UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
ÁREA DE DIREITOS HUMANOS

Título: *Direito à origem e à identidade no contexto da adoção – a irrevogabilidade numa perspectiva crítica*

Dissertação de Mestrado

Profª. Orientadora: Eunice Aparecida de Jesus Prudente

Aluna: Ana Carolina Fuliaro Bittencourt

nº USP: 2862868

Ingresso no programa: 20/01/2011

Prazo limite para depósito: 21/07/2014

São Paulo, julho de 2014.

RESUMO

A presente dissertação de mestrado pretende estudar o desdobramento da garantia do direito à origem de crianças e adolescentes no contexto da adoção, marcada pelo rompimento dos vínculos com a família biológica e pela irrevogabilidade, ressaltando o possível reflexo dessa opção legislativa na formação da identidade e personalidade desses sujeitos de direito. Assume-se, com tal propósito, a necessidade de uma nova visão do instituto, que contemple não apenas o seu caráter construtivo e garantista, ou seja, formação e garantia de uma família à criança ou adolescente, mas também o seu traço de desconstrução, muitas vezes pouco estudado: significa a desconstrução de um nome, uma filiação, uma origem, um passado e uma história, enquanto outros serão formados de modo ficcional.

A análise da adoção sob o enfoque de solidariedade social pressupõe o conhecimento e a escuta atenta das famílias que tem seus filhos afastados do convívio e submetidos a medidas de acolhimento institucional, com o fim de aferir o sensível descompasso entre teoria e prática da doutrina da proteção integral contemplada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. A ampliação dos espaços para escuta de todos os atores pressupõe, ainda, o fortalecimento das capacidades de crianças e adolescentes posicionarem-se como verdadeiros sujeitos de direito quanto às questões afetas aos seus próprios destinos.

Nessa linha de raciocínio, conceitos corriqueiramente invocados nos discursos forenses para fins de afastamento de pais e filhos passam por uma profunda revisão norteada pelos conhecimentos de outras áreas de ciências humanas, de modo interdisciplinar, tais como história, psicologia e sociologia. Observa-se, com destaque, a dificuldade de garantia de permanência e estabilidade em um mundo marcado por relações fluidas e voláteis, notadamente quando se trata do Direito da Infância e Juventude, formado, de um lado, por pessoas em franco processo de desenvolvimento – crianças e adolescentes – e, de outro, por suas famílias, como típico fenômeno social, inseridas em um processo aflitivo de afirmação de direitos.

Ao final, caminha-se para a conclusão de que a figura da filiação múltipla poderia auxiliar na compatibilização do passado e do futuro de crianças e adolescentes adotados, preservando suas identidades e personalidades.

PALAVRAS-CHAVE

Direito da Infância e Juventude; Adoção; Irrevogabilidade.

ABSTRACT

This PhD thesis intends to study the development, as far as adoption is concerned, of children and adolescents' right to origin, marked by the sunder of bonds with the biological family as well as by its irrevocability, denouncing the possible reflex of such legislative options on the development of identity and personality of those legal subjects. It is hereby assumed, thus, the necessity of a new envision of this institute, contemplating not only its constructive and safeguarding character, i.e., the formation and safeguarding of the right of a family to a child or adolescent, but also its deconstructive feature, often less studied: that is, the deconstruction of a name, affiliation, past and history, while others are conceived fictionally.

The study of adoption under a social solidarity scope presumes the acknowledgement and the focused listening of families which had their children separated from of their lives and submitted to institutional sheltering measures, with the purpose of identifying the reasonable gap between theory and practice, regarding the integral protection doctrine contemplated by the Children and Adolescents Statute. The amplification of spaces for listening to those actors presumes, also, the strengthening of children and adolescents' capacity to position themselves as true legal subjects, in relation to questions concerning their own destinies.

In that line of reasoning, commonly referred by legal opinions regarding the separation of parents and children, a profound review based on concepts of other humanities sciences is interdisciplinarily conducted, involving history, psychology and sociology. It is observed, apropos, the difficulty of safeguarding permanence and stability in a world distinguished by fluid and volatile relationships, specially as far as the Children and Adolescents Law is concerned, being composed, on one hand, by people during a direct process of development – children and adolescents – and, on the other, by their families, in a typical social phenomenon inserted in a distressing process of confirmation of rights.

In conclusion, it is submitted that the concept of multiple affiliation could help the harmonization of adopted children and teenagers' past and future, preserving their identities and personalities.

KEY WORDS

Children and Adolescents Law; Adoption; Irrevocability.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO 5
I. O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE 16
I (a). O Direito da Infância e Juventude e os Direitos Humanos 16
I (b). Evolução histórica do Direito da Infância e Juventude 21
I (b.1). A questão social do "menor" 25
I (b.2). A evolução histórica dos direitos da criança e do adolescente no cenário internacional 29
I (b.3). A evolução histórica da legislação nacional e das políticas públicas de atendimento à criança e ao adolescente 33
II. ADOÇÃO: ARCABOUÇO JURÍDICO 40
II (a). A doutrina da Proteção Integral: a criança e o adolescente como sujeitos de direito 40
II (b). Os direitos fundamentais da criança e do adolescente: o direito à convivência familiar 45
II (c). Princípios Jurídicos do Direito da Infância e Juventude: O Princípio do Melhor Interesse 52
II (d). A colocação em família substituta: modalidade Adoção 58
II (e). Decisões Judiciais 67
III. ADOÇÃO: UMA VISÃO INTERDISCIPLINAR 81
III (a). A doutrina da Proteção Integral: a criança e o adolescente como sujeitos de direito 81
III (b). Os direitos fundamentais da criança e do adolescente: O direito à convivência familiar 89
III (c). A colocação em família substituta: modalidade Adoção 98
III (d). Adoção – Perspectiva Crítica 110
CONCLUSÃO 124
BIBLIOGRAFIA 136
ANEXOS 158
ANEXO I 159
ANEXO II 176

INTRODUÇÃO

"Quando os adultos ensinam, nos tornamos cientistas: aprendemos os conhecimentos que nos permitem dominar o mundo. Quando são as crianças que ensinam, nós aprendemos a arte de viver. Tornamo-nos sábios."

(Ruben Alves)

A Lei nº 8.069/90, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente, sedimenta no Direito brasileiro a doutrina da proteção integral à infância e à juventude, garantindo o respeito aos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, com absoluta prioridade. Dentre os direitos garantidos pelo referido diploma legal, situa-se o da convivência familiar, ou seja, o direito atribuído à criança e ao adolescente de crescer como integrante de uma família que lhe possibilite o desenvolvimento pleno de suas potencialidades.

Um dos principais instrumentos de efetivação do direito à convivência familiar é a adoção, uma das modalidades de colocação em família substituta.[1]

O artigo 48 da Lei nº 8.069/90, em sua redação original, dispunha que *"a adoção é irrevogável"*. Essa irrevogabilidade do instituto procurou garantir estabilidade jurídica à estrutura familiar construída com a adoção, a fim de evitar comprometimento de direitos de titularidade do adotado. Justificou-se, em especial, pela disciplina constitucional conferida ao assunto, especificamente disposta no artigo 227, parágrafo 6º, da Constituição Federal: *"Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação."* A busca pela necessária igualdade jurídica entre os filhos advindos ou não da

[1] *"A adoção é o instituto pelo qual se estabelece o vínculo de filiação por decisão judicial, em caráter irrevogável, quando não for possível a manutenção da criança ou adolescente em sua família natural ou extensa."* Definição de Murillo DIGIÁCOMO, em comentário ao artigo 39 da Lei nº 8.069/90, in CURY, Munir. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais.* 10ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2010, p.190.

adoção motivou a opção do legislador pela irrevogabilidade do instituto e pelo rompimento de vínculos com a família biológica. A doutrina, entendendo a importância da adoção, passou a destacar seu caráter irrevogável, sob enfoque eminentemente garantista.

Nesse sentido, é comum encontrar na doutrina posicionamentos como o sustentado na obra organizada por Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade MACIEL:

> *"Por estar formada uma família, por estar sendo concebido um filho através da adoção, por ser este filho idêntico a qualquer outro, já que filho, o legislador, corretamente, disciplinou, no art.48, do ECA, ser irrevogável a adoção. O filho biológico não pode ser devolvido, o vínculo de parentesco se mantém por toda a vida e até depois dela; não poderia ser diferente com relação à adoção. Como conseqüência desta regra temos a constante do art.49, do ECA, que dispõe que o poder familiar dos pais biológicos não se restabelece com a morte dos pais adotivos. Rompido o vínculo de parentesco com a criação de um vínculo novo, aquele não mais se restabelece."* [2]

Entretanto, com o passar do tempo, os Tribunais depararam-se com casos peculiares envolvendo a adoção de indivíduos que buscavam o conhecimento de sua origem biológica. Desenvolveu-se, portanto, uma argumentação invocada pelas Cortes nacionais – acredita-se que não formadora de uma jurisprudência em virtude da excepcionalidade dos casos sujeitos a julgamento – baseada no princípio do melhor interesse da criança. Reconheceu-se a importância dos direitos à identidade e à origem, como corolários do direito fundamental à dignidade do indivíduo. Além disso, com base no vínculo de afeto, registrou-se precedente de dissolução do instituto[3].

---

[2] MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (org.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente, aspectos teóricos e práticos.* 3ª ed..Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.178.

[3] Nesse sentido, a Apelação Cível 2005.032504-8, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, julgada em 16.12.2005, relator o Des. Sérgio Izidoro Heil, *in verbis*: "Apelação cível – Ação ordinária visando à dissolução da adoção - Demanda ajuizada consensualmente pelo adotante e o adotado – Vínculo estabelecido entre o filho e o marido da mãe biológica que, após quatro anos da consolidação do processo adotivo, separou-se do adotante – Inexistência de qualquer vínculo afetivo entre os envolvidos – Situação mantida formalmente, que acabou gerando a instabilidade psicológica do adotado em face da obrigação de manter um sobrenome com o qual não se identifica – Dever de observância do princípio da dignidade da pessoa humana – Inteligência do artigo 1º, III, da Constituição Federal – Decisão reformada para julgar procedente a pretensão dos apelantes – Recurso provido".

Tais decisões judiciais procuraram sempre ressaltar a excepcionalidade de seus posicionamentos, na medida em que o texto da lei expressamente a eles se contrapunha.

Cumpre reconhecer que tais julgados, atentos à realidade da vida, resgatam a noção de afeto como elemento das relações familiares e, alterando a lógica jurídica até então estabelecida, consideram-no como integrante do conceito de filiação, em detrimento de um critério eminentemente formal ou biológico. Tal posicionamento reflete o movimento hoje percebido na doutrina civilista que busca aproximar o Direito de Família dos princípios constitucionais, notadamente o da dignidade da pessoa humana, construindo, com isso, a noção jurídica de filiação socioafetiva em contraponto à filiação biológica, atribuindo àquela consequências jurídicas até então pouco trabalhadas pelo Direito.

Em 29 de julho de 2009, a Lei nº 12.010 alterou diversos dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente; contudo, a irrevogabilidade da adoção permaneceu, realocada no artigo 39, parágrafo 1º, da Lei nº 8.069/90: *"A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art.25 desta Lei."*

O reflexo das decisões judiciais acima mencionadas, que se socorriam dos direitos à origem e à identidade do indivíduo, como corolários do direito fundamental à dignidade, no contexto da adoção, pode ser percebido, de forma bastante sutil, na nova redação do artigo 48 da Lei nº 8.069/90: *"O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos. Parágrafo único. O acesso ao processo de adoção poderá ser também deferido ao adotado menor de 18 (dezoito) anos, a seu pedido, assegurada orientação e assistência jurídica e psicológica."*

Portanto, atualmente, o Direito positivo convive com a irrevogabilidade da adoção e com a previsão de rompimento de vínculos com a família biológica e, ao mesmo tempo, com o reconhecimento expresso do direito ao conhecimento dos dados de origem. A doutrina, em um esforço de argumentação técnico-dogmática, com o fim de conferir coerência ao sistema jurídico, ensina que o direito à filiação não coincide com o direito à origem. Ou seja, a adoção não teria o condão de apagar vínculos naturais (origem), mas

apenas vínculos jurídicos (filiação). Sobre o assunto, cumpre destacar o seguinte posicionamento de Tânia da Silva PEREIRA:

> *"A busca da própria origem, tão presente nas adoções, concretiza-se na vida moderna pela necessidade, muitas vezes, de identificação genética tendo como sede o direito da personalidade, sem estar ligada, necessária e exclusivamente, à presunção de filiação e paternidade para fins patrimoniais. Em nome do princípio da dignidade humana não se pode excluir o direito de qualquer pessoa perseguir sua identidade genética, franqueando-lhe a vida, a saúde e a paternidade, a história pessoal e os traços sócio-culturais."* [4]

Em síntese, o Direito autoriza o conhecimento dos dados de origem da pessoa adotada, mas não autoriza o resgate jurídico desses dados.

A importância da irrevogabilidade da adoção, justificada pelo rompimento dos vínculos da criança ou do adolescente com a família biológica para que outros se formem com a família substituta, de forma pretensamente imutável, pode ser percebida quando a doutrina adverte que, caso o filho retorne aos cuidados da família de origem, apenas o fará mediante nova adoção.[5]

Esse cenário demanda algumas ponderações, especialmente advindas da observação de que a realidade envolvendo crianças, adolescentes e suas famílias nada tem de estanque. Ao contrário, o Direito da Infância e da Juventude se propõe a atuar sobre uma realidade formada, de um lado, por seres humanos em franco processo de desenvolvimento de suas capacidades físicas, psíquicas, emocionais e valorativas – crianças e adolescentes – e, de

---

[4] PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da Criança e do Adolescente, uma proposta interdisciplinar.* 2ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.424.

[5] Sobre o assunto, cumpre transcrever os comentários de Murillo DIGIÁCOMO ao artigo 39, parágrafo 1º, da Lei nº 8.069/90, *in* CURY, Munir (org.), *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais,* 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p.194: *"Nada impede, porém, que diante da eventual ocorrência de grave violação dos direitos dos filhos por parte de seus pais adotivos, estes tenham decretada a perda do poder familiar que exercem em relação àqueles, tal qual ocorre com os pais biológicos. É também admissível, em tese, que nesta hipótese, assim como no caso de morte dos pais adotivos (vide art. 49 do ECA), os pais biológicos venham a adotar seus ex-filhos, desde que satisfeitos os requisitos legais. Vale destacar que, nestes casos, não há que se falar em 'restituição' ou 'restabelecimento' do poder familiar, pois, com o deferimento da adoção, há o* rompimento de todo e qualquer vínculo *do adotado em relação a seus pais biológicos (que uma vez consumada a adoção,* perdem *a qualidade de 'pais' – havendo inclusive o* cancelamento do registro civil original *– cf. art. 47, parágrafo 2º, da Lei 8.069/90), restando apenas os impedimentos matrimoniais (cf. art.41,* caput, *do ECA). Por esta mesma razão, não será aplicável, em tais hipóteses, a vedação contida no art. 42, parágrafo 1º, do ECA (que visa a atingir os avós, bisavós etc.)."*

outro, por suas famílias que, por essência, já representam um fenômeno social em constante mutação, notadamente quando se inserem em um processo aflitivo de afirmação de direitos. São dois vértices, portanto, que alimentam relações de dinamismo acelerado e muitas vezes imprevisível porque, em última análise, refletem com cores mais visíveis a formação do próprio ser humano na sua cotidiana construção e desconstrução de si e do mundo.

Nessa linha de raciocínio, questiona-se qual o grau de estabilidade e permanência que o Direito pode – ou deve – garantir quando pretende ditar regras a uma realidade eminentemente mutável, dinâmica e instável.

Acredita-se que o apego irrefletido à imutabilidade da adoção possa gerar situações atípicas quando a criança e o adolescente adotados, conhecedores de sua origem biológica, passam a com ela se identificar, de forma exclusiva ou complementar.

Em uma primeira hipótese, a criança ou o adolescente, ao retornar ao convívio de sua família biológica, passa a se apresentar com o nome de origem, enquanto no meio social é conhecido por aquele advindo da adoção, e a se considerar filho de pais cujos nomes não constam de sua certidão de nascimento, a quem sequer é conferida a responsabilidade legal de representar a criança ou o adolescente perante os equipamentos sociais. Surgem, portanto, duas realidades distintas que consomem a noção de identidade pessoal, familiar e social da criança e do adolescente.

A hipótese acima colocada pode ser perfeitamente visualizada nos casos de adoção mal sucedida, em que, com o passar do tempo, há um rompimento dos vínculos de afeto e respeito entre a criança e o adolescente adotados e a família adotiva.

Ainda que não se trabalhe com a hipótese de retorno da criança ou do adolescente adotados ao convívio da família biológica, importa destacar que o conhecimento de sua origem gera reflexos na formação da identidade e impulsiona esforços para a construção da própria personalidade, que, então, se apresenta complexa e múltipla, porque baseada em referências familiares distintas, mas ambas reconhecidamente existentes e complementares. Neste caso, o impulso de construção da personalidade a partir do conhecimento pleno de sua história pode ser percebido também nas adoções bem sucedidas.

Diante de tais possibilidades, propõe-se uma análise diferenciada da adoção que contemple não apenas o seu caráter construtivo e garantista, ou seja, formação e garantia de uma família à criança ou ao adolescente, mas também o seu traço de desconstrução, muitas

vezes pouco estudado: significa a desconstrução de um nome, uma filiação, uma origem, um passado e uma história, enquanto outros serão formados de modo ficcional – a adoção, em última análise, pode ser entendida como uma ficção jurídica da qual, contudo, poderão, além de direitos e deveres, advir relações afetivas genuínas. Acredita-se que apenas considerando os dois aspectos da adoção, de construção e desconstrução, será possível entender o instituto por completo e garantir que ele, efetivamente, responda aos anseios da criança e do adolescente, aperfeiçoando-o e até mesmo fortalecendo-o.

Não se ignora, pois, a coerência jurídico-dogmática do sistema de proteção à infância e juventude ao distinguir o direito à filiação do direito à origem e ao impor, quando do retorno do filho adotado à família biológica, a regularização jurídica via nova e sucessiva adoção, mantendo íntegro, com isso, o caráter irrevogável do instituto. Entretanto, questiona-se se tal posicionamento, quando estudado sob enfoque interdisciplinar, tendo como parâmetro o olhar da criança, efetivamente reflete a essência do princípio do melhor interesse. Em sua obra *Os filhos do governo,* Roberto DA SILVA busca descrever a trajetória das crianças órfãs e abandonadas na busca pelo seu passado vivido em ambientes de institucionalização. O trecho a seguir destacado sugere que o resgate jurídico da origem de uma pessoa pode transcender o mero conhecimento desse passado:

> *"Tentar, entretanto, revolver o passado, em busca de informações sobre si mesmo e sobre sua família, tentar alterar fatos jurídicos solidamente estabelecidos, tentar questionar os procedimentos que determinaram os principais aspectos de sua vida, e muito especialmente, tentar corrigir as distorções cometidas contra sua própria identidade, para finalmente ter um nome e uma identidade da qual possa orgulhar-se, significa uma empreitada considerável mesmo para as pessoas ditas 'normais'."* [6]

Por sua vez, analisar a adoção sob a perspectiva ora proposta demanda, necessariamente, crítica severa acerca do contexto social em que ela, hoje, se opera. Impõe

[6] DA SILVA, Roberto. *Os filhos do governo, a formação da identidade criminosa em crianças órfãs e abandonadas.* 2ª ed.. São Paulo: Ática, 1998, p.188.

o conhecimento de quem são as crianças e os adolescentes colocados em família substituta e, também, suas famílias de origem, bem como quais as suas reais condições de vida.

Na obra *Famílias de crianças e adolescentes abrigados, quem são, como vivem, o que pensam, o que desejam*, organizada por Eunice Teresinha FÁVERO, Maria Amália Faller VITALE e Myrian Veras BAPTISTA, publicada no ano de 2008, realizou-se uma pesquisa de campo com famílias de crianças e adolescentes acolhidos institucionalmente em entidades do município de São Paulo. Os dados apresentados refletem o terrível descompasso entre Direito e realidade:

> *"Pesquisas no âmbito nacional e no município de São Paulo constataram que a maior parte das crianças e dos adolescentes que vive em situação de abrigamento tem famílias, e a maioria delas não possui acesso a direitos sociais básicos: 67% de um total de 4.847 abrigados em São Paulo e 87,7% de um total de 20.000 crianças e adolescentes em abrigos investigados em âmbito nacional."* [7]

A mesma pesquisa informa, ainda, que 98% das famílias quer desabrigar a criança ou adolescente, o que sugere manutenção do vínculo de afeto.[8] E, por fim, atesta que, em 68% dos casos, há permanência de contato com a família substituta (sem discriminação das modalidades de guarda, tutela ou adoção) que recebeu a criança ou adolescente.[9]

Os dados de realidade apresentados acima parecem autorizar o reconhecimento da viabilidade da hipótese invocada quanto à reconstrução de vínculos entre a criança e o adolescente adotados e a sua família de origem. E, aceita tal hipótese, mostra-se necessário estudar como o Direito reage a essa reconstrução de vínculos percebida no mundo da realidade, o que é possível apenas por meio de um perturbador processo de reavaliação das atuais estruturas sociais e jurídicas do Direito da Infância e da Juventude. Primeiro, porque perpassa, de forma crítica, visões preconcebidas da relação pais e filhos e seu poder de

---

[7] FÁVERO, Eunice Teresinha, VITALE, Maria Amália Faller e BAPTISTA, Myrian Veras (org.). *Famílias de crianças e adolescentes abrigados. Quem são, como vivem, o que pensam, o que desejam.* São Paulo: Paulus, 2008, p.19.

[8] FÁVERO, Eunice Teresinha, VITALE, Maria Amália Faller e BAPTISTA, Myrian Veras (org.). *Famílias de crianças e adolescentes abrigados. Quem são, como vivem, o que pensam, o que desejam.* São Paulo: Paulus, 2008, p.38/39.

[9] FÁVERO, Eunice Teresinha, VITALE, Maria Amália Faller e BAPTISTA, Myrian Veras (org.). *Famílias de crianças e adolescentes abrigados. Quem são, como vivem, o que pensam, o que desejam.* São Paulo: Paulus, 2008, p75.

superação e transformação. Segundo, porque inclui no processo de decisão o modo de ver o mundo de indivíduos não acostumados a falar por si porque historicamente não ouvidos atentamente.

Retomando o recorte da adoção para fins de delimitação dos trabalhos, percebe-se que a sua irrevogabilidade pode entrar em conflito com o direito à identidade e à origem da criança e do adolescente quando não há, por parte destes, uma sensação de pertencimento à família juridicamente construída. Nesses casos, as opções propostas pelo sistema jurídico limitam-se a um conjunto de princípios de difícil delimitação, como é o caso do princípio do melhor interesse, de ampla carga conceitual e que contempla interpretações subjetivas das mais variadas, além de uma argumentação técnico-dogmática que distingue o direito à origem do direito à filiação e alimenta um círculo de sucessivos processos de adoção.

Indaga-se: uma vez que a criança ou o adolescente adotado conheça seu passado, com ele se identifique e a ele se contraponha uma vivência familiar no seio adotivo que lhe seja prejudicial, seria possível resgatar suas origens?[10] O Direito, ao prever a irrevogabilidade da adoção, sugere não ser possível. Seria esta uma boa resposta à questão? Quais os limites para permanência de uma realidade construída juridicamente? Seriam esses limites eminentemente jurídicos ou advindos de outros ramos das ciências humanas?

Questiona-se, ainda, se, a par da irrevogabilidade, a previsão de rompimento total de vínculos entre a criança ou o adolescente adotado e a sua família biológica pode acabar por comprometer a formação da identidade plena dessas pessoas cuja história possa ser descoberta na busca incessante por autoconhecimento.

Acredita-se, portanto, que dois pilares do instituto da adoção merecem detida atenção. O primeiro deles é a irrevogabilidade, na ânsia por garantia de permanência e estabilidade diante de realidades essencialmente instáveis e dinâmicas. O segundo, o próprio rompimento de vínculos entre a criança ou adolescente adotado e sua família biológica, num processo artificial de esquecimento do passado que tende a esvaziar a formação da identidade e da personalidade.

Tais questões são importantes quando apreciadas no contexto de necessária distinção de tratamento da criança ou do adolescente como sujeito ou objeto de direitos.

[10] Por certo, essa hipótese é colocada quando a família de origem não mais oferece perigo ao desenvolvimento da criança e do adolescente.

Isso porque, ao atribuir ao adulto a competência de "falar pela criança", acentua-se o risco de tratar a criança ou o adolescente não mais como sujeito de direitos, mas sim como objeto de direitos, sobre o qual operadores da ciência jurídica teriam competência para determinar os caminhos que considerassem mais apropriados.

Na verdade, ao pensar na noção de pertencimento ou estranhamento da criança ou do adolescente diante de uma realidade juridicamente construída pela adoção, e suas consequências jurídicas, cogita-se que tal sensação transcende a identidade jurídica ou a filiação da criança ou do adolescente. Seu alcance parece ser interdisciplinar, extrapolando o mundo estritamente jurídico. Essa percepção gera falta de domínio do caso pelos operadores do Direito que passam a depender do olhar da criança para manter ou não uma realidade jurídica. Indaga-se: o Direito sucumbe a esse olhar?

Janusz KORCZAK, ao analisar a situação de menosprezo e desconfiança com que é tratada a criança pelos adultos, lembra que "*para conquistar respeito e admiração é preciso ser grande, ocupar muito espaço. O que é pequeno é banal e desinteressante. Gente pequena, necessidades pequenas, pequenas alegrias e tristezas. (...) A criança é pequena, é leve, é pouca coisa. É preciso inclinar-se na sua direção, abaixar-se.*" [11]

Longe de sucumbir ao olhar e à voz da criança e do adolescente, o Direito, ao ampliar os espaços para recepcioná-los e devidamente considerá-los, pode se fortalecer. Para isso, contudo, deve se dispor a seguir em direção à criança e ao adolescente para ouvi-los e com eles construir sua noção de identidade e, mais uma vez com eles, traçar seus possíveis destinos. Nesse processo de escuta, os operadores do Direito podem se deparar com o fato de que a construção da identidade de crianças e adolescentes adotados pode estar, de forma exclusiva ou complementar, vinculada a mais de uma referência familiar. Portanto, devem ser pensadas novas possibilidades jurídicas para recepcionar essa realidade múltipla e complexa.

Para desenvolver a ideia acima proposta, este trabalho foi dividido em três principais partes.

A primeira – Capítulo I – busca apresentar a estreita relação entre Direito da Infância e Juventude e Direitos Humanos, além de traçar a evolução histórica daquele ramo

[11] DALLARI, Dalmo de Abreu e KORCZAK Janusz, *O Direito da Criança ao Respeito*, 3ª ed.. São Paulo: Summus, 1986, p.69.

do Direito, o que muito auxilia no reconhecimento e posterior desconstrução de estigmas formadores de conceitos ainda correntemente invocados na área de proteção à criança e ao adolescente.

O Capítulo II tem o propósito de apresentar o arcabouço jurídico da adoção, com o estudo da lei, da doutrina e da jurisprudência sobre o tema, notadamente voltadas às disposições afetas ao rompimento de vínculo entre a criança ou adolescente adotado e sua família de origem e à irrevogabilidade do instituto. As decisões judiciais ali relacionadas buscam servir como fundamento que sinaliza a alteração de paradigma defendida ao final deste trabalho.

Por sua vez, o Capítulo III procura fazer um contraponto ao cenário jurídico detalhado no capítulo anterior, revisitando conceitos sob enfoque interdisciplinar e ressaltando o descompasso possível entre o Direito e a sua prática, muitas vezes marcada por uma ideologia historicamente construída e ainda presente nos discursos de aparente proteção à criança e ao adolescente. Ao final, apresenta-se uma análise sociológica que se propõe a apontar o dinamismo de uma realidade instável como um dos principais fatores de frustração face a movimentos incessantes por estabilidade e segurança jurídicas.

Em conclusão, busca-se repensar alguns conceitos e institutos, por meio de uma construção e desconstrução de valores e significados, bem como do deslocamento da centralidade do adulto para a da criança e do adolescente, conferindo-lhes voz no processo de decisão sobre os seus destinos. Ao final, o que se pretende é sedimentar o posicionamento crítico acerca da irrevogabilidade da adoção e da previsão de rompimento total de vínculos entre a criança e o adolescente adotados e sua família biológica, cogitando-se em uma realidade familiar múltipla que melhor contemple a formação da identidade e da personalidade desses sujeitos de direito.

Por fim, necessário esclarecer que o sigilo judicial dos processos que envolvem crianças e adolescentes prejudicou a apresentação, neste trabalho, de estudo de caso, conforme documento da Corregedoria do Tribunal de Justiça de São Paulo juntado no anexo. Portanto, os questionamentos propostos nesta dissertação tiveram que ser desenvolvidos na base de hipóteses e não de casos concretos, o que, apesar de não desnaturar o seu conteúdo ou essência, tornou pouco ilustrativa a realidade das adoções mal sucedidas com as quais se deparam, cotidianamente, os operadores da ciência jurídica.

Parte-se da premissa, portanto, de que tais situações ocorrem no mundo da vida e, por isso, merecem a detida atenção do Direito.

I. O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE

"Que excelente exemplo do poder do vestuário não era o jovem Oliver Twist! Enrolado no cobertor, que havia até ali sido a sua única vestimenta, tanto podia ser o filho dum nobre como o de um mendigo; teria sido difícil à pessoa mais sábia que não o conhecesse determinar-lhe a verdadeira escala social. Mas, agora que se achava envolto em velhas roupas de algodão, que se tinham tornado amareladas naquele serviço, estava etiquetado e catalogado, e caiu imediatamente na sua real situação – uma criança abandonada, o órfão de um asilo, o humilde, meio esfomeado, escravo para ser esbofeteado e socado pelo mundo, desprezado por todos, não amparado por ninguém."

(Charles Dickens, *Oliver Twist*)

I (a). O Direito da Infância e Juventude e os Direitos Humanos

O Direito da Infância e Juventude, nas palavras de Martha de Toledo MACHADO, consiste em um sistema especial de proteção de direitos fundamentais de pessoas que se encontram em situação de vida peculiar, porque em desenvolvimento de sua personalidade[12]. Contudo, sobre essa acepção de incompletude de crianças e adolescentes, por estarem em processo de formação, não deve incidir qualquer juízo de inferioridade frente ao adulto. Apesar da aparente obviedade desta assertiva, mostra-se pertinente ressaltá-la logo de início, pois tal juízo esteve presente em grande parte da história social da criança e, portanto, reflete uma construção histórica da imagem feita pelo adulto em relação à criança. Um passado que, por vezes, ainda insiste em revisitar o presente.

[12] MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos.* Barueri-São Paulo: Manole, 2003, p.105.

Nesse sentido, sempre pertinente o ensinamento de Dalmo de Abreu DALLARI, para quem as crianças, respeitadas suas diferenças em relação aos adultos, tem o direito de ser:

> *"Toda criança é um testemunho da eternidade, uma certeza da renovação da vida, a portadora de um mistério. A criança é sempre um recomeço da humanidade, uma nova partida rumo ao infinito, uma parcela do espírito humano que poderá ser o repositório de uma nova mensagem ou o nascedouro de um novo tempo para todos os seres humanos. Toda criança é um ser humano, fisicamente frágil mas com o privilégio de ser o começo da vida, incapaz de se autoproteger e dependente dos adultos para revelar suas potencialidades, mas por isso mesmo merecedora do maior respeito.*
>
> *(...)*
>
> *(...) Toda criança nasce com o direito de ser. É erro muito grave, que ofende o direito de ser, conceber a criança como apenas um projeto de pessoa, como alguma coisa que no futuro poderá adquirir a dignidade de um ser humano."* [13]

Citando Jurandir Freire COSTA, Isabel C. R. da Cunha FRONTANA relembra que, ao longo da história, a criança esteve sujeita a valores decorrentes da importância conferida ao "pai-proprietário", ao patrimônio e à religião, o que esvaziava os espaços na família e na sociedade para o sentimento em torno da criança:

> *"(...) Tratada como um 'adulto incompetente', sua existência não possuía, por assim dizer, nenhum conteúdo positivo. Ela (a criança) era percebida negativamente, por oposição ao adulto."* [14]

Na verdade, a condição peculiar de crianças e adolescentes – em fase de desenvolvimento físico, psíquico, emocional e moral – desafia a garantia efetiva do direito à diferença e agrega ao sistema de proteção de direitos uma enorme carga de alteridade. Isso porque olhar a criança como um "adulto incompetente", que nada tem a dizer,

---

[13] DALLARI, Dalmo de Abreu. *O direito da criança ao respeito.* 3ª ed.. São Paulo: Summus Editorial, 1986, p.21.

[14] FRONTANA, Isabel C. R. da Cunha. *Crianças e adolescentes nas ruas de São Paulo.* São Paulo: Loyola, 1999, p.41/42.

compromete a estrutura mesma de um sistema jurídico de proteção especial que, atualmente, deve ser revestido dos princípios que norteiam a doutrina de Direitos Humanos.

Esse é o posicionamento de Martha de Toledo MACHADO, para quem o Direito da Infância e Juventude, com amplo suporte constitucional, integra o sistema de proteção de Direitos Humanos, com suas bases voltadas à doutrina da proteção integral:

> *"Esse sistema especial de proteção vem expressamente referido no parágrafo 3º do artigo 227 – embora não se reduza às garantias ali posicionadas. De fato, ele permeia todo o artigo 227 e o artigo 228, e manifesta-se, ainda que subsidiariamente, também no disposto nos artigos 226, caput e parágrafos 3º, 4º, 5º e 8º e 229, primeira parte, todos da Constituição Federal. Mas diz, também diretamente, com outros dispositivos da Constituição, como os incisos XXXIII e XXX do artigo 7º e o parágrafo 3º do artigo 208.*
>
> *De plano cumpre anotar, ademais, que me parece inequívoco, cristalino mesmo, que* ***os direitos elencados no caput do artigo 227 e no seu parágrafo 3º e no artigo 228 da CF são direitos fundamentais da pessoa humana: a própria natureza deles assim o faz****.*
>
> *Com perdão da obviedade: se o caput do artigo 5º da CF menciona a vida, a liberdade, a igualdade, para depois especificar os inúmeros desdobramentos (ou facetas) desses direitos nos seus incisos, e se o artigo 227, caput, refere-se expressamente à mesma vida, liberdade, dignidade, para em seguida desdobrá-las, seja no próprio caput, seja no parágrafo 3º, seja no artigo 228, evidente que se trata de direitos de mesma natureza, ou seja, dos direitos fundamentais da pessoa humana.*
>
> *(...)*
>
> ***Só que são direitos fundamentais de uma pessoa humana em condição especial: da pessoa humana ainda em fase de desenvolvimento.****"* (grifos nossos) [15]

[15] MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos.* Barueri-São Paulo: Manole, 2003, p.105/108.

A mesma autora, para melhor sustentar seu posicionamento quanto à relação entre Direitos Humanos e Direito da Infância e Juventude, reporta-se a Norberto BOBBIO:

> *"A Declaração dos Direitos da Criança, adotada pela Assembléia Geral em 20 de novembro de 1959, refere-se em seu preâmbulo à Declaração Universal; mas, logo após essa referência, apresenta o problema dos direitos da criança como uma especificação da solução dada ao problema dos direitos do homem. Se se diz que 'a criança, por causa de sua imaturidade física e intelectual, necessita de uma proteção particular e de cuidados especiais', deixa-se assim claro que os direitos da criança são considerados como um* ius singulare *com relação a um* ius commune*; o destaque que se dá a essa especificidade, através do novo documento, deriva de um processo de especificação do genérico, no qual se realiza o respeito à máxima* suum cuique tribuere*;* in*:* A era dos direitos*, ob.cit., p.35."* [16]

Em outra linha de argumentação, complementar à interpretação sistemática adotada pela autora e acima mencionada, Martha de Toledo MACHADO ainda explica que *"(...) pode-se afirmar, ao menos sob uma ótica principiológica ou conceitual, que a possibilidade de formar a personalidade humana adulta – que é exatamente o que estão 'fazendo' crianças e adolescentes pelo simples fato de crescerem até a condição de adultos – há de ser reconhecida como direito fundamental do ser humano, porque sem ela nem poderiam ser os demais direitos da personalidade adulta, ou a própria personalidade adulta."* [17]

Também partindo da relação estreita entre o Direito da Infância e Juventude e Direitos Humanos, Eduardo Rezende MELO, ao tratar das questões afetas às crianças e aos adolescentes em situação de rua, propõe uma mudança de paradigma, ao enfatizar o direito de participação de crianças e adolescentes na discussão de políticas públicas que os contemplem, em um processo de escuta dos próprios destinatários do sistema de proteção. Ao trabalhar o que o autor denomina de "empoderamento" dessas crianças e adolescentes,

---

[16] MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos.* Barueri-São Paulo: Manole, 2003, p.107 (nota de rodapé nº 4).

[17] MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos.* Barueri-São Paulo: Manole, 2003, p.110.

independentemente de uma incapacidade civil em virtude da menoridade, exsurge a conclusão de que crianças e adolescentes são formadores de um grupo social que, como qualquer outro grupo social minoritário, demanda proteção típica da área de Direitos Humanos:

> *"Esta idéia de interesses das crianças é, portanto, fundamentalmente política, definindo os escopos de um específico grupo minoritário da sociedade, pensado como categoria social separada, abrindo-a à luta pelo reconhecimento de sua especificidade dentro de um marco mais amplo de direitos humanos."* [18]

Nessa visão crítica da forma como os interesses de crianças e adolescentes são frequentemente tratados por adultos que acreditam saber o que lhes é melhor, sem, contudo, ouvi-los, emerge um novo grupo social marcado pela vulnerabilidade. Dessa vez, entretanto, essa condição não é apenas social, mas também física, psíquica e emocional, porque incide sobre pessoas em condição peculiar de desenvolvimento. Portanto, assim como negros, índios, mulheres, deficientes e tantos outros grupos sociais vulneráveis devem ter garantido o direito de voz para buscarem um lugar social que lhes garanta igualdade material, tal raciocínio deve ser estendido ao grupo social formado por crianças e adolescentes quanto à definição de seus próprios destinos.[19]

Assim, o que se pretende sustentar é que o Direito da Infância e Juventude afastou-se gradativamente do Direito Civil, especificamente do Direito de Família, e passou a contar com linhas de pensamento e instrumentos de salvaguardas próprios da doutrina de Direitos Humanos.[20]

---

[18] MELO, Eduardo Rezende. *Crianças e adolescentes em situação de rua: Direitos Humanos e Justiça – uma reflexão crítica sobre a garantia de direitos humanos de crianças e adolescentes em situação de rua e o sistema de justiça no Brasil.* São Paulo: Malheiros, 2011, p.25.

[19] Esse raciocínio será melhor desenvolvido no Capítulo III (a), sendo mencionado neste tópico apenas para fortalecer o liame entre Direitos Humanos e Direito da Infância e Juventude, sob um novo enfoque, qual seja, a formação por crianças e adolescentes de um verdadeiro grupo ou categoria social.

[20] Este trabalho tem como premissa a consideração do Direito da Infância e Juventude como Direitos Humanos por reconhecer os direitos à origem e à identidade da criança e do adolescente no contexto da adoção como direitos fundamentais. Percebeu-se a necessidade de desvincular a análise da adoção de conceitos estritamente civilistas, atribuindo maior atenção ao aspecto humano – entendido como interesse ou valor essencial da pessoa - que permeia as situações envolvendo crianças, adolescentes e suas famílias, reconhecendo-o como o fiel da balança de posicionamentos jurídicos diversos. Contudo, algumas construções argumentativas do Direito Civil, especialmente do Direito de Família, serão consideradas, notadamente as concernentes à filiação socioafetiva.

Atualmente, o Direito da Infância e Juventude integra os principais documentos formadores do sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos, o que reforça, também no âmbito jurídico-dogmático, tal categorização. Inspirados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, merecem destaque a Declaração dos Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1959, e a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1989.

I (b). Evolução histórica do Direito da Infância e Juventude [21]

Os caminhos pelos quais passaram as crianças e os adolescentes ao longo da história da humanidade não foram fáceis e sempre contaram com a leitura dos adultos acerca de seu lugar nas relações familiares, sociais e jurídicas.

Na verdade, a compreensão da peculiaridade infantil, distinta dos adultos, é fenômeno percebido a partir do fim da Idade Média. Sobre o assunto, Philippe ARIÈS, ao analisar o surgimento do que denominou "sentimento da infância", ensina que ele não coincide com a noção de afeto ou afeição pelas crianças, mas *"(...) corresponde à consciência da particularidade infantil, essa particularidade que distingue essencialmente a criança do adulto, mesmo jovem."* [22] Antes dessa percepção, registra o mesmo autor que *"assim que a criança superava esse período de alto nível de mortalidade, em que sua sobrevivência era improvável, ela se confundia com os adultos."* [23]

Entretanto, mesmo já reconhecida a peculiaridade da criança, ainda no início de construção desse sentimento da infância, ressalta Philippe ARIÈS que, em um primeiro momento, *"(...) a criança, por sua ingenuidade, gentileza e graça, se tornava uma fonte de distração e de relaxamento para o adulto, um sentimento que poderíamos chamar de 'paparicação'."* [24] Um novo sentimento da infância surge apenas a partir do século XVII, mediante esforço de moralistas e educadores, que passaram a alertar para uma preocupação moral quanto ao processo de formação da criança. Essa nova forma de enxergar a infância,

---

[21] Importa esclarecer que o marco histórico aqui adotado partiu do final da Idade Média e refere-se às sociedades ocidentais.
[22] ARIÈS, Philippe. *História social da criança e da família.* 2ª ed.. Rio de Janeiro: LTC, 2006, p.99.
[23] ARIÈS, Philippe. *História social da criança e da família.* 2ª ed.. Rio de Janeiro: LTC, 2006, p.100.
[24] ARIÈS, Philippe. *História social da criança e da família.* 2ª ed.. Rio de Janeiro: LTC, 2006, p.100.

como uma fase a ser bem direcionada a valores moralmente aceitos, inspirou os métodos de educação do século XX.[25]

A educação, à época, repudiava a "paparicação" e advogava métodos de ensino que tornaram a palmatória um instrumento de correção por excelência. Sobre o Brasil, Mary Del PRIORE lembra que *"o castigo físico em crianças não era nenhuma novidade no cotidiano colonial. Introduzido, no século XVI, pelos padres jesuítas, para horror dos indígenas que desconheciam o ato de bater em crianças, a correção era vista como uma forma de amor. O 'muito mimo' devia ser repudiado. Fazia mal aos filhos."* [26]

As diversas formas de violência, tanto no âmbito escolar, doméstico ou social, foram duramente sentidas pelas crianças no Brasil em uma realidade já marcada pelo sentimento da infância que, conforme esclarecido, não se confundia com noções de afeto ou afeição:

> *"As violências físicas, muitas vezes dirigidas às mães, atingiam os filhos e não foram poucas as famílias que se desfizeram deixando entregues ao Deus dará, mães e seus filhinhos: fome, abandono, instabilidade econômica e social deixaram marcas em muitas das crianças. Não são poucas as que encontramos, nos documentos de época, esmolando às portas de igrejas, junto com suas genitoras. Um processo crime datado de 1756, movido na vila de São Sebastião, São Paulo, por Catarina Gonçalves de Oliveira revela imagens de outras violências: a de pais contra filhos. Nos autos, Catarina revela ter defendido seu enteado, uma criança pequena, de chicotadas desferidas pelo pai, ansioso por corrigir o hábito do pequeno de comer terra. As 'disciplinas', os bolos e beliscões revezavam-se com as risadas e mimos. Mas também com divertimentos e festas."* [27]

Ainda com o propósito de ilustrar a convivência pacífica entre o sentimento da infância, da forma como conceituado por Philippe ARIÈS, e as mais variadas formas de violência contra a criança, Julita SCARANO, em seu trabalho *Crianças Esquecidas das Minas Gerais,* apresenta estudo realizado com enfoque nas esculturas religiosas dessa

---

[25] ARIÈS, Philippe. *História social da criança e da família.* 2ª ed.. Rio de Janeiro: LTC, 2006, p.104.
[26] PRIORE, Mary Del (org.). *História das crianças no Brasil.* 6ª ed.. São Paulo: Contexto, 2008, p.96/97.
[27] PRIORE, Mary Del (org.). *História das crianças no Brasil.* 6ª ed.. São Paulo: Contexto, 2008, p.98.

região do Brasil, no século XVIII. A autora registra em sua pesquisa a ausência de imagens e cultos do Menino Jesus, símbolo do nascimento para o Cristianismo, e atribui essa constatação, em grande parte, à precária situação da criança:

> *"Talvez a relativa desvalorização da criança, sobretudo a negra, a idéia de que elas morriam com facilidade, o que era normalmente aceito e também a vida sofrida e mesmo dramática que os habitantes de Minas Gerais levavam no período, fizeram com que, no ponto de vista religioso, se pensasse mais na morte do que no nascimento."* [28]

Retomando a conceituação acima apresentada, ao mesmo tempo em que, gradualmente, vai se solidificando o sentimento da infância, emerge também, no mesmo passo, um outro sentimento, a que Philippe ARIÈS denominou "sentimento da família". Esse processo culminou com a configuração da chamada família moderna, formada por *"(...) pais e filhos, felizes com sua solidão, estranhos ao resto da sociedade (...)."* [29] Ensina o mesmo autor que *"a família deixou de ser apenas uma instituição do direito privado para a transmissão dos bens e do nome, e assumiu uma função moral e espiritual, passando a formar corpos e almas."* [30]

Essa digressão histórica mostra-se pertinente porque auxilia na compreensão de como se deu a intervenção do Estado e, por consequência, do Direito, nas relações familiares. Na verdade, foi através da figura da criança que o Estado justificou a sua intervenção – sempre rotulada de protetiva –, na família moderna que, conforme explicado, seguia num movimento contrário, de ensimesmamento.

Isabel C. R. da Cunha FRONTANA, ao também tratar do sentimento da infância, menciona o fenômeno da "recodificação da imagem infantil" com a qual ganhou relevo a questão da infância. A criança deixou de ser um adulto incompleto para tornar-se um repositório de preocupações morais que extrapolavam o interesse da família, na medida em que passaram a atingir também as pretensões de um Estado moderno, que objetivava fazer

---

[28] PRIORE, Mary Del (org.). *História das crianças no Brasil.* 6ª ed.. São Paulo: Contexto, 2008, p.135.
[29] ARIÈS, Philippe. *História social da criança e da família.* 2ª ed.. Rio de Janeiro: LTC, 2006, p.188.
[30] ARIÈS, Philippe. *História social da criança e da família.* 2ª ed.. Rio de Janeiro: LTC, 2006, p.194.

frente a uma sociedade até então patriarcal. Tal processo culminou, segundo a autora, com a identificação entre amor à família e amor ao Estado[31]:

> *"A criança só pôde sair dessa posição quando foi percebida como um ser em desenvolvimento, como matriz físico-emocional do adulto. Esse novo olhar sobre ela, apreendendo-a como um ser frágil, que inspira cuidados e proteção no decorrer de seu desenvolvimento físico, constituiu-se numa das estratégias para se obter um adulto moldado às exigências de um Estado que se pretendia moderno, o que só poderia ser viabilizado mediante investimento numa formação do indivíduo que lhe permitisse incorporar os ideais de pátria, de nação moderna. A partir desse princípio, inverteram-se os papéis no âmbito da família: a criança passou a ocupar um lugar central e a determinar a 'função e o valor do filho'.*
>
> *(...)*
>
> *(...) Esse novo ordenamento implicava a destituição da figura do patriarca em favor da supremacia do Estado. (...) Assim, foi necessário reduzir esse poder do pai, mediante a redefinição de seu papel e o papel dos demais membros da família, de modo a transferir a autoridade garantidora do bem-estar e da prosperidade da família para a esfera do Estado.*
>
> *(...)*
>
> *Foi se estabelecendo então uma relação de interdependência entre o Estado e a família: enquanto o Estado assumia o papel de protetor da família e da propriedade, com a promessa de garantir o bem-estar social de seus membros, a família, por sua vez, tinha por missão criar indivíduos dóceis e disciplinados a serviço da nação."* [32]

Percebe-se, portanto, que a intervenção do Estado moderno na vida privada das famílias ocorreu através da figura da criança e alimentou relações de interdependência que buscavam, em última análise, a normalização de comportamentos considerados moralmente

---

[31] FRONTANA, Isabel C. R. da Cunha. *Crianças e adolescentes nas ruas de São Paulo.* São Paulo: Loyola, 1999, p.45.

[32] FRONTANA, Isabel C. R. da Cunha. *Crianças e adolescentes nas ruas de São Paulo.* São Paulo: Loyola, 1999, p.42/44.

aceitos por uma ordem preestabelecida, que deveria ser respeitada. Nesse sentido, desde o início, a preocupação do Estado moderno com a infância pautou-se pelo propósito de controle de condutas consideradas desviantes, o que refletirá nas opções políticas e jurídicas que acompanharam o desenvolvimento do Direito da Infância e Juventude, inclusive no Brasil.

Nesse contexto, inicia-se a construção de um ideal de tratamento de crianças e adolescentes enraizado em premissas que os colocam como meio para se chegar à família e como objeto de intervenção e controle. São, portanto, premissas que auxiliaram na construção de muitas das estratégias de intervenção estatal na infância e juventude, marcadas por uma mentalidade absolutamente desconectada com o imperativo ético kantiano.[33]

A história social da criança, contudo, apresenta traços marcantes que permitem concluir que crianças e adolescentes foram utilizados como caminho para adultos buscarem fins alheios à sua proteção. Pior, tal noção de utilidade conferida à infância contou com práticas institucionalizadas, como será analisado a seguir.

I (b.1). A questão social do "menor"

Enquanto as crianças e os adolescentes permaneciam sob controle estatal no seio de suas famílias, as quais, conforme já assinalado, mantinham uma relação de interdependência com o Estado, pouco "incomodavam". A escola era a instituição que preenchia os espaços de educação conforme as regras moralmente aceitas da época.

Entretanto, a situação alterou-se substancialmente com o movimento de urbanização e fortalecimento do capitalismo, o qual ensejou a presença nas cidades de homens livres alijados da fruição das riquezas socialmente produzidas. No Brasil, essa alteração visível de realidade é percebida com maiores contornos após a Lei do Ventre Livre (1871) e da Abolição (1888), a partir do que homens até então considerados apenas escravos passam a assumir outros papeis sociais, tais como o de filho ou o de pai de família, sem a contrapartida de condições estruturais para fazê-lo. Relata Esther Maria de Magalhães

[33] Ensina o filósofo que nenhum ser humano pode ser tratado como meio para se atingir determinado objetivo, justamente por ser ele próprio um fim em si mesmo. KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos.* São Paulo: Martin Claret, 2008, p.59.

ARANTES, em seu texto *Rostos de Crianças no Brasil*, que foi esse o momento histórico em que *"(...) crianças e adolescentes pobres, agora identificados como 'menores abandonados material e moralmente', passaram a ser encontrados nas ruas, brincando, trabalhando, esmolando ou mesmo cometendo pequenos furtos."* [34]

É nesse momento histórico, em que escravos se tornam homens livres e, além disso, assumem as funções sociais de filhos e pais de família, que as crianças e os adolescentes passam a chamar a atenção do Estado de forma mais detida. É nessa época, também, que, de forma estratégica, cria-se o mito das "famílias desestruturadas". A família, formada por antigos escravos, agora homens livres marginalizados da fruição das riquezas socialmente produzidas, passa a ser rotulada como incompetente ou incapaz de cuidar de seus filhos da maneira devida.

Nesse sentido:

> *"O mito criado em torno da família das classes empobrecidas serviu de justificativa para a violenta intervenção do Estado neste século. Com o consentimento das elites políticas da época, juristas delegaram a si próprios o poder de suspender, retirar e restituir o Pátrio Poder, sempre que julgassem uma família inadequada para uma criança."* [35]

Essa incapacidade das famílias de cuidarem de si e, por consequência, de seus filhos, foi explorada pelas autoridades públicas de diversas formas, sem, contudo, macular a imagem artificialmente produzida de Estado protetor que, desde o início, "tão bem sabia o que era melhor para crianças e adolescentes". A competência estatal, em contraponto à incompetência das famílias, para cuidar das crianças e dos adolescentes, enraizou-se fortemente nas políticas de intervenção na infância ao ponto de, ainda nos dias atuais, serem percebidos seus vestígios, conforme será analisado ao longo deste trabalho.

Sobre o assunto, merece transcrição o detalhamento com que foi narrada essa estratégia de poder do Estado face às famílias marginalizadas:

---

[34] RIZZINI, Irene e PILOTTI, Francisco (org.). *A arte de governar crianças, a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil.* 2ª ed.. São Paulo: Cortez, 2009, p.193.

[35] RIZZINI, Irene e PILOTTI, Francisco (org.). *A arte de governar crianças, a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil.* 2ª ed.. São Paulo: Cortez, 2009, p.25.

"Incapazes de cuidar de si mesmas, as famílias pobres são representadas como igualmente incapazes de cuidar adequadamente dos seus filhos, propiciando-lhes a educação necessária à formação de cidadãos válidos e úteis, passíveis de se integrarem ao capital humano de que a nação precisa para o seu desenvolvimento.

Reivindicando o seu legítimo direito de incorporar esse contingente ao processo de construção da riqueza nacional, o Estado transformou as crianças e os adolescentes pobres no pretexto e canal que lhe propiciava a intervenção normalizadora no seio das famílias, esgrimindo argumentos técnico-científicos e a ameaça de suspensão do pátrio poder. Submete, pois, a família pobre à heteronomia, ao mesmo tempo em que lhe atribui uma pesada carga de responsabilidades. *Quanta perseguição, ou punição velada, não terá ocorrido sob o manto severo, benevolente e esclarecido desse segundo pai que o Estado pretendeu ser, por tanto tempo?*

A persistência dos ***estereótipos negativos*** *é certamente um dos principais obstáculos que se antepõe à consideração lúcida referente à questão social no Brasil. Seu pior subproduto, no entanto, é a* ***reprodução do abismo social no mundo infanto-juvenil, onde nitidamente opõem-se crianças e adolescentes, propriamente ditos, a meninos(as) de rua e menores.*** *"* [36] (grifos nossos)

O trecho acima transcrito autoriza a conclusão de que as crianças e os adolescentes – agora já destacados e rotulados como "meninos de rua e menores" – eram meio – "pretexto ou canal" – para que o Estado atingisse seu propósito de controle. É nesse contexto de ameaça a famílias consideradas incompetentes que surgem institutos jurídicos, existentes até os dias atuais, como é o caso da destituição do poder familiar. Também nesse cenário é que se percebe uma visão utilitarista do ser humano, considerado incompetente porque não participante da produção e fruição das riquezas nacionais. Sobre tal aspecto, o que se convencionou chamar "criminalidade infantil" não raras vezes estava associado ao "crime de vadiagem". Nessa linha de pensamento, é "vadio" aquele que não é útil, não

[36] RIZZINI, Irene e PILOTTI, Francisco (org.). *A arte de governar crianças, a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil.* 2ª ed.. São Paulo: Cortez, 2009, p.325/326.

importa se se está a falar de crianças ou adolescentes que, nessa condição, causam problemas sociais de perturbação do sossego das famílias e ameaça à estabilidade da ordem pública.[37]

Isabel C. R. da Cunha FRONTANA insiste na afirmação de que o conceito "menor" é uma construção histórica e alerta para o fato dessa construção ser externa ao indivíduo inserido nessa nova categoria social:

> *"Quando lançamos um primeiro olhar para as formas de representação do 'menor', identificamos discursos, práticas, divisões e classificações que conformam um todo orientado no sentido de qualificar determinada categoria social cujos atributos etários e de classe são destacados como os mais significativos para se considerar seu lugar nas relações sociais.* ***Esses atributos, que conferem uma identidade social ao denominado 'menor', não representam entretanto a imagem que crianças e adolescentes pertencentes às camadas populares modelam de si mesmas. A identidade do 'menor' não é criada por um sujeito que a assume e afirma, mas antes lhe é imposta, forjada e imputada a partir de uma perspectiva exterior e alheia àquela condição que a nomeia.*** *Em outras palavras, o termo 'menor' constitui-se na maneira como os setores dominantes da sociedade fazem seu reconhecimento da condição específica de crianças e adolescentes pertencentes às classes trabalhadoras de baixa renda – os filhos de negros, nordestinos ou brancos pobres –, que carregam as marcas e os* ***estigmas da exclusão****, que exibem, enfim, os* ***signos da discriminação*** *que recaem sobre sua classe social. Esse mesmo reconhecimento denuncia, em outra perspectiva, a existência concreta de uma categoria social que se apresenta aos outros exibindo certo modo de estar no mundo, por meio de expressões visíveis. Entretanto, o que particulariza essa categoria social é que sua identidade não é construída a partir de sua própria expressão ou de suas formas de se auto-representar, de modo que acaba por aparecer predominantemente na 'fala dos outros'. Isso quer dizer que os discursos que a identificam são construídos por outros sujeitos sociais, a partir de seus próprios pontos de vista e por meio de sua*

[37] PRIORE, Mary Del (org.). *História das crianças no Brasil.* 6ª ed.. São Paulo: Contexto, 2008, p.220.

própria linguagem e seus signos, recobrindo-a assim de uma expressão simbólica estranha às suas experiências concretas." [38] (grifos nossos)

O ensinamento de Isabel C. R. da Cunha FRONTANA desnuda a trajetória da criança e do adolescente, contada e construída pelo olhar do outro, do adulto detentor dos mecanismos de expressão do poder. Inverter a lógica, permitindo que a criança e o adolescente tenham a autonomia e a liberdade de construir sua própria trajetória, enseja clara ruptura a esse modelo, que perpassa o desafio da crítica a conceitos preestabelecidos de caridade, filantropia e crueldade, quando revisitados sob o enfoque da alteridade. Edson PASSETTI ressalta a confusão histórica entre caridade e crueldade ao tratar das políticas públicas destinadas às crianças carentes no Brasil:

> *"Uma história de internações para crianças e jovens provenientes das classes sociais mais baixas, caracterizados como abandonados e delinquentes pelo saber filantrópico privado e governamental – elaborado, entre outros, por médicos, juízes, promotores, advogados, psicólogos, padres, pastores, assistentes sociais, sociólogos e economistas –, deve ser anotada como parte da história da caridade com os pobres e a intenção de integrá-los à vida normalizada. Mas também deve ser registrada como componente da história contemporânea da crueldade."* [39]

I (b.2). A evolução histórica dos direitos da criança e do adolescente no cenário internacional

A questão social do "menor" não encontrou espaço apenas no Brasil. Ao contrário, a *"perversa confusão conceitual criança carente/criança delinquente"*, nas palavras de Martha de Toledo MACHADO, pode ser observada em outros países, inclusive naqueles considerados "desenvolvidos".[40]

---

[38] FRONTANA, Isabel C. R. da Cunha. *Crianças e adolescentes nas ruas de São Paulo.* São Paulo: Loyola, 1999, p.21/22.
[39] PRIORE, Mary Del (org.). *História das Crianças no Brasil.* 6ª ed.. São Paulo: Contexto, 2008, p.350.
[40] MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos.* Barueri-São Paulo: Manole, 2003, p.31/32.

Na verdade, ensina a autora que as bases para o Direito do Menor tiveram origem nos Estados Unidos da América, com a implantação dos Tribunais de Menores. Apesar da criação de uma instância jurisdicional diferenciada, o direito substancial foi gradativamente ajustando-se às regras processuais que o precederam. O primeiro Tribunal de Menores foi criado em Illinois, em 1899, e seu exemplo foi copiado pelo Brasil, em 1923.[41]

O início da edificação do Direito do Menor foi fortemente marcado pelo caráter repressivo, justificado por preocupações de segurança nacional. Martha de Toledo MACHADO sustenta tal assertiva analisando o conteúdo dos discursos que marcaram o Primeiro Congresso Internacional de Menores, realizado em Paris, em 29 de junho e 1º de julho de 1911. Naquela ocasião, *"(...) o deputado e membro da Academia Francesa Paul Deschanel, no discurso de abertura do Congresso, afirmou: 'Esses tribunais se transformarão, em todas as partes, em centros de ação na luta contra a criminalidade juvenil. Não somente ajudando-os a recuperar a infância decaída, mas também a preservar a infância em perigo moral. [...] Serão, ao mesmo tempo, a melhor proteção da infância abandonada e culpável e a salvaguarda mais eficaz da sociedade. (Atas, 1912, p.49).'"* [42]

Essa identificação entre infância carente e infância delinquente perdurou no cenário mundial e, apenas a partir de meados do século XX, iniciou-se um movimento internacional de proteção mais qualificada da criança e do adolescente,[43] coincidente, por sinal, com a edificação do sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos. Alguns importantes documentos internacionais passam, então, a nortear os sistemas jurídicos de proteção à infância e juventude.

A Declaração de Genebra, de 1924, no título de Direitos das Crianças, aprovada pela Liga das Nações, consiste no primeiro instrumento internacional que colacionou regras de proteção ao trabalho infantil.[44]

A comoção causada pelas duas grandes guerras mundiais culminou com a criação da Organização das Nações Unidas – ONU, em 1945. Dentro dessa estrutura internacional,

---

[41] Criação por Decreto Federal nº 16.273, de 20/12/23, no Rio de Janeiro. Dados obtidos na obra de MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos.* Barueri-São Paulo: Manole, 2003, p.34.

[42] MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos.* Barueri-São Paulo: Manole, 2003, p.36.

[43] SOUZA, Jadir Cirqueira de. *A efetividade dos direitos da criança e do adolescente.* São Paulo: Pillares, 2008, p.59.

[44] Disponível em: <http://www.un-documents.net/gdrc1924.htm>, acesso em 25.06.2014.

criou-se a UNICEF – Fundo das Nações Unidas para a Infância, em 11 de outubro de 1946, com o fim de colaborar para a construção de um sistema de proteção à criança e ao adolescente.

Seguiram-se, então, importantes documentos internacionais de proteção voltados especificamente à infância, inspirados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, dentre os quais importa destacar a Declaração dos Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1959, e a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1989.[45] [46]

A partir, portanto, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, percebe-se uma mudança de enfoque na proteção dos direitos fundamentais, construindo-se um sistema intrinsecamente internacional.

Interessante observar a evolução de pensamento no cenário alienígena, no sentido de consolidar posicionamento essencialmente garantista quanto ao necessário respeito pelos Estados aos direitos humanos previstos nos instrumentos internacionais. Nesse contexto, a despeito do reconhecimento de que as Declarações de Direitos não tem caráter obrigatório, não vinculando os Estados, ao contrário das Convenções e Tratados, desenvolveu-se a doutrina no sentido de que as disposições contidas na Declaração Universal dos Direitos Humanos integram o direito costumeiro internacional, consubstanciando, inclusive, *jus cogens*. Nesse sentido, lecionam Hildebrando ACCIOLY, G. E. do NASCIMENTO E SILVA e Paulo Borba CASELLA:

> "*Embora os dois **Pactos*** [Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e seu Protocolo Facultativo, de 1966] *sejam em certo sentido mais importantes do que a*

[45] Entre 1959, ano da Declaração dos Direitos da Criança, e 1989, ano em que foi adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, merecem destaque a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, de 1969, e os Pactos Internacionais de Direitos Humanos, de 1966. Tais documentos foram importantes para a construção do sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos, no qual se inserem os direitos da criança e do adolescente, conforme anteriormente sustentado. Outros instrumentos jurídicos podem ser mencionados: Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça e da Infância e da Juventude – Regras de Beijing (Res. 40/33, ONU, 1985); Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil – Diretrizes de Riad (Assembleia Geral da ONU, novembro de 1990); e Regras Mínimas das Nações Unidas para os Jovens Privados da Liberdade (ONU, Assembleia Geral, 1990). Dados obtidos na obra de GARCEZ, Sérgio Matheus. *O novo direito da criança e do adolescente.* Campinas: Alínea, 2008, p.78.

[46] A Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, foi aprovada pelo Congresso Nacional brasileiro em 14/09/90 (Decreto Legislativo nº 28, ratificado por Decreto Presidencial nº 99.710/90), integrando, assim, o sistema jurídico brasileiro, nos termos do artigo 5º, parágrafo 2º, da CF.

> ***Declaração*** *de 1948, por serem de cumprimento obrigatório para os países que os ratificaram, pode-se afirmar que a* ***Declaração Universal*** *tem mais peso, pois a maioria dos princípios que consagra são tidos como de direito internacional costumeiro. Passo adiante será dado ao serem reconhecidas como* ***normas cogentes de direito internacional geral****.*
>
> *A Corte Internacional de Justiça, no caso do* ***Pessoal Diplomático e Consular norte-americano em Teerã****, decidiu expressamente pelo caráter de norma costumeira da Declaração Universal de Direitos do Homem, considerada como vetor de interpretação do termo 'direitos humanos' inseridos em diversos dispositivos da Carta da Organização das Nações Unidas. Neste julgamento, a Corte condenou o Irã, uma vez que a detenção dos reféns americanos, além de incompatível com a* ***Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas****, violava os 'princípios fundamentais estabelecidos na Declaração Universal de Direitos do Homem', então considerada norma internacional vinculante.*
>
> *Justamente a evolução mais recente se põe no sentido do* ***reconhecimento das normas de proteção dos direitos fundamentais dentre os melhores exemplos de 'jus cogens'****." [47]*

A proteção dos direitos humanos conta, portanto, com o reconhecimento de que os instrumentos que os contemplam representam fonte de direito internacional – costumes – e, ainda, ostentam caráter de normas imperativas – *jus cogens*. Nessa linha de argumentação é que devem ser analisadas as previsões constantes da Declaração dos Direitos da Criança, de 1959, posteriormente reproduzidas, com caráter obrigatório ao Estado signatário, pela Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, ratificada pelo Brasil.

Esse arcabouço normativo internacional ousou romper com um paradigma solidamente construído ao longo da história social da criança, ao reconhecer que crianças e adolescentes são sujeitos – e não objetos – de direito, e devem contar com proteção integral e prioritária. Inaugurou-se, assim, a base da doutrina da proteção integral.

---

[47] ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G. E. do; e CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público*. 20ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2012, p.497/498.

Buscou-se, portanto, trazer para o específico campo da infância as regras de proteção norteadoras do sistema de proteção dos Direitos Humanos. Novamente, percebe-se a estreita vinculação entre Direito da Infância e Juventude e Direitos Humanos, na medida em que a ruptura histórica do paradigma do "menor" acompanhou o movimento de afirmação e internacionalização dos Direitos Humanos, sendo, desde então, reproduzida, gradativamente, nos documentos jurídicos internos de cada Estado, inclusive o Brasil.[48]

I (b.3). A evolução histórica da legislação nacional e das políticas públicas de atendimento à criança e ao adolescente

O Brasil seguiu a evolução do Direito da Infância e Juventude percebida no cenário internacional. De fato, a doutrina do Direito do Menor orientou uma série de intervenções institucionais nas famílias em situação de vulnerabilidade, visando ao controle de comportamentos desviantes, conforme analisado em tópico precedente. O Direito acompanhou tais intervenções, buscando legitimá-las.

Roberto DA SILVA, em profundo estudo sobre a evolução do pensamento assistencial brasileiro em relação às crianças carentes, distingue as seguintes fases[49]: 1. Filantrópica (1500-1874), centrada na atuação das santas casas de misericórdia, onde se instalaram as denominadas Rodas dos Expostos, que contavam com o apoio de famílias beneméritas que cuidavam das crianças como agregadas; 2. Filantrópico-Higienista (1874-1922), em que o amparo à criança concentrou-se nos conhecimentos dos médicos,

---

[48] Ensina Guido Fernando Silva SOARES que um dos objetivos da internacionalização dos direitos humanos foi justamente estabelecer uma diretriz de ampliação do sistema protetivo nos ordenamentos jurídicos nacionais. Nesse sentido: *"(...) Assim, uma reafirmação solene da prevalência dos direitos humanos, feita pela maioria dos componentes da comunidade dos Estados no pós-guerra, deveria ter dupla finalidade, qual seja: (a) definir normas e padrões de conduta nos ordenamentos internos dos Estados, uma vez que os direitos humanos passaram a ser considerados regras inerentes aos regimes democráticos, que então se reuniam na Organização das Nações Unidas e que deveriam prevalecer na totalidade dos Estados-membros (portanto, a determinação de que aquelas normas e padrões exigíveis de quaisquer Estados deveriam ter uma expressão internacional enquanto valores presentes nos ordenamentos jurídicos nacionais e enquanto regras a serem introduzidas nos mesmos), e (b) definir as próprias regras, em normas internacionais, por meio de tratados e convenções multilaterais, dotadas de mecanismos de controles de sua aplicação e de aperfeiçoamento, posto que normas que regeriam as próprias relações internacionais (portanto, uma tarefa de codificar e criar direito novo, nas relações entre os Estados, com mecanismos diplomáticos e jurisdicionais para o aperfeiçoamento de sua vigência e eficácia em nível internacional)."* In: SOARES, Guido Fernando Silva. Curso de Direito Internacional Público. 2ª ed.. São Paulo: Atlas, 2004, p.343.

[49] DA SILVA, Roberto. *Os filhos do Governo, a formação da identidade criminosa em crianças órfãs e abandonadas.* 2ª ed..São Paulo: Ática, 1998, p.34/35.

preocupados com o controle de doenças epidêmicas e ordenação dos espaços públicos e coletivos, inclusive escolas, internatos e prisões; 3. Assistencial (1924-1964), marcada pela aprovação do primeiro Código de Menores e intensa articulação do Poder Judiciário, via Juizado de Menores, na tutela da criança órfã e abandonada, para quem são criadas instituições preocupadas com a garantia de trabalho às crianças e aos adolescentes; e 4. Institucional Pós-64 (1964-1990), com a criação da Funabem (nível federal) e Febem (unidades estaduais), inspiradas na Doutrina da Segurança Nacional, refletida, ainda, no Código de Menores de 1979. Segundo o mesmo autor, atualmente, convive-se com a fase da desinstitucionalização, conforme preceitos da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, de 1990, oportunamente avaliados de forma mais detida em capítulo próprio.

O Direito do Menor, no Brasil, teve como principais instrumentos jurídicos os dois Códigos de Menores, de 1927 e de 1979. Sobre o assunto, cumpre registrar o ensinamento de Edson PASSETTI:

> *"Foi com o Código de Menores (decreto nº 17.343/A, de 12 de outubro de 1927), que o Estado respondeu pela primeira vez com internação, responsabilizando-se pela situação de abandono e propondo-se a aplicar os corretivos necessários para suprimir o comportamento delinqüencial. Os abandonados agora estavam na mira do Estado.*
>
> *Fechavam-se os trinta primeiros anos da República com um investimento na criança pobre vista como criança potencialmente abandonada e perigosa, a ser atendida pelo Estado. Integrá-la ao mercado de trabalho significava tirá-la da vida delinqüencial, ainda associada aos efeitos da politização anarquista e educá-la com o intuito de incutir-lhe a obediência. Pretendendo domesticar as individualidades e garantindo com isso os preceitos de uma prevenção geral, os governos passaram a investir em educação, sob o controle do Estado, para criar cidadãos e reivindicar disciplinadamente segundo as expectativas de uma direção política cada vez mais centralizadora. Para tal, escola e internato passam a ser fundamentais."* [50]

[50] PRIORE, Mary Del (org.). *História das crianças no Brasil.* 6ª ed.. São Paulo: Contexto, 2008, p.354/355.

Inicia-se, assim, um longo processo de estigmatização da criança em situação de vulnerabilidade social, considerada potencialmente perigosa. Depreende-se dos textos de lei desse momento histórico que as crianças e adolescentes rotulados como "menores" passaram a ser tratados por meio de uma série de símbolos, em linguagem impregnada da mentalidade discriminatória existente à época, tais como, "abandonados"[51], "pervertidos"[52], "delinquentes"[53], "vadios"[54], "mendigos"[55], "libertinos"[56] e "expostos"[57], sendo aplicável, a todos eles, independentemente do adjetivo escolhido, medidas de semelhante natureza.

Com a promulgação do Código de Menores de 1979 (Lei Federal n° 6.697/79), todas aquelas qualificações atribuídas às crianças e aos adolescentes, acima relacionadas, passaram a se referir a um ambiente único que se convencionou denominar "situação irregular".

A doutrina da situação irregular acentuou a diferença entre crianças e adolescentes propriamente ditos e "menores", ressaltando, para estes últimos, a confusão conceitual entre carência e delinquência. Nessa linha de raciocínio, as crianças e os adolescentes tratados como "menores" passaram a estar associados a problemas sociais, tais como pobreza, marginalidade e criminalidade[58].

Isabel C. R. da Cunha FRONTANA, ao analisar a "questão social do menor", alerta que a construção histórica do termo "menor" culminou na dissociação entre crianças e adolescentes considerados "menores" e a própria infância:

---

[51] Referências nos artigos 1º e 2º, do Decreto Estadual Paulista nº 3.828/25, de 25/03/25, e artigos 1º e 26, do Decreto Federal nº 17.943-A, de 12/10/27, considerado o primeiro Código de Menores ou Código Mello Matos.

[52] Referências nos artigos 1º e 3º, do Decreto Estadual Paulista nº 3.828/25, de 25/03/25.

[53] Referências nos artigos 1º e 6º, do Decreto Estadual Paulista nº 3.828/25, de 25/03/25, e artigos 1º e 69 do Decreto Federal nº 17.943-A, de 12/10/27, considerado o primeiro Código de Menores ou Código Mello Matos.

[54] Referências no artigo 3º, caput e parágrafo 1º, do Decreto Estadual Paulista nº 3.828/25, de 25/03/25, e artigo 27 do Decreto Federal nº 17.943-A, de 12/10/27, considerado o primeiro Código de Menores ou Código Mello Matos.

[55] Referências no artigo 3º, caput e parágrafo 2º, do Decreto Estadual Paulista nº 3.828/25, de 25/03/25, e artigo 28 do Decreto Federal nº 17.943-A, de 12/10/27, considerado o primeiro Código de Menores ou Código Mello Matos.

[56] Referências no artigo 3º, caput e parágrafo 3º, do Decreto Estadual Paulista nº 3.828/25, de 25/03/25, e artigo 29 do Decreto Federal nº 17.943-A, de 12/10/27, considerado o primeiro Código de Menores ou Código Mello Matos.

[57] Referência no título do Capítulo III do Decreto Federal nº 17.943-A, de 12/10/27, considerado o primeiro Código de Menores ou Código Mello Matos.

[58] FRONTANA, Isabel C. R. da Cunha. *Crianças e adolescentes nas ruas de São Paulo.* São Paulo: Loyola, 1999, p.35.

"Entendendo essa situação do 'menor' antes de tudo como uma 'situação de perigo' – que poderia levar 'a uma marginalização mais ampla, pois o abandono material ou moral é um passo para a criminalidade' –, o Código procedia a uma caracterização negativa do 'menor', na medida em que assinalava um destinatário que se encontraria em estados considerados dissociados do conceito de infância, aproximando-o da ***figura de um 'outro' da infância, pois, mantendo certos atributos dela, estaria para ela como uma anomalia, como uma alteridade incompleta, já que mesmo permanecendo criança não faria parte do mundo da infância.***

(...)

(...) aqueles seres humanos denominados 'menores' tornaram-se cada vez menos identificáveis com as concepções de infância. A construção histórica dos estigmas do 'menor abandonado' e 'delinqüente' conduziu a uma forma de representação do 'menor' na qual este aparece sempre em relação negativa com as imagens da infância validadas pela cultura prevalecente na sociedade. ***No limite, esse processo de dissociação entre o conceito de 'menor' e o conceito de 'infância' serviu para classificar aqueles sujeitos e indivíduos cuja condição de existência faz deles uma espécie de ser humano inferior, uma ameaça à sociedade humana."*** [59] (grifos nossos)

O enorme valor semântico associado ao termo "menor" não se limitava apenas ao âmbito jurídico, mas também se estendeu ao cotidiano da sociedade, tornando-se um senso comum. Irene RIZZINI registrou um acontecimento curioso da época, em que um juiz procurou aplicar o Código de Menores às crianças e aos adolescentes indiscriminadamente:

"(...) Um episódio interessante, ocorrido pouco tempo depois da aprovação do Código de Menores, nos permite captar o impacto causado pela lei na sociedade de então. Vejamos o que aconteceu quando o juiz de menores cumpriu a lei, mas confundiu menores e crianças...

[59] FRONTANA, Isabel C. R. da Cunha. *Crianças e adolescentes nas ruas de São Paulo.* São Paulo: Loyola, 1999, p.59/60.

Conta-nos Corrêa que o Dr. Mello Mattos 'prohibiu a representação de determinada revista theatral em espetáculo dedicado a menores, impedindo a entrada dos mesmos por intermedio da policia, nas casas de diversoes, declarando immoral a peça' (1928, p.101). Houve intensa reação, argumentando-se que 'o juiz não podia zelar mais que o pae'.

Os jornais da época vão retratar, sobretudo, o desagrado do meio empresarial, que obviamente se viu prejudicado diante da interferência: 'A Portaria do Juiz de Menores provoca Forte Agitação nos Meios Theatrais' (Correio da Manhã, 20/12/1927). 'E, em sinal de protesto, a maioria das empresas resolve fechar as suas casas de espetáculos'. No dia 29 de dezembro, reportarão, ainda, as manchetes 'Os Theatros e Cinemas em Crise: Ainda a Famosa Portaria do Juiz Mello Mattos'.

É nítida a provocação dos empresários ao fechar as portas, incitando a opinião pública contra a atitude do juiz. O fato é que o caso chegou à Côrte de Appellação, que acabou suspendendo o juiz do exercício de suas funções. Sem dúvida nenhuma, houve um embate de forças. O juiz perdeu e o episódio deixou claro que seriam estipuladas fronteiras mais precisas para a ação da legislação." [60]

O caso da Portaria do Juiz MELLO MATTOS demonstra a mentalidade corrente na sociedade da época no sentido de que o Código de Menores era destinado especificamente às crianças e aos adolescentes "sem pais" ou "sem família" ou, na linguagem construída naquele momento histórico, àqueles advindos de "famílias desestruturadas". Em relação a esses "menores" o Estado, através do braço do Poder Judiciário, tudo podia, inclusive afastá-los compulsoriamente de suas famílias e colocá-los em instituições, nas quais perdiam, a cada dia, sua própria noção de identidade.

Esse cenário de flagrante discriminação mantinha-se sob a égide da intervenção dita protetiva ou da política do bem-estar à infância e à juventude desvalidas. E, talvez por essa mesma associação construída de modo ideológico, em absoluto descompasso com a

[60] RIZZINI, Irene e PILOTTI, Francisco (org.). *A arte de governar crianças, a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil.* 2ª ed.. São Paulo: Cortez, 2009, p.135/136.

realidade, entre a doutrina do "menor" e a doutrina da proteção, o Brasil aprisionou suas crianças e seus adolescentes em um círculo cruel de violências das mais variadas, contando com o silêncio de uma sociedade que se esforçou a acreditar que o Estado, assim agindo, desonerava-se de seu papel de protetor dos indivíduos e das famílias.

Essa larga margem histórica, que superou sessenta anos, é bem lembrada por Edson PASSETTI:

> *"Desde o Código de Menores de 1927 até a Política Nacional do Bem-Estar do Menor que ficou consagrada no Código de Menores de 1979 (lei federal nº 6.697, de 10 de outubro de 1979), foram mais de sessenta anos usando da prática de internação para crianças e jovens, independentemente de tratar-se de regime político democrático ou autoritário. Em certos momentos, a ênfase esteve na correção de comportamentos, noutros, na educação para a integração social."* [61]

A recordação dos momentos históricos pelos quais passaram a criança e o adolescente, no Brasil e no mundo, torna-se útil para a compreensão da enorme dificuldade que se coloca aos operadores do Direito e à sociedade em geral, nos dias de hoje, de internalizar os ideais da atual doutrina da proteção integral[62] – inaugurada com a Constituição Federal do Brasil, de 1988, Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, e, por fim, Estatuto da Criança e do Adolescente, de 1990.

Na verdade, a título exemplificativo, cumpre relembrar que o conceito de famílias desestruturadas, tão recorrente nos dias atuais na fala daqueles que trabalham a infância e a juventude, invocado como justificativa de uma série de intervenções consideradas protetivas – acolhimento institucional de crianças e adolescentes, destituição de poder familiar e colocação em família substituta, como é o caso da adoção – originou-se da escolha de critérios de desvio e de anomalia típicos de uma época que glorificava o controle do Estado sobre as famílias, notadamente aquelas que pudessem comprometer a tranquilidade social e a ordem preestabelecida. O instituto da destituição do poder familiar, que autorizava a posterior institucionalização de crianças e adolescentes, servia como

---

[61] PRIORE, Mary Del (org.). *História das crianças no Brasil.* 6ª ed.. São Paulo: Contexto, 2008, p.358.
[62] A doutrina da proteção integral será objeto do Capítulo II (a) deste trabalho.

instrumento de ameaça às famílias que resistiam à conformação com as regras moralmente aceitas.

Da mesma forma, nesse ambiente de controle como propósito precípuo das intervenções do Estado, a criança e o adolescente refletiam o mais acabado exemplo de pessoa-objeto, sobre quem pairavam decisões, legitimadas pelo Direito, das mais variadas formas de restrição de direitos fundamentais.

Compreender, portanto, a inversão de paradigma proposta pela doutrina da proteção integral, que tem como fundamento primeiro a consideração da criança e do adolescente como sujeitos de direito, deve passar pelo entendimento das raízes do tratamento jurídico da infância e da juventude. Atualmente, apesar dessa ruptura de paradigma datar da década de 1990, o peso histórico com que foram tratados crianças e adolescentes se faz sentir, exigindo dos operadores do Direito, ainda hoje, um exercício diário e atento de reavaliação de conceitos e estruturas estabelecidas.

Contextualizado, portanto, o tema, a identificação dos espaços conferidos pelo Direito da Infância e Juventude ao olhar de crianças, adolescentes e suas famílias na definição de seus destinos apresenta-se com novos contornos que, necessariamente, demandam uma análise não meramente formalista da doutrina da proteção integral, mas devem alcançar os problemas advindos da prática dessa doutrina, não raras vezes desconectada da sua essência e propósito.

II. ADOÇÃO: ARCABOUÇO JURÍDICO

"Os Estados Partes da presente Convenção:

(...)

Reconhecendo que a criança, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, deve crescer no seio da família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão;

(...)

Reconhecendo que em todos os países do mundo existem crianças vivendo sob condições excepcionalmente difíceis e que essas crianças necessitam consideração especial;

(...)

Acordam o seguinte:

(...)"

(Preâmbulo da Convenção dos Direitos da Criança, 1989)

II (a). A doutrina da Proteção Integral: a criança e o adolescente como sujeitos de direito

A questão dos direitos humanos de crianças e adolescentes no ambiente internacional apresentou-se como tema sensível a partir do final da década de cinquenta, atingindo especial importância na década de oitenta, o que refletiu no cenário brasileiro e, especificamente no que interessa a este trabalho, impulsionou a busca por instrumentos de defesa da infância e juventude.

A Declaração dos Direitos da Criança de Genebra, em 1924, foi o primeiro documento internacional a demonstrar efetiva preocupação com os direitos de crianças e adolescentes, mas, apenas em 1959, com a Declaração Universal dos Direitos da Criança, ressaltou-se a condição da criança e do adolescente como sujeitos de direito e merecedores de proteção especial.

A doutrina da proteção integral, contudo, foi expressamente reconhecida pela comunidade internacional no texto da Convenção dos Direitos da Criança, em 1979, aprovada em novembro de 1989 pela Resolução nº 44 da Assembleia Geral das Nações Unidas.[63] [64]

A mudança de paradigma no trato da infância e juventude, estabelecida no ambiente internacional, foi sentida pelo Brasil de forma contundente quando da nova Constituição da República, sendo incorporada pelo artigo 227, "caput":

> *"É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão."*[65]

Desde então, portanto, a doutrina da situação irregular[66] foi substituída pela doutrina da proteção integral, fundada em dois principais pilares: a) o reconhecimento da condição de sujeitos de direito às crianças e aos adolescentes, e b) o reconhecimento de que crianças

---

[63] A Convenção dos Direitos da Criança foi subscrita pelo governo brasileiro em 26 de janeiro de 1990, aprovada pelo Congresso Nacional através do Decreto nº 28/90 e promulgada pelo Decreto Executivo nº 99.710/90. Portanto, conforme artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal, referido diploma normativo integra o sistema jurídico brasileiro.

[64] Entre 1959, Declaração dos Direitos da Criança, e 1989, Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, merecem destaque a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, de 1969, e os Pactos Internacionais de Direitos Humanos, de 1966, importantes na construção do sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos, no qual se inserem os direitos da criança e do adolescente. Outros documentos jurídicos podem ser mencionados: Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça e da Infância e da Juventude – Regras de Beijing (Res. 40/33, ONU, 1985); Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil – Diretrizes de Riad (Assembleia Geral da ONU, novembro de 1990); e Regras Mínimas das Nações Unidas para os Jovens Privados da Liberdade (ONU, Assembleia Geral, 1990). Dados obtidos na obra de GARCEZ, Sérgio Matheus. *O novo direito da criança e do adolescente.* Campinas: Alínea, 2008, p.78.

[65] Redação conforme a Emenda Constitucional nº 65/2010, que incluiu o jovem no sistema de proteção, até então apenas dirigido à criança e ao adolescente.

[66] A doutrina da situação irregular, percebida no Código Mello Matos, de 1927, e oficialmente prevista no Código de Menores, de 1979, era não universal, restrita a um delimitado público infanto-juvenil, qual seja, a massa de crianças e adolescentes marginalizados e privados de condições mínimas de existência. Considerava a criança e o adolescente, sob a denominação única "menor", objetos de direito e alvos de ação estatal. Melhor detalhamento dessa doutrina foi realizado no Capítulo I deste trabalho.

e adolescentes são pessoas em situação peculiar de desenvolvimento, merecedoras de proteção especial.[67]

Tânia da Silva PEREIRA inclui, também como base da doutrina da proteção integral, a prioridade absoluta. Segundo essa autora, são três os elementos fundamentais do sistema de proteção à infância e juventude inaugurado com a Convenção dos Direitos da Criança: 1. o reconhecimento de que crianças e adolescentes são pessoas em condição peculiar de desenvolvimento; 2. a prioridade absoluta; e 3. a consideração de crianças e adolescentes como sujeitos de direitos. Nesse sentido:

> *"Como 'pessoas em condição peculiar de desenvolvimento', segundo Antônio Carlos Gomes da Costa, 'elas desfrutam de todos os direitos dos adultos e que sejam aplicáveis à sua idade e ainda têm direitos especiais decorrentes do fato de:*
>
> *- Não terem acesso ao conhecimento pleno de seus direitos;*
>
> *- Não terem atingido condições de defender seus direitos frente às omissões e transgressões capazes de violá-los;*
>
> *- Não contam com meios próprios para arcar com a satisfação de suas necessidades básicas;*
>
> *- Não podem responder pelo cumprimento das leis e deveres e obrigações inerentes à cidadania da mesma forma que o adulto, por se tratar de seres em pleno desenvolvimento físico, cognitivo, emocional e sociocultural.'*
>
> *A 'prioridade absoluta constitucional', determinada no art.227 da Carta de 88, foi regulamentada no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) no art.4º, parágrafo único, entendida como:*
>
> *- Primazia em receber proteção e socorro em qualquer circunstância.*
>
> *- Precedência no atendimento por serviço ou órgão público de qualquer poder.*
>
> *- Preferência na formulação e execução das políticas sociais públicas.*
>
> *- Destinação privilegiada de recursos públicos às áreas relacionadas com a proteção da infância e da juventude.*

---

[67] MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (org.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente, aspectos teóricos e práticos*, 3ª ed.., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.11.

Como 'sujeitos de direitos', ou seja, titulares de Direitos Fundamentais, crianças e adolescentes deixam de ser tratados como objetos passivos, passando a ser, como os adultos, titulares de 'Direitos Fundamentais'." [68]

O processo de elaboração e aprovação do Estatuto da Criança e do Adolescente, seguindo movimento já iniciado com a Constituinte[69], materializou os anseios daquela época e mostrou-se tão importante quanto o seu conteúdo final, ao ensejar a participação direta e atenta da sociedade civil e das próprias crianças e adolescentes, estes últimos posicionando-se como efetivos sujeitos de seu destino. Não por acaso, o relatório de autoria da deputada Rita Camata, ao analisar o Projeto de Lei nº 5.172, de 1990[70], consignou a intensa participação democrática vivenciada naquele momento histórico:

"Este projeto que temos a honra de relatar representa importante exemplo de legislação com prévia discussão na sociedade, apoiado por cerca de 140 entidades ligadas à criança e ao adolescente. Foi discutido em todo o País, através de sucessivas versões e incorporação de contribuições, não apenas de juristas, juízes e procuradores, mas também de movimentos e entidades ligados aos direitos da criança e do adolescente, que, desde a Constituinte vêm lutando por uma legislação moderna e justa. Na verdade, o texto constitucional, no que se refere a essa questão específica, resultou da fusão de duas emendas populares que trouxeram ao Congresso Nacional as assinaturas de quase duzentos mil eleitores de todo o País, e de ***mais de um milhão e duzentas mil crianças e adolescentes.****"* (grifos nossos)

As crianças e adolescentes, ao se apresentarem como coatores do processo democrático de elaboração, discussão e aprovação do Estatuto da Criança e do Adolescente, vivenciaram, para si e para a sociedade em geral, inclusive autoridades, a essência do que

---

[68] PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da Criança e do Adolescente, uma proposta interdisciplinar*. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.25/26.

[69] A mobilização social registrada durante a apreciação do Projeto de Lei que culminou com o Estatuto da Criança e do Adolescente, na verdade, já era observada durante a Constituinte, especificamente quanto à redação e inclusão no novo texto constitucional do artigo 227.

[70] Identificação recebida pela Câmara dos Deputados, referente ao originário Projeto de Lei nº 193/1989, do Senado Federal, de autoria do Senador Ronan Tito.

viria a ser a percepção deles próprios como sujeitos de direitos, tal como prescreveria, a partir de então, a doutrina da proteção integral.

O alicerce da doutrina da proteção integral encontra-se esculpido nos artigos 1º a 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente[71].

O artigo 1º faz referência expressa à proteção integral de crianças e adolescentes; o artigo 2º garante o seu caráter universalista, ao englobar no círculo de proteção todas as pessoas na faixa etária de até dezoito anos de idade; o artigo 3º relaciona os diversos direitos de titularidade da criança e do adolescente, reconhecendo-os como direitos fundamentais inerentes à pessoa humana; o artigo 4º reproduz o mandamento constitucional e especifica as situações em que deverá ser observada a prioridade de atendimento da criança e do adolescente; o artigo 5º complementa a previsão constitucional quanto à veemente proibição de violação dos direitos assegurados à criança e ao adolescente, quer por ação quer por omissão; e, ao final, o artigo 6º expressamente reconhece a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

O artigo 100, inciso I, do Estatuto da Criança e do Adolescente, alterado pela Lei nº 12.010, de 2009, passou a prever expressamente a condição da criança e do adolescente como sujeitos de direito, elevando-a a princípio norteador da aplicação das medidas específicas de proteção. Da mesma forma, o inciso II prevê a *"proteção integral e*

---

[71] *"Art.1º. Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.*
Art. 2º. Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.
Parágrafo único. Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade.
Art.3º. A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.
Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.
Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; e d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com proteção à infância e à juventude.
Art. 5º. Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.
Art. 6º. Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento."

prioritária: a interpretação e aplicação de toda e qualquer norma contida nesta Lei deve ser voltada à proteção integral e prioritária dos direitos de que crianças e adolescentes são titulares."

Interessante observar, por fim, que a própria infância, por si, é considerada um direito fundamental, ao lado dos diversos outros direitos de mesma natureza de titularidade de crianças e adolescentes, e não apenas uma delimitação do tempo de desenvolvimento do ser humano. Ensina Tânia da Silva PEREIRA que, atualmente, *"a Doutrina brasileira reconhece a existência de um* Direito Fundamental à Infância, *fixando não só o seu fundamento subjetivo 'face a importância para o indivíduo, sua formação e desenvolvimento de sua personalidade', bem como um fundamento objetivo 'face ao interesse público, necessidade social e até a evolução da comunidade na compreensão de resguardar um período imprescindível ao ser humano e que, após ultrapassado, jamais poderá ser resgatado'."* [72]

II (b). Os direitos fundamentais da criança e do adolescente: o direito à convivência familiar

O artigo 227 da Constituição Federal prevê, expressamente, o direito à convivência familiar como um dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes. Referido mandamento constitucional foi disciplinado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, especificamente nos artigos 4º e 16, V, e em todo o Capítulo III do Título II.[73]

Nos documentos internacionais, merece destaque a previsão contida no artigo 9º, I, da Convenção sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil:

> *"Os Estados-Partes deverão zelar para que a criança não seja separada dos pais contra a vontade dos mesmos, exceto quando, sujeita à revisão judicial, as autoridades competentes determinarem, em conformidade com a lei e*

[72] PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da Criança e do Adolescente, uma proposta interdisciplinar*. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.31.

[73] Art.4º, "caput". *"É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária."* Art.16, V. *"O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos: (...) participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação."*

com os procedimentos legais cabíveis, que tal separação é necessária ao interesse maior da criança."

O ordenamento jurídico entende, portanto, que a família – seja natural ou substituta – é o espaço por excelência onde deve crescer e se desenvolver uma pessoa, conferindo-lhe valores que serão reproduzidos em sua vida social. Tânia da Silva PEREIRA ressalta que *"(...) há que se prestigiar a família não apenas como uma instituição social, mas, sobretudo, como um valor a ser respeitado em todos os seus âmbitos."* [74] Enézio de Deus Silva JÚNIOR entende que as famílias são *"teias sócio-culturais e psíquicas"* baseadas em valores de afeto e solidariedade[75].

Busca o Direito, com isso, evitar a institucionalização de crianças e adolescentes, o que compromete a formação de suas personalidades. Trata-se de rompimento histórico com a política pública vigente à época do Código de Menores, a qual massificava o tratamento da criança e do adolescente carente/delinquente, os quais perdiam as suas individualidades em meio a grandes complexos de atendimento à questão do "menor".[76]

O conceito de família modificou-se ao longo do tempo e, atualmente, coexistem diversas formas de agrupamentos humanos que, igualmente, passaram a merecer reconhecimento, assistência e proteção do Estado. A Constituição Federal, nesse sentido, admite, expressamente, como entidade familiar, não só as famílias formadas pelo casamento[77], mas também a união estável entre o homem e a mulher[78], além da comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes[79]. Importa destacar, contudo, que a doutrina entende que se trata de rol meramente exemplificativo e não exaustivo, razão pela

---

[74] PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da Criança e do Adolescente, uma proposta interdisciplinar*. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.288.

[75] JÚNIOR, Enézio de Deus Silva. *A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais*. 4ª ed.. Curitiba: Juruá, 2010, p.54.

[76] O momento histórico de institucionalização de crianças e adolescentes foi tratado no Capítulo I deste trabalho. Neste tópico de análise dogmática do direito à convivência familiar, cumpre registrar que, com a Lei nº 12.010, de 2009, foram fixados prazos para o período de institucionalização – no máximo dois anos, salvo comprovada necessidade em contrário, devidamente fundamentada pela autoridade judiciária – e reavaliação periódica dos casos de acolhimento de crianças e adolescentes – a cada seis meses, com auxílio da equipe interprofissional –, buscando evitar o prolongamento injustificado da medida de segregação. Nesse sentido, os dispositivos previstos no artigo 19, parágrafos 1º e 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

[77] Art. 226, parágrafos 1º e 2º, CF.

[78] Art. 226, parágrafo 3º, CF.

[79] Art. 226, parágrafo 4º, CF.

qual outras formas de agrupamento humano sem referência expressa no texto constitucional também contam com reconhecimento, assistência e proteção estatal.[80]

A doutrina elenca algumas características comuns às entidades familiares, auxiliando na sua identificação e consequente proteção. Segundo Tânia da Silva PEREIRA, em todas as formas de família coexistem *"(...) a afetividade, como fundamento e finalidade da entidade, com desconsideração do móvel econômico; a estabilidade, excluindo-se os relacionamentos casuais, episódicos ou descomprometidos, sem comunhão de vida; a ostentabilidade, o que pressupõe uma unidade familiar que se apresenta, assim, publicamente."* [81]

No ordenamento jurídico que buscou conferir direitos e deveres às entidades familiares, merece destaque o conceito de família previsto na Convenção sobre os Direitos da Criança:

> *"Grupo fundamental da sociedade e ambiente natural para o crescimento e bem-estar de todos os seus membros, e em particular das crianças, devendo receber a proteção e a assistência necessárias a fim de poder assumir plenamente suas responsabilidades dentro da comunidade."*

Igualmente importante é o conceito de família trazido com a Lei nº 11.340/2006, conhecida como "Lei Maria da Penha", que buscou ampliá-lo e aproximá-lo, o máximo possível, das experiências observadas na realidade da vida:

> Art. 5º, inciso II. *"No âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou que se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa."*

---

[80] Ensina Tânia da Silva PEREIRA, citando Paulo Luiz Netto LOBO, *"(...) que os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do art. 226 da Constituição são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo recebendo referência expressa. As demais entidades são tipos implícitos, incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família indicado no* caput*. 'Todo conceito indeterminado depende de concretização dos tipos, na experiência de vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductilidade e adaptabilidade.'" in* PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da Criança e do Adolescente, uma proposta interdisciplinar*. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.281.

[81] PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da Criança e do Adolescente, uma proposta interdisciplinar*. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.280/281.

A Constituição Federal confere proteção não apenas à família enquanto instituição social, mas também a cada um de seus integrantes, nos termos do artigo 226, parágrafo 8º.[82]

Percebe-se, portanto, a enorme importância atribuída à família pelo Estado.

Por sua vez, o Direito da Infância e Juventude atribui prioridade à assistência devida à família natural[83], sendo ela o espaço por excelência onde a criança e o adolescente devem ser criados e educados.[84]

É digno de nota que, apenas em casos excepcionais, é facultada a colocação de crianças e adolescentes em família substituta:

> *"Art.19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e,* ***excepcionalmente****, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes."* (grifos nossos)

A excepcionalidade da retirada da criança ou do adolescente do seio da família natural e sua posterior colocação em família substituta é também observada no artigo 19, parágrafo 3º:

> *"A manutenção ou reintegração de criança ou adolescente à sua família terá preferência em relação a qualquer outra providência (...)."*

Da mesma forma, como princípio norteador da aplicação das medidas específicas de proteção, prevê o artigo 100, inciso X:

---

[82] O reconhecimento dos integrantes de uma família como sujeitos de direito, de forma individualizada, passou a ser possível apenas após a Constituição Federal de 1988. Até então, e a partir da Constituição de 1934, conferia-se proteção à família somente enquanto instituição social e seus membros não contavam com a tutela do Estado.

[83] A Lei nº 8.069/90 distingue a família natural da substituta. O artigo 25 conceitua a família natural como *"a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes",* enquanto o artigo 28 prevê como famílias substitutas aquelas formadas a partir dos institutos da guarda, tutela ou adoção. Insere-se no conceito legal de família substituta aquela conhecida como família extensa ou ampliada, prevista no artigo 25, parágrafo único: *"Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantem vínculos de afinidade e afetividade."*

[84] O Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária, aprovado pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) e pelo Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS), prevê como diretrizes de atendimento às famílias, dentre outras: a centralidade da família nas políticas públicas; a primazia da responsabilidade da Estado no fomento de políticas integradas de apoio à família; e o reconhecimento das competências da família na sua organização interna e na superação de suas dificuldades.

"A prevalência da família: na promoção de direitos e na proteção da criança e do adolescente deve ser dada prevalência às medidas que os mantenham ou reintegrem na sua família natural ou extensa ou, se isto não for possível, que promovam a sua integração em família substituta."

Com o fim de romper com a penalização da pobreza existente à época do Código de Menores[85], prevê o artigo 23 da Lei 8.069/90 que:

"A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar.

Parágrafo único. Não existindo outro motivo que por si só autorize a decretação da medida, a criança ou o adolescente será mantido em sua família de origem, a qual deverá obrigatoriamente ser incluída em programas oficiais de auxílio."

Com mesmo propósito, nos termos do artigo 24 da Lei 8.069/90, os processos de perda e suspensão do poder familiar estão, atualmente, sujeitos à imprescindível apreciação judicial, à necessária correlação com as hipóteses legais e à fiel observância ao princípio do contraditório.[86]

Comentando os artigos acima mencionados, ensina Romero de Oliveira ANDRADE:

---

[85] O artigo 45, I, c.c. o artigo 2º, I, "b", da Lei nº 6.697/79 previa como hipótese de decretação de perda ou suspensão do poder familiar a impossibilidade dos pais ou responsáveis de prover as condições essenciais à subsistência, saúde e instrução obrigatória dos filhos menores.

[86] ECA, Art. 24. *"A perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art.22."*

ECA, Art. 22. *"Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais*."

CC, Art. 1.637. *"Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha. Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão."*

CC, Art. 1638. *"Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I. castigar imoderadamente o filho; II. deixar o filhos em abandono; III. praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV. incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente."*

"Parte-se do princípio de que os pais são os responsáveis e maiores interessados pela criação, formação, desenvolvimento e proteção dos filhos mesmo quando carentes de recursos materiais, até porque, neste caso, obriga-se o Estado a protegê-los e assisti-los, enquanto família, para que cumpram com seus deveres.

Procura-se, em regra, manter a criança e o adolescente em sua família de origem, que é a encarregada da integração social primária daqueles. Unicamente em casos-limites, previstos em lei, é que se permitirá como que o afetamento do poder familiar.

Todavia, mesmo na hipótese extrema de afetamento do poder familiar, assegurar-se-á aos pais inestimável cautela legal, isto é, a decretação da perda ou suspensão do poder familiar dependerá de decisão judicial, onde se assegure o procedimento contraditório, entendendo-se este, inclusive, como a possibilidade jurídica de os pais interessados se valerem do princípio da ampla defesa, sem a observância do qual faleceria o contraditório." [87]

Inegável a importância de referidos dispositivos legais no contexto brasileiro, em que milhões de famílias sofrem com a pobreza e a marginalização[88].

Portanto, a colocação de crianças e adolescentes em família substituta – modalidades de guarda, tutela ou adoção – é exceção no ordenamento jurídico. No caso da adoção – objeto deste trabalho – há uma dupla excepcionalidade quando se observa os termos do artigo 39, parágrafo 1º, que a considera, expressamente, *"medida excepcional"*. Nessa linha de raciocínio, no Direito brasileiro, a regra é que crianças e adolescentes permaneçam com seus pais biológicos.

Quando a permanência na família natural não for possível, o Estatuto da Criança e do Adolescente ainda prevê a figura da família extensa ou ampliada[89], como necessário

[87] CURY, Munir. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais*. 10ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2010, p.125.

[88] No Capítulo III deste trabalho, será analisada a sensível disparidade entre a norma jurídica e o cenário social de afastamento de crianças e adolescentes de suas famílias de origem.

[89] Definição contida no artigo 25, parágrafo único, da Lei nº 8069/90. Ver nota de rodapé nº 83.

precedente à adoção por pessoas estranhas ao círculo de convivência da criança e do adolescente:

> Art.28, parágrafo 3º. *"Na apreciação do pedido (de colocação em família substituta) levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida."*

A família extensa ou ampliada assume vital importância na discussão acerca do afastamento de crianças e adolescentes de sua família biológica, servindo como possibilidade factível, com amparo legal, a evitar adoções prematuras. Conforme ensinamento de Munir CURY:

> *"(...) É certo que a sociabilidade familiar e os sistemas de apoio mútuo são características das famílias pobres, sintomas já ressaltados pelos estudiosos Vasconcelos (2002), Fonseca (2004) e Gueiros (2007). C. Sarti, em trabalho intitulado 'Famílias enredadas' (*Família: Redes, Laços e Políticas Públicas, *São Paulo, IEE, 2003, p.28), já sublinhava que* ***'a primeira característica a ressaltar sobre as famílias pobres é sua configuração em rede, contrariando a ideia de que esta se constitui em um núcleo'****. Tais reflexões a respeito das famílias pobres pareceram-nos necessárias, posto que a quase totalidade de crianças e adolescentes inseridos em programas de acolhimento institucional são provenientes desse extrato social e econômico pauperizado que não encontra alternativa outra que não o encaminhamento de seus filhos a tais programas.*
>
> *A família extensa ou ampliada passa a ser alvo da atenção da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público, na garantia do direito fundamental à convivência familiar, dando nova compreensão ao que determina o art.4º do Estatuto da Criança e do Adolescente.*

Ao aplicar a lei cabe o rigor na pesquisa dessa muitas vezes imensa rede familiar, a fim de evitar a inútil e nefasta institucionalização de crianças e adolescentes." [90] (grifos nossos)

Tânia da Silva PEREIRA, citando Marlis Lima KALLAS, traça o perfil da família de baixa renda, *"(...) concebida como uma unidade de sobrevivência, um espaço de solidariedade e de luta em comum."* [91] A solidariedade emerge, portanto, como um valor definidor das redes familiares observadas na população empobrecida, o que auxilia o ideal de proteção às crianças e adolescentes nascidos nesse contexto, mantendo-os no ambiente em que nasceram, desde que haja efetiva promoção de direitos por parte do Estado, comunidade e sociedade em geral, tal como preconiza a responsabilidade solidária pela infância e juventude admitida pela doutrina da proteção integral.

II (c). Princípios Jurídicos do Direito da Infância e Juventude: O Princípio do Melhor Interesse

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente insere-se na categoria de princípio constitucional, com caráter normativo, que fornece as bases de todo o sistema de proteção à infância e juventude. Serve como norte de interpretação jurídica e de atuação legislativa.[92]

A origem de referido princípio remonta ao instituto do "parens patriae", existente na Inglaterra como uma prerrogativa do Rei e da Coroa, visando à proteção das pessoas consideradas incapazes. A partir do século XIV, essa atribuição de atuar como guardião de crianças, débeis e loucos passou a ser exercida pelo Chanceler.

---

[90] CURY, Munir. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais*. 10ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2010, p.130.

[91] PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da Criança e do Adolescente, uma proposta interdisciplinar*. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.277.

[92] Segundo ensinamento de Robert ALEXY, a distinção entre regras e princípios deve ser qualitativa. Enquanto as regras são normas sujeitas ao critério da validade que podem ou não ser cumpridas na sua totalidade, os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado da maior ou da melhor forma possível, sujeitando-se, no caso concreto de colisão com outros princípios, aos critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. In: PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da Criança e do Adolescente, uma proposta interdisciplinar*. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.40/41.

Apenas no início do século XVIII houve a distinção entre as atribuições de proteção infantil e proteção dos loucos. Entretanto, nessa época, a criança integrava o patrimônio do pai, razão pela qual se concedia sua custódia ao genitor, sem qualquer consideração acerca das consequências àquela.

Ensina Tânia da Silva PEREIRA que foi por meio do Judiciário inglês que o princípio do melhor interesse passou a assumir contornos iniciais semelhantes àqueles adotados pelo Direito Moderno:

> *"Daniel B. Griffith, referindo-se às origens históricas do instituto, reporta-se ao caso* Finlay v. Finlay, *julgado pelo Juiz Cardozo, em que ficou ressalvado que, ao exercitar o* parens patriae, *a preocupação não deveria ser a controvérsia entre as partes adversas e nem mesmo tentar compor a diferença entre elas. 'O bem-estar da criança deveria se sobrepor aos direitos de cada um dos pais.'*
>
> *Dois julgados do Juiz Lord Mansfield, em 1763, envolvendo medidas semelhantes ao nosso procedimento de* 'busca e apreensão do menor', *identificados como caso* Rex v. Delaval *e caso* Blissets, *são conhecidos no Direito Costumeiro Inglês como os precedentes que consideraram a primazia do interesse da criança e o que era mais próprio para ela. Somente em 1836, porém, este princípio tornou-se efetivo na Inglaterra."* [93]

Nos Estados Unidos da América, o princípio do *best interest* foi introduzido em 1813 no julgamento do caso *Commonwealth v. Addicks*, da Corte da Pensilvânia. Tratava-se de ação de divórcio em que o cônjuge mulher havia cometido adultério; contudo, reconheceu-se que tal atitude não comprometia os cuidados que a mãe dispensava ao filho. Com esse julgamento, construiu-se a doutrina da "presunção de preferência materna", suplantada, contudo, a partir do século XX, quando se considerou a igualdade entre pais e mães quanto aos cuidados com os filhos, garantindo, com isso, uma aplicação neutra. [94]

---

[93] PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da Criança e do Adolescente, uma proposta interdisciplinar*. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.42/43.

[94] PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da Criança e do Adolescente, uma proposta interdisciplinar*. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.43.

Referido princípio impõe que, em um caso concreto, os interesses da criança ou do adolescente devam ser atendidos em detrimento dos de seus pais, de autoridades ou de qualquer outro indivíduo ou instituição.

O ordenamento jurídico brasileiro contempla o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente por haver aderido aos tratados internacionais que o preveem expressamente, nos termos do artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal.

A proteção especial conferida à criança e ao adolescente já era percebida na Declaração de Genebra de 1924 e na Declaração Universal de Direitos Humanos das Nações Unidas de 1948. Contudo, foi com a Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959 que o princípio do melhor interesse emerge no sistema internacional de proteção à infância e juventude. Nos termos do seu Princípio 2º, *"a criança deve gozar de proteção especial, e a ela devem ser dadas oportunidades e facilidades, pela lei e outros meios, para permitir a ela o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social de modo saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. Na edição de leis para esse propósito, a consideração fundamental a que se atenderá será o* ***interesse superior da criança.****"* (tradução livre, grifos nossos) [95]

Em 1989, com a aprovação da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, posteriormente ratificada pelo Brasil através do Decreto nº 99.710/90, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente passou a vincular o ordenamento jurídico dos países que a ela aderiram. No seu artigo 3.1., é previsto que "*todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o* ***interesse maior da criança****."* (tradução oficial, grifos nossos) [96]

Tânia da Silva PEREIRA chama a atenção para o fato do termo "best interests of the child" ter sido oficialmente traduzido como "interesse maior da criança", ao invés de "melhor interesse da criança" – o que permitiria um salto qualitativo no conceito

[95] Segue texto original: *"The child shall enjoy special protection, and shall be given opportunities and facilities, by law and by other means, to enable him to develop physically, mentally, morally, spiritually and socially in a healthy and normal manner and in conditions of freedom and dignity. In the enactment of laws for this purpose, the best interests of child shall be the paramount consideration."*

[96] Segue texto original: *"In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration."*

empregado pelo sistema de proteção à infância e juventude[97]. A mesma autora ressalta, ainda, tratar-se de princípio jurídico garantista, por assegurar a efetividade dos direitos subjetivos afetos à criança e ao adolescente[98].

Com o advento da Lei nº 12.010, de 2009, o princípio do melhor interesse está previsto expressamente no artigo 100, inciso IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente, a reger a aplicação das medidas específicas de proteção:

> *"Interesse superior da criança e do adolescente: a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto."*

A consideração, contudo, acerca do que é melhor para crianças e adolescentes é passível de muita discussão. Trata-se de conceito jurídico de conteúdo indeterminado que atribui ao julgador uma amplitude de possibilidades. Não por acaso, tal princípio era contemplado pelo Direito brasileiro na época do Código de Menores, justificando decisões arbitrárias e eivadas de preconceito e discriminação:

> *"Manifestando-se a respeito da inovação trazida pela Convenção dos Direitos da Criança das Nações Unidas, Kathia Regina Martin-Chenut também se refere quanto ao superior interesse da criança:*
>
> *'Trata-se de um dos pontos mais controvertidos do texto internacional em questão. Essa noção não é definida com precisão, sendo consequentemente criticada pelos riscos de arbitrariedade que ela contém. Na verdade, esta noção é antiga e fundou o modelo tutelar existente em vários países (...). Noções jurídicas foram substituídas por uma noção mais humanista. Apesar de mais humanista, a ideia é vaga e pode gerar efeitos perversos, como de fato gerou. Basta olharmos o sistema do Código de Menores brasileiro de 1979. O art. 5º do texto de 1979 previa esta noção. A*

[97] PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da Criança e do Adolescente, uma proposta interdisciplinar*. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.46.
[98] PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da Criança e do Adolescente, uma proposta interdisciplinar*. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.47.

proteção dos interesses do menor deveria prevalecer sobre qualquer outro bem ou interesse juridicamente protegido.'" [99]

Tânia da Silva PEREIRA, citando Luiz Edson FACHIN, relaciona alguns fatores que devem ser considerados para se formar, de modo não discricionário, o conceito do melhor interesse da criança:

"- o amor e os laços afetivos entre pai ou o titular da guarda e a criança;

- a habilidade do pai ou do titular da guarda de dar à criança amor e orientação;

- a habilidade do pai ou titular da guarda de prover a criança com comida, abrigo, vestuário;

- e assistência médica (os chamados alimentos necessários);

- qualquer padrão de vida estabelecido;

- a saúde do pai ou titular da guarda;

- o lar da criança, a escola, a comunidade e os laços religiosos;

- a preferência da criança, se ela tem idade suficiente para ter opinião;

- a habilidade do pai em encorajar contato e comunicação saudável entre a criança e o outro pai." [100]

Ainda que tais fatores sejam considerados, eles apenas minimizam o potencial de discricionariedade, mas não o afastam completamente. A indeterminação do conceito de melhor interesse pode se tornar perigosa quando não analisada sob a ótica da própria criança e adolescente e quando está condicionada a subjetivismos cuja construção está eivada de preconceitos históricos[101].

Delimitar o conteúdo do princípio do melhor interesse é tarefa tão delicada que Joseph GOLDSTEIN, Anna FREUD e Albert J. SOLNIT, ao analisarem a colocação de criança em família substituta, propõem uma mudança de diretriz, passando a identificá-lo

---

[99] LAMENZA, Francismar. *Os direitos fundamentais da criança e do adolescente e a discricionariedade do Estado.* São Paulo: Manole, 2011, p.16.

[100] PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da Criança e do Adolescente, uma proposta interdisciplinar*. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.47/48.

[101] Ao longo deste trabalho, será explorada a ideia de que preconceitos e discriminações históricas podem corromper conceitos formadores do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e, ainda nos dias atuais, depor contra o que se idealizou como efetiva proteção à infância e juventude.

como “alternativa disponível menos prejudicial para proteger o crescimento e o desenvolvimento da criança”. Os mesmos autores ressaltam, ainda, que:

> *“Os interesses da criança são muitas vezes pautados de acordo com e freqüentemente subordinados aos interesses e direitos dos adultos. Além disso, e menos comumente, muitas decisões são ‘apenas na aparência’ para os maiores interesses de uma determinada criança que está sendo colocada. São preparadas principalmente para atender às necessidades e aos desejos dos adultos em litígio, ou para proteger a política geral de assistência à infância ou de um órgão administrativo qualquer.”* [102]

A complexidade da conclusão do que é melhor para uma criança ou adolescente, a despeito da boa vontade dos operadores do Direito em acertar, é destacada pelos mesmos autores:

> *“As ligações de família são um processo complexo e vulnerável demais para ser manobrado antecipadamente e à distância por um instrumento tão bruto e impessoal quanto a lei.*
>
> *(...)*
>
> *Em seus papéis profissionais, eles (juízes) não podem ser pais das crianças de ninguém.”* [103]

De qualquer forma, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente permeia todo o sistema de proteção à infância e juventude, conferindo-lhe base hermenêutica necessária para a solução dos conflitos envolvendo crianças e adolescentes.

Por sua vez, exige do operador do Direito um considerável desprendimento de preconceitos historicamente construídos e uma enorme disponibilidade para exercer a alteridade – aproximar-se, o máximo possível, do olhar da criança e do adolescente cujo destino está sob julgamento.

---

[102] GOLDSTEIN, Joseph; FREUD, Anna; e SOLNIT, Albert J.. *No interesse da criança?*. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p.37/38.

[103] GOLDSTEIN, Joseph; FREUD, Anna; e SOLNIT, Albert J.. *No interesse da criança?*. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p.80.

Por tais razões, a delimitação do conteúdo do que venha a ser melhor para crianças e adolescentes extrapola a seara jurídica. Não se trata de conceito cujo conteúdo possa ser desnudado pelo Direito. Sua compreensão deve contar, necessariamente, com o apoio de outras áreas do conhecimento, tais como história, sociologia, psicologia e assistência social.

A interdisciplinaridade, portanto, é a característica, por excelência, do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, sem a qual seu conteúdo não pode ser descoberto e os conflitos não conseguem ser dirimidos.

II (d). A colocação em família substituta: modalidade Adoção

A adoção compreende uma das modalidades de colocação em família substituta, condicionada ao consentimento dos pais ou do representante legal do adotando. A dispensa desse consentimento apenas é possível nos casos de pais desconhecidos ou destituídos do poder familiar.[104]

O conceito de adoção apresentado na obra coordenada por Munir CURY engloba as principais características do instituto, inclusive a sua irrevogabilidade, e acrescenta definição contida no projeto de lei que culminou com a aprovação da Lei 12.010/2009:

> *"A adoção é o instituto pelo qual se estabelece o* vínculo de filiação *por* decisão judicial, *em caráter* irrevogável, *quando não for possível a manutenção da criança ou adolescente em sua família natural ou extensa. O projeto de lei original, que culminou com a aprovação da Lei nº 12.010/2009, definia a adoção como '(...) a inclusão de uma pessoa em família distinta da sua natural, de forma irrevogável, gerando vínculos de filiação, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-a de quaisquer laços com pais e parentes biológicos, salvo os impedimentos matrimoniais, mediante decisão judicial.'"* [105]

---

[104] Art. 45, ECA. *"A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando.*
Parágrafo 1º. O consentimento será dispensado em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar.
Parágrafo 2º. Em se tratando de adotando maior de doze anos de idade, será também necessário o seu consentimento." Sobre as hipóteses legais de destituição do poder familiar, ver nota de rodapé nº 80.

[105] CURY, Munir. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais*. 10ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2010, p.190.

O artigo 41 da Lei nº 8.069/90 contempla as características encontradas em referida definição:

> *"Art.41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais."*[106]

Percebe-se, portanto, que a irrevogabilidade e o rompimento dos laços com a família biológica integram o próprio conceito de adoção e, portanto, qualquer questionamento desses elementos compromete a essência do instituto tal como previsto atualmente na legislação brasileira.

Em uma breve passagem pelo histórico da adoção, destaca-se a construção do instituto sob o olhar do direito individual dos adultos. Sob tal enfoque, reproduzindo a previsão contida no Código de Napoleão, em França, em 1804, as legislações civilistas da época transformaram a adoção *"(...) em mecanismo para dar filhos a quem não podia tê-los."* [107] Com o advento da Primeira Guerra Mundial (1914-1918) e seu contingente de crianças órfãs e abandonadas, a adoção perdeu seu caráter potestativo para assumir um ideal assistencialista.[108] Pensava-se, então, em garantir uma família à criança e não o contrário.

O segredo quanto à identidade biológica da criança adotada passou a ter importância na legislação brasileira à época do Brasil Colônia e Brasil Império, na medida em que os pais eram considerados pecadores e os filhos, indesejados, advindos de "mau passo" ou "lascívia", posteriormente entregues à Roda dos Expostos[109]. Buscava-se, portanto, preservar os interesses dos pais e não o das crianças quanto ao sigilo de origem.

---

[106] Importa notar que, conforme texto de lei, o único vínculo que permanece entre o filho adotado e sua família biológica são os impedimentos matrimoniais, tratando-se de fundamento moral e religioso recepcionado pelo Direito cujas hipóteses estão previstas no artigo 1.521 do Código Civil.

[107] Ensina Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade MACIEL, organizadora da obra *Curso de Direito da Criança e do Adolescente, aspectos teóricos e práticos*, 3ª ed.., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.172/173, que a previsão da adoção no Código Francês contou com o entusiasmo do próprio Napoleão, já que ele não conseguia ter filhos com sua imperatriz e, portanto, pensava em adotar.

[108] MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (org.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente, aspectos teóricos e práticos*, 3ª ed.., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 173.

[109] As Rodas dos Expostos localizavam-se nas Santas Casas de Misericórdia ou em conventos, sendo uma *"(...) mesa giratória que ficava com sua abertura virada para a via pública; na parte aberta da roda era colocada a criança e a pessoa que a levava girava a alavanca, fazendo com que a mesa girasse para o interior do prédio, fechando a parte externa. Após ser a roda girada, tocava-se um sino para acordar o*

A roupagem atribuída ao instituto da adoção, portanto, no que se refere ao sigilo da origem e ao rompimento dos laços biológicos, apesar de atualmente justificada pela doutrina da proteção integral, traz consigo origens com propósitos muito diversos dos princípios que a norteiam.

Nota-se, ainda, o destaque atribuído pelo legislador à garantia dos direitos sucessórios das crianças e adolescentes adotados. Quanto a este aspecto, o sucesso da adoção passa pela garantia de direitos patrimoniais. A percepção de que a adoção traz consigo direitos de outra índole, tais como o direito ao cuidado e ao afeto, não a acompanhou nos seus primórdios, mas decorreu de uma árdua construção ao longo de décadas.

A justificativa dessa ressalva de cunho patrimonial é compreensível quando se busca a razão de ser do artigo 227, parágrafo 6º, da Constituição Federal, atualmente reproduzido pelo artigo 20 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

> *"Art. 20. Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação."*

Oportuno, sobre o assunto, o ensinamento de Giságlio CERQUEIRA FILHO:

> *"Os* ***direitos relativos à filiação*** *têm uma história odiosa de discriminação.*
>
> *(...)*
>
> ***Podemos dizer que estes direitos estiveram por longos anos submetidos aos interesses da propriedade, vinculados à questão da herança*** *e ao poder do homem sobre a mulher, estabelecido historicamente com a monogamia."* [110]
>
> (grifos nossos)

---

funcionário ou a freira que ficava de plantão, que retirava a criança da mesa e a encaminhava ao orfanato. Todo o procedimento visava evitar a identificação da família que não queria a criança, tanto que as rodas eram localizadas em vias de pouco movimento." In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (org.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente, aspectos teóricos e práticos*, 3ª ed.., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 173/174.

[110] CURY, Munir (org.). *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais.* 10ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2010, p.114.

Ao analisar a posição dos filhos adotados nesse cenário de franca discriminação, ao lado dos filhos "legítimos" e "ilegítimos"[111], ressalta o autor que:

> *"(...) Os filhos por adoção carregavam dupla discriminação, porque excluídos da naturalidade e da legitimidade das relações entre homem e mulher."* [112]

A garantia de direitos de propriedade, notadamente de direitos sucessórios, marcou, portanto, a construção do pensamento jurídico acerca do reconhecimento de filhos advindos da adoção.

No que tange ao objeto deste trabalho,[113] merece destaque as disposições da Lei nº 4.655, promulgada em 02 de junho de 1965, quanto à figura da legitimação adotiva, considerada mais benéfica do que a adoção disciplinada pelo então Código Civil de 1916. Na verdade, tal instituto era considerado mais benéfico porque, ao buscar o desfazimento dos vínculos com a família de origem, pretendia garantir uma maior integração da criança com a família adotiva:

> *"(...) As regras da legitimação adotiva só eram aplicadas para crianças de até sete anos de idade, salvo se já vivessem na companhia dos adotantes, pois baseava-se na ideia de que não houvesse nenhum resquício de lembrança da família biológica, pois desejava uma inclusão mais efetiva da criança na família adotiva (arts. 1º e seus parágrafos). Era irrevogável, fazendo-se emitir uma nova certidão de nascimento, como se se tratasse de registro tardio e equiparava os filhos adotados àqueles naturais que,*

---

[111] Filhos legítimos eram os nascidos dentro do casamento e ilegítimos, fora de justas núpcias. Desses últimos, distinguiam-se os filhos naturais, nascidos de pessoas não casadas, mas não impedidas de fazê-lo, e os filhos espúrios, concebidos do adultério ou entre pessoas cujo grau de parentesco impedia o casamento. In: CURY, Munir (org.). *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais.* 10ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2010, p.112/114.

[112] CURY, Munir (org.). *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais.* 10ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2010, p.115.

[113] Registram-se os seguintes diplomas normativos anteriores à Lei nº 4.655/65 sobre o tema: Decreto nº 5.083, de 1926, que instituía o Código de Menores; o Decreto nº 17.943-A, conhecido como Código de Mello Matos; e o Código Civil de 1916 (artigos 368 a 378), posteriormente alterado pela Lei nº 3.133, de 08 de maio de 1957. Optou-se por apenas mencionar referidas leis, sem analisar seu conteúdo, com o fim de focar no objeto deste trabalho, qual seja, as disposições legais relativas à adoção no que tange especificamente à irrevogabilidade e rompimento de vínculos biológicos.

porventura, o casal viesse a conceber, salvo o direito sucessório (arts. 6º, 7º e 9º)." [114]

Com a Lei nº 6.697/79, conhecida como Código de Menores, a legitimação adotiva foi contemplada com a denominação de adoção plena, em contraponto à adoção simples.[115] Ao final do processo judicial de adoção plena, expedia-se um mandado de cancelamento do registro civil de origem.

Com a Constituição Federal de 1988 e Lei nº 8.069/90, a adoção de crianças e adolescentes passou a ser regida exclusivamente pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.[116]

O cenário jurídico atual manteve o caráter irrevogável da adoção e o rompimento dos vínculos da criança e do adolescente com sua família biológica.

O artigo 48 da Lei nº 8.069/90, em sua redação original, dispunha ser a adoção irrevogável. Buscou-se com tal previsão garantir estabilidade jurídica à família que recebe a criança ou o adolescente por adoção, vedando-se atitudes discriminatórias que pudessem comprometer direitos do filho adotado. Conforme já registrado, a não discriminação em matéria de filiação encontra-se estampada no artigo 227, parágrafo 6º, da Constituição Federal, e a irrevogabilidade apresenta-se como um dos instrumentos de efetivação de tal mandamento constitucional.

Em 29 de julho de 2009, a Lei nº 12.010 alterou diversos dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente, dentre eles alguns relativos à adoção.[117] Contudo, a irrevogabilidade do instituto manteve-se inalterada, apenas realocada no artigo 39, parágrafo 1º, da Lei nº 8.069/90:

---

[114] MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (org.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente, aspectos teóricos e práticos*, 3ª ed.., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 174.

[115] A adoção simples aplicava-se aos menores de 18 anos, em situação irregular, via escritura pública, nos termos do Código Civil.

[116] Nos termos do artigo 39 da Lei nº 8.069/90, a adoção de crianças e adolescentes é regida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Capítulo III, Seção III, Subseção IV).

[117] Interessante registrar que, durante a discussão do Projeto de Lei nº 6222/05 na Câmara dos Deputados, que culminou com a aprovação da Lei nº 12.010/09, a preocupação com a institucionalização prolongada fez com que se cogitasse a adoção como direito subjetivo da criança e do adolescente, o que, por certo, gerou controvérsia quanto a quem caberia o dever de adotar. Optou-se, ao final, entretanto, por manter a convivência familiar como direito subjetivo e a adoção como modalidade de colocação em família substituta, tal como previsto na redação original do Estatuto da Criança e do Adolescente.

"A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art.25 desta Lei."

Sem comprometer a característica de rompimento de vínculo com a família de origem, a nova legislação inovou ao prever expressamente a possibilidade de conhecimento da origem biológica da criança e adolescente adotados:

"Artigo 48. O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos.
Parágrafo único. O acesso ao processo de adoção poderá ser também deferido ao adotado menor de 18 (dezoito) anos, a seu pedido, assegurada orientação e assistência jurídica e psicológica."

Nesse sentido, passou a ser autorizado o conhecimento dos dados de origem da criança e do adolescente adotados; contudo, manteve-se a proibição quanto ao restabelecimento dos laços biológicos.[118]

A doutrina, em um esforço de argumentação técnico-dogmática, com o fim de conferir coerência ao sistema jurídico, ensina que o direito à filiação não coincide com o direito à origem. Ou seja, a adoção não teria o condão de apagar vínculos naturais (origem), mas apenas vínculos jurídicos (filiação). Sobre o assunto, cumpre destacar o seguinte posicionamento de Tânia da Silva PEREIRA:

---

[118] Além do artigo 39, parágrafo 1º, da Lei nº 8.069/90, que prevê expressamente a irrevogabilidade da adoção, outros dispositivos refletem a opção do legislador pelo rompimento de vínculos com a família de origem. No mesmo sentido, pertinente transcrever os seguintes artigos da mesma lei:
"Art. 47. O vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão.
(...)
Parágrafo 2º. O mandado judicial, que será arquivado, cancelará o registro original do adotado.
(...)
Parágrafo 4º. Nenhuma observação sobre a origem do ato poderá constar nas certidões do registro.
(...)
Artigo 49. A morte dos adotantes não restabelece o poder familiar dos pais naturais."
Na legislação especial, merece nota a previsão de irrevogabilidade do reconhecimento de filhos havidos fora do casamento, prevista no artigo 1º, "caput", da Lei nº 8.560/92.

"A busca da própria origem, tão presente nas adoções, concretiza-se na vida moderna pela necessidade, muitas vezes, de identificação genética tendo como sede o direito da personalidade, sem estar ligada, necessária e exclusivamente, à presunção de filiação e paternidade para fins patrimoniais. Em nome do princípio da dignidade humana não se pode excluir o direito de qualquer pessoa perseguir sua identidade genética, franqueando-lhe a vida, a saúde e a paternidade, a história pessoal e os traços sócio-culturais." [119] [120]

Sobre o assunto, pertinente transcrever as disposições da Convenção dos Direitos da Criança, que lhe garante o direito ao conhecimento de quem são seus pais e, ainda, o direito de preservar sua identidade.

"Art. 7º. 1. A criança será registrada imediatamente após seu nascimento e terá direito, desde o momento em que nasce, a um nome, a uma nacionalidade e, na medida do possível, a conhecer seus pais e a ser cuidada por eles.

(...)

Art. 8º. 1. Os Estados Partes comprometem-se a respeitar o direito da criança de preservar sua identidade, inclusive a nacionalidade, o nome e as relações familiares, de acordo com a lei, sem interferências ilícitas.

(...)"

Mitigou-se, com o advento da Lei nº 12.010/09, o segredo que envolvia toda e qualquer adoção de crianças e adolescentes.

Caso a família biológica queira formar vínculo jurídico com a criança ou adolescente adotado apenas poderá fazê-lo via novo e sucessivo processo de adoção e, para o Direito, a situação jurídica desse filho será regida pelas normas atinentes à filiação adotiva e não biológica. A título exemplificativo, nessa hipótese, não seria aplicável a

---

[119] PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da Criança e do Adolescente, uma proposta interdisciplinar.* 2ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.424.

[120] A Corte Europeia de Direitos Humanos já se pronunciou sobre a importância do conhecimento da origem biológica de uma pessoa, no julgamento do caso Jäggi x Suíça (acórdão publicado em 13 de julho de 2006). Concluiu-se que as autoridades suíças, ao negarem a realização de exame para aferir a paternidade do requerente, haviam violado o artigo 8º da Convenção, que garante o direito à vida privada. Segundo trecho da decisão, em tradução livre, *"o direito a conhecer a sua ascendência integra-se no conceito de 'vida privada', que abrange os aspectos mais relevantes da identidade pessoal, como é o caso do conhecimento da identidade dos seus progenitores."*

vedação contida no artigo 42, parágrafo 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que proíbe adoção por ascendentes e irmãos do adotando.

Murillo DIGIÁCOMO é categórico ao afirmar que, nesses casos, não se trata de restabelecimento de vínculo biológico, mas formação de vínculo jurídico de outra natureza:

> *"A propósito, uma vez consumada (vide art. 47, parágrafo 7º, do ECA), a adoção não pode mais ser revogada, atribuindo ao adotado a condição de filho do adotante com todos os direitos e deveres daí decorrentes, sendo mesmo vedada, por determinação do art. 227, parágrafo 6º, da CF, qualquer designação discriminatória quanto à origem da filiação. Nada impede, porém, que diante de eventual ocorrência de grave violação dos direitos dos filhos por parte de seus pais adotivos, estes tenham decretada a perda do poder familiar que exercem em relação àqueles, tal como ocorre com os pais biológicos.* ***É também admissível, em tese, que nesta hipótese, assim como no caso de morte dos pais adotivos (vide art. 49 do ECA), os pais biológicos venham a adotar seus ex-filhos, desde que satisfeitos os requisitos legais. Vale destacar que, nestes casos, não há que se falar em "restituição" ou "restabelecimento" do poder familiar, pois, com o deferimento da adoção, há o*** **rompimento de todo e qualquer vínculo** ***com do adotado em relação a seus pais biológicos (que uma vez consumada a adoção,*** **perdem** ***a qualidade de "pais" – havendo inclusive o*** **cancelamento do registro civil original** ***– cf. art. 41,*** **caput**, ***do ECA)."*** [121]
> (grifos nossos)

A criança e o adolescente adotados, quando submetidos a novo processo de adoção, dessa vez iniciado por seus pais biológicos, ostentam a condição prévia de "ex-filhos" destes últimos, conforme acima mencionado.

O Direito, portanto, aceita a figura de "ex-filho" – condição estranha à realidade da vida. Trata-se de ficção jurídica complexa em seus efeitos, que desconsidera os necessários e inquestionáveis laços biológicos.

---

[121] CURY, Munir (org.). *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais.* 10ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2010, p.194.

A expressão acima destacada demonstra a força do Direito diante do mundo dos fatos. Vale lembrar que, nos casos de adoção, constroi-se, juridicamente, de modo ficcional – o que não é raro na ciência jurídica – uma filiação pretensamente igual à filiação natural, e essa construção passa a ser tão cara ao Direito que, quando do retorno à realidade preexistente, a modificação que sobre ela se operou permanece incólume. Esse distanciamento da realidade da vida é que garante a coerência observada no ordenamento jurídico afeto à adoção. Com esse raciocínio, o sistema jurídico não se corrompe ao afirmar, no caso, a existência da condição de "ex-filho", mas, ao contrário, propaga a sua exatidão.

O breve histórico da legislação pertinente registrado neste tópico torna compreensíveis as características do instituto da adoção, tal como existe atualmente, em especial quanto à opção do legislador pelo rompimento total de vínculos com a família natural. Ao longo dos anos, o destino de crianças e adolescentes desamparados mostrou-se assunto sensível, sobre o qual se buscou uma solução que garantisse direitos e evitasse discriminação. Trata-se de uma luta histórica por igualdade de direitos. Por isso, qualquer questionamento sobre o assunto demanda enorme sutileza e absoluto respeito a opiniões contrárias.

O que se pretende observar ao longo deste trabalho, contudo, é que o esforço do Direito em manter a coerência do sistema quanto às normas afetas à adoção pressupõe a negação da realidade da vida – por vezes, até mesmo dupla negação – que, no mundo atual, insiste em emergir: as relações de afeto podem ser voláteis e alimentar vínculos frágeis entre os indivíduos, e o peso do conhecimento da história de cada ser humano pode nortear comportamentos imprevisíveis ao longo do tempo. Assim, não há prognóstico seguro quanto aos resultados de uma adoção: [122]

> *"Os termos da adoção legal não constituem garantia de que os adultos adotantes irão se tornar os pais psicológicos ou de que a criança adotada venha a ser uma criança querida. Isso depende em grande parte das*

[122] Este capítulo pretende descrever o arcabouço jurídico da adoção, sob enfoque dogmático, mediante apresentação das principais normas que regem a matéria. Por tal razão, o questionamento lançado neste parágrafo foi propositalmente breve, pois o tema será desenvolvido ao longo desta dissertação e aprofundado em capítulos pertinentes.

motivações da adoção (...) os pais adotivos desejam freqüentemente que a criança adotada cresça segundo sua própria imagem (...).” [123]

II (e). Decisões Judiciais

Os Tribunais depararam-se, ao longo dos anos, com problemas complexos envolvendo filiação e construíram, junto com a doutrina, posicionamentos que contemplam o afeto e o cuidado como valores jurídicos. Emerge desse esforço do operador do Direito de acompanhar a realidade da vida o reconhecimento da relação socioafetiva ao lado dos relacionamentos consanguíneos, atribuindo a todos eles consequências jurídicas.

O vínculo socioafetivo pode dar margem à desconsideração pelos Tribunais de vícios processuais considerados muito graves, como é o caso do acórdão abaixo citado que, sopesando o vício de nulidade da citação – um dos mais graves do Direito Processual – e o vínculo socioafetivo, optou por fazer prevalecer este último, valendo-se, no caso, do princípio do melhor interesse da criança:

> EMENTA: *“Ação rescisória. Adoção. Vícios no procedimento. Guarda, sustento e responsabilidade com a adotante consolidada pelo decurso do tempo. Afeição comprovada. Convalidação da prestação jurisdicional na sede rescisória. Uso racional, instrumental e efetivo do Direito. Pedido julgado improcedente. Maioria.*
>
> 1. *Ação de adoção tem natureza especialíssima, pois envolve direito fundamental relacionado às crianças e adolescentes em situação irregular para que possam ter um lar e uma convivência familiar dignos. 2. A adoção é um ato de solidariedade, é uma construção necessária da cultura a respeito do destino dos que nela nascem. 3. O interesse da criança deve sempre prevalecer sobre qualquer outro, quando seu destino estiver em discussão, já que a adoção deve ser deferida quando apresentar reais vantagens ao adotando (art.43 do ECA) e sua finalidade mais importante é a ampla proteção à criança e ao*

[123] GOLDSTEIN, Joseph; FREUD, Anna; e SOLNIT, Albert J.. *No interesse da criança?.* São Paulo: Martins Fontes, 1987, p.15/16.

adolescente. 4. Embora reconhecidamente viciado se encontre o feito primário de adoção, toda a matéria atinente à controvérsia em revisão resta debatida nos autos. 5. A guarda, o sustento e a responsabilidade da menor cuja maternidade se disputa, está consolidada com a adotante legal, pois já perdura o convívio por mais de sete anos. 6. Declaração de amor feita pela criança adotada à mãe legal em juízo e na presença do Ministério Público quando da instrução da rescisória. 7. Comprovado afeto e plena responsabilidade da mãe adotante na criação e educação satisfatória da criança adotada. 8. Desapego da forma para que o interesse fundamental maior da criança seja tutelado, pois o uso racional do Direito reclama a prevalência do seio afetivo sobre o seio formal. 9. Homenagem, ainda, aos princípios da instrumentalidade e da efetividade plena da prestação jurisdicional. 10. Ação rescisória que se julga improcedente, convalidada a adoção questionada. 11. Decisão por maioria." (TJPE – Ação rescisória nº 42884-6 – 2ª Câmara Cível – Rel. desig. Des. Ricardo de Oliveira Paes Barreto – j. em 20.05.2003)

Da mesma forma, baseando-se na prevalência do vínculo socioafetivo em detrimento da verdade biológica, optou-se, através do acórdão abaixo mencionado, por relativizar o princípio da fé nos registros públicos:

EMENTA: "Recurso especial. Ação declaratória de nulidade de registro civil. Negativa de prestação jurisdicional. Alegação de violação genérica. Recurso especial, no ponto, deficientemente fundamentado. Aplicação da súmula n. 284/STF. Adoção à brasileira. Paternidade sócio-afetiva. Impossibilidade, na espécie, de desfazimento. Recurso especial improvido.

1. *O conhecimento do recurso especial exige a clara indicação do dispositivo, em tese, violado, bem assim em que medida o aresto* a quo *teria contrariado lei federal, o que* in casu *não ocorreu com relação à pretensa ofensa ao artigo 535 do Código de Processo Civil (Súmula n. 284/STF).*

2. *Em se tratando de adoção à brasileira, a melhor solução consiste em só permitir que o pai-adotante busque a nulidade do registro de nascimento, quando ainda não tiver sido constituído o vínculo de sócio-afetividade com o adotado.*
3. *Recurso especial improvido."* (STJ, REsp nº 1088157/PB, Rel. Min. Massami Uyeda, Terceira Turma, julgamento em 23.06.2009)

E, ainda, recente julgado do Superior Tribunal de Justiça:

> *EMENTA: "Recurso Especial. Processual Civil. Declaratória de inexistência de filiação. Interesse. Existência.*
> *I. O pedido deduzido por irmão, que visa alterar o registro de nascimento de sua irmã, atualmente com mais de 60 anos de idade, para dele excluir o pai comum, deve ser apreciado à luz da verdade socioafetiva, mormente quando decorridos mais de 40 anos do ato inquinado de falso, que foi praticado pelo pai registral sem a concorrência da filha.*
> *II. Mesmo na ausência de ascendência genética, o registro da recorrida como filha, realizado de forma consciente, consolidou a filiação socioafetiva, devendo essa relação de fato ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a parentalidade que nasce de uma decisão espontânea, deve ter guarida no Direito de Família.*
> *III. O exercício de direito potestativo daquele que estabelece uma filiação socioafetiva, pela sua própria natureza, não pode ser questionado por seu filho biológico, mesmo na hipótese de indevida declaração no assento de nascimento da recorrida.*
> *IV. A falta de interesse de agir que determina a carência de ação, é extraída, tão só, das afirmações daquele que ajuíza a demanda – in status assertionis –, em exercício de abstração que não engloba as provas produzidas no processo, porquanto a incursão em seara probatória determinará a resolução de mérito, nos precisos termos do*

art. 269, I, do CPC. Recurso não provido." (STJ, Resp 1.259.460-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgamento em 19.06.2012)

Nessa linha de raciocínio, a certidão de nascimento vem sofrendo alterações baseadas no afeto. É o caso da paternidade múltipla ou filiações plurais, em que são inseridos nomes de pais socioafetivos ao lado dos pais biológicos – sem a exclusão destes últimos –, advindo, dessa mudança, um círculo de direitos mais ampliado a resguardar a criança e o adolescente: [124] [125]

Os Tribunais também firmaram entendimento no sentido de manter a criança e o adolescente em ambiente no qual já convive, desde que existente vínculo socioafetivo, mantendo incólumes situações consolidadas com o passar do tempo:

> EMENTA: *"Apelação Cível. Adoção. Destituição poder familiar. Nulidade da sentença rejeitada. Abandono material, moral e afetivo pelos genitores. Delegação a terceiros. Situação estabilizada no tempo. Melhor interesse da criança. Recurso conhecido e não provido.*
>
> *I - A sentença que contém os requisitos legais, declinando as razões que ensejaram a formação do convencimento do magistrado não é nula. II - Por se tratar de medida excepcional e definitiva, a perda do poder familiar somente deve ser decretada em situações absolutamente necessárias. III - A concessão da guarda a terceiros não caracteriza*

---

[124] A alteração do texto da certidão de nascimento iniciou-se com a possibilidade de adoção por casais homoafetivos. Os títulos "mãe", "pai", avós "maternos" e "paternos" foram suprimidos para dar margem apenas ao registro nominal, sem qualificativos, admitindo-se dupla maternidade ou dupla paternidade. Nesse sentido: TJSP, Proc. nº 0070161-75.2013.8.26.0100, 2ª Vara de Registros Públicos, Rel. Juiz de Direito Marcelo Benacchio, p. 20/02/2014; TJRJ, AC 0017795-52.2012.8.19.0209, 20ª C. Cív., Rel. Des. Luciano Barreto, j. 07/08/2013; TJSP, Proc. nº 0002151-55.2013.8.26.0010, 1ª Vara da Família e Sucessões, Rel. Juíza de Direito Elizabeth Kazuko Ashikawa, j. 12/06/2013; e TJSP, Proc. nº 0016266-45.2012.8.26.0001, 2ª Vara de Registros Públicos, Rel. Juiz de Direito Márcio Martins Bonilha Filho, j. 26/07/2012.

[125] Nesse sentido: 1. Processo nº 0012530-95.2010.8.22.0002, proferida pela juíza Deisy Cristhian Lorena de Oliveira Ferraz, da 1ª vara cível da comarca de Ariquemes, Rondônia, em novembro de 2011, em que foi declarada a dupla paternidade, admitindo em registro o pai biológico que passou a se relacionar com a filha adolescente, mantendo o do pai registral e socioafetivo; 2. AC 0006422-26.2011.8.26.0286, DJESP 11.10.2012, acórdão da 1ª câmara de direito privado do Tribunal de Justiça, Relator Des. Alcides Leopoldo e Silva Jr., em outubro de 2012, em que foi determinado o registro de um jovem com os nomes de seu pai biológico, de sua mãe biológica e de sua madrasta, como mãe socioafetiva; e 3. Decisão da juíza Carine Labres, da comarca de São Francisco de Assis-RS, em agosto de 2013, em que foi admitido o pedido da madrasta e das crianças enteadas, em ação declaratória de maternidade, sem excluir o nome da mãe biológica do registro. Dados obtidos no texto *Filiações Plurais*, de Jones Figueirêdo ALVES, publicado na revista *Letrado*, do Instituto dos Advogados de São Paulo, edição 105, julho/agosto de 2013, p.24/25.

desídia dos genitores ou abandono capaz de ensejar a destituição do poder familiar, pois se trata de atitude praticada no melhor interesse da criança, diante da impossibilidade transitória e justificada de os pais assistirem os filhos; contudo, cessado o impedimento, cumpre aos genitores retomarem a guarda e os deveres a ela inerentes, sob pena de configurar o abandono. IV - Caracterizado o abandono material, moral e afetivo do filho pela genitora que, mesmo não estando impossibilitada de exercer os deveres inerentes ao poder familiar, pois constituiu nova família e se reestruturou financeiramente, não envidou esforços no sentido de recuperar a guarda do menor, anteriormente concedida a terceira pessoa, somente vindo a opor-se após ter ciência da propositura da presente ação. V - Passados mais de 08 anos do abandono do infante pelo genitor, sem que tenha atendido suas necessidades de afeto, educação e alimentação, deve ser destituído o poder familiar do pai biológico, mormente porque também castigava imoderadamente o filho no curto período de convivência. VI - Comprovada a existência do vínculo afetivo e familiar entre a adotante e o adotando, que se encontra sob os cuidados daquela há dez anos e vem sendo atendido em suas necessidades materiais e emocionais, deve ser mantida a situação já consolidada e deferida a adoção no melhor interesse da criança." (TGMG, Apelação Cível 1.0035.02.011402-7/001, Rel. Des. Bitencourt Marcondes, 8ª Câmara Cível, julgado em 05.05.2011) [126]

EMENTA: *"Adoção internacional - Menor sob os cuidados do casal adotante desde o nascimento - Fixação de residência definitiva no país, com visto permanente - Vínculos afetivos consolidados, cujo rompimento importaria em exposição da criança a riscos psicológicos e sociais - Inexistência de fato que possa resultar em perigo físico*

[126] No mesmo sentido: TJMG, Apelação Cível 1.0024.06.908285-7/001, Rel. Des. Armando Freire, 1ª Câmara Cível, j. em 10.08.2010; TJMG, Apelação Cível 1.0699.06.062915-0/001, Rel Des. Dídimo Inocêncio de Paula, 3ª Câmara Cível, j. em 18.03.2010.

e moral para a adotanda - Laudo do CEJA de caráter não vinculante - Sentença confirmada." (TJMG, Apelação Cível 1.0000.00.145074-1/000, Rel. Des. Pinheiro Lago, 2ª Câmara Cível, julgado em 11.12.2001)

No que interessa diretamente a este trabalho, exsurge a filiação socioafetiva em paralelo – ou até mesmo em patamar superior – à filiação biológica. Interessante observar, contudo, que tais conceitos são utilizados em contraposição, ignorando-se a hipótese de ambos convergirem. O que se pretende fazer notar é a possibilidade, na realidade dinâmica da vida, de movimentos constantes dos valores de afeto e cuidado de uma a outra relação familiar. Ou seja, a filiação socioafetiva – tal como construída pela jurisprudência – e a filiação consanguínea podem coexistir, mesmo após um processo de adoção – no caso, uma adoção mal sucedida, com retorno ao convívio da família biológica.

É necessário reconhecer que adoções mal sucedidas acontecem, cabendo ao Direito enfrentar tais situações de modo a evitar maiores prejuízos à criança e ao adolescente sujeitos ao traumático sentimento de rejeição. Por isso, a importância de tratar a adoção sob seus dois aspectos intrínsecos – o de construção de uma relação familiar, marcado, contudo, por uma desconstrução precedente.[127]

Os Tribunais já tiveram a oportunidade, ainda, de relativizar a própria coisa julgada – instrumento de garantia da estabilidade, segurança e coerência do sistema processual brasileiro – em virtude do reconhecimento da importância da busca da identidade genética de um indivíduo.

O E. Supremo Tribunal Federal afastou a alegação de segurança jurídica, fazendo prevalecer o direito de toda pessoa de conhecer as suas origens (princípio da busca da

[127] Conforme ensina Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade MACIEL: *"(...) devendo-se ressaltar que, de regra, os estudiosos da adoção consideram estes (pais biológicos) como vilões, que abandonaram seu filho indefeso, principalmente quando se trata de criança de tenra idade. raramente há preocupação na análise do instituto da adoção a partir dos motivos que levaram os pais biológicos a entregarem o filho em adoção ou mesmo que fator os levou a considerar mais benéfico passasse aquele a integrar uma nova família, ao invés de continuar no seio da família natural."* (MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (org.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente, aspectos teóricos e práticos*, 3ª ed.., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 207)

identidade genética).[128] O caso versou sobre indivíduo que buscava a investigação de sua paternidade, renovando pedido de exame nesse sentido cuja realização não foi possível em ação anterior por carência de recursos. Concluiu o Tribunal que a renovação do pedido, nesse caso, a despeito da coisa julgada preexistente, deveria ser garantida ao requerente:

> *EMENTA: "(...) 1. É dotada de repercussão geral a matéria atinente à possibilidade da propositura de ação de investigação de paternidade, quando anterior demanda idêntica, entre as mesmas partes, foi julgada improcedente, por falta de provas, em razão da parte interessada não dispor de condições econômicas para realizar o exame de DNA e o Estado não ter custeado a produção dessa prova. 2. Deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização de exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo. 3. Não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanação do direito de personalidade de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem assim o princípio da paternidade responsável."* (RE 363.889, Rel. Min. Dias Toffoli, plenário, j. em 02.06.2011)

O princípio da identidade genética[129] no contexto da adoção conta com decisões judiciais que buscam compatibilizar o direito ao conhecimento das origens de um indivíduo com a irrevogabilidade do instituto e a consequência de rompimento total de vínculo com a família natural. Há decisões, contudo, que ressaltam resquícios de efeitos jurídicos decorrentes da filiação natural mesmo após a adoção, como é o caso dos impedimentos

[128] Antes do julgamento pelo E. STF, Tribunais Superiores já reconheciam a importância do conhecimento da identidade biológica e pessoal, como corolário do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (STJ, REsp 833712/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgamento em 17.05.2007).

[129] O princípio da identidade genética no ordenamento jurídico brasileiro conta com importante previsão no artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente: *"O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça."*

matrimoniais, e, seguindo esse raciocínio, reconhecem, inclusive, o dever de alimentos atribuído à família natural em relação à criança e ao adolescente adotados.

> *EMENTA: "Adoção. Investigação de paternidade. Possibilidade. Admitir-se o reconhecimento do vínculo biológico de paternidade não envolve qualquer desconsideração ao disposto no artigo 48 da Lei 8.069/90. A adoção subsiste inalterada.*
> *A lei determina o desaparecimento dos vínculos jurídicos com pais e parentes, mas, evidentemente, persistem os naturais, daí a ressalva quanto aos impedimentos matrimoniais. Possibilidade de existir, ainda, respeitável necessidade psicológica de se conhecer os verdadeiros pais.*
> *Inexistência, em nosso Direito, de norma proibitiva, prevalecendo o disposto no artigo 27 do ECA."* (STJ, REsp 127541/RS, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, j. em 10.04.2000)

No julgamento cuja ementa é acima transcrita, merece destaque trecho da fundamentação do voto do Min. Relator Eduardo Ribeiro, no qual sustenta a possibilidade de reconhecimento do dever de alimentos atribuído ao pai biológico, apesar da previsão do artigo 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente quanto ao rompimento de vínculos com a família natural:

> *"(...) Se os vínculos jurídicos desaparecem, claro que não se podem extinguir os laços naturais e, por isso mesmo, persistem os citados impedimentos (matrimoniais). E pode corresponder a uma respeitável necessidade psicológica o conhecimento dos pais biológicos. De qualquer sorte, algum interesse jurídico resta, em razão dos óbices ao casamento.*
> *Não me animaria, ademais, a excluir a possibilidade de se pedir alimentos, não obstante os termos do mencionado artigo 41. Suponha-se a hipótese de criança de tenra idade, cujos pais adotivos viessem a falecer ou a cair na miséria. Parece-me que a ela, que não foi ouvida*

sobre a adoção, não se poderia impedir de pretender alimentos de seus pais biológicos. É o direito à vida que está aí envolvido.

Não se nega que haja algumas dificuldades práticas, entre elas a de complementar-se um registro que terá sido cancelado. São questões menores, entretanto. Em verdade, o registro não será indispensável, dado que escassas, como visto, as consequências jurídicas."

E, ainda:

EMENTA: "Recurso Especial. Investigação de paternidade. Alimentos. Filho adotivo. Impossibilidade jurídica do pedido. Afastamento.

A 'possibilidade jurídica do pedido consiste na admissibilidade em abstrato da tutela pretendida, vale dizer, na ausência de vedação explícita no ordenamento jurídico para a concessão do provimento jurisdicional' (REsp 254.417/MG, DJ de 02.02.2009). 2. Consoante o comando inserto no art. 27 do ECA, o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, mesmo em se tratando, como na espécie, de autor adotado por parentes. 3. As disposições constantes dos arts. 41 e 48 do ECA – relativas à irrevogabilidade da adoção e ao desligamento do adotado de qualquer vínculo com pais e parentes – não podem determinar restrição ao mencionado direito de reconhecimento do estado de filiação. Precedentes. 4. Impossibilidade jurídica do pedido afastada. Retorno dos autos à primeira instância. 5. Recurso especial conhecido em parte e, nesta extensão, provido." (STJ, REsp 220623/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Quarta Turma, j. em 03.09.2009)

Acórdão tomado como referência em outros julgamentos do E. Superior Tribunal de Justiça foi o proferido pela Ministra Nancy Andrighi, no Recurso Especial nº 813604/SC, Terceira Turma, julgado em 16 de agosto de 2007:

EMENTA: "Direito civil. Família. Investigação de paternidade. Pedido de alimentos. Assento de nascimento apenas com o nome da mãe biológica. Adoção efetivada unicamente por uma mulher.

- O art.27 do ECA qualifica o reconhecimento do estado de filiação como direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, o qual pode ser exercitado por qualquer pessoa, em face dos pais ou seus herdeiros, sem restrição.

- Nesses termos, não se deve impedir uma pessoa, qualquer que seja sua história de vida, tenha sido adotada ou não, ter reconhecido o seu estado de filiação, porque subjaz a necessidade psicológica do conhecimento da verdade biológica, que deve ser respeitada.

- Ao estabelecer o art.41 do ECA que a adoção desliga o adotado de qualquer vínculo com pais ou parentes, por certo que não tem a pretensão de extinguir os laços naturais, de sangue, que perduram por expressa previsão legal no que concerne aos impedimentos matrimoniais, demonstrando, assim, que algum interesse jurídico subjaz.

- O art.27 do ECA não deve alcançar apenas aqueles que não foram adotados, porque jamais a interpretação da lei pode dar ensanchas a decisões discriminatórias, excludentes de direitos, de cunho marcadamente indisponível e de caráter personalíssimo, sobre cujo exercício não pode recair nenhuma restrição, como ocorre com o Direito ao reconhecimento do estado de filiação.

- Sob tal perspectiva, tampouco poder-se-á tolher ou eliminar o direito do filho de pleitear alimentos do pai assim reconhecido na investigatória, não obstante a letra do art.41 do ECA.

- Na hipótese, ressalte-se que não há vínculo anterior, com o pai biológico, para ser rompido, simplesmente porque jamais existiu tal ligação, notadamente, em momento anterior à adoção, porquanto a investigante teve anotado no assento de nascimento apenas o nome da mãe biológica e foi, posteriormente, adotada unicamente por uma

> *mulher, razão pela qual não constou do seu registro de nascimento o nome do pai.*
>
> *Recurso especial conhecido pela alínea 'a' e provido."* (STJ, REsp 813604/SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgamento em 16.08.2007)

No julgamento acima mencionado, reconheceu-se a existência de interesse jurídico advindo do vínculo biológico, expressamente quanto ao direito a alimentos, a despeito da previsão contida no artigo 41 da Lei nº 8.069/90.

Cumpre registrar, contudo, que a vocação protetiva do sistema jurídico que regulamenta a adoção é percebida pelas decisões judiciais que se socorrem da irrevogabilidade do instituto e do rompimento dos vínculos biológicos de modo a formar jurisprudência nesse sentido. Portanto, a decisão que segue transcrita abaixo é rara e não formadora de jurisprudência, mas corajosa no sentido de reconhecer que, nos casos de adoção mal sucedida, a insistência em manter o vínculo com a família adotiva vai de encontro aos princípios protetivos do próprio Estatuto e carece das razões que os justificam.

Trata-se de decisão proferida pela 3ª câmara de direito civil do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina cujo relator foi o desembargador Sérgio Izidoro Heil (Apelação Cível nº 2005.032504-8, julgada em 16.12.2005). Buscava-se a reforma da decisão de primeira instância que havia extinto o processo sem julgamento de mérito por impossibilidade jurídica do pedido:

> EMENTA: *"Apelação cível – Ação ordinária visando à dissolução da adoção – Demanda ajuizada consensualmente pelo adotante e o adotado – Vínculo estabelecido entre o filho e o marido da mãe biológica que, após quatro anos da consolidação do processo adotivo, separou-se do adotante – Inexistência de qualquer vínculo afetivo entre os envolvidos – Situação mantida formalmente, que acabou gerando a instabilidade psicológica do adotado em face da obrigação de manter um sobrenome com o qual não se identifica – Dever de observância do princípio da dignidade da pessoa humana – Inteligência do artigo 1º, III, da Constituição Federal – Decisão*

reformada para julgar procedente a pretensão dos apelantes – Recurso provido."

Para melhor conhecimento do caso, importa transcrever trecho da fundamentação do acórdão:

> *"(fl.115) É consabido que, segundo o art. 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), o ato de adoção é irrevogável. No entanto, especificamente neste caso, verifica-se que o apelante J.P.G.V.M. foi adotado por A.S.M. quando se encontrava com 12 (doze) anos de idade, permanecendo na sua companhia somente durante o período no qual sua mãe esteve casada com o mesmo (4 anos), não restando dúvidas da inexistência de vínculo afetivo entre eles, pois os próprios recorrentes confirmam tal fato.*
>
> *Observa-se, ainda, que J.P.G.V.M. adoeceu no ano de 2001, apresentando quadro de leucemia (fl.33-TJSC), bem como que desde julho de 2002 faz tratamento psicoterapêutico em face dos incômodos com a sua obrigação de manter o sobrenome do ex-marido da sua mãe (...).*
>
> *(fls.116/117) - Ora, sabe-se que direito é, acima de tudo, bom senso. Logo, é ilógico e injusto determinar a manutenção de laços existentes entre os apelantes, obrigando J.P. a utilizar um sobrenome com o qual não se identifica, pois, além de tal elo permanecer apenas de maneira formal, expondo o adotado a situações de insegurança e instabilidade psicológica, não se vislumbra qualquer prejuízo que o seu desfazimento possa trazer às partes envolvidas ou à sociedade.*
>
> *Ademais, 'tirar sobrenome que não seja o que identifica a família não traz dano nem prejuízo à sociedade', eis que 'o direito ao nome é essencial a todo ser humano para que possa se comunicar e se integrar no seio familiar e social, invocando o respeito que merece sua personalidade' (...)*
>
> *(fl.118) assim, levando-se em consideração que os apelantes, bem como que a mãe do adotado, concordam expressamente com a desconstituição do vínculo adotivo (fls.39/40), tem-se que, em atendimento aos princípios da*

proporcionalidade, razoabilidade e, principalmente, da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal), o acolhimento da pretensão dos recorrentes não ofende a Lei n. 8.069/90 e os interesses que ela protege."

Referido acórdão foi impugnado via recurso especial, não conhecido, com agravo regimental improvido.[130] De sua fundamentação, observa-se que, em nenhum momento, o acórdão valeu-se do termo "revogação", mas sim "desconstituição" e "dissolução" da adoção. Também consignou expressamente que se tratava de caso específico, ou seja, uma peculiaridade que afastava, naquela situação concreta, a incidência do artigo que previa a irrevogabilidade da adoção.[131]

As adoções mal sucedidas já deram margem ao ajuizamento de ações de indenização por danos morais, nos quais são considerados os danos psicológicos decorrentes da rejeição à criança ou ao adolescente pela família adotiva. Trata-se de ação com evidente caráter reparador cujo alcance não evita o prejuízo psíquico causado à criança ou ao adolescente, mas a sua compensação patrimonial.

A título ilustrativo, cumpre reproduzir trecho do julgamento proferido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, na Apelação Cível nº 1.0702.09.568648-2/002, Rel. Des. Teresa Cristina da Cunha Peixoto, 8ª Câmara Cível, julgado em 10.11.2011:

EMENTA: *"Ação civil pública. Indenização. Danos morais e materiais. Adoção. Devolução do menor. Responsabilidade civil dos pais adotivos configurada. Tendo os pais adotivos abandonado o menor, devolvendo-o ao abrigo, não tendo demonstrado sequer um mínimo de esforço para reaproximarem da criança, patente o dever de indenizar, não só porque o filho foi privado do convívio de seus pais mas, primordialmente, de sua irmã de sangue de quem sente muita saudade. Negligenciando os requeridos na criação e educação do adotado, mormente, por terem ciência de que a adoção somente foi concedida, para possibilitar o convívio dos irmãos,*

[130] STJ, 3ª Turma, Min. Rel. Nancy Andrighi, AgRg no Recurso Especial nº 863.654-SC (2006/0143590-6), julgamento em 14 de novembro de 2006.

[131] Tais ponderações são compreensíveis perante um sistema jurídico que não alimenta questionamentos acerca da irrevogabilidade da adoção e da necessidade de rompimento absoluto dos vínculos com a família de origem.

ferindo, assim, o princípio constitucionalmente assegurado, da dignidade da pessoa humana, cabe-lhes indenizar a criança pelos danos sofridos." [132]

Os Tribunais, portanto, tem relativizado instrumentos processuais importantes – tais como, citação e coisa julgada –, garantidores de estabilidade jurídica, em prol dos direitos à identidade genética e ao afeto. Nessa linha de raciocínio, o apego irrefletido à imutabilidade e permanência de relações jurídicas, refletido na previsão de irrevogabilidade da adoção, vai de encontro ao movimento percebido nos Tribunais que, em alguns casos, optaram por comprometer a segurança jurídica para defesa expressa de direitos relacionados diretamente ao assunto tratado neste trabalho – origem e afeto.

Por sua vez, os conceitos de vínculo jurídico e vínculo natural foram confrontados em decisões que reconheceram a impossibilidade de rompimento dos laços naturais e, ainda, a existência de resquícios jurídicos das relações consanguíneas, a despeito da previsão legal de rompimento total de vínculo da criança ou adolescente adotado com a família natural. Isso porque reconhecer dever de alimentos ao pai biológico é assumir a existência de vínculo jurídico entre ele e o filho adotado por outrem, o que foge à lógica do sistema de proteção pensado para a adoção.

Essas rupturas de pensamento percebidas nas decisões judiciais transcritas neste item evidenciam a enorme dificuldade em manter uma estrutura estanque, pretensamente imutável, a reger relações familiares e afetivas essencialmente dinâmicas. A realidade da vida, em muito, supera as hipóteses previstas pelo Direito, desafiando-o a seguir novos caminhos.

---

[132] O inteiro teor do v. acórdão foi incluído como anexo a este trabalho porque demonstra o enorme sofrimento emocional e psíquico a que estão sujeitos crianças e adolescentes rejeitados pela família adotiva, por vivenciarem o pesadelo da dupla rejeição. As consequências de uma adoção mal sucedida podem ser bem observadas nesse julgamento cuja seleção de um trecho em detrimento de outro mostrou-se impossível dada a riqueza da descrição de uma situação impensada pelo Direito ao prever o instituto da adoção no contexto da doutrina da proteção integral – a simples "devolução" da criança ou do adolescente, como se fosse objeto e não sujeito de direitos. O v. acórdão auxilia a compreensão do pensamento que se procurou desenvolver neste trabalho, no sentido de assumir as deficiências possíveis da adoção, sentidas na realidade da vida, e, em paralelo, buscar o aperfeiçoamento do instituto, por meio da consideração, interdisciplinar, de sua dupla face – construção de uma nova relação familiar precedida, contudo, de uma desconstrução de vínculos de origem. Optou-se, ainda, por alocar o v. acórdão como anexo pela dificuldade existente na realização de estudo de caso e de pesquisa jurisprudencial na área da infância e juventude, em virtude do segredo de Justiça (referido julgado foi encontrado através de pesquisa no site do Tribunal de Justiça do Estado de Minhas Gerais, acessado em 15.01.2014, sem restrição).

III. ADOÇÃO: UMA VISÃO INTERDISCIPLINAR

"Do rio que tudo arrasta se diz que é violento.
Mas ninguém diz violentas as margens que o comprimem."
(Brecht)

III (a). A doutrina da Proteção Integral: a criança e o adolescente como sujeitos de direito

Em sensível ruptura com o paradigma do Direito do Menor,[133] o cerne da doutrina da proteção integral[134] está no reconhecimento de que crianças e adolescentes são sujeitos de direito e não mais meros objetos de compaixão ou controle, à mercê das mais variadas formas de intervenção do Estado e dos indivíduos adultos.

Entretanto, assumir tal premissa torna imperativo, de um lado, garantir a esses titulares de direito as condições pessoais para opinarem e, de outro, ampliar os espaços para terem suas opiniões consideradas pelos adultos. O que se pretende afirmar é que o direito de opinar, ou seja, de se posicionar no mundo, inaugura o dever correlato de ouvir com atenção o que pensam esses novos sujeitos.

Ao analisar a condição de sujeitos de direito atribuída a crianças e a adolescentes pela doutrina da proteção integral, Eduardo Rezende MELO, reportando-se às diretrizes da Convenção sobre os Direitos da Criança – promoção, proteção e participação – sugere um deslocamento de pontos de vista. Segundo o autor, para que o referencial da criança e do adolescente sirva como norte de atuação, a visão fundada nas *necessidades* deveria dar lugar àquela baseada em *interesses e direitos*:

> *"Procurou-se, neste ponto, apontar o quanto falar em 'necessidades' – referência que ainda em muito domina nosso pensamento a respeito da idéia de proteção – implica a afirmação da criança por um modelo deficitário de pessoa, porque pauta-se por aquilo que lhe falta, não pelo que ela quer ser,*

[133] Objeto do Capítulo I deste trabalho.
[134] Detalhamento jurídico objeto do Capítulo II deste trabalho.

deixando-se, via de regra, a definição do que se lhe há de suprir aos adultos, tomados como referencial daquilo que deve se tornar. Nesta ótica crítica, uma tal visão implicaria a manutenção de um modelo tutelar pautado por uma visão de desenvolvimento humano normalizador nos termos foucaultianos, portanto sempre remetida ao futuro – com o quê ela é excluída de bens econômicos e políticos do presente.

Importava, portanto, ***a desvinculação do discurso das necessidades de crianças e adolescentes, para compreendê-los a partir de seus próprios interesses****. Com isto, passa-se a reconhecer-lhes* ***graus de protagonismo*** (agency) *e se culmina com um outro entendimento e a possibilidade de reconhecimento de sua subjetividade jurídica. Isto se dá porque a idéia de 'interesse' toma as crianças como ponto de referência primário, fazendo com que medeiem-se a si mesmas, e permite-lhes fazer reclamações, postulações, cobranças de responsabilidades e de oportunidades para expressão de suas opiniões.* ***É também com esta idéia de 'interesse' centrada na subjetividade de quem fala que se rompe, ainda, com a idéia do adulto ditando exclusivamente o que deva ser o superior interesse da criança, porque é o próprio sujeito do interesse que deve ser legitimado a falar por si, conquanto assistido de formas variadas.***

Esta idéia de interesses das crianças é, portanto, fundamentalmente política, definindo os escopos de um específico grupo minoritário da sociedade, pensado como categoria social separada, abrindo-a à ***luta pelo reconhecimento de sua especificidade*** *dentro de um marco mais amplo de direitos humanos."* (grifos nossos) [135]

A inversão de referencial proposta por Eduardo Rezende MELO acarreta, por certo, a desconstrução de alguns significados fortemente solidificados quanto à melhor forma de cuidar de crianças e adolescentes, ao conferir a estes últimos os estímulos para a produção de outras significações que passam a integrar o processo decisório, tornando-o mais

[135] MELO, Eduardo Rezende. *Crianças e adolescentes em situação de rua: Direitos Humanos e Justiça. Uma reflexão crítica sobre a garantia de direitos humanos de crianças e adolescentes em situação de rua e o sistema de justiça no Brasil.* São Paulo: Malheiros, 2011, p.24/25.

complexo porque formado pela integração de outros atores e por outras formas de conhecimento, não necessariamente jurídicas. Adotar a proposta do autor enseja, portanto, o questionamento de uma rede aparentemente segura de valores pretensamente protetivos, abrindo margem para a construção de outros sob a perspectiva da própria criança e adolescente.

Proteção e promoção de direitos da infância e juventude, nessa linha de raciocínio, encontram-se fortemente conectadas com a terceira diretriz de garantia de participação da criança e do adolescente nos processos[136] que lhes são afetos. São diretrizes indissociáveis, atendidas por meio de um esforço democrático sem qualquer intencionalidade predefinida sobre o que deve ser feito em relação a esses novos atores, marcado pelos propósitos de emancipação e autonomia da criança e do adolescente.[137]

O empoderamento de crianças e adolescentes possibilita uma dupla experiência aos indivíduos adultos e, em última medida, ao Estado.

De início, fortalece uma subjetividade individual, no sentido de fazer emergir a criança ou o adolescente em sentido concreto, com suas próprias experiências e seu peculiar modo de pensar. Desnudam-se, assim, não apenas uma única infância, normalizada por meio de um só conjunto de valores, mas sim múltiplas infâncias cujos interesses e direitos não são conhecidos *a priori*, mas construídos simultaneamente à análise de um caso concreto. Assim, a multiplicidade de realidades acaba por recomendar a concepção de uma variedade de possibilidades, inclusive jurídicas.

Em segundo lugar, fortalece uma subjetividade coletiva, possibilitando a formação de um verdadeiro grupo social apto a participar e reivindicar, a partir de seu modo peculiar de entendimento e expressão, aquilo que, sob sua perspectiva, assume o caráter real de proteção e promoção de seus direitos.[138]

Entretanto, aceitar que as crianças e os adolescentes são sujeitos de direito e, portanto, devem ser ouvidos nos assuntos que lhes são afetos, apesar de importante, pode não ser suficiente para a garantia efetiva de seus direitos. Ensina Eduardo Rezende MELO

---

[136] O termo "processo" é utilizado aqui não apenas no sentido de processo judicial, mas sim de qualquer realidade social em que haja interesses de crianças e adolescentes.

[137] MELO, Eduardo Rezende. *Crianças e adolescentes em situação de rua: Direitos Humanos e Justiça. Uma reflexão crítica sobre a garantia de direitos humanos de crianças e adolescentes em situação de rua e o sistema de justiça no Brasil.* São Paulo: Malheiros, 2011, p.39.

[138] A hipótese foi trabalhada por Eduardo Rezende MELO para o que denominou grupo social das crianças e adolescentes em situação de rua.

que, ao lado do dever de escuta, emerge o dever de possibilitar à criança e ao adolescente o aumento de sua capacidade de ação social e, no campo do Direito, de sua capacidade de assumir posições jurídicas.[139]

Na verdade, cumpre ressaltar que não basta escutar a criança ou o adolescente em ato de mera formalidade, mas sim considerar essa manifestação de pensamento e a ela conferir consequência jurídica. Agir dessa forma não significa delegar à criança e ao adolescente a decisão sobre determinado assunto, mas sim considerar sua opinião fundada como critério relevante e, por vezes, determinante na construção, necessariamente horizontal e democrática, de uma rede de novos significados ajustados àquela situação concreta. O ônus de argumentação, portanto, nas situações em que a opinião da criança e do adolescente é ouvida, mas descartada como elemento de decisão, apresenta-se com novos contornos.

A Convenção dos Direitos da Criança ressalta, no seu artigo 12, o direito da criança e do adolescente de serem ouvidos na definição de seus destinos:

> *"1. Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se em consideração essas opiniões, em função da idade e da maturidade da criança.*
>
> *2. Com tal propósito, proporcionar-se-á à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais de legislação nacional."*

O Estatuto da Criança e do Adolescente, seguindo a doutrina da proteção integral, prevê a escuta das crianças e dos adolescentes nas hipóteses de colocação em família substituta.[140] Ademais, com a Lei nº 12.010/2009, os espaços para tal finalidade foram

---

[139] MELO, Eduardo Rezende. *Crianças e adolescentes em situação de rua: Direitos Humanos e Justiça. Uma reflexão crítica sobre a garantia de direitos humanos de crianças e adolescentes em situação de rua e o sistema de justiça no Brasil.* São Paulo: Malheiros, 2011, p.39.

[140] Art.28. *"A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.*

ampliados ao ser prevista a sua participação como um dos princípios que rege a aplicação das medidas específicas de proteção.[141]

Contudo, tais dispositivos legais, condizentes com o reconhecimento das crianças e dos adolescentes como sujeitos de direito, devem ser considerados em um contexto de rompimento de paradigmas. É necessário, portanto, disponibilidade para a desconstrução de uma rede de significações e de valores preestabelecidos, construída a partir da visão do adulto e profundamente marcada por uma discriminação histórica, e, a seguir, esforço democrático para a construção de novos significados e a eleição de novos valores a partir do referencial da criança e do adolescente. Agir de outra forma se contrapõe ao propósito da lei.

Nesse sentido:

> *"(...) é fundamental ter presente o quanto o reconhecimento da capacidade de ação por parte de crianças e adolescentes está limitado por toda uma estruturação histórica da concepção de autonomia e dos direitos subjetivos fundada em referências adultocêntricas, racionais, de que crianças e adolescentes não seriam detentores por completo. (...) Por isso, não basta a afirmação de que se é sujeito de direitos. Precisa-se compreender de modo distinto como reconhecer as competências jurídicas através da legitimação de participação social de crianças e adolescentes, pelo reconhecimento de suas competências sociais."* [142]

Parágrafo 1º. Sempre que possível, a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada.
Parágrafo 2º. Tratando-se de maior de 12 (doze) anos de idade, será necessário seu consentimento, colhido em audiência.
(...)"

[141] Art.100. *"Na aplicação das medidas [específicas de proteção] levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.*
Parágrafo único: São também princípios que regem a aplicação das medidas:
(...)
XII. oitiva obrigatória e participação: a criança e o adolescente, em separado ou na companhia dos pais, de responsável ou de pessoas por si indicadas, bem como os seus pais ou responsável, têm direito a ser ouvidos e a participar nos atos e na definição da medida de promoção dos direitos e de proteção, sendo sua opinião devidamente considerada pela autoridade judiciária competente, observado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art.28 desta Lei."

[142] MELO, Eduardo Rezende. *Crianças e adolescentes em situação de rua: Direitos Humanos e Justiça. Uma reflexão crítica sobre a garantia de direitos humanos de crianças e adolescentes em situação de rua e o sistema de justiça no Brasil.* São Paulo: Malheiros, 2011, p.46/47.

A condição peculiar de pessoas em desenvolvimento em absoluto desnatura a aptidão de crianças e adolescentes de expressarem seus pensamentos, desejos e sentimentos. Nesse sentido, a incapacidade civil não se sustenta como óbice à titularidade e ao exercício do direito de falar por si e ter suas opiniões devidamente consideradas.

Sobre o assunto, pertinente destacar o ensinamento de Vicente de Paula FALEIROS ao tratar da política da ordem – típica do Direito do Menor – em detrimento da política voltada para o reconhecimento da cidadania de crianças e adolescentes, aqui entendida como a aptidão para o exercício de direitos fundamentais:

> *"A relação entre ordem e cidadania se expressa na articulação de políticas para os perigosos, nas políticas repressivas, seja com ênfase na tutela pessoal da criança seja com ênfase na ordem geral a ser preservada, seja na* ***consideração da criança como menor ou incapaz****, seja na defesa da raça e da sociedade. A política da menorização também oscila entre o polo assistencial (abrigos, asilos, albergues) e o polo jurídico (prisões, patronatos, casas correcionais, centros de internamento) articulada a um processo de institucionalização como forma de controle social.*
>
> ***Uma política voltada para a cidadania implica outra relação com o Estado, baseada no direito e na participação, combina a autonomia da criança, com a solidariedade social e o dever do Estado em propiciar e defender seus direitos como cidadã.****"* (grifos nossos) [143]

Ao considerar a criança e o adolescente como cidadãos, fortalecendo-os em suas capacidades para manifestação de pensamento e escolhas fundadas, conceitos como os de "cidadania" ou de "poder" sofrem uma profunda revisão porque passam a ser pensados mais horizontalmente.[144]

Por sua vez, em contraponto ao critério etário – natural e biológico – emerge o critério de competência social para fins de pleno exercício do direito de participação. Tais

---

[143] RIZZINI, Irene e PILOTTI, Francisco (org.). *A arte de governar crianças, a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil.* 2ª ed.. São Paulo: Cortez, 2009, p.35/36.

[144] MELO, Eduardo Rezende. *Crianças e adolescentes em situação de rua: Direitos Humanos e Justiça. Uma reflexão crítica sobre a garantia de direitos humanos de crianças e adolescentes em situação de rua e o sistema de justiça no Brasil.* São Paulo: Malheiros, 2011, p.48.

competências não são apenas as instrumentais, envolvendo uma habilidade técnica, mas referem-se às capacidades de construção de sentidos e de significações.[145]

Eduardo Rezende MELO desenvolve a ideia de que o critério etário não pode servir como base para uma real discriminação envolta em um aparente discurso de proteção:

> *"(...) a afirmação de direitos humanos de crianças e adolescentes coloca justamente em discussão a possibilidade de reconhecimento de uma discriminação fundada na idade para denegação de direitos a este específico grupo populacional e o questionamento sobre se os limites da mera distinção etária, sem consideração de outros fatores, respeitam os princípios da legitimidade, necessidade e proporcionalidade do estabelecimento da diferença de tratamento, sem os quais o fim de promoção da autonomia, ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, estaria em questão.*
>
> *A pretensão de promoção de proteção com empoderamento, titulação de direitos e definição de responsabilidades só pode se dar pela superação de estereótipos do que seja a capacidade para exercício de direitos por crianças e adolescentes em certas faixas etárias, tanto no estabelecimento de limites coletivos em comparação com adultos como também das próprias crianças e adolescentes entre si, que devem ter sua singularidade individual e social respeitada.*
>
> *Afirma-se, então, que a predição geral de capacidade fundada apenas na idade é ilegítima com fundamento no princípio de não-discriminação (art.2º da Convenção sobre os Direitos da Criança), devendo ser considerada apenas como um indicador geral."* [146]

Sustenta referido autor, portanto, que a competência para o exercício de direitos pode servir como critério de decisão, possibilitando, com isso, a reafirmação *"(...) de promoção participativa e garantista de direitos, que coloque os próprios sujeitos*

---

[145] MELO, Eduardo Rezende. *Crianças e adolescentes em situação de rua: Direitos Humanos e Justiça. Uma reflexão crítica sobre a garantia de direitos humanos de crianças e adolescentes em situação de rua e o sistema de justiça no Brasil.* São Paulo: Malheiros, 2011, p.54.

[146] MELO, Eduardo Rezende. *Crianças e adolescentes em situação de rua: Direitos Humanos e Justiça. Uma reflexão crítica sobre a garantia de direitos humanos de crianças e adolescentes em situação de rua e o sistema de justiça no Brasil.* São Paulo: Malheiros, 2011, p.61/62.

interessados como co-autores do processo de negociação de suas condições e possibilidades de existência." [147]

Compreender a criança e o adolescente como sujeitos de direito demanda, assim, profunda reflexão sobre as reais condições de exercício de seu direito de participação nos processos que lhes são afetos. Tal direito de participação, por sua vez, impõe o reconhecimento e o fortalecimento de competências – capacidades de construir sentidos e significações – em um movimento de busca de autonomia e emancipação.

Pertinente o ensinamento de Tânia da Silva PEREIRA, ao citar Maria Helena NOVAES:

> *"A criança e o adolescente sabem retratar suas dificuldades e desejos com muita propriedade, localizando conflitos e problemas na área social e afetivo-emocional. (...) Considerar a criança e o adolescente como formas abstratas e visões de mundo frias e distantes só aumenta sua incompreensão, por não considerar suas falas e manifestações orais. (...) A infância, em sua aparente fragilidade, pode revelar ao adulto, verdades que ele não consegue mais ouvir ou enxergar."* [148]

Trazer essa perspectiva de empoderamento de crianças e adolescentes para os casos de afastamento da família biológica e colocação em família substituta, notadamente na modalidade adoção, colabora para a garantia de ampliação dos espaços de escuta e reconstrução de referenciais e de valores, deslocando-os em direção à visão da criança e do adolescente que, da sua maneira, são capazes de exprimir sentimentos, desejos, pensamentos e opiniões.

Ao indivíduo adulto e, em última instância, ao Estado cabem propiciar o aperfeiçoamento das condições para que as crianças e os adolescentes possam falar por si, criando espaços adaptados aos seus posicionamentos. Ensina Eduardo Rezende MELO que *"melhora-se a capacidade de exercício de competências aumentando ativos pessoais de*

---

[147] MELO, Eduardo Rezende. *Crianças e adolescentes em situação de rua: Direitos Humanos e Justiça. Uma reflexão crítica sobre a garantia de direitos humanos de crianças e adolescentes em situação de rua e o sistema de justiça no Brasil.* São Paulo: Malheiros, 2011, p.63.

[148] PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da Criança e do Adolescente, uma proposta interdisciplinar*. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.309.

crianças e adolescentes para lidar com o sistema ou ***fazendo com que as escolhas dentro do sistema se tornem menos irreversíveis****.”* (grifos nossos) [149]

Retomando a análise da adoção e de sua pretensa imutabilidade, a lição acima transcrita auxilia na compreensão da enorme dificuldade para o Direito de garantir permanência e estabilidade a situações envolvendo crianças e adolescentes, notadamente quando eles se colocam como protagonistas de sua própria história, a quem se reconhece o direito de fazer escolhas e, até mesmo, rever as escolhas que tenham feito.

III (b). Os direitos fundamentais da criança e do adolescente: O direito à convivência familiar

Compreender o direito à convivência familiar por meio de uma perspectiva crítica recomenda a retomada de lições do passado.

A evolução histórica do Direito da Infância e Juventude[150] demonstra o estreito convívio das crianças e adolescentes carentes/delinquentes com a prática da institucionalização indiscriminada. Essa opção política do Estado, executada por mais de sessenta anos, foi considerada pelo legislador a melhor resposta para o que se convencionou rotular de incompetência ou incapacidade das famílias pobres para cuidarem de seus filhos. O processo de desqualificação desses indivíduos perante eles mesmos, as autoridades e a sociedade em geral foi longo e intenso, não sendo descabido afirmar que a imagem dessas famílias, ainda nos dias de hoje, apresenta traços desse preconceito enraizado na mentalidade de muitos brasileiros.

Parece necessário, portanto, se desvincular dessa imagem historicamente construída nas bases de um suposto fracasso das famílias pobres nos cuidados de seus filhos, com vistas a conhecê-las de fato. Para isso, impõem-se a criação de espaços para que essas pessoas sejam ouvidas atentamente, sem preconceitos, e a predisposição para se deparar com diferentes formas de configuração familiar e de manifestações de afeto.

Em estudo realizado com famílias que tinham crianças ou adolescentes em entidades de acolhimento institucional no município de São Paulo, Eunice Teresinha

---

[149] MELO, Eduardo Rezende. *Crianças e adolescentes em situação de rua: Direitos Humanos e Justiça. Uma reflexão crítica sobre a garantia de direitos humanos de crianças e adolescentes em situação de rua e o sistema de justiça no Brasil.* São Paulo: Malheiros, 2011, p.63.

[150] Objeto do Capítulo I deste trabalho.

FÁVERO, Maria Amália Faller VITALE e Myrian Veras BAPTISTA apresentam dados que rompem com a imagem preconcebida dessas pessoas, notadamente em relação ao vínculo de afeto entre pais e filhos que, muitas vezes, permanece durante a institucionalização.

A pesquisa revelou que 98% dos entrevistados havia afirmado o desejo de desabrigar suas crianças e adolescentes. Cumpre registrar a análise desse percentual pelos autores:

> *"A intenção de desabrigar, expressa pela maioria quase absoluta, indica o desejo dos familiares de ter suas crianças ou adolescentes de volta às suas casas, razão pela qual é necessário sempre lembrar que crianças e/ou adolescentes institucionalizados 'também têm família. [...] Sua gênese é produto de uma determinada configuração familiar, portanto, possuem laços a serem pesquisados e desvelados' (LOSACCO, 2003, p.65)."* [151]

Ainda na perspectiva de manutenção de vínculos entre pais e filhos, a mesma pesquisa consignou que cerca de 90% se fez presente às visitas nas entidades de acolhimento e, quanto à minoria que não visitou suas crianças e adolescentes, parece não haver falta de vontade em fazê-lo, mas impossibilidade, o que, mais uma vez, *"(...) indica a existência de interesse, afeto e desejo de manter vínculos."* [152] [153]

Por outro lado, a pesquisa também evidencia que essas mesmas famílias ainda são vítimas de julgamentos proferidos por autoridades e pela sociedade em geral que as culpam por um suposto fracasso na criação de seus filhos, sendo-lhes impostas metas incompatíveis com a sua realidade social. Essa postura, frequentemente adotada pelos operadores do

---

[151] FÁVERO, Eunice Teresinha, VITALE, Maria Amália Faller e BAPTISTA, Myrian Veras (org.). *Famílias de crianças e adolescentes abrigados. Quem são, como vivem, o que pensam, o que desejam.* São Paulo: Paulus, 2008, p.38/39.

[152] FÁVERO, Eunice Teresinha, VITALE, Maria Amália Faller e BAPTISTA, Myrian Veras (org.). *Famílias de crianças e adolescentes abrigados. Quem são, como vivem, o que pensam, o que desejam.* São Paulo: Paulus, 2008, p.40/41.

[153] Durante a discussão do Projeto de Lei nº 6222/05 na Câmara dos Deputados, que culminou com a aprovação da Lei 12.010/09, a Deputada Maria do Rosário, ao analisar a situação das entidades de acolhimento institucional no país, destacou que, segundo estudo do IPEA, 86,7% das crianças e adolescentes acolhidos institucionalmente possuem família; 58,2% mantem vínculos familiares; 5,8% estão impedidos por via judicial de contato com a família; e 5% são órfãos. Dados obtidos no site da Câmara dos Deputados – acesso em 24/06/2014, Projeto de Lei nº 6222/05, voto em separado da Deputada Maria do Rosário, em 13/12/2006, p.06.

Direito, faz com que tais pessoas revivam a imagem construída historicamente de que nunca serão boas o bastante para terem seus filhos sob sua companhia. Nesse sentido, mostra-se pertinente ouvir diretamente essas famílias para, então, repensar os critérios que, mesmo na atualidade, conformam o conceito de "famílias estruturadas", também construído historicamente e marcado pela ideologia estatal anterior à doutrina da proteção integral, conforme depoimentos abaixo transcritos:

> *"O pai manifesta muita preocupação de perder os filhos e diz com muita emoção que os ama muito. A mãe refere que fizeram tudo o que lhes foi pedido pela Vara da Infância e Juventude, mas queixa-se que este esforço parece nunca ser suficiente, o que parece deixá-la desanimada e indignada. Ela diz 'mas agora não dá mais para ficar adiando, a gente faz tudo direitinho...nossa vida mudou, mas o juiz não acha, ele acha que a gente continua a viver naquela bagunça...Seria melhor que eles [pessoal da Vara] ao invés de ficar escrevendo um monte de papéis fossem lá no nosso bairro ver nossa casa, perguntar para os vizinhos.*
>
> *A mãe conta que sempre vai ao Fórum e que tem se sentido muito pressionada pelos profissionais: 'Mãe, você sabe que as crianças estão sofrendo, quando a senhora vai desabrigar?' Fala de seu esforço para conseguir melhorar sua condição financeira e do quanto lhe faltam oportunidades. Questiona o papel do Estado na atual situação em que vive: quando o companheiro cumpria pena de prisão, teve acesso ao auxílio-reclusão e pôde cuidar dos filhos; diz que hoje, se tivesse algum auxílio, não os teria abrigado. Questiona-se se fez certo ao abrigar as crianças, e se manifesta 'impotente e angustiada' com tal situação. Tem 'perguntado ao juiz' quanto precisaria ganhar para desabrigar os filhos e, segundo conta, ele lhe diz que precisa ter um emprego para pagar o aluguel, a luz, a água e uma pessoa para cuidar das crianças. 'Só isso!'! diz."* [154]

[154] FÁVERO, Eunice Teresinha, VITALE, Maria Amália Faller e BAPTISTA, Myrian Veras (org.). *Famílias de crianças e adolescentes abrigados. Quem são, como vivem, o que pensam, o que desejam.* São Paulo: Paulus, 2008, p.137/138.

As falas acima destacadas, de famílias com suas crianças e adolescentes acolhidos institucionalmente, evidenciam o enorme descompasso entre o que lhes é exigido pelo Estado e a conjuntura social em que vivem. Parece que o conceito historicamente construído de "famílias estruturadas ou desestruturadas" ainda contempla o mesmo conteúdo da época do antigo Direito do Menor.

Indagadas sobre o que precisariam fazer para conseguirem o desacolhimento institucional de seus filhos, 29% das famílias ouvidas na pesquisa em tela declarou que seria preciso convencer o Judiciário para que ele passasse a acreditar que elas tem condições de cuidar de suas crianças e adolescentes, ou seja, seria necessário provar sua competência ou capacidade ao Estado-Juiz. [155]

Esse espaço para a voz das famílias afastadas compulsoriamente de seus filhos também auxilia a compreensão de que tais pessoas estão sujeitas a uma perversa imposição pelo Estado que, mantendo-se distante da realidade socioeconômica e cultural dessas famílias, coloca sob seus ombros a responsabilidade de, por meio de um esforço solitário, romper com o ciclo histórico de grave vulnerabilidade a que sempre estiveram submetidas.

Nesse sentido:

> *"De maneira geral, em quase todas as falas percebe-se o afeto e interesse nos cuidados com as crianças. Verifica-se o esforço em estabelecer outras condições de vida para ter as crianças de volta em casa. Todavia, em várias situações evidenciam-se o sofrimento e a impotência frente às dificuldades de ordem material para o exercício desses cuidados. Aliado às exigências por parte do Judiciário, as quais parecem se concentrar nas condições materiais [...] esse retorno apresenta-se como algo difícil de ser efetivado, na medida em que parece haver mais cobrança de um 'esforço individual' por parte das*

[155] FÁVERO, Eunice Teresinha, VITALE, Maria Amália Faller e BAPTISTA, Myrian Veras (org.). *Famílias de crianças e adolescentes abrigados. Quem são, como vivem, o que pensam, o que desejam.* São Paulo: Paulus, 2008, p.139. A mesma pesquisa revelou outros fatores de ordem objetiva e material: 29%, ter moradia, escola e renda; 18%, ter emprego e salário; 15%, ter onde deixar os filhos no período do trabalho; 3%, ter alguém da família para ajudar a cuidar. Percebe-se, portanto, que a maioria das famílias entrevistadas - 29% - acredita que convencer o Judiciário de sua capacidade para reassumir os cuidados com os filhos é mais difícil do que alcançar a realização de todos os outros direitos de cunho social, dentre eles o de moradia, trabalho e educação.

famílias do que um trabalho articulado em rede para apoiá-la, em especial no que se refere ao acesso e garantia de seus direitos sociais." [156]

A solidão com que essas famílias são obrigadas pelo Estado a se "estruturarem" mostra-se evidente quando se avalia que, conforme dados levantados, em 78% dos casos, elas não contam com qualquer programa de assistência social voltado à geração de renda.[157] O Estado, portanto, não se desonera de sua função de auxiliar essas famílias na busca por uma cidadania plena, por meio de políticas públicas, mas se limita a culpabilizá-las pelo fracasso na criação de seus filhos, frequentemente institucionalizados:

> *"Nota-se uma 'cultura de institucionalização', revelada pelo longo tempo de permanência em abrigo por parcela significativa desse grupo. Disso se pode confirmar que o Brasil cultivou práticas de institucionalização de suas crianças/adolescentes em vez de investir em políticas públicas articuladas que pudessem favorecer a essa população e suas famílias o acesso aos direitos sociais. Conforme Rizzini e Rizzini (2004), o Estado, com um discurso de culpabilização e de incompetência das famílias pobres, negou-lhes a responsabilidade e o direito de cuidarem de seus filhos."* [158]

A perversidade de se atribuir às famílias, de forma solitária, a ruptura do ciclo histórico de violência, alimenta a ideia de fracasso com que são tratadas. De acordo com depoimentos coletados, elas mesmas parecem acreditar na condição de fracassadas, refletida em um sentimento de resignação e impotência:

> *"Ao estabelecer contato com um pai por ocasião da visita aos filhos acolhidos, a pesquisadora pode presenciar o carinho existente entre eles. O pai demonstra tristeza por ter os filhos longe; ao mesmo tempo reconhece os benefícios que os filhos recebem no abrigo como a comida, ter um melhor lugar para dormir e ir*

---

[156] FÁVERO, Eunice Teresinha, VITALE, Maria Amália Faller e BAPTISTA, Myrian Veras (org.). *Famílias de crianças e adolescentes abrigados. Quem são, como vivem, o que pensam, o que desejam.* São Paulo: Paulus, 2008, p.136.

[157] FÁVERO, Eunice Teresinha, VITALE, Maria Amália Faller e BAPTISTA, Myrian Veras (org.). *Famílias de crianças e adolescentes abrigados. Quem são, como vivem, o que pensam, o que desejam.* São Paulo: Paulus, 2008, p.88.

[158] FÁVERO, Eunice Teresinha, VITALE, Maria Amália Faller e BAPTISTA, Myrian Veras (org.). *Famílias de crianças e adolescentes abrigados. Quem são, como vivem, o que pensam, o que desejam.* São Paulo: Paulus, 2008, p.69.

à escola. Às vezes sua fala revela uma certa resignação diante da situação que vive, no entanto, relata que quer mudar tal situação e ter os filhos de volta." [159]

Na verdade, já se percebe uma violação sucessiva de direitos fundamentais causadora de um dano intergeracional, na medida em que a história dos pais que tem seus filhos acolhidos institucionalmente repete a história de seus ascendentes que, em muitos casos, também vivenciaram as múltiplas situações de não-cidadania e desrespeito a seus direitos fundamentais que, em última análise, alcança a institucionalização.

O mais grave é que tal imposição do Estado para "estruturação" das famílias em situação de vulnerabilidade, pelo próprio significado do termo, não agrega qualquer preocupação de garantir-lhes a efetiva participação nesse processo, para com elas – e não para elas – pensar em possíveis soluções. Ampliar os espaços para efetivo exercício do direito de participação – direito de voz – por essas famílias poderia servir para a descoberta de uma melhor solução para casos submetidos à apreciação do Estado-Juiz. Pensar desta forma, contudo, pressupõe a aceitação de que, não raras vezes, a solução encontrada pelo Estado pode não ser a melhor dentre outras possíveis e, ainda, o reconhecimento de que famílias em situação de vulnerabilidade podem ter muito a dizer sobre a realidade submetida a julgamento, agregando ao processo novas experiências e pontos de vista. São premissas, contudo, que exigem dos operadores do Direito o exercício de desapego a conceitos e estruturas preconcebidas.

A necessidade de garantia de novas possibilidades de escolha no processo envolvendo crianças, adolescentes e suas famílias pode ser exemplificada na fala de uma mãe que teve destituído o poder familiar sobre seus filhos e, ainda assim, passados dez anos, conseguiu encontrá-los em uma entidade de acolhimento institucional e levá-los para a casa, contando com a autorização do mesmo Estado-Juiz que a havia destituído do poder familiar em data anterior:

"A mãe fala que pensava estar 'estruturada', pois estava bem empregada e arrumou um barraco para morar, e que seu desejo era tirar as crianças do

[159] FÁVERO, Eunice Teresinha, VITALE, Maria Amália Faller e BAPTISTA, Myrian Veras (org.). *Famílias de crianças e adolescentes abrigados. Quem são, como vivem, o que pensam, o que desejam.* São Paulo: Paulus, 2008, p.133.

abrigo. Mas relata que o juiz não aceitou sua condição, disse que um barraco não servia para ela morar com seus filhos. Conta que 'perdeu a cabeça', e falou para a filha mais velha que iria sequestrar as crianças e tirá-las de lá; a menina acabou dizendo para a assistente social, então 'o juiz resolveu mudar as crianças daquele abrigo', a destituiu do poder familiar, e ela perdeu o contato com os filhos. Após esse acontecimento, diz que ficou 'perturbada', vagava pelas ruas, chegou a dormir em um cemitério, dizendo que lá 'tinha paz', a vida para ela não tinha mais sentido, e que 'um cigarro e um prato de comida' era o suficiente. Passados alguns anos, arrumou um companheiro que é o pai da filha caçula, a única que não passou pelo processo de abrigamento e, dez anos após a perda do pátrio poder, ela 'tomou coragem' para saber do paradeiro dos filhos e 'um juiz informou o endereço onde as crianças estavam'. Atualmente todos os filhos retornaram à sua casa, e estão sendo acompanhados pela Vara da Infância e da Juventude e pela assistente social do abrigo." [160] [161]

Essa história demonstra, ainda, o poder de transformação de famílias em situação de vulnerabilidade porque, passados dez anos, a mãe em referência construiu um outro núcleo familiar – com outro companheiro e com outra filha – e, como recebeu seus filhos anteriormente acolhidos institucionalmente sob supervisão da vara da infância, pode se pressupor que o ambiente que essa mãe conseguiu criar durante tal período era suficientemente saudável.

O poder de transformação das famílias em situação de vulnerabilidade confere dinamismo ímpar às relações que o Direito pretende disciplinar de forma estável e, em alguns casos como o da adoção, definitiva e irrevogável. Indaga-se se, caso essa mãe fosse

---

[160] FÁVERO, Eunice Teresinha, VITALE, Maria Amália Faller e BAPTISTA, Myrian Veras (org.). *Famílias de crianças e adolescentes abrigados. Quem são, como vivem, o que pensam, o que desejam.* São Paulo: Paulus, 2008, p.137.

[161] É curioso perceber que, nessa fala, a mãe adota o termo analisado em linhas precedentes – "famílias estruturadas ou desestruturadas" –, dizendo que imaginava estar "estruturada" para receber seus filhos, o que demonstra a assimilação de um vocabulário aparentemente estranho à sua realidade, advindo de fatores externos que podem não ter qualquer identidade com sua própria noção de família. Essa constatação reforça a afirmação do quanto o ideal de família construído historicamente e marcado por uma ideologia de controle e exclusão está enraizado na sociedade atual e na própria mentalidade daqueles que vivenciam a marginalização.

ouvida atentamente pelo Estado, sem o estigma histórico de ser incompetente e incapaz de cuidar de seus filhos, sendo os seus direitos sociais atendidos, o processo que culminou com a destituição do poder familiar e a institucionalização das suas crianças e adolescentes poderia ter alcançado um desfecho mais saudável e menos traumático a todos os integrantes dessa família.

Cumpre ressaltar, portanto, que, caso o Direito insista na busca da estabilidade de relações familiares essencialmente dinâmicas, deve ampliar os espaços de participação das crianças, dos adolescentes e de suas famílias no processo de decisão de seus destinos, sob pena de, passados alguns anos – como ocorreu no caso sob apreciação –, o Estado ser instado a reavaliar posicionamentos anteriormente adotados, sem que tal retratação apague o prejuízo psíquico e emocional causado àquelas crianças e adolescentes afastados de sua família de origem.

É necessário reavaliar os critérios frequentemente invocados pelos operadores do Direito para o afastamento de filhos de seus pais por meio da destituição do poder familiar, acolhimento institucional e, ao final, colocação em família substituta via adoção. Essa reavaliação passa pela imperativa ruptura do estigma de que famílias pobres são incapazes de cuidar de seus filhos.

Pobreza e incapacidade, portanto, confundem-se quando apreciadas como causa de afastamento de pais e filhos. Talvez por essa confusão conceitual, ideologicamente marcada na história social das crianças, adolescentes e suas famílias, convivam, atualmente, a vedação legal – coerente com a doutrina da proteção integral –, de destituição do poder familiar motivada por carência material das famílias, e a realidade marcada pelo fato das crianças e adolescentes afastados de suas famílias integrarem grupos sociais marginalizados – coerente com a doutrina do Direito do Menor:

> *"Estudos realizados em autos processuais do Judiciário paulistano demonstram que famílias destituídas do poder familiar, que tiveram filhos retirados por ordem judicial ou os entregaram a outras famílias, alegaram, ou constatou-se como motivação central, a privação econômico-material, o não-acesso a políticas sociais, a fragilidade dos laços familiares e o desenraizamento em relação à cidade (FÁVERO, 2001). Constatação nessa*

mesma direção foi realizada por Gueiros (2007) em estudos a respeito de adoções por consentimento da família de origem." [162]

E, ainda:

> *"Constata-se, enfim, que as famílias das crianças e adolescentes sob medida de proteção abrigo são aquelas que na divisão social do trabalho situam-se na condição mais precária. São famílias premiadas pela desigualdade social, marcadas em seus percursos pelo trabalho infantil, por pouco acesso à escolarização formal, pelo desemprego ou trabalho precário. A relação com programas de assistência social é reduzida. A universalização de direitos, prevista constitucionalmente, não se realiza para esses sujeitos praticamente em nenhuma de suas esferas, tampouco políticas focais lhes são asseguradas."* [163]

Conforme atestam os dados apresentados, são essas, em grande parte, as famílias cujos filhos são colocados em adoção.

Não se ignora que o direito à convivência familiar teve como propósito evitar a institucionalização de crianças e adolescentes, o que, certamente, destroi suas individualidades. Apresenta-se, portanto, como uma estratégia jurídica válida para romper a tradição construída desde a época do Direito do Menor. Contudo, evitar a institucionalização não significa buscar a todo custo a colocação das crianças em famílias substitutas, mas fazê-lo apenas quando esgotados os meios de intervenção protetiva com a família de origem. Essa é, inclusive, a recomendação, ou melhor, a imposição da lei, fiel aos preceitos da doutrina da proteção integral.

Ocorre que os resultados da pesquisa analisada neste tópico demonstram o aparente desvirtuamento da lei, na medida em que a excepcionalidade da institucionalização ou da colocação em família substituta é corriqueiramente invocada pelos operadores do Direito

---

[162] FÁVERO, Eunice Teresinha, VITALE, Maria Amália Faller e BAPTISTA, Myrian Veras (org.). *Famílias de crianças e adolescentes abrigados. Quem são, como vivem, o que pensam, o que desejam.* São Paulo: Paulus, 2008, p.20.

[163] FÁVERO, Eunice Teresinha, VITALE, Maria Amália Faller e BAPTISTA, Myrian Veras (org.). *Famílias de crianças e adolescentes abrigados. Quem são, como vivem, o que pensam, o que desejam.* São Paulo: Paulus, 2008, p.203.

que, contudo, o fazem em um contexto e com uma mentalidade impregnada de preconceitos e prejulgamentos. Essa prática, ao final, corrompe o processo decisório e peca por violar a mesma lei que lhe serviu de fundamento. Por tal razão, consignou-se, no início deste trabalho, a pertinência de uma análise não meramente formal do Direito da Infância e Juventude, observando-o sob o enfoque de sua prática jurídica.

Acredita-se que ouvir essas crianças, adolescentes e suas famílias e com eles dialogar, de modo paritário, construtivo e despido de preconceitos historicamente enraizados permitiria ao Direito buscar melhores destinos a crianças e adolescentes, quer mantendo-os na família de origem, quer encaminhando-os à família substituta.

Para atingir tal finalidade, contudo, os critérios que norteiam a aplicação de institutos acolhidos pela doutrina da proteção integral devem ser repensados e rediscutidos, sob pena de retrocesso a uma realidade histórica que, por longos anos, preocupou-se em desqualificar pessoas da sua condição de sujeitos de direito.

Conforme asseverou Alessandro PORTELLI, citado por Eunice Teresinha FÁVERO, Maria Amália Faller VITALE e Myrian Veras BAPTISTA, *"se ouvirmos e mantivermos flexível nossa pauta de trabalho, a fim de incluir não só aquilo que queremos ouvir, mas também o que a outra pessoa tem a dizer, nossas descobertas sempre vão superar nossas expectativas."* [164]

III (c). A colocação em família substituta: modalidade Adoção

A perspectiva que se pretende conferir à análise da adoção neste tópico de nenhuma forma diminui a importância do instituto para a efetiva garantia do direito à convivência familiar, responsável, em grande medida, pela ruptura do modelo de institucionalização com que crianças e adolescentes brasileiros conviveram por tanto tempo.

Na verdade, busca-se uma análise que compreenda o instituto sob sua dupla realidade: a de *construção* de um novo vínculo familiar, voltado para o futuro, que se pretende sólido e intocável, e a de *desconstrução* de um outro vínculo familiar, marcado indelevelmente no passado, que consubstancia a origem de um ser humano.

---

[164] FÁVERO, Eunice Teresinha, VITALE, Maria Amália Faller e BAPTISTA, Myrian Veras (org.). *Famílias de crianças e adolescentes abrigados. Quem são, como vivem, o que pensam, o que desejam.* São Paulo: Paulus, 2008, p.175.

Acredita-se que compreender a adoção sob esse duplo enfoque, longe de deslegitimar o instituto, pode colaborar para o seu aperfeiçoamento e seu fortalecimento, na medida em que essa compreensão demanda um processo de análise em que deverão ser conhecidos todos os seus atores, garantindo-lhes direito de voz. Destacam-se como atores principais desse processo as crianças e os adolescentes que tem seus destinos definidos por terceiros que lhes são estranhos.[165] Portanto, a linha mestra da doutrina da proteção integral, qual seja, a consideração da criança e do adolescente como sujeitos de direito, mais do que ditar os contornos dessa análise, deve servir como elemento decisório fundamental.

De fato, as crianças e os adolescentes colocados em família substituta, na modalidade adoção, trazem consigo uma história que o Direito não consegue apagar. No trajeto de suas vidas, tal experiência pode aflorar das mais variadas formas, dando causa aos mais diversos cenários jurídicos, o que justifica uma maior reflexão sobre o tema, desprovida do pudor de rever determinadas situações ou conceitos preestabelecidos.

Por sua vez, a análise proposta da adoção também perpassa, necessariamente, pela visão crítica de sua prática, muitas vezes não condizente com a doutrina da proteção integral que a justifica:

> *"No tocante às famílias, na maioria das vezes pobres e desinformadas, são comuns as ações jurisdicionais de perda, suspensão ou destituição do poder familiar daqueles que não cuidam da formação dos filhos. Enfim, o Estado brasileiro é generoso na criação de leis e medidas administrativas que restringem os direitos das famílias.*
>
> *No entanto, o mesmo Estado que é diligente na decretação do rompimento definitivo do vínculo familiar dos filhos das famílias pobres e sem amparo social não consegue impor medidas capazes de promover a recuperação e/ou inclusão social da família. Ao longo dos anos tem sido relativamente fácil punir pais pobres por descumprimento dos deveres paternos."* [166]

---

[165] A consideração da criança e do adolescente como atores do processo é aqui pensada sob o ponto de vista analisado no item III (a), qual seja, de respeito aos direitos de informação, participação e autonomia. Dessa forma, grande parte das considerações trazidas neste estudo pressupõe crianças e adolescentes em condições – etárias e mentais – de expor uma opinião ou sentimento.

[166] SOUZA, Jadir Cirqueira de. *A efetividade dos direitos da criança e do adolescente.* São Paulo: Pillares, 2008, p.139.

A prática da adoção – e não a adoção em si –, envolta por estigmas historicamente construídos, pode gerar resultados prejudiciais para os envolvidos, notadamente para as crianças e os adolescentes. Nesses casos, ao menos considerar o aspecto de desconstrução do instituto parece colaborar para uma reflexão voltada para o deslinde de situações delicadas, a respeito das quais a lei não parece responder satisfatoriamente.[167]

A premissa de se reconhecer a criança e o adolescente como sujeitos de direito tem o condão de alterar a própria linguagem com que a adoção é estudada. E, alterando a linguagem, quando impregnada de significados, altera-se, também, a visão que se pode ter de determinado conceito.

Nesse sentido, Nazir HAMAD enfrenta a diferença de significado entre os termos "criança adotada" e "criança adotiva" para propor ser *"(...) melhor falar de criança adotiva, exatamente como se fala de pais adotivos, a fim de pôr o acento no fato de que a criança adota seus pais e, por isso, se coloca e é colocada como sujeito responsável por seu ato e pelas implicações desse ato."* [168] O mesmo autor, analisando a sua trajetória de trabalho como psicanalista com crianças e adolescentes, conclui:

> *"Aprendi muitas coisas, particularmente uma coisa muito importante: uma adoção só funciona se a criança adotar seus pais adotivos. Antes desta constatação, eu pensava que era suficiente encontrar um bom casal para que tudo corresse bem. Pois bem, não.* ***A criança tem algo a dizer, uma escolha a fazer e, se não levarmos isso em conta, a adoção se torna difícil e a seqüência imprevisível.****"* (grifos nossos) [169]

A constatação de que as crianças e os adolescentes são sujeitos que igualmente adotam os seus pais, quando colocados em família substituta, permite uma inversão de foco imprescindível para o início de uma profunda reflexão sobre a noção de identidade. Esse sentimento ou essa atitude de crianças e adolescentes perante a família ocorre antes da escolha de quem serão seus pais e, ainda, no curso dessa escolha. Este segundo momento,

---

[167] A título exemplificativo, relembra-se o caso discutido no item anterior de revisão da destituição do poder familiar de uma mãe que teve os filhos abrigados por mais de dez anos e conseguiu reavê-los. Destacam-se, ainda, os casos pontuais avaliados pelo Poder Judiciário que culminaram com a revisão da adoção, bem como o v. acórdão apresentado anexo que retrata as terríveis consequências de "devolução" de um adolescente pela família adotiva.

[168] HAMAD, Nazir. *A criança adotiva e suas famílias.* Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2002, p.135.

[169] HAMAD, Nazir. *A criança adotiva e suas famílias.* Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2002, p.147.

de caráter continuado, é pouco reconhecido em virtude da preocupação do Direito em manter a estabilidade das relações familiares advindas da adoção. Tal estabilidade é saudável desde que não retire da criança e do adolescente adotivos – e não mais adotados – a faculdade de rever suas escolhas e terem sua opinião considerada para fins de reavaliação da situação fática e também jurídica construída com a adoção.

Seguindo a linha de releitura de conceitos preconcebidos, interessa registrar a distinção profunda entre hipóteses fartamente invocadas para fins de destituição do poder familiar,[170] tais como negligência e abandono.[171]

Na pesquisa realizada com famílias que tinham seus filhos acolhidos institucionalmente no município de São Paulo, Eunice Teresinha FÁVERO, Maria Amália Faller VITALE e Myrian Veras BAPTISTA alertam para a necessidade de avaliação mais acurada do que se entende por negligência:

> *"Observa-se que o significado percentual de respostas sobre* ***negligência*** *por parte da família, como motivo principal da causa do abrigamento, pode não refletir a real causa dessa medida, tendo em vista as dificuldades existentes para distinguir entre o descuido intencional e uma situação de precariedade econômica que pode ser determinante para a ausência de possibilidades de efetivação dos cuidados necessários. Assim, nesta resposta, há que se considerar que a fala do entrevistado deve ter refletido, ora a própria visão, ora a interpretação do Judiciário, ora do Conselho Tutelar, ou do Abrigo, ou de um denunciante etc. Tal situação ocorre também em relação ao denominado* ***'abandono materno'****, tendo em vista que, embora o abandono possa ser intencional, algumas situações de entrega de criança para outro cuidar podem*

[170] Conforme estudado no Capítulo II, trata-se de questão prejudicial à adoção quando não há concordância dos pais biológicos.

[171] Os Tribunais utilizam indistintamente o termo "abandono" quando avaliam situação de afastamento entre pais biológicos e seus filhos. Pertinente transcrever ementa em que o abandono, para fins de colocação de criança em família substituta, foi utilizado ao lado da ideia de altruísmo: *"Direito da Criança e do Adolescente. Adoção. Menor entregue pela mãe que não tem condições materiais de sustentá-lo. Deferimento da guarda a casal que o cria desde os primeiros meses. Estando hoje com mais de quatro anos. Prova de que lhe é proporcionado amplo cuidado e proteção.* ***No interesse exclusivo da criança deve ser acolhido o pedido de adoção, cassando-se o poder familiar do genitor que o abandonou, em que pese o espírito altruístico em fazê-lo****. Retratação que não se fez acompanhar da prova de que o consentimento inicial se deveu a vício de vontade, nem que possui condições efetivas, emocionais e financeiras de criar o filho. Desprovimento do recurso."* (Apelação cível nº 2003.001.29999, 2ª Câmara Cível, Rel. Des. Leila Mariano, julgamento em 10.12.2003, grifos nossos)

ter ocorrido por absoluta impossibilidade material e/ou emocional da mãe. ***Nesse sentido, esta afirmação deve ser objeto de uma interpretação mais acurada, articulada à realidade histórica e social que a constrói.*** *"* [172]

Por sua vez, o conceito de abandono foi detidamente estudado por Maria Antonieta Pisano MOTTA, psicanalista que analisou a adoção sob a ótica das mães biológicas que, em tese, concordavam com a entrega de seus filhos para famílias substitutas. Ao final de sua pesquisa, após uma sensível disponibilidade para escuta dessas mães, a autora concluiu ser pertinente a substituição do termo abandono por entrega, por entender que o primeiro vinha carregado de preconceitos enquanto o segundo auxiliava na ruptura de estigmas por não ser marcado por juízos de valor:[173]

"A decisão de entregar um filho em adoção ou a idéia de fazê-lo pode ter vários significados, desde aceitar a impossibilidade de criá-lo, sua rejeição à criança ou aceitar a frustração do amor e do desejo de maternar. Qualquer destas possibilidades questiona a descrição da mulher que entrega como equivalente de mãe má ou pessoa má, o que mais uma vez nos remete à necessidade de pesquisas para irmos além das concepções apriorísticas e até do preconceito.

(...)

Não há evidências que justifiquem a pressuposição de que a difícil experiência de entregar um filho em adoção se dilua com o tempo até extinguir-se, pois o que se verifica é que a tristeza e o remorso freqüentemente se fazem presentes quando tudo parece estar concluído. ***A separação entre a mãe e a criança parece vir acompanhada de um luto sem fim.*** *"* (grifos nossos) [174]

---

[172] FÁVERO, Eunice Teresinha, VITALE, Maria Amália Faller e BAPTISTA, Myrian Veras (org.). *Famílias de crianças e adolescentes abrigados. Quem são, como vivem, o que pensam, o que desejam.* São Paulo: Paulus, 2008, p.35.

[173] Curioso perceber que a revisão de conceitos corriqueiramente adotados pelos operadores do Direito na área da infância e juventude, tais como "menor", "adotado/adotivo", "abandono" e "negligência" mostra-se uma preocupação de profissionais de outras áreas de conhecimento – psicologia, história e assistência social – a sugerir como a tradição jurídica ainda tem dificuldades de romper com vícios de linguagem que não parecem ser meramente formais, mas sim impregnados de significado, parte dele destoante do que se advoga via doutrina da proteção integral.

[174] MOTTA, Maria Antonieta Pisano. *Mães abandonadas: a entrega de um filho em adoção.* São Paulo: Cortez, 2001, p.26/27.

Conhecer e considerar o sofrimento das mães biológicas que tem seus filhos entregues à adoção permitiu à autora questionar o significado do termo abandono, concluindo que seu uso indiscriminado e desatento pode estar dissociado da realidade que a palavra busca representar:

> *"A nosso ver, sua definição jurídica [do termo abandono] não só é insuficiente como também leva a uma compreensão tendenciosa do conceito.*
>
> *(...)*
>
> *Rodrigues (1993) argumenta que abandono não é apenas o ato de deixar o filho sem assistência material fora do lar, mas inclui o* descaso intencional *pela sua criação, educação e moralidade.*
>
> *(...) Para podermos alcançar uma compreensão necessária e adequada do fenômeno, devemos nos desfazer de modelos preestabelecidos e buscar outros que estimulem novas formas de abordagem que realmente atendam a todos os envolvidos no processo adotivo e à sociedade em geral.*
>
> *(...)*
>
> ***O uso do termo 'abandono', livre de questionamentos, revela uma postura preconceituosa e paradoxal em relação à mãe que 'desiste' de criar seu filho.***
>
> *(...)*
>
> *Abandonadas, enjeitadas, rejeitadas, repudiadas – assim eram preconceituosa e genericamente denominadas as crianças antigamente adotadas; hoje continuam carregando estes mesmos rótulos, sob os quais se encontram* ***situações humanas muitas vezes forjadas pelo sofrimento*** *que, de tão intenso, leva a situações extremas sequer imaginadas por nós.*
>
> *(...)*
>
> *Utilizaremos e propomos o emprego do termo* entrega *para o ato que consiste na desistência da mãe de criar o filho que concebeu e entregá-lo para que outros o façam em seu lugar. Este termo será usado por nós em detrimento do termo* abandono*, que é normalmente aplicado em associação com a idéia de adoção.*

A entrega se define pelo ato de passar às mãos ou à posse de alguém, confiar algo, transmitir ou ceder algo a alguém (Ferreira, 1995). Assim sendo, ***a utilização do termo entrega, em detrimento de abandono, implica uma postura livre de juízos de valor moral sobre a pessoa da mãe que entrega o filho em adoção.***

Essa decisão pode implicar, num polo, em desinteresse da mãe pelo filho e, em outro, um esforço generoso de tentar garantir à criança condições que, de antemão, ela sabe não poder lhe proporcionar." (grifos nossos) [175]

O questionamento do termo abandono tem repercussão prática, na medida em que se refere a uma das hipóteses legais para a destituição do poder familiar.[176] A ser considerada a inversão de conceitos acima proposta, caberá ao operador do Direito um maior esforço para demonstrar o "descaso intencional" dos pais em relação aos filhos. Esse esforço apresenta-se marcado pela dificuldade de provar que, naquele caso concreto, o Estado efetivamente se desonerou de seu dever de proteção das famílias.[177]

Estudar, portanto, a adoção significa considerar também a realidade que a precede, na qual estão famílias que, em sua grande maioria, trazem consigo uma carga de sofrimento que o silêncio sobre sua existência só faz aumentar.

Não se olvida de que o interesse da criança e do adolescente sobrepõe-se aos interesses dos pais, sejam biológicos ou adotivos; contudo, os interesses dos pais biológicos e de seus filhos não são, necessariamente, realidades contrapostas. Cuidar dos pais pode

---

[175] MOTTA, Maria Antonieta Pisano. *Mães abandonadas: a entrega de um filho em adoção.* São Paulo: Cortez, 2001, p.39/50.

[176] Dispõe o artigo 1.638 do Código Civil: *"Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I - castigar imoderadamente o filho; II - deixar o filho em abandono; III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente."*

[177] Pertinente relembrar os percentuais descritos no tópico anterior (direito à convivência familiar), que demonstram a absoluta ineficiência do Estado na execução de políticas públicas voltadas às famílias que tem filhos acolhidos institucionalmente. A mesma pesquisa demonstrou, ainda, que o afeto dos pais pelos filhos permanece mesmo durante o período de institucionalização, assim como o desejo de retomar a convivência com eles. Não são raros os casos em que as famílias, percebendo a dificuldade em cuidar de suas crianças e adolescentes, buscam apoio de terceiros ou mesmo de órgãos de proteção à infância, como o Conselho Tutelar, chegando até mesmo a pedir que seus filhos sejam acolhidos institucionalmente porque vislumbram um ambiente onde seus direitos serão melhor observados. Nesse contexto, como sustentar a hipótese de abandono, entendido como descaso intencional pelos filhos, para fins de destituição do poder familiar?

significar cuidar dos filhos, na mais estreita e fiel aplicação do princípio do melhor interesse da criança:

> *"Preconiza-se, incessantemente, no processo de entrega-adoção a defesa dos interesses da criança, e o posicionamento mais comum diante das mãos biológicas é o de que elas não têm a mesma importância que o filho. Este posicionamento pressupõe que aquilo que ocorre com a mãe nada tem a ver com o filho e não o afeta. Há, entretanto, crianças que são institucionalizadas porque suas mães não têm qualquer apoio quanto às pressões externas e internas sofridas.* ***Essas crianças são a prova viva de que cuidar da mãe significa cuidar do filho.***
>
> *(...)*
>
> *Há, ainda, os que opinam que devemos nos preocupar com o bem-estar da criança e não com a mãe que 'é adulta', 'sabe se cuidar' e 'dispõe de livre-arbítrio para tomar suas decisões'. A defesa dos interesses da criança feita desta forma, parece-nos gerar soluções imediatistas e de curto alcance, paralisando-nos para iniciativas de caráter profilático e amplo que venham a gerar formas de lidar com o problema atendendo às mães, às crianças e à sociedade de um modo geral.*
>
> *(...)*
>
> *Bowlby (1984), ao desenvolver sua teoria do apego, Spitz (1984) ao referir-se ao hospitalismo, e Winnicott (1982) ao falar de uma mãe suficientemente boa, necessária para um desenvolvimento adequado da criança, assim como a maioria dos autores psicanalistas que professam e demonstram a necessidade do estabelecimento de laços afetivos para o desenvolvimento sadio da personalidade, todos eles nos trazem subsídios para a afirmação de que* ***se não cuidarmos da mãe, a apologia dos cuidados à criança não passará de palavras e ações que se limitarão a remediar estragos que poderiam ter sido evitados.****"* (grifos nossos) [178]

[178] MOTTA, Maria Antonieta Pisano. *Mães abandonadas: a entrega de um filho em adoção.* São Paulo: Cortez, 2001, p.24/27.

Apesar das considerações acima transcritas originarem-se de uma área de conhecimento não jurídica, elas trazem elementos que muito colaboram para uma discussão do Direito da Infância e Juventude – área reconhecidamente interdisciplinar. Isso porque se os interesses de pais e filhos não são contrapostos, a proteção das crianças e dos adolescentes talvez não se realize com o afastamento compulsório, mas sim com a execução de políticas públicas voltadas para intervenções protetivas com a família de origem. Talvez seja essa mudança de escolhas jurídicas a que Maria Antonieta Pisano MOTTA se referia ao sustentar que afastar mães e filhos, sem reavaliar conceitos marcados por juízos de valor, pode dar margem a soluções meramente imediatistas cujo resultado seria o acobertamento de outras possíveis soluções preventivas e até mesmo estruturais.

Como já assinalado em linhas precedentes, apesar da excepcionalidade do acolhimento institucional e da colocação em família substituta estar prevista em lei, a maneira como são aplicados tais institutos jurídicos, num contexto de perpetuação de estigmas, acaba por deturpar a essência da doutrina da proteção integral.

Por acreditar que os interesses das crianças e dos adolescentes não necessariamente são contrapostos aos interesses de suas famílias biológicas, grande parte deste trabalho buscou trazer à baila o olhar e a voz desses pais, que podem se confundir com o ponto de vista e o desejo dos próprios filhos.

Não se quer argumentar, com isso, que toda adoção seria impertinente ou fadada ao fracasso; muito pelo contrário, defende-se que o processo de adoção – aqui entendido não apenas no sentido de procedimento judicial, mas sim de toda a realidade que o precede e culmina com o afastamento de pais e filhos – deve contar com a participação efetiva de todos os seus atores, notadamente das crianças, adolescentes e suas famílias, cujas considerações devem ser recebidas sem preconceitos ou juízos de valor que remontam a um contexto histórico não mais coincidente com a atual doutrina de proteção da infância e juventude.

A multiplicação dos fatores a serem considerados no processo de adoção, desde a ruptura de estigmas no manuseio de instrumentos jurídicos até a ampliação dos espaços para participação de todos os interessados, notadamente das crianças e dos adolescentes, pode contribuir, inclusive, para maior segurança e estabilidade das relações familiares. Maria Antonieta Pisano MOTTA ensina que, ao lado da pouca idade e da carência social ou

econômica, um dos maiores fatores que influenciam as mães a entregarem seus filhos à adoção é o julgamento dos outros, ou seja, a pressão externa ou para amar seus filhos e com eles permanecer[179] ou para entregá-los a terceiros porque estes teriam melhores condições para deles cuidar.[180] Na primeira hipótese, a mãe, mesmo sem os atributos internos para o exercício da maternagem, permanece com o filho, em uma relação familiar frágil, postergando ou anulando, com isso, a possibilidade de uma adoção bem sucedida. Na segunda hipótese, a mãe frequentemente arrepende-se de sua decisão, marcada menos pela convicção e mais pela pressão externa e falta de opções, e empreende, após alguns anos, busca ativa para encontrar o filho, o qual, em alguns casos, já poderá estar vinculado afetivamente a uma família substituta.[181]

Nesse sentido, reavaliar a prática da adoção não a desnatura enquanto instituto jurídico. Ao contrário, repensar o processo de adoção, nos termos acima sugeridos, poderia colaborar para evitar a multiplicidade de casos mal sucedidos, ou seja, situações em que a escolha da criança ou do adolescente pelos pais substitutos – conforme explicitado no início deste item – ocorre no início da relação familiar, mas não perdura no decorrer do tempo. Essa revisão de escolhas pode ter inúmeras causas cujos efeitos geralmente corrompem os vínculos de afeto e respeito entre os envolvidos. Entretanto, conduzir um processo de adoção eivado pelos estigmas e preconceitos tratados neste trabalho, sem ouvir as crianças, os adolescentes e suas famílias de origem, apenas gera a maior probabilidade de que tais hipóteses infelizmente se concretizem.

Reconhecer a possibilidade de que situações de rejeição e perda de afeto também existam nas famílias adotivas pode auxiliar na busca por soluções, conforme relato de Nazir HAMAD:

---

[179] A autora denomina tal pensamento de "mito do amor materno" ou "mito da boa mãe", na medida em que considera que não necessariamente todas as mulheres estão naturalmente vocacionadas a exercerem a maternagem (conceito que extrapola o aspecto biológico e volta-se ao universo relacional/interacional entre mãe e filho, inserto no âmbito socioafetivo, cf. ob. cit. p.26, nota de rodapé). No entanto, em razão do julgamento da sociedade, eivado de preconceito de gênero, que exige das mulheres o exercício do papel de mães amorosas, muitas delas insistem em permanecer com seus filhos, dando margem a relações familiares frágeis e desconsiderando boas perspectivas de adoção (cf. ob. cit. p.71).

[180] A autora destaca a ambivalência com que é tratada a mãe nessa hipótese, na medida em que a sociedade reconhece que a entrega do filho é um ato simultaneamente bom e vergonhoso (cf. ob. cit. P.113).

[181] MOTTA, Maria Antonieta Pisano. *Mães abandonadas: a entrega de um filho em adoção.* São Paulo: Cortez, 2001, p.60/61.

"Recebi uma mocinha acompanhada de duas educadoras com a finalidade de um trabalho terapêutico. Essa grande adolescente havia sido colocada em família de acolhida depois do fracasso catastrófico de sua adoção. Ela só mantinha, com a mãe adotiva, relações episódicas e cada encontro era marcado por uma extrema violência. Cindy não queria vir, mas, como não tinha escolha, optara pelo silêncio enquanto as educadoras me apresentavam sua história. Ela, que se mantinha tranquila, de olhos baixos, perdeu as estribeiras quando uma educadora julgou necessário precisar que ela era uma filha adotada.

(...)

Apresentá-la como uma menina adotada, mas não adotiva, parecia lhe colocar o enigma desse contrato considerado como ligando os diversos parceiros, mas que se tornara letra morta. Era justamente isso a particularidade de sua situação: como se livrar desse laço que a marca tanto mais porquanto não a prende? Ser adotada significava, para ela, estar presa na armadilha de uma história na qual seu papel consistia em não ser mais que o objeto do desejo de pais supostos.

O que se deve fazer com esse contrato quando nada vem validá-lo, cotidianamente? Pode-se denunciá-lo e, 'como uma mulher casada, retomar seu nome de solteira'? Cindy achava mais natural, mais verdadeiro voltar ao que ela qualificava de realidade natural, ser nascida de um homem e de uma mulher antes que ter um nome que não combinava com a natureza íntima de seus sentimentos por pais de momento." [182]

A história acima transcrita apresenta relevantes desafios aos operadores do Direito. Primeiro, por desnudar o fato de que as adoções podem não dar certo e, quando mal sucedidas, devem ser consideradas, nas palavras do autor, "fracassos catastróficos", na medida em que essa realidade impõe à criança e ao adolescente um duplo luto, decorrente não só do rompimento de seus laços biológicos, mas também de seus laços substitutos. O duplo sofrimento – equiparado pela psicanálise ao sofrimento do luto pela perda de um ente

[182] HAMAD, Nazir. *A criança adotiva e suas famílias.* Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2002, p.147/148.

querido[183] – a que se sujeitam as crianças e os adolescentes rejeitados pelas famílias que os adotaram justifica uma reflexão do Direito sobre como agir em determinadas situações não previstas pelo legislador, quer configurem, na prática, regra ou exceção.

Admitir as fragilidades possíveis na adoção pode ser o primeiro passo para aperfeiçoamento do instituto. Essa nova forma de pensar a adoção retoma, como afirmado anteriormente, a sua dupla face, de construção e de desconstrução, cuja percepção apenas se torna possível quando há disponibilidade para conhecer e compreender as realidades e os desejos de todos os envolvidos. Com efeito:

> *"Admitir que existe dor e sofrimento por parte da mãe biológica pode também levar a questionar a pressuposição de que o processo adotivo seja maravilhoso em todas as suas etapas e em todos os seus aspectos e para todas as partes nele envolvidas: o adotado, os adotantes e a mãe ou pais biológicos.* ***Observamos que a adoção 'precisa' ser mantida com sua aura mágica de solução ideal e a partir da qual todos sempre saem ganhando e felizes. Reconhecer-lhe uma realidade de defeitos e qualidades parece ameaçar o encanto que se supõe necessário à sua sobrevivência.***
>
> *(...)*
>
> *Entretanto, muitos não reconhecem o direito das mães biológicas de enlutar-se e o processo de adoção tem sido basicamente visto como o processo de vinculação dos pais adotivos à criança, sem nenhuma lembrança de que* ***antes de qualquer vinculação há uma separação, sem a qual o processo de adoção sequer teria início.****"* (grifos nossos) [184]

O segundo desafio refere-se, justamente, às respostas que o Direito se obriga a dar nos processos envolvendo a adoção de crianças e adolescentes. Retomando o caso clínico acima transcrito, várias são as indagações possíveis: seria caso de manter aquele "contrato" não validado cotidianamente, considerado "letra morta"? Manter um nome desconforme com os sentimentos daquela adolescente não seria uma outra espécie de agressão? Caberia

---

[183] HAMAD, Nazir. *A criança adotiva e suas famílias.* Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2002, p. 148.

[184] MOTTA, Maria Antonieta Pisano. *Mães abandonadas: a entrega de um filho em adoção.* São Paulo: Cortez, 2001, p.88.

ao operador do Direito se socorrer, novamente, dos institutos de colocação em família substituta e acolhimento institucional, na medida em que se deparou com uma realidade de "extrema violência" entre pais adotivos e filha? A reflexão pode ser aprofundada se houver a curiosidade de conhecer qual o destino da família biológica dessa adolescente. Estariam seus pais biológicos nas mesmas condições que justificaram o afastamento de sua filha? Esse afastamento anterior pautou-se pela ruptura de estigmas e participação dos envolvidos? Seria descabido cogitar no poder de transformação da realidade dessa família de origem?[185]

As perguntas acima colocadas podem causar perplexidade, mas acredita-se que tão complexo quanto revolver as origens dessa adolescente, procurando conhecer a atual realidade de sua família biológica, é querer perpetuar uma realidade jurídica que nasceu com pretensão de irrevogabilidade, mas, ocasionalmente, pode estar marcada por profundos sentimentos de rejeição e não identificação pessoal e familiar por parte da adolescente.

Acredita-se que as respostas a tais perguntas exijam um rompimento de paradigmas voltado à revisão de preconceitos e à abertura para o outro e suas peculiares formas de conhecimento:

> *"Se, como diz Fonseca (1995), tentássemos conter nossa ânsia de julgar e hierarquizar para antes de mais nada compreender o comportamento do outro; tentássemos captar sua lógica saindo de nosso próprio sistema simbólico que nos acompanha como o ar que respiramos, talvez fôssemos capazes de captar os sistemas diferentes do nosso.*
>
> *Isto implica, segundo o autor, em que reconheçamos nosso sistema de pensamento, seja científico, moral ou intelectual, como um sistema entre outros e não como o melhor ou único possível."* [186]

III (d). Adoção – Perspectiva Crítica

[185] Cabe retomar o exemplo citado nas linhas precedentes (direito ao convívio familiar) da mãe destituída de seu poder familiar que, depois de dez anos, reconstruiu seu núcleo familiar e retomou os cuidados de seus filhos acolhidos institucionalmente.

[186] MOTTA, Maria Antonieta Pisano. *Mães abandonadas: a entrega de um filho em adoção.* São Paulo: Cortez, 2001, p.109.

Conforme assinalado ao longo deste trabalho, nos seus primórdios, o propósito da adoção consistia em dar um filho a quem não o tinha. Com o passar do tempo e principalmente após a doutrina da proteção integral, o objetivo da adoção voltou-se à garantia de uma família à criança e ao adolescente. No âmbito doutrinário e legal, portanto, inverteu-se a razão de ser da adoção; contudo, cumpre registrar que resquícios daquele passado, em que a adoção era entendida como um direito individual do adulto que não podia ter filhos, permanecem ainda nos dias atuais.

Necessário reconhecer que, em muitos casos, a adoção é entendida sob enfoque eminentemente individualista, a partir da perspectiva do adulto que procura em uma criança ou adolescente a reprodução de suas próprias características, como se filho biológico fosse. Destacam Joseph GOLDSTEIN, Anna FREUD e Albert J. SOLNIT que *"os pais adotivos desejam freqüentemente que a criança adotada cresça segundo sua própria imagem (...)."* [187]

Merece destaque a observação de Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade MACIEL sobre o modelo de adoção no Brasil:

> *"**No Brasil ainda não existe a cultura da adoção**, não sendo um costume o cuidado com crianças abandonadas por seus pais, a não ser pela própria família ou por pessoas amigas. **A solidariedade social que leva à prática da adoção ainda não está inserida em nossos hábitos**, diferente do que acontece na Europa, até mesmo porque a história do Velho Mundo é bem diferente da nossa, haja vista a ocorrência das duas Grandes Guerras, que fizeram com que existisse a necessidade de se cuidar do grande número de órfãos deixados pelos conflitos. Quando há a busca de adoção pelo brasileiro, este quer o filho que acabou de nascer, existindo a clara preferência pelos recém-natos, sendo que o sexo feminino tem maior preferência (em face daquela velha idéia de que a menina será mais caseira, mais amiga dos pais, vindo a cuidar deles quando precisarem), da mesma forma que a pele clara. O desejo por crianças maiores vai decrescendo na mesma proporção em que a idade vai crescendo, pois ainda existe o pensamento de que as crianças maiores já virão com problemas, com*

[187] GOLDSTEIN, Joseph, FREUD, Anna e SONIT, Albert J.. *No interesse da criança?*. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p.16.

vícios e mau comportamento adquirido nos abrigos, o que é um ledo engano. ***Adoções tardias dificilmente ocorrem****, o que faz com que as crianças mais velhas e os adolescentes tenham que ser colocados em cadastro de adoção internacional."* (grifos nossos) [188]

O cenário acima transcrito torna compreensível o fato de que há milhares de crianças e adolescentes em entidades de acolhimento institucional no Brasil aguardando por uma família, enquanto casais permanecem anos no cadastro de adoção sem concretizá-la. Trata-se de paradoxo que apenas se explica pelo perfil traçado por aqueles que buscam a adoção como forma de ter um filho à sua imagem e semelhança.[189]

Zygmunt BAUMAN tece comentários esclarecedores sobre o modo como o preceito "amar o próximo como a si mesmo" pode ser observado no mundo atual, em que as relações humanas padecem de fragilidade. Ama-se, na verdade, a si mesmo e não ao outro:

> *"Se eu amo alguém, ela ou ele deve ter merecido de alguma forma...'Eles o merecem se são tão parecidos comigo de tantas maneiras importantes que neles posso amar a mim mesmo; e se são tão mais perfeitos do que eu que posso amar neles o ideal de mim mesmo...Mas, se ele é um estranho para mim e se não pode me atrair por qualquer valor próprio ou significação que possa ter adquirido para a minha vida emocional, será difícil amá-lo.'"* [190]

Nesse contexto, é mais fácil compreender a busca pelo rompimento total de vínculos com a família de origem, como se ela não existisse, construindo-se uma realidade em que a criança e o adolescente adotados passam a refletir a imagem da nova família, atendendo, assim, às expectativas dos pais que os acolheram.

A família de origem, portanto, congrega pessoas estranhas que devem ser mantidas à distância. A criança e o adolescente adotados misturam-se à família que os acolheu, de

---

[188] MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (org.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente, aspectos teóricos e práticos.* 3ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.196.

[189] Não se pode ignorar, contudo, que existem pessoas essencialmente generosas e solidárias, para quem pouco importa o perfil da criança ou do adolescente a ser adotado. São casos raríssimos de plena humanidade, os quais, infelizmente, não alteram significativamente o cenário social destacado neste tópico do trabalho.

[190] BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido.* Rio de Janeiro: Zahar, 2004, p.97.

modo a com ela se uniformizar; contudo, a família originária não tem o condão de imiscuir-se à imagem da família adotiva. Ao contrário, lembrar da família biológica é ressaltar o diferente, o estranho, o heterogêneo – tudo aquilo que, no mundo atual, enseja temor e impõe distanciamento:

> *"A capacidade de conviver com a diferença, sem falar na capacidade de gostar dessa vida e beneficiar-se dela, não é fácil de adquirir e não se faz sozinha. Essa capacidade é uma arte que, como toda arte, requer estudo e exercício. A incapacidade de enfrentar a pluralidade de seres humanos e a ambivalência de todas as decisões classificatórias, ao contrário, se autoperpetuam e reforçam: quanto mais eficazes a tendência à homogeneidade e o esforço para eliminar a diferença, tanto mais difícil sentir-se à vontade em presença de estranhos, tanto mais ameaçadora a diferença e tanto mais intensa a ansiedade que ela gera. O projeto de esconder-se do impacto enervante da multivocalidade urbana nos abrigos da conformidade, monotonia e repetitividade comunitárias é um projeto que se auto-alimenta, mas que está fadado à derrota. Essa poderia ser uma verdade trivial, não fosse o fato de que o ressentimento em relação à diferença também se autocorrobora: à medida que o impulso à uniformidade se intensifica, o mesmo acontece com o horror ao perigo representado pelos 'estranhos no portão'. O perigo representado pela companhia de estranhos é uma clássica profecia autocumprida. Torna-se cada vez mais fácil misturar a visão dos estranhos com os medos difusos da insegurança; o que no começo era uma mera suposição torna-se uma verdade comprovada, para acabar como algo evidente.*
>
> *(...)*
>
> *Esforços para manter à distância o 'outro', o diferente, o estranho e o estrangeiro, e a decisão de evitar a necessidade de comunicação, negociação e compromisso mútuo, não são a única resposta concebível à incerteza existencial enraizada na nossa fragilidade ou fluidez dos laços sociais. Essa decisão certamente se adapta à nossa preocupação contemporânea obsessiva com poluição e purificação, à nossa tendência de identificar o perigo para a segurança corporal com a invasão de 'corpos estranhos' e de identificar a*

segurança não-ameaçada com a pureza. A atenção agudamente apreensiva às substâncias que entram no corpo pela boca e pelas narinas, e aos estranhos que se esgueiram sub-repticiamente pelas vizinhanças do corpo, acomodam-se lado a lado no mesmo quadro cognitivo. Ambas ativam um desejo de 'expeli-los do sistema'." [191]

Acredita-se, portanto, que o rompimento de vínculos com a família biológica possa atender mais aos interesses dos adultos interessados na adoção – sob a perspectiva de ter um filho à sua imagem e semelhança, sem o ônus da companhia de pessoas estranhas às suas expectativas – do que, efetivamente, aos desejos das crianças e adolescentes adotados a quem é imposta tal ruptura de laços.

A institucionalização prolongada de crianças e adolescentes que não se ajustam ao perfil buscado pelos brasileiros interessados na adoção impulsiona ideias de incentivo à prática do instituto, marcadas, contudo, por um viés eminentemente patrimonial, sem fortalecimento do valor solidariedade. Nesse sentido, destacam-se diversos projetos de lei – apensados ao Projeto de Lei nº 6222/05 que culminou com a aprovação da Lei 12.010/09 – que buscavam incentivar a adoção valendo-se de benesses fiscais ou assistenciais:

*"O **PL 6485/02**, do Dep. Osório Adriano, visa criar o **auxílio adoção**, estabelecendo a percepção de 50% de salário mínimo para famílias adotantes de criança internadas em orfanatos, com o limite de duas crianças por família, e percepção de mais 30% do salário mínimo, se a criança adotada for maior de quatro anos. A justificação do projeto indica que a intenção é propiciar incentivo à adoção, especialmente de crianças mais velhas.*

*O **PL 1645/03**, do Dep. José Roberto Arruda, propõe modificar normas do ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente referentes a cadastramento de adotantes e adotandos, estabelece atribuições da equipe interprofissional que tratará da adoção e **cria dedução de Imposto de Renda que seria em relação à criança adotada o dobro da dedução do filho natural**. A justificação da*

[191] BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida.* Rio de Janeiro: Zahar, 2000, p.123/126.

medida seria o aperfeiçoamento da tramitação da adoção e uma ***compensação financeira pelos dispêndios com a adoção.***

O ***PL 1756/03****, do Dep. João Matos, propõe uma Lei Nacional de Adoção, dispondo sobre diversos temas relativos à matéria, desde disposições gerais até composição e funcionamento de autoridades centrais encarregadas da matéria, bem como modifica processo de adoção, cria obrigações para entidades de abrigamento, trata da perda e suspensão de pátrio poder e* ***estabelece normas relativas ao subsídio adoção para servidores públicos, bem como vantagens fiscais para adotantes de crianças portadoras de necessidades especiais****, salário-maternidade para adotantes e licenças adotantes. A justificativa é o aperfeiçoamento do tratamento da adoção, elevando-se o instituto à categoria de um direito da criança e do adolescente.*

O ***PL 2941/04****, do Dep. Alberto Fraga, permite o* ***abatimento na declaração anual de Imposto de Renda*** *da pessoa física com gastos com custas judiciais e honorários advocatícios na adoção de crianças e adolescentes, justificando a medida pelo valor social da adoção e necessidade de seu incentivo pelo Estado.*

O ***PL 6596/06****, do Dep. Paulo Magalhães, concede* ***abatimento da renda bruta do contribuinte do imposto de renda****, pessoa física, que adotar judicialmente menor de cinco a catorze anos de idade. A justificação é o estímulo à adoção."* (grifos nossos) [192]

O Estatuto da Criança e do Adolescente, desde sua redação original, prevê a existência de um cadastro, organizado pelo Estado-Juiz, de pessoas interessadas na adoção de crianças e adolescentes.[193] Durante o procedimento de inclusão nesse cadastro, os interessados são submetidos a uma entrevista psicossocial por técnicos do Poder Judiciário para avaliar a aptidão para a adoção e, apesar desse laudo não vincular o Juiz, é fator

[192] Informações obtidas do relatório da Deputada Teté Bezerra.
[193] Art. 50, "caput". *"A autoridade judiciária manterá, em cada comarca ou foro regional, um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção."*

importante para o deferimento ou não do pedido de ingresso.[194] Caso haja uma criança ou adolescente cuja situação jurídica autorize a adoção, é consultado esse cadastro, obedecendo-se ordem cronológica de inclusão dos interessados.[195]

A Lei nº 12.010/09, por sua vez, incrementou o processo de inclusão de pretendentes à adoção no cadastro, estabelecendo não apenas uma entrevista psicossocial com os interessados, mas um período de preparação psicossocial e jurídica.[196]

Sobre a importância da preparação psicossocial e jurídica de pretendentes à adoção, pertinente transcrever o ensinamento de Murillo DIGIÁCOMO:

> *"A preparação psicossocial e jurídica dos pretendentes à adoção é* fundamental *para assegurar que os mesmos estejam preparados para assumir as responsabilidades e os ônus inerentes à paternidade/maternidade, em caráter* permanente. *Sem a devida preparação, ao longo do tempo podem surgir problemas de relacionamento entre os pais e seus filhos, inclusive como decorrência da revelação de sua condição de adotado (o que, como visto, é um*

---

[194] Art. 50, parágrafo 1º. *"O deferimento da inscrição dar-se-á após prévia consulta aos órgãos técnicos do juizado, ouvido o Ministério Público."*
Art. 197-C (incluído pela Lei nº 12.010/09). *"Intervirá no feito, obrigatoriamente, equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e Juventude, que deverá elaborar estudo psicossocial, que conterá subsídios que permitam aferir a capacidade e o preparo dos postulantes para o exercício de uma paternidade ou maternidade responsável, à luz dos requisitos e princípios desta Lei."*

[195] Art. 197-E, "caput" (incluído pela Lei nº 12.010/09). *"Deferida a habilitação, o postulante será inscrito nos cadastros referidos no art. 50 desta Lei, sendo a sua convocação para a adoção feita de acordo com ordem cronológica de habilitação e conforme a disponibilidade de crianças ou adolescentes adotáveis."*

[196] Art. 50, Parágrafo 3º. *"A inscrição de postulantes à adoção será precedida de um período de preparação psicossocial e jurídica, orientado pela equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar.*
Parágrafo 4º. *Sempre que possível e recomendável, a preparação referida no parágrafo 3º deste artigo incluirá o contato com crianças e adolescentes em acolhimento familiar ou institucional em condições de serem adotados, a ser realizado sob orientação, supervisão e avaliação da equipe técnica da Justiça da Infância e Juventude, com apoio dos técnicos responsáveis pelo programa de acolhimento e pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar."*
Art. 197-C (incluído pela Lei nº 12.010/09)
Parágrafo 1º. *"É obrigatória a participação dos postulantes em programa oferecido pela Justiça da Infância e da Juventude preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar, que inclua preparação psicológica, orientação e estímulo à adoção inter-racial, de crianças maiores ou de adolescentes, com necessidades específicas de saúde ou com deficiências e de grupos de irmãos."*
Parágrafo 2º. *"Sempre que possível e recomendável, a etapa obrigatória da preparação referida no parágrafo 1º deste artigo incluirá o contato com crianças e adolescentes em regime de acolhimento familiar ou institucional em condições de serem adotados, a ser realizado sob a orientação, supervisão e avaliação da equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude, com o apoio dos técnicos responsáveis pelo programa de acolhimento familiar ou institucional e pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar."*

direito a este expressamente reconhecido pelo art.48, do ECA, mas que demanda uma abordagem extremamente cautelosa, inclusive com a colaboração de integrantes de uma equipe interprofissional habilitada), ou mesmo da falta de conhecimento sobre como lidar com questões próprias da infância/adolescência. Casos de pais que se 'arrependem' após a adoção infelizmente são comuns, com graves consequências para os filhos." [197]

A existência desse cadastro de pretendentes à adoção enriquece o instituto por acrescentar uma visão interdisciplinar, consistente em uma avaliação pela equipe técnica, que poderá antever problemas na entrega de uma criança ou adolescente a determinado pretendente. O que se busca através desse contato prévio é uma família vocacionada aos propósitos da adoção.

Entretanto, a despeito da previsão legal,[198] já se firmou jurisprudência no sentido de que a inscrição no cadastro não é vinculante, mas dispensável:

> *"Apelação cível. Adoção. Tendo a genitora da menor entregue sua filha em adoção a um casal determinado (adoção* intuitu personae*), não se pode desconsiderar tal vontade, em razão da existência de listagem de casais cadastrados para adotar.* ***A lista serve para organizar a ordem de preferência na adoção de crianças e adolescentes, não podendo ser mais importante que o ato da adoção em si****. Desproveram. Unânime (segredo de justiça)."* (TJRS – AC nº 70006597223 – 7ª Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos – j. em 13.08.2003, grifos nossos).

A dispensa do cadastro costuma ser aceita pelos Tribunais nos casos em que se percebe a existência de vínculo socioafetivo com a criança ou adolescente submetidos ao processo de adoção:

---

[197] CURY, Munir (org.). *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, comentários jurídicos e sociais.* 10ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2010, p.228.

[198] Art. 50, parágrafo 13º. *"Somente poderá ser deferida adoção em favor de candidato domiciliado no Brasil não cadastrado previamente nos termos desta Lei quando: I. se tratar de pedido de adoção unilateral; II. for formulado por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade; III. oriundo o pedido de quem detém a tutela ou guarda legais de criança maior de 3 (três) anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade, e não seja constatada a ocorrência de má-fé ou qualquer das situações previstas nos arts. 237 ou 238 desta Lei."*

> *"Agravo de instrumento. Estatuto da Criança e do Adolescente. Guarda e adoção. Necessidade de observância da lista de adoção. Em que pese a possibilidade de se superar os requisitos formais da adoção (Lista de Habilitados), isso só se dará em situações especialíssimas, quando se puder verificar inequivocamente o laço de afetividade formado entre a criança e os pais substitutos, o que não ocorre no caso dos autos. Recurso improvido."* (TJRS, AC nº 70024692675, Rel. Des. Claudir Fidélis Faccenda, 8ª Câmara Cível, j. em 14.08.2008)[199]

As adoções consumadas sem que os pretendentes à adoção estejam inscritos no cadastro – como é o caso das adoções *intuitu personae* – devem ser aceitas com cautela. Segundo Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade MACIEL, *"há que se ter um critério para se aceitar as adoções* intuitu personae *e este deve ser o vínculo de afeto entre adotantes e adotando."* [200] Deverá o operador do Direito se atentar, ainda, para a possível prática de atos criminosos envolvendo a entrega de crianças e adolescentes a terceiros.[201]

Acredita-se que o cadastro de pretendentes à adoção não pode ser entendido como um instrumento de mero formalismo, pois se trata de uma intervenção útil, que minimiza os riscos de uma adoção mal sucedida. Assim, apesar de suas limitações, deve ser incentivado, especialmente por incutir no processo de adoção o olhar interdisciplinar e não meramente jurídico.

Entretanto, apesar da preocupação do legislador em selecionar pessoas aptas à adoção, ainda se convive no Brasil com a ideia de garantir uma criança para uma família e não o contrário. As decisões abaixo transcritas demonstram como ainda se está longe do ideal da criança e do adolescente como sujeitos de direito e como a adoção ainda é tratada sob o olhar individualista daqueles que pretendem ter um filho que reflita seus anseios pessoais. Relacionam-se abaixo duas ações de indenização por danos materiais e morais

---

[199] No mesmo sentido: TJPR, AC nº 161.291-5, Rel. Juiz Conv. Espedito Reis do Amaral, j. em 05.04.2005.

[200] MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (org.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente, aspectos teóricos e práticos.* 3ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.222.

[201] Art. 237. *"Subtrair criança ou adolescente ao poder de quem o tem sob sua guarda em virtude de lei ou ordem judicial, com o fim de colocação em lar substituto. Pena – reclusão de dois a seis anos, e multa."*
Art. 238. *"Prometer ou efetivar a entrega de filho ou pupilo a terceiro, mediante paga ou recompensa. Pena – reclusão de um a quatro anos, e multa.*
Parágrafo único. *Incide nas mesmas penas quem oferece ou efetiva a paga ou recompensa."*

ajuizadas por adotantes que se sentiram lesados ao descobrirem que a criança adotada tinha problemas de saúde e, assim, buscaram no Judiciário a compensação pelo prejuízo sofrido:

> *EMENTA: "Ação ordinária. Indenização por danos morais e materiais em decorrência de adoção de criança com problemas de saúde. Inexistência de nexo causal entre a apelante e a apelada. Sentença improcedente mantida. Recurso improvido."*
>
> *VOTO DO RELATOR:*
>
> *"(...)*
>
> *Os autores adotaram a criança em meados de 2002, após saberem que a criança sofria de problemas congênitos, má formação cerebral, procuraram amparo no Judiciário a fim de serem indenizados.*
>
> *(...)*
>
> *Data vênia, insustentável tal alegação; se por um lado a criança necessita de tratamento médico especial, por outro lado arcaram os autores com toda a responsabilidade; se a criança não possuísse problemas de saúde iriam da mesma forma ter despesas.*
>
> *Os autores deveriam saber que crianças, que estão sujeitas à adoção necessitam de tratamento especial, sofrem, ou sofreram algum tipo de problemas de saúde, apresentando por vezes inúmeros tipos de traumas tais como no caso presente.*
>
> *(...)*
>
> *(...) não podem os autores fundamentar suas pretensões de serem indenizados com base no Código de Defesa do Consumidor, como bem dito pelo Douto Magistrado Sentenciante."* (TJSP, Apelação cível nº 696.613.5/8-00, Rel. Des. Luiz Burza Neto, 12ª Câmara de Direito Público, j. em 03.10.2007)

> *EMENTA: "Responsabilidade civil do Estado. Adoção de menor portador de paralisia cerebral. Pedido de indenização por danos materiais e morais, decorrente da alegada falha dos agentes do Estado, que nada teriam dito ao*

casal interessado na adoção quanto à precariedade da saúde do adotado, malgrado estabelecida a condição da perfeição de tal. Alegação não demonstrada. Inexistência do dever de indenizar. Não obstante, deve o Estado colaborar em sua manutenção, suprindo o necessário para que a pequena renda do casal não seja afetada com a obrigação que se impôs, conforme for apurado em liquidação. Incidência dos arts. 1º, III, 196 e 227 da CR e 11, caput e parágrafo 1º, do ECA. Ação julgada improcedente. Recurso parcialmente provido, mantida a responsabilidade dos autores pelos ônus da sucumbência.

VOTO DO RELATOR:

(...)

A responsabilidade objetiva assentada no art.37, parágrafo 6º, da Constituição da República não é integral. Pela prova obtida, não é exagero afirmar que os autores pretendem indenização por ... vício redibitório, o que é um absurdo em se tratando de ser humano que, obviamente, não é mercadoria. Sob tal ótica, portanto, não havia como acolher seu pedido." (TJSP, Apelação cível nº 788.050-5/3, Rel. Des. Coimbra Schmidt, 7ª Câmara de Direito Público, j. em 26.01.2009)

Os julgados acima citados demonstram como a criança e o adolescente, ainda nos dias atuais, são considerados, ocasionalmente, objetos de direito, como "mercadorias" sobre as quais se pode pedir indenização caso não atendam aos interesses do adulto que lhes deu guarida, certamente não motivado pelo valor solidariedade.

Seguindo os ensinamentos de Zygmunt BAUMAN, a realidade refletida nos julgados acima transcritos trata-se, na verdade, de um reflexo das relações humanas no *"mundo da vulnerabilidade e da precariedade"*. [202] Especificamente sobre a opção de ter filhos, destaca o referido autor:

"Esta é uma época em que um filho é, acima de tudo, um objeto de consumo emocional. Objetos de consumo servem a necessidades, desejos ou impulsos do consumidor. Assim também os filhos. Eles não são desejados pelas alegrias do

[202] BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida.* Rio de Janeiro: Zahar, 2000, p.184.

prazer paternal ou maternal que se espera que proporcionem – alegrias de uma espécie que nenhum objeto de consumo, por mais engenhoso e sofisticado que seja, pode proporcionar.

(...)

Os filhos estão entre as aquisições mais caras que o consumidor médio pode fazer ao longo de toda a sua vida.

(...) ter filhos significa aceitar essa dependência divisora da lealdade por um tempo indefinido, aceitando o compromisso amplo e irrevogável, sem uma cláusula adicional 'até segunda ordem' – o tipo de obrigação que se choca com a essência da política de vida do líquido mundo moderno e que a maioria das pessoas evita, quase sempre com fervor, em outras manifestações de sua existência. Tomar consciência de tal compromisso pode ser uma experiência traumática." [203]

Assim, mesmo com os cuidados previstos pelo legislador para a colocação de uma criança e adolescente em família substituta na modalidade adoção, a lei não tem condições de prever o futuro e, paradoxalmente, situações como as tratadas nos julgados acima mencionados são contemporâneas à doutrina da proteção integral.

Acerca dessa fragilidade do Direito face à realidade, importa destacar ensinamento de Joseph GOLDSTEIN, Anna FREUD e Albert J. SOLNIT, ao tratarem da colocação de crianças e adolescentes em famílias substitutas:

"Cada colocação de crianças, mesmo das que têm certidão de nascimento, baseia-se em suposições e predições sobre as crianças e os adultos que são designados como pais. Como o indicam as diretrizes de continuidade e do sentido-de-tempo-da-criança, as decisões de colocação podem ser baseadas em certas predições úteis e aplicadas de modo geral. Podemos, por exemplo, identificar quem, entre os adultos disponíveis no presente, *vai se tornar ou tem condições para ser um pai ou mãe psicológicos, fazendo dessa maneira a criança sentir-se desejada. Podemos predizer que o adulto mais provável para essa função é aquele, se houver, com quem a criança já teve, e continua a ter,*

[203] BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido.* Rio de Janeiro: Zahar, 2004, p.59/61.

um vínculo afetivo, e não aquele de potencial igual que ainda não esteja em um relacionamento básico com a criança. E mais, podemos predizer que, quanto mais nova a criança, e quanto mais longo o período de incerteza ou de separação, mais prejudicial será para o seu bem-estar e mais urgente se torna, mesmo sem conhecimento perfeito, sua colocação em caráter permanente.

Para além desses pontos, nossa capacidade de predizer é limitada. Ninguém – e a psicanálise não cria exceção – pode prever exatamente que experiências, que acontecimentos, que mudanças uma criança, e, neste caso, o adulto encarregado de sua guarda, vai realmente enfrentar. Nem pode alguém predizer com pormenores de que maneira o desenvolvimento de uma criança e de sua família se refletirá a longo prazo na personalidade e formação do caráter da criança. Assim, a lei não agirá no interesse da criança, mas tão-somente somar-se-á às incertezas se tentar fazer o impossível: adivinhar o futuro e impor a quem tem a custódia condições especiais para cuidar da criança." [204]

O futuro, portanto, é incerto. Apesar dessa fragilidade de prognósticos, o instituto da adoção, tal como previsto em lei, tem como um de seus principais pilares a pretensão à imutabilidade. Tornar perpétua uma construção familiar marcada por movimentos dinâmicos sensíveis ao longo do tempo é tarefa que extrapola o mundo jurídico, demandando um esforço sobre uma realidade intangível.

Acredita-se que a segurança propagada pelo Direito é irreal porque a lei não tem o condão de ditar os movimentos de uma realidade fluida e, no dizer de Zygmunt BAUMAN, líquida. Não é possível contê-la ou moldá-la aos ideais de estabilidade e segurança. Forçoso, portanto, reconhecer as limitações naturais da lei e, na sequência, pensar em outras possibilidades de configuração familiar que tenham como pilar o princípio da solidariedade humana, sob a ótica dos interesses da criança e do adolescente adotados.

---

[204] GOLDSTEIN, Joseph, FREUD, Anna e SONIT, Albert J.. *No interesse da criança?*. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p.35/36.

Essa mudança de paradigma – do controle da lei e de sua aparente segurança jurídica, para a aceitação do dinamismo das relações humanas em uma realidade incontida –, ao contrário de enfraquecer o instituto da adoção, acaba por fortalecê-lo.

CONCLUSÃO

Repensando a adoção. A construção do futuro e o respeito ao passado: uma compatibilização jurídica necessária.

"Menino chorando na noite

Na noite lenta e morna, morta noite sem ruído, um menino chora.
O choro atrás da parede, a luz atrás da vidraça
perdem-se na sombra dos passos abafados, das vozes extenuadas.
E no entanto se ouve até o rumor da gota de remédio caindo na colher.
Um menino chora na noite, atrás da parede, atrás da rua,
longe um menino chora, em outra cidade talvez,
talvez em outro mundo.
E vejo a mão que levanta a colher, enquanto a outra sustenta a cabeça
e vejo o fio oleoso que escorre pelo queixo do menino,
escorre pela rua, escorre pela cidade (um fio apenas).
E não há ninguém mais no mundo a não ser esse menino chorando."

(Carlos Drummond de Andrade)

O olhar dos adultos difere daquele com o qual as crianças conhecem o mundo à sua volta e se relacionam com as pessoas que cruzam os seus caminhos. É um olhar marcado pelo entusiasmo e pela curiosidade que tocam as coisas mais banais e cotidianas e as tornam maravilhas dignas de nota. É também um olhar esperançoso e desprovido de julgamentos. Assim, quando crianças ou adolescentes afastados de sua família biológica são convidados a se expressarem sobre tal distanciamento, não raras vezes se escuta que o pai ou a mãe não "podem" ficar com eles. Raro é ouvir que eles não "querem". Apenas não podem, e isso basta para perdoá-los e entendê-los.

O interesse no aprofundamento dos estudos envolvendo a adoção surgiu das surpreendentes lições recebidas de crianças e adolescentes que, ainda pequenos, vivenciaram dificuldades e privações que muitos adultos jamais experimentarão ao longo de toda a vida. Pequenos em tamanho, mas grandes em maturidade e em compreensão do mundo. A família, para crianças e adolescentes, já vem carregada de significados, muitas vezes diferentes daqueles que os adultos atribuem ao mesmo conceito. Ela está nas histórias contadas nos cantos das instituições de acolhimento institucional e nas fotografias ao lado das camas como algo a que se deve apegar, como um pertence valioso que se traz na bagagem e que não se pode perder. Irmãos maiores defendendo os caçulas, preocupados em não ficarem longe uns dos outros, andando de mãos dadas enquanto ensinam o que já tiverem a oportunidade de aprender. A coragem de uma filha, em plena audiência, indagando uma autoridade sobre quem cuidaria de sua mãe doente, condicionando o cumprimento de uma decisão ao compromisso de cuidarem dessa mãe, ausente, doente, mas querida. Um adolescente que dizia acordar assustado em razão de pesadelos com o juiz da infância, temendo que fosse mandado para um lar que já não reconhecia como seu.

Essas são cenas protagonizadas por pessoas que se elevaram à altura de adultos para se fazerem ouvir, já que o movimento contrário incomoda aqueles acostumados à confortável posição de pretensa superioridade.

Nos anos de trabalho na área da infância e juventude, as situações acima descritas foram reproduzidas a cada dia e, somadas, deflagraram a inquietante constatação de que o julgamento adulto das famílias que tem seus filhos afastados do convívio não coincidia com o julgamento das próprias crianças e adolescentes que sofriam com esse afastamento. Percebeu-se que, de fato, grande parte dos acolhimentos institucionais decorria de doença

dos pais, especialmente dependência química, e de uma forma de vida em que se negligenciavam cuidados que eles mesmos, quando na infância, não aprenderam a ter. Raros eram os casos de acolhimento institucional por violência contra os filhos. No momento em que se atentou para isso, a frase tantas vezes ouvida – "meus pais não *podem* ficar comigo" – passou a fazer mais sentido do que a conclusão, muitas vezes sustentada em processos judiciais, de que o abandono se tratava de ato de pura vontade e falta de amor.

A experiência na lida diária com crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade, sofrendo a maior das privações – o afastamento da própria família –, gerou um desassossego que culminou com o presente trabalho, no qual se buscou uma mudança de olhar sobre as famílias que tem seus filhos afastados do convívio por meio do acolhimento institucional e, ao final, da adoção.

É preciso esclarecer, contudo, que não se ignoram as estatísticas de violência, inclusive por omissão, contra crianças e adolescentes no seio de suas famílias, da mesma forma que não se diminui a importância da adoção como garantia efetiva do direito ao convívio familiar. Entretanto, o que se propõe é se atentar para o caráter dual da adoção: a construção jurídica de uma família para crianças e adolescentes, precedida, contudo, da desconstrução de uma história, uma origem e um passado.

A busca pelo esquecimento e pelo distanciamento da família originária que se desconstroi com a adoção pode comprometer a formação da identidade e da personalidade das crianças e dos adolescentes sujeitos a tal instituto.

De início, é preciso repensar as premissas que embasam, juridicamente, o afastamento de crianças e adolescentes de suas famílias biológicas. Isso porque, conforme desenvolvido ao longo deste trabalho, conceitos corriqueiramente lançados nos discursos forenses da área da infância e juventude são passíveis de questionamentos, uma vez que eivados de preconceitos históricos, como é o caso do termo "abandono" cuja intencionalidade é mitigada pelas privações sentidas pelas famílias em situação de vulnerabilidade. É preciso que o Estado se desonere do seu dever de proteção dessas famílias antes que elas sejam julgadas incompetentes para cuidarem de seus filhos, sob pena de se corromper a doutrina da proteção integral e reviver a realidade sentida na época do Código de Menores, quando a pobreza confundia-se com incompetência e delinquência.

A solidariedade, como princípio moral e direito humano, exsurge como fator determinante ao qual se deve se socorrer nos julgamentos das famílias sujeitas à tutela estatal. Recorrendo à solidariedade, a análise do modo de vida dessas famílias acaba se despindo de preconceitos solidamente construídos ao longo da história e a conclusão primeira pela incompetência para cuidarem de seus filhos passa a dar lugar ao reconhecimento da capacidade de superação e de transformação quando direitos básicos lhes são garantidos.

Na ânsia compreensível de se evitar que os filhos repitam as agruras dos pais, os operadores do Direito e outros agentes do Estado buscam afastá-los da realidade considerada nociva ao invés de agirem sobre essa realidade, transformando-a.

Nesse contexto, muitas adoções aconteceram e, a partir de então, justificaram o rompimento total de vínculos entre a criança e o adolescente adotados e as famílias de origem.

Contudo, lembram a doutrina e a jurisprudência, em um primeiro momento, que tal rompimento atinge os vínculos jurídicos e não naturais. De fato, não há como apagar o passado e a origem de uma pessoa sem corromper seu direito fundamental à dignidade. Sobre a dignidade, pertinente transcrever a lição de Zygmunt BAUMAN:

> *"Não é apenas que a vida digna e o respeito devido à humanidade de cada ser humano se combinem num valor supremo que não pode ser superado ou compensado por nenhum volume ou quantidade de outros valores, mas que todos os outros valores só são valores na medida em que sirvam à dignidade humana e promovam a sua causa. Todas as coisas valorosas na vida humana nada mais são que diferentes fichas para a aquisição do único valor que torna a vida digna de ser vivida. Aquele que busca a sobrevivência assassinando a humanidade de outros seres humanos sobrevive à morte de sua própria humanidade.*
>
> *A negação da dignidade humana deprecia o valor de qualquer causa que necessite dessa negação para afirmar a si mesma. E o sofrimento de uma única criança deprecia esse valor de forma tão radical e completa quanto o sofrimento de milhões."* [205]

[205] BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido.* Rio de Janeiro: Zahar, 2004, p.102/103.

Por essa razão, atualmente, a lei é expressa ao autorizar o acesso ao processo de adoção e, por consequência, à história das pessoas nele envolvidas. Essa previsão legal é recente – a partir da Lei nº 12.010/2009 – e seus efeitos serão sentidos apenas com o passar do tempo, quando as crianças e adolescentes adotados tornarem-se adultos e optarem pelo conhecimento de seu passado. Certamente uma escolha corajosa, que trará consequências na formação de suas identidades e personalidades.

Oportuno ressaltar que, conforme ensinamento de Zygmunt BAUMAN, a busca pela identidade insere-se em um processo de autoconhecimento que nada tem de linear:

> *"(...) Tornamo-nos conscientes de que o 'pertencimento' e a 'identidade' não têm a solidez de uma rocha, não são garantidos para toda a vida, são bastante negociáveis e revogáveis, e de que as decisões que o próprio indivíduo toma, os caminhos que percorre, a maneira como age – e a determinação de se manter firme a tudo isso – são fatores cruciais tanto para o 'pertencimento' quanto para a 'identidade'. Em outras palavras, a idéia de 'ter uma identidade' não vai ocorrer às pessoas enquanto o 'pertencimento' continuar sendo o seu destino, uma condição sem alternativa. Só começarão a ter essa idéia na forma de uma tarefa a ser realizada, e realizada vezes e vezes sem conta, e não de uma só tacada."* [206]

A construção da identidade, segundo o mesmo autor, pressupõe a possibilidade de escolha que, até a edição da Lei nº 12.010/2009, era reconhecida apenas de forma pontual por decisões de Tribunais, não integrando o Estatuto da Criança e do Adolescente no que tange à disciplina da adoção:

> *"Afinal de contas, perguntar 'quem você é' só faz sentido se você acredita que possa ser outra coisa além de você mesmo; só se você tem uma escolha, e só se o que você escolhe depende de você; ou seja, só se você tem que fazer alguma coisa para que a escolha seja 'real' e se sustente."* [207]

---

[206] BAUMAN, Zygmunt. *Identidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2005, p.17/18.
[207] BAUMAN, Zygmunt. *Identidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2005, p.25.

Nesse sentido, o real enfrentamento das questões afetas ao direito à origem de crianças e adolescentes adotados será devidamente dimensionado com o passar dos anos, o que – acredita-se – demandará uma revisão de conceitos até então solidamente invocados na área da infância e juventude, notadamente quanto ao rompimento total de vínculos entre a criança e o adolescente adotados e suas famílias de origem, podendo alcançar, inclusive, a irrevogabilidade do instituto.

Atualmente, a jurisprudência já se debruça sobre situações em que se reconhece que o rompimento de vínculo jurídico entre a criança e adolescente adotados e suas famílias biológicas também é relativo. A par dos impedimentos matrimoniais – exceção expressamente prevista em lei – destacam-se decisões judiciais que consideraram a manutenção não só dos vínculos naturais, mas também jurídicos, como nos casos de investigação de paternidade e, inclusive, direito a alimentos devidos pela família biológica, conforme julgados relacionados em capítulo deste trabalho.

Percebe-se, portanto, que a realidade envolvendo a adoção e a opção legislativa pelo rompimento total de vínculos com a família de origem desafiam os Tribunais que, por sua vez, acabam por mitigar essa pretensa ruptura de laços, quer reconhecendo a impossibilidade de desfazimento dos vínculos naturais, quer antevendo situações em que o próprio vínculo jurídico deva prevalecer.

Portanto, apesar da busca pelo esquecimento da família biológica de crianças e adolescentes adotados, o mundo da vida reclama por sua existência, na medida em que o passado e a história de um ser humano não se desfazem pela simples pretensão legislativa.

Sustentou-se ao longo deste trabalho que as pessoas interessadas na adoção muitas vezes procuram uma criança que se assemelhe aos seus propósitos de vida, o que reflete, inclusive, na semelhança física que se busca garantir por meio, por exemplo, da escolha do tom de pele. Nesse contexto, o reconhecimento do diferente e do estranho, representados pelos familiares biológicos, que não podem ser moldados à imagem da família interessada na adoção e que vem impregnados de estigmas, amedronta, suplantando qualquer ideia que se possa ter de solidariedade como móvel principal do intuito de adotar. Disso resulta o caráter não raramente individualista das adoções, o que, infelizmente, se coaduna com um mundo em que as posições de solidariedade humana enfraquecem-se a cada dia. Segundo Zygmunt BAUMAN:

> *"A incerteza do presente é uma poderosa força* individualizadora. *Ela divide em vez de unir, e como não há maneira de dizer quem acordará no próximo dia em qual divisão, a idéia de 'interesse comum' fica cada vez mais nebulosa e perde todo valor prático.*
>
> *Os medos, ansiedades e angústias contemporâneos são feitos para serem sofridos em solidão. Não se somam, não se acumulam numa 'causa comum', não têm endereço específico, e muito menos óbvio."* [208]

Assim, conforme já assinalado ao longo deste trabalho, acredita-se que o rompimento de vínculos com a família biológica reflete esse temor existente na sociedade atual de convívio com o que é diferente e estranho. Um temor adulto, que pouco ou nada reflete os interesses e desejos das crianças e adolescentes sujeitos a tal ruptura de laços.

O pertencimento que se procurou destacar neste trabalho do Direito da Infância e Juventude na categoria de Direitos Humanos foi proposital e oportuno, porque a mudança de perspectiva envolvendo a adoção, de uma visão individual para um enfoque social de solidariedade, possibilita uma revisão do instituto de modo a torná-lo mais sensível aos reclamos sociais, sem previsões legais que possam comprometer o direito à identidade de crianças e adolescentes adotados e, por consequência, o direito à própria dignidade dessas pessoas.[209]

Não se ignora que essa mudança de perspectiva vai de encontro à lógica de mercado existente nas sociedades atuais; contudo, socorrer-se do valor solidariedade parece ser vital à existência dessa própria sociedade, conforme ensina Zygmunt BAUMAN:

> *"**A sobrevivência e o bem-estar da** **communitas** **(e também, indiretamente, da** **societas**) **dependem da imaginação, inventividade e coragem humanas de** **quebrar** **a rotina e tentar caminhos** **não experimentados.** **Dependem, em***

---

[208] BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida.* Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p.170.

[209] O desenvolvimento deste trabalho volta-se ao deslocamento dos estudos da adoção de um enfoque individual adultocêntrico para um olhar de solidariedade social. Perpassa, portanto, as três gerações de direitos humanos, intrinsecamente interdependentes: I. os direitos e liberdades individuais (1ª geração), entendidos, contudo, sob a perspectiva da criança e do adolescente; II. os direitos sociais (2ª geração), refletidos na imprescindível intervenção positiva do Estado, por meio de políticas públicas eficientes, para fortalecimento das capacidades das famílias, evitando, na prática, o afastamento de pais e filhos por motivos de carência material e desigualdade social; e III. os direitos de solidariedade (3ª geração), compreendidos como uma estreita relação entre seres humanos que se sensibilizam e se solidarizam uns com os outros, no caminho de busca de paz social.

outras palavras, da capacidade humana de viver com riscos e de aceitar a responsabilidade pelas consequências. *São essas capacidades que constituem os* ***esteios da 'economia moral'*** *– cuidado e auxílio mútuos, viver* para *os outros, urdir os tecidos dos compromissos humanos, estreitar e manter os vínculos inter-humanos, traduzir direitos em obrigações, compartir a responsabilidade pela sorte e o bem-estar de todos – indispensável para tapar os buracos escavados e conter os fluxos liberados pelo empreendimento, eternamente inconcluso, da estruturação.*

(...)

O maior e provavelmente mais fundamental sucesso da ofensiva do mercado até agora tem sido o gradual mas persistente (embora de modo algum se possa considerá-lo completo e irreparável) esfacelamento das habilidades de sociabilidade.

(...)

O desvanecimento das habilidades de sociabilidade é reforçado e acelerado pela tendência, inspirada no estilo de vida consumista dominante, a tratar os outros seres humanos como objetos de consumo e a julgá-los, segundo o padrão desses objetos, pelo volume de prazer que provavelmente oferecem e em termos de seu 'valor monetário'. Na melhor das hipóteses, os outros são avaliados como companheiros na atividade essencialmente solitária do consumo, parceiros nas alegrias do consumo, cujas presença e participação ativa podem intensificar esses prazeres. Nesse processo, os valores intrínsecos dos outros seres humanos singulares (e assim também a preocupação com eles por si mesmos, e por essa singularidade) estão quase desaparecendo de vista. ***A solidariedade humana é a primeira baixa causada pelo triunfo do mercado consumidor****.''* (grifos nossos) [210]

Assumindo a solidariedade como princípio moral e direito humano, a impulsionar o propósito de adotar, as estruturas familiares nas quais estariam insertos crianças e adolescentes adotados sofreriam alterações, refletindo a configuração de rede familiar ao

[210] BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido.* Rio de Janeiro: Zahar, 2004, p.94/96.

invés de núcleo familiar, a qual contemplaria não apenas a família adotiva, mas também a família biológica. A jurisprudência existente quanto às filiações plurais, estudada em capítulo pertinente deste trabalho, ampara esse posicionamento, qual seja, o de que a adoção, quando pensada sob a ótica do valor solidariedade, despindo-se de seu caráter individualista, enseja um acréscimo de família à criança ou adolescente e não uma opção por uma em detrimento da outra. Tratar-se-ia, portanto, de uma família complementar e não substituta.

Ensina Enézio de Deus SILVA JÚNIOR que, a depender da eleição de alguns valores em certo momento histórico, a família adquire uma determinada forma, sendo, portanto, um fenômeno social em constante mutação:

> *"(...) se olharmos a evolução histórica dessa instituição, constataremos que grande número de comportamentos vistos como exceções se tornaram regras, e vice-versa (...) Não há transformação em uma só direção. Conforme os interesses socioeconômicos de uma sociedade, conforme o destaque que uma sociedade dá a certos valores, as estruturas familiares vão se modificando. Fala-se em 'crise' da família, mas esquecemos que toda e qualquer mudança ou estado de evolução permanente, de qualquer fenômeno social, implica transformação constante (PRADO, 1995, p.60-61)."* [211]

Destaca o mesmo autor que:

> *"**As famílias escapam ao legislável, por serem complexos subjetivos e produtos culturais mutantes.** Conformando-se para a realização dos seres que as compõem, demandam – ao revés de interferência delimitadora – proteção estatal, no modo singular de suas expressões."* [212]

A eleição da solidariedade como valor caro a uma sociedade plural justificaria nova forma de configuração familiar que, ao contrário de limitar as referências de proteção da criança e do adolescente adotados, as ampliariam.

---

[211] SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. *A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais*.4ª ed.. Curitiba: Juruá, 2010, p.44.
[212] SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. *A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais*.4ª ed.. Curitiba: Juruá, 2010, p.55.

Importa recordar que, quando inicialmente se reconheceu a possibilidade de adoção por casais homossexuais, a questão do registro civil da criança ou do adolescente colocou-se da seguinte forma: como uma certidão de nascimento na qual se omitiam as figuras maternas e paternas poderia ser aceita em uma sociedade preconceituosa e qual os efeitos desse estranhamento no bem estar das crianças e adolescentes adotados? Idêntica questão se coloca com a mudança de perspectiva que se pretende conferir à adoção, da qual decorre um registro de nascimento com filiação múltipla.

Enquanto a adoção for um estigma na vida dos que foram adotados e também na daqueles que adotaram, tal questão afeta ao registro civil realmente estará superdimensionada. Acredita-se, contudo, que estigmas e preconceitos possam ser superados e que o estranhamento em relação ao registro civil com filiação múltipla é questão menor frente aos direitos fundamentais que se busca garantir – a origem e a identidade de um ser humano, como formadores de sua dignidade. O Direito, ao contrário de se moldar aos estigmas e preconceitos envolvendo a adoção, deve impulsionar movimentos que permitam a sua superação ao longo dos anos.

Caso se perceba, no caso concreto, que a filiação múltipla possa acarretar prejuízos ao desenvolvimento psíquico e emocional de crianças e adolescentes adotados, em virtude de comprovada rejeição por parte destes, cogita-se na intervenção pontual do Judiciário para retificação do registro civil. A premissa, contudo, é a de reconhecer valor intrínseco à origem de crianças e adolescentes adotados para fins de formação da identidade e personalidade. Ao Direito, portanto, caberia abreviar o caminho de conhecimento e construção da história dessas pessoas sujeitas à adoção, tornando-o um percurso menos aflitivo e tortuoso.

Nesse contexto, o rompimento de vínculos entre a criança e o adolescente adotados e a família biológica perde sua razão de ser porque tanto esta família quanto a adotiva integrariam a sua identidade, inclusive em termos jurídicos, sustentando-se a filiação múltipla enquanto perdurassem o vínculo socioafetivo e o interesse no resgate da história pessoal.

Nessa linha de raciocínio, as justificativas para a irrevogabilidade da adoção acabam por se enfraquecer.

Inicialmente, estando a solidariedade a integrar o julgamento das famílias em situação de vulnerabilidade, raras seriam as adoções prematuras. A capacidade de superação e transformação dessas famílias, protegidas pelo Estado, também seria aceita com mais facilidade, ao invés da conclusão por sua incompetência nos cuidados com os filhos.

Da mesma forma, ao assumir a solidariedade como móvel para a adoção, seus resultados a longo prazo seriam mais positivos. Isso porque, sem a visão individualista de se buscar um filho à imagem e semelhança dos pais, as diferenças em relação à família adotiva, afloradas ao longo da vida da criança ou do adolescente adotado, não seriam fatores de frustração e quebra de expectativa. Seriam aceitas, ao contrário, como uma decorrência natural de reconhecimento do outro como um ser autêntico e único, com vícios e virtudes nascidos e adquiridos no decorrer de uma história que não pode ser ignorada ou esquecida.

Por fim, no cenário de filiação múltipla, não se mostra inconcebível o retorno de uma criança ou adolescente adotado ao convívio de sua família biológica, seguindo-se as preferências de afeto e cuidado, e respeitando-se as mudanças de realidade vivenciadas ao longo da vida. Seriam movimentos observados dentro de uma mesma rede familiar.

Sobre a pretensa irrevogabilidade do instituto, é necessário ressaltar que o Direito da Infância e Juventude trabalha com polos em intensa mutação: de um lado, as famílias em situação de vulnerabilidade, como típico fenômeno social, em processo aflitivo de afirmação de direitos; e de outro, as crianças e adolescentes, em franco desenvolvimento de suas personalidades. Conforme já analisado ao longo deste trabalho, são dois vértices que alimentam relações dinâmicas e aceleradas, que nada tem de estanques. Buscar estabilidade e permanência neste contexto significa distanciar-se da realidade da vida e, a partir de então, assumir todas as incorreções decorrentes desse distanciamento.

A adoção não será irrevogável apenas porque o legislador assim o quer, da mesma forma que o amor e o respeito entre seres humanos não são perenes apenas porque assim deveriam ser. É preciso reconhecer a impotência do Direito face à realidade, para garantir que o descompasso entre um e outro não comprometa a afirmação de direitos de crianças e adolescentes.

Nesse processo de revisão de conceitos e alteração de paradigmas, imperioso ampliar os espaços para escuta atenta das crianças e adolescentes sob proteção estatal, com o fim de garantir-lhes voz quanto à definição de seus destinos, valendo-se da interdisciplinaridade como forma de enriquecimento do Direito da Infância e Juventude e melhor canal de comunicação com esses sujeitos de direito.

Segundo Janusz KORCZAK, as crianças são *"potenciais portadores de humanidade"*.[213] Com elas – e em respeito a elas –, é possível moldar o olhar adulto, reconhecendo novos e diferentes cenários para a mesma realidade cotidiana, aproximando-a, o máximo possível, dos anseios de pleno respeito à humanidade e à dignidade de cada criança e adolescente:

> *"Talvez fosse melhor mudar os costumes do mundo e tornar nossos hábitat mais hospitaleiro à dignidade humana, de modo que amadurecer não exigisse o comprometimento da humanidade de uma criança.*
>
> *(...)*
>
> *A este nosso mundo não se pode impor legalmente a perfeição. Não se pode forçá-lo a adotar a virtude, mas tampouco persuadi-lo a se comportar de modo virtuoso. Não se pode fazer com que seja terno e atencioso para com os seres humanos que o habitam, e ao mesmo tempo tão adaptado aos seus sonhos de dignidade quanto idealmente se desejaria que fosse.* Mas você deve tentar. *Você vai tentar.*
>
> *(...)*
>
> *E você começaria pelo trabalho perpétuo de protegê-la [a dignidade] enquanto é tempo, durante a infância dessa dignidade."*[214]

Pensar a adoção sob o prisma da solidariedade, como princípio moral e direito humano, e não sob enfoque individual, pode colaborar para a construção de um mundo mais ajustado aos anseios de dignidade, no qual a história, a origem e o passado de um ser humano integrem a formação de sua identidade e personalidade, tornando-o pleno e completo desde a tenra infância.

---

[213] In: BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido.* Rio de Janeiro: Zahar, 2004, p.103.
[214] BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido.* Rio de Janeiro: Zahar, 2004, p.103/104.

BIBLIOGRAFIA

ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G. E. do; e CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público*. 20ª. ed.. São Paulo: Saraiva, 2012.

ADORNO, Sérgio e MESQUITA, Miriam. Direitos Humanos para Crianças e Adolescentes: O que Há para Comemorar? In: AMARAL JUNIOR, Alberto do e MOISÉS, Cláudia Perrone (org). *O Cinqüentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem.* São Paulo: Edusp, 1999.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, Jones Figueirêdo. Filiações Plurais. In: *Letrado. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP, ed.. 105, julho/agosto de 2013.*

_____. Algumas Questões Controvertidas no Novo Direito de Família. In: DELGADO, Mario Luiz. *Questões Controvertidas no Novo Código Civil*. São Paulo: Malheiros, 2003.

AMARAL E SILVA, Antônio Fernando. O Estatuto, o Novo Direito da Criança e do Adolescente e a Justiça da Infância e Juventude. In: *Do Avesso ao Direito*. São Paulo: Malheiros, 1994.

ARAÚJO, Silvana Micceli. Da caridade à justiça: uma análise da Justiça de Menores. In: *Os conflitos sociais da menoridade: uma análise da proteção jurídica do menor*. Programa de Políticas Públicas do Centro de Ciências Sociais, PUC/RJ, 1984.

ARIÈS, Philippe. *História Social da Criança e da Família.* 2ª ed.. Rio de Janeiro: LTC, 2006.

ASSIS DE ALMEIDA, Guilherme e PERRONE-MOISÉS, Cláudia (org.). *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Atlas, 2002.

ASSIS DE ALMEIDA, Guilherme. *Direitos Humanos e Não-Violência*. São Paulo: Atlas, 2001.

AUAD, Denise. *A cidadania da criança e do adolescente de acordo com a atual Constituição Federal Brasileira e com a lei 8.069, de 13 de julho de 1990.* São Paulo: USP (Faculdade de Direito). Dissertação de Mestrado, 2004.

AURENCHE, Guy. *A atualidade dos Direitos Humanos.* São Paulo: Loyola, 1984.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos.* 4ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2005.

AYRES, Lygia Santa Maria. *Adoção: de menor a criança, de criança a filho.* Curitiba: Juruá, 2009.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay. A Criança no Novo Direito de Família. In: WELTER, Belmiro Pedro e MADALENO, Rolf Hanssen (org). *Direitos Fundamentais do Direito de Família*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2004.

BADINTER, Elizabeth. *Um amor conquistado: o mito do amor materno*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

BARBOZA, Heloísa Helena. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. *A família na travessia do milênio: Anais do II congresso brasileiro de Direito de Família.* Belo Horizonte, Del Rey, 2000.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROS, Sérgio Rezende de. A ideologia do afeto. *Revista Brasileira de Direito de Família nº 14*, Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, julho/setembro, 2002.

_____. Direito de Família e Políticas Públicas. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado "et al" (coords.). *Problemas da Família no Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, pp. 1-18.

BARROSO, Luis Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. *O Começo da História: a Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro*. In: SILVA, Virgilio Afonso da (org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida.* Rio de Janeiro: Zahar, 2000.

_____ . *Amor líquido.* Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

_____ . *Legisladores e Intérpretes*. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

_____. *Identidade.* Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

BITTAR, Carlos Alberto. *O direito civil na Constituição de 1988.* São Paulo: RT, 1990.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____ . *Estado, Governo e Sociedade*. 4ª ed.. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

BOLIEIRO, Helena e GUERRA, Paulo. *A criança e a família – uma questão de direito(s). Visão prática dos principais institutos do direito da família e das crianças e jovens.* Coimbra Editora, 2009.

BONAVIDES, Paulo. Dos princípios gerais de direito aos princípios constitucionais. In: *Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997.

BOSCARO, Márcio Antônio. *Direito de Filiação.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BOWLBY, J. *Formação e rompimento dos laços afetivos.* São Paulo: Martins Fontes, 1982.

CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida. A Responsabilidade Civil por Dano Afetivo. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da e CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida (coords.). *Grandes Temas de Direito de Família e das Sucessões.* 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 17-30.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais.* Coimbra: Almedina, 2004.

CARVALHO, Ivan Lira. Adoção: Enfoque Multidisciplinar do Instituto. In: ALVIM, Teresa Arruda (coord). *Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família: Aspectos constitucionais, civis e processuais. Volume 02.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CARVALHO RAMOS, André de. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. O Diálogo das Cortes: o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do e JUBILUT, Liliana Lyra (Orgs.). *O SFT e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 805-850.

_____. A Interpretação Internacional dos Direitos Humanos: Choque ou Diálogo com o Supremo Tribunal Federal? In: BAPTISTA, Luiz Olavo e FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio (coords.). *Novos Caminhos do Direito no Século XXI. Direito Internacional, Filosofia Jurídica e Política, Dogmática Jurídica e Direitos Fundamentais. Uma Homenagem a Celso Lafer*. Curitiba: Juruá, 2012, pp. 281-313.

CHAVANNEAU DE GORE, S. Os pais biológicos. In: FREIRE, F. (org.). *Abandono e adoção: contribuições para uma cultura de adoção II.* Curitiba: Terre des Hommes, 1994.

CHAVES, Antônio. Adoção. Indispensabilidade do Exame de Todos os Elementos em Favor do Futuro e da Felicidade da Criança. In: *Revista da Universidade de São Paulo*. Volume 91. Dezembro/96.

COELHO, João Gilberto Lucas. *A criança e adolescente: a Convenção da ONU e a Constituição Brasileira.* Monografia fornecida pelo UNICEF. Brasília, 1992.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação histórica dos Direitos Humanos.* 6ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2008.

CUNHA, Alexandre dos Santos. Dignidade da Pessoa Humana: Conceito Fundamental do Direito Civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (org). *A Reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

CURY, Munir (org.). *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, comentários jurídicos e sociais.* 10ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2010.

CURY, Munir, DE PAULA, Paulo Afonso Garrido e MARÇURA, Jurandir Norberto. *Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado.* 3ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2002.

DA SILVA, Roberto. *Os filhos do Governo, a formação da identidade criminosa em crianças órfãs e abandonadas.* 2ª ed.. São Paulo: Ática, 1998.

DALLARI, Dalmo de Abreu e KORCZAK, Janusz. *O direito da criança ao respeito.* 3ª ed.. São Paulo: Summus Editorial, 1986.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. Nova Ortografia. 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliene Ferreira e MORAES, Naime Márcio Martins (coords.). *Afeto e Estruturas Familiares*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

DOLTO, Françoise e HAMAD, Nazir. *Destinos de crianças: adoção, família, trabalho social.* São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DOXSEY, Sônia Maria Rabello. A participação da criança e do adolescente no processo. *Revista de Processo*, v.20, n.78, p.97-100. São Paulo, 1995.

ELIAS, Roberto João. *Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____ . *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei 8.069, de 13 de julho de 1990.* 3ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2009.

FARIAS, José Fernando de Castro. *A origem do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FÁVERO, Eunice Teresinha. *Rompimento dos vínculos do pátrio poder: condicionantes socioeconômicos e familiares.* São Paulo: Veras, 2001.

_____ (org.) *Perda do pátrio poder: aproximações a um estudo socioeconômico.* São Paulo: Veras/Fundação Orsa, 2000.

FÁVERO, Eunice Teresinha; VITALE, Maria Amália Faller; e BAPTISTA, Myrian Veras (orgs.). *Famílias de crianças e adolescentes abrigados: quem são, como vivem, o que pensam, o que desejam.* São Paulo: Paulus, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais.* 13ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2011.

FONSECA, Cláudia. *Os caminhos da adoção.* São Paulo: Cortez, 2002.

FONSECA, Paulo Henriques da. Direitos humanos do pobres: entre a violação e a exclusão. In: BITTAR, Eduardo C. B. (coord). *Direitos Humanos no Século XXI. Cenários de Tensão*. Trabalhos reunidos pela Associação Nacional de Direitos Humanos. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

FREIRE, Fernando (org.). *Abandono e adoção: contribuições para uma cultura da adoção III.* Curitiba: Terra dos Homens, 2001.

FREITAS, Marcos César (org.). *História social da infância no Brasil.* 5ª ed.. São Paulo: Cortez, 2003.

FRONTANA, Isabel C. R. da Cunha. *Crianças e adolescentes nas ruas de São Paulo.* São Paulo: Loyola, 1999.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios Constitucionais do Direito de Família*. São Paulo: Atlas.

GARCEZ, Sérgio Matheus. *O novo Direito da criança e do adolescente.* Campinas, SP: Alínea, 2008.

GARCIA, Edinês Maria Sormani. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Leitura do Novo Código Civil em Relação à Família. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (coord). *Novo Código Civil: Interfaces no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. *Direito de Família: Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Editora Led, 2006.

GAUER, Gabriel J. e MACHADO, Débora Silva. *Filhos e Vítimas do Tempo da Violência- A Família, a Criança e o Adolescente*. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2008.

GOLDSTEIN, Joseph, FREUD, Anna e SONIT, Albert J.. *No interesse da criança?*. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

GOMES DA COSTA, Antônio Carlos, AMARAL E SILVA, Antônio Fernando, RIVERA, Deodato *et al*. *Brasil Criança urgente: Lei nº 8.069/90. O que é preciso saber sobre os novos direitos da criança e do adolescente.* São Paulo: Columbus Cultural, 1990.

GOMES, Heloísa Szymanski R. *Um estudo sobre o significado da família.* Tese de doutorado, PUC/SP, 1987.

GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. *Assistência Social às Famílias nas Constituições Brasileiras*. Curitiba: Juruá, 2009.

GREGORI, José. A Herança Bendita da Declaração Universal dos Direitos Humanos: Globalização dos Direitos, a Universalidade dos Direitos Humanos e as Peculiaridades Nacionais. In: MARCILIO, Maria Luiza (org). *A Declaração Universal dos Direitos Humanos- Sessenta Anos: Sonhos e Realidades*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2008, pp. 45-58.

GUEIROS, D. A. *Adoção consentida: do desenraizamento social da família à prática de adoção aberta.* São Paulo: Cortez, 2007.

GRISSARD FILHO, Waldyr. Famílias Reconstituídas: breve introdução ao seu estudo. In: GROENINGA, Giselle Câmara e PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). *Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

GROENINGA, Giselle. Do interesse à criança ao melhor interesse da criança: contribuições da mediação interdisciplinar. *Revista do Advogado*, n.62, 2001.

HAMAD, Nazir. *A criança adotiva e suas famílias.* Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2002.

HIRONAKA, Giselda. *O Direito e o diálogo com os demais saberes: a dinâmica interdisciplinar da experiência jurídica*. Bauru: Edite, 2006.

ISHIDA, Válter Kenji. *Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência.* 10ª ed.. São Paulo: Atlas, 2009.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos.* São Paulo: Martin Claret, 2008.

LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 5ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

_____. A Declaração Universal dos Direitos Humanos- Sua Relevância para a Afirmação da Tolerância e do Pluralismo. In: MARCÍLIO, Maria Luiza. *A Declaração Universal dos Direitos Humanos. Sessenta Anos. Sonhos e Realidades*. São Paulo: Edusp, 2008, p. 27-43.

_____. Direitos Humanos em Hannah Arendt- Considerações sobre as Fontes Materiais da Declaração Universal de 1948. In: *Revista Justitia, ano 65, vol. 198*. São Paulo: Ministério Público de São Paulo, Procuradoria-Geral de Justiça, Associação Paulista do Ministério Público, 1º semestre 2008, pp. 111-115.

_____. *A Internacionalização dos Direitos Humanos. Constituição, Racismo e Relações Internacionais*. Barueri: Manole, 2005.

_____. Declaração Universal dos Direitos Humanos. In: MAGNOLI, Demétrio. *História da Paz: os tratados que desenharam o planeta*. São Paulo: Contexto, 2008, p. 297-329.

_____. A Internacionalização dos Direitos Humanos: o desafio do direito a ter direitos. In: AGUIAR, Odílio Alves "et al." (org). *Filosofia e Direitos Humanos*. Fortaleza: Editora UFC, 2006, p. 13-32.

LAMENZA, Francismar. *Os direitos fundamentais da criança e do adolescente e a discricionariedade do Estado.* Barueri, São Paulo: Manole, 2011.

LEITE, Eduardo Oliveira. A oitiva de crianças nos processos de família. *Revista Jurídica, v.48, n. 278*, p.22-38, Porto Alegre, 2000.

LEVINZON, Gina Khafif. *Adoção.* 1ª edição. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2004.

LIMA, Luciana Garcia de. *A negação da infância.* Rio de Janeiro: T + 8 Ltda., 2008.

LISBOA, Sandra Maria. *Adoção no estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência.* Rio de Janeiro: Forense, 1996.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. *Revista de Direito de Família, nº 19*. Porto Alegre: Síntese, 2003.

_____. A repersonalização das relações de família. In: *Consulex. Brasília. Ano VIII, nº 180, jul. 2004.*

_____. Princípio Jurídico da Afetividade da Filiação. *IBDFAM*, 2004.

MACEDO, Emilisa Curi de. Adoção: que caminho escolher? Refletir ou refletir preconceitos? In: LEITE, Eduardo Oliveira (org). *Grandes Temas da Atualidade: Adoção. Aspectos Jurídicos e Metajurídicos*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os Direitos Humanos.* Barueri-São Paulo: Manole, 2003.

MACHADO, Martha de Toledo e NERY JUNIOR, Nelson. O Estatuto da Criança e do Adolescente e o Novo Código Civil à Luz da Constituição Federal. In: NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade (coord). *Revista de Direito Privado. Volume 12.* São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro-dezembro de 2002.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (org.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente, aspectos teóricos e práticos.* 3ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MARCÍLIO, Maria Luiza. *História social da criança abandonada.* São Paulo: Hucitec, 1998.

_____. A lenta construção dos direitos da criança brasileira. Século XX. In: *Revista da Universidade de São Paulo*. *Volume 37.* Março/Maio de 1998.

MELGARÉ, Agassiz Almeida Filho Plínio (org.). *Dignidade da Pessoa Humana, fundamentos e critérios interpretativos.* São Paulo: Malheiros, 2010.

MELO, Eduardo Rezende. *Crianças e adolescentes em situação de rua: Direitos Humanos e Justiça.* São Paulo: Malheiros, 2011.

MIRANDA, Sandra Julien. *Criança e Adolescente: direito a direitos.* São Paulo: Ridel, 1999.

MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos. *Direitos da criança e adoção internacional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, v.1, 2002.

_____ . *A declaração universal dos direitos da criança e seus sucedâneos internacionais (tentativa de sistematização).* Editora Coimbra, v.1, 2004.

_____ . *A proteção da criança no cenário internacional.* Belo Horizonte: Del Rey, v.1, 2005.

_____. Adoção: Esquadrinhando o Instituto à Luz do Sistema Vigente. In: DELGADO, Mário Luiz (coord). *Questões Controvertidas no Novo Código Civil.* São Paulo: Malheiros, 2003.

_____ . O Direito Internacional dos Direitos Humanos da Criança e do Adolescente e a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do e JUBILUT, Liliana Lyra (orgs.). *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 443-467.

MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos e GOMES, Isabel Cristina. Configuração das famílias adotivas no Brasil: a interface do jurídico com o psicológico. *JCR. Lisboa, v.04, n.04*, p.85-103, 2005.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. *Mães Abandonadas: a entrega de um filho em adoção.* São Paulo: Cortez, 2001.

_____ . Adoção – algumas contribuições psicanalíticas. *Direito de Família e Ciências Humanas, Caderno de Estudos n.01 do Instituto de Estudos Interdisciplinares de Direito de Família*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1997.

_____. Adoção pronta X Adoção pelo cadastro. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (org). *Grandes Temas da Atualidade: Adoção. Aspectos Jurídicos e Metajurídicos*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MUSSEN, Paul H. *Desenvolvimento psicológico da criança.* 3ª ed.. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos Constitucionais do Direito de Família.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, R. C. S. *Crianças e adolescentes (des)acolhidos: a perda da filiação no processo de institucionalização.* São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Dissertação de Mestrado, 2001.

_____ . (coord. Pela AASPTJ/SP). *Quero voltar para casa: o trabalho em rede e a garantia do direito à convivência familiar e comunitária para crianças e adolescentes que vivem em abrigo.* São Paulo: AASPTJ/SP, 2007.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada.* São Paulo: RT, 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família, uma abordagem psicanalítica.* Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

_____. *Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família.* Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. *Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PEREIRA, Cássio Rodrigues. *Estatuto da Criança e do Adolescente à Luz do Direito e da Jurisprudência.* Belo Horizonte: Editora Líder, 2002.

PEREIRA, Tânia da Silva. A adoção no Brasil após a Constituição Federal de 1988 e as novas perspectivas legais para a adoção internacional. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, vol.02*, p. 417-431, 1994.

_____. O princípio do melhor interesse da criança: da teoria à prática. *A família na travessia do milênio, Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

_____ O cuidado como valor jurídico. In: PEREIRA, Tânia da Silva e PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). *A ética da convivência familiar.* Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Direito da Criança e Adolescente, uma proposta interdisciplinar.* 2ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____ . *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar.* Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PEREIRA, Tânia da Silva e MELO, Carolina de Campos. Infância e Juventude: os direitos fundamentais e os princípios constitucionais consolidados na Constituição de 1988. In: *Revista Trimestral de Direito Civil nº 03*. Rio de Janeiro: Padma, 2000.

PEREIRA, Tânia da Silva e OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). *Cuidado e Vulnerabilidade.* São Paulo: Atlas, 2009.

_____ . *O cuidado como valor jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PES, João Hélio Ferreira (coord). *Direitos Humanos. Crianças e Adolescentes*. Curitiba: Juruá, 2010.

PETRI, Maria José Constantino. *O direito das crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária: responsabilidade da família, da comunidade e do Estado.* Tese de Doutorado. USP. São Paulo, 2008.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Temas de Direitos Humanos*. 3ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Reforma do Judiciário e Direitos Humanos. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; e ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (org). *Reforma do Judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Editora Método, 2005.

_____. Direitos Humanos Globais, Justiça Internacional e o Brasil. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do e MOISÉS, Claudia Perrone (org). *O Cinqüentenário da Declaração dos Direitos do Homem.* São Paulo: Edusp, 1999.

_____. Direitos Humanos: Desafios da Ordem Internacional Contemporânea. In: PIOVESAN, Flávia (coord). *Direitos Humanos. Volume I*. Curitiba: Juruá, 2009, pp. 15-37.

_____. Direitos Humanos, o Princípio da Dignidade Humana e a Constituição de 1988. In: *Revista dos Tribunais, ano 94, volume 833*, março de 2005, p. 40-53.

_____. Declaração Universal de Direitos Humanos: Desafios e Perspectivas. In: MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Estudos Contemporâneos de Direitos Fundamentais.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 339-358.

_____. Hierarquia dos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: Jurisprudência do STF. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do e JUBILUT, Liliana Lyra (org.). *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 129-145.

_____. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, J.J Gomes et al (coord). *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 53-69.

PIOVESAN, Flávia e GARCIA, Maria (org.). *Doutrinas essenciais de Direitos Humanos, volume IV, Grupos Vulneráveis.* São Paulo: Revista dos Tribunais (edições especiais 100 anos), 2011.

PRIORE, Mary Del (org.). *História das crianças no Brasil.* 6ª ed.. São Paulo: Contexto, 2008.

PROST, Antoine e VINCENT, Gérard (org.). *História da vida privada : Da primeira guerra a nossos dias.* Vol.05. 9ª ed.. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

RAMIRES, Rosana Laura de Castro Farias. Reflexões sobre a Proteção dos Direitos Humanos das Crianças. In: PIOVESAN, Flávia e IKAWA, Daniela (coord). *Direitos Humanos: Fundamento, Proteção e Implementação. Perspectivas e Desafios Contemporâneos. Volume II*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 857-873.

RAMOS, Elival da Silva. Os Tratados sobre Direitos Humanos no Direito Constitucional Brasileiro Pós-Emenda Constitucional 45/2004. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do e

JUBILUT, Liliana Lyra (org.). *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 146-188.

RIBEIRO, Paulo Hermano Soares; SANTOS, Vívian Cristina Maria; e SOUZA, Ionete de Magalhães. *Nova lei de adoção comentada.* 2ª ed.. Leme, São Paulo: JH Mizuno, 2012.

RIZZINI, Irene e PILOTTI, Francisco (org.). *A arte de governar crianças, a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil.* 2ª ed.. São Paulo: Cortez, 2009.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social. In: *Revista Interesse Público, n. 04/1999*, p. 23-48

RUSSO, Jane. A assistência e proteção à infância no Brasil: a moralização do social. In: *O menor em debate*. *Espaço, Cadernos de Cultura, USU*, 53-85, 1985.

SANTOS, Lucinte Silva. Adoção no Brasil: Desvendando Mitos e Preconceitos. In: NAZARETH, Eliana Riberti e MOTTA, Maria Antonieta Pisano (coord). *Direito de Família e Ciências Humanas. Caderno de Estudos nº 02*. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1998.

SANTOS, Romualdo Baptista dos. *A Tutela Jurídica da Afetividade*. Curitiba: Juruá, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.* 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. In: LEITE, George

Salomão e SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional. Estudos em homenagem a J.J Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. Dignidade da Pessoa Humana e "Novos" Direitos na Constituição Federal de 1988: algumas aproximações. In: MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Estudos Contemporâneos de Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 103-126.

_____. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição do retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. In: CANOTILHO, J.J Gomes "et al" (coord). *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARTI, C. *A família como espelho: um estudo sobre a moral dos pobres.* São Paulo: Cortez, 2005.

SCHWARCZ, Lilia Moritz (org.). *História da vida privada no Brasil: contrastes da intimidade contemporânea.* Vol.04. 3ª ed.. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

SCHUCH, Patrice. Direitos e sensibilidades: uma etnografia das práticas de justiça na infância e juventude. In: GROSSI, Miriam Pillar, HEILBORN, Maria Luiza e MACHADO, Lia Zanotta (org.). *Antropologia e direitos humanos, n.04.* Blumenau: Nova Letra, 2006.

SÊDA, Edson. *Construir o passado.* São Paulo: Malheiros, 1993.

SESTA, Michele. Novas dimensões e perspectivas dos deveres dos pais. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado "et al" (coords.). *Problemas da Família no Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, pp. 145-158.

SILVA, Enid Rocha Andrade da (coord.). *O direito à convivência familiar e comunitária: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil.* Brasília, IPEA/CONANDA, 2004.

SILVA, Marcos Alves da. *Do pátrio poder à autoridade parental: repensando os fundamentos jurídicos da relação entre pais e filhos.* Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SILVA, Priscila Menezes da. A amplitude da responsabilidade familiar. Da indenização por abandono afetivo por conseqüência da violação do dever de convivência. *IBDFAM*, 2010.

SILVA FILHO, Artur Marques da. *Adoção: regime jurídico, requisitos, efeitos, inexistência, anulação.* 2ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. *A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais.* 4ª ed.. Curitiba: Juruá, 2010.

SILVEIRA, A. M. *Adoção de crianças negras: inclusão ou exclusão?* São Paulo: Veras, 2005.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de Direito Internacional Público*. 2ª ed.. São Paulo: Atlas, 2004.

SOUZA, Ione de Magalhães. Responsabilidade civil e paternidade responsável: análise do abandono afetivo no Brasil e na Argentina. *IBDFAM*, 2009.

SOUZA, Jadir Cirqueira de. *A efetividade dos direitos da criança e do adolescente.* São Paulo: Pillares, 2008.

SOUZA, Sérgio Augusto Guedes Pereira de. *Os direitos da criança e os direitos humanos.* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2001.

STONE, L. Joseph e CHURCH, J. *Infância e Adolescência: uma psicologia da pessoa em desenvolvimento.* Belo Horizonte: Inter-livros, 1976.

SZNICK, Valdir. *Adoção.* 3ª edição. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1999.

TAKAHASHI, Estela Mayumi. A Adoção no Brasil. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da e CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida (coords.). *Grandes Temas de Direito de Família e das Sucessões.* 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 267-318.

TAVARES, Patrícia Silveira. *A adoção após a Constituição de 1988.* Rio de Janeiro: UERJ, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TOMÁS, Catarina Almeida. Posso falar? De um direito adquirido a um direito subtraído. *Infância e Juventude, Lisboa, n.02,* p. 103-104, 2001.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos Direitos Humanos.* São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. *A Humanização do Direito Internacional.* Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

TRINDADE, José Damião de Lima. *História Social dos Direitos Humanos.* São Paulo: Peirópolis, 2002.

USTÁRROZ, Daniel e PORTO, Sergio Gilberto. *Tendências Constitucionais no Direito de Família.* Porto Alegre: Livraria do Advogado.

VARGAS, Marlizete Maldonado. Casos especiais de adoção – algumas questões para debate. *Direito de Família e Ciências Humanas. Caderno de Estudos n.01 do Instituto de Estudos Interdisciplinares de Direito de Família*, São Paulo: Jurídica Brasileira, 1997.

VERONESE, Joseane Rose Petry. Os direitos da criança e do adolescente: construindo o conceito de sujeito-cidadão. In: WOLKNER, Antônio Carlos e LEITE, José Rubens Morato (org.). *Os novos direitos no Brasil.* São Paulo: Saraiva, 2003.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A Desigualdade e a Subversão do Estado de Direito. In: SARMENTO, Daniel *et al* (coord). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 191-216.

_____. *Direitos Humanos. Normativa Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

VILLELA, João Baptista. Desbiologização da Paternidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Belo Horizonte, nº 21, maio, 1979, p. 401-419.

VILLEY, Michel. *O Direito e os Direitos Humanos.* São Paulo: Martins Fontes, 2007.

WEBER, Lídia Natalia Dobrianskyj. Aspectos psicológicos das famílias por adoção. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord). *Grandes Temas da Atualidade. Adoção. Aspectos Jurídicos e Metajurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. O Filho Universal. In: NAZARETH, Eliana Riberth e MOTTA, Maria Antonieta Pisano (coord). *Direito de Família e Ciências Humanas. Caderno de Estudos nº 02.* São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1998.

_____. *Quero alguém que me chame de filho. Abandono, pobreza, institucionalização e o direito à convivência familiar*. Disponível em <HTTP://lidiaw.sites.uol.com.br/convivenciafamiliar.htm>.

WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as Filiações Biológica e Socioafetiva.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Inconstitucionalidade do processo de adoção judicial. In: WELTER, Belmiro Pedro e MADALENO, Rolf Hanssen (org). *Direitos Fundamentais do Direito de Família.* Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2004.

ZULIANI, Ênio Santarelli. Adoção no Ordenamento Jurídico Atual. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da e CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida (coords.). *Grandes Temas de Direito de Família e das Sucessões.* 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 239-266.

ANEXOS

ANEXO I: Acórdão da 8ª Câmara Cível do E. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, proferido no julgamento da Apelação Cível nº 1.0702.09.568648-2/002.

ANEXO II: Decisão da E. Corregedoria do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, indeferindo pedido de utilização em dissertação de mestrado de dados de processo judicial da vara da infância e juventude.

ANEXO I

EMENTA:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS E MATERIAIS - ADOÇÃO - DEVOLUÇÃO DO MENOR - RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS ADOTIVOS CONFIGURADA. Tendo os pais adotivos abandonado o menor, devolvendo-o ao abrigo, não tendo demonstrado sequer um mínimo de esforço para reaproximarem da criança, patente o dever de indenizar, não só porque o filho foi privado do convívio de seus pais mas, primordialmente, de sua irmã de sangue de quem sente muita saudade. Negligenciando os requeridos na criação e educação do adotado, mormente, por terem ciência de que a adoção somente foi concedida, para possibilitar o convívio irmãos, ferindo, assim, o princípio constitucionalmente assegurado, da dignidade da pessoa humana, cabe-lhes indenizar a criança pelos danos sofridos.

INTEIRO TEOR:

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0702.09.568648-2/002 - COMARCA DE UBERLÂNDIA - APELANTE(S): MIRIAN DE PAULA SILVA E OUTRO(A)(S) - APELADO(A)(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS - RELATORA: EXMª. SRª. DESª. TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a 8ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador BITENCOURT MARCONDES,

incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 10 de novembro de 2011.

DESª. TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO – Relatora

VOTO

Conheço do recurso, por estarem reunidos os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de sua admissibilidade.

Trata-se de "Ação Civil Pública" ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais em face de M. P. S. e R. A. S., em favor de V. H. C. S., alegando que o menor, em 09 de março de 1999 foi entregue aos requeridos, sob a forma de guarda, tendo sido ajuizado o pedido de adoção no mês de outubro de 1999, com o deferimento em 26 de setembro de 2000. Afirma que, no dia 06 de julho de 2001, a criança foi devolvida a Instituição Missão Criança, ressaltando que, segundo relatos de psicólogos e assistentes sociais, o menino era rejeitado, agredido, humilhado, por seus pais além de ter sido abandonado física, material e moralmente, o que ensejou o ajuizamento da ação de destituição do poder familiar, com sentença judicial publicada em 23 de abril de 2009, sem a interposição de qualquer recurso, postulando a condenação dos suplicados ao pagamento de indenização por dano moral e material, visto que agiram, "no mínimo, de forma negligente, ao criar a expectativa para o adotando de que o mesmo seria aceito e respeitado efetivamente, como filho do casal, o que não ocorreu" (fl. 08), com a fixação de alimentos até que a criança complete vinte e quatro anos.

Foi deferida liminar, condenando os requeridos a pagarem ao adolescente, alimentos

provisionais/ressarcitórios no valor de 15% dos rendimentos líquidos (fls.52/64), que foi objeto de Agravo de Instrumento nº. 1.0702.09.568648-2/001, ao qual foi negado provimento por esta 8ª Câmara Cível do TJMG (fls. 107/120).

A magistrada singular, às fls. 252/258 rejeitou as preliminares de ilegitimidade ativa e coisa julgada suscitadas na peça de defesa, julgando parcialmente procedente o pedido, para condenar os demandados a pagar, "a título de pensão alimentícia (...) a quantia de 15% (quinze por cento) do salário mínimo, até a idade de 18 (dezoito) anos, ou 24 (vinte e quatro) anos, se estudante, ou até ser adotado" e a reparar os danos morais causados ao favorecido Vitor Hugo, a quantia de R$15.000,00 (quinze mil reais)." (fl. 356).

Inconformados, apelaram os requeridos (fls. 359/360), aduzindo que "na Audiência de Instrução e Julgamento, ficou claro e evidente que os Apelantes não deram motivo a devolução do menor a instituição a qual ele ficou confinado até ser transferido para a casa de amparo onde o mesmo se encontra" (fl. 360), requerendo o provimento do recurso.

Contrarrazões às fls. 367/375.

Parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça às fls. 397/412, opinando pelo desprovimento do recurso.

Revelam os autos que o Ministério Público do Estado de Minas Gerais ajuizou ação civil pública em face de M. P. S. e R. A. S. em favor de V. H. C. S., aduzindo, em síntese, que o adolescente foi adotado pelos requeridos, sendo, posteriormente, devolvido ao abrigo, o que lhe causou abalo moral e material, já que foi abandonado física e psicologicamente. O pedido foi julgado procedente em primeiro grau, motivando a presente irresignação.

O cerne do recurso reside na alegação dos apelantes de que não tiveram culpa na devolução do menor à instituição e, portanto, não poderiam ter sido condenados ao pagamento de indenização por danos morais e materiais.

Sobre o tema, ressalta-se que o dever de indenizar encontra suas diretrizes no artigo 186 do Código Civil, ao determinar que todo aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano, donde se conclui constituir elemento primordial a sustentar demanda ressarcitória a presença da culpa.

Verifica-se, conforme ensina Rui Stoco, que "o nosso Código adotou o princípio da culpa como fundamento genérico da Responsabilidade, embora tenha havido concessões à Responsabilidade objetiva" (Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial, 3ª ed., p. 57).

A lição de Sílvio Rodrigues acrescenta que "para que a responsabilidade se caracterize, mister se faz a prova de que o comportamento do agente causador do dano tenha sido doloso ou pelo menos culposo", e, em caso de culpa, deve restar demonstrado que "o gesto do agente não visava causar prejuízo à vítima, mas de sua atitude negligente, de sua imprudência ou imperícia" lhe resultou um dano (Direito Civil, vol. I, p. 17).

Constata-se, assim, que a responsabilidade civil, consubstanciada no dever de indenizar o dano sofrido por outrem, advém do ato ilícito, resultante da violação da ordem jurídica com ofensa ao direito alheio e lesão ao respectivo titular, como estipula o artigo 927 do Código Civil.

Adentrando na seara familiar, a Constituição Federal, em seu artigo 227 estabelece ser dever da família assegurar a criança, "com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária", além de colocá-la "à salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão".

Induvidoso é que tal direito não é imposto somente ao Estado, à sociedade ou a estranhos, mas a cada membro do próprio grupo familiar.

Por sua vez, o artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente prescreve:

"Art. 3º. A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade".

No caso em julgamento, não se pode deixar de considerar que a criança foi adotada por ato de liberalidade dos requeridos, prescrevendo o artigo 15 e seguintes do Estatuto da Criança e do Adolescente, como direitos do menor:

"Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

Art. 16. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos:

I - ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais;
II - opinião e expressão;
III - crença e culto religioso;
IV - brincar, praticar esportes e divertir-se;
V - participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação;
VI - participar da vida política, na forma da lei;
VII - buscar refúgio, auxílio e orientação.

Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.

Art. 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor".

Nas lições da professora Lúcia Maria Teixeira Ferreira:
"A criança não é mais objeto da intervenção da família e do Estado, mas titular de direitos, sujeito de direitos, os quais devem ser respeitados, principalmente pelos pais. Se descumprirem seu papel, os pais devem ser fiscalizados pela sociedade e pelo Estado e devem ser submetidos às medidas pertinentes, a fim de prevenir a ocorrência de ameaça ou violação aos direitos dos filhos. As medidas aplicáveis aos pais ou responsáveis estão previstas no art. 129, incs. I a X do Estatuto da Criança e do Adolescente e podem ser aplicadas pelo Conselho Tutelar (incs. I a VII) e pela autoridade judiciária (incs. I a X)" (Ferreira, Lúcia Maria Teixeira. Tutela da Filiação. In: Pereira, Tânia da Silva (Coord.). O Melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar: 2000, p. 294).

A todos os comandos legais apontados registro ainda, que os filhos havidos por adoção terão os mesmos direitos dos legítimos, incumbindo aos pais, nos termos do artigo 22 do ECA, o dever de sustento, guarda e educação, "cabendo-lhes, ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais".

Neste aspecto, cumpre frisar que não obstante tenham os pais adotivos, ora apelantes, tomado providências junto a Justiça, em vista das dificuldades que vinham encontrando na criação do adolescente, o certo é que, por sua própria vontade, o adotaram judicialmente (fls. 39/49), sendo que a adoção, nos termos do artigo 48 do ECA é irrevogável, atribuindo, a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive, sucessórios.

Assim, apesar de ter sido determinado judicialmente a ida do menor para instituição (fl. 182), essa determinação visava, precipuamente, melhorar o relacionamento familiar, tendo sido determinada com o intuito de que fosse possibilitado o tratamento da família e não

como uma "devolução", sendo certo que os pais deveriam acompanhar de perto o menor, além de se sujeitarem a tratamento psicológico, o que não fizeram deliberadamente.

Com efeito restou comprovado nos autos que as visitas ao menor no abrigo além de terem sido escassas, impunham sempre mais angústia e humilhação.

Em setembro de 2001, a psicóloga e a assistente social judicial firmaram laudo de acompanhamento psicossocial no qual registraram:

"Percebeu-se forte disposição dos profissionais da MISSÃO CRIANÇA para apoiarem o menor e promover condições adequadas para seu desenvolvimento. Obteve-se relato sobre a convivência sofrível entre a criança e os pais adotivos, sendo que estes se utilizam de linguagem depreciativa no trato com o menor, deixando claro sua indisposição para este relacionamento. Tendo sido abordados de maneira mais efetiva pela professora da Instituição, suspenderam as visitas ao infante há cerca de três semanas, sendo que a avó paterna telefonou algumas vezes para o neto nesse período" (fl. 18).

E, ainda:
"Quanto às visitas paternas, apurou-se que inicialmente começaram a ocorrer intervenções inadequadas dos pais adotivos, usando eles de termos pejorativos para com a criança, tendo a entidade orientado acerca da postura correta. As visitas têm sido sistematicamente acompanhadas por pessoas da entidade, a fim de verificar a maneira como Vítor vem sendo tratado pela família naquelas ocasiões. O pai visita filho com maior regularidade do que a mãe, sendo que leva consigo Paloma e por vezes a avó paterna das crianças (Sra. Aparecida). Esta, além das visitas, também telefona com regularidade para o neto" (fl. 22).

A professora de apoio da Missão Criança, Janice Alves de Souza, em relatório de visitas declarou:

"O V. H. após ter sido devolvido pelos pais adotivos, recebeu a visita dos mesmos na Instituição.

Ao longo das poucas visitas a Sra. Mirian (mãe adotiva) não vinha com tanta frequência quanto o Sr. Robson e a Paloma (irmã da criança).

O V. H. ficava extasiado com as visitas, se sentindo valorizado, e apresentado para as demais crianças que ele tinha pai, mãe e uma irmã. Mas, foi constatado que, as visitas eram negativas, pois o Sr. Robson se referia a ele como: retardado, burro, moleque e acusava a criança de ter destruído seu casamento, indagava também se ele já tinha consertado, pois se tivesse poderia voltar a morar com eles. O Sr. Mercadante propôs para a pscicóloga Miriam Raquel Ziza trabalhar com os pais adotivos para com o Vitor, mas eles se recusaram e mostraram desinteresse faltando todos os dias marcados para eles conversarem.

É visto que, o Vitor Hugo foi um objeto nas mãos dos pais adotivos, foi manipulado, rejeitado e agredido em todas as áreas da sua vida. Não foi amado, nem respeitado, foi tratado como um objeto descartável, e ele traz esse estigma até hoje, prejudicando sua alta estima, seu desempenho escolar e até mesmo sua capacidade de relacionar com os outros.

Certa vez, a mãe social Sra. Neide, que trabalhava na época, presenciou um fato. Sr. Robson quando chegava para visitá-lo, o V. H. grudava nele, isso irritava o mesmo que pediu para criança se afastar, e como V. não obedeceu, ele deu um tapa na nuca. O V. se afastou e ficou constrangido, a mãe social repreendeu usar tal violência dentre da instituição.

As visitas eram de pouca duração, não percebemos vínculo, ou até mesmo afeto do casal com V., e sempre eram ditas palavras negativas e acusadoras que reforçavam ainda mais, o sentimento de rejeição que a criança carregava dentro de si. A impressão que ficava para nós, é que as visitas eram mais um dever a ser cumprido do que um ato voluntário, devido a frieza do casal para com a criança" (fl. 25).

Já a comissária da infância e juventude, no ano de 2007, relatou:

"Foram realizadas visitas à residência e entrevistas com os pais adotivos de Vitor Hugo, Srs. Robson Aparecido Silva e Miriam de Paula Silva, residentes à Rua Silvio Romero 1161, Bairro Minas Gerais.

O casal foi orientado a visitar o filho no abrigo Missão Criança, prestando-lhe toda assistência material e afetiva, provenientes do pátrio poder. Expliquei-lhes que ao deixarem o filho abandonado num abrigo, cometeram crimes de abandono material e moral e coloquei-os cientes dos problemas de comportamento emocionais vivenciados pelo adolescente em tela, decorrentes de tal abandono.

Tanto Robson, quanto Miriam demonstraram a princípio certa repulsão as visitas sugeridas, pois já consideravam o caso resolvido, mas após refletirem sobre o assunto se prontificaram a visitar o filho, sendo que a primeira visita aconteceu no dia cinco do corrente mês.

A demora da primeira visita se deu, primeiramente, em decorrência da dúvida do casal e posteriormente, conforme determinação de V. Exa. O adolescente deveria ser preparado para rever os pais, através de atendimentos psicológicos. Tais atendimentos estão sendo realizados por uma psicóloga voluntária do abrigo e se estenderão pelo tempo que se fizer necessário.

Com relação ao casal reassumir a guarda do filho, ambos se manifestaram totalmente contrários, afirmando que não possuem condições para tal responsabilidade. Relatam que atualmente possuem dois filhos biológicos e mais a adolescente Paloma de 13 anos de idade, irmã de Vitor, adotado pelo casal" (fls. 201/202).

O presidente da Instituição Missão Criança registrou, através de carta dirigida ao juízo da vara da infância e da juventude "a maneira grosseira e totalmente inadequada como a criança Vitor Hugo Aparecido Silva é tratado pelos pais adotivos por ocasião de suas visitas ao mesmo. Nessas oportunidades nunca observamos qualquer manifestação de afeto pelo mesmo, mas muito pelo contrário, somente referências depreciativas com expressões de

retardado, burro, caso perdido etc. etc. Na última visita realizada pelo pai no sábado passado, tal fato chegou inclusive a provocar a revolta da nossa professora de recuperação que se achava presente e que não conseguiu se conter diante da maneira grosseira como o pai se referia a criança chamando-a de retardada, o que a levou a interpelá-lo para que mudasse tal tratamento que só poderia prejudicar o desenvolvimento da mesma".

No ano de 2002, nova manifestação da Missão Criança:

"Veio para a Missão uma primeira vez e, posteriormente, foi adotado juntamente com a irmã pelo casal Robson e Mirian. Posteriormente por razões que desconhecemos ele nos foi devolvido sob a alegação de que não haveria mais interesse por parte do casal que o havia levado. Não fomos informados sobre as condições que acompanharam a sua ida para a adoção como também sobre as razões da sua volta para nós. Recentemente o casal que o havia levado apareceu para visitas o que animou sobremaneira o garoto que passou a viver durante a semana na expectativa da visita dos "pais" o que iria acontecer no sábado. Infelizmente já fazem algumas semanas que o casal não aparece" (fl. 206).

Assim, em razão das visitas dos pais adotivos serem prejudiciais ao adolescente, pela frieza que demonstram e os xingamentos e humilhações que impunham ao menor, já que faziam por obrigação, pois segundo " eles" requereram as visitas porque estavam respondendo ação penal na 2ª Vara Criminal por abandono do adolescente e temeram nova retaliação nesse sentido, a psicóloga e a assistente judicial solicitaram a suspensão das visitas e a destituição do poder familiar, consoante se vê do relatório de fl. 36/37, não tendo os pais se insurgido contra tal determinação, sequer contra a sentença judicial efetivamente os destituiu do poder familiar.

Registro, ainda, que em resposta ao requerimento realizado pelo Ministério Público, no sentido de que fossem os pais adotivos intimados para adotarem as providências cabíveis para receber o filho de volta ao lar, mereceu do magistrado da Vara da Infância e Juventude a seguinte ponderação:

"Com a devida vênia do MP, o menor já está há mais de um ano abrigado, e durante todo esse período os pais não se interessaram em restabelecer os vínculos com o mesmo, nem tampouco se dispuseram a assumir suas responsabilidades como genitores do infante, de forma que uma simples intimação para tanto, não surtirá qualquer efeito" (fl. 182).

De fato, o Laudo Psicossocial de fls. 193/197 esclarece:

"Pelo Estudo Psicossocial realizado, o casal demonstrou não ter interesse em retomar o convívio com V. H. Percebeu-se o desinteresse deles através de seus relatos e pelo fato de não terem providenciado o registro de nascimento da criança, após concedida a adoção (...)

Percebeu-se que o casal não possui vínculo afetivo, nem se responsabiliza pelo desenvolvimento da criança em tela, se eximindo de qualquer responsabilidade no que se refere a ela, embora mencionassem que no ato da inscrição para adoção estariam dispostos a acolher e cuidar de uma criança independentemente de suas características.

V. H, por sua vez, mostrou estar se desvinculando da família adotiva, apresentando sentidos negativos com relação à M. com quem não deseja conviver novamente" (fls. 196/197).

Também, por sua vez, as testemunhas ouvidas em juízo declararam:

"a reação do casal com o Vitor Hugo era 'meio estranha, era muito gelada'; não se lembra se o casal usava xingamentos com o Vitor Hugo, mas não eram afetuosos (...) se lembra que o casal queria adotar era a menina, Paloma, mas como os irmãos não podiam ser separados teve de levar o Vitor "como um contrapeso" e depois de algum tempo devolveu o contrapeso e ficou com a menina como se ficasse com a carne e devolvesse o osso" (Carlos Maurício Dias Mercadante, fl. 283).

"quando o Vitor Hugo foi devolvido à instituição; não se lembra quem levou o menor de volta para a instituição; quando o Vitor Hugo foi devolvido a depoente trabalhava como

professora de reforço; a criança sentiu muito a devolução e todos os dias tinha a expectativa de voltar para o casal; presenciou algumas visitas do casal depois da devolução do menor; as visitas se processavam da seguinte maneira: o casal chegava, se posicionava um pouco distante e com os braços cruzados; o casal fazia perguntas à mãe social nos seguintes termos: esse moleque já consertou, já está prestando, porque ele quase destruiu nosso casamento, isto tudo dito na frente da criança; o Vitor se mantinha com muita agonia e em cada visita ele perguntava: "hoje eu já vou" "Você já vai me levar" e o casal dava muita esperança de que iria levá-lo" (Janice Alves de Souza, fl. 284).

"se lembra de ter acompanhado visita pelo casal ao Vitor Hugo; se lembra do casal falar com o Vitor Hugo: "Você já melhorou Deixou de ser um mau menino o menor ficava muito constrangido com isto; presenciou uma vez o requerido dar um tapa na nuca do Vitor Hugo, isto porque o menino se agarrava a ele, o menino tinha expectativa de voltar para casa, porque o casal falava: você vai voltar se melhorar, o casal falava para a criança: "você está destruindo meu lar"; a atitude do casal era de desprezo; não sabe informar porque o casal ia visitar o Vitor Hugo, mas talvez por desencargo de consciência ou para alimentar a esperança do menino; depois que o casal ia embora o Vitor ficava muito triste e muito agressivo" (Neide Maria de Oliveira Costa, fl. 285).

Assim, exurge de forma clara dos autos é que os recorrentes promoveram a adoção de uma criança, e, após pouco tempo, "desistiram" do ato razão pela qual devolveram o menor à instituição, onde anteriormente era albergado, não manifestando nem por um momento, a intenção de melhorar os laços familiares, com tratamento adequado, para reverter a situação, querendo apenas se livrar do "objeto".

Registre-se que o ato perpetrado pelos pais adotivos de devolver o menor traumatizou-o, já que esse passou a ser traços agressivos e de insubordinação como relatam os documentos de fls. 26/27, fls. 32/33, fls. 133/135, fls. 136, fls. 172/173, fls. 206/207, fls. 210/211, fls. 212/214, apresentando, inclusive, dificuldade global no processo de aprendizagem (provável dislexia).

Extrai-se da informação prestada pela psicóloga - psicanalista, Dra. Benet Nader Schemer, a respeito do comportamento do menor:

"Ele foi adotado junto com a irmã por um casal. Passado algum tempo este casal o devolveu ficando somente com a irmã. Esse fato foi de grande sofrimento para ele, apesar dos dirigentes da Missão Criança o receberem de volta com muito carinho e também com indignação pela atitude do casal que o adotou.

(...)

Vitor com tantos abandonos que sofreu sentia-se uma criança sem amor para receber e para dar. Como no seu modo de pensar ninguém o amava ele teve que se fazer valer criando sua própria identidade mesmo que fosse inadequada para os padrões aceitos pela sociedade. Nomeou-se "um menino mau", na sua forma de entender seria reconhecido e respeitado. Era um título conquistado por ele com muito orgulho.

Tendo dificuldades de aprendizado, área dos estudos ficava sem valor, por este caminho não seria visto e respeitado. Na forma do menino mau era mais fácil, não precisava fazer grandes esforços intelectuais, então passou a dar reforço ao comportamento que já tinha, porque este, apesar de doloroso, conhecia muito bem.

Durante as sessões Vitor sempre olhava pela janela procurando a casa onde sua mãe morava com tristeza e ansiedade. Eu tentava esclarecer de qual mãe se tratava, se da biológica ou adotiva, mas isto não ficava esclarecido" (fls. 325/327).

Dessa feita, ainda que o juízo criminal não tenha constatado o abandono material (fls. 123/127), pelas provas acostadas ao presente caderno processual, o abandono moral é patente.

Anoto que, na verdade, os requeridos nunca trataram o adolescente com carinho, tendo este afirmado em depoimento pessoal que:

"quando foi para casa dos requeridos gostou porque achou que ia ser muito bom porque eles tratavam o depoente e a irmã com falta de educação, se recorda de um dia em que a mãe adotiva mordeu o dedo do declarante e a unha dele caiu e a mãe pediu que ele dissesse que havia caído na linha do trem; isto aconteceu porque a mãe adotiva não gostava dele; na realidade a Miriam queria adotar apenas a irmã da declarante, mas como precisava também o declarante para conseguir a adoção, isto foi feito (...) o pai o tratava com respeito, nunca bateu nele nem o xingou; a mãe é que o xingava, chamando-o de vagabundo e outras coisas (...) foi devolvido para o abrigo porque queria e pedia todo dia para voltar para a Missão Criança, porque era maltratado; a Mirian o xingava com palavrões e 'estralava' os dedos do declarante e que até hoje tem um problema no dedo em que a Mirian fazia isto; tem um dedo torto por isto" (fl. 280).

Por fim, não se pode deixar de considerar o comportamento totalmente inadequado dos apelantes que sempre trataram e tratam as crianças que adotaram sem qualquer amor ou mesmo compaixão, causando grande perplexidade o documento de fls. 164/165, no qual é relatado que ameaçam a menor P. já que afirmam sempre que também poderá ser "devolvida" se não se comportar da maneira como desejam, como se não fosse o bastante para a retaliação psicológica da criança", a devolução do seu irmão.

Assim, no caso em análise, não resta dúvida que os suplicados se furtaram ao dever de sustento, guarda e educação do filho adotivo, deixando, ademais, de cumprir as determinações judiciais, uma vez que lhes foi possibilitado deixar a criança temporariamente no abrigo, a fim de que a convivência familiar se tornasse melhor, mas não se permitiu que o menor fosse abandonado, o que realmente ocorreu, já que os apelantes deixaram, deliberadamente, de realizar as visitas determinadas ou quando faziam, somente desrespeitavam moralmente a criança, o que acabou por ensejar a tomada de atitudes por parte do juiz, como a proibição de visitas e destituição do poder familiar.

As atitudes dos pais adotivos feriram profundamente o menor, que foi abandonado moral, material e emocionalmente. Lembro nesse passo, que a adoção deveria ter gerado traços afetivos, permitindo que o menor fosse acolhido no interior de uma família, entretanto, os laços afetivos não fora criados pelos pais, que não ostentam as mínimas condições emocionais de educar o filho adotivo, razão pela qual, provavelmente deverá o adotado crescer e desenvolver-se em outro ambiente, como já foi reconhecido no curso do processo pelo M. M Juiz a quo. Aliás, o drama vivido pelo menor é de extrema relevância, por que afinal de contas foi vitima de um ato impensado daqueles que postularam sua adoção, restado comprovado nos autos o drama vivencial que repercutirá para sempre em sua vida.

Sobre o tema em debate, a professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka preleciona:

"A criança não pode ser tratada como coisa só pelo fato de ser ela sem experiência ou sem atividade produtiva, sem maturidade espiritual, ou sem autoridade material. A criança, apesar de seu estado de extrema e concreta dependência, é um ser humano como qualquer outro, é um ser desejante e emotivo como qualquer outro, que sente dor diante da crueldade alheia e revolta por não lhe ser concedida à liberdade que é capaz de administrar sozinha. E é por ser dotada desse desejo e dessa necessidade que a criança, enfim é dotada de dignidade e assim deve ser respeitada" (Hironaka, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito e Responsabilidade (Coord. Co-autora). Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 18)

Assim, entendo configurado o dano, que restou demonstrado através dos laudos psicológicos acostados aos autos, além do ato ilícito, na medida em que a responsabilidade familiar não se limita ao dever alimentar mas, também, se estende ao dever de possibilitar um desenvolvimento psicosocial saudável em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana.

É como preceitua a professora Cláudia Stein Vieira:

"Trata-se hoje, não mais de livre autoridade resultante da hierarquia familiar, mas "de

múnus, uma espécie de função correspondente a um cargo privado" a ser exercido no interesse dos filhos, devendo os pais cumprir com obrigações impostas pela ordem normativa, sendo esta importante característica da responsabilidade civil presente na relação paterno filial" (Vieira, Cláudia Stein. A Relação Jurídico-Afetiva entre Pais e Filhos e Os reflexos na Responsabilidade Civil. In: Hironaka, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito e Responsabilidade (Coord. Co-autora), Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 492).

Desta forma, tendo os pais adotivos abandonado o menor, devolvendo-o ao abrigo, não tendo demonstrado um mínimo sequer de esforço no sentido de reaproximação, patente o dever de indenizar, já que o menor foi privado do convívio não só de seus pais mas, primordialmente, de sua irmã com quem mantém laços afetivos, negligenciando os requeridos quanto a criação e educação do menor, mormente, por terem ciência de que a adoção somente fora concedida, porque realizada de forma a deixar os irmãos juntos.

Sobre a responsabilidade dos pais em face dos filhos, a lição da professora Taisa Maria Macena de Lima:

"Em muitas situações, contudo, a negligência de que trata o art. 186 do Código Civil de 2002 pode estar presente. Nesses casos e somente neste, é defensável o dever dos pais de indenizar o filho por dano pessoal ou material (...) A título de exemplo, no entanto, podem ser destacadas algumas delas: (...) Situação 3. Ocorrendo a separação dos pais, a um deles é conferido o dever de guarda e ao outro o dever de visita e pagamento de pensão alimentícia. Este último paga regularmente a verba alimentar, mas falha relativamente ao dever de visita, deixando de prestar assistência moral e de exercer o dever de fiscalização relativamente as decisões do outro genitor quanto à educação e à formação escolar da criança ou pensão alimentícia, deixando o filho enfrentar dificuldades financeiras desnecessariamente. O prejuízo ainda é maior (...) Situação 6. Não raro, nas separações, os pais se envolvem em situações de grande litigiosidade e transferem aos filhos as mágoas e os rancores cultivados em relação ao ex-parceiro. Os danos morais sabem-se podem ser tão ou mais graves do que os danos materiais" (Cahali, Yussef Said. Código Civil. Organização

dos textos, notas remissivas e índices. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 498).

Dessa feita, a meu ver, patente o ato ilícito perpetrado pelos apelantes, que causou profunda dor moral ao adolescente, acarretando-lhe abalo psicológico que, certamente, não será apagado de sua vida, devendo, por isso, prevalecer a sentença em todos os seus termos, por se mostrar devida, não somente a indenização por danos morais mas, também, por danos materiais, na forma de alimentos, como meio de propiciar o tratamento psicológico necessário ao desenvolvimento sadio do adolescente e sugerido por todos os profissionais que se manifestaram nos autos (fls. 321/322).

Mediante tais considerações, nego provimento ao recurso.

Custas recursais, pelos apelantes, nos termos do artigo 12 da Lei n. 1.060/50.

Votaram de acordo com o(a) Relator(a) os Desembargador(es): VIEIRA DE BRITO e ELPÍDIO DONIZETTI.

SÚMULA: NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

ANEXO II

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORREGEDORIA GERAL DA JUSTIÇA
Processo 2013/00115856

(615/13-J)

C G J

00006855

CONSULTA ELABORADA SOBRE A POSSIBILIDADE DE DIVULGAÇÃO EM TESE DE MESTRADO DE ELEMENTOS CONTIDOS NOS AUTOS DE PROCESSO DE ADOÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – SUGESTÃO DE QUE A CONSULTA SEJA RESPONDIDA DE FORMA NEGATIVA

Excelentíssimo Senhor Corregedor Geral da Justiça

A Promotora de Justiça Ana Carolina Fuliaro Bittencourt elaborou consulta solicitando, em última análise, anuência desta Corregedoria Geral da Justiça para que possa fazer citação, como estudo de caso, em tese de mestrado, de dados constantes de um processo de adoção, sem resguardar o segredo de justiça.

Passo a opinar.

Algumas observações se mostram necessárias. Para realização de pesquisa com seres humanos há necessidade de aprovação do projeto de pesquisa pelo Comitê de Ética competente.

Não se olvida a importância da pesquisa para qualquer área. Contribui para solução de problemas dentro da sociedade de forma reflexiva e crítica. Visa à melhoria e à evolução material da sociedade, permitindo a criação de novas políticas públicas direcionadas ao bem-estar social.

Contudo, os processos de adoção tramitam em segredo de justiça.

Não vislumbro qualquer impedimento para que, de forma hipotética, seja utilizado estudo de caso em tese de mestrado. Não há, contudo, possibilidade de divulgação em termos reais por ferir a hipótese de segredo de justiça. Trata-se de previsão legal. Há necessidade do lançamento de dados que impeçam a quebra do segredo de justiça.

Salvo melhor juízo de Vossa Excelência, Senhor Corregedor, não me parece possível atender a solicitação da ilustre Promotora de Justiça.

Nesse diapasão o parecer que, respeitosamente, apresento a Vossa Excelência é no sentido de que a consulta seja respondida de forma negativa.

Sub censura.

São Paulo, 31 de julho de 2013.

Mª de Fátima Pereira da Costa e Silva
Juíza Assessora da Corregedoria

C O N C L U S Ã O

Em 02 de agosto de 2013, faço estes autos conclusos ao Desembargador JOSÉ RENATO NALINI, DD. Corregedor Geral da Justiça. Eu, _____, Escrevente, subscrevi.

Vistos.

Aprovo o parecer da Meritíssima Juíza Assessora da Corregedoria por seus fundamentos. Comunique-se à MM Juíza Consulente com cópia do parecer e desta decisão.

São Paulo, 02 de agosto de 2013.

JOSÉ RENATO NALINI
Corregedor Geral da Justiça