico pátrio – é a coloquialmente conhecida por “adoção à brasileira”: nesta hipótese, mesmo tendo pais consanguíneos a pessoa não foi registrada como filho destes, mas sim em nome de outros pais os quais o acolheram nesta qualidade, sem haver qualquer intervenção ou acompanhamento judicial do poder judiciário, Ministério Público ou Conselho Tutelar. No Brasil, esse tipo de adoção era extremamente comum até meados da década de 80 e cada década diminui, sendo tal expediente quase inexistente notadamente em razão da tipificação enquanto crime, previsto no art. 242 do Código Penal.

Tem-se, por fim, a adoção internacional, na qual adotante e adotado possuem nacionalidades diferentes, devendo ser o adotante estrangeiro não domiciliado no Brasil, ou brasileiro domiciliado no exterior. Tratar-se-á de tal modalidade a seguir.

4 ADOÇÃO INTERNACIONAL

Acerca da adoção internacional, trata-se de um direito fundamental previsto na segunda parte do art. 227 § 5º, da Constituição Federal, segundo o qual “a adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros” (BRASIL, 1988). A par do comando constitucional, o ECA disciplina a adoção internacional a partir do art. 31, segundo o qual “A colocação em família substituta estrangeira constitui medida excepcional, somente admissível na modalidade de adoção” (BRASIL, 1990), não sendo permitidas ao estrangeiro as modalidades de tutela e a guarda.

4.1 Da inconstitucionalidade do caráter excepcional da adoção internacional

Silva (2014, p. 48) bem observa, ao comentar sobre o princípio da supremacia da norma constitucional:

O princípio da supremacia requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição. Essa conformidade com os ditames constitucionais, agora, não se satisfaz apenas com a atuação positiva de acordo com a constituição. Exige mais, pois omitir a aplicação de normas constitucionais, quando a Constituição assim a determina, também constitui conduta inconstitucional.

Conforme a lição do citado doutrinador, a CF é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro: todas as normas pertencentes ao ordenamento jurídico pátrio somente serão válidas e terão fundamento se não só seu texto e forma como também a respectiva interpretação forem compatíveis com o texto constitucional. Corolário lógico, não pode uma interpretação ser desenvolvida de forma a se privilegiar uma norma infraconstitucional em detrimento de um exposto preceito constitucional: aplicar a lei ao caso concreto de forma a que se ocorra o contrário do que expressamente é determinado pela Constituição, redundando em procedimento manifestamente inválido por ser inconstitucional.

Moraes (2016, p. 749) bem obtempera a respeito:

Em primeiro lugar, a existência de escalonamento normativo é pressuposto necessário para a supremacia constitucional, pois, ocupando a constituição a hierarquia do sistema normativo é nela que o legislador encontrará a forma de elaboração legislativa e o seu conteúdo. Além disso, nas constituições rígidas se verifica a superioridade da norma magna em relação àquelas produzidas pelo Poder Legislativo, no exercício da função legiferante ordinária. Dessa forma, nelas o fundamento do controle é o de que nenhum ato normativo, que lógica e necessariamente dela decorre, pode modificá-la ou suprimi-la.

Dessume-se, outrossim, que da mesma forma que a lei é inconstitucional se seu texto afrontar a Constituição Federal, também assim será a interpretação de texto legal que redunde em entendimento que colida com preceito expressamente previsto na Lei Maior. Notadamente quanto ao princípio da igualdade e seus corolários, tanto no aspecto formal quanto no aspecto material: a prática de atos discriminatórios e preconceituosos ofende a essência do próprio ser humano e contrapõe o Estado Democrático brasileiro. A interpretação correta e a aplicação do princípio da isonomia consideram as desigualdades e as injustiças causadas por tais situações, promovendo a plena igualdade que não deverá ser apenas perante a lei, mas perante todo o direito, a justiça e escopos sociais gerando reais oportunidades do indivíduo obter uma vida digna.

Entretanto, assim dispõem os arts. 50 § 10 e 51 §§ 1º e 2º do ECA:

§ 10. Consultados os cadastros e verificada a ausência de pretendentes habilitados residentes no País com perfil compatível e interesse manifesto pela adoção de criança ou adolescente inscrito nos cadastros existentes, será realizado o encaminhamento da criança ou adolescente à adoção internacional.

Art. 51. Considera-se adoção internacional aquela na qual o pretendente possui residência habitual em país-parte da Convenção de Haia, de 29 de maio de 1993, Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, promulgada pelo Decreto nº 3.087, de 21 junho de 1999, e deseja adotar criança em outro país-parte da Convenção. § 1º A adoção internacional de criança ou adolescente brasileiro ou domiciliado no Brasil somente terá lugar quando restar comprovado: I - que a colocação em família adotiva é a solução adequada ao caso concreto; II - que foram esgotadas todas as possibilidades de colocação da criança ou adolescente em família adotiva brasileira, com a comprovação, certificada nos autos, da inexistência de adotantes habilitados residentes no Brasil com perfil compatível com a criança ou adolescente, após consulta aos cadastros mencionados nesta Lei; III - que, em se tratando de adoção de adolescente, este foi consultado, por meios adequados ao seu estágio de desenvolvimento, e que se encontra preparado para a medida, mediante parecer elaborado por equipe interprofissional, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 28 desta Lei. § 2º Os brasileiros residentes no exterior terão preferência aos estrangeiros, nos casos de adoção internacional de criança ou adolescente brasileiro.

Apesar de o art. 227 § 5º da CF asseverar que a lei estabelecerá os casos e condições da efetivação da adoção internacional por parte de estrangeiros, as restrições de que tratam os aludidos artigos do ECA podem ir na contramão do interesse do adotando. A começar de direito humano expressamente previsto na Convenção dos Direitos da Criança da ONU (1989), qual seja, o direito ao pleno e harmonioso desenvolvimento da personalidade da

criança mediante o crescimento no seio da família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão.

Com efeito, pode acontecer de ambos os pretendentes adotantes, brasileiro e estrangeiro, preencherem o perfil compatível com o ideal ou desejado para a criança e, nesse contexto, o estrangeiro fornecer melhores condições de pleno desenvolvimento. Ainda assim, seria justo preferir-se o brasileiro ao estrangeiro?

Verifica-se portanto clara ofensa ao princípio da igualdade, na medida em que o traço desigualador (ser estrangeiro) não é objetivamente apto a justificar tratamento preferencial ao adotante brasileiro. Conforme o escólio de Mello (2002, p. 21-47):

Esclarecendo melhor: tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, *in concreto*, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles. [...] Há ofensa ao preceito constitucional da isonomia quando [...] a interpretação da norma extrai dela distinções, *discrímens*, *desequiparações* que não foram professadamente assumidos por ela de modo claro, ainda que por via implícita.

Corroborando nesse sentido Canotilho (2003, p. 418-419):

A fórmula “o igual deve ser tratado igualmente e o desigual desigualmente” não contém o critério material de um juízo de valor sobre a relação de igualdade (ou desigualdade). A questão da igualdade justa pode colocar-se nestes termos: o que nos leva a afirmar que uma lei trata dois indivíduos de uma forma igualmente justa? Qual o critério de valoração para relação de igualdade? Uma possível resposta, sufragada em algumas sentenças do Tribunal Constitucional, reconduz-se à proibição geral do arbítrio: existe observância da igualdade quando indivíduos ou situações iguais não são arbitrariamente (*proibição do arbítrio*) tratados como desiguais. Por outras palavras: o princípio da igualdade é violado quando a desigualdade de tratamento surge como arbitrária.

Em arremate, o magistério de Rocha (1990, p. 34):

Pode-se verificar que o princípio jurídico da igualdade não apenas trata igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida que se desigualam, mas que deve erradicar as desigualdades criadas pela própria sociedade, cuidando de estabelecer até onde e em que condições as desigualdades podem ser acompanhadas por tratamentos desiguais sem que isto constitua a abertura de uma fenda legal maior e uma desigualação mais injusta.

Ora, em última análise, não seria razoável discriminarem-se os adotantes pelo tão-só critério da nacionalidade do adotante se o estrangeiro tiver condições de proporcionar ao adotando melhores condições de vida, incluindo-se aí a questão cultural. Consequentemente, soam desarrazoadas as restrições constantes dos arts. 50 § 1º e 51 §§ 1º e 2º do ECA, eis que não se fundamentam em critérios objetivamente plausíveis.

Acerca do princípio da razoabilidade, bem explica Mello (2012, p. 111):

Enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas - e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis -, as condutas desarrazoadas e bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricção manejada.

Até porque, se o objetivo é atender ao melhor interesse da criança, não se podem adotar medidas ou elaborar determinações legais que acabem por impedir tal mister. Não é demais lembrar o art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (BRASIL, 1942), segundo o qual, “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

4.2 O perfil de crianças procuradas para adoção: adotantes brasileiros x adotantes estrangeiros

Mais não bastasse, há perfis de crianças que são simplesmente menosprezados pelos adotantes brasileiros. Enquanto diversos casais tentam de diversas formas conceber um filho, há milhares de crianças aptas para a adoção sob cuidados em instituições de Abrigos e Casas Lares pelo país, sem contabilizar as muitas que aguardam uma decisão da justiça sobre o destino de suas vidas.

No Brasil, há diversos desafios a serem enfrentados no aspecto da adoção. O contrassenso é ainda maior, quando se analisa os dados fornecidos pelo Conselho Nacional de Adoção- CNA, quanto as preferências dos adotantes brasileiros: recém nascidos, brancos, sem problemas de saúde e do sexo feminino.

Infelizmente, o perfil desejado pelos pretensos pais brasileiros destoa do perfil de crianças cadastradas na fila de espera por uma família. Em sua maioria, são meninos,

adolescentes, ou pertencentes a um grupo de dois a três irmãos. Estudo de especialistas garantem que são crianças que não possuem problemas comportamentais, apenas familiares.

Por uma questão cultural, os adotantes brasileiros não se interessam na adoção tardia (crianças mais velhas), algo contrário ao perfil dos adotantes estrangeiros que optam por grupos de irmãos, crianças com problemas de saúde, de etnia negra e de idades mais avançadas. A discriminação dos brasileiros é por falta de preparação. Em média os casais brasileiros são jovens, com menos de 30 anos, em situação econômica indefinida e com poucos anos de relacionamento. Os casais estrangeiros, por sua vez geralmente estão casados a muitos anos e possuem uma relação estável, são economicamente maduros. Segundo estudos, a maternidade e paternidade adotiva não está vinculada a idade da criança, podendo ser recém-nascido, criança mais velha ou adolescente, porém está ligada ao preparo psicológico, emocional e de outras áreas dos interessados.

A maioria das crianças a serem adotadas moram nos abrigos e passam sua infância e adolescência nestas instituições. A idade limite de permanência para elas é de 18 anos. Este fato contradiz a especificação da lei que determina que os abrigos seriam medida provisória.

O diagnóstico realizado por profissionais capacitados, revela que as instituições são consideradas “depósitos de adolescentes que chegaram ainda crianças na esperança de ter uma nova família, e pela morosidade do processo de adoção e desinteresse na adoção tardia, hoje se encontram como jovens adultos sem qualquer direcionamento ou perspectiva de reinserção ao meio social.

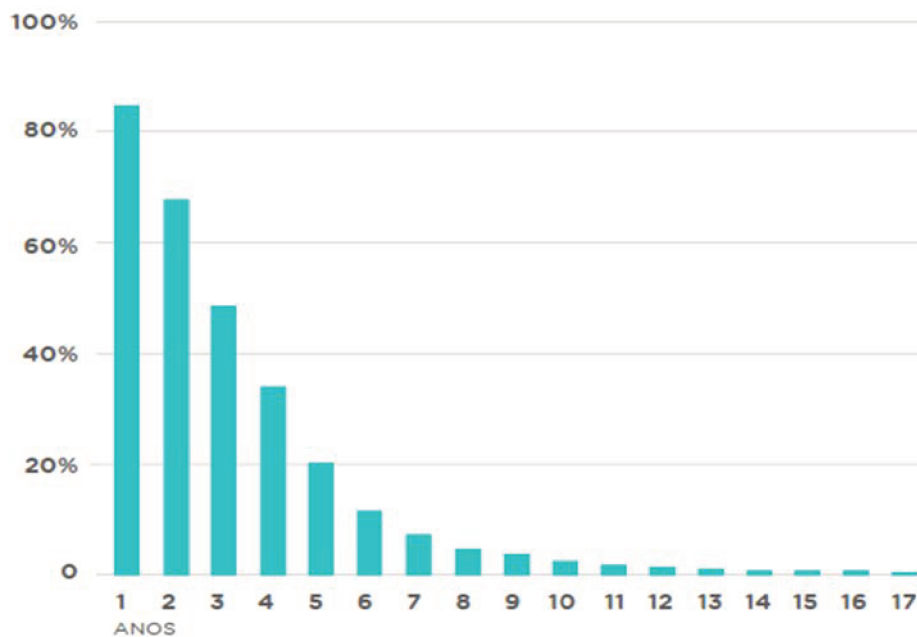
A psicóloga Jolly Danúbia de Oliveira (2016) afirma que a maior dificuldade na adoção está no perfil esperado pelos adotantes. A maioria dos interessados deseja crianças abaixo dos três a quatro anos em quase todo o país, enquanto nas instituições existem crianças de cinco anos até adolescentes de 17 anos esperando um, lar, uma família, ou mesmo um padrinho afetivo. Por isso, muitas vezes a conta não fecha, a escolha dos casais é por crianças recém-nascidas até três anos e o número maior que o número de crianças disponíveis. Assim, é necessário trabalhar e informar sobre a adoção tardia que visa a desmistificar as rotulações e antipatias que os adotantes possuem para esse perfil. Atualmente, nos abrigos 58% dos internos possuem entre 15 e 19 anos e estão abrigados há mais de sete anos.

Os dados mais recentes do Conselho Nacional de Justiça-CNJ (2017) informam que 8.730 mil crianças ou adolescentes estavam cadastradas no CNA aguardando a oportunidade de serem adotados. No mesmo período, estavam inscritos 43.558 pretendentes a adoção que moram no Brasil. Segundo os dados do CNJ, 9 em cada 10 pretendentes querem adotar uma

criança com idade de 0 a 5 anos. Mas essa faixa etária corresponde a 9 em cada 100 crianças disponíveis para adoção. Estatisticamente no Brasil estes números são demonstrados graficamente (NEXO JORNAL, 2017):

IDADE DAS CRIANÇAS DESEJADAS PELOS PRETENDENTES No Brasil

% de pretendentes que aceitam
crianças maiores de:



Segundo informações do Conselho Nacional de Justiça, crianças entre de 7 a 17 anos de idade, que aguardam para serem inseridos em uma família substituta, correspondem mais de 70% do cadastro de adoção (JORNAL ESTADO DE SÃO PAULO, 2018). Veja-se abaixo:

Relatório de crianças cadastradas

Título	Total	Porcentagem
1. Total de crianças/adolescentes cadastradas:	8.730	100,00%
15 Avaliação da distribuição por idade		
15.1 Total de crianças com menos de 1 ano:	308	3.53%
15.2 Total de crianças com 1 ano:	473	5.42%
15.3 Total de crianças com 2 anos:	417	4.78%
15.4 Total de crianças com 3 anos:	382	4.38%
15.5 Total de crianças com 4 anos:	378	4.33%
15.6 Total de crianças com 5 anos:	364	4.17%
15.7 Total de crianças com 6 anos:	365	4.18%
15.8 Total de crianças com 7 anos:	389	4.46%
15.9 Total de crianças com 8 anos:	394	4.51%
15.10 Total de crianças com 9 anos:	445	5.1%
15.11 Total de crianças com 10 anos:	437	5.01%
15.12 Total de crianças com 11 anos:	508	5.82%
15.13 Total de crianças com 12 anos:	585	6.7%
15.14 Total de crianças com 13 anos:	606	6.94%
15.15 Total de crianças com 14 anos:	660	7.56%
15.16 Total de crianças com 15 anos:	697	7.98%
15.17 Total de crianças com 16 anos:	704	8.06%

Todavia, o perfil dos adotantes brasileiros, corresponde mais 85% pelo interesse em crianças menores dos sete anos de idade. Em contrapartida, o perfil dos adotantes estrangeiros corresponde mais de 80% de interesse na adoção tardia, que engloba crianças entre 7 a 17 anos. Conforme, estatisticamente os relatórios apresentados abaixo, respectivamente:

Relatório de pretendentes cadastrados (Nacional)

21.2 Que aceitam crianças da raça negra:	5.806	45.82%
21.3 Que aceitam crianças da raça amarela:	6.550	51.69%
21.4 Que aceitam crianças da raça parda:	9.008	71.09%
21.5 Que aceitam crianças da raça indígena:	5.687	44.88%
16. Total de pretendentes que desejam adotar crianças pela faixa etária.		
16.2 Total de pretendentes que aceitam crianças com até 1 anos de idade:	5.671	13.02%
16.3 Total de pretendentes que aceitam crianças com até 2 anos de idade:	6.903	15.85%
16.4 Total de pretendentes que aceitam crianças com até 3 anos de idade:	8.367	19.21%
16.5 Total de pretendentes que aceitam crianças com até 4 anos de idade:	6.476	14.87%
16.6 Total de pretendentes que aceitam crianças com até 5 anos de idade:	6.375	14.63%
16.7 Total de pretendentes que aceitam crianças com até 6 anos de idade:	4.048	9.29%
16.8 Total de pretendentes que aceitam crianças com até 7 anos de idade:	2.135	4.9%
16.9 Total de pretendentes que aceitam crianças com até 8 anos de idade:	1.179	2.71%
16.10 Total de pretendentes que aceitam crianças com até 9 anos de idade:	576	1.32%
16.11 Total de pretendentes que aceitam crianças com até 10 anos de idade:	653	1.5%
16.12 Total de pretendentes que aceitam crianças com até 11 anos de idade:	311	0.71%
16.13 Total de pretendentes que aceitam crianças com até 12 anos de idade:	279	0.64%
16.14 Total de pretendentes que aceitam crianças com até 13 anos de idade:	158	0.36%
16.15 Total de pretendentes que aceitam crianças com até 14 anos de idade:	109	0.25%
16.16 Total de pretendentes que aceitam crianças com até 15 anos de idade:	58	0.13%
16.17 Total de pretendentes que aceitam crianças com até 16 anos de idade:	55	0.13%

RELATÓRIO PRETENDENTES CADASTRADOS (ESTRANGEIROS)

16. Total de pretendentes que desejam adotar crianças pela faixa etária.		
16.4 Total de pretendentes que aceitam crianças com até 3 anos de idade:	1	0.38%
16.5 Total de pretendentes que aceitam crianças com até 4 anos de idade:	6	2.31%
16.6 Total de pretendentes que aceitam crianças com até 5 anos de idade:	10	3.85%
16.7 Total de pretendentes que aceitam crianças com até 6 anos de idade:	8	3.08%
16.8 Total de pretendentes que aceitam crianças com até 7 anos de idade:	16	6.15%
16.9 Total de pretendentes que aceitam crianças com até 8 anos de idade:	50	19.23%
16.10 Total de pretendentes que aceitam crianças com até 9 anos de idade:	71	27.31%
16.11 Total de pretendentes que aceitam crianças com até 10 anos de idade:	54	20.77%
16.12 Total de pretendentes que aceitam crianças com até 11 anos de idade:	29	11.15%
16.13 Total de pretendentes que aceitam crianças com até 12 anos de idade:	4	1.54%
16.15 Total de pretendentes que aceitam crianças com até 14 anos de idade:	1	0.38%
16.16 Total de pretendentes que aceitam crianças com até 15 anos de idade:	2	0.77%

4.3 Função social da adoção internacional

Por fim, importa observar que a adoção só atenderá à sua função social se seu alcance puder ser efetivamente maximizado. Capelo de Sousa (1973, p. 56) analisa este fato:

[...] as motivações que estão na base da adoção devem ser convenientemente detectadas de modo a evitar adoções nas quais o desejo de adotar se funda em neuroses, em frustrações derivadas de uma esterilidade encarada com apreensão e angústia ou em desequilíbrios afetivos muito decorrentes em celibatários dominados pela solidão e ansiedade.

A Adoção é uma forma privilegiada de dar uma família à criança desprovida de meio familiar normal e, por isso, está prioritariamente dependente da realização do interesse do menor. A averiguação correta das motivações da adoção pelo competente técnico é de extraordinária importância, na medida em que permite não só excluir os candidatos a adotantes cuja pretensão não se enquadre em objetivos a prosseguir, e também facultar análise e a superação consciente de medos, fantasmas, e angústias indesejáveis ao processo de adoção do menor que eventualmente perpassem nas legítimas motivações do cotidiano (CAPELO DE SOUSA, 1973, p. 58). Nesse mister, a função social da adoção é amparar o abandonado, dar-lhe um lar, acesso a saúde, educação e fornecer um ambiente familiar saudável para seu desenvolvimento, pelo que não há dúvidas que o trabalho da adoção está envolvido de características que são consideradas assistenciais, ou seja proporcionando à criança o preenchimento da necessidade material do adotando.

A adoção é um ato humanitário acompanhado de total entrega dos novos pais, pois requerer dos interessados, a disponibilidade de amor e entrega incondicional ao seu novo filho, sendo irrelevante a consideração da cor da pele, sexo, idade e histórico familiar da criança e adolescente a ser adotada. O fato é que não há possibilidade de haver adoção sem que haja o sentimento de amor. Este amor referido será despertado quando ele descobrir sua vocação para adotar uma criança. Mesmo porque, o adotante não é qualquer pessoa, pois não é qualquer indivíduo que pode ou tem condições de adotar uma criança: adotantes são pais que tiveram seus filhos gerados por outras pessoas, e descobriram que precisam encontrá-los.

Ato contínuo, não pode a adoção internacional ser obstaculizada de forma tal, que dificulte o estabelecimento de tais laços, ao fundamento formalista de que o adotante brasileiro prefere ao estrangeiro. De acordo com Cernicchiaro (1994), “a formalidade, muitas vezes, é necessária para acautelar direitos. O formalismo é diferente. Cumpre ser renegado”.

5 CONCLUSÃO

O ordenamento jurídico brasileiro permite a aplicação da modalidade de adoção internacional, no entanto conferindo-lhe *status* de medida excepcional quando confrontada com a adoção nacional. Contudo, verificou-se que tal restrição é atentatória ao princípio da igualdade, na medida em que o tão-só fato de ser estrangeiro não é um traço desigualador apto a tratar o adotante estrangeiro de forma diferenciada – entenda-se, inferior – ao adotante brasileiro.

Vale ressaltar, a título de exemplo, que os adotantes estrangeiros possuem o interesse por crianças maiores de 7 anos de idade até adolescentes de 17 anos, sendo esta faixa etária recusada pelos brasileiros pertencentes ao Cadastro Nacional de Adoção. Assim, quando se aplica a prioridade para os adotantes brasileiros, atrasa-se ainda mais o desejo dessas crianças “indesejadas” de serem adotadas.

Outrossim, o princípio do superior interesse da criança deve ser o principal fundamento a ser seguido e respeitado. Entretanto, o extremo receio com que é tratada a adoção internacional muitas vezes impede que crianças e adolescentes disponíveis à adoção, e que são rejeitadas por famílias brasileiras, deixem de ter um lar saudável, uma família que o ampare de verdade, ferindo, assim, o melhor interesse, garantia Constitucional, que fica relegado a segundo plano.

Destarte, com o intuito de garantir o direito fundamental da criança a ter uma família, resguardado pelos artigos 203, 226, 227 e 229 da Constituição Federal, mister se faz dar ao adotante estrangeiro condições iguais às do nacional, inclusive por uma questão de razoabilidade, a qual permite excluir a adoção internacional como medida excepcional e enquadrá-la como medida de resolução da morosidade da reinserção de menores em uma nova família.

Assim se procedendo, a adoção internacional permitirá um acesso rápido de crianças que se encontram “largadas e esquecidas” nas Instituições de abrigos do Estado, podendo destarte receber a garantia fundamental de possuir uma família, que garantirá à criança e ao adolescente desenvolverem-se em um ambiente saudável e adequado para sua formação.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. 4 tir. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil** – introdução. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Martin Claret, 2001.

BARROSO, Luis Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. São Paulo: Renovar, 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Relatório Estatístico. 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>>. Acesso em 11. Mai. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial n. 1628245/SP. Relator Ministro Raul Araújo. Julgado em 13 dez. 2016. Publicado em 15 dez. 2016.

_____._____. Sexta Turma. Recurso Especial n. 42.288/SP. Relator Ministro Luiz Vicene Cernicchiaro. Julgado em 01 mar. 1994. Pulicado em 28 mar. 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COIMBRA, Natália Mansur. **O procedimento adotivo no direito brasileiro**. 2012. 35 f. Trabalho de Conclusão de Curso em Ciências Jurídicas e Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul. 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

DIMOULIS, Dimitri; Leonardo Martins. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard, 1977.

FIÚZA, César. **Direito civil: curso completo**. 9. ed, 2. tir. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HELLER, Agnes. A concepção de família no estado de bem estar social. **Serviço Social & Sociedade**. São Paulo, n. 24, p. 5-31, ago. 1987.

HONORATO, Cássio Mattos. Adoção de crianças e adolescentes: princípios e a sentença que constitui o vínculo de filiação. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 8, n. 29, p. 40-77, jan./mar. 2007. p. 48.

JORNAL ESTADO DE SÃO PAULO. CNJ autoriza estrangeiros a adotar crianças no Brasil. Disponível em <<http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,cnj-autoriza-estrangeiros-a-adotar-criancas-no-brasil,1144487>>. Acesso em 11. Mai. 2018.

- LUÑO, Antonio-Enrique Perez. **Los derechos fundamentales**. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1995.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- NEXO JORNAL. Adoção no Brasil: perfil de crianças e pretendentes e como funciona o processo. Disponível em <<https://www.nexojornal.com.br/grafico/2017/08/11/Ado%C3%A7%C3%A3o-no-Brasil-perfil-de-crian%C3%A7as-e-pretendentes-e-como-funciona-o-processo>>. Acesso em 11 mai. 2018.
- NOGUEIRA, Jenny Magnani de O. A Instituição da Família em A Cidade Antiga. In WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Fundamentos de História do Direito**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Lê, 1990.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.
- SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da Personalidade e sua tutela**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil constitucional positivo. In TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- VILLELA, João Baptista. Desbiologização da Paternidade. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, v. 27, n. 21, p. 400-418, mai. 1979.