

A ideia do justo sob o ponto de vista da criança vítima de abandono familiar

Natércia Sampaio SIQUEIRA*

Olegário Gurgel Ferreira GOMES**

RESUMO: A ideia do justo se revela complexa quando se põe em questão o olhar da criança a respeito de seu próprio abandono familiar. Sob o ponto de vista do exposto, indaga-se se é possível reconhecer, para o infante, pretensões que podem ser contrapostas à família, à sociedade e ao Estado. Afinal, o que é certo fazer e como preservar a dignidade humana da criança que enfrenta a rejeição dos genitores? O objetivo do presente trabalho é, partindo do problema de exposição de crianças, analisar a concepção de independência jurídica do incapaz, questionando de que forma ele pode ter os fatos de sua existência decididos na perspectiva de sua subjetividade (o ponto de vista de si mesmo). Espera-se verificar a tese de que a criança é um ser ao mesmo tempo independente e dependente, devendo sua proteção tomar como referência tanto as pretensões jurídicas próprias quanto as obrigações solidárias dos pais.

PALAVRAS-CHAVE: Adoção *intuitu personae*; abandono familiar; justa oportunidade.

SUMÁRIO: 1. Introdução; – 2. Objeto de obrigações morais; – 3. Uma proposta de compatibilidade; – 4. A agência na contemporaneidade; – 4.1. A criança como agência; – 4.2. A adoção *intuitu personae* sob o ponto de vista da criança; – 4.3. A justa oportunidade para a família natural; – 5. Conclusão; – 6. Referências.

TITLE: *The Idea of Righteous from the Point of View of the Child Victim of Family Abandonment*

ABSTRACT: *The idea of the righteous is revealed to be complex when the child's look at his own family abandonment is questioned. From the point of view of the child, it is asked whether it is possible to recognize, for the infant, pretensions that can be opposed to the family, society and the State. After all, what is right to do and how to preserve the human dignity of the child facing the rejection of the parents? The objective of the present work is, starting from the problem of family abandonment, to analyze the concept of legal independence of the children, questioning how they can have the facts of their existence decided from the perspective of their subjectivity (the point of view of themselves). It is expected to verify the thesis that the child is a human being at the same time independent and dependent, and his protection should take as reference both the legal claims and the solidary obligations of the parents.*

KEYWORDS: *Adoption intuitu personae; family abandonment; fair opportunity.*

CONTENTS: *1. Introduction; – 2. Object of moral obligations; – 3. A compatibility proposal; – 4. The agency in contemporary times; – 4.1. The child as agency; – 4.2. Adoption intuitu personae from the child's point of view; – 4.3. A fair opportunity for the natural family; – 5. Conclusion; – 6. References.*

* Doutorado em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (Unifor) e Pós-doutorado em Direito Econômico pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestrado em Direito Tributário pela Universidade Federal de Minas Gerais. Procuradora Fiscal do Município de Fortaleza. Professora do Programa de Pós-graduação (mestrado e doutorado) em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza (Unifor). E-mail: naterciasiqueira@yahoo.com.br.

** Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (Unifor). Mestrado em Direito pela Universidade de Lisboa. Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte. Professor da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (Uern). E-mail: olegariofgomes@gmail.com.

1. Introdução

No que se refere ao tipo de mediação, as adoções no Brasil são classificadas em duas modalidades, a legal ou pública e a direta ou *intuitu personae* (privada). Na adoção legal, o encontro de adotantes e adotandos se dá mediante a intervenção do Poder Judiciário, utilizando para tal o controle dos cadastros de pessoas habilitadas a adotar e de crianças e adolescentes em condições de serem adotados. Já a *intuitu personae* se constitui com a mediação particular entre os genitores e os pretendentes, formalizando a situação, posteriormente, por meio de ação judicial.

O termo “legal” que qualifica a primeira modalidade expressa de fato a legalidade do ato. A legislação brasileira considera lícita apenas a adoção realizada através do cadastro, ao teor do que dispõem os artigos 19 e 50, parágrafo 13, da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). No entanto, a ilicitude da adoção *intuitu personae* é flexibilizada pelo princípio do melhor interesse. A jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça (STJ) confere validade à entrega direta da criança, aduzindo que, a depender do tempo de convivência no novo lar, a regra do cadastro não pode se sobrepor às relações afetivas consolidadas.

O debate sobre o meio adequado de mediação das adoções pode ser visto, contudo, por outro ângulo. Com efeito, a perspectiva muda substancialmente quando se coloca em destaque o ponto de vista do infante, cuja vulnerabilidade desvenda um processo de incertezas, dilemas e angústias. Se a criança pudesse refletir sobre a própria adoção, ela teria diante de si um ato de abandono e outro de acolhimento. Num momento crucial, sentimentos contraditórios se desenvolveriam simultaneamente, por um lado a rejeição e por outro o afeto de ser acolhida. O abandono não seria assim um simples problema social, a se resolver de algum modo, seja através da roda de expostos,¹ de instituições de abrigo, do acordo privado ou do cadastro judicial. Antes de tudo, seria uma questão existencial com soluções insatisfatórias, posto que em oposição duas possibilidades distintas de família, a biológica e a adotiva.

¹ A roda de expostos compunha um sistema eficaz de exposição de crianças. Maximizava os interesses dos genitores, posto que mantinha o anonimato quando da entrega do rebento aos cuidados da Igreja. Sob a perspectiva da criança, tinha-se o mecanismo como uma solução de segurança. Nesse sentido, conferir LEITE, Miriam Lifchitz Moreira. O óbvio e o contraditório da roda. In: MARY DEL, Priore (org.). *História da Criança no Brasil*. São Paulo: Cortez, 1996, p. 99: “A Roda de Expostos foi uma instituição que existiu e foi extinta na França, que existiu em Portugal e foi trazida para o Brasil no século XVIII. Os governantes a criavam com o objetivo de salvar a vida de recém-nascidos, para encaminhá-los depois para trabalhos produtivos e forçados. Foi uma das iniciativas sociais de orientar a população pobre no sentido de transformá-la em classe trabalhadora e afastá-la da perigosa camada envolvida na prostituição e vadiagem”.

O presente trabalho convida o leitor a pensar o abandono na visão de quem perde os genitores e ganha um novo lar. A ideia do justo se revela complexa quando se põe em questão o olhar da criança a respeito de sua própria exposição. Afinal, qual é a medida certa a fazer? Como preservar a dignidade humana de quem enfrenta o destino com tão pouca idade? Como lidar com os aspectos contraditórios da rejeição e do acolhimento? O que essas indagações destacam é a necessidade de discutir a subjetividade da criança, permitindo imaginar as pretensões que ela pode contrapor à família, à sociedade e ao Estado. Ademais, possibilitam entender que existem respostas variadas para o problema, inovando a lógica comum que coloca a adoção como um elemento restrito à solidariedade dos adultos.

Nesse sentido, o objetivo do artigo é analisar o abandono infantil sob a ótica da independência jurídica do incapaz, questionando de que forma ele pode ter os fatos de sua existência decididos na perspectiva de sua subjetividade (o ponto de vista de si mesmo). Espera-se verificar a tese compatibilista de que a criança é um ser ao mesmo tempo independente e dependente, devendo sua proteção tomar como referência tanto as pretensões jurídicas próprias quanto as obrigações solidárias dos pais.

O tema será abordado em três tópicos através de uma metodologia qualitativa, limitando-se a fontes bibliográficas e documentais. No primeiro ponto, a criança é compreendida como objeto de obrigações morais. Aqui, prevalece a iniciativa do adulto, que diante da exposição tem o dever de acolher o infante e protegê-lo. A preocupação dirige-se ao valor acolhimento, de modo que a família adotiva surge como protagonista do ato de proteção. Essa é a posição majoritária do senso comum, que milita em favor da adoção *intuitu personae*, dada a crença na atitude protetora dos responsáveis, inclusive para acertar os termos da entrega do bebê.

O segundo tópico apresenta a criança como sujeito de direitos, uma concepção que busca superar o modelo da moralidade.² A argumentação parte do artigo 19 do ECA, que

² Para um debate mais aprofundado acerca dos efeitos práticos da concepção paternalista ou jurisdicizada da infância, conferir CAMPBELL, Tom D.. The rights of the minor. In: ALSTON, Philip; PARKER, Stephen; SEYMOUR, John (edited by). *Children, rights, and the law*. New York: Clarendon Press, 1992, p. 1-23, O'NEIL, Onora. Children's rights and children's lives. In: ALSTON, Philip; PARKER, Stephen; SEYMOUR, John (edited by). *Children, rights, and the law*. New York: Clarendon Press, 1992, p. 24-42, FREEMAN, Michael. Taking children's rights more seriously. In: ALSTON, Philip; PARKER, Stephen; SEYMOUR, John (edited by). *Children, rights, and the law*. New York: Clarendon Press, 1992, p. 52-71, EEKELAAR, John. Importance of thinking that children have rights. In: ALSTON, Philip; PARKER, Stephen; SEYMOUR, John (edited by). *Children, rights, and the law*. New York: Clarendon Press, 1992, p. 221-235 e LOWY, Catherine. Autonomy and the appropriate projects of children. In: ALSTON, Philip; PARKER, Stephen; SEYMOUR, John (edited by). *Children, rights, and the law*. New York: Clarendon Press, 1992, p. 72-75. Os autores compõem um embate teórico acerca do modelo mais justo para a abordagem ética da criança, se um tratamento construído a partir da condição de objeto de proteção ou da condição de sujeito de direitos.

estabelece o direito fundamental de crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária preferencialmente na família natural. Referido direito compreende a defesa do universo familiar de afeto e pertencimento, essencial ao desenvolvimento da personalidade.³ A família constitui, assim, um espaço jurisdicionado e a criança pode mobilizar o Poder Judiciário para salvaguardar o meio a que pertence, assegurando a companhia dos pais biológicos e, excepcionalmente, sua inserção em família substituta (adoção, guarda e tutela). Nesse cenário, a prioridade se volta para a adoção legal, privilegiando a mediação do Estado.

No último segmento, estuda-se a agência humana infantil. A ideia é de que a coisa certa a fazer no caso de abandono define-se a partir da criança, seja por meio de suas pretensões jurídicas ou através das demandas por cuidado e atenção. O que permite entender o infante simultaneamente como sujeito de direitos e objeto de obrigações morais é o reconhecimento de que ele é um agente de sua existência. Trata-se de uma forma distinta de explicar a incapacidade etária do homem, considerando a possibilidade da criança dispor dela mesma como pauta interpretativa de sua vida.

2. Objeto de obrigações morais

Como se vê, a matéria apresenta significativo grau de dificuldade, sendo certo que as proposições carecem de análises mais acuradas, sopesando com rigor as peculiaridades de cada tese.

A começar pelo dever moral, o que se colhe desse pensamento é a defesa de vínculos abstratos de afetividade, posto que compreende o sentimento como uma qualidade do homem, e não uma experiência disposta a ser vivenciada e desenvolvida, a exemplo do cuidado cotidiano. A afetividade é entendida como um dado absoluto e insuscetível de ponderação, considerando que, por ser um predicado do homem e da forma como ele se relaciona com outros homens, somente duas alternativas, excludentes e radicalmente opostas, são admitidas: ou o afeto existe em alguém e na relação desse alguém com outrem ou ele inexistente por completo e faz da pessoa um ser incapaz de amar determinada pessoa. Não há meio termo, porquanto o que o mundo oferece são famílias que amam e outras que não amam, sendo pertinente selecioná-las, classificá-las e priorizá-las. Nesse raciocínio, é indevido pensar que o afeto pode ser semeado e cultivado em pessoas frias

³ Como explica MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*. Barueri, SP: Manole, 2003, p. 154, trata-se de um direito de personalidade infantojuvenil, eis que se refere à garantia de permanência no meio ao qual a criança pertence, a família.

e indiferentes, com o quê também não é certo afirmar que do desamor de abandonar pode surgir o amor de acolher.

Tal visão pode ser traduzida na assertiva de que a intenção de amar existe necessariamente em quem acolhe e apenas potencialmente em quem concebe. O acolhimento comporta uma ação interior voluntária e um sentimento verdadeiro, servindo de critério para identificar as famílias autênticas. Do fato concepção não se pode presumir na pessoa que concebeu a qualidade do afeto, mas da atitude de acolher sim, eis que a afetividade lhe é intrínseca. Unicamente no ato de receber observa-se adequação à perspectiva do amor paterno, que emerge e se funda na subjetividade daquele que ama e não a partir da pretensão do ser amado.

Via de consequência, se o amor em quem concebe é mera contingência, posto que pode existir ou não e, uma vez inexistindo, não há possibilidade de que venha a se desenvolver, inviável afirmar a pretensão da criança a ser acolhida e amada por quem a concebeu. Se a partir do ato de concepção o amor é incerto, então inviável estabelecer direitos relacionados ao dever dos pais biológicos de amar. Igualmente, esvai-se de sentido a regra que estipula a prevalência da família natural, pela impossibilidade de exigir obrigações tanto dos genitores de proteger e amar o filho quanto do Estado de promover e defender a família natural.

Conclusivo desse pensamento é o apelo à teoria da incapacidade, tanto da criança quanto da família de origem. Ao negar coerência ao direito subjetivo público da criança à convivência familiar com precedência da família natural, referida lógica concebe o infante como um ser destituído de força ativa, já que em sua menoridade nada pode acrescentar a seu destino – muito menos mobilizar a sociedade e o Estado para garantir-lhe, em razão de uma conveniência própria, a companhia dos pais biológicos.⁴ De igual modo, a família natural que entrega o filho para adoção é compreendida como incapaz de exercer responsabilidade, dada a ausência de sentimentos.⁵

⁴ Não há como deixar de perceber nessa concepção de criança incapaz uma correspondência com o paradigma da situação irregular definido pelo Código de Menores de 1979 (Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979, DOU de 11.10.1979). A perspectiva moral diz muito mais do modelo revogado do que do atual sistema de proteção integral instituído pelo ECA. Acerca do tema, conferir MÉNDEZ, Emilio García. *Infancia: de los derechos y de la justicia*. 2. edición actualizada. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004, p. 1-16.

⁵ Nesses termos, conferir SILVA, Enid Rocha Andrade da; MELLO, Simone Guerresi de; AQUINO, Luseni Maria Cordeiro de. Os abrigos para crianças e adolescentes e a promoção do direito à convivência familiar e comunitária. In: 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, p. 237: “A história sobre a infância em risco no Brasil mostra que as políticas públicas voltadas para esta área sempre priorizam a institucionalização em detrimento de políticas de reconstrução e de fortalecimento dos vínculos familiares. A visão predominante sempre foi a da incapacidade das famílias empobrecidas de cuidar e de proteger sua prole”.

A perspectiva moral tem largo alcance no senso comum. Há ressonância nas ponderações de que o mundo adulto deve se dispor a proteger a infância e, principalmente, de que essa obrigação encerra toda a essência do problema infantil, exatamente por conferir relevo aos vínculos afetivos. Com isso, a normatização da família é unilateral e deve ser erigida a partir da subjetividade do adulto, tal a sua condição de detentor de maturidade e autonomia, indispensáveis às obrigações de proteger e amar. Porque obrigados a preservar o vulnerável, a disciplina familiar tem foco na figura dos pais e responsáveis e é através dela que devem surgir os modos de ser e agir legítimos. Consequentemente, a criança constitui um ser passivo, tutelado e protegido. Ela é destinatária de cuidados, do carinho e da atenção, intenções nas quais a norma e o valor familiar são construídos. Portanto, a criança é coisificada, firmando-se como objeto da ação de outrem e não como o sujeito da relação em que cultiva ativamente a proteção e o amor.

Ademais, sujeitando a concepção ao acolhimento, a convivência familiar torna-se de partida uma obrigação anônima: não importa a identidade de quem protege, e sim o acolhimento em si. O próprio ato de acolher passa a ser compreendido como um dado abstrato, e não poderia ser diferente. Sem expressar a criança uma subjetividade e, com isso, um feixe de direitos, a convivência familiar incorpora uma obrigação indistinta em razão do agente protetor, porquanto imprescindível existir uma família no entorno da criança, mas não propriamente a família de origem, mitigando o valor de quem concebe em benefício do valor de quem acolhe, embora a coincidência de ambos seja sempre algo desejado.

Nesse caso, tomando-se o ponto de vista do adulto, a ideia do justo reside na autonomia da vontade da esfera privada e na ampla liberdade de acolher, o que permite maximizar as oportunidades da criança exposta em receber proteção familiar. Em outras palavras, a exposição do infante é problema que deve se resolver independente da intervenção estatal e com base na liberdade dos genitores apontarem os pais adotivos, tendo como referencial exclusivo a espontaneidade dos pretendentes para o acolhimento familiar. Tal concepção, contudo, depende de alteração legislativa. Ela exige a revogação do artigo 19 do ECA, considerando ser incompatível com a regra de prevalência da família natural sobre a família substituta.

3. Uma proposta de compatibilidade

Mas, em outra vertente, que lógica pode ser extraída da proposta do Direito para, em auxílio à Moral, promover a ordenação da família? Sob o fundamento da juridicidade, o

caminho é distinto. A essência da questão muda de posicionamento e, dispensando o foco no adulto e em sua racionalidade, volta-se o olhar à criança e à condição de sujeito de direitos nas relações familiares.

Também a forma de pensar o problema registra mudança. Na concepção do Direito, tem-se como próprio e razoável que pais e filhos se qualifiquem numa espécie de bilateralidade atributiva⁶ característica da esfera do jurídico, surpreendendo ambos sob o governo de determinações objetivas, nas quais a pauta de agir transcende um e outro e se situa num nexos de pretensões marcadas pela exigibilidade e coercibilidade.⁷ São implicações mútuas de direitos e deveres que unem pais e filhos em razão da objetividade da ordem jurídica. Eles se identificam como atores de uma relação no Direito, em que cada um apresenta posições garantidas pela lei. São essas posições que coordenam as ações da família, ponderando os interesses de cada um (bilateralidade) e definindo o que é justo fazer em cada circunstância.

Com isso, o amor paterno e filial pode ser entendido para além do sentimento, ainda que sempre através dele. Antes de caracterizar uma emoção, o afeto compreende relações jurídicas que conferem às pessoas posições de privilégio no ordenamento, a partir das quais se torna possível fazer exigências. Portanto, cuidados e atenções não são simples obrigações morais, mas antes deveres e direitos interligados no ambiente objetivo da legalidade. Tanto a criança quanto o adulto estão envolvidos em laços construídos artificialmente pela lei, dado que o amor pode também ser fundado no pacto e não se impõe com exclusividade enquanto regra imanente às intenções humanas, aos desejos e à espontaneidade – é isso que permite afirmar que uma pessoa ama seu filho porque seus sentimentos o determinam amá-lo, mas também porque a lei exige que se dedique a esse amor paternal.

O poder-dever familiar, próprio do adulto, e os direitos e deveres filiais, dispostos à infância e adolescência, constituem posições de interesse na ordem jurídica. Erigem-se na esfera do jurídico tanto quanto na da moralidade, coexistindo liberdades fundadas no ato de amar e também no plano abstrato da lei. É nesses termos que se observa, por exemplo, a pretensão do genitor à paternidade, seja para exigir o direito de exercê-la seja para renunciá-la, eis que se impõe legítimo reclamar a guarda em ação de busca e

⁶ Na definição de REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 403: “A medida deste comportamento, porém, não é dada nem pelo sujeito que age, nem pelo outro sujeito a que se destina, mas é dada por algo que os entrelaça em uma *objetividade discriminadora de pretensões*, muitas vezes, mas nem sempre e necessariamente, recíprocas”.

⁷ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 50-52.

apreensão e, em circunstância oposta, manifestar concordância em entregar o rebento em adoção. De igual modo, o reconhecimento da pretensão da criança à convivência familiar com a primazia da família natural, seja porque tem ela o poder de pleitear a reintegração à família de origem e seu desligamento da instituição de abrigo seja porque pode solicitar, quando a primeira alternativa se revela inviável, sua inscrição no cadastro para adoção, visando alcançar uma nova esperança de vida familiar. Como se vê, em ambas as situações a autonomia é o instrumento reitor, eis que tanto o consentimento⁸ dos pais biológicos em favor da adoção quanto a aspiração da criança pela família natural pressupõem pessoas livres e detentoras de prerrogativas jurídicas.

Assim, o amor paternal e a precedência dos pais biológicos constituem direitos de personalidade, com teor abrangente. Eles compreendem o universo de pertencimento da pessoa, o que implica não apenas condições materiais e afetivas imprescindíveis ao desenvolvimento pessoal mas também experiências de cunho psicológico – conhecer a origem e sua história, desvendar a ascendência genética, vivenciar a solidariedade de parentes, compartilhar uma identidade comum, descobrir vínculos culturais e geográficos, entre outras. Envolvem, ainda, aspectos objetivos das relações familiares, abrangendo as circunstâncias em que os vínculos afetivos podem ser reduzidos a dados verificáveis, a exemplo dos cuidados mútuos, das ações educativas e do respeito à integridade física e psíquica.

Em suma, se a criança tem direito ao amor paternal, tendo em conta que submete a família, a sociedade e o Estado ao dever de preservar os vínculos naturais (sempre que possível no caso concreto), então no modelo do Direito o que se firma é a primazia do valor de quem concebe sobre o de quem acolhe, mesmo que não despreze, em nenhum de seus atributos, o valor desse último – afinal, a existência da obrigação legal não liberta os pais da obrigação moral de amar,⁹ dado que o jurídico e a moral, como lembra Kaufmann,¹⁰ são elementos que se exigem mutuamente.

⁸ Daí a necessidade de indagar se a renúncia ao poder familiar não constitui na verdade uma decisão contrária à vontade real dos genitores. O questionamento precisa ser feito caso a caso, com o objetivo de descobrir se a entrega do filho para adoção se dá em razão de determinantes objetivas como a miséria ou mesmo de condicionantes subjetivas, a exemplo da coação praticada por familiares e o abandono afetivo por parte do parceiro. Tais circunstâncias são vulnerabilidades que fragilizam a autonomia da pessoa, mas que podem ser superadas através de políticas públicas adequadas.

⁹ As obrigações e prerrogativas presentes nos artigos 1.634, 1.637 e 1.638 do Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, DOU de 11.01.2002) apenas estabelecem parâmetros básicos para a relação entre pais e filhos. É um equívoco pensar que os responsáveis conseguem se desincumbir de sua missão apenas atendendo aos preceitos legais, desprezando, de outro modo, a atenção, o carinho, a devoção aos cuidados e a preocupação constante com a educação, a formação moral, a saúde e a integridade física e psíquica da criança.

¹⁰ KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Trad. Antônio Ulisses Cortês. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2009, p. 326: “Ora, se o direito é norma, não se poderá bastar com a legalidade, pois a norma exige moralidade”.

Esse pensamento que justapõe, em reciprocidade, os dois planos da ética permite reconhecer a criança na perspectiva da capacidade,¹¹ posto que uma pessoa livre, um ser igual no mundo adulto, sujeito de direitos e partícipe da legalidade que compartilham todos os membros da coletividade. Contudo, ainda que livre, porque detentor de pretensões, não perde a criança, no dizer de Renaut,¹² a condição de objeto da solicitude dos adultos. É preciso entender que mesmo obrigado juridicamente a amar, sob pena de sanção legal, mantém o pai o dever moral de oferecer ao filho não apenas as condições materiais e intelectuais, visando sua manutenção e educação, mas também e de forma absoluta um lar feliz, pleno de afeto.

Como visto, a tese jurídica é substancialmente distinta, mas acaba reunindo em si soluções tanto jurídicas quanto morais. Disso resulta uma proposta mais compatibilista do que propriamente inovadora, porquanto parte da ideia de criança como sujeito de direitos mas não despreza as obrigações morais do mundo adulto, fazendo dela, igualmente, objeto de solicitude.¹³ Contudo, apesar do viés conciliador, assinala duas singularidades importantes. Primeiro, a coisa certa a se fazer em casos de abandono de crianças sofre uma inversão ao comparar com o paradigma moral. O justo passa a compreender a determinação de que o Estado e a sociedade adotem práticas condizentes com a lei, protegendo os vínculos da família natural de forma prioritária. Ou seja, a exposição de crianças torna-se matéria de ordem pública (e não da autonomia de vontade dos particulares), com a exigência de políticas governamentais planejadas para conferir oportunidades aos genitores de decidirem de forma reflexiva a entrega do filho à adoção, priorizando ainda a família extensa em detrimento de casais cadastrados no Poder Judiciário.¹⁴

¹¹ Também imprescindível a crença na capacidade da família natural. Embora vivencie na entrega do filho para adoção situação de extrema vulnerabilidade social e econômica, ela precisa ser compreendida, nos termos aqui apresentados, como potencialmente apta a superar seus problemas e reconstruir relações de afeto.

¹² RENAUT, Alain. *A libertação das crianças*. Tradução de Ana Rabaça. Lisboa: Instituto Piaget, 2002, p. 343.

¹³ Afinal, como já destacado, a afetividade constitui um elemento do conceito de família. Nessa perspectiva, conferir RODRIGUES, Edwirges Elaine; ALVAREDA, Maria Amália de Figueiredo Pereira. Novos tempos, novas famílias: da legitimidade para a afetividade. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 10, n. 3, 2021, p. 5: “Dessa feita, o elemento característico da família na contemporaneidade, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um vínculo afetivo a unir as pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando mútuo comprometimento. Assim, a afetividade, considerada um valor jurídico, torna-se elemento embrionário das relações familiares”.

¹⁴ A publicização do abandono retira dos atores privados a decisão acerca de qual família receberá a criança. A incumbência pertence ao Estado que a exerce através de procedimentos judiciais, nos quais são investigadas as razões da entrega da criança, se lícitas ou não, e a existência de membros da família extensa interessados em adotar. De acordo com o artigo 25, parágrafo único do ECA, família extensa ou ampliada é formada por “parentes próximos com os quais a criança ou o adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade”.

Em segundo lugar, a perspectiva jurídica impõe metodologias distintas de abordagem do problema. A interpretação dos casos concretos ganha regras específicas. O objetivo é evitar situações de ameaça ou violação da lei e de desrespeito ao princípio da proteção integral, que determina compreender a criança como sujeito de direitos. Em outras palavras, é necessário aplicar uma hermenêutica específica para a temática infantil que atenda aos seguintes requisitos: a) assegure efetividade ao ponto de vista da criança, possibilitando que ela seja o agente principal na decisão de sua vida; b) proporcione a prioridade ao valor de conceber sem que com isso ocorra um desmerecimento indevido do valor de acolher.

4. A agência na contemporaneidade

A agência tem se movimentado na história do pensamento do mundo ocidental num movimento de pêndulo. Em um primeiro momento, tendo por marco inicial a filosofia grega na escrita de Platão em a “República”, a razão era segmentada dos sentidos e consistia no caminho de descoberta da verdade. Havia uma verdade imutável apta a ser alcançada por um movimento de ascese da razão, que ao se desprender dos sentidos poderia alcançar a realidade das coisas na sua totalidade e plenitude: “sem se servir dos sentidos e só pela razão, alcançar a essência de cada coisa, e não desiste antes de ter apreendido só pela inteligência a essência do bem, chega ao limite do inteligível”.¹⁵

“Tendo a verdade por corifeu, não creio que se possa dizer que um coro de vícios segue atrás dela”.¹⁶ Os sentidos, por esta concepção, quando não subordinados à razão, escravizariam o homem. A liberdade estaria na ação em conformidade com a razão, que seria apta à descoberta da verdade. Aqui, já a lógica binária que tanto influenciou o pensamento ocidental, em especial pela sua recepção pelo cristianismo: a razão, que leva à verdade, é boa e mantém o homem no bom caminho; já os sentidos, quando se sobrepõem à razão, afastam o homem da verdade, o corrompem e o levam ao caminho da perdição.

Aristóteles, em caminho semelhante a Platão, entende que “perfeito é o que está disposto conforme a natureza”.¹⁷ Em relação ao homem, considera que o que lhe é característico “é ser racional, o que traz como consequência que a virtude, por excelência, é desenvolver

¹⁵ PLATÃO. *A República*. 3. ed. Porto: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p. 347.

¹⁶ PLATÃO. *A República*. 3. ed. Porto: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p. 3278.

¹⁷ SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça em Kant: seu fundamento na liberdade e na igualdade*. 2. ed. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1995, p. 34.

a inteligência do homem”.¹⁸ Também aqui, a virtude no homem, como hábito do exercício da inteligência, mediante a qual se dispõe as coisas no justo – preciso – meio – ou medida – para que se desenvolvam em todas as suas potencialidades, é substancialmente racional e boa. Mantém-se o vínculo entre racionalidade, perfeição e virtude.

Essa tríade, de outra sorte, apresenta características discursivas interessantes: a “paciência” e a “teleologia”. O homem faz parte de um todo que lhe é maior, superior e atavicamente bom, de maneira que a sua perfeição é condicionada à sua disposição em conformidade com a natureza transcendental, para o quê a racionalidade ou inteligência é o instrumento de acesso mais adequado. A perfeição humana pela razão informa a elaboração, na idade média, dos institutos basilares do direito civil, tais quais atos e negócios jurídicos: a declaração de vontade é passível de obrigar o homem uma vez que ele apresenta razão adequada para orientar-se na vida.

A razão como o instrumento da liberdade e da virtude é realçada por Kant, que o faz no contexto liberal da “agência ética”: o homem, como ser racional e dotado de arbítrio, deve agir em conformidade com a representação que faça da lei da razão, de maneira a ser livre. A razão seria o instrumento da ética e da liberdade; na concepção kantiana, da dignidade humana. Firme nesta associação entre razão, liberdade, virtude, não obstante em um contexto que glorifica a agência humana, o pensamento ocidental caminha ao positivismo, talvez a mais exaltada afirmação contemporânea da razão, ao passo em que presencia o nascimento do romantismo, que vem a combater a razão mediante a afirmação do primado da vontade: “a fonte de toda a vida e ação, de heroísmo e sacrifício, de nobreza e idealismo, tanto individual como coletivo – a orgulhosa, indomável, irrestrita vontade humana”.¹⁹

Se a razão é o instrumento da verdade, ela escravizaria o homem, falam os românticos: “acima de tudo, deve-se agir, e não sofrer a ação”.²⁰ Mais importante do que agir em conformidade com a verdade mediante a utilização da razão, é agir de acordo com a vontade, ser autêntico, liberar-se e libertar-se. Mais importante do que ter sucesso, *status*, riqueza e prestígio, é ser a si mesmo. Sob a inspiração do romantismo alemão ressoa a autenticidade, com influência sobre Schopenhauer, Nietzsche, Freud: a individualidade a contrapor-se à normatização da razão. Mas o positivismo a isso

¹⁸ SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça em Kant: seu fundamento na liberdade e na igualdade*. 2. ed. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1995, p. 34.

¹⁹ BERLIN, Isaiah. *Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios*. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 565.

²⁰ BERLIN, Isaiah. *Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios*. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 571.

resistia, insistindo na naturalização das ciências humanas, na extirpação da metafísica, na lógica, na objetividade matemática e na causalidade. Duas correntes que se combatiam.

A razão e as suas promessas de verdade e de normalização ecoam em ambientes tradicionais e normatizados. Encontra abrigo em um direito privado conservador que se ampara na reta razão como o instrumento adequado ao ato e negócio jurídico: a vontade é boa enquanto racional; o ato e negócio jurídico existem em função da razão adequada do homem para obrigar a si mesmo. Mas a vontade não perde terreno: importantes pensadores do século XX, como Rawls e Dworkin, casam a autenticidade à racionalidade: Rawls²¹ identifica a racionalidade como a faculdade humana de refletir sobre o modelo de vida que é pertinente a si, ao tempo em que Dworkin²² trata da autenticidade como um dever moral que implica construir uma narrativa de vida coerente aos valores elementares da pessoa, o que envolve uma atividade reflexiva sobre o que a pessoa efetivamente valoriza.

A autenticidade ainda demanda reflexão, mas se “desnormatiza”. Outros elementos, como a vontade e os sentidos, vão se amalgamando à pura razão de maneira a se traçar o perfil da agência humana. Antônio Damásio, na sua obra “A estranha ordem das coisas”, procura traçar a relação de complementariedade entre racionalidade e sentimentos, ao afastar a hipótese de que o ser humano funcionaria como robô se fosse desprovido dos sentidos: “teoricamente, seríamos obrigados a depender de uma análise deliberada de características e contextos num esforço brutal de aprendizagem. Mas tal aprendizagem é difícil de conceber sem as propriedades da recompensa e dos sentimentos que a acompanham”.²³

A agência humana não mais é constituída por uma racionalidade lógica, causal, asséptica, comum a todos os homens. Antes, ela agrega os sentimentos e os sentidos, a sedimentação de experiências personalíssimas: implica um processo complexo e em formação, que tem reclamado, cada vez mais, a autenticidade e a pertinência a si. A pessoalidade vem adquirindo importância crescente à agência, o que confere, por conseguinte, uma revisão da razão como o elemento adequado e suficiente à boa deliberação, que, por sua vez, justificava a compreensão da tutela e curatela como

²¹ RAWLS, John. *Justiça e democracia*. Tradução de Irene A. Paternot e seleção de Catherine Audard. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

²² DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge-Massachusetts, London-England: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

²³ DAMÁSIO, Antônio. *A estranha ordem das coisas: a vida, os sentimentos e as culturas humanas*. Lisboa: Temas e debates – Círculo de leitores, 2017, p. 148.

mecanismos de substituição de uma vontade viciada, posto que não seria racional, por uma boa e correta, já que decorrente de um agente racional. Uma vez que fruto da razão perfeita, não se tinha de levar em consideração aspectos referentes ao processo pessoal de vida, de afetos, de sentimentos, de experiências: a racionalidade pura seria suficiente à boa decisão.

É isto, justamente, o que está a ser severamente contestado nos diversos ramos do conhecimento, seja a filosofia, a neurociência, a psicologia, a sociologia e o direito. A agência tem se aberto, hodiernamente, aos aspectos afetivos e à autenticidade, o que lhe atribui uma nota relevante de pessoalidade e contingencialidade. Por consequência, a ideia de uma razão pura e perfeita como a fonte da boa deliberação vai sendo contestada, de maneira a se atribuir destaque crescente aos afetos e às experiências pessoais como importante elemento da agência.

Por esta perspectiva, a pessoa, ainda que não absolutamente apta a uma racionalidade formada, possui uma amálgama de vivências, experiências e vontades que contribuem para a sua autenticidade e que qualificam a sua individualidade e pessoalidade, que devem ser consideradas como fonte da ação. A agência adequada não pode mais ser encerrada no mito da razão pura, que seria o único instrumento apto à descoberta da verdade plena e, por conseguinte, à boa deliberação. Ela é um complexo a englobar uma série de elementos que devem ser levados em consideração: não por menos, ao lado da racionalidade, elementos psíquicos, de experiências, afetos e comportamentos, que constroem a autenticidade, devem ser levados em consideração, mesmo quando se trata de pessoas não plenamente “capazes”, no termo da lei.

4.1. A criança como agência

Mas, e o que dizer da agência infantil? O conceito de criança livre expressa um modo particular de julgar os fatos da vida. Decidir situações existenciais da criança em conformidade com o ponto de vista dela ou, do contrário, afirmar seu modo de viver em conformidade com o ponto de vista do adulto representam meios distintos de pensar. Um reconhece a autonomia do infante, o outro apenas a sua vulnerabilidade. É possível conciliar esses dois tipos distintos de raciocínio e com isso apontar aquilo que é justo fazer em cada situação concreta?

Para responder ao questionamento, é necessário de início discutir os pressupostos de liberdade para a condição infantil. A asserção de que a criança é sujeito de direitos com

autonomia subentende haver nela capacidade de razão, que é progressiva no tempo e no processo de amadurecimento. Ademais, se a autonomia existe e é cada vez mais intensa com o avanço da idade, então há de se pensar que ela ocorre desde o nascimento como um potencial que se realiza.

Contudo, em acontecimentos complexos, em que a capacidade de razão expressa pela criança é insuficiente e imatura, a afirmação da sua subjetividade jurídica não se impõe sem pressupor um juízo hipotético,²⁴ através do qual o responsável deve se questionar o que ela decidiria se tivesse uma racionalidade plena.²⁵ O adulto se põe no lugar do imaturo para ponderar a questão, refletindo como ele pensaria se já tivesse maturidade. Os dois modos de resolver impasses, a decisão direta com o exercício da autonomia de vontade pela própria criança e o julgamento indireto, imaginando o genitor a solução que o filho optaria em determinada circunstância se já fosse madura, são formas de pensar que utilizam o ponto de vista próprio do infante. Ou seja, são métodos que compreendem a infância na alteridade (reconhecimento da criança como o outro eu igual e livre) e na empatia²⁶ (possibilidade de se colocar no lugar do outro para decidir), respeitando sua dignidade humana.

Os pressupostos em destaque são vitais para a arquitetura da liberdade infantil. Admitir tanto a racionalidade progressiva, com decisões autônomas em escala crescente e na medida do desenvolvimento emocional, quanto a técnica do juízo hipotético conforma a criança em sua agência humana, eis que ela é apresentada como reitora de sua existência. Ou seja, revela uma base a partir da qual a criança se posiciona como o foco de deliberação de sua vida,²⁷ sendo portanto responsável pelos atos destinados a si mesmo

²⁴ EEKELAAR, John. Importance of thinking that children have rights. In: ALSTON, Philip; PARKER, Stephen; SEYMOUR, John (edited by). *Children, rights, and the law*. New York: Clarendon Press, 1992, p. 221-235, p. 229.

²⁵ Desde muito pequena uma criança pode decidir se deseja uma maçã ou uma laranja de sobremesa, mas em tenra idade ainda não lhe é possível afirmar em que tipo de escola deseja estudar. Nesse último caso, cabe aos pais questionar que decisão tomaria se o filho fosse adulto e dotado de razão plena.

²⁶ Conferir as observações de COSTA, Jurandir Freire da. *O ponto de vista do outro*. Rio de Janeiro: Garamond, 2010, p. 211: “Em seu vocabulário, apreender o outro do interior significa compreender e agir no sentido de auxiliá-lo – se preciso e quando preciso – ainda que ele pareça ser o avesso do que chamamos rotineiramente de ‘um sujeito’”.

²⁷ BODIN DE MORAES, Maria Celina. A nova família, de novo – estruturas e função das famílias contemporâneas. *Pensar*, v. 18, nº 2. Fortaleza: Unifor, mai./ago. 2013, p. 611: “Com efeito, torna-se imperativo reconhecer a capacidade de ação dos menores, embora ainda sujeitos ao poder familiar, para o exercício dos seus direitos fundamentais, devendo-se nesses casos, no mínimo, inverter a presunção de capacidade (e não mais de incapacidade), mesmo porque, como se sabe, ela é a regra (sendo exceção a incapacidade). Visa-se compartilhar esse saber já há muito consolidado para o incremento de um consistente pensamento jurídico no que tange às relações paterno-filiais, em que às crianças e aos adolescentes deve ser atribuída, como titulares de direitos, a capacidade do seu exercício, em prol da realização de seus interesses, através de prerrogativas e direitos específicos. Tudo isso em direta oposição à concepção que ainda os reduz a meros sujeitos-objeto de direito, que se sujeitam às escolhas de outrem – essencialmente dos pais e, na falta de acordo entre eles, do juiz – e demandam, passivamente, assistência moral e material, proteção e limites. Trata-se, em última análise, do reconhecimento da ‘pessoa da criança’”.

– uma responsabilidade restrita, considerando que não a obriga perante terceiros,²⁸ porém a coloca como regente de seu destino.

Ora, é o posicionamento da criança na regência de si que permite responder de forma positiva a pergunta feita no início. O único meio que concilia decisões feitas no ponto de vista da criança com deliberações promovidas a partir do ponto de vista do adulto é definir que as primeiras são legítimas e prioritárias. Assim, nenhuma solução é descartada de princípio, ainda que submetida a um critério de prevalência. Ademais, sempre que existir conflito entre uma e outra, o intérprete poderá dispor de um argumento de ponderação para eleger o justo no caso concreto.

É certo que os problemas jurídicos apresentam muitas vezes narrativas fáticas detalhadas e complexas. Quando isso ocorre, a simples regra da prioridade pode parecer pouco conclusiva para apontar soluções. No entanto, é possível subdividir o comando original em regras derivadas, criando etapas para facilitar o processo interpretativo. Em casos difíceis, portanto, a garantia da prevalência do ponto de vista da criança se divide nos seguintes passos: a) aplicar inicialmente a regra geral, interpretando os fatos existenciais da criança prioritariamente a partir do seu ponto de vista; b) em hipóteses nas quais o ponto de vista do adulto teve prevalência, verificar se ele conflita com os direitos subjetivos da criança; c) existindo perdas à subjetividade infantil, avaliar a situação atual da criança e os interesses que ela possui no caso concreto; d) modificar a decisão, aplicando o interesse prioritário da criança que confronta com o ponto de vista do adulto.

Os critérios apresentados permitem devolver à criança a governança de sua existência. De outro modo, eles esclarecem que o ponto de vista do adulto deve ser revisto apenas nas circunstâncias de choque evidente de interesses. Ou seja, em casos nos quais a regra geral de prioridade é quebrada com ofensa a direitos fundamentais, ao livre desenvolvimento da personalidade e ao princípio da dignidade da pessoa humana.²⁹

4.2. A adoção *intuitu personae* sob o ponto de vista da criança

O exemplo da criança exposta para adoção pode esclarecer melhor o problema hermenêutico. A questão de saber se os genitores e os pretendentes à adoção têm

²⁸ Portanto, não agride o postulado de incapacidade dos menores de 16 anos para os atos da vida civil, de acordo com o artigo 3º do Código Civil de 2002.

²⁹ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 73: “A proteção da pessoa humana, em substituição à tutela da liberdade individual (*rectius*, autonomia privada), é o postulado a partir do qual se pode demonstrar toda a gama de transformações ocorridas no interior da ordem civil, na aplicação da lei pelos juízes e, principalmente, na consciência moral da sociedade”.

autonomia para decidir o futuro da criança ou se a decisão compete ao poder público é bastante discutida nos tribunais. A adoção *intuitu personae* constitui uma temática clássica da jurisprudência brasileira. As decisões são muitas vezes divergentes, ora apoiando a solução privada e o protagonismo adulto ora destacando o controle estatal através do cadastro de adotantes, que defende o protagonismo infantil.

No STJ, são majoritários os acórdãos que conferem legalidade à adoção *intuitu personae*. Estima-se a obrigação de acolher como preponderante sobre o fato da concepção, tendo como fundamento o princípio do melhor interesse da criança. A intenção é salvaguardar os vínculos de afetividade instaurados na convivência do infante com a família substituta, o que exige flexibilizar a regra da obrigatoriedade do cadastro e, com isso, desautorizar ações estatais voltadas a restaurar o convívio na família natural ou garantir a precedência da adoção por integrantes da família extensa. Os argumentos são os seguintes: a) é preciso garantir os vínculos afetivos,³⁰ malgrado os adotantes terem recebido a criança diretamente dos genitores, burlando o cadastro do Poder Judiciário; b) retirar a criança da família adotiva para inseri-la em abrigo ofende o princípio do melhor interesse da criança, devendo ocorrer apenas em casos em que se verifique violação a direitos fundamentais;³¹ c) o cadastro visa organizar a fila de pretendentes à adoção, mas não tem caráter vinculante.³²

A estrutura argumentativa das decisões do STJ baseia-se na tutela paternalista da criança. Isso porque desconsidera os fundamentos extraídos da esfera subjetiva da criança, como a prioridade da família natural e da família extensa. Mas, os critérios hermenêuticos propostos acima são aptos a corrigir as falhas discursivas e conciliar o ponto de vista do adulto com os direitos subjetivos do infante?

Como se observa, a adoção *intuitu personae* constitui uma hipótese na qual o ponto de vista do adulto tem prevalência, uma vez que genitores e adotantes negociam entre si utilizando para tal motivações individuais, a intenção de entregar e o desejo de receber. Ademais, verifica-se existir nesse acordo um conflito evidente com os direitos subjetivos da criança, presumindo-se que a princípio toda pessoa deseja manter os vínculos com a família natural, não importando o contexto do seu nascimento. A presunção pode ser aferida através do juízo hipotético, colocando-se o responsável no lugar do rebento para

³⁰ STJ, Quarta Turma, *Recurso Especial 1628245/SP*, Rel. Ministro Raul Araújo, julgado em 13/12/2016, DJe 15/12/2016.

³¹ STJ, Terceira Turma, *Habeas Corpus 487.812/CE*, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 26/02/2019, DJe 01/03/2019.

³² STJ, Quarta Turma, *Habeas Corpus 468.691/SC*, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 12/02/2019, DJe 11/03/2019.

um diálogo imaginário: “Se fosse eu essa criança, como gostaria que fosse tratado? Desejaria uma oportunidade para manter a família natural?”. Uma resposta positiva confirmaria a prioridade fixada no artigo 19 do ECA, regra desrespeitada pela entrega direta.

Uma vez caracterizada a existência de perdas à subjetividade infantil, o passo seguinte é avaliar a situação atual da criança e os interesses que ela possui no novo contexto fático que se formou no convívio com a família substituta, em especial os vínculos afetivos com os pretensos adotantes. A depender do tempo de convivência, é possível dizer que uma identidade familiar tenha se formado na criança.³³ Nesse passo, é de se concluir que a decisão inicial tomada a partir do ponto de vista do adulto (acordo direto de entrega) só pode sofrer alterações com fundamento em interesses da própria criança, o que precisa ser analisado caso a caso. O correto é pensar que nesse momento a criança já tem duas pretensões conflitantes, de um lado assegurar a prioridade da família natural e de outro manter os vínculos afetivos com a família substituta.³⁴

A ponderação dessas duas intenções contraditórias deve restar clara no trabalho argumentativo para que a criança seja de fato o centro mobilizador desse processo, assumindo o governo de sua existência. É preciso estimar que solução dentre as duas trará menor prejuízo à história de vida do infante, encontrando uma proporção entre os interesses colidentes com base em critérios como o tempo de permanência com a família substituta, a idade do adotando, a existência de má-fé ou crime, a exemplo da intermediação onerosa, rapto ou subtração, a condição psicossocial dos pretensos adotantes, a quebra de vínculos culturais e geográficos e os aspectos fáticos da entrega, verificando as vulnerabilidades sociais e econômicas, em especial a pobreza, o desemprego e o suporte emocional de parentes. Analisando esses elementos, uma única solução deve se impor. Prevalecendo a afetividade no núcleo familiar substituto como o interesse mais relevante para a criança, então ao final haveria uma conciliação entre o ponto de vista do infante e o dos adultos, eis que a decisão seria pela excepcional confirmação da adoção *intuitu personae*. Do contrário, priorizando-se a pretensão à família natural com o retorno aos pais biológicos ou a adoção por pessoa integrante da família extensa, o alinhamento restaria inviável.

³³ SAVATER, Fernando. *O valor de educar*. Tradução de Monica Stahel. 2. ed. São Paulo: Planeta, 2012, p. 56: “O aprendizado familiar tem por trás o mais eficaz dos instrumentos de coação: a ameaça de perder o carinho daqueles seres sem os quais não se sabe como sobreviver”.

³⁴ Na verdade, ao se alegar o conteúdo vinculativo da ordem cronológica do cadastro de adotantes, o que se promove é a discussão acerca do conflito de dois direitos da criança, a convivência familiar preferencialmente na família natural (defesa do universo de pertencimento) e o estado de filiação socioafetiva constituído a partir do ingresso na família adotiva (defesa do universo de afetividade). O debate não contrapõe o melhor interesse da criança à regra do cadastro, como frequentemente se diz, e sim duas pretensões originárias do próprio infante.

Um raciocínio assim pautado na subjetividade da criança apresenta vantagens dogmáticas. Primeiro, garante segurança à esfera jurídica infantil, problematizando uma lista mais complexa de direitos fundamentais, como a liberdade, a autonomia, a integridade psicofísica e o respeito.³⁵ Em segundo lugar, determina o conteúdo do princípio do melhor interesse, situando-o na ponderação entre pretensões imanentes à criança (na questão em debate, observa-se o conflito entre o universo de pertencimento inerente à família natural e o universo de afetividade eventualmente construído na família substituta). Depois, confere nota prioritária ao valor de conceber sem que com isso ocorra um desmerecimento indevido do valor de acolher, conciliando o jurídico e a moral para afirmar a necessidade da intervenção pública no processo de adoção. Por fim, apresenta uma argumentação em conformidade com o princípio da dignidade da pessoa humana, eis que afirma a importância do livre desenvolvimento da personalidade.

O último destaque é conclusivo para a matéria. Decidir segundo o ponto de vista da criança permite descobrir detalhes sobre a verdade que cerca o ato de abandono. Essa atitude reflexiva evita juízos apressados e reducionistas, que tratam a exposição como um fato inevitável ou uma decorrência lógica da atitude negligente e culposa dos pais biológicos.³⁶ As pessoas que aceitam entregar o filho enfrentam com frequência vulnerabilidades sociais e econômicas, sujeitando-se a acordos que coisificam a criança e as subjugam a um estigma negativo com a imagem de pais descuidados e irresponsáveis. O bebê é tratado, por sua vez, como objeto de interesses alheios, sob a promessa de um futuro melhor. É uma perspectiva que viola a determinação kantiana³⁷ de compreender a criança como um fim em si mesmo e, nesses termos, como uma subjetividade jurídica autêntica.

4.3. A justa oportunidade para a família natural

O parâmetro da capacidade resolve, como visto, a questão do justo em casos de crianças expostas e entregues diretamente pelos genitores aos adotantes. Através dele se exige que o infante seja posicionado no processo decisório como responsável por seu destino.

³⁵ Com isso, enriquece os argumentos que animam a decisão, destacando existir divergência nos interesses reunidos na esfera jurídica da criança, como a identidade genética, o sentido de pertencimento a uma família e a proteção do universo afetivo.

³⁶ Do mesmo modo, é também preciso acolher os genitores e respeitar o desejo deles de entregar o filho para adoção, explicando seus direitos, afirmando que a entrega não constitui ilícito civil ou penal e realizando um atendimento humanizado.

³⁷ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. In: MAFFETTONE, Sebastiano; VECA, Salvatore. *A ideia de justiça de Platão a Rawls*. Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 221: “No reino dos fins, tudo tem um preço ou uma dignidade. O lugar daquilo que tem um preço pode ser ocupado por outra coisa equivalente; ao contrário, o que é superior a todo preço e não admite nada de equivalente tem uma dignidade”.

Focando antes as pessoas e as suas ações, o critério não serve, contudo, para decidir a posição do Estado diante do abandono infantil, especialmente quando se reporta às políticas públicas que resultam na intervenção direta na autonomia das partes. Em outras palavras, que instrumento por regra deve realizar a intermediação entre as pessoas interessadas em adotar e os genitores dispostos a entregar o filho? Deve-se priorizar a iniciativa privada ou os programas estatais?

O problema diz respeito à teoria da justiça porque coloca lado a lado pessoas desiguais. O perfil de quem adota é economicamente mais forte do que o perfil de quem entrega o rebento a outrem. Isso coloca um lado em desvantagem, sendo portanto suscetível a fatos que viciam a liberdade de vontade, como a coação moral e o apelo financeiro. A criança vive também uma situação difícil, eis que seus interesses são obscurecidos por lemas moralizantes (“ela será melhor educada numa família estruturada e preparada para amá-la”). Como não conta com meios próprios de defesa, em razão da idade, sua pretensão à família natural e a seu lugar de pertencimento é geralmente desconsiderada por sentenças construídas no ponto de vista do adulto (“uma vida marcada pelo acolhimento do adotante é mais segura do que uma vida definida na história atribulada de sua concepção”).

Além do fator desigualdade, a questão se insere na temática do justo também porque põe em destaque os fins da razão pública. Saber se há legitimidade na intervenção do Estado como mediador da adoção é uma pergunta estrutural que pressupõe a definição dos limites entre o público e o privado. Segundo Pompeu e Siqueira,³⁸ um problema assim reclama um critério de justiça que seja igualmente estruturante, como o princípio da justa oportunidade, que trata da formação de uma sociedade democrática composta de cidadãos livres e iguais.³⁹ As peculiaridades pessoais dos envolvidos ainda que relevantes não estabelecem uma conexão com a dimensão mais abrangente do problema de pensar as bases do Estado.⁴⁰ Com efeito, o que decide o justo da intervenção estatal é um ponto

³⁸ POMPEU, Gina Vidal Marcilio; SIQUEIRA, Natércia Sampaio. Realização da justiça, oportunidade e capacidade: da igualdade formal à igualdade material no que concerne ao acesso à educação superior dos negros por meio do sistema de quotas nas universidades. In: ALEXY, Robert; XAVIER BAEZ, Narciso Leandro; SANDKUHLER, Hans Jorg; HAHN, Paulo (organizadores). *Níveis de efetivação dos direitos fundamentais civis e sociais: um diálogo Brasil e Alemanha*. Joaçaba: Editora Unoesc, 2013, p. 633: “A análise da capacidade decorre da justa oportunidade. É informada por situações discriminatórias que prejudicam o *status* do indivíduo de pessoa livre e igual. Não se deve, entretanto, concebê-la como elementar à justiça, em razão de incompatibilidade com a alteridade imanente à democracia”.

³⁹ RAWLS, John. *Justiça e democracia*. Tradução de Irene A. Paternot e seleção de Catherine Audard. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 144-145.

⁴⁰ As capacidades individuais seriam um elemento distinto para estimar o justo, contrapondo a filosofia de Amartya Sen ao pensamento de John Rawls. Nesse sentido: CAVALCANTI, Thais Novaes; TREVISAN, Elisaide. A “abordagem das capacidades” na teoria de Amartya Sen sobre o desenvolvimento humano. *Revista Jurídica*, vol. 01, n. 54. Curitiba, 2019, p. 185.

antecedente, porquanto remete à possibilidade mesma de acesso à convivência familiar, preferencialmente na família natural.

Então, o que se deve questionar é antes se há igualdade entre as crianças quanto ao direito fundamental à vida em família. Ou seja, os filhos de pessoas vulneráveis em termos econômicos, sociais, culturais e intelectuais têm mais chances de perder o vínculo com os pais biológicos? O nascimento em meio à vulnerabilidade é contingente e não depende do esforço pessoal de quaisquer das partes, devendo-se excluir da análise do problema, por conseguinte, critérios como o da capacidade, da responsabilidade e das peculiaridades pessoais. Sendo assim, o que justifica uma ação do Estado é a justa oportunidade, princípio estruturante da vida numa democracia.⁴¹ No caso em debate, a intermediação direta de crianças pelos particulares envolvidos na adoção reduz a oportunidade de promover os vínculos afetivos na família natural, o que autoriza afirmar a legitimidade e a necessidade de políticas públicas voltadas a assegurar a liberdade de vontade dos pais biológicos e da criança em decidir a sua própria história.

5. Conclusão

Em suma, definir a coisa certa a fazer não compreende uma tarefa fácil na infância. O problema da exposição de crianças demonstra essa complexidade na afirmação do justo. Se é admissível valorar a afetividade construída na atitude de acolher da família substituta, é também razoável manter a fé na capacidade de recuperação do afeto na família natural. A ideia de adoção deve surgir após constatar que os pais biológicos se tornaram uma opção inviável, tarefa de intermediação que deve ser pública para anular as forças mercadológicas da demanda por bebês recém-nascidos e para conferir igualdade a todas as crianças.

Sob o ponto de vista de si mesma, a criança é um ser ao mesmo tempo dependente e independente, o que exige o esforço hermenêutico de tomar como referência de decisões existenciais tanto as suas pretensões jurídicas quanto as obrigações solidárias dos adultos. Isso para que todo o processo decisório, inclusive a etapa argumentativa, não perca de vista o fim primordial do Direito que é a promoção da dignidade humana. Afinal, a atitude reflexiva que desconsidera a autonomia humana, mesmo quando em questão

⁴¹ RAWLS. John. *Justiça e democracia*. Tradução de Irene A. Paternot e seleção de Catherine Audard. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 177: “A estrutura básica da sociedade está organizada de tal maneira que maximiza os bens primários à disposição dos menos favorecidos para que eles utilizem as liberdades básicas que estão à disposição de todos. Isso constitui uma das metas centrais da justiça política e social”.

uma pessoa de tenra idade, corre o sério risco de fazer da injustiça um mal necessário ou no mínimo uma ocorrência aparentemente natural.

6. Referências

BERLIN, Isaiah. *Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios*. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. A nova família, de novo – estruturas e função das famílias contemporâneas. *Pensar*, v. 18, n^o 2. Fortaleza: Unifor, mai./ago. 2013, p. 587-628.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAMPBELL, Tom D. The rights of the minor. In: ALSTON, Philip; PARKER, Stephen; SEYMOUR, John (edited by). *Children, rights, and the law*. New York: Clarendon Press, 1992, p. 1-23.

CAVALCANTI, Thais Novaes; TREVISAN, Elisaide. A “abordagem das capacidades” na teoria de Amartya Sen sobre o desenvolvimento humano. *Revista Jurídica*, vol. 01, n. 54. Curitiba, 2019, p. 173-192.

COSTA, Jurandir Freire da. *O ponto de vista do outro*. Rio de Janeiro: Garamond, 2010.

DAMÁSIO, Antônio. *A estranha ordem das coisas: a vida, os sentimentos e as culturas humanas*. Lisboa: Temas e debates – Círculo de leitores, 2017.

DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge-Massachusetts, London-England: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

EEKELAAR, John. Importance of thinking that children have rights. In: ALSTON, Philip; PARKER, Stephen; SEYMOUR, John (edited by). *Children, rights, and the law*. New York: Clarendon Press, 1992, p. 221-235.

FREEMAN, Michael. Taking children’s rights more seriously. In: ALSTON, Philip; PARKER, Stephen; SEYMOUR, John (edited by). *Children, rights, and the law*. New York: Clarendon Press, 1992, p. 52-71.

KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. In: MAFFETTONE, Sebastiano; VECA, Salvatore. *A ideia de justiça de Platão a Rawls*. Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 217-223.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Trad. António Ulisses Cortês. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2009.

LEITE, Miriam Lifchitz Moreira. O óbvio e o contraditório da roda. In: MARY DEL, Priore (org.). *História da Criança no Brasil*. São Paulo: Cortez, 1996, p. 98-111.

LOWY, Catherine. Autonomy and the appropriate projects of children. In: ALSTON, Philip; PARKER, Stephen; SEYMOUR, John (edited by). *Children, rights, and the law*. New York: Clarendon Press, 1992, p. 72-75.

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

MÉNDEZ, Emilio García. *Infancia: de los derechos y de la justicia*. 2. edición actualizada. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004.

O’NEIL, Onora. Children’s rights and children’s lives. In: ALSTON, Philip; PARKER, Stephen; SEYMOUR, John (edited by). *Children, rights, and the law*. New York: Clarendon Press, 1992, p. 24-42.

PLATÃO. *A República*. 3. ed. Porto: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

POMPEU, Gina Vidal Marcilio; SIQUEIRA, Natércia Sampaio. Realização da justiça, oportunidade e capacidade: da igualdade formal à igualdade material no que concerne ao acesso à educação superior dos negros por meio do sistema de quotas nas universidades. In: ALEXY,

Robert; XAVIER BAEZ, Narciso Leandro; SANDKUHLER, Hans Jorg; HAHN, Paulo (organizadores). *Níveis de efetivação dos direitos fundamentais civis e sociais: um diálogo Brasil e Alemanha*. Joaçaba: Editora Unoesc, 2013, p. 611-639.

RAWLS. John. *Justiça e democracia*. Tradução de Irene A. Paternot e seleção de Catherine Audard. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

RENAUT, Alain. *A libertação das crianças*. Tradução de Ana Rabaça. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

RODRIGUES, Edwirges Elaine; ALVARENDA, Maria Amália de Figueiredo Pereira. Novos tempos, novas famílias: da legitimidade para a afetividade. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 10, n. 3, 2021.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça em Kant: seu fundamento na liberdade e na igualdade*. 2. ed. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1995.

SAVATER, Fernando. *O valor de educar*. Tradução de Monica Stahel. 2. ed. São Paulo: Planeta, 2012.

SILVA, Enid Rocha Andrade da; MELLO, Simone Guerresi de; AQUINO, Luseni Maria Cordeiro de. Os abrigos para crianças e adolescentes e a promoção do direito à convivência familiar e comunitária. In: 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, p. 209-242.

Como citar:

SIQUEIRA, Natércia Sampaio; GOMES, Olegário Gurgel Ferreira. A ideia do justo sob o ponto de vista da criança vítima de abandono familiar. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 11, n. 3, 2022. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-ideia-do-justo/>>. Data de acesso.



civilistica.com

Recebido em:

17.3.2022

Aprovado em:

11.10.2022