

A Ordem Pública Aplicada à Adoção Internacional

Luis Emmanuel Barbosa da Cunha

RESUMO

Todo ser humano tem o direito a uma família para receber afeto e educação em sentido amplo para poder se tornar um cidadão de acordo com as expectativas da sociedade. Em vista disso e do problema de crianças sem pais ou abandonadas, o ordenamento jurídico recepcionou a adoção, como uma filiação por força de lei, com os mesmos direitos e deveres inerentes à filiação natural ou sanguínea. A pessoa domiciliada no exterior pode adotar criança domiciliada no Brasil, seguindo os requisitos previstos para a adoção internacional. O processo de adoção internacional segue preceitos de ordem pública interna e internacional. A ordem pública interna exige o cumprimento de normas jurídicas preceptivas independentemente da vontade das partes. A ordem pública internacional dá poderes ao magistrado de julgar improcedente a adoção internacional ante a falta de elementos favoráveis ao princípio do superior interesse da criança independentemente de preenchidos todos os requisitos materiais e processuais para a adoção. É um ato discricionário do magistrado.

Palavras-chave: discricionariiedade, processo, adoção.

Introdução

Todo ser humano tem uma série de necessidades básicas referente ao seu desenvolvimento físico e psicológico desde a infância, passando pela adolescência, até chegar à idade adulta devidamente instruído e capacitado para a realização das condutas que a sociedade espera do seu cidadão.

Esse desenvolvimento físico-psíquico-intelectual se perfaz em um processo amplo de educação a que é submetida a pessoa humana a fim de se atingir uma graduação mínima comportamental, seguida por uma acumulação mínima de informações.

Sem dúvida, trata-se de um fenômeno sociológico de organização dos seres humanos, que por instinto, por vontade dirigida, por tolerância à ideia ou por mera acomodação se reúnem em grupos com o objetivo de enfrentar com mais eficiência as dificuldades e vicissitudes do meio natural ao seu redor.

Esse fenômeno sociológico é de tamanha importância que se tornou relevante ao direito. A concretização desse processo cabe à família. O direito à família, ao lar, à educação, à saúde, à segurança, à filiação, todos esses direitos são garantidos pela Constituição Federal de 1988, lá nos artigos (arts.) 226 e seguintes. A adoção, por sua vez, segue nesse subsistema constitucional dedicado à proteção da família, pois tem o condão de criar direitos e obrigações típicas da filiação natural.

O instituto da adoção é uma ficção jurídica que cria relações de filiação entre adotante e adotado e de parentesco entre o adotado e os parentes do adotante. Qualquer pessoa pode ser adotada, especialmente, as crianças e os adolescentes. No entanto, o processo de adoção de crianças e de adolescentes é revestido por uma série de precauções que exige uma intervenção do Estado minuciosa e multidisciplinar, diferentemente da previsão genérica dos arts. 1.618 a 1.629 do Código Civil de 2002 (CC/2002).

O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90 (ECA), prevê um disciplinamento mais rigoroso. O ECA também prevê à pessoa domiciliada no exterior o direito de requerer a adoção de criança ou de adolescente domiciliado no Brasil para ser educado e para morar em país estrangeiro, onde é domiciliado o requerente. É a chamada adoção internacional.

Nesse caso, pode o magistrado fazer uso da discricionariedade típica da ordem pública, como único instrumento, para não constituir a relação de filiação com base no argumento de que o ordenamento do requerente domiciliado no exterior não garante ao propenso adotado os direitos e garantias fundamentais previstas no ordenamento brasileiro?

O escopo do presente trabalho é trazer à discussão a possibilidade de aplicação do instituto da ordem pública que perfaz um complexo universo de possibilidades a ser enfrentado pelo magistrado no difícil trajeto de convencimento seguido pela prolação da sentença constitutiva no processo de adoção internacional.

1. A ordem pública

A ordem pública é um dos meios de exceção à aplicação de direito estrangeiro disponíveis ao juiz brasileiro, direito estrangeiro esse atraído à lide por um elemento de conexão, seja nacionalidade ou domicílio, por exemplo, no conjunto de elementos típicos do fato anormal.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), a renomeada Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), dispõe o seguinte: *as leis, atos e sentenças de outro país não terão eficácia no Brasil quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes* (artigo 17). As leis, os atos e as sentenças referem-se a direito estrangeiro de uma forma geral, desde o ato emanado do ente governamental, fruto do poder constituído alienígena ou de seus delegados, até os atos de vontades de particulares realizados no exterior (DOLINGER, 1997, p.366).

O objeto sobre o qual recai a força da ordem pública está definido: legislação estrangeira, pelo menos, uma parte dela que busca produzir efeitos jurídicos no território brasileiro.

Há de se diferenciar os preceitos de ordem pública em dois aspectos. O primeiro está voltado para o direito interno, enquanto o segundo se presta à aplicação para fins de direito internacional privado. Essa distinção foi fruto da doutrina francesa (BATALHA, 1977, p.266).

A ordem pública em direito interno é aquela que faz valer dispositivo de lei em detrimento de acordo de vontade entre as partes (STENGER, 2003, p.431). Consequentemente, impossibilita-se a permanência dos efeitos desse acordo de vontades

no mundo jurídico quando uma lei determina comportamento diferente a ser observado na resolução da lide. Veja-se, por exemplo, no bojo do divórcio consensual, nem sempre o acordado pelos cônjuges em separação sobre a guarda dos filhos é acolhido pelo magistrado. Não adianta apenas a vontade das partes, deve-se levar em conta o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, de forma a se preservarem os seus direitos e suas garantias constitucionais e infraconstitucionais.

Por outro lado, a ordem pública aplicada ao direito internacional não traz uma precisão equivalente a sua correspondente aplicada ao direito interno. Amílcar de Castro adota a posição de que a ordem pública em direito internacional privado não é, na verdade, um conceito jurídico, mas um conceito social na medida em que o instituto traz consigo substrato relacionado com a base social e política de um Estado de acordo com os valores vigentes na sociedade em determinado tempo. Enquanto isso, Strenger considera essa posição de Amílcar de Castro criticável. Se o conceito de ordem pública em direito internacional privado fosse apenas social, ele não poderia afastar a aplicação de regras de direito. Trata-se de um conjunto de princípios implícitos e explícitos considerados em si essenciais para a vigência e para a unidade do ordenamento jurídico. Portanto, diante de um caso prático de aplicação de direito estrangeiro autorizado por uma regra de conflito, esse não pode ser recepcionado devido a sua característica de ser contradizente ou incompatível ao ordenamento receptor (STRENGER, 2003, pp.431-432).

Em resumo, a ordem pública interna restringe apenas a autonomia da vontade, porém não restringe a aplicação de direito estrangeiro, enquanto a ordem pública internacional restringe a extraterritorialidade, limitando a aplicação de direito estrangeiro, conforme Carlos Alberto Lazcano (BATALHA, 1977, p.267).

Historicamente, Wilson Batalha aponta Bartholus como o primeiro a formular uma noção sobre ordem pública. Bartholus fez a diferenciação entre os estatutos odiosos e os estatutos favoráveis. Estes poderiam ser aplicados extraterritorialmente, enquanto aqueles só poderiam ser aplicados no espaço territorial da cidade onde foram legislados. Os estatutos odiosos guardam semelhança com as chamadas leis exorbitantes do direito

comum ou leis manifestamente injustas, como foi pensado por Bouhier, isso no século XVIII. Já no século XIX, para enriquecer as discussões sobre ordem pública, o direito anglo-saxão trouxe a contribuição de Story: *public policy*. Essa corrente anglo-saxã pregava que leis estrangeiras contrárias às normas fundamentais de uma unidade política não poderiam ser aplicadas em detrimento do direito da unidade (BATALHA, 1977, pp.257-258). A *public policy* já se mostra um embrião do conceito presente de ordem pública.

Porém, Savigny foi o doutrinador que deu maior relevância ao tema. Para ele, cada Estado tem um substrato próprio de caráter político e ideológico, marcante da sua vida social e de sua estrutura jurídica. Essas regras fundamentais inadmitiam qualquer intervenção legislativa estrangeira que lhes negassem aplicabilidade no ordenamento no qual vigiam. Essas regras fundamentais eram uma exceção ao princípio da comunidade de direito para Savigny. A comunidade de direito era justamente a similitude de regras de direito entre os Estados ditos civilizados. Por mais que cada Estado mostre particularidades em tutelar alguns valores especificamente, no geral, eles apresentam um substrato comum de forma a favorecer a aplicação de direito estrangeiro ante a exigência de um elemento de conexão (BATALHA, 1977, pp.258-259). A própria autorização legal em aplicar direito estrangeiro ante a presença atrativa de um elemento de conexão demonstra a existência desse substrato comum.

A partir dessa situação histórica, pode-se perceber que o conceito de ordem pública presente já está praticamente formado desde o século XVIII. Segundo Mancini:

(...) “a ordem pública, em todos os países, compreende também, na acepção mais ampla da palavra, o respeito aos princípios superiores da moral humana e social, tais como são entendidos e professados naquele país, os bons costumes, os direitos primitivos inerentes à natureza humana e as liberdades, que nem as instituições positivas, nem qualquer governo, nem os atos da vontade humana poderiam derogar de maneira válida e obrigatória para estes Estados. Se as leis positivas de um Estado, uma sentença estrangeira, ou os atos ou contratos realizados no estrangeiro violam estes princípios ou estes direitos, cada soberania, longe de aceitar estes ultrajes à natureza e à moralidade humana, pode, a justo título, lhes recusar todo efeito e toda execução em seu território. Assim ocorre com a escravidão, a poligamia, e outras instituições estrangeiras, que em vão se tentaria fazer aceitar e reconhecer em outros países. Podem-se afastar, não apenas as instituições incompatíveis com a ordem moral, mas

também as que são incompatíveis com a ordem econômica na mais acepção da ordem pública” (BATALHA, 1977, P.260).

De acordo com esse conceito de ordem pública oferecida por Mancini e citada por Wilson Batalha, a ordem pública extrapola os limites dos valores sociais, como a moral, por exemplo, e se vale também, pode-se entender do conceito exposto, dos costumes, da ética, de instituições positivas e de valores econômicos. Trata-se de um “amplo universo de fronteiras abertas”, um conceito de sentido amplíssimo.

Ao se valer da ordem pública para não aplicar direito estrangeiro, direito esse chamado a intervir na solução da lide por conta da atração por um elemento de conexão, o magistrado tem uma série quase inesgotável, a princípio, de circunstâncias a sua disposição. Como a jurisdição é expressão da soberania de um Estado, na verdade, a ordem pública se mostra um meio discricionário de fazer valer o direito do território em detrimento de direito estrangeiro, ainda que o Estado se amolde ao conceito de comunidade de direito apresentado por Savigny.

2. A adoção internacional

A adoção é um instituto há muito tempo reconhecido e tutelado por ordenamentos jurídicos. No entanto, as regras aplicadas especificamente ao instituto mudam com o tempo e com o espaço. De uma sociedade para outra, o regramento difere-se na medida da vigência de valores sócio-políticos de cada época.

Na Antiguidade, os atos de adoção já eram praticados pelos egípcios, pelos gregos e pelos romanos. Os romanos, principalmente, recorriam à adoção como forma de perpetuação do nome em casos de não geração de filhos e de manutenção do culto a *sacra privata*.

No direito brasileiro, o Código Civil de 2002 trouxe algumas inovações em relação ao Código Civil de 1916 (CC/1916). Dentre todas, seguem as principais: a primeira delas foi a diminuição da idade para se ter capacidade para adotar. De 30 (trinta) anos, artigo 368,

CC/1916, para 18 (dezoito) anos, artigo 1618, *caput*, do CC/2002. O direito de adoção foi estendido às pessoas em união estável, antes, restrita apenas às pessoas casadas. A constituição da relação de adoção passou a ser fruto de um processo, quando, antes, estava restrita à escritura pública. A adoção no CC/2002 extingue as relações de parentesco natural, mantendo apenas os impedimentos para o casamento, quando antes, apenas se extinguiu o pátrio poder, permanecendo os direitos e deveres inerentes ao parentesco natural.

Historicamente, o instituto da adoção guarda particularidades bem curiosas no Brasil. Antes do CC/2002, podia-se falar em três tipos de adoção: a simulada, a civil e a estatutária.

A simulada, ou também chamada de adoção à brasileira, consistia em uma verdadeira conduta de falsidade ideológica, devidamente tipificada no Código Penal no art.299. Esse termo foi dado pelo Supremo Tribunal Federal para nominar a conduta de um casal que registrava filho recém-nascido alheio como próprio para lhe dar educação, carinho, escola, saúde, já que os pais naturais daquela criança não tinham tais condições. Não se tratava de sequestro. Era, na verdade, um acordo entre a família natural do recém-nascido e a família disposta a criar a criança.

A adoção civil era a prevista no CC/1916. Esse tipo de adoção era limitado porque extinguiu apenas o pátrio poder. As relações de direitos e de deveres entre o adotado e a sua família natural permaneciam em paralelo ao pátrio poder exercido pelo adotante.

A adoção estatutária era a chamada adoção plena prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente. Esse tipo de adoção extinguiu totalmente qualquer relação do adotado com a sua família natural, exceto quanto aos impedimentos para o casamento (GONÇALVES, 2002, pp.102-103). Isso está previsto presentemente no CC/2002, porém, a aplicação do ECA estava restrita aos menores de 18 (dezoito) anos.

O conceito de adoção consiste no:

ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consangüíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha (DINIZ, 2002, p.1048).

A natureza jurídica da adoção é de um negócio bilateral e solene, porém, com a vigência da Lei nº 8.069/90 (ECA), a adoção passou a se constituir via sentença judicial. O vínculo de filiação e o parental só tomam forma via processo judicial, sob o crivo do Estado. A adoção perde a natureza contratual e é erigida a condição de uma instituição (LIBERATI, 1995, pp.17-18)

De acordo com o conceito citado, a adoção depende de ser requerida por pessoa natural, capaz, solteira, casada, separada, divorciada, viúva ou em união estável, nacional ou estrangeiro, com diferença de 16 anos entre o adotante e o adotado, pelo menos, e trânsito em julgado de sentença constitutiva da adoção. No caso de adoção compartilhada, apenas os casados e o casal em união estável podem adotar.

A adoção internacional está prevista no CC/2002 e na Lei nº 8.069/90 (ECA). Ela traz consigo uma característica marcante, que a torna específica em relação ao instituto base da adoção previsto no CC/2002. A parte requerente do processo de adoção internacional é o estrangeiro residente ou domiciliado no exterior (arts. 39, 46, 51 e 52 do ECA). Além das condições gerais exigidas em um processo de adoção, a adoção internacional exige condições específicas (artigo 1.629 do CC/2002). São elas: 1. impossibilidade de adoção por procuração; 2. estágio de convivência a ser realizado no Brasil, de 15 (quinze) dias, no mínimo, para crianças até dois anos de idade e de 30 (trinta) dias, no mínimo, para crianças acima de dois anos de idade; 3. comprovação da capacidade para adotar conforme as leis do seu país, mediante documento expedido pela autoridade competente de seu domicílio; 4. estudo psicossocial realizado por agência especializada e credenciada nos seu país de origem, a fim de atestar a saúde mental, a idoneidade moral e a capacidade econômica do estrangeiro adotante; 5. apresentação do texto da legislação estrangeira, acompanhada da sua vigência; 6. apresentação de toda documentação vinda do exterior devidamente autenticada pela autoridade consular; 7. saída do adotado do território nacional apenas com a consumação da adoção, ou seja, com o trânsito em julgado da respectiva sentença constitutiva (DINIZ, 2002, pp.1054-1055).

Todos esses requisitos demonstram um forte interesse do legislador brasileiro em evitar adoções fraudulentas com vistas a expor crianças brasileiras ao tráfico internacional de crianças, ao tráfico de órgãos e a ordenamentos jurídicos pessoais do adotante que não garantam direitos e garantias previstos no ordenamento brasileiro e internacionalmente tutelados.

3. O processo de adoção internacional

Sabe-se, presentemente, que processo e procedimento não se confundem. Enquanto este é a forma material de como o processo se realiza no caso concreto, aquele é o conjunto de atos necessários ao convencimento sobre a existência de determinado direito material, um sistema de composição da lide em juízo através de uma relação jurídica (THEODORO JR., 2001, p.40). Portanto, neste item, o foco está nos atos processuais relevantes à adoção internacional, e, não, no procedimento aplicável.

O processo relativo à adoção internacional se mostra complexo devido ao conjunto de atos a serem concretizados até o trânsito em julgado da sentença constitutiva da filiação fictícia.

O elemento de conexão presente na adoção internacional é o domicílio. O domicílio do requerente vai atrair a legislação sobre capacidade jurídica, genérica e específica, para adoção e com relação ao exercício do poder familiar, à sucessão e à proteção a direitos e garantias mínimos do adotando, pelo menos, os internacionalmente reconhecidos.

O artigo 7º da LINDB dispõe que a lei do domicílio da pessoa vai reger sobre começo e fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família. Quando dispõe sobre adoção internacional, o ECA menciona como requerente o estrangeiro domiciliado no exterior. De certo, o estrangeiro residente no Brasil goza de mesmos direitos e garantias do nacional, artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988. Então, de início, há de se indagar o seguinte: o brasileiro domiciliado no exterior quando vem ao Brasil para fazer uma adoção, essa adoção será internacional?

Domicílio e nacionalidade são institutos diferentes entre si. O domicílio consiste em fixar residência com ânimo de permanência, onde, via de regra, a pessoa vai praticar atos da vida civil, artigo 70 do CC/2002. É o local onde se presume a realização habitual ou efetiva de atos e de negócios jurídicos, trata-se da sede jurídica da pessoa (DINIZ, 2002, p.80). Para fins de direito internacional privado, o Código de Bustamante estabelece a aquisição, perda e reaquisição do domicílio de acordo com a lei territorial (artigo 22), logo o conceito de domicílio é o previsto no CC/2002. Já a nacionalidade é o vínculo jurídico-político que vincula uma pessoa a um Estado, do qual ela (a pessoa) pode recorrer em busca de sua proteção (MORAES, 2001, p.204).

O Código de Bustamante trata da adoção internacional, vinculando a capacidade para adotar ao estatuto pessoal de cada interessado (artigo 73). O estatuto pessoal é um conceito *lato sensu* de estado e de capacidade, um conjunto de atributos constitutivos da individualidade jurídica da pessoa, desde o nascimento, passando pela aquisição da personalidade, pelo exercício de direitos, até a morte (DOLINGER, 1997, p.265).

Dessa forma, pode-se entender que o elemento de conexão sobre adoção internacional é, de fato, o domicílio. Essa interpretação unifica a LINDB ao ECA de forma a compatibilizar os dispositivos. O termo estrangeiro expresso no ECA soa, na verdade, como um falha técnica do legislador que procurou vincular estrangeiro ao termo internacional de adoção internacional, e, no final das contas, trouxe outro elemento de conexão à baila, dificultando a compreensão dos requisitos de definição do pólo ativo do processo de adoção internacional. Logo, a pessoa domiciliada no exterior, independente da nacionalidade, é sujeito ativo do processo de adoção internacional no Brasil.

Superada essa etapa, parte-se para a capacidade jurídica, genérica e específica, prevista no CC/2002 e no ECA. A pessoa domiciliada no exterior deve comprovar: ser maior de 18 (dezoito) anos, não ser portador de qualquer deficiência¹ que implique incapacidade, a diferença de, pelo menos, 16 (dezesesseis) anos de idade entre adotante e adotando. No caso

¹ Deficiência como referência ampla às possibilidades de incapacidade relativa e absoluta previstas nos arts. 3º e 4º do CC/2002.

de adoção compartilhada, os adotantes devem comprovar serem marido e mulher ou estarem em união estável. Os casais de homossexuais eram vedados à adoção compartilhada até recente decisão do STF. A adoção por procuração também é vedada.

Daí, exige-se o estágio de convivência a ser realizado no Brasil, de 15 (quinze) dias, no mínimo, para crianças até dois anos de idade e de 30 (trinta) dias, no mínimo, para crianças acima de dois anos de idade. Nessa etapa, o vínculo pessoal entre adotante e adotando começa a se construir. A adoção se preocupa em criar uma relação afetivo-pessoal entre adotante e adotado. De fato, a filiação por ficção jurídica não se compara à relação genético-biológica inerente à filiação sanguínea. Efetivamente, ao direito deve interessar o substrato pessoal de proteção, de criação, de cuidado, de educação.

A comprovação da capacidade para adotar conforme as leis do país de domicílio do adotante também é um dos requisitos. Para tanto, exige-se documentação expedida pela autoridade competente de seu domicílio, juntamente com estudo psicossocial realizado por agência especializada e credenciada no seu país de origem, a fim de atestar a saúde mental, a idoneidade moral e a capacidade econômica do estrangeiro adotante. O texto da legislação estrangeira sobre adoção deve vir traduzido e acompanhado da sua vigência. Além disso, exige-se autenticação pela autoridade consular de toda documentação vinda do exterior.

Esse intercâmbio de informações entre as autoridades do país de domicílio do adotante e as autoridades do domicílio do adotando pretende ser facilitado após a conclusão, seguida da vigência da Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, do qual o Brasil é parte².

A referida convenção se dispõe a estabelecer regras em prol da cooperação entre Estado de origem (do adotando) e o Estado de acolhida (do adotante) de forma a garantir o interesse superior da criança e a evitar o sequestro e o tráfico de crianças. Em vista disso, a convenção prevê a criação de Autoridades Centrais em cada Estado-parte da convenção.

² A Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 63 de 19 de abril de 1995 (STRENGER, 2003, p.600).

Esse órgão funciona como um “catalisador” do processo de adoção. Ele facilita a comunicação entre as autoridades públicas competentes para realizar a adoção, reúne informações sobre crianças aptas à adoção, acompanha o processo de adoção, prepara relatórios de avaliação sobre experiências em adoção internacional e responde ao pedido de informações sobre uma adoção em particular realizada por outras autoridades centrais ou públicas, no limite da lei do seu Estado (artigo 9º da Convenção).

A Autoridade Central é um organismo sem fins lucrativos, credenciada pelo Estado onde ela foi constituída. É dirigida e administrada por pessoas experientes em adoção internacional e de integridade moral ilibada. A existência dessas autoridades centrais é essencial à concretização da adoção internacional, porque elas são o primeiro órgão a ser procurado pela pessoa interessada em adotar uma criança residente em outro Estado (artigo 14 da Convenção).

Diante do requerimento do adotante, a Autoridade Central do Estado de acolhida prepara um relatório com todas as informações sobre a identidade, sobre a capacidade jurídica para adotar, sobre a situação pessoal e familiar do adotante, caso o julgue apto a realizar uma adoção internacional (artigo 15 da Convenção). Feito isso, a Autoridade Central do Estado de acolhida entra em contato com a Autoridade Central do Estado de origem, que, por sua vez, deverá ter um relatório com informações sobre o adotando, tais como: identidade, meio familiar e social da criança, histórico médico, condições de educação, origem religiosa, étnica e cultural (artigo 16 da Convenção).

Além de órgão de intercâmbio de informações, a função dessas autoridades centrais é primordialmente de órgão de fiscalização do exercício do poder familiar constituído via adoção internacional. Se a filiação via adoção diferencia-se apenas da filiação natural por conta da forma como é constituída, esta, pelo laço sanguíneo; aquela, por sentença judicial, com efeito, os direitos e deveres inerentes ao poder familiar são os mesmos. Em caso de abuso, os pais adotivos podem ser destituídos do poder familiar e a criança trazida de volta do Estado de origem. Porém, o magistrado brasileiro não tem como aferir o exercício do

poder familiar diretamente. Isso dependerá sobremaneira da atuação da Autoridade Central do Estado de acolhida, que fiscalizará o desenrolar da relação constituída.

Finalmente, superadas essas primeiras etapas, o convencimento do magistrado é desafiado. Apesar de todos os requisitos estarem preenchidos, estabelecer-se uma comparação entre o Estado de acolhida e de origem parece ser essencial para o sucesso da adoção. Com efeito, essa comparação toma a forma de um ato de extrema sensibilidade do magistrado.

Não basta apenas estar comprovada a capacidade para adotar. Se o ordenamento jurídico do Estado de acolhida restringe os direitos sucessórios do filho adotado em relação ao filho natural, veda o direito de visita ao filho para o cônjuge culpado pela separação do casal, considera ilimitado o poder dos pais sobre os filhos, permite o casamento dos pais com os filhos adotados, veda o acesso de filhos adotivos ao ensino superior nas mesmas condições dos filhos naturais, faz distinções por sexo, por cor, por religião, nega personalidade e capacidade jurídicas ao sexo feminino, impõe uma situação política de unipartidarismo e o ateísmo, autoriza o casamento do filho com outrem mediante pagamento, tudo isso compreende alguns exemplos de circunstâncias plausíveis que não aparecem necessariamente durante o processo de adoção, mas é facilmente antevista, ou melhor, apta de ser constatada a partir de uma análise mais minuciosa do direito estrangeiro do domicílio do adotante.

De fato, esses são alguns exemplos de fatos incompatíveis com valores sócio-político-econômicos tutelados pelo direito brasileiro. Nesses casos e afins, o magistrado pode fazer valer o princípio da ordem pública internacional para julgar improcedente a ação de adoção internacional de forma a proteger o patrimônio de direitos e de garantias do adotando. Porém, a criança e o adolescente passível de adoção são pessoas humanas retiradas do convívio da família natural por abuso do poder familiar, ou são pessoas órfãs, desamparadas, filhos de pais desconhecidos, desaparecidos ou mortos, ou ainda são pessoas entregues à adoção porque os pais não têm condições materiais ou idoneidade moral ou saúde mental para prover a criação necessária. É um verdadeiro “drama” pessoal das crianças e dos

adolescentes nessas condições que a letra “fria” da lei não transparece, mas pode ser percebida pelo magistrado.

Essas crianças e adolescentes ficam sob a proteção do Estado enquanto dura essa situação de indefinição sobre a filiação. É bem verdade que o “tempo não para” como já dizia o poeta. As crianças crescem, as necessidades psico-afetivas transparecem. E isso, o Estado não consegue, não pode satisfazer essas necessidades e não deve se colocar como substituto da família. A importância da família é tamanha que os laços familiares frutos da filiação natural e de uma adoção são previstos e protegidos pelo direito.

Há de se refletir mais cuidadosamente quando se diz que a adoção cria vínculo fictício de filiação e de parentesco. A filiação e o parentesco, independentemente de serem naturais ou fictícios, são mais afetivos do que jurídicos, ou melhor, trata-se de uma relação interpessoal protegida juridicamente. O direito não tem o condão de criar a afeição. O instinto de proteção à prole aparece naturalmente e não por imposição de lei. Se o objetivo da entidade familiar quanto aos filhos é educar *lato sensu*, talvez isso possa ser alcançado mais facilmente na conjuntura de um Estado politicamente arbitrário, porém, mantedor de políticas públicas de educação e de saúde do que em um Estado democrático persistentemente omissos em políticas sociais.

Não se trata de sugerir um levante dos fatos sobre as normas do direito de família. De forma alguma, existe esse pleito explícita ou implicitamente. A filiação natural é relevante. Na sua ausência, impera a filiação pela via da adoção. O bem jurídico a ser tutelado é a relação afetiva entre pais e filhos.

Nesse sentido, a defesa do princípio da garantia do melhor interesse do adotando se mostra tão amplo e discricionário quanto o princípio da ordem pública.

Considerações finais

O processo de adoção internacional é realmente um conjunto complexo de atos complexos. Nos termos apresentados de ordem pública, o processo de adoção internacional parece sofrer interferência dos dois aspectos: o interno e o internacional.

Sobre a ordem pública interna, o processo válido requer a observância das normas jurídicas previstas no Código Civil, no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional. O furtor deontológico dessas normas é do tipo preceptivo, ou seja, elas são obrigatórias, não podem ser modificadas, nem dispensados seus efeitos por ação da vontade das partes, sob pena de gerar nulidade absoluta ao processo.

Esses requisitos legais existem em vistas do princípio da segurança jurídica. A adoção internacional não pode ser instrumento de perpetração de atos ilícitos como a “venda” ou o tráfico de crianças e de adolescentes. Portanto, deve-se aferir a capacidade jurídica do adotante, sua situação pessoal e familiar, e comparar tudo isso com as condições do adotando.

As regras existem independentemente da nacionalidade do adotante, porém, para as pessoas domiciliadas fora do Brasil, existem requisitos extras para se aferir a viabilidade de se constituir uma relação de filiação a ser exercida fora do território brasileiro. Muitas informações são requisitadas até se formar um mínimo apto ao convencimento do magistrado. Em termos de coleta de informações, a atuação das Autoridades Centrais do Estado de acolhida e do Estado de origem é marcante quanto à cooperação dos Estados para fins de adoção internacional.

Sob o título de ordem pública internacional, um verdadeiro universo de discricionariedade pode fundamentar a decisão do magistrado para julgar improcedente a adoção internacional independentemente da comprovação de todos os requisitos de direito material e processual incidentes no respectivo processo.

Além de aferir a capacidade para adotar, o magistrado deve se mostrar sensível em relacionar o universo social e jurídico do Estado de acolhida e a situação atual da criança de

desamparo familiar. O acolhimento do Estado não é o apropriado. Estado e família não se confundem. Por mais organizados que sejam os órgãos estatais de amparo ao órfão, o lastro afetivo tipicamente familiar estará ausente desse amparo. Por conta disso, o ordenamento jurídico prevê a adoção.

No entanto, uma adoção que implique abuso do poder familiar também não é desejada. O adotante domiciliado no Brasil ou no exterior não pode ser privado dessa fiscalização, mas a fiscalização no exterior é notoriamente mais difícil, por isso, o magistrado deve estar convencido da qualidade da autoridade central e das autoridades públicas do Estado de acolhida em prover tal fiscalização e tornar eficaz a cooperação buscada pela Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional.

Não há uma fórmula prévia para definir a aplicação do preceito de ordem pública internacional em um processo de adoção internacional ou na fiscalização do poder familiar constituído por força de lei e exercido no exterior. As circunstâncias da cada situação desafiarão o magistrado competente para tal decisão a se valer da ordem pública internacional ou não.

Referências

1. Referências bibliográficas

BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Tratado de Direito Internacional Privado**. Volume I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, pp.257-281, 1977.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro: Renovar, pp.349-382, 1997.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, pp.1047-1055, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, pp.102-103, 2002.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adoção Internacional**. São Paulo: Malheiros Editores, pp. 17-18, 1995.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, p.204, 2001.

STRENGER, Irineu. **Direito Internacional Privado**. Parte geral, direito civil internacional, direito comercial internacional. São Paulo: Editora LTr, pp.431-442; 597-614.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume I. Rio de Janeiro: Forense, p.40, 2001.

2. Legislação

BRASIL. **Código civil**. Org. Juarez Oliveira. 46 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil 1988**. Coleção Saraiva de Legislação. 26 ed.. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente**, ECA. Lei nº 8069/1990. Legislação brasileira. Org. Juarez Oliveira. 15 ed.. São Paulo: Saraiva, 2000, pp.533-577.

_____. **Lei de Introdução ao Código Civil**, LICC. Decreto-Lei nº 4657/1942. Legislação brasileira. Org. Juarez Oliveira. 15 ed.. São Paulo: Saraiva, 2000, pp.1-6.