

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE MARÍLIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

VALÉRIA AURELINA DA SILVA LEITE

A ADOÇÃO E SUAS DIFICULDADES NO CONTEXTO DA SOCIEDADE
FRATERNAL

MARÍLIA – SP
2016

VALÉRIA AURELINA DA SILVA LEITE

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito de Marília da Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha, Marília – SP” para a obtenção do Título de Mestre em Direito (Área de Concentração: Teoria do Direito e do Estado).

Orientador:
Prof. Dr. Lafayette Pozzoli

MARÍLIA – SP
2016

342.16333 Leite, Valéria Aurelina da Silva

L556a A adoção e suas dificuldades no contexto da sociedade fraterna/ Valéria Aurelina da Silva Leite. – Marília, 2015.

128 f

Dissertação (Mestrado) – Centro Universitário de Marília, Programa de Pós Graduação de Direito

Orientador: Prof. Dr. Lafayette Pozzoli

1. Crítica à Dogmática Jurídica 2. Adoção 3. Princípio Fraternidade I. Título II. Autor



FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

Aprovado e recomendado pela CAPES em 29 de junho de 2000
Avaliação trienal - Reconhecido pela Portaria MEC nº 1.077, de 13 de setembro de 2012

ATA DA DEFESA PÚBLICA DE DISSERTAÇÃO

Mestranda: Valéria Aurelina da Silva Leite

Título: "A ADOÇÃO E SUAS DIFICULDADES NO CONTEXTO DA SOCIEDADE FRATERNA".

Linha de Pesquisa: Crítica aos fundamentos da dogmática jurídica.

Aos vinte e sete dias do mês de fevereiro de dois mil e dezesseis, com início às 17h00, realizou-se, nas dependências do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, a Defesa Pública da Dissertação de Mestrado. A Banca Examinadora, constituída pelos Professores Dr. Lafayette Pozzoli - orientador (docente do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM), Dr^a. Iara Rodrigues de Toledo (docente do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM) e Dr. Ilton Garcia da Costa (docente da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP - Jacarezinho/PR), arguiu a candidata, tendo a examinada sido Aprovada, com nota 10,0 (Dez). Encerradas as atividades, foi lavrada a presente ata que, posteriormente, segue assinada pelos membros da Banca Examinadora.

Observações:

BANCA EXAMINADORA:

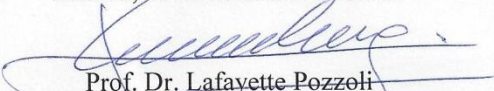
PROF. DR. LAFAYETTE POZZOLI (Orientador)
(Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM)

PROF^a. DR^a. IARA RODRIGUES DE TOLEDO
(Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM)

PROF. DR. ILTON GARCIA DA COSTA
(Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP - Jacarezinho/PR)

MESTRANDA: VALÉRIA AURELINA DA SILVA LEITE

Marília, 27 de fevereiro de 2016.


Prof. Dr. Lafayette Pozzoli
Coordenador do Programa de Mestrado
UNIVEM



E o menino crescia, tornava-se robusto, enchia-se de sabedoria; e a graça de Deus estava com ele. (Lucas 2,40)

Entretanto, o jovem Samuel ia crescendo em estatura e beleza, diante de Iahweh e diante dos homens. (1Samuel 2,26).

AGRADECIMENTO

Agradeço aos familiares que ao longo destes dois anos fizeram muitos sacrifícios para que este mestrado pudesse se tornar uma realidade em minha vida. Eles foram importantes ao compreender que, muitas vezes, era necessário dar menos tempo à família e mais tempo aos livros e estudos. Sem esta compreensão não teria levado a termo o compromisso de estudo que resultou nesta dissertação.

Agradeço o orientador Prof. Dr. Lafayette Pozzoli que não só acompanhou o desenvolvimento desta dissertação fazendo críticas e sugerindo mudanças como criou as condições para que pudesse participar de eventos e realizar publicações. Agradeço, também, a Coorientadora prof. Dra. Viviane Coelho de Séllos Knoerr, que mesmo na distância física, utilizando dos modernos meios de comunicação, ofereceu a assistência necessária para o andamento do trabalho.

Agradeço a todos os colegas de mestrado que me apoiaram e incentivaram, bem como apresentaram críticas necessárias para o amadurecimento intelectual. Agradeço a colega Melrian por sua parceria em diversos textos publicados e em participações em eventos.

Muito obrigado a todos os funcionários do UNIVEM e a todos os professores que de forma direta colaboraram para o desenvolvimento e conclusão do mestrado cujo ato final é a apresentação desta dissertação. Muito obrigado a todos os funcionários da Faculdade REGES de Dracena que colaboram para que estes dois anos de estudo fossem possíveis.

Por fim, um agradecimento especial ao Professor José Gonzaga da Silva Neto por seu empenho na formação permanente incentivando a formação continuada dos docentes e oferecendo apoio financeiro para a formação de mestres e doutores, entre eles, a autora dessa dissertação.

DEDICATÓRIA

Dedico todo o trabalho realizado ao longo destes dois anos a todas as crianças e adolescentes que amargam a espera de uma família abandonados afetivamente em casas abrigos e, na maioria das vezes, sem contar com a misericórdia daqueles que deveriam se preocupar com eles.

Dedico todo o trabalho realizado ao longo destes dois anos a todos os corações inquietos que se deixam doer pela maior das injustiças: uma criança colocada no mundo e desprezada por quem deveria lhe cuidar. Que desta dor surja o cuidado para amparar e ajudar a oferecer dignidade a quem já nasceu abandonado pelo coração dos genitores ou que foi lançado ao mundo biológico sem conhecer os caminhos do afeto.

RESUMO

Com o resgate da Fraternidade como categoria política e jurídica uma nova perspectiva se apresenta para o Direito. Os direitos fundamentais, antes capitaneados pela liberdade e pela igualdade, deverão atender as necessidades da construção da sociedade fraterna como proposto no preâmbulo Constitucional. Neste contexto, merece especial destaque o instituto da adoção, como instrumento do Direito de Família, para assegurar que todos possam participar de modo ativo da comunidade familiar, enquanto base fundamental da sociedade. É na família, em primeiro lugar, que a criança e o adolescente terão a possibilidade de desenvolverem-se integralmente e realizarem em plenitude sua dignidade. Isto porque ela é modelo de cooperação e solidariedade exigido para a construção da sociedade fraterna. Portanto, o abandono familiar implica a perda dos elementos essenciais da cidadania e, de outro lado, encontrar uma nova família abre as portas para formar cidadão consciente capaz de transbordar para além da comunidade familiar a experiência de afeto e de cuidado necessárias para a instalação e manutenção da sociedade fraterna. A adoção não é mais mecanismo caritativo que coloca a pessoa em condição de inferioridade em relação aos demais membros da família. Ela é parte, de um lado, do planejamento familiar como forma de se obter a plena filiação, e de outro, meio de construção da cidadania essencial para se alcançar os objetivos propostos no âmbito de uma Constituição que propõe o Estado Democrático de Direito alicerçado sobre as bases da dignidade humana.

Palavras-chaves: Filiação Socioafetiva. Direito e Fraternidade. Família Socioafetiva. Sociedade Fraterna. Filiação e Dignidade Humana. Família e Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

With the recovery of fraternity as a political and legal category presents a new perspective on the Right. Basics Rights, before captained for freedom and equality, should meet the needs of the construction of fraternal society as proposed in the Constitutional preamble. In this context, it deserves special mention the adoption of the institute as Family Law instrument to ensure that everyone can participate in an active way of the family community, as a fundamental basis of society. It is in the family, firstly that children and adolescents will have possibility to develop themselves fully and accomplish in fullness their dignity. This is because it is cooperation and solidarity model required for the construction of fraternal society. Therefore, the family abandonment implies the loss of the essential elements of citizenship and the replacement opens the door to form conscious citizen able to spill over beyond the familiar community the experience of affection and care necessary for the installation and maintenance of fraternal society. The adoption is no longer charitable mechanism that puts the person in a condition of inferiority in relation to other family members. It is part of a side of family planning as a way of obtaining the full filiation, and the other, means of construction of essential citizenship to achieve the goals within a Constitution that proposes the Law of a Democratic State founded at the grounds of human dignity.

KEYWORDS: Socioafetiva Filiation. Law and Fraternity. Socioafetiva Family. Fraternal Society. Filiation and Human Dignity. Family and Basics Rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	2
CAPÍTULOS I O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: A FRATERNIDADE E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	6
1.1. A centralidade da família e a preocupação com a sociedade fraterna	10
1.2. A sociedade fraterna: núcleo do ordenamento nacional	17
1.3. A vida familiar fraterna e a eficácia dos Direitos Fundamentais	24
1.4. A evolução dos Direitos Fundamentais	26
1.5. A Fraternidade como categoria jurídica e política	35
CAPÍTULO II TEORIA DA CONSTITUIÇÃO E A SOCIEDADE FRATERNA	45
2.1. A Constituição na busca da sociedade solidária	47
2.2. A família e o justo enquanto solidariedade e Fraternidade.....	53
2.3. A crise da Fraternidade política e o resgate do princípio esquecido	55
2.4. Adotar para incluir o outro	61
2.5. A Hermenêutica Jurídica no contexto de constitucionalização do Direito.....	67
CAPÍTULO III FRATERNIDADE E ADOÇÃO	70
3.1. Breve histórico.....	73
3.2. Os procedimentos legais	79
3.3. A Fraternidade: condição necessária para a formação da família.....	82
3.4. Dificuldades para a eficácia do instituto da adoção.....	84
3.4.1. Entraves necessários: limitações oriundas da lei.	86
3.4.2. Entraves desnecessários: limitações socioculturais	92
3.5. A Fraternidade: fundamento para a solução dos entraves	96
3.5.1 O Direito de integrar uma comunidade familiar	102
3.6. A Fraternidade familiar é a antecipação da sociedade Fraterna	111
CONCLUSÃO	115
REFERÊNCIAS	120

INTRODUÇÃO

O tema desta dissertação acompanha a autora há uma década e meia, muito antes de cursar a faculdade de Direito. Tendo se casado em 2002, planejou com seu cônjuge a criação de dois filhos: um biológico e o outro socioafetivo. Então, assim que engravidou, ao constatar a gravidez de um menino, o casal se cadastrou para a adoção de uma menina. A experiência foi muito dolorosa.

Após dois anos e meio na fila de espera, recebeu uma indicação. Fez todo o acompanhamento necessário, visitou durante algum tempo o abrigo no qual estava a menina e, por fim, teve autorização para levá-la para casa. Quando o casal foi renovar o período de permanência da criança recebeu a informação de que, por descuido do órgão responsável, o poder familiar não fora desconstituído e que era necessário fazer a devolução da menina. Várias foram as consequências, mas duas devem ser destacadas: a) como já haviam criado vínculo afetivo a dor da perda foi grande, resultando, inclusive, em problemas de saúde para a autora deste trabalho; b) a menina só foi adotada 6 anos depois, já com mais de oito anos. Em vista da experiência negativa, o casal procurou o órgão responsável e pediu o arquivamento do processo de adoção.

Pensando em entender o que aconteceu e colaborar para que outras pessoas não passem pela mesma situação, alguns anos depois resolveu fazer direito. Na graduação apresentou seu trabalho de conclusão sobre o tema, passou a integrar o núcleo dracenense do IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família) e participou de eventos na faculdade onde estudava e em outras da região, Adamantina e Presidente Prudente, para apresentar pesquisas sobre o tema.

Pensado em aprofundar ainda mais sua compreensão e poder levar a outras pessoas esta preocupação, decidiu fazer a seleção do mestrado com um projeto que versava sobre o tema da adoção na perspectiva desenvolvida nesta dissertação. Ao

longo do curso, apresentou trabalhos no CONPEDI e no FEPODI relacionados à mesma temática. Por fim, dedicou tempo e leituras em busca de compreender melhor este instituto tão importante para o Direito de Família e como fazer para ele ser cada vez mais eficaz. Talvez a resposta possa ser antecipada para início de dissertação do tema: a sociedade fraterna começa na família fraterna.

O método utilizado é o bibliográfico com a leitura de literatura primária e secundária sobre o tema em três campos entendidos como uma unidade de compreensão do problema dos entraves e soluções para a adoção: 1) a compreensão da teoria da constituição fundada na Fraternidade; daí decorrendo 2) a compreensão do Estado de Solidariedade como melhor forma de manifestação do Estado Democrático de Direito; e 3) a apresentação da situação da adoção no Brasil com seus entraves e indicação de solução explorando o conceito de sociedade fraterna trazido pela atual Constituição Nacional.

Para melhor entender este instituto é necessário uma incursão pela teoria da constituição para mostrar a importância da Fraternidade como referência para o ordenamento que valoriza o desenvolvimento integral do ser humano no ambiente familiar. O resgate da Fraternidade como categoria constitucional pela Constituição de 1988, ao apresentar como objetivo máximo da ordem “a sociedade fraterna”, possibilita uma nova leitura da regulamentação da vida familiar. O ato de adotar e instituir filiação corresponde ao mesmo tempo em oferecer o espaço da família para preparar os cidadãos que perderam seus pais biológicos e antecipar, nas relações familiares, a Fraternidade que deve ser vivida por toda a sociedade política e, portanto, na prática judiciária.

Com a finalidade de situar a problemática da adoção no contexto do resgate da categoria política e jurídica da Fraternidade, o primeiro capítulo lançará um olhar sobre o Estado Democrático Brasileiro à luz da solidariedade estruturada a partir da propositura preambular de que a sociedade fraterna é o fundamento último do ordenamento nacional. O discurso e a prática da Fraternidade não são estranhos à ordem constitucional, mas estão inseridos desde o seu ponto de partida como referencial para a interpretação de todo o ordenamento, bem como da elaboração dos programas para dar eficácia aos objetivos estabelecidos. Dali partem-se os princípios propostos no artigos 1º ao 4º e nos direitos fundamentais regulados pelos artigos 5º ao 17. O sentido dos direitos fundamentais está relacionado com a

solidariedade fraterna. Portanto, o primeiro espaço modelo para que isto aconteça é a família unida em torno de laços de afeto e de cuidado.

Por este motivo, no segundo capítulo a preocupação será com a Teoria da Constituição procurando resgatar o princípio da Fraternidade como essencial para o ordenamento. O princípio esquecido durante século pelas teorias políticas e jurídicas é resgatado no ordenamento contemporâneo como forma diferenciada de se dizer o direito e de aplicar-se o justo, bem como de estruturar a comunidade política. Na discussão da adoção e de seus entraves, envolvidos no ambiente familiar e em sua regulamentação, a justiça originada no afeto e no cuidado passa pela Fraternidade e pela conseqüente solidariedade entre as pessoas.

O terceiro capítulo será dedicado para apresentar a situação da adoção na realidade brasileira destacando a história, a legislação e os procedimentos adotados. Para situar o problema cabe uma breve incursão na evolução histórica da adoção, assim como uma breve descrição do que ela representou em determinadas fases da sociedade. Chegando aos dias de hoje, percebe-se que ela pode ser considerada um instituto guiado pelo amor a crianças e adolescentes sem família. Isto é, o ato de adotar, mesmo requisitando a regulação do Direito, na prática apresenta-se como mecanismo de planejamento familiar para o qual são essenciais as relações fundadas no afeto e no cuidado. Neste caso, as famílias são soberanas para decidir por filhos biológicos ou socioafetivos.

Para isto, será necessária breve incursão histórica sem o propósito de fundamentar a problemática historicamente ou de esgotar o tema. A apresentação sobre a evolução da regulação do instituto da adoção no Brasil será feita com o olhar sobre os procedimentos legais e as implicações sociais sem perder de vista a solidariedade e o afeto necessários para a construção da sociedade fraterna que começa na família. Fazendo a ponte entre os procedimentos legais e as implicações sociais apresentam-se os modelos de adoção, quem são os legitimados para a adoção e a relação entre família e adoção no cenário brasileiro.

Dentro do contexto apresentado cabe analisar os entraves para a adoção no ordenamento e na vida social brasileira à luz do resgate do princípio da Fraternidade. Ao procurar identificar as dificuldades para a efetivação da adoção e para sua eficácia social, observa-se a existência de dois grupos de entraves: a) os entraves necessários: relacionados à regulação necessária para o bom funcionamento do instituto, mas que acaba resultando em dificuldade pela

burocratização própria dos procedimentos da jurisdição nacional; b) os entraves desnecessários: representados pelas dificuldades surgidas a partir do posicionamento dos legitimados e dos preconceitos culturais em torno do tema.

O objetivo da exposição não é somente conhecer os entraves, mas apresentar caminhos para a superação. A relação de filiação dependente de afeto e de cuidado pode ser regulada? Ressaltando que a adoção, para ser efetivada, obedece certas formalidades, requisitos legais, mas que estes, apesar de não autorizarem a doação para qualquer pessoa que queira adotar, devem facilitar o processo para que este seja o mais rápido possível, sem cair no extremo de deixar o adotando desprotegido.

As respostas passam pelo princípio da Fraternidade enquanto olhar horizontal sobre as dificuldades para a concretização da adoção. Afinal é direito fundamental ter uma família, ou melhor ser parte integrante de uma unidade familiar. Para tanto, é extremamente importante uma real avaliação também em face daqueles que pretendem adotar, tendo em vista que o melhor interesse da criança somente será respeitado se atribuída a sua guarda e adoção a pessoas aptas para tal responsabilidade.

De um lado as dificuldades necessárias demandam padronização dos procedimentos e regulamentação que priorize a inserção familiar da criança e adolescente afetivamente abandonado pelos genitores. É importante que os agentes envolvidos tenham consciência da importância da família para a inclusão social e política das pessoas para que trabalhem pela inclusão do outro, neste caso, sem família. De outro, o bom funcionamento do instituto da adoção exige uma compreensão fraterna dos que buscam através da adoção a filiação desejada no planejamento familiar. Assim, tanto na relação do Estado com os cidadãos, como na relação cidadão – cidadão, demanda-se a responsabilidade coerente com o respeito à dignidade do ser humano.

CAPÍTULOS I

O Estado Democrático de Direito: a Fraternidade e os Direitos Fundamentais

A atual Constituição Brasileira determina o Estado Democrático de Direito como o modelo político e jurídico a ser perseguido pelo ordenamento. Este modelo se funda em objetivos voltados para a construção da sociedade fraterna, sendo esta o objetivo máximo da organização política nacional. Na base deste modelo foi colocada a família como parâmetro e espaço essencial da formação humana integral e da cidadania. Assim, ficar fora do ambiente familiar é perder o mais importante dos espaços de formação humana, social e política. O abandono familiar não é somente um problema social a ser resolvido pelo assistencialismo. É, ao mesmo tempo, problema político cuja solução permitirá às pessoas atingidas resgatar a própria cidadania.

Por isto, a adoção é um instituto capaz de levar as pessoas a criarem laços de amor tão profundos quanto os de pais e filhos biológicos, isto é, a filiação socioafetiva possibilita a mesma relação daqueles ligados por laços de consanguinidade. Estes laços de origem afetiva que fazem parte da formação da comunidade familiar devem ser acompanhados pela regulamentação do instituto da adoção. Nesta forma de aquisição de filiação, o adotado passa a integrar o ambiente familiar a partir de opção socioafetiva e da empatia despertada entre os dois polos do processo: o adotante e o adotando. O conjunto dos procedimentos não se reduz aos atos processuais, pois a adoção é instrumento do planejamento familiar e necessita do desenvolvimento de afeto que, por sua vez, não pode ser objeto da coerção jurídica.

Considerando a essencialidade da inserção familiar para que o sujeito tenha o ambiente adequado para seu desenvolvimento, como apregoado na Constituição

Nacional de 1988, o tema da adoção ganha centralidade como modelo para o Estado Democrático que quer se erigir numa sociedade fraterna. A existência de milhares de crianças rejeitadas por seus genitores e amontoadas em abrigos e casas de apoio, relegadas à falta de família em vista de preconceitos sociais, falta de esclarecimentos, seletividade genética e sanitária dos possíveis interessados; e da burocracia decorrente do mau uso da lei, revela que há muito por se fazer em busca dos objetivos constitucionais.

Assim, o tema central deste trabalho é a adoção situada dentro da ordem constitucional brasileira e identificando os entraves que fazem com que muitas crianças cresçam fora do núcleo social básico da família e mostrando que a solução para a eficácia do instituto passa pelo princípio da Fraternidade, enquanto categoria política. Neste sentido, o instituto da adoção e seus procedimentos traduzem o nível de cooperação e solidariedade nos quais a sociedade e o Estado se encontram.

A solução dos entraves responsáveis pela limitação da eficácia do instituto da adoção tem seu início na compreensão do papel da solidariedade no contexto do Estado brasileiro. A solidariedade gera a ideia do Estado preocupado com a inclusão de todos na vida social, econômica e política resultando numa constituição estruturada em torno dos direitos fundamentais, bem como estruturada pelas liberdades, direitos e garantias essenciais para a realização da dignidade da pessoa humana. Trata-se da comunidade política consolidada juridicamente, mas na qual os membros desenvolvem a preocupação com a qualidade de vida dos demais.

Ao se proclamar constitucionalmente um Estado Democrático de Direito, reconhece-se a importância das relações colaterais, pois a democracia supõe a participação responsável dos cidadãos em relação à vida da sociedade. Maior relevo ainda para a solidariedade quando este Estado Democrático propõe um conjunto de valores superiores voltados para a construção da sociedade fraterna. Neste caso, a família se torna o momento experimental da solidariedade para a construção da grande Fraternidade da comunidade política. Nesta analogia, a adoção se antecipa como instrumento de inclusão do outro negado pelos responsáveis biológicos na comunidade familiar organizada pela solidariedade.

Exige-se do constitucionalismo contemporâneo que cuide das condições reais da existência humana para assegurar a todos o pleno gozo de sua dignidade. Toda a organização política, com sua consequente distribuição de poderes, deve seguir um programa que respeite os fundamentos e objetivos formulados no Título I da

Carta Constitucional. Especialmente aquele estabelecido no inciso I do Artigo 3º: “construir uma sociedade livre, justa e solidária”.

Se a família é colocada no epicentro da organização social pelo sistema constitucional, caberá a ela se tornar o espaço vital de inserção das pessoas na construção de um ambiente familiar e social melhor. Ambiente constituído de liberdade; de igualdade entre os membros; e, especialmente, solidário, isto é estruturado sobre os pilares da Fraternidade. Desta forma, o ambiente familiar passa a caracterizar o espaço social adequado para o respeito da dignidade do ser humano.

Neste sentido, segundo Castro,

a visão do constitucionalismo democrático da atualidade centra-se no conceito e nos atributos essenciais da dignidade humana. Assim é que o postulado inaugurante da Declaração Universal dos Direitos do Homem aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, inscrita no primeiro parágrafo de seu preâmbulo, enuncia: *“Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo...”* Este princípio que é globalizante e emblemático do conjunto das virtualidades humanas, tornou-se o epicentro do extenso catálogo de direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais, humanitários e personalíssimo, que as constituições e os instrumentos internacionais em vigor em pleno terceiro milênio ofertam solenemente aos indivíduos e às coletividades. (CASTRO, 2010, p. 13)

Portanto, dentro deste contexto constitucional, o principal espaço para alcançar a inclusão de cada membro da comunidade política e desenvolver plenamente a própria dignidade é o da família. Esta, em geral, tem início na figura do casal com o desdobramento em filiação e, apesar das formalidades necessárias para sua constituição, em seu fundamento estão o afeto, o cuidado e o amor. Esposos, companheiros, pais e filhos formam a comunidade familiar, base estruturante da sociedade e espaço inicial da solidariedade social e de construção da cidadania participativa. No conjunto, a família compõe o núcleo básico de aprendizado da solidariedade de onde transbordará os elementos necessários para a construção da sociedade fraterna, respeitosa à condição humana assegurando para as pessoas os Direitos Humanos reconhecidos universalmente e vivido na prática das relações entre as pessoas.

O destaque da comunidade familiar na ordem de importância para a realização do conjunto da sociedade está expresso nos direitos e garantias da

Constituição Federal de 1988. Desta forma o artigo 226 reconhece a família como “base da sociedade” e gozando de “especial proteção do Estado”. No artigo seguinte, da Constituição, art. 227, ela é colocada em primeiro lugar na ordem dos responsáveis pelo desenvolvimento da criança, do adolescente e do jovem. Motivo pelo qual o mesmo dispositivo mostra a preocupação com a amplitude da formação humana integral necessária para a participação na comunidade política.

Verifique-se a prioridade estabelecida pela ordem da distribuição das instituições na construção do artigo constitucional.

Art. 227. 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. (grifo nosso)

A família, portanto, aparece como a unidade de proteção básica que se coloca em torno de seus membros para assegurar que eles tenham as condições de acesso aos bens necessários ao seu crescimento, desenvolvimento, maturidade, proteção e cuidado. Se o sujeito está preso, supõe-se que a família será seu socorro e proteção e quem cuidará de assegurar a defesa (CF/88, art. 5º, LXII e LXIII); o trabalho é pensado a partir das necessidades da família (CF/88, art. 7º, IV e XII); o trabalho e a moradia familiar são instrumentos para assegurar a propriedade de determinado bem (CF/88, Artigos 183 e 191) inclusive com a proteção do bem de família impedido sua penhora em execuções como assegura a Lei 8009/90 e o Código Civil Brasileiro.

Pelos preceitos constitucionais e legais à família cabe o cuidado das crianças e adolescentes, a assistência ao preso, atenção com os doentes e o cuidado com os velhos. Ela é, portanto, uma pequena unidade de vivência daquilo que foi instituído como obrigação do Estado. Nela inicia-se o cultivo das condutas necessárias para a vivência solidária dos direitos. Fora dela, por mais que a assistência do Estado seja obrigatória, o acesso ao cuidado será sempre deficiente. Isto porque para cuidar não basta a obrigação coercitiva da lei; são necessários laços afetivos que geram o cuidado a partir da misericórdia e da compreensão mútua. A educação e a formação humana exigem condutas que vão muito além da boa vivência dos direitos, pois não são meras obrigações consequentes à coerção legal.

1.1. A centralidade da família e a preocupação com a sociedade fraterna

Reconhecendo a família como núcleo social básico, a atual Constituição Nacional traz em 16 situações¹ de destaque, nas quais são apresentadas suas

¹ **Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXVI - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela **família**, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento;

LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à **família** do preso ou à pessoa por ele indicada;

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência **da família** e de advogado;

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua **família** com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

XII - **salário-família** pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

Art. 183. Aquele que possuir como sua *área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados*, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua **família**, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua **família**, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

Art. 201 § 12. Lei disporá sobre sistema especial de inclusão previdenciária para atender a trabalhadores de baixa renda e àqueles sem renda própria que se dediquem exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência, desde que pertencentes a **famílias** de baixa renda, garantindo-lhes acesso a benefícios de valor igual a um salário-mínimo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I - a proteção à **família**, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

(...)

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua **família**, conforme dispuser a lei.

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da **família**, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 3º Compete à lei federal:

II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à **família** a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:

proteções. Desta forma, a família se firma como espaço de inserção de seus membros na vida social protegidos por diversos dispositivos asseguradores da melhor qualidade de vida possível. Seja para a criança, o adolescente, o jovem, o velho, o que se encontra em desemprego, a proteção da propriedades, a solidariedade familiar prevalecem como instrumento para garantir vida melhor para os sujeito. De um lado ela concorre com o Estado na obrigação de educar, cuidar, proteger os seus membros e de outro é protegida pelo Estado juntamente com a pessoa.

Nesta linha de colocar a família em primeiro lugar na construção do texto jurídico indicando sua centralidade para a eficácia do direito encontramos ainda alguns dispositivos legais que merecem destaque:

a) A própria Constituição, ao regular a norma infraconstitucional de proteção ao idoso estabelece da mesma forma que o artigo 227, acima comentado, o rol das instituições iniciando pela família:

Art. 230. **A família**, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

b) A Lei de Diretrizes e Base da Educação Nacional (LDB), lei 9.394/96, ao estabelecer de quem é a obrigação da educação, prioriza no texto a família, colocando-a antes do Estado:

Lei 9.394/96 - Art. 2º A educação, dever da **família** e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

(...)

IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da **família**.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Art. 227. 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. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

c) O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), ao regular as situações referentes às crianças e adolescentes que transcendem o problema educacional, especialmente as situações de vulnerabilidade, prevendo normas civis e penais, bem como, materiais e processuais, amplia o rol dos responsáveis incluindo a comunidade e substitui o termo Estado pelo Poder Público. No entanto, mantém na ordem textual a família em primeiro lugar:

Lei 8069/90 - 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.

d) O Estatuto do Idoso, ao regular as situações relacionadas a vida das pessoas acima de 60 anos, considerando a possibilidade de maior vulnerabilidade das pessoas nesta faixa etária, quanto aos responsáveis em dar eficácia à lei, repete o texto do Estatuto da Criança e do Adolescente, mantendo a família como a primeira da lista:

Lei 10.741/03: Art. 3º É obrigação da **família**, da comunidade, da sociedade e do poder público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

e) Ao proteger a mulher no ambiente doméstico, a Lei Maria da Penha, Lei 11.340/06, exclui a comunidade do rol dos responsáveis, mantém a expressão poder público e preserva a primazia da família:

Lei 11.340/06 - Art. 3º Serão asseguradas às mulheres as condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

(...).

§ 2º Cabe à **família**, à sociedade e ao poder público criar as condições necessárias para o efetivo exercício dos direitos enunciados no caput.

Nos textos apresentados a família se destaca na ordem prioritária para a eficácia da norma jurídica, sendo sua obrigação zelar para a concretização dos direitos. Ela se coloca como uma instituição entre a pessoa e o Estado. Este, enquanto organização política universal necessita de um espaço dentro do qual as

peças possam viver com segurança. Desta forma, desloca para a esfera do núcleo familiar muitas das proteções que o Estado não teria como oferecer a pessoas soltas no mundo. As teias das relações humanas são amarradas com a participação da pessoa em determinada comunidade familiar. Fora deste ambiente, muitas proteções são perdidas e os interessados, especialmente a criança e o adolescente abandonados pelos genitores, correm o risco de crescerem ausentes dos direitos e garantias fundamentais.

A família é a estrutura elementar da sociedade e responsável pela formação dos membros da comunidade política. Para isto, diversas proteções são necessárias: a) de caráter material e econômico a fim de que existam recursos suficientes para a formação das crianças, especialmente para as famílias de baixa renda; b) relacionadas à inviolabilidade da vida familiar com a proibição de interferência de terceiros, mesmo sendo o Estado, na vida e planejamento familiar; c) proteções relacionadas à qualidade das informações que entram no lar e ao acesso à formação escolar e cultural.

Destaca-se entre os dispositivos que mencionam a família a regulamentação apresentada no artigo 227 da Constituição para a qual a família concorre em primeiro lugar na obrigação de assegurar as condições de formação, desenvolvimento e preservação da dignidade humana da criança, do jovem e do adolescente. Dispositivo reencontrado em muitas leis voltadas para assegurar a proteção das pessoas, especialmente a vulneráveis, nas relações sociais. Trata-se de uma consequência lógica do reconhecimento da comunidade familiar como base para a sociedade política. É no contexto da comunidade familiar que cada um tem a possibilidade de desenvolver plenamente sua dignidade.

Os dispositivos citados acima trazem vários elementos essenciais para a problemática aqui apresentada. Em primeiro lugar destaca o papel da família dando-lhe primazia no rol dos responsáveis pelo desenvolvimento das crianças e dos adolescentes. Em segundo lugar, apresenta a *absoluta prioridade* do interesse da criança e do adolescente. Em terceiro lugar estabelece as obrigações de proteção em relação à vida, saúde, alimentação, educação, lazer, formação profissional e todos os elementos inerentes à vida familiar que terão impacto no crescimento físico, social e moral das crianças e dos adolescentes. Por fim, identifica que a família é lugar essencial para evitar qualquer tipo de violência contra aquele que se encontra em pleno processo de formação.

Este novo cenário constitucional tem na Fraternidade sua referência e na solidariedade e na cooperação suas manifestações. A preocupação com as relações afetivas capazes de sustentar a convivência amorosa entre os membros da comunidade familiar serve de modelo para a organização política cuja proposta é a construção democrática das relações políticas e jurídicas assegurando o respeito à dignidade humana a todas as pessoas.

Ao situar o contexto originário da atual Constituição Nacional nota-se que ela surgiu como negação da experiência totalitária vivida durante longos anos de regime militar e da negação de direitos básicos. Por consequência, o legislador constituinte preocupou-se em colocar no fundamento da ordem a preocupação com a alteridade, trazendo no preâmbulo a sociedade fraterna como meta última e elencando nos princípios presentes nos artigos 1º ao 4º e nos direitos e garantias fundamentais, dos artigos 5º ao 17, as liberdades, garantias e direitos voltados para a construção do bem comum e da dignidade humana.

A apresentação da sociedade fraterna e a insistência com o bem comum no contexto do Estado Democrático de Direito cria as condições para que se fale da solidariedade na relação entre os cidadãos. Então, a Fraternidade integrada à reflexão como categoria política pelo fato de aparecer expressamente no corpo constitucional acarretará consequência na interpretação e na aplicação das normas constitucionais, na legislação dela decorrente e em todos os programas voltados para dar eficácia social à construção da grande família nacional. É esta comunidade solidária nacional que é denominada de sociedade fraterna no preâmbulo constitucional.

Porém, apesar de se apresentar no preâmbulo, a Fraternidade ficou esquecida ao se desenvolver a estrutura dos capítulos e títulos. É fácil localizar os direitos relacionados à liberdade e à igualdade, mas é necessária uma interpretação detalhada para se verificar a presença da Fraternidade. O problema é que a adoção, enquanto parte do direito de família em sua manifestação mais sublime que é a filiação, exige postura fraterna para apresentar eficácia social, constitucional e legal. Apesar da necessidade de lei para disciplinar o procedimento de aquisição da filiação, para se tornar pai e filho é preciso amor e afeto. A lei o registro são as formalidades da filiação cuja essência está na vivência familiar fraterna.

Portanto, é necessária uma reorganização dos direitos e garantias fundamentais a partir das exigências de afeto e de cuidado essenciais nas relações

entre pais e filhos e em todas as etapas da vida. Embora não sendo objeto da presente monografia, os direitos dos idosos, dos portadores de necessidades especiais e de todos os cidadãos devem se efetivar a partir da preocupação de cuidado e afeto em sua integridade. Com isto, a estrutura constitucional brasileira oferece mecanismos adequados para regular a vida familiar quando se apresenta como um Estado de Solidariedade.

A solidariedade social é situada dentro do contexto dos objetivos do ordenamento nacional. Sua presença é expressa no artigo 3º, da Carta Constitucional, no qual se lê que “constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil”, colocando em primeiro lugar, “I - construir uma sociedade livre, justa e solidária”. Nota-se, portanto, que a construção da sociedade solidária apresenta-se, do ponto de vista da estética do texto, no ponto de partida dos objetivos. Se o preâmbulo deu vida à sociedade fraterna, os objetivos incluem a solidariedade no estado de importância da liberdade e da justiça.

A partir desta perspectiva, o tema da Fraternidade não é mais discurso filosófico externo ao ordenamento positivo. Ela deixa de ser estranha e passa a integrar os princípios fundamentais do ordenamento. No modo como o texto constitucional se apresenta, ela constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil em forma de norma principiológica expressa no corpo da Constituição. Dentro do contexto do constitucionalismo programático, a construção da sociedade solidária faz parte da opção política e jurídica do legislador constituinte para estabelecer a organização do Estado Democrático no Brasil. Resumindo, com o reconhecimento da Fraternidade como objetivo da República Federativa do Brasil, ela passa a ser parte integrante e integradora da ordem constitucional.

O caminho para a realização dos objetivos constitucionais de assegurar direitos, liberdades e garantias fundamentais passa pelo princípio da Fraternidade cuja base é a exigência de relações sociais e econômicas marcadas pela cooperação entre os cidadãos. A solidariedade e a cooperação são formas concretas de manifestação da Fraternidade nas relações do cotidiano. A construção da sociedade solidária e, portanto, fraterna, requer espírito de companheirismo de seus membros. Como diz a CNBB, a Fraternidade:

nos chama à solidariedade para construir e reconstruir essa dignidade destruída. Reconstruir juntos a dignidade do trabalho na ajuda mútua, no companheirismo, na solidariedade entre trabalhadores e, também, para

transformar as relações de trabalho, para acabar com a exploração e dominação, a fim de que o trabalhador possa viver dignamente do seu trabalho. (CNBB, 1991, p. 8)

Apesar de a referência ser específica sobre o mundo do trabalho vale, também, para todos os campos em que se exige o respeito à dignidade da pessoa. Esta dignidade é construída socialmente através, na linguagem da citação, da “ajuda mútua”, do “companheirismo” e da “solidariedade”. O fim da exploração e da dominação depende muito das relações horizontais concebidas como mecanismos da Fraternidade. Cabe à solidariedade fraterna presidir as relações trabalhistas, mas também as familiares, previdenciárias, de propriedade, contratuais, em resumo, todas as relações nas quais o ser humano estiver envolvido e delas depender sua realização.

Para a viabilização da sociedade fraterna, exige-se a construção de ordem política e jurídica fundada na cooperação oriunda da Fraternidade, tanto tempo esquecida e agora lembrada como mecanismo para a construção da justiça. “No caso concreto do Brasil a solidariedade dos e com os trabalhadores passou a englobar a solidariedade com o povo pobre e marginalizado” (CNBB, 1991, p. 48). Esta dupla solidariedade resultou nos princípios constitucionais objetivados pela diminuição das desigualdades, pelo combate à pobreza e pela fomentação da sociedade justa e solidária. Dela depende o resgate e a manutenção da dignidade da pessoa humana.

Cabe ressaltar que os mecanismos adotados na ordem constitucional brasileira mostram o valor da democracia. A forma de se regular e administrar a república é a democrática. A democracia implica a participação de todos pensando no bem comum e não nos bens individuais. Como consequência, a Fraternidade está na base da sociedade democrática. Pois, a

construção de uma sociedade democrática requer a criação de homens livres e solidários pelo trabalho, pela educação, pela organização e pela luta pela justiça. A solidariedade é o princípio ético que deve presidir tanto a vida familiar, quanto a vida das diversas comunidades e da sociedade como um todo. Ela é o alicerce de toda a convivência humana. (CNBB, 1991, p. 53)

Portanto, a legislação recepcionada ou produzida na ordem constitucional objetivada pela solidariedade deve ser comprometida com o bem comum e com a produção da sociedade fraterna. Isto é fundamental, pois um dos pontos nucleares

da produção da justiça dentro da vida social possibilitando a erradicação da pobreza e a diminuição das diferenças sociais e regionais é o trabalho e a consequente produção e distribuição de riquezas dentro da sociedade. Este fenômeno não depende somente da força de coerção estatal, mas também da força solidária dos sujeitos nas relações sociais.

A proposta constitucional não vai acontecer como magia da jurisdição visto que “o direito não é uma forma de vida desarraigada do fenômeno existencial da conduta. Ele é a própria vida em um de seus mais fundamentais aspectos” (SILVA NETO e LEITE, 2014). A eficácia da norma constitucional, portanto, depende da solidariedade pela qual os homens se colocam como responsáveis pela busca do equilíbrio necessário para o desenvolvimento da “sociedade livre, justa e solidária”. Denominando-se aqui de ecologia integral a preocupação ampla com tudo o que diz respeito ao ambiente vital para a pessoa humana.

1.2. A sociedade fraterna: núcleo do ordenamento nacional

Na ordem constitucional inaugurada em 1988, a questão da Fraternidade passou a ser nuclear às finalidades do Estado Brasileiro. O preâmbulo constitucional introduz a sociedade fraterna como o objetivo para o qual estão voltados os valores supremos da igualdade e da justiça. A sociedade fraterna dá significado aos valores supremos citados no texto. A intuição do Estado Democrático de Direito, o exercício dos direitos sociais e individuais, a garantia da liberdade, da segurança, a procura do bem-estar, o esforço por desenvolvimento e, até mesmo, a igualdade e a justiça são valores programáticos para se alcançar o objetivo maior proposto no preâmbulo.

Estes elementos são denominados de “valores supremos”, significa que são os reguladores dos outros valores norteados no artigo 3º. São supremos porque orientaram os direitos, as liberdades e as garantias individuais e permearam todos os direitos fundamentais expressos no texto constitucional ou implícito nele.

Diz o Preâmbulo:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade

e a justiça como **valores supremos de uma sociedade fraterna**, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (Grifo nosso)

Desta forma, a promulgação da constituição é motivada pela busca do objetivo maior sinalizado no preâmbulo e confirmado pelos princípios e pelos direitos básicos delineados em seus primeiros artigos. O conceito de Fraternidade ganha contornos de categoria de suma importância dentro da ordem constitucional. Ao inserir este conceito no ordenamento, o legislador constituinte mostra qual é o fio condutor a ser seguido para o desenvolvimento do texto constitucional e de todas as suas consequências políticas, jurídicas e administrativas.

O conceito de *sociedade* fraterna constitui importante referencial para a interpretação das normas constitucionais. Praticamente trata-se de redundância ou pleonasma dizer que o fundamental para a sociedade fraterna é o elemento Fraternidade, ainda assim ressalte-se a relação entre os dois conceitos para demonstrar que desde o início o texto constitucional está comprometido com os dois. Portanto, fica evidente que o ordenamento pautado historicamente pela defesa da Igualdade e pela Liberdade, agora se volta também para a consolidação da Fraternidade.

Além disto, há uma relação muito próxima entre o conceito de sociedade fraterna e solidariedade. Os dois conceitos invocam a necessidade da superação da leitura individualista dos direitos fundamentais e dos direitos em geral. Isto porque ao se constituir em forma de República o Estado é transformado numa grande comunidade. Sua construção demandará cooperação entre seus membros, todos voltados e preocupados com o bem comum.

Como ensina Aquini, todos são ao mesmo tempo solidários e destinatários da solidariedade. Segundo ele:

A Fraternidade contribui para dar substância a essa igualdade, superando não só a mera dimensão da ajuda e da assistência, mas, de certa forma, também a própria perspectiva da solidariedade, que mantém uma diferença de posição entre o sujeito solidário e o sujeito destinatário da solidariedade. (AQUINI, 2008, p. 151)

A interpretação dos princípios e direitos fundamentais, com reflexo em todo o ordenamento, além de se sustentar sobre os alicerces da igualdade e da liberdade, passa pelo crivo da realização da Fraternidade. E, ao recorrer ao conceito de sociedade fraterna, a ordem constitucional ganha na família uma forma resumida de antecipação das relações que serão necessárias para a formação da comunidade política. Isto porque a família é por excelência o espaço de Fraternidade cujo ideal seria a independência de relações coercitivas e o enfoque na cooperação e na solidariedade afetivamente construídas.

De início, já se observou acima que a solidariedade encontra-se expressa entre os objetivos da ordem proposta pela Constituição. Contudo, observando com mais atenção, percebe-se que no artigo 3º, com exceção do segundo inciso, todos os objetivos estão relacionados ao desenvolvimento da sociedade fraterna da qual a solidariedade é a principal expressão e que, além disso, encontra sua vitalidade na cooperação estabelecida entre os sujeitos.

No novo contexto constitucional os princípios situam-se no ápice do “sistema jurídico” para assegurar que os objetivos sejam devidamente atingidos na realidade (SANTOS JÚNIOR, 2014, p. 399). Eles são fundamentais para o processo legislativo e para a aplicação do Direito com a preocupação de se produzir resultados mais justos. Ao mesmo tempo, tais princípios se fundamentam na dignidade da pessoa humana cuja ausência de proteção resultará na finalidade da existência do “ente estatal” (SANTOS JÚNIOR, 2014, p. 398). Quer dizer que o próprio Estado existe para possibilitar o respeito a estes princípios.

O compromisso é, portanto, tanto do ente político como da sociedade e se realizará nas condutas pessoais adequadas aos objetivos estabelecidos. Portanto, os princípios são norteadores de todas as condutas. Segundo Ávila,

os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectiva e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação demandaram uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. (ÁVILA, 2012, p. 203)

Tais princípios vinculam as condutas de todos os entes e sujeitos em vista dos fins constitucionalmente propostos. Isto porque,

o princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito e explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos horizontes do sistema jurídico e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam. (NUNES, 2005, p. 9)

O respeito aos princípios ganha maior relevo no contexto da proposta da sociedade fraterna como objetivo último da ordem jurídica e política. Com a apresentação da sociedade fraterna pelo Preâmbulo como norte programático na organização da República Federativa do Brasil, os objetivos, relacionados à solidariedade, ficaram assim normatizados:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
(...);
III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

O vínculo com a solidariedade aparece expresso já no primeiro inciso: “construir uma sociedade livre, justa e solidária”. De certo modo, atribui-se muita atenção à sociedade de homens livres e exige-se que ela seja justa. Contudo, convém valorizar e destacar que ela precisa, para atingir estas duas coisas, ser solidária. Apresentando-se como último elemento, a solidariedade aparece como corolário para os outros dois elementos no contexto de aplicação da Fraternidade. A partir da construção da sociedade fraterna será possível erradicar a pobreza e diminuir as desigualdades; promover o bem de todos evitando a marginalização, os preconceitos e a discriminação.

O objetivo proposto no terceiro inciso implica criar condições para as relações solidárias, pois nele se estabelece que para a construção da sociedade fraterna é preciso “III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”. A diminuição das desigualdades econômicas e sociais são alicerces para a ordem social e dependem em muito das relações cooperativas estabelecidas no seio da sociedade. Mas a erradicação da pobreza e da marginalização não depende somente de políticas públicas ou de normas proibitivas. Requer, ainda mais, o respeito e a cooperação entre os cidadãos estabelecendo nas relações horizontais vínculos de solidariedade voltados para o bem comum.

A ordem constitucional tem ainda como objetivo: “IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Contudo, a superação do preconceito e a ausência de discriminação dependem do modo como as pessoas se tratam. Pode-se até punir os maus-tratos, mas é impossível impor a consciência de que todos são iguais. O Estado pode punir o preconceito e a discriminação, mas não tem instrumento para atuar na consciência e sentimento das pessoas para tratarem-se respeitosa e solidariamente. Tratar o outro como igual é consequência de relacionamentos horizontais estruturados na compreensão fraterna da sociedade.

Tais objetivos produzem seus frutos na medida em que as ordens política e jurídica contribuem para o avançar da construção da sociedade mais solidária e cooperativa. Apesar disto, os frutos já produzidos são insuficientes para a pungente necessidade da vida social. Se a Fraternidade prevalecesse e a solidariedade fosse plena não haveria mais motivos para ser tão insistente com estes objetivos. Até porque o resultado não depende somente da força estatal. Portanto, no Estado, assim como na família, exige-se vínculos de Fraternidade que dão novo sentido, inclusive para a liberdade e a igualdade. O respeito ao princípio se transforma em regra de conduta movida mais pela solidariedade do que pela coerção.

Desta forma,

(o) respeito ao direito se impõe, enquanto regra, e as ações subjetivas de conduta são opcionais. Assim se dá com o princípio da Fraternidade, que é um valor, um sentimento, um princípio que, ao ser humano, cabe por simples opção. O tratamento fraterno é cabível, e até exigível, sem a necessidade de relativizar o equilíbrio entre as partes envolvidas, ou seja, independe de qualquer ênfase que se queira atribuir aos sujeitos envolvidos por ato ou fato que se procurar solucionar ou evidenciar. (POZZOLI; MONASA; AMADOR, 2012, p. 25)

Portanto, os objetivos capitaneados pela Fraternidade estimulam maior eficácia horizontal da constituição promovendo o fim das injustiças, da discriminação, da miséria e de todos os males que impedem a realização da dignidade da pessoa humana. E isto depende muito do modo como as pessoas tratam-se umas às outras no seio da vida social. Se o objetivo é construir um Estado Democrático de Direito que respeite a dignidade da pessoa humana e esteja voltado para o bem comum é necessário reconhecer a reciprocidade, a solidariedade e a

Fraternidade como premissas da estrutura política (PRESTI, 2009, p. 148 – 149). A comunidade política corresponde à sociedade fraterna ampliada.

Não se pode perder de vista que “o Direito está entre aqueles objetos cujo substrato é a ação ou conduta humana entendida enquanto fenômeno existencial”. Desta forma, a “substância do Direito não se encontra na abstração formal das normas, mas na substância das condutas vividas num determinado tempo e espaço” (SILVA NETO, 2014). E neste tempo e espaço culturalmente determinados, urge a necessidade de que o ser humano se faça agente de Fraternidade pela qual cada um colabora em favor da qualidade de vida dos outros.

Nesta linha, a Constituição Federal de 1988, já em seu preâmbulo, alerta que a referência do ordenamento nacional é “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça”; e que estes são “valores supremos de uma sociedade fraterna”. A construção do texto valoriza a temática da sociedade fraterna colocando-a como motivo da existência de todos os valores fundamentais do ordenamento.

Em seguida o artigo 1º dispõe, no inciso III, que “a dignidade da pessoa humana” e, no IV, que “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” são fundamentos da República Brasileira. Por isto ganham relevo entre os objetivos da Constituição orientados para o desenvolvimento da dignidade humana e da garantia do bem comum. De certa forma, a família, enquanto estrutura básica da vida social representa o modelo a ser seguido pela grande sociedade política.

Por este motivo,

O assentimento às leis não é suficiente para o alcance da Justiça e, considerando a possibilidade da existência de regras injustas, deduz que qualquer comunidade política será melhor se não tomar decisões contrárias às regras públicas, mas considerar também o cumprimento dos direitos individuais do cidadão, denotando a importância das regras e também dos princípios no processo de construção do estado de direito. (LITHOLDO, 2012, p. 199).

Assim, um olhar atento sobre a realidade da família, enquanto espaço de Fraternidade, serve para bem entender a proposta do preâmbulo constitucional. Santos Júnior elenca cinco princípios relacionados ao direito de família diretamente derivados dos constitucionais, dos quais se fará referência a quatro dentro do contexto do instituto da adoção.

O Primeiro princípio é o da solidariedade, respaldado pelo inciso I, do artigo 3º, da Constituição Federal. Se se considera a família como núcleo fundamental para a sociedade, nela encontra-se o espaço primordial de cultivo da liberdade, da justiça e da solidariedade (SANTOS JÚNIOR, 2014, p. 403). Nas relações solidárias no seio da comunidade familiar ensaia-se as condições necessárias para viver de acordo com as exigências do estado democrático de direito. A solidariedade é condição para a estabilidade da vida social pacífica na qual todos se preocupam com todos.

O segundo grande princípio decorrente do anterior é a afetividade. “No passado a entidade familiar deveria ser mantida sobre o poder pátrio com o intuito de preservação do patrimônio familiar”. Ainda segundo o mesmo autor, “hoje, porém, a afetividade entre os membros de uma entidade familiar pode estar acima, inclusive de verdades biológicas” (SANTOS JÚNIOR, 2014, pp. 404 -405). A comunidade política, assim como a familiar, necessita de valorizar a afetividade enquanto mediação básica entre as pessoas para dar efetividade à proposta da construção da sociedade fraterna.

O terceiro princípio diz respeito à igualdade entre os filhos independente da forma de aquisição da filiação. Não há diferença substancial entre os filhos havidos por meio naturais, por meios de intervenções humanas, fora do casamento, ou pela adoção. Filho é filho e ponto final. Não há nenhuma discriminação permitida. Todos possuem “os mesmos direitos de serem amados, de filiação, nome, de convivência com os genitores bem como com seus parentes e outros” (SANTOS JÚNIOR, 2014, p. 406). Os cidadãos da comunidade política equivalem aos filhos da comunidade familiar. Assim, todos os cidadãos são iguais não somente diante da lei, mas na condição de pertença à comunidade e em relação à proteção de sua dignidade.

A paternidade responsável apresenta-se como o quarto princípio. Por ela, os pais devem cuidar do desenvolvimento da dignidade de seus filhos zelando para que cresçam com as melhores condições humanas possíveis. Esta responsabilidade “na atualidade não visa apenas a reparação de danos mas também visa cumprir os deveres éticos voltados para o futuro” (SANTOS JÚNIOR, 2014, p. 407). Com a comunidade política não é diferente. As obrigações não se reduzem àquelas trazidas pela ordem coercitiva, mas, e especialmente, àquelas de ordem ética, voltadas para a construção de uma sociedade melhor para todos.

Como consequência, independente do modo de aquisição da filiação ou de desempenho da paternidade, a família persiste como estrutura básica da vida social fraterna na qual “o amor e o afeto podem nascer e como tal devem ser reconhecidos como existentes e frequentes na sociedade” (SANTOS JÚNIOR, 2014, p. 311). Desta forma, os objetivos propostos na Constituição Federal iniciam seu desenvolvimento no seio da comunidade familiar pelo exercício da solidariedade, da afetividade, da igualdade entre os filhos e da paternidade responsável.

1.3. A vida familiar fraterna e a eficácia dos Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais são essenciais no que diz respeito à formação e evolução da comunidade política pautada pelos valores construtores da sociedade fraterna. São eles que dão sentido a todo o ordenamento controlando os atos legislativos, a jurisdição e os atos administrativos para que o respeito ao bem comum assegure a eficácia dos direitos humanos e produza, como consequência, maior dignidade para as pessoas.

Os direitos fundamentais, tanto no sentido formal quanto no material, são condições de validade para as constituições modernas. Sem considerar os direitos fundamentais não se pode falar de constituição válida dentro dos padrões exigidos pelas constituições modernas. A Constituição “constitui-se” a partir do reconhecimento de direitos fundamentais e garantidores da dignidade do homem. A sociedade não é organizada com a finalidade da exploração do homem pelo homem, mas, pelo contrário, para que todos possam desfrutar de boas condições de vida.

Neste contexto, tanto para a compreensão dos objetivos da Constituição, quanto para o entendimento dos direitos fundamentais, é essencial reconhecê-los como direitos formais e materiais. Isto é, estão garantidos os direitos incluídos no corpo constitucional, que já ganharam forma, bem como todas as garantias que estão de acordo com esta concepção de constitucionalidade, portanto os direitos materiais.

Se de um lado a constituição dá forma aos direitos reconhecidos, ela não nega a presença dos demais direitos à dignidade da pessoa humana ausentes em seu texto, mas presentes na vida social. Até porque este modelo constitucional permite estudar os diversos sistemas jurídicos notando que sua presença extrapola a ideia de direito, a noção de regime político e o problema das ideologias.

Assim, dois pressupostos se fazem fundamentais: a) reconhecer que “não há verdadeiros direitos fundamentais sem Estado ou, pelo menos, sem comunidade política integrada”. Os direitos fundamentais supõem uma comunidade politicamente organizada que rechaça o totalitarismo. Desta forma, como consequência, b) não há direitos fundamentais em Estado totalitário ou, pelo menos, em totalitarismo integral (MIRANDA, 2008, pp. 10 – 11). Mais uma vez a analogia da família como microsistema modelo para a grande comunidade política se mostra verdadeira. Não se pode falar de família construída e mantida de modo arbitrária. Aquela que não se constrói a partir da livre vontade dos nubentes e se mantém pelos elos de afetividade de seus membros não é verdadeiramente uma família.

A importância de se reconhecer a existência dos direitos fundamentais formais e materiais está em possibilitar uma compreensão plena da condição humana. Se se reconhece somente os direitos formalmente inseridos no corpo constitucional, esta Constituição não seria perfeita, pois deixaria de lado muitos outros direitos e garantias básicas que se materializam no reconhecimento da dignidade da pessoa humana. Por isto o autor destaca que “todos os direitos fundamentais em sentido formal são também direitos fundamentais em sentido material. Mas há direitos fundamentais em sentido material para além deles” (MIRANDA, 2008, p. 11), isto é, para além dos já formalizados.

O reconhecimento dos direitos fundamentais formais e materiais remonta “ao IX Aditamento (de 1791) à Constituição dos Estados Unidos”, sendo a partir daí expresso ou implícito em muitas Constituições. Para Miranda, diz o Aditamento que “a especificação de certos direitos pela Constituição não significa que fiquem excluídos ou desprezados outros direitos até agora possuídos pelo povo” (MIRANDA, 2008, p. 13). Os direitos vêm para aperfeiçoar e melhorar a vida social e não como mero exercício de poder.

A ideia se repete na Constituição Brasileira de 1988, na qual se lê no parágrafo 2º, do artigo 5º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. O estabelecimento das regras formalmente escritas deixa as portas abertas para outras normas que visem a garantir a dignidade da pessoa humana (MIRANDA, 2008, pp. 12 – 13). Todas as normas e condutas que favoreçam a construção da sociedade fraterna são bem vindas.

É importante destacar o uso dos conceitos de Direito Natural, direitos do homem e direitos fundamentais, não somente como um problema de semântica, mas refletindo elementos próprios de cada um dos termos usados. De certo modo, os direitos fundamentais são direitos naturais, isto é, não são normas que criam um determinado direito, mas tais direitos se encontram presentes na própria natureza humana e são apenas reconhecidos pelo ordenamento. Sendo parte da natureza humana precisam ser vivenciados pela comunidade de homens interessados na construção de um mundo melhor.

Assim, os direitos fundamentais não são criados, mas reconhecidos dentro de um contexto de respeito à vida das pessoas e a sua dignidade. Por sua vez, usa-se mais o conceito de Direitos Humanos para se referir ao aspecto internacional da norma estabelecida. Por isto, a Declaração pós-revolução francesa fala de “direitos do homem” e a Declaração Universal dos Direitos, posterior à Segunda Guerra Mundial, refere-se aos Direitos Humanos. No entanto, quando o problema é a efetivação das normas numa determinada ordem constitucional, então se falará em Direitos Fundamentais ou, no inglês, *Basic Rights* (direitos básicos).

Conclui-se, portanto, que a Fraternidade está na base dos comportamentos orientados pelos princípios reconhecidos constitucionalmente. A Fraternidade é o mais básico de todos os direitos: o direito de ser irmão, no sentido de ser igual e responsável pelo outro. O instituto no qual isto é manifesto com maior força é na família, espaço jurídico e social reconhecido pelo direitos mas preservado pelas relações afetivas e pela corresponsabilidade dos membros. Quando isto não acontece a família se dissolve. De certo modo, também a comunidade política individualista, e egoísta e não fraterna representam a dissolução dos ideais fraternos da nova proposta constitucional.

1.4. A evolução dos Direitos Fundamentais

A ideia de direitos fundamentais foi se formando ao longo da história à medida que tornou possível distinguir o Estado e a pessoa, a autoridade e a liberdade. O Estado aparece como instrumento para dar forma ao modo como determinada sociedade pretende se organizar. À medida que esta organização permite separar os direitos do Estado dos direitos das pessoas surgem as condições para que se efetivem certas garantias dadas aos cidadãos.

A evolução do Direito permitiu-lhe passar de normas coercitivas baseadas no poder, para normas programáticas estruturadas em torno da dignidade da pessoa humana (MIRANDA, 2008, pp. 15 - 20). Desta forma, pode-se resumir brevemente a pré-história e a história dos direitos fundamentais em cinco fases, sendo as duas primeiras ainda pré-história, ou início de uma história, e as três últimas a efetivação histórica destes direitos, sendo:

a) Primeira fase: própria da noção de liberdade dos antigos. Já existe noção de homem livre e de determinadas proteções que ele goza frente ao seu Estado. No entanto, apenas alguns são portadores da condição de livres. Estrangeiros, crianças, escravos, mulheres, em geral, no mundo antigo, não gozam da liberdade e de direitos. Nem todos são protegidos pela lei, pois esta se reserva a alguns membros de determinada sociedade. Apesar de ser excludente em relação a maioria das pessoas, é interessante observar que já há um grupo para o qual existem determinadas proteções. Este modelo pode ser encontrado, por exemplo, nas cidades gregas.

b) Segunda Fase: tratam-se dos direitos estamentários. Durante a Idade Média a sociedade organizou-se em estamentos, isto é, sua estrutura básica tinha com referência os diversos grupos sociais. A passagem de um estamento para outro não era permitida, contudo cada estamento tinha reconhecido seus direitos internos. Trata-se de um modelo segregacionista que reserva para cada nível da sociedade regras que lhes são próprias. Os membros gozavam de liberdade enquanto pertencentes a determinado estamento, mas não da liberdade e dos direitos reservados aos de níveis sociais diferentes dos seus.

Nos dois itens anteriores se fala em pré-história, pois é possível ver sinais da liberdade quando se analisam um determinado grupo, mas não se pode falar em direitos fundamentais ou liberdade segundo o conceito moderno. Modernamente a segregação e os estamentos são estranhos ao conceito de direitos, liberdades e garantias fundamentais. É a partir do século XVIII, com a promulgação da Declaração de Virgínia e da Constituição Americana dos Estados Unidos, com a publicação da Carta dos Direitos do Homem e do Cidadão que, efetivamente, surge a história dos direitos fundamentais.

É importante ressaltar que apesar de reconhecer elementos dos direitos fundamentais desde a Declaração de Virgínia, os preconceitos inerentes à estrutura cultural fez com que os Estados Unidos convivesse com a pré-história estamental dos direitos fundamentais até recentes dias em decorrência do *apartheid* racial que privava os negros de diversos direitos, dando preferência aos brancos. Com isto, vê-se que a transição entre a pré-história e a concretização dos direitos fundamentais não se dá de modo tranquilo e definitivo, mas conflitivo e evolutivo.

Com a ideia de universalização dos direitos fundamentais acima de qualquer preconceito, segregação ou discriminação, inicia-se o período da história propriamente dita dos direitos fundamentais. Assim, Miranda indica as outras três fases:

c) Terceira Fase: Dentro do contexto da universalização dos direitos, há o reconhecimento dos direitos, liberdades e garantias, assegurando individualmente a cada homem e a cada cidadão dentro de uma sociedade que se organiza politicamente de modo liberal. Trata-se de direitos assegurados não somente entre os cidadãos, mas, também, entres estes e o Estado. O reconhecimento da alteridade, isto é, de que todas as pessoas devem ter sua identidade respeitada foi fundamental para esta fase. Aqui são asseguradas as liberdades, mas as condições materiais de vida ficam à critério da competência individual dos sujeitos.

d) Quarta fase: são acrescentados sobre os direitos anteriores, os direitos sociais. A ordem que garante apenas as liberdades sem se preocupar com as condições materiais de vida mostra-se insuficiente, pois acaba gerando outra forma de discriminação e segregação, desta vez marcada pela desigualdade social e pela falta dos recursos necessários para a boa manutenção da vida. Surge a necessidade de se agregar aos direitos, liberdades e garantias, também, os direitos sociais.

e) Quinta fase: não basta a universalização dos direitos se não houver instrumentos para que eles possam ser exigidos, assim se apresentam a proteção interna e a internacional para assegurar que os direitos sejam reconhecidos e praticados. Instrumentos procedimentais surgem na esfera internacional e nacional para assegurar a eficácia dos direitos fundamentais. Regras internas e a

possibilidade de intervenção procedimental externa asseguram maior garantia de defesa dos direitos fundamentais.

Ao longo da história foram sendo criadas as bases que possibilitaram a existência do Estado Moderno como garantidor dos direitos e das liberdades individuais e coletivas. Iniciando pelo Estado Grego que em sua organização política e jurídica começa a aceitar a existência de leis superiores contra as quais o rei não pode governar ou legislar. Passa-se a questionar o poder absoluto do legislador e procurar contraponto para regular e controlar a qualidade das normas que emanam de sua vontade. O melhor exemplo é a resposta de Antígonas ao édito que impedia o enterro de seu irmão:

Sim, porque não foi Júpiter que a promulgou; e a Justiça, a deusa que habita com as divindades subterrâneas, jamais estabeleceu tal decreto entre os humanos; nem eu creio que teu édito tenha força bastante para conferir a um mortal o poder de infringir as leis divinas, que nunca foram escritas, mas são irrevogáveis; não existem a partir de ontem, ou de hoje; são eternas sim! E ninguém sabe desde quando vigoram! Tais decretos, eu, que não temo o poder de homem algum, posso violar sem que por isso me venham punir os deuses! Que vou morrer, eu bem sei; é inevitável; e morreria mesmo sem a tua proclamação. (Antígonas, Sófocles, 442 a.C).

Antígonas procura um tribunal de apelação contra a vontade de Creontes para defender aquilo que entende ser direito sobre o qual o rei não pode legislar por se tratar de regulamentação superior. Trata-se ainda de uma visão teocêntrica que aponta para a necessidade de normas estabilizadoras que deem garantia de que o cidadão não será agredido legalmente, nem mesmo pelo detentor do poder político. Nesta visão, a vontade do legislador é limitada às regras naturais inscritas na história dos homens pelos deuses.

Com a decadência dos gregos e o crescimento do Império Romano desenvolve-se o *jus gentium* assegurando cidadania para determinadas pessoas do império. Nesta forma segregacional alguns eram detentores de direitos assegurados em todo império do mesmo modo. Tratavam-se de grupos privilegiados que por nascimento, mérito ou compra haviam adquirido a cidadania romana. Um bom exemplo é encontrado com a defesa que Paulo faz de si mesmo ao apelar para sua condição de cidadão romano a fim de fugir da fúria de seus perseguidores. Ao ver-se ameaçado, ele apela para sua condição de cidadão romano a fim de garantir o

direito de não ser açoitado segundo as leis locais. A cidadania romana dava o privilégio de não ser molestado pelas autoridades locais.

Diz o texto bíblico;

Atos dos Apóstolos 22:

“25 Quando o haviam atado com as correias, disse Paulo ao centurião que ali estava: É-vos lícito açoitar um cidadão romano, sem ser ele condenado?

26 Ouvindo isto, foi o centurião ter com o comandante e o avisou, dizendo: Vê o que estás para fazer, pois este homem é romano.

*27 Vindo o comandante, perguntou-lhe: **Dize-me: és tu romano? Respondeu ele: Sim sou. (Grifo nosso)***

Num grande salto histórico, encontra-se na idade média a evolução da conquista dos direitos fundamentais. A publicação da Carta Magna, em 1215, na Inglaterra trouxe a possibilidade de *writs* assegurando certas garantias aos cidadãos que quando as tinham feridas podiam procurar um juízo em busca de remédio para a restauração. Ameaçado no próprio direito, o interessado podia apelar para a autoridade competente em socorro daquilo que estava reconhecido como justo para si.

Outro elemento que pode ser destacado na construção do conceito de direitos fundamentais, que mais tarde se configurará como princípio da Fraternidade é a noção cristã de que todos são irmãos. Por certo, não se despreza o fato de que isto foi muito mal interpretado ao longo da história. Contudo, a defesa da Fraternidade cristã permaneceu sempre como ideal a ser perseguido ou pelo menos como pregação que alimentava a esperança de sua realização.

O princípio cristão da igualdade de todos como filhos de Deus decorre, especialmente, da crença em textos como o seguinte: “Não há judeu, nem grego, não há escravo nem homem livre, não há homem nem mulher: todos vós sois um só em Cristo” (Gal 3, 26). Esta ideia de igualdade influenciará muito o reconhecimento dos direitos no Estado moderno. Ao longo do tempo esta compreensão serviu de alimento para os ideais de Fraternidade reconhecidos na Revolução Francesa e motivadores de novos modelos de ordenamento nos últimos séculos. Assim como a comunidade religiosa, a comunidade política é uma grande comunidade de irmãos, isto é, de pessoas que possuem as mesmas condições de existência.

Uma das principais diferenciações entre a organização política medieval e o surgimento dos Estados modernos foi sair de uma sociedade estamental, descentralizada em grupos sociais, para constituir um Estado centralizador que está

acima de todos os estamentos. Não há mais o reconhecimento da hierarquia valorativa entre as pessoas que asseguravam a cada grupo determinados valores específicos e naqueles considerados superiores o poder legítimo de se beneficiar dos demais.

O caso mais típico desta relação estamental é o da escravidão dos negros no período posterior às grandes navegações e da colonização do Novo Mundo. Eles eram vistos como seres inferiores e com alma necessitada de correções para poder ganhar a plenitude da vida. Esta inferioridade total permitia a existência da legitimação da dominação entre o branco e o negro. O avanço das ideias de igualdade entre os seres humanos colocou em cheque este modo de compreender as relações políticas e jurídicas. Aos poucos, a sociedade centralizada no poder estatal foi pressionada para conduzir a legislação noutra direção.

O fim da comunidade política fragmentada para a construção da unidade política centralizadora serviu de avanço para, aos poucos, destruir as formas segregadoras de jurisdição e construir estruturas que cada vez mais reconhece e universaliza os direitos. Esta centralização, de modo paradoxal, foi instrumento para o surgimento do constitucionalismo e, com ele, do reconhecimento dos direitos, garantias e liberdades individuais e, mais tarde, dos direitos sociais, que amadurecerão com reconhecimento da proteção interna (na ordem de cada Estado) e internacional (com direitos que extrapolam a soberania interna no Estado por dizer respeito à dignidade do ser humano).

Associada a centralização ocorreu a ruptura do monopólio religioso da liberdade através da Reforma protestante contra a qual o catolicismo propôs uma Contrarreforma. O elemento centralizador da liberdade é rompido propiciando escolhas e enfraquecendo o controle da religião sobre a vida pessoal, bem como sobre os valores e as ideias. Desta crise entre reforma e contrarreforma migrou-se para a esfera política a noção de que todos são iguais e assim devem ser tratados. Já no século 18, de modo ainda superficial, a Revolução Francesa incluiu a Fraternidade no trinômio caracterizador de seus ideais.

Desta forma, o que parece uma contradição, o Estado centralizador tornou-se instrumento de garantias de direitos individuais e instrumento para se realizar os direitos sociais afirmados como “princípios objetivos e institucionais”. E, a partir de um modelo centralizador do poder, chegou-se à centralidade dos direitos

fundamentais na organização jurídica e política da comunidade com mecanismo legitimador do próprio Estado. Como ensina Miranda:

os direitos do homem são as bases do Estado (preâmbulo da Declaração de Virgínia, 1776) e uma sociedade em que falte a sua garantia não tem Constituição (art. 16º da Declaração de 1789). (MIRANDA, 2008, p. 15)

Assim, o Estado centralizou o poder de legislar, administrar e aplicar as leis unificando toda a comunidade de cidadão. Aos poucos, todo o poder estatal foi centralizado em torno da constituição que transferiu o poder da vontade de determinados indivíduos, detentores da soberania, para as normas fundamentais. O cidadão não é mais súdito do rei, mas passa a ser súdito da lei.

Nem mesmo os detentores do poder estão acima das normas constitucionais. O exercício do poder estatal se subordina aos procedimentos previstos na Constituição ao mesmo tempo em que esta serve como mecanismo mediador entre os membros da comunidade política. Desta forma, passa-se a possibilitar garantias e direitos a todos os cidadãos.

Todas as conquistas confluíram para o Estado Liberal Burguês que, a partir dos ideais revolucionários da Liberdade, Igualdade e Fraternidade, resultaram em mais garantias individuais aos cidadãos, bem como em objetivos programáticos a serem perseguidos pelas diversas comunidades políticas. Neste modelo aconteceu, na modernidade, o primado da liberdade, da segurança e da propriedade, complementados “pela resistência à opressão”.

No final do século XIX e, principalmente, no século XX, contrapostos aos direitos de liberdade são reivindicados e conquistados (inclusive por movimentos de trabalhadores), direitos econômicos, sociais e culturais. Daí emerge a necessidade do Estado social que acrescenta os direitos sociais aos direitos, liberdades e garantias já assegurados historicamente. A preocupação do constitucionalismo que se seguiu está além de assegurar as liberdades passando a se preocupar com as reais condições de vida e, portanto, com os direitos sociais. Afinal, tão importante quanto pensar é comer; tão importante quando expressar o pensamento é poder se defender nos tribunais; tão importante como ir e vir é ter uma vida materialmente digna.

Como conclusão deste processo, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, com a publicação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o final do

século XX e início do XXI conheceram as condições para se retomar a Fraternidade como elementos centralizadores do modelo constitucional. O Estado Democrático de Direito tornou-se cada vez mais a comunidade política na qual a igualdade é defendida como direito de todos e todos devem reconhecer fraternalmente esta condição.

Miranda (2014, pp. 134 – 142), com o propósito de iniciar um debate de vanguarda, propõe uma reorganização do capítulo 5º da Constituição Federal de 1988. Ele parte do princípio de que o modo como os dispositivos estão distribuídos no artigo e no conjunto da constituição dificulta sua leitura e compreensão, pois não segue uma ordem lógica dificultando tanto para o jurista quanto, ainda mais, para o leitor comum. Seu propósito é, ao menos, organizar os princípios, liberdades e garantias presentes no artigo 5º.

O fato de os incisos estarem distribuídos num rol dentro do mesmo artigo com numeração em algarismo romano torna difícil a leitura, pois a redação não está articulada tematicamente. Para articular, ele subdivide o artigo no sistema alfanumérico similar ao que permite a inclusão de novos artigos numa lei ou na constituição sem alterar o conjunto da constituição. O que se quer não é propor uma reorganização da Constituição, mas somente do capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos.

As novas condições do ordenamento exigem a transformação dos referenciais para enfrentar a crise de eficácia da Igualdade e da Liberdade. Como nota Baggio:

Uma primeira ordem de motivos está no fato de que, nos últimos anos, a Fraternidade vem surgindo como exigência da própria política, sobretudo a partir da constatação de que a realização dos outros dois princípios que tomamos como referência, a liberdade e a igualdade, ficou incompleta ou mesmo fracassou. (BAGGIO, 2009, p. 11)

Então, esta nova reorganização aparece como consequência da frustração com a igualdade e a liberdade que se mostraram pouco eficiente na estruturação da comunidade política. Por isto, Baggio destaca que:

uma segunda ordem de motivos que nos leva a considerar que o tema da Fraternidade está ligado ao fato de, nas últimas décadas, termos assistido a vários fenômenos em que o elemento fraterno – no sentido de uma Fraternidade consciente, desejada e explicitada – desempenhou um papel político relevante. (BAGGIO, 2009, p. 11)

Através da justiça social a comunidade política se organiza em torno do bem absoluto para todos: o bem comum. Trata-se do relacionamento entre as pessoas e a comunidade, demonstrando o modo como organizar o mundo em que estão inseridos em convivência com outros seres humanos. O outro da relação é a pessoa humana que mantém dever de reciprocidade com os demais em reconhecimento pela dignidade presente em cada um. O reconhecimento da dignidade da pessoa humana permite a presença do bem comum.

Em última instância é a justiça social o instrumento necessário para se construir o bem comum e este é essencial para que exista uma comunidade feliz. Entendendo-se, aqui, a felicidade como sinônimo de vida marcada pela suficiência dos bens intermediários que produzem boa qualidade de vida. A comunidade preocupada com a justiça social orienta-se pelo princípio da solidariedade com a preocupação de criar bem estar para todos. A comunidade privatista e individualista acaba produzindo o mal comum que finda por dificultar a felicidade de todos. Há, então, uma relação direta entre a justiça social, o bem comum e a felicidade particular e de todos.

Miranda (2014, p. 135) faz a opção de manter uma postura de elogio à tradição constitucional brasileira mostrando que esta evoluiu nas últimas décadas para estabelecer um grande programa de busca da sociedade fraterna. Assim, ele conclui que a organização dos artigos que a Constituição Brasileira “tem resistido ao tempo” e evoluído de acordo com as necessidades.

Na prática, a crítica à tradição constitucional brasileira verifica-se um grande e rápido avanço no tempo. De 1824 até hoje foram 8 constituições. Além disso, de 1934 para cá foram 6 constituições em 80 anos, o que significa uma média de uma constituição a cada treze anos. Neste sentido, a constituição de 1988 já é longa, contando com 26 anos, isto é, o dobro da média. Porém, para resistir a estes 26 anos foram necessárias 6 Emendas Constitucionais de Revisão e 84 Emendas Constitucionais Ordinárias, totalizando 90 emendas até o mês de dezembro de 2014, numa média de 3 emendas e meia por ano.

Os números indicam que a resistência ao tempo tem obrigado a evolução nem sempre marcada pelas necessidades dos direitos fundamentais, mais pelas conveniências econômicas e políticas. Contudo vale observar que no tocante ao rol dos direitos fundamentais nenhuma mudança suprimiu direitos, liberdades e

garantias. Ao contrário, a cada nova constituição ou emenda mais liberdades, direitos e garantias são incorporados ao ordenamento.

Além disto, muitos mecanismos vêm sendo criados para transformar a proposta constitucional dos direitos fundamentais e os planos de governos e orçamentos com a finalidade de cumprir os objetivos constitucionais. Se as normas apresentadas são programáticas, a finalidade deste programa é, cumprindo os valores supremos, alcançar a sociedade fraterna. Portanto, esta é a chave para reler e reorganizar os direitos fundamentais.

1.5. A Fraternidade como categoria jurídica e política

Ainda, lendo criticamente a proposta de Miranda (2014), aparece a provocação para que se pense em possíveis reorganizações temáticas do Título dos direitos e garantias fundamentais. Como bem alerta o autor, não se trata de excluir o tema dos direitos fundamentais dos demais Títulos e Capítulos da Constituição, pois o tema proposto de modo sistemático no artigo 5º perpassa toda a realidade do texto constitucional. Na atual conjuntura, a Constituição precisa ser reorganizada para privilegiar a categoria jurídica e política da Fraternidade.

Não se pode perder de vista duas características históricas da Constituição de 1988 originada após longo período de governo militar e de provação de direitos fundamentais. Uma é a reação à privação dos direitos individuais vividas entre 1964 e 1985 que causou a obrigação de transformar em direito positivado os direitos, liberdades e garantias individuais como base para o ordenamento jurídico. Então, tanto o preâmbulo quando os objetivos da carta constitucional de 1988 privilegiam a comunidade política para que possa participar democraticamente das decisões, mas ao mesmo tempo trabalhar para diminuir a acepção entre as pessoas, as desigualdades econômicas ou de qualquer espécie.

Portanto, a temática da Fraternidade faz parte da essência da constituição; isto é, trata-se, de maneira análoga, do coração que alimenta o ordenamento pulsando os direitos fundamentais em toda a legislação constitucional e infraconstitucional, mas também em todos os atos do legislativo e procedimentos do judiciário. Qualquer que seja a organização adotada para analisar suas normas, a Fraternidade sempre será de fundamental importância.

O Segundo elemento essencial é o reconhecimento de que a opção constitucional foi politicamente pelo Estado Democrático de Direito. Portanto, não estamos diante nem do Estado Liberal, no qual as liberdades individuais e do mundo econômico suplantam os direitos de igualdade e em nome da liberdade se reproduz desigualdades econômicas e sociais. Não se trata do Estado Social, cujo esforço pela busca de igualdade pode negar as liberdades e garantias individuais; criando um estado forte e controlador da vida particular de seus cidadãos. A opção constitucional indica um modelo de Estado que se preocupa simultaneamente com os direitos ligados à Liberdade do mesmo modo como propõe os direitos de Igualdade. E, se a leitura for atenciosa, verificar-se-á a recuperação do princípio esquecido da Fraternidade, que além de categoria política deve refletir na fundamentação e na prática do direito.

Dito isto, seria interessante propor uma organização centrada em três núcleos de Direitos: os de Liberdade, os de Igualdade e os de Fraternidade. Assim, facilitaria a compreensão se o Título II – Dos Direitos e Garantias fosse estruturado em três seções cuja ordem a seguir é somente de exposição e não de importância. Aproveitando a sugestão de Miranda (2014) segue uma crítica à organização dos direitos fundamentais para privilegiar a Fraternidade. Os dois primeiros blocos de análise dos direitos fundamentais referem-se à relação vertical pela qual o Estado, de um lado, é impedido de invadir o direito das pessoas e, de outro, é obrigado a promover condições de igualdade entre elas. O terceiro bloco apresenta os direitos de Fraternidade que exigem nas relações horizontais o respeito a todas as normas fundamentais.

a) A ordem constitucional atual precisa assegurar os direitos de liberdade conquistados pelo mundo burguês moderno para a valorização da pessoa humana. Dentro deste grupo se encontram todos os direitos com o tema das liberdades fundamentais a serem asseguradas a todos os participantes da comunidade política. Tais como: o direito de ir e vir; as garantias processuais; a privacidade. Estes direitos implicam prioritariamente obrigações do Estado para com os cidadãos e são assegurados pelo estabelecimento, na constituição ou na legislação infraconstitucional, de normas coativas. Portanto, tratam-se de direitos que implicam a relação vertical da jurisdição e da política. A Constituição prevê os freios da ação do Estado para que os direitos individuais sejam assegurados.

b) O segundo grande bloco refere-se aos direitos de igualdade, estruturando todas as garantias relacionadas à vida material das pessoas, bem como os elementos que dizem respeito à vida de todos. Tais como: a garantia das condições mínima de qualidade de vida. Estes direitos, também, implicam prioritariamente obrigações do Estado para com os cidadãos e são assegurados pelo estabelecimento, na constituição ou na legislação infraconstitucional, de normas coativas. Portanto, tratam-se de direitos que implicam a relação vertical da jurisdição e da política. Cabe ao Estado promover programas que promovam a igualdade e políticas inclusivas para que cada vez mais todos os cidadãos tenham acesso aos bens necessários para a vida digna.

c) O último bloco constitui-se dos direitos de Fraternidade. Neste, destacam-se as exigências de solidariedade e cooperação com o objetivo de construir a sociedade fraterna. A partir do disposto no preâmbulo e nos objetivos constitucionais exige-se a organização dos direitos de solidariedade entre os membros da comunidade para garantir a transformação do Estado Brasileiro numa nação fraterna. Entre estes se destacam o direito ao afeto e ao cuidado. Estes direitos, fundados na solidariedade, dizem respeito ao relacionamento dos membros entre si e não é possível estabelecer a obrigação da parte adversa. Não se obriga ninguém a dar afeto e a oferecer cuidado. São os direitos que estão na base de todas as demais garantias como instrumento para assegurar a eficácia social.

Desta forma, dá-se razão a Schimidt, quando afirma que:

A dignidade da pessoa humana foi elevada a fundamento das constituições democráticas, toda a ordem jurídica deve ter seu foco na pessoa, em detrimento do patrimônio. A Família, afinal, é lugar privilegiado que se propicia a realização da pessoa, posto que é nela que se inicia e se desenvolve todo o processo de formação da personalidade do ser humano. A Família deixou, portanto, de ser um núcleo econômico e eminentemente reprodutivo, para ser o espaço do amor e do afeto. (SCHIMIDT, 2014, 227)

Assim exposto, verifica-se que o problema da adoção está situado no que há de mais essencial para a vida humana, a integração numa comunidade familiar. Porém não são as normas relacionadas às liberdades individuais ou as regras voltadas para promover a igualdade que obrigarão os interessados a desenvolverem sentimentos de paternidade e filiação e cultivarem laços gratuitos de afeto e de

cuidado. Se a opção livre dos cônjuges e a liberdade de planejamento familiar instituem o espaço da família, sua vida interna regula-se fraternalmente.

Pensando numa possível reorganização do artigo 5º da Constituição Federal sente-se a falta de um dos elementos do trinômio trazido pela Revolução Francesa: liberdade, igualdade e Fraternidade. A Fraternidade permanece como o princípio escondido. O que faz muita falta para tratar de um tema como o da adoção. A adoção não é uma obrigação que se impõe às pessoas, mas ato voluntário de amor, afeto e desprendimento por parte de quem assume alguém como filho, dando uma família a esta criança, sem ter com ela um laço de consanguinidade. Ela se enquadraria entre os direitos fundamentais relacionados expressamente à Fraternidade ausente na atual composição do artigo 5º da Constituição. Incluir a afetividade entre os direitos básicos representa grande conquista para assegurar a dignidade da pessoa humana.

Destaque-se que,

O Estado tem como seu principal objetivo a garantia da dignidade da pessoa humana, razão pela qual não pode ele se furtar do dever de garantir aos seus integrantes possibilidades para que estes se realizem enquanto seres humanos. (PEREIRA e SANTOS, 2014, P. 282)

Neste contexto, insere-se a adoção como medida de proteção e instituição de caráter humanitário que tem, por um lado, de dar filhos àqueles a quem a natureza negou e, por outro, uma finalidade assistencial, constituindo um meio de melhorar a condição moral e material do adotando (DINIZ, 2008, p. 484). Portanto, ela só tem sentido dentro do contexto do afeto e do cuidado. Não enquanto mera assistência material, mas abrangendo todas as dimensões do ser humano. Participar das relações de afeto da vida familiar é o mais primordial dos direitos fundamentais.

Pensando nesta perspectiva, a ausência da garantia constitucional do afeto e do cuidado acaba servindo como entrave para a adoção, e, indo além do propósito desta dissertação, dificulta a proteção das pessoas ao longo de toda a vida. Pois a existência da solidariedade na fundamentação do ordenamento garantiria a constitucionalidade não só da relação civil e das obrigações patrimoniais e alimentares do casamento e da família, mas, também, da relação afetiva, espiritual. Afinal, a família cujo fundamento não é o contrato de casamento, mas as interações

afetivas é a célula básica da sociedade. Se a família é mais solidária, sendo célula mãe, proporcionará mais solidariedade na vida pública.

A adoção é em si uma das marcas desta solidariedade e desta relação marcada pela afetividade: um encontro de seres humanos e não um contrato de negócio, de serviço ou de bens. Sua existência e seu sucesso dependem da garantia do afeto e do cuidado. O instituto da adoção não é isolado da realidade da vida e da complexidade das relações familiares, cujos comportamentos nem sempre podem ser delimitados pelas normas jurídicas.

Pensando numa possível reorganização do artigo 5º da Constituição Federal sente-se a falta de um dos elementos do trinômio trazido pela Revolução Francesa: liberdade, igualdade e Fraternidade. A Fraternidade permanece como o princípio esquecido. O que faz muita falta para tratar de um tema como o da adoção. A adoção não é uma obrigação que se impõe às pessoas, mas ato voluntário de amor, afeto e desprendimento por parte de quem assume alguém como filho, dando uma família a esta criança, sem ter com ela um laço de consanguinidade. Ela se enquadraria entre os direitos fundamentais relacionados à Fraternidade, ausentes na atual composição do artigo 5º da Constituição e, também, da reorganização feita por Miranda.

Neste caso, dentro dos direitos de Fraternidade deveria ser inserido no artigo 5º as garantias de afeto e cuidado, nos termos seguintes:

A todos serão assegurados o afeto e o cuidado necessários para uma vida digna;

a) ninguém crescerá sem o carinho e o cuidado necessários para a boa formação de sua personalidade, de sua estrutura física e de seu estado de espírito.

A relação do núcleo familiar será pautada pela solidariedade dos membros quanto às obrigações de afeto e de cuidado.

Como a própria leitura do disposto acima indica, tratam-se de normas de conduta que vão muito além da possibilidade coercitiva do direito. Mas a intenção dos direitos humanos trazidos pelos direitos fundamentais do artigo 5º não é somente criar obrigação, mas indicar uma linha humanitária que toda a sociedade deve seguir.

Neste contexto, insere-se a adoção como medida de proteção e instituição de caráter humanitário que tem por, um lado, de dar filhos àqueles a quem a natureza negou e, por outro, uma finalidade humanitária, constituindo um meio de melhorar a condição moral e material do adotando (DINIZ, 2008, p. 484). Portanto, ela só tem sentido dentro do contexto do afeto e do cuidado. Não enquanto mera assistência material, mas abrangendo todas as dimensões do ser humano.

Pensando nesta perspectiva, a ausência da garantia constitucional do afeto e do cuidado acaba servindo como entrave para a adoção. Pois a existência de um princípio de solidariedade na fundamentação do ordenamento garantiria a constitucionalidade não só da relação civil e das obrigações patrimoniais e alimentares do casamento e da família, mas, também, da relação afetiva, espiritual. Afinal, a família cujo fundamento não é o contrato de casamento, mas as interações afetivas é a célula básica da sociedade. Se a família é mais solidária, sendo célula mãe, proporcionará mais solidariedade na vida pública.

A adoção é em si uma das marcas desta solidariedade e desta relação marcada pela afetividade: um encontro de seres humanos e não um contrato de negócio, de serviço ou de bens. Sua existência e seu sucesso dependem da garantia do afeto e do cuidado. O instituto da adoção não é isolado da realidade da vida e da complexidade das relações familiares, cujos comportamentos nem sempre podem ser delimitados pelas normas jurídicas.

Para defender a inclusão da Fraternidade entre as categorias do direito constitucional não é necessário fugir da compreensão positiva do direito. Basta que se tenha uma visão integral como sugere Ramos (2010). Ele faz a defesa do positivismo reflexivo e integral que, como o próprio nome indica, integra as críticas apresentadas ao positivismo tradicional para se tornar cada vez mais eficiente. Diante das críticas advindas das teorias de argumentação, o direito positivo, ameaçado em seus fundamentos, precisa apresentar sua defesa e mostrar que continua válido.

Denomina-se de integral porque, no novo contexto trazido pela valorização dos direitos fundamentais como norteadores do ordenamento, a elaboração e a aplicação das leis não podem perder de vista o conjunto sistemático das normas jurídicas capitaneadas pela Constituição asseguradora das liberdades, direitos e garantias para todos. Isto porque os direitos fundamentais e sua aplicação no ordenamento não nega a necessidade de positivação das normas

infraconstitucionais. A lei continua sendo necessária, mas deve ser vista dentro da integralidade dos direitos, liberdades e garantias constitucionais. São séculos de amadurecimento do modelo jurídico utilizado na tradição moderna da *commom law*.

Nas palavras Ramos:

Refiro-me, contudo, à convicção de que, com os ajustes por que passou ao longo de quase dois séculos de predomínio teórico, adicionados a outros que estão em curso, as bases do positivismo estrito continuam sólidas. (RAMOS, 2010, 54 – 55)

Não se trata mais de aplicar a lei pela lei, mas considerá-la no conjunto da ordem constitucional que busca garantir a dignidade humana e alcançar a sociedade fraterna. As normas jurídicas continuam sendo hipotéticas e necessitam do caso concreto para produzir seu resultado. Contudo, ao deparar-se com os casos concretos ela passa pelas exigências das normas fundamentais para produzir o resultado. A lei não pode contrariar os objetivos máximos previstos na Constituição.

Esta convicção decorre do fato de que a lei continua sendo necessária enquanto instrumento que padroniza as exigências de conduta para todos os cidadãos. Ela não perdeu a imperatividade, contudo esta passa a se subordinar à obrigação de promover o bem comum, estimular a sociedade solidária, promover a justiça, assegurar a dignidade humana, enfim, garantir os direitos individuais sem perder de vista a consecução da sociedade fraterna. A lei positivada não pode ser estranha a este propósito estabelecido constitucionalmente.

Assim considerando,

não se registram controvérsias relevantes sobre a relação necessária existente entre coação e ordenamento jurídico, vista estas características de uma perspectiva sistêmica. O mesmo se diga quanto à imperatividade do direito, registrando-se razoável consenso doutrinário em torno da configuração das normas jurídicas como proposição jurídica hipotética. (RAMOS, 2010, 54 – 55)

O positivismo jurídico possui uma longa história de formação desde as origens até os dias atuais. Em cada momento da história apresenta características próprias sem deixar de ser positivismo. Portanto, a resposta necessária agora parece ser a do positivismo integral. Isto com referência ao modelo de ordenamento em que as normas fundamentais positivadas ou adstritas à constituição servem de parâmetro para todas as decisões e atos administrativos. Não se trata de negação

da lei vigente, mas de subordinação do caso concreto à lei vigente bem como às regras de direitos fundamentais.

Daí decorre a conclusão em favor do positivismo integral que não se reduz à positividade de normas, mas alcança o problema dos valores e da argumentação. Não é o positivismo que restringe a subsunção da norma ao fato; ao contrário, ele procura valorizar a norma posta sem perder de vista seus fundamentos. Pois, mais importante do que a norma vista isoladamente é submetê-la conjuntamente com o caso avaliado às regras constitucionais.

Nesta linha segue a reflexão de Simões sobre o “protagonismo judicial na concretização dos direitos sociais a partir da nova interpretação das normas constitucionais programáticas” e ao destacar a eficácia da norma programática (SIMÕES, 2012, pp. 64 – 86). Neste sentido, a interpretação não substitui a existência da norma constitucional e, além disto, permite que ela se torne eficaz. Para interpretar é necessário que exista o objeto e o referencial. O objeto são as leis, o referencial equivale aos direitos fundamentais.

Neste contexto vale destacar o resumo feito por RAMOS:

Em suma, com algumas correções de rota, creio que o positivismo jurídico possa satisfazer à ‘necessidade do discurso científico integral’ ressaltada por Antônio Menezes Cordeiros, bem como à ponderação de Alfonso Garcia Figuerola, para quem “o que se pede ao positivista certamente é um maior compromisso com a filosofia moral e com a teoria da argumentação jurídica”. (RAMOS, 2010, p. 64)

O estudo e a aplicação do Direito não podem ficar presos entre os extremos da subsunção mecânica e do reducionismo interpretativo. Para a concepção integral do positivismo não se pode conceber uma hermenêutica jurídica reducionista. Ela precisa tanto observar a coerência interna do ordenamento, quanto a relação entre o direito e a vida social. Além disto, precisa verificar a importância dos valores e da argumentação na aplicação das normas.

A teoria das fontes da aplicação utilizada pelo Direito não é contraditória com a Teoria da Argumentação. Isto é, não há contradição entre a norma posta e a necessidade de interpretar para melhor aplicá-la ao caso concreto. Esta não nega a positividade normativa do direito nem a prioridade da fonte legal, mas modifica o método de interpretar, conhecer e aplicar o direito. Desta maneira, não há

contradição entre o poder criador que permite ao judiciário assegurar os direitos fundamentais e a ordem jurídica positivada.

O positivismo integral caracteriza-se pela valorização da realidade determinada historicamente. Interessa a experiência concreta e não as especulações metafísicas e axiomáticas que a envolvem. O Direito é formado pelo conjunto das leis, pela jurisprudência originada nos tribunais, pelas relações negociais entre partes e pela doutrina estabelecida. Ele não pode ser considerado somente as normas promulgadas dentro de determinado ordenamento jurídico. No positivismo puro, desprovido da preocupação integral, a justiça passa a ser vista como legalidade. Pois,

“a partir de uma perspectiva jurídica, não postula um critério de diferenciação entre o jurídico e o não jurídico. Daí a identificação entre o conceito formal de justiça e o conceito formal de Direito” (LAFER, 1988, p. 66).

De modo que aos poucos esta concepção vai se impondo até que se chega à “afirmação do Direito Positivo como única realidade jurídica a ser levada em conta” (LAFER, 1988, 41). Assim, o ordenamento contemporâneo consolidou a necessidade do direito positivado como parâmetro para a boa organização da jurisdição. Isto porque o positivismo se preocupa com o Direito real, aquele transformado em normas coercitivas dentro da sociedade.

Este direito real tem sua validade mensurada pela possibilidade de concretizar os preceitos constitucionais. Portanto, não cabe mais a ideia do positivismo estrito, aquele da lei pela lei; mas sugere-se a compreensão pelo positivismo integral, isto é, aquele que leva em condições a realidade na qual os sujeitos de relacionamento estão inseridos e a possibilidade dar a eles condições para que vivam dignamente. Desta forma, a lei apresenta-se sempre ao lado dos direitos fundamentais. Pelo positivismo integral, não se nega a necessidade de leis, mas se exige leis e jurisdição condizentes com a dignidade da pessoa humana.

Desta forma, toda regulação que verse sobre a adoção precisa ser integral não se apartando da situação na qual vivem as crianças e adolescentes desprovidos de vida familiar e a urgência de sua integração e assegurando o direito fundamental à vida familiar. A norma posta pelo direito positivo tem sua eficácia sujeita ao pressuposto de que a vida familiar é essencial para a realização e a felicidade

humana. A constitucionalidade do melhor interesse da criança e do adolescente deve prevalecer sobre toda e qualquer norma e burocracia que os afaste da possibilidade de, através da filiação, ingressar numa vida familiar.

CAPÍTULO II

Teoria da Constituição e a Sociedade Fraterna

A solução para os entraves à adoção passa pela discussão da Teoria da Constituição. É preciso verificar que a família tem espaço privilegiado dentro da ordem constitucional colocada como célula básica de toda a sociedade e que a constituição e participação da comunidade familiar é direito de todos. Ninguém pode ser privado do convívio familiar. Além disto, o ambiente familiar é a fonte para a ordem social. Isto quer dizer que a proposta constitucional de uma sociedade mais fraterna encontra solo adequado para ser gerada no ambiente familiar. Na família os laços e vínculos decorrem do afeto e do cuidado e resultam em relações de solidariedade entre os membros, muitas vezes, independente de relação jurídica.

Este modelo de ordenamento exige nova forma de dizer o Direito e de aplicar a justiça. O problema vai além da questão das liberdades individuais e da igualdade formal oferecida pelas explicações tradicionais. Ele se situa no âmbito da leitura constitucional a partir de seu preâmbulo colocando a Fraternidade na condição de objetivo do conjunto da sociedade e, portanto, como referencial para se disciplinar as relações entre as pessoas e, com isto, a eficácia das normas do Direito. Os direitos e garantias ligados à liberdade e à igualdade podem alcançar eficácia a partir da força vertical de coerção e de programas controlados pelas instituições do Estado. Contudo, os elos de solidariedade não são produzidos por tais forças coercitivas, mas dependem dos vínculos horizontais fraternos.

Como consequência, tem razão Castro ao afirmar que:

Desse modo, toca-nos, aqui, a evolução e a ampliação do conceito de Constituição e de direitos fundamentais historicamente associados ao projeto constitucionalista de organização social e política das comunidades nacionais, que muito se relativizaram durante o século XX, de maneira a somar às premissas da liberdade as conquistas da igualdade, agregando-

se, ultimamente, o ideário em aberto da dignidade humana, no qual radica as mais recentes exteriorizações da personalidade. (CASTRO, 2010, p. 5).

A exigência de uma constituição aberta para assegurar os direitos fundamentais reconhecidos na sociedade contemporânea coincide com o reconhecimento da sociedade fraterna como o grande objetivo da república brasileira. Assim posto, o conceito de Fraternidade ganha *status* de categoria jurídica e, especialmente, constitucional. O ordenamento que se preocupa com a sociedade fraterna requer os alicerces do humanismo para colocar o homem no centro do ordenamento, mas não de modo individualista. Agora o homem é chamado a ser o centro enquanto capaz de produzir uma sociedade baseada na solidariedade e na cooperação.

Nesta perspectiva constitucional encontra-se um excelente mecanismo para colocar em discussão o tema do direito de família especialmente o da filiação e, dentro deste, do problema da filiação socioafetiva produzida pela adoção. A regulamentação não é mais uma questão de liberdade e de igualdade. Ainda que a justiça na vida familiar também seja atingida pelos dois elementos tradicionais do Direito, não se pode negar que o sustento da ordem interna da família depende muito de normas e comportamentos estruturados em torno da Fraternidade.

Dentro do direito de família, o modelo pode ser melhor aplicado na relação de filiação e paternidade. As relações internas da vida familiar são orientadas não somente pela exigência das normas jurídicas, mas por sentimentos e apegos afetivos que extrapolam o campo da regulação. A aquisição da filiação é regulada pelo direito que acompanha passo a passo o desenvolvimento e desempenho da vida familiar para assegurar que ela alcance o seu fim. Contudo, há algo mais nas relações pais e filhos.

Ao regulamentar a vida familiar o Direito congela determinada realidade social estabelecendo um padrão exigível de conduta. Como ensina Dias:

A lei corresponde sempre ao congelamento de uma realidade dada, de modo que a família juridicamente regulada nunca é multifacetada como a família natural. Esta preexiste ao Estado e está acima do direito. As modificações da realidade acabam se refletindo na lei, cumprindo assim sua vocação conservadora. A família é uma construção social através de regras culturalmente elaboradas que conformam modelos de comportamento. (DIAS, 2009, p. 27)

O fato de o ordenamento nacional eleger a família como núcleo elementar da sociedade e atribuir a ela complementariedade em relação às obrigações estatais remonta diretamente ao ensinamento acima apresentado de que a “família preexiste ao Estado”. As pessoas nascem e vivem dentro de uma família, sendo que a sua falta provoca lacunas prejudiciais à formação do sujeito em conformidade com sua dignidade.

Dias continua mostrando que a família:

Dispõe de estruturação psíquica na qual todos ocupam um lugar, possuem uma função – lugar do pai, lugar da mãe, lugar dos filhos – sem, entretanto, estarem necessariamente ligados biologicamente. É essa estrutura familiar que interessa investigar e trazer para o direito. É a preservação do LAR no seu aspecto mais significativo: Lugar de Afeto e Respeito. (DIAS, 2009, p. 27)

Assim, família é, ao mesmo tempo, um instituto jurídico regulado em conformidade com a legislação constitucional e específica e o lar estruturado em torno de compromissos solidários motivados pelo afeto. Neste sentido, é preciso lembrar que:

Não importa a posição que o indivíduo ocupa na família, ou qual espécie de grupamento familiar ele pertence – o que importa é pertencer ao seu âmago, é estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças, valores e se sentir, por isso, a caminho da realização de seu projeto de felicidade. (DIAS, 2009, p. 27).

O modelo constitucional marcado pela inserção das liberdades, garantias e direitos fundamentais também objetivam a construção da vida social feliz, isto é, de acordo com condições adequadas para a existência humana digna. Assim, a Fraternidade é tanto o que movimenta os afetos e relações internas da família como o que estrutura as obrigações de solidariedade do modelo constitucional voltado para construir a sociedade fraterna.

2.1. A Constituição na busca da sociedade solidária

O termo Constituição é plurívoco e diacrônico, apresentando diversos significados ao longo da história. Como ensina Neves, originalmente, em Aristóteles, o conceito de Constituição é o que estabelece a relação de cargos do Estado em relação ao poder governamental e, também, estabelecer os fins de determinada

comunidade. Sendo ela que estabelecia os elementos estruturais e teleológicos da comunidade, havia certa equiparação entre Constituição e Estado. Portanto, na concepção aristotélica a constituição faz e mantém o Estado disciplinando a vida da comunidade política.

Com a chegada dos tempos modernos a constituição passa a conceituar a carta de liberdade ou o pacto de poder existente dentro de determinada comunidade. Na esteira deste novo conceito, as revoluções burguesas ocorridas no século XVIII, apontam “tanto para o sentido normativo quanto à função ‘constituinte de poder’, ‘abrangente’ e ‘universal’ da constituição” (NEVES, 2004, p. 55). Seguiu-se a pluralidade do conceito de constituição construindo seu significado em torno de quatro tendências fundamentais: sociológica, jurídico-normativa, ideal e cultural-dialética.

O conceito sociológico compreende a constituição a partir das “relações de poder realmente existentes em um país” (NEVES, 2004, p. 56). Dentro desta tendência, identifica-se compreensão da constituição considerando somente a dimensão socioeconômica. O ordenamento jurídico é um dos elementos constitutivos do Estado. O ordenamento jurídico não é uma abstração alheia à realidade daqueles que estão subordinados a determinadas regras.

Em oposição a tal conceito, de um lado encontra-se o esforço para entender a ordem constitucional do ponto de vista jurídico normativo encontrado na Teoria Pura do Direito, para a qual a ordem jurídica e o Estado se confundem. Neste caso, o Direito deve ser compreendido sem os demais elementos da realidade da vida. Ao mesmo tempo, o Estado é priorizado em relação à sociedade.

De outro lado, percebe-se o esforço para definir a constituição a partir de seus elementos ideais, portanto, para existir uma constituição são necessários princípios ideais norteadores. Por fim, apresentam-se as concepções dialéticas e culturais propondo uma relação entre o dever-ser constitucional e o ser constitucional. A constituição supõe a compreensão de um todo composto pelo real e o ideal com suas manifestações dialéticas. A Constituição é, portanto, ao mesmo tempo, norma e realidade.

A modernidade, aos poucos, foi estabelecendo a constitucionalização da ordem jurídica e política estatalmente organizada. Passa a supor uma ordem axiológica na base da organização do sistema estatal e do sistema jurídico. Ao mesmo tempo, pode-se entender a constituição como o mecanismo que permite a

diferenciação do sistema político e do jurídico. Através da constituição estabelece a ligação estrutural entre a política e o direito. Os mecanismos jurídicos passam a mediar a relação entre o Direito e o Estado.

Outra acepção possível é aquela que a concebe “sob o ponto de vista político sociológico, como instituto específico do próprio sistema político” (NEVES, 2004, p. 63). Ela se apresenta como ordem fundamental da coletividade que regula as expressões normativas de comportamento. Porém, ela se configura, do ponto de vista sistêmico-teórico, um subsistema do Direito. Em ambos os casos, a constituição regula a relação entre o Direito e a Política e lhes serve de base.

Ela não é qualquer subsistema do Direito, mas aquele que traz as orientações básicas para que todo o conjunto do sistema em ao redor do qual gira o ordenamento possa funcionar adequadamente. Com esta finalidade, a Constituição de 1988 trouxe:

O reconhecimento da dignidade da pessoa humana é o pilar de interpretação de todo o ordenamento jurídico e toda a Constituição Federativa do Brasil. (MAGALHÃES, 2012, p. 153).

Assim, a Constituição se apresenta como o mecanismo que garante a autonomia operacional do direito, transformando a relação entre o Direito e a Política em horizontal. Ela media dois sistemas independentes entre si garantindo o critério de legitimação interna da ordem jurídica e regulando a realidade da Política. Desta forma, ela se torna o elemento de fundamentação outrora representado pelo Direito Natural. Na complexidade moderna, na qual é impossível uma moral única e, portanto, legitimar os sistemas pela via dos valores, a Constituição ocupa o espaço legitimador, impedindo a “manipulação política arbitrária do Direito” (NEVES, 2004, p. 66).

Por isto, “a validade e o sentido do Direito Constitucional dependem da atividade legislativa e da aplicação concreta do Direito” (NEVES, 2004, p. 66). Contudo, a Constituição garante o fechamento interno do sistema jurídico delimitando em leis o papel do legislativo e estabelecendo as formas de aplicação da lei. Tanto a legislação (atividade legislativa), quanto a administração (atividade executiva ou administrativa), ou a jurisdição (atividade do judiciário) pressupõe a diferenciação entre Constituição e lei. Através da constituição se assegura os processos de produção normativa imprescindíveis para a autodeterminação

operativa do Direito. Isto é, a relação entre os sistemas e dentro dos sistemas é mediatizada por leis fundadas na Constituição, mantendo assim a unidade dos sistemas.

Em sentido estrito, a função da constituição é a institucionalização dos direitos fundamentais e o estabelecimento do Estado de Bem-estar. “Mediante a institucionalização dos direitos constitucionais fundamentais, o direito positivo responde às exigências da sociedade moderna por diferenciação sistêmica”. Pela institucionalização dos Direitos Fundamentais garante-se o desenvolvimento da comunicação e da personalidade “conforme diversos códigos diferenciados” (NEVES, 2004, p. 71). Pela garantia do Estado de Bem-estar concretiza-se o princípio sociológico da inclusão institucionalizando os direitos fundamentais sociais com função compensatória e distributiva.

O reconhecimento da centralidade da Constituição para a organização do Estado Democrático de Direito em todas as dimensões de poder assegura a aplicabilidade de seus objetivos, princípios de direitos fundamentais a toda ordem social. Através dela se alcançará a justiça social, o bem comum, a comunidade solidária e o fim das discriminações e desigualdades, como instrumentos intermediários da sociedade fraterna. Para manter o foco na meta, toda lei e todo instituto jurídico serão sempre monitorados e avaliados por estas referências.

No Estado preocupado com a centralidade da dignidade humana o bem comum destaca-se como elemento necessário para a consolidação das relações humanas. O objetivo da organização comunitária do ser humano é a busca de melhores condições de vida reconhecidas pela capacidade de produzir a felicidade para os membros da comunidade política. Há, portanto, uma estreita relação entre o bem comum, o respeito à dignidade humana, a justiça social e a cooperação e a solidariedade exigidas quando o referencial do ordenamento for a Fraternidade.

Toda a organização política e a vida social são instrumentos para que haja realização humana e as pessoas alcancem a suficiência dos bens necessários para a vida feliz. Seja pela eliminação da miséria, pela promoção da igualdade, a insistência com o bem comum, alcança cada membro da estrutura social e condena o seu abandono e privação das condições dignas de vida. Assim, na sociedade fraterna não há o que justifique amontoar crianças e adolescentes em casas de abandonados com a conseqüente privação de tudo que se refere à dignidade atual e seu pleno desenvolvimento como ser humano.

Exige-se portanto esferas de subsidiariedade do bem comum e de solidariedade entre os sujeitos que são partes do todo social. Estes dois elementos são os mecanismos para se alcançar o bem humano absoluto, isto é, aquele bem que serve como referência para se organizar e distribuir todos os bens intermediários: a felicidade. De um lado, o Estado, através da subsidiariedade, é responsável em organizar as estruturas para que não haja o abandono permitindo que cada cidadão tenha o instrumental para se preocupar com os demais; mas de outro cabe aos membros da comunidade, pela solidariedade, fazer o processo de acolhimento que leve todos à possibilidade da vida feliz.

É a felicidade o primeiro e o último fim da pessoa humana e da vida social. A vida feliz dos membros da sociedade e cidadãos do Estado de Solidariedade é o termômetro para verificar se a justiça está sendo implementada. Neste modelo, o próprio Estado promove as condições de cooperação em respeito ao princípio da Fraternidade. A vida infeliz, enquanto insuficiência de bens intermediários e hipossuficiência para a própria sobrevivência, mostra que há algo errado na organização do Estado e com o hábito das pessoas. A justiça que produz a felicidade efetiva decorre da virtude. E esta, por sua vez, depende de hábitos de solidariedade. Entre a mesa farta e a falta do pão move-se o pêndulo da justiça social entre os dois pratos da balança: a regulamentação e os programas de inclusão promovidos pelo Estado Democrático de Direito e a atuação dos membros da comunidade política movidos pela consciência da necessidade de solidariedade.

Desta forma, o bem comum é ao mesmo tempo a finalidade do Estado e o meio de viver e agir das pessoas. Há uma relação entre o todo e as partes. O bem comum encontra-se na felicidade do todo e ao mesmo tempo em cada uma das partes. Não é só o Estado que proporciona esta condição de felicidade, mas os próprios concidadãos o fazem, especialmente ao colocar em prática a regra de ouro de cada um fazer ao outro exatamente as coisas boas que também deseja para si. Cada um deve ser solidário com todos. Estruturas de solidariedade não têm sentido se não se transformarem em práticas nas condutas das pessoas que compõem uma determinada realidade.

O norte que direciona a organização do Estado e a existência da sociedade é a vida humana. De modo especial, serve como fundamento de toda existência política e social a dignidade da vida. Por isto que se entende que “a vida não é objeto de um direito, mas o fundamento de todos os direitos” (NEVES, 2014, p. 65).

Alcançar a dignidade corresponde a encontrar a felicidade, isto é, a autossuficiência dos bens necessários para a vida digna, incluindo entre estes bens a família.

Neves (2014, p. 65 – 66) apresenta algumas noções para que se possa entender melhor o bem comum. Alguns recortes da literatura indicam a centralidade do bem humano, do bem comum enquanto felicidade absoluta dos homens. Para Aristóteles, o homem caracteriza-se como animal comunitário e na vida comunitária está sua realização. Para ele, o fim último de tudo é o bem humano, “aquilo a que todas as coisas tendem”.

Alem disto, Neves (2014) destaca, ainda, que somente considerando a pessoa humana é possível entender o bem comum, isto é, só a partir da pessoa humana o bem comum pode ser compreendido. Portanto, o bem comum corresponde à boa vida das pessoas individualmente falando e da coletividade, tomada em seu sentido cooperativo, aparecendo como exigência a ser cultivada pelo todo e pelas partes da comunidade política. Trata-se do direito que todos têm de viver bem, ter o suficiente para viver com dignidade.

Outro referencial, na concepção de Neves, é que o bem comum deve prevalecer sobre o bem privado, pois há uma correlação direta entre o bem da pessoa e a realização do bem comum. Quando se destaca o privado em detrimento do bem comum corre-se o risco de se estimular as desigualdades e se instalar a infelicidade na vida das pessoas. E uma sociedade de infelizes pode indicar que se trata de uma sociedade injusta.

É possível, como propõe Lorenzo (2010), identificar três esferas de bem comum: o doméstico, o social e o político. Estas esferas se relacionam para proporcionar o bem estar das pessoas e da vida social. A relação destas esferas é orientada por três princípios: subsidiariedade, competência e solidariedade. Pela subsidiariedade cada esfera assume para si a responsabilidade de construir o bem estar, sendo este o objetivo último da ordem política que tem com fim a felicidade. Pela competência, cada esfera possui suas próprias responsabilidades sem perder de vista que não há bem comum, se o mal comum ou pessoal prevalecer no político, no social ou no doméstico.

Neste contexto adverte Lorenzo:

De todos os campos que exigem a atuação do princípio da solidariedade, a questão social é, historicamente, a mais relevante. As condições subumanas em que vivem mais de um bilhão de pessoas em nosso tempo

são um desafio à solidariedade tanto política, quanto universal. (LORENZO, 2010, p. 143)

Como consequência, conclui-se que pela solidariedade se entende que a comunidade política é o espaço originado pela necessidade de se viver bem. O melhor espaço para cultivar esta solidariedade é no nível doméstico no qual a Fraternidade prevalece sobre os demais princípios e as obrigações decorrem do afeto e do cuidado e não da coerção. Desta comunidade básica para a vida social poderá transbordar nas demais esferas a preocupação com o bem comum. Portanto, a família configura como base da sociedade pois nela é possível fazer a primeira experiência de preocupação afetiva com o outro, cujo aprendizado é condição para reproduzir na comunidade social e na política condutas baseadas na Fraternidade.

2.2. A família e o justo enquanto solidariedade e Fraternidade

No tocante à família é necessário que se distinga duas dimensões de sua juridicidade: a parte formal de regulação dos diversos temas relacionados à família (casamento, filiação, herança, propriedade, alimentos...) e a parte material composta pela existência da família do mundo da vida. Pela primeira dimensão, são necessárias certas formalidades para que a família exista diante do Direito e para garantir em forma contratual a obrigação de alimentar e de cuidado mínimo entre as partes, bem como a administração do patrimônio e sua possível sucessão.

Do ponto de vista formal, o Direito regula a vida familiar, contudo não tem competência para gerar afeto entre os membros. Ele obriga os membros a cuidarem uns dos outros com a assistência material quando falta o afeto e o cuidado solidário dele decorrente. Desta forma como propõe Schimidt , “o convívio de uma entidade familiar passou a constituir laços, calçando sua relação na afetividade” (2014, 222), Desta forma, o Direito será mais eficaz para a constituição e permanência da relações se conseguir movimentar os vínculos de solidariedade típicos da aliança afetiva própria da união familiar.

De certo modo, as regras criadas para a institucionalização do matrimônio servem principalmente para os casos em que ele termina e é necessário tomar providência de partilha de bens, de garantia de alimentos e de guarda e visitação de filhos. Mas não é o rito legal que produz solidariedade interna. A construção da família fraterna é fruto do afeto que não pode ser gerado coercitivamente.

Mostra-se necessário abdicar da parcela instintiva individualista em favor de um comportamento mais racional e social, desenvolvido com diretrizes voltadas ao bem comum, sob o viés humanístico justo e efetivo. (POZZOLI; MONASA; AMADOR, 2012, p. 31).

Em relação à existência da família com toda sua complexidade no mundo da vida, o Direito não tem instrumento para obrigar o relacionamento afetivo, cuidadoso e solidário. A vida cotidiana da família se constrói sobre o sentimento, especialmente o amor, e este foge ao controle da regulamentação. Portanto passa a existir um conflito entre o sentimento e a racionalidade jurídica da vida familiar. Assim, a condição de pais e de filhos pode ser determinada pelo registro e demais formalidades previstas no direito; mas o sentir e o viver solidário, afetivo entre pais e filhos é uma exigência constitucional que não tem mecanismo para agir sobre o coração das pessoas. Isto vale tanto para os filhos naturais como para qualquer outro.

Quando estruturada sobre o amor mútuo, laços fraternos e vínculos solidários, decorrentes das relações de afeto e pelo cuidado, a constituição afetiva da família extrapola o direito norteado pela liberdade e pela igualdade chegando à necessidade da Fraternidade. A justiça da vida familiar não está em ser livre ou igual, mas na capacidade de se viver como irmãos, isto é, de reconhecer na comunicação cotidiana os laços fraternos da união.

O justo da legalidade passa a ser precedido pela justiça do afeto e do cuidado. A obrigação racional trazida pela escolha de constituir família e planejar a existência de filhos é acompanhada da expectativa de sentimento de união para que de fato a família seja o núcleo elementar da sociedade e espaço de desenvolvimento da dignidade humana. Pode-se dizer, portanto, que a lei dá a forma para a estrutura da família, mas esta só se constitui realmente através de laços de sentimentos, muitas vezes, com lógica distinta daquela exigida pela legalidade.

A família é um *nós* e não um *eu* para o qual não cabe o individualismo, nem mesmo o da defesa das liberdades. Como diz Pozzoli, Monasa e Amador, nela destaca-se a importância de ações concretas voltadas para a defesa do interesse coletivo. Por isto, a prática do direito na comunidade familiar é estruturada em torno da Fraternidade.

Relações solidárias trazem consigo o sentimento de comunhão, de partilha, do *nós* ao invés do *eu*. Já quando imperar o individualismo deverá carregar em seu bojo a solidão. O ser humano é por natureza um ser social e não individual. Quando pratica a Fraternidade retoma o espírito do todo e se sente amparado. (POZZOLI; MONASA E AMADOR, 2012, p. 27)

Portanto, a relação de filiação decorre da justiça solidária e cooperativa conforme o exigência constitucional da Fraternidade. O resgate deste princípio, esquecido ao longo do tempo, como categoria política e jurídica possibilita novo olhar do Direito sobre a realidade da família e da convivência de pais e filhos. Ele supõe outros vínculos além daquelas obrigações coercitivas. A justiça do afeto não obriga da mesma forma que as regras contratuais dos demais negócios jurídicos.

A necessidade de revitalizar a Fraternidade não se reduz ao direito de família e a relação pais e filhos. Quando a Constituição reconhece a importância da Fraternidade na boa organização política da sociedade e coloca a família como base desta organização, valoriza-se os meios não coercitivos de relacionamento entre as pessoas. Sendo parte integrante do Direito Constitucional dando define os objetivos da República Brasileira, a Fraternidade torna-se categoria política e tem seu desdobramento sobre a ordem jurídica. Ela é o próprio modo republicano de organizar a vida social.

2.3. A crise da Fraternidade política e o resgate do princípio esquecido

Com o desenvolvimento do constitucionalismo moderno, apesar de estar no trinômio da Revolução Francesa ao lado da Igualdade e da Liberdade, a Fraternidade acabou relegada a segundo plano e esquecida pela organização política e jurídica do Estado. A Liberdade e a Igualdade produziram gerações de direitos fundamentais enquanto a Fraternidade permaneceu silenciada.

Baggio identifica que o esquecimento do princípio da Fraternidade levou a uma grande crise da Fraternidade política. Para ele, o resgate do princípio da Fraternidade por muito tempo esquecido nas reflexões políticas e jurídicas é condição para a retomada da inteligência fraterna necessária para a boa organização da vida política através de regulamentação que se preocupe com a construção da sociedade fraterna. Ao longo do tempo, a Liberdade e a Igualdade se mostraram insuficientes para construir sociedades solidárias nas quais os membros se preocupam em cooperar uns com os outros.

Para falar do resgate do princípio esquecido, Baggio coordena uma série de estudos consolidados em duas obras: o *Princípio Esquecido*, organizada em dois volumes, colocando em discussão a teoria e a prática da Fraternidade. Nestas obras várias pesquisas e estudos são realizados no sentido de resgatar a Fraternidade como categoria jurídica e política mostrando que ela é necessária na constitucionalidade, até mesmo porque, de certo modo, a Constituição supõe uma grande comunidade de irmãos abrigados dentro de determinada pátria.

Baggio entende que:

[...] O que é novo na trilogia de 1789 é a Fraternidade adquirir uma dimensão política, pela sua aproximação e sua interação com os outros dois princípios que caracterizam as democracias atuais: a liberdade e a igualdade. Porque, de fato, até antes de 1789 fala-se de Fraternidade sem a liberdade e a igualdade civis, políticas e sociais; ou fala-se de Fraternidade em lugar delas. A trilogia revolucionária arranca a Fraternidade do âmbito das interpretações – ainda que bem matizadas – da tradição e insere-a num contexto totalmente novo, ao lado da liberdade e da igualdade, compondo três princípios e ideais constitutivos de uma perspectiva política inédita [...]. (BÁGGIO, 2008, p. 8)

Baggio dedica o primeiro volume da obra que coordena para analisar como, após a Revolução Francesa, a liberdade e a igualdade ganharam *status* de categorias política enquanto a Fraternidade calou esquecida. Dois grandes modelos políticos foram construídos: o liberalismo norteado pela Liberdade e o socialismo centralizado na necessidade de Igualdade. A Liberdade sem Fraternidade acabou produzindo uma sociedade individualista. A Igualdade sem a Fraternidade propiciou cidadãos tutelados pelo poder do Estado. A obra mostra, também, como a ciência política atual está redescobrimdo o princípio da Fraternidade elevando-o a categoria política.

Os trabalhos desenvolvidos para o segundo volume estudam as “exigências, recursos e definições da Fraternidade na política” procurando dar viabilidade prática ao conceito que foi entendido como categoria política no primeiro volume. Os trabalhos dos pesquisadores continuam mostrando como a Fraternidade está sendo redescoberta como princípio que pode colaborar com a ordem política proporcionando uma sociedade melhor. Pelo princípio da Fraternidade, politicamente situado, é possível superar os obstáculos que não deixaram a liberdade e a igualdade produzirem a sociedade que pretendiam construir.

Merece destaque o texto apresentado no quinto capítulo do segundo volume, pelo próprio coordenador da obra. O artigo é intitulado de *A inteligência Fraterna*, tendo como subtítulo: *democracia e participação na era dos fragmentos*. Nele se destaca que o mais importante campo de experimentação para os estudos sobre o Princípio da Fraternidade é a “conexão da ideia de Fraternidade com a de cidadania” (BÁGGIO, 2009, p. 85).

Para diversos movimentos históricos, desde a Revolução Francesa até os dias de hoje, a “Fraternidade combatente” serviu para construir espaços democráticos. Com isto, “a ideia de Fraternidade deu provas exaustivas de sua eficácia política na construção de novas identidades de povo” (BÁGGIO, 2009, p. 85). A cidadania significa a pertença para determinada comunidade política com o exercício e os benefícios do direito que a constitui. Desta forma, há estreita relação entre a vivência da cidadania e o conceito de Fraternidade.

Por este, enquanto categoria política, a Fraternidade não pode se reduzir à importância nos momentos de excepcionalidade nos quais se faz necessário combater solidariamente em nome da Democracia. Assim o objetivo para se estudar a Inteligência Fraterna é:

A partir da exigência contemporânea dos cidadãos de participação intensa nos processos de decisão e, de modo geral, na vida pública, queremos levantar as condições – não no sentido ‘técnico’ enquanto relacionadas aos procedimentos e aos instrumentos que a participação requer, mas no sentido das categorias de pensamento necessárias para tal participação – a serem satisfeitas para que essa exigência seja respondida (BÁGGIO, 2009, p. 86).

Desta forma, a Fraternidade é necessária para que a Democracia produza seus resultados e para que a cidadania seja cooperativa. Considerando desta forma, a participação política orienta-se pela inteligência fraterna. Esta está no fundamento da própria cidadania. A falta desta inteligência fez com que os diversos modelos pensados ao longo dos últimos séculos não garantissem a igualdade dos cidadãos e assegurassem sua liberdade.

Para a existência da Igualdade e da Liberdade exige-se a participação de todos considerando que, de certo modo, todos somos membros da mesma família humana. Como consequência, a relação solidária expande-se de “grupos fraternos” para uma grande comunidade de irmãos dando nova perspectiva ao problema da cidadania.

O artigo sobre a *Inteligência Fraterna* parte da importante matriz do pensamento político ocidental que é a compreensão da comunidade humana como uma extensão da família para a qual todos são irmãos. Trata-se de se voltar para as fontes da democracia e da cidadania assentadas sobre o conceito cristão de irmandade. Este é o “paradigma da *koinonia politiké*” que a política moderna quis superar e ao superá-lo produziu a sociedade desigual e desrespeitosa às liberdades individuais, que atualmente se encontra em crise (BAGGIO, 2009, pp. 87 – 89).

A liberdade e a igualdade se tornaram ideologias de Estado. Agora, para superar estas ideologias é necessário o resgate da Fraternidade como importante instrumento de ligação entre os cidadãos e, por consequência, um meio privilegiado da participação política exigida para que se produza a democracia. A eficácia social do ordenamento e a qualidade da organização política, bem como as relações sociais, dependem do modo como os sujeitos se relacionam. A questão não é seguir a ideologia do Estado; mas conduzir a vida pessoal pensando sempre na comunidade.

A democracia promovida pela Fraternidade exige uma participação forte dos cidadãos com os objetivos definidos a partir do bem comum. Esta participação decorre de deliberações intersubjetivas capazes de ir além das estruturas homogêneas do passado para considerar a complexidade das relações fragmentadas atuais. Desta forma:

O horizonte do bem comum exige a capacidade de realizar, na dimensão cidadão, processos de decisão que tragam à cena a diversidade das referências éticas e culturais da cidadania, que não é mais cultural, religiosa e eticamente homogêneas. (BAGGIO, 2009, p. 89)

Neste contexto a ética do discurso trouxe um “salto antropológico” passando a entender as relações a partir da dialogicidade da comunicação. Ao desenvolver a categoria de alteridade possibilitou a participação intensa dos cidadãos dentro da proposta de diálogo. Porém, neste modo de compreender ainda não desenvolveu relações baseadas na inteligência fraterna. Pois, enquanto a ética do discurso busca a construção de consensos democráticos em meio às desigualdades, a inteligência fraterna objetiva a construção de uma comunidade de iguais.

A crise da cultura ocidental que serve de obstáculo para a “deliberação intersubjetiva”. O diálogo produz o convencimento e, como consequência, a

imposição de certas ideias, princípios e valores sobre aqueles que são derrotados. Ao mesmo tempo se vive a crise da ética e da política pela fragmentação cultural e social. Quanto mais a sociedade se torna mundializada, mais fragmentada se torna a comunidade local. Num mundo fragmentado, não poucas vezes a busca do convencimento está centrada fora da construção do respeito pela dignidade do ser humano.

As duas crises, cultural e ética, diretamente relacionadas, apresentadas decorrem da racionalidade instrumental baseada numa linguagem dominadora. Nesta racionalidade os meios utilizados são justificados pelos fins. Porém, os meios acabam se tornando mais importantes que os fins. Nos elementos criticados há o esquecimento de que o fim da sociedade é sempre a pessoa humana, todos os demais elementos são meios para se produzir a felicidade humana assentada na preocupação com o bem comum. Portanto, o convencimento provocado pelo diálogo é carente da fraternidade necessária para a construção da sociedade solidária.

Sendo estruturada em torno dos laços fraternos que unem solidariamente as pessoas, a melhor forma para se analisar a relação de filiação, especialmente, no tocante ao instituto da adoção é a eficácia social decorrente das relações horizontais. A coercibilidade da norma jurídica mostra-se insuficiente para que os valores supremos e os direitos fundamentais alcancem o objetivo de produzir a sociedade fraterna. Pois, deste ponto de vista, a coerção assegura a garantia de punição para quem descumpra a norma; contudo a sociedade solidária demanda pessoas capazes de viver preocupadas com o bem comum.

A ordem Constitucional clássica requer a existência de uma esfera pública na qual o poder acontece de modo vertical. Por este motivo, a eficácia legal das normas é assegurada pela coerção e pela força emanada da estrutura verticalizada de poder. Os modelos arbitrários de poder político estruturam-se basicamente nesta forma de imposição verticalizada. O Estado acaba assumindo o meio de relacionamento entre os cidadãos. E os cidadãos são como incapazes que precisam ser tutelados ou assistidos. Esta visão é inadequada para tratar os problemas relacionados à família, pois nesta há muitos elementos que não podem ser impostos coercitivamente.

Porém, quando a Constituição propõe a organização do poder pelo Estado Democrático de Direito passa a haver a exigibilidade de outra linha de validade das normas: a horizontal. Nesta, caracterizada pela democracia, as relações entre os

membros no seio do ordenamento é fundamental para alcançar a eficácia das normas. Portanto, pode-se afirmar que para haver eficácia social é necessário o reconhecimento de relações horizontais que caracterizam a vida privada.

Neste sentido, quando se fala da estruturação do poder familiar não se credita às relações verticais de poder, mas à comunicação horizontal estabelecida entre os sujeitos sociais. Assim, estruturas eficazes de comunicação social estão na base do bom funcionamento da adoção. A opção pela adoção faz parte do planejamento familiar. Conduta fundamentalmente horizontal na qual, por determinação constitucional, nem mesmo o Estado pode interferir. Cabe à força vertical zelar pelo bom cumprimento dos procedimentos, mas lhe foge ao alcance obrigar a escolha da adoção como meio de filiação e, quando esta acontece, obrigar que ali se desenvolva o afeto e o cuidado.

O instituto da adoção visa a não existência de crianças que cresçam sem a devida proteção. Trata-se do empenho para o desenvolvimento de laços humanos em relações familiares iniciadas de modo não natural. Portanto a adoção desvincula-se da assistência à criança e adolescente abandonado para se tornar meio efetivo de construção de filiação e de planejamento familiar. Sua regulamentação não pode obrigar a pessoa a adotar ou desenvolver contra sua vontade afetividade pelo outro. Portanto, não é a relação jurídica que parte do Estado que pode resolver o problema de sua eficácia social, mas sim tema do planejamento familiar orientado pelo princípio da Fraternidade e de sua decorrente solidariedade.

Para que o problema do abandono de crianças deixe de existir e estas possam crescer em ambiente saudável afetivamente, depende do modo como as pessoas se relacionam na sociedade colocando a dignidade humana e os direitos fundamentais num plano existencial que os tornem solidários com os demais. Verticalmente a contribuição é promover políticas públicas voltadas para melhorar a qualidade de vida das famílias e assegurar o necessário para o sustento de seus membros e para que eles possam viver dignamente.

A solidariedade política resulta de uma série de concórdias sociais. Ela está integrada a uma rede de solidariedade que reúne grupos e comunidades de estratos distintos que vai da família à ordem internacional. O corpo político, mas que uma união de indivíduos, é uma união de grupos e famílias. Esse bojo de relações concordes na família, na economia ou nos grupos é o que constitui a concórdia política. (LORENZO, 2010, p. 144).

A constituição de uma família não se impõe por lei, mas por uma série de sentimentos e afetos. A legislação não pode impor a adoção nem punir quem não quer adotar, mas somente regular os atos do processo para que tudo seja feito em conformidade com a primazia do interesse da criança e em conformidade com o desenvolvimento familiar. Encontramos na legislação a formalidade para a aquisição da filiação. Porém, a materialidade das relações pais e filhos está inserida na dimensão horizontal e torna-se efetiva graças à Fraternidade.

2.4. Adotar para incluir o outro

Para haver eficácia de uma ordem é preciso que ela se constitua numa totalidade. A ordem em si não existe se houver somente as partes desconexas. Exige-se a composição de uma totalidade devidamente estruturada. Porém, esta totalidade pode ser fechada, isto é, arbitrária, totalitária, e pode ser aberta, democrática. Esta segunda é denominada na Ética da Libertação de alteridade. Isto porque a totalidade aberta estrutura-se no reconhecimento do outro enquanto portador de identidade própria.

A Constituição aberta para a concretização dos direitos fundamentais supõe uma totalidade também aberta para ouvir a voz do outro que pede justiça. Excluir o outro da possibilidade de participar das relações fundamentais e próprias da vida social humana é, de certa forma, matá-lo, no sentido de arrancar dele o que lhe é essencial para a identidade. Esta totalidade, o ordenamento, não pode se estruturar a partir da arbitrariedade cuja consequência é a exclusão de muitos cidadão das interações sociais, políticas e econômicas e impedi-los de viver dignamente (DUSSEL, 1977, p. 68 – 69).

A totalidade promovida pelo ordenamento em cujo cerne está o princípio da Fraternidade deve orientar-se pela solidariedade inclusiva para que todos possam participar e ter acesso aos elementos necessários para a vida realizada. Não se trata apenas de impor a ordem e a segurança jurídica pela força da coerção, mas de promover programas e condutas destinados à inclusão dos excluídos em vista de todos os objetivos apregoados na Constituição Brasileira de 1988.

A ordem pode se impor arbitrariamente de modo vertical através da sanção e da punição. Contudo, neste caso, foge ao propósito do modelo exigido quando o Estado se apresenta como democrático de direito. Neste caso exige-se

reconhecimento material de que todos são iguais e devem receber a mesma assistência e cuidado. Resta como conclusão que sendo a família o núcleo essencial da sociedade, o sujeito privado da pertença familiar encontra-se excluído do espaço essencial da formação humana. Por este motivo a adoção se apresenta como instrumento de construção da alteridade.

A família é o espaço para que o sujeito possa *ser* dentro da sociedade. Não se trata de pertencer a alguém que tem herança ou que pode legar algum patrimônio. A justiça exigida para o processo de adoção é a do serviço cujo resultado será o desenvolvimento pleno do sujeito que se encontrava na pior situação social: desprovido da base de reconhecimento familiar. Neste sentido, Dussel ensina:

Na Totalidade fechada há a-versão ao Outro; o homem perfeito é o que *tem-mais*. Na Alteridade dá-se a com-versão ao Outro; o homem perfeito é o que *é-mais*. Um põe seu triunfo no possuir e a propriedade é sua mediação; o outro põe sua realização no serviço e a justiça é seu modo de ser. A Totalidade é trágica: nela não há liberdade nem novidade, nem bem nem mal ético. A Alteridade é dramática, nela há liberdade e criação, há bons e maus os primeiros servem e libertam, os segundos dominam e alienam; para uns o Outro é o reino escatológico, a alegria e a paz, para outros o Outro é o inferno, o odioso e a origem da guerra. (DUSSEL, 1977, 48)

A alteridade institucionaliza o bem comum como verdadeiro bem. A ordem democrática foge da totalidade para se construir em torno da alteridade. Importa o que o outro é pelo seu futuro e não pelo seu passado. Assim, a família se institucionaliza constitucionalmente como espaço de serviço para o desenvolvimento da dignidade do outro abandonado. A filiação adotiva não é espaço para a negação do ser da criança e do adolescente, mas para sua plena liberdade e adequada criação.

A finalidade última da relação entre pais e filhos, adotivos ou não, é a “alegria e a paz”. A adoção cujo fundamento fosse a alienação e a dominação seria contraditória com a proposta de desenvolvimento pleno do ser humano assegurado no ordenamento jurídico nacional. Por isto, a família se torna espaço essencial do bem comum, como destaca a citação a seguir, o bem que é verdadeiro bem e não resultado de interesses fechados. Ao se inserir na comunidade familiar o indivíduo ingressa no espaço de institucionalização do bem resultante do serviço solidário ao outro.

O propósito é alcançar o bem comum. Porém, como ressalta Dussel,

(o) 'bem comum', realmente "bem" e não mero fundamento de uma Totalidade institucionalizada na dominação e a injustiça do definitivamente fechado, é o que perenemente avança para o Outro para servi-lo na justiça, instaurando um *novo* Todo, crescido na pro-criação e para além dos limites estreitos estabelecidos no passado. (DUSSEL, 1977, pp. 72-73)

Entendendo desta forma, chamar de *teoria* o conjunto da compreensão constitucional fundada na alteridade, como é o caso da teoria da solidariedade, é quase uma contradição. Deve-se entender o conceito não no sentido de ideia ou conjunto estruturado de determinado estudo. Teoria, neste caso, assume seu papel etimológico de *Theoren*, estar cheio de Deus, e, por analogia, estar cheio daquilo que é essencial para a vida. O que se quer dizer é que a teoria constitucional da solidariedade não é uma doutrina para ser pensada, mas a realidade para ser vivida.

As legislações e programas movidos a partir dos reconhecimentos estabelecidos no preâmbulo e nos objetivos da Constituição entram no âmbito do

amor-de-justiça como ato pontual ainda não é uma virtude, um hábito, uma segunda maneira de ser. Somente um fazer deste ato metafísico o *modo-de-viver* o mundo, negando-o como Totalidade, constitui a virtude *ética* suprema (DUSSEL, 1977, p. 79).

Os valores supremos invocados no preâmbulo constitucional seguem a mesma linha da proposta de Dussel, especialmente considerando o direito à identidade e de desenvolvimento humano ausente para aquele que se encontra em situação de abandono familiar. Adotar é mais que ato jurídico pontual; é o *amor-de-justiça* decorrente do modo de ser solidário nas relações humanas horizontais; gesto voltado para concretude ao bem comum.

Pode-se resumir com Castro que a

Conclusão a que chegamos nesse campo é de que o concurso da sociedade civil, o que vale dizer a vontade do povo em fazer valer a vontade da Constituição, é condição primária para a efetividade das normas constitucionais. Sem a aderência da cidadania ativa e das instituições emanadas do corpo social frustra-se o projeto constitucional de transformação da sociedade e de afirmação dos direitos fundamentais do homem. (CASTRO, 2010, 8 – 9).

Desta forma, a adoção é mecanismo para incluir o abandonado pelos genitores dentro das relações familiares e, por extensão, dentro da totalidade política, social e econômica. Muito além de política social, a adoção é mecanismo da

misericórdia humana, fundamentalmente baseada em relacionamentos nos quais o outro e suas necessidades são prioridades.

Entretanto, mesmo o termo misericórdia não deixa de ter suas ambiguidades e variação de sentido. Sua origem está na influência que o pensamento cristão trouxe através do conhecimento bíblico. Ao falar da misericórdia é necessário não confundi-la com os desvios de interpretação que às vezes se faz. Três destes desvios se encontram listados no Texto-Base da Campanha da Fraternidade de 1995 (CNBB, 1994, pp. 56 – 59):

a) “sentimento de dó e lástima, sem consequência para a ação”. Sentindo compaixão ou pena daquele que se encontra em condições de miséria, nada se faz para alterar a situação, exceto rezar e colocar na mão de Deus os sofrimentos da humanidade.

b) “obras de misericórdia, entendidas como meros atos isolados de respostas a algumas carências individuais sem nenhuma consciência de suas causas”. Fazer o bem a uma pessoa sem a libertar da situação em que se encontra. Sem ver que para o atual sofrimento existe uma causa a ser combatida. Trata-se de uma caridade ingênua.

c) “ações paternalistas que não respeitam a dignidade da pessoa sofrida”, muitas vezes, realizadas com o intuito de destacar socialmente aquele que as faz. Uns, estando em melhores condições sociais e se julgando bons, aproveitam a situação de dependência gerada pela miséria para se projetar social, política e religiosamente. Não existe a preocupação com a dignidade da pessoa.

Convém evitar tais interpretações e “entender a misericórdia, segundo a Bíblia, como uma ação concreta provocada diante do sofrimento de alguém” (CNBB, 1994, p. 59). Não se trata de um simples sentimento nem de atos paternalistas e inconscientes pelo quais se age pensando em alcançar a própria salvação sem se preocupar mais profundamente com o sujeito necessitado. Trata-se, sim, de um posicionamento em defesa da vida, da luta e zelo em favor da afirmação da dignidade humana em todos os envolvidos no relacionamento.

Aqui, seguindo a linha da colocação do Texto-Base da Campanha da Fraternidade acima citado, o termo misericórdia se entende como esta “ação concreta diante do sofrimento de alguém”. Seria no mesmo sentido do “Princípio Misericórdia” analisado por Jon SOBRINO que desde 1982 até 1994 evoluiu em sua definição.

Em 1982, este princípio era nominalisticamente chamado de “justiça”, juntando na mesma palavra os conceitos de justiça e de amor. Tratava-se da “práxis do amor”, daquele “tipo de amor que busca humanizar, dar a vida e dá-la em plenitude às maiorias pobres e oprimidas da humanidade, isto é, a concreção do amor” (SOBRINO, 1982, p. 57). Em 1994, ele volta redefinindo a junção do binômio justiça-amor com o termo misericórdia, dizendo que “a misericórdia significa ultimidade, humana e cristã, para com o povo crucificado”. A misericórdia é a ação do amor estruturada em favor da ação libertadora dos sofredores em nome de Deus (SOBRINO, 1994, p. 8 e 33).

A própria origem da palavra possui efeito bastante esclarecedor e profundo para esta linha de raciocínio. Do latim, juntam-se no termo misericórdia os substantivos “*miser*”, miserável, e “*cor*”, coração (MATOS, 1996, p. 8). É o coração que se deixa mover pela miséria, se compadecer com a dor, o sofrimento, a pobreza e as angústias, infratores da dignidade da pessoa humana. Da sensibilidade se transforma numa prática. É o coração orientado pelo amor repleto de justiça e indignado com a miséria cultivada no mundo.

Preservando as diferenças culturais, no hebraico bíblico se encontra um sinônimo, ou pelo menos, um termo bastante próximo à misericórdia. Isto é, o *haramin*: as entranhas que se movem com a miséria e leva Deus a agir no Egito, e em toda a Bíblia, pela libertação do povo escravizado e sofredor. Se para os semitas as entranhas eram a fonte da revolta contra as injustiças, aos portadores da língua latina, o equivalente é o coração (MATOS, 1996, p. 36). Em ambos os casos, a significação não se reduz a sentimentos, mas se traduz em atitudes em favor do crescimento e da libertação da pessoa humana.

Na linguagem de Matos e de Sobrino, a misericórdia como caridade política é a característica que faz o cristão não se contentar com a salvação eterna na vida após a morte, mas querer o Reino de Deus se realizando ao seu redor e a vida plena florescendo em si e nos semelhantes. Então, a práxis do amor se apresenta como a realização histórica do Reino e a práxis da justiça, por sua vez, é uma forma histórica e concreta de amar. E, do encontro da práxis do amor com a da justiça floresce a misericórdia.

Desta maneira, assim como não basta a fé, não basta a justiça. E a misericórdia se faz ponte entre a fé e a justiça. O exercício da misericórdia se torna um ministério que transporta para a realidade o amor, a justiça, a caridade, a fé, na

relação com Deus e com o próximo. É no exercício da misericórdia que o amor supera a justiça, a justiça se torna verdadeira, o Reino se realiza e o ser humano caminha para Deus com as mãos unidas à do próximo. Esta é a utopia cristã que “passa necessariamente pela configuração de nossas vidas e de nossas instituições desde o princípio da misericórdia” (SOBRINO, 1982, p. 9).

Segundo Matos, a misericórdia.

ao amor como sentido derradeiro da existência, mas com conotação específica: o amor que se volta à pobreza, fragilidade e indigência nos outros e dentro de nós mesmos. Sua prática, em relação ao próximo, é experimentada como imperativo de fidelidade a si mesmo, como uma realização do próprio ser humano. A solidariedade com o sofrimento alheio – sob quaisquer forma que se apresente – se expressa em compaixão: entra-se, com o coração, na dor do outro, fazendo-a sua. O “ver” é interiorizado no “comover-se” e este conduz ao “agir”, em benefício daquele que sofre. (MATOS, 1996, p. 7).

Assim sendo a fundamentação racional dos direitos humanos passa a ser uma exigência para o Estado de Direito consolidando-se numa forma de democracia que respeite a condição humana. Cada homem deve ser educado para desenvolver todas as suas potencialidades e respeitar o desenvolvimento alheio o que resultará numa democracia personalista para a qual a pessoa está em primeiro plano.

A adoção, enquanto mecanismo socioafetivo de aquisição de filiação é diretamente impactada pelo tema da solidariedade e do desenvolvimento do humanismo integral. O ato de adotar é fruto da conduta solidária de pessoas que querer formar na família o espaço de pleno desenvolvimento da criança ou do adolescente. Quem adota pretende construir espaço de Fraternidade.

Assim,

É necessária a compreensão de que a entidade familiar digna da proteção do Estado não é um fim em si e sim um meio pelo qual se visa à realização individual de cada componente familiar, garantindo seu pleno desenvolvimento” (PEREIRA E SANTOS, 2014, p. 285)

Adotar é muito mais do que dar filiação a alguém. É integrar o sujeito, preservando sua identidade, ao núcleo de solidariedade e cooperação que o acompanhará por toda sua vida. Este é o motivo pelo qual vale repetir o ensinamento de Simões que o “protagonismo judicial na concretização dos direitos sociais a partir da nova interpretação das normas constitucionais programáticas”.

Isto porque cabe aos aplicadores das leis que regulam a adoção decidir sempre tendo como referência as normas programáticas que garantem a todos o direito de fazer parte de uma família.

2.5. A Hermenêutica Jurídica no contexto de constitucionalização do Direito

A aplicação da lei não se reduz à subsunção mecânica da norma aos fatos dentro da tradicional visão da escola histórica e da escola exegética da interpretação, para as quais o juiz é somente a boca da lei, não cabendo a ele criar ou interpretar, mas somente verificar o sentido literal da norma. Desta forma, a subsunção não pode ser desprezada porque “em si constitui uma operação lógica inerente a todo e qualquer procedimento de aplicação das normas jurídicas” (RAMOS, 2010, 65). E, assim como não pode ser desprezada, não pode ser transformada em elemento absoluto. Subsumir não é o ingênuo ato de aplicar a norma ao fato, mas a atividade complexa que respeita as diversas significações do enunciado jurídico.

Ocorre que se atribui ao positivismo uma forma equivocada de subsunção, como se esta fosse desprovida do ato de interpretar. Como se o aplicador somente aplicasse a lei provinda do legislativo sem os filtros interpretativos. Assim, “o princípio da supremacia da lei, embora teoricamente distinto, se confundia, na prática, com o princípio da supremacia do Parlamento” (RAMOS, 2010, 67). Neste contexto, o juiz se tornou a boca da lei; ele diz o direito ao fato como se fosse possível fazê-lo sem os mecanismos interpretativos.

Mesmo as correntes do Sociologismo Jurídico, com destaque a Duguit, na França, que se dedica a verificar a influência das condições sociais que provocam o surgimento das normas jurídicas, “não se apartaram significativamente do positivismo jurídico” (RAMOS, 2010, 73). Isto porque não nega a importância da lei escrita, da coação, da imperatividade e dos demais elementos trazidos pelo positivismo moderno.

Também, ao estudar a moderna teoria da Interpretação não se pode perder de vista que “a atividade exegética, como já se viu, postula uma relação dialética entre dois polos, por meio do qual um sujeito cognoscente (intérprete – aplicador) procura compreender o sentido de um objeto cognoscível (texto normativo)”

(RAMOS, 2010, 77 – 78). Isto é, não se nega a objetividade do enunciado normativo (texto legal, lei positiva), mas se lança um olhar diferente sobre o texto a fim de entendê-lo para melhor se observar seus preceitos. Contudo, convém esclarecer que a interpretação não se reduz a conhecer objetivamente a vontade da lei, mas possibilita a integração transformando o ato integrativo em importante mecanismo da jurisdição e de complementação do próprio ordenamento (RAMOS, 2010, 79).

A atual teoria da interpretação não supera o positivismo, mas sim a postura positivismo jurídico do século XIX que via no texto um dado pronto e acabado e a postura teórica de Kelsen que restringia o interesse da dogmática apenas ao conhecimento do direito de modo puro sem se aproximar do problema dos valores. O que se vê hoje é uma interpretação que leva à atividade criadora sem negar o direito positivo, mas considerando outros elementos presente no processo de aplicação das normas (RAMOS, 2010, 82 – 83).

A interpretação encaminha-se para uma Hermenêutica constitucional que supera a hermenêutica da subsunção automática da norma para construir a aplicação baseada nos fundamentos do ordenamento jurídico levando ao ativismo judicial (RAMOS, 2010, 86 – 87). Da interpretação centrada na lei e em suas fontes, aos poucos, o modelo marcado pelo paradigma social-democrata passou a valorizar a Constituição e seus princípios para construir uma Hermenêutica Constitucional.

Assim, Ramos afirma que:

Não resta a menor dúvida de que as Constituições principiológicas trazidas pelo constitucionalismo social-democrático e atuadas pelas Cortes Constitucionais, de um lado, contribuíram para limitar, significativamente, a liberdade de conformação do direito infraconstitucional pelo Poder Legislativo, porém, de outro, acentuaram a criatividade no exercício da jurisdição. (RAMOS, 2010, 86)

Por isto, este novo modelo leva para a constitucionalização da política e favorece o desenvolvimento do ativismo judicial. O procedimento legislativo e o legislador passam a ser controlados pelas normas e princípios constitucionais cuja guardiã é a jurisdição. As cortes de constitucionalização e o controle de constitucionalidade restringem a atuação do legislador e possibilitam a atividade criativa do julgador.

A aplicação da norma não se reduz ao automatismo da subsunção do fato à lei, mas se refere ao respeito pelos mecanismos de argumentação que fazem a

adequação entre as normas, os fatos regulados e os valores presentes. Como resultado, abandonando o moralismo jurídico, o reducionismo legalista e o subjetivismo do intérprete, o espaço da interpretação é ampliado atingindo um pluralismo exegético criativo que não foge da necessidade de um ordenamento e de normas representadas em enunciados, mas que não se reduz a estas (RAMOS, 2010, 101 – 103).

A Constituição traz para dentro de si, transformando em normas positivadas, os valores reconhecidos como essenciais para a sociedade. Então, passa a regular todo o ordenamento, seja os atos administrativos, a jurisdição e, até mesmo, os procedimentos legislativos; tudo deve seguir os direitos fundamentais reconhecidos no corpo constitucional, seja pelas normas escritas seja por aquelas que destas podem ser adstritas. Portanto, a lei é sempre norteadada pelos direitos fundamentais e pela busca de se atingir os objetivos estabelecidos na carta maior do ordenamento. O mesmo se pode dizer de todos os institutos jurídicos para os quais é essencial o reconhecimento e aplicação das liberdades, direitos e garantias, bem como da afirmação da dignidade da pessoa humana inserida na vida social regulada por determinado ordenamento.

A problemática da adoção atualmente está inserida neste contexto de uma constituição voltada para produzir a sociedade fraterna e que coloca na vida familiar a responsabilidade de possibilitar o crescimento de crianças e adolescentes para que possam crescer dignamente. O problema da adoção requer leis e decisões coerentes com o mecanismo de aquisição de filiação e de pertença a determinada comunidade familiar. Dentro deste modelo, crianças e adolescentes que crescem em ambientes externos à convivência familiar são privados do desenvolvimento pleno da cidadania. Surge a necessidade do acolhimento como ato de misericórdia pela sensibilidade com o outro, mas como ato jurídico de cidadania inclusiva.

CAPÍTULO III

Fraternidade e adoção

Em todos os tempos e em todas as culturas é possível encontrar situações em que os filhos são abandonados por seus pais biológicos. Muitas vezes os laços sanguíneos são insuficientes para dar sustento à relação duradoura e exigente estabelecida pela relação de filiação. Simultaneamente percebe-se que, de outro lado, sempre há pessoas que, por crença, necessidade ou solidariedade acolhem estes rejeitados permitindo-lhes o espaço adequado para o crescimento e desenvolvimento. Assim, muitos arranjos sociais são criados para solucionar o problema do abandono das crianças. O mecanismo mais eficiente construído ao longo da história é o da adoção.

A adoção se apresenta como importante instituto de eficácia da estrutura social baseada na comunicação fundada em relações horizontais mais fortemente do que nas verticais. Isso porque a Fraternidade supõe o respeito pelos demais membros da relação de comunicação, condição essencial para o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito. Aqui será necessário fazer um recorte na questão da validade horizontal e vertical para destacar a importância das relações do mundo da vida com suas intersubjetividades para a eficácia social do Direito.

Mais do que em qualquer instituto do Direito, na adoção é fundamental o pleno respeito à criança e ao adolescente como titulares e sujeitos de direito. Afinal “respeitar a criança ou adolescente como ‘sujeito de direito’ e não como “objeto de direito dos adultos” reflete, talvez, o maior desafio para a sociedade e para o sistema Jurídico”. (KNOERR E MOREIRA, 2013, p. 473). Mas a complexidade do tema exige a interpretação a partir de diferentes referenciais teóricos ao mesmo tempo distintos e complementares entre si. Para tratar da Fraternidade e do conseqüente Estado de

Solidariedade com suas implicações com o instituto da adoção optou-se por buscar argumentos nos seguintes referenciais:

a) Dentro da Teoria da Ação Comunicativa é essencial um recorte sobre a importância das relações horizontais para a validade e eficácia do Direito. Destaque-se que o propósito não é usar a compreensão racionalista de Habermas, mas somente a importância da eficácia horizontal das normas relativas à adoção, especialmente no que se refere à inclusão do outro, e, ainda assim, à luz da Ética do Discurso como ética da responsabilidade no modelo proposto por Apel (1998). Isto porque a construção da sociedade fraterna exige regulamentação válida verticalmente, mas que se constrói de modo especial pelas responsabilidades solidárias horizontais. O próprio Habermas ao evoluir em seu pensamento acaba chegando à importância da *Inclusão do Outro* como objetivo do direito. A adoção gera filiação e esta não se impõe por ordem estatal coercitiva, mas pela responsabilidade solidária entre os sujeitos de comunicação, no caso, adotando e adotante e todos os membros da sociedade que estão relacionados com eles.

b) Conjuntamente, o resgate da categoria de Fraternidade remete à ética da libertação, de Dussel, que se mostra útil à compreensão desta como instrumento de inclusão ao exigir uma ordem estruturada no respeito ao outro. Na adoção, o sujeito é incluído na família enquanto outro, sem negar sua identidade. Nas relações familiares todos são iguais mesmo que as responsabilidades sejam diferentes. Crescer abandonado dos laços afetivos familiares é crescer com a identidade negada. Ao receber a filiação e incluído afetivamente pelos demais familiares, o adotado fortalece sua identidade e passa a se preparar para o exercício pleno da cidadania.

c) Considerando esta lógica, outro referencial a ser destacado é o princípio da misericórdia como garantia da justiça nas relações familiares. O desenvolvimento da criança incluída na vida familiar assegurará a plenitude de suas capacidades e de sua dignidade. Integra-se o outro no ambiente familiar dando-lhe plenitude de participação por escolha voluntária e solidária. Adotando e adotado escolhem-se por motivos afetivos. Assim, a misericórdia é elemento central porque se refere ao sentimento que inicia no interior das pessoas e leva à prática justiça, não pela simples coerção legal, mas pela vontade de fazer o outro feliz. As relações horizontais de solidariedade não decorrem da força da lei, mas, e em alguns casos

com mais destaque, de afeto. Neste caso, a misericórdia configura-se numa nobre fonte do afeto que gera a filiação e a paternidade.

De acordo com (VENOSA, 2008, p. 261), a adoção pode ser definida como um ato jurídico que cria relações de paternidade e filiação entre duas pessoas. O ato da adoção faz com que a pessoa passe a gozar do estado de filho de outra pessoa, independentemente de ato biológico. A adoção é um mecanismo socioafetivo pelo qual a criança ou o adolescente passa a integrar determinado núcleo familiar assumindo papel de igualdade com os demais membros em conformidade com a Fraternidade que se espera existir no ambiente familiar.

O próprio sentido etimológico da palavra adoção leva à compreensão do acolhimento. Etimologicamente adotar significa dar seu próprio nome, ou em linguagem mais corriqueira, trata-se do ato de acolher alguém em definitivo. De certo modo o ato de adotar coloca em prática todos os elementos da definição. Pois trata-se de escolha, de opção fundamental que implica aceitar e acolher, neste caso, mutuamente. Pais e filhos se escolhem e põem em prática a opção tratando-se como se espera dentro do ambiente familiar. Vale destacar que esta mutualidade fica clara quando nota-se que tanto o filho quando os pais são chamados de adotivos. Pais e filhos que se escolheram mutuamente e assumiram as consequências deste ato na construção da vida familiar.

Atualmente, a adoção, enquanto escolha das pessoas, pode ser entendida de maneira mais abrangente como um o ato voluntário de amor, afeto e acolhimento por parte de quem assume alguém como filho, dando uma família a esta criança, sem ter com ela um laço de consanguinidade. Trata-se de ato solidário e cooperativo profundamente marcado pela ideia da Fraternidade.

Enquanto instituto jurídico, trata-se de uma medida de proteção e uma instituição de caráter humanitário que tem por, um lado, de dar filhos àqueles a quem a natureza negou e, por outro, uma finalidade assistencial, constituindo um meio de melhorar a condição moral e material do adotando (DINIZ, 2008, p. 484). Adotado e adotando tornam-se pais e filhos adotivos como se assim tivesse estabelecido a própria natureza, de modo a não haver diferença de direitos e de tratamento entre o filho biológico e o socioafetivo.

A adoção da qual se trata para verificar os entraves para sua eficácia situa-se no âmbito do Direito Familiar dentro do contexto constitucional brasileiro. Ela é importante instrumento para a aquisição da filiação conforme prevê a legislação. Ao

mesmo tempo, representa eficiente meio para solucionar o problema social do abandono de seres humanos obrigados a viverem ausentes do afeto, do cuidado e da segurança do ambiente familiar, especialmente durante a formação, mas, também, ao longo de toda a vida.

3.1. Breve histórico

A adoção surge na mais remota antiguidade ligada ao sentido religioso de que toda casa tinha que ter ao menos um filho para perpetuação da igreja doméstica. A Bíblia Sagrada revela vários casos de adoção. Um exemplo disto é a história da adoção de Moisés pela filha do faraó.

O instituto da adoção faz parte do Direito de Família e tem como objetivo principal constituir filiação para a formação familiar como se fosse a natural. Este instituto surgiu na antiguidade motivado por questões de origem religiosas. Entre elas crenças, nos ritos fúnebres, na continuidade da vida através dos filhos. Sendo os filhos responsáveis pelos rituais fúnebres e asseguradores da continuidade da vida através da herança familiar, a ausência de descendentes representava verdadeira tragédia. Assim, passou-se a buscar formas diversas para garantir a existência de filhos. Note-se que neste caso, apesar de prestar serviço e apoio ao adotado, a grande preocupação é com o interesse do adotando.

Nesta linha está o ensinamento de Bandeira:

[...] a adoção surgiu da necessidade, entre os povos antigos, de se perpetuar o culto doméstico, estando assim ligada mais à religião que ao próprio direito. Havia, entre os antigos, a necessidade de manter o culto doméstico, que era a base da família, sendo assim, a família que não tivesse filhos naturais, estaria fadada à extinção. (BANDEIRA, 2001, P. 17)

Apesar de ser instituto presente em todas as culturas como meio para perpetuar a comunidade, garantir a continuidade da família e proteger as crianças, a primeira notícia que se tem de regulamentação é a do Código de Hamurabi, em torno de 1700 a.C.. Nele o tema recebe a atenção em nove diferentes dispositivos entre os artigos 185 e 193, dando importante espaço para o tema da adoção dentro do capítulo IX o qual trata da relação entre pais e filhos.

Já nesta antiga versão do instituto aparece com clareza a proteção para a criança. Isto porque o artigo 185 adverte que “se alguém dá seu nome para uma

criança e a cria como filho, este adotado não poderá ser reclamado”. A exceção é a devolução da criança quando esta se volta contra os próprios pais como adverte o disposto no artigo 186. Mesmo que alguém de classe inferior adote uma criança, se lhe ensina o ofício, também neste caso ela não pode ser reclamada pelo pais biológicos (art. 188), porém se não o ensinar, então poderá perder a criança (art. 189)².

De acordo com Brauner, pelo código de Hamurabi, na Babilônia, se disciplinava minuciosamente a adoção em oito artigos. Ao filho adotivo que dissesse aos pais adotivos que eles não eram seus pais, cortava-se a língua; ao filho adotivo que aspirasse voltar à casa paterna, afastando-se dos pais adotivos, extraíam-se os olhos (BRAUNER, 2003, p. 32).

Também em caso de desprezo do adotando, o adotado poderá procurar seus pais biológicos (art. 190). A responsabilidade sobre o adotado atinge até mesmo o patrimônio do adotante quando este pretende abandoná-lo em vista de ter outros filhos. Com isto, o filho adotado passa a assumir a mesma importância dos filhos naturais. Neste caso, o Código de Hamurabi dispõe que:

191 - Se alguém que tomou e criou um menino como seu filho, põe sua casa e tem filhos e quer renegar o adotado, o filho adotivo não deverá ir-se embora. O pai adotivo lhe deverá dar do próximo patrimônio um terço da sua quota de filho e então ele deverá afastar-se. Do campo, do horto e da casa não deverá dar-lhe nada.

O tema é pertinente, também, no mundo Grego, mesmo que sem o grande avanço em relação aquilo que fora estabelecido com o Código de Hamurabi. Porém, uma inovação dos gregos para o instituto da adoção está no que ensina Granato:

Além da necessidade de se perpetuar o culto doméstico e dar continuidade à família ali a adoção atingiu, também finalidade política, permitindo que plebeus se transformassem em patrícios e vice-versa, como Tibério e Nero, que forma adotados por Augusto e Cláudio, ingressando no tribunado. (GRANATO, 2010, P. 38).

Em seguida, os Romanos deram grande complexidade ao conceito de adoção. Para eles era possível a adoção de toda a família através da *arrogatio* (ad-

² A versão do código de Hamurabi utilizada é a tradução para o português, com o texto integral disponível em arquivo digital no site Cultura Brasileira, no link “<http://www.culturabrasil.org/zip/hamurabi.pdf>”, com acesso no dia 20 de setembro de 2015.

rogação), quando o chefe da família adotava o outro juntamente com tudo e todos que estavam à sua volta, inclusive o patrimônio. Neste caso, inclusive o chefe da família adotada passava a ter estado de menoridade sob a tutela do adotante. Eles reconheciam também a adoção em modo similar ao que hoje é praticado com a restrição de que o adotante devia ter ao menos 18 anos a mais que o adotando e não podia ter filhos naturais ou outros adotados anteriormente. Além disto, dada a preocupação de que os mortos fossem cultuados por seus descendentes, eles passaram a admitir a *adoptio per testamentum*, para as situações em que os interessados não tivessem filhos em vida. Para garantir o próprio culto, deixava para alguém seus bens e seus deuses.

Ao longo da Idade Média o instituto da adoção perdeu força para as ideias de que as famílias só deviam ter os filhos que lhes fossem naturais e as crianças desprovidas de famílias passaram a ser educadas em espaços próprios administrados por instituições religiosas.

Fato é que somente após a primeira Guerra Mundial a adoção começou a adquirir realmente um sentido mais social, voltando-se aos interesses da criança, principalmente devido ao grande número de crianças abandonadas ou órfãs em consequência da Guerra. Atualmente, a adoção é uma prática regida por muitos Estados e inclusive por normas internacionais.

No Brasil, com o advento da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA), a adoção deixou de ser classificada em simples ou plena, e passou a ser simplesmente adoção de menores de 18 anos, que é plena e irrevogável e será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotado e fundar-se em motivos legítimos. Assim a adoção de crianças passou a ser regulamentada pelo ECA e a adoção de maiores de 18 anos encontra-se regulada pelo Código Civil, nos artigos 1.618 a 1.629 junto ao título dedicado às relações de parentesco.

Realizando um retrospecto histórico, pode-se perceber que o instituto da adoção sofreu várias transformações desde o seu surgimento, seguindo da necessidade de perpetuar o culto aos deuses familiares, evoluindo até encontrar sua vocação como instituto protetivo da colocação de crianças e adolescentes em famílias, com o fim de oportunizar à infância desprotegida e infeliz a obtenção de um lar e assistência familiar (HONORATO e LENTCH, 2007, p. 48).

De certo modo, a conduta da regulação nacional no período colonial, sobre as crianças sem família, como adverte Weber, seguia o ordenamento dado pela Coroa:

Já nos períodos Colonial e Imperial, crianças “legítimas” e “ilegítimas” eram abandonadas em diversos locais urbanos, na tentativa dos pais de se livrarem do filho indesejado, não amado ou ilegítimo. Para estas crianças denominadas de *enjeitadas, desvalidas ou expostas*, foi copiado o modelo Europeu: a “Roda dos Expostos” ou “Rodas dos Enjeitados”, um dispositivo rotativo de madeira que permitia o abandono anônimo de bebês. (WEBER, 2011, p. 49). (grifos do autor)

Desde este período da história o problema das crianças abandonadas e a questão do modo como criá-las ganham grande relevo, em decorrência da quantidade dos desprezados que acabam não tendo oportunidade de crescer numa família ou mesmo de sobreviver ao período da infância e da adolescência. A título de exemplo, como mostra Weber:

entre 1861 e 1874, no Brasil, deram entrada na Roda 8.806 crianças, das quais 3.545 morreram. Nem todas as crianças entregues à Roda dos Expostos permaneciam internadas. Muitas deles eram criadas por “famílias criadeiras” ou “negras de aluguel”. (WEBER, 2011, 0. 49).

Vê-se, portanto, a gravidade social e humana do problema das crianças enjeitas pelas famílias, especialmente aquelas oriundas de relações afetivas consideradas irregulares, como os filhos de mães solteiras e os de relação adúltera. Sem uma regulamentação adequada e com uma compreensão da moral marcada pelo preconceito, tais crianças acabavam entregues à própria sorte, não poucas vezes, como mostra a citação acima, entregues para a própria morte.

Mais de um século e meio se passou e o problema do abandono somente se agravou. O relatório das inspeções nas casas abrigo e de proteção às crianças abandonadas, publicado em 2013, revela a trágica realidade das crianças desprovidas de vida familiar em pleno século XXI. A notícia do relatório publicada no site do CNMP (Conselho Nacional do Ministério Público) inicia dizendo que:

O Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) divulga nesta quinta-feira, 8/8, a publicação "Um Olhar Mais Atento aos Serviços de Acolhimento de Crianças e Adolescentes no País", com os resultados das inspeções anuais realizadas pelos promotores de Justiça da infância e juventude em todo o País, regulamentadas e uniformizadas pela Resolução nº 71/2011 do CNMP. As inspeções que compõem o relatório foram realizadas em março de 2012 e março de 2013 em **2.370 entidades de acolhimento institucional e familiar** (86,1% das existentes no Brasil), **onde estão mais**

de 30 mil crianças e adolescentes afastados do convívio familiar. O relatório traz o perfil e o panorama da situação desse público nos abrigos, casas-lares e serviços de famílias acolhedoras. (CNMP, 2013 – grifo nosso)

Apesar de as inspeções alcançarem somente 86% das entidades de acolhimento, os números são marcantes: 2.370 entidades visitadas com 30 mil crianças e adolescentes desprovidos de convívio familiar.

No Brasil, desde a Colônia e até o Império, o instituto da adoção foi incorporado por meio do Direito português. Havia diversas referências à adoção nas chamadas Ordenações Filipinas (século 16) e posteriores, Manuelinas e Afonsinas, mas nada efetivo — não havia sequer a transferência do pátrio poder ao adotante, salvo nos casos em que o adotado perdesse o pai natural e, mesmo assim, se fosse autorizado por um decreto real. (SENADO, 2015).

A adoção ganha algum espaço na Lei 3.071, de 1916, que instituiu o Código Civil, em onze artigos entre o 368 e 378. Como alerta Weber:

As possibilidades de adoção constante no Código Civil Brasileiro assemelhavam-se àquelas ditadas pelo Código Napoleônico. Eram excessivamente rígidas e, conseqüentemente, isto dificultava seu uso social: somente podiam adotar os maiores de 50 anos, sem filhos legítimos ou legitimados. (WEBER, 2001, p. 51).

Algumas restrições mostravam claramente a desigualdade entre um filho natural e o filho adotado. Em primeiro lugar, caso houvesse filho natural, não era admitida a adoção, mesmo que, segundo o artigo 377, do Código de 1916, o filho natural ainda estivesse em gestação. Neste caso, a adoção não produzia seus efeitos. Na mesma linha, o artigo 266 advertia que as relações de parentesco restringiam-se ao adotante e ao adotado não atingindo os demais familiares.

Nem mesmo o Código de Menores, publicado em 1927, trouxe contribuição para a realidade social da adoção. Apesar de tratar das crianças e adolescentes abandonados, “o Código foi montado exclusivamente para o controle da infância e adolescência abandonadas e delinquentes” (WEBER, 2011, p 51). Também a tentativa de proteção trazida em 1939, pela criação da Agência de Colocação Familiar acabou se desvirtuando e tornando-se um meio de transformar as crianças e adolescentes abandonados em serviçais das famílias protetoras. A adoção não rompia o laço do adotado com a família biológica.

Em 1957, a Lei 3.133, instituto modificador do Código Civil, trouxe alterações pouco significativas socialmente para o instituto da adoção. Ela somente diminuiu a idade mínima do adotante para 30 anos e a diferença entre ele o adotado para 16 anos. A nova redação dada pelo dispositivo modificador para os artigos 370 e 377 passou a permitir a adoção por casais que tivessem filhos naturais, contudo, neste caso ela não produzia efeito para a herança. Note-se que, então, o adotado continua numa situação de segunda categoria e vinculado à família biológica.

A quase plena igualdade legal entre filhos naturais e filhos adotados veio com a lei de Legitimação Adotiva, Lei 4.655/65, que estendeu aos dois os mesmos direitos, rompendo o vínculo do adotado com sua família biológica. A restrição permaneceu para a herança reservada para os filhos naturais.

Novo passo foi dado com o novo Código de Menores, trazido pela lei 6.697/79, por meio da qual passou a existir três formas distintas de adoção o que trouxe maior complexidade para o tema: a adoção simples, por determinação do juiz para menores em situação irregular; a adoção plena em substituição à legitimação adotiva e regulada pelo Código de Menores; e a Adoção por escritura mantida no Código Civil.

O artigo 29, da lei 6.697/79, estabelecia a plenitude da adoção e o rompimento do adotado com sua família biológica ao afirmar que “a adoção plena atribui situação de filho ao adotado; desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais”. O mais importante é que o artigo 37 do Código de Menores instituiu a igualdade entre os filhos naturais e os adotados. Diz o dispositivo que “a adoção é plena e irrevogável, ainda que ao adotante venham a nascer filhos, aos quais estão equiparados os adotados, com os mesmos direitos e deveres” (apud WEBER, 2011, p. 56).

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e o reconhecimento da família como núcleo elementar da sociedade e espaço para o desenvolvimento digno das crianças e adolescentes, criou-se as exigências para a regulamentação que trouxesse plena igualdade entre os filhos independente da forma de aquisição da filiação. No caso da adoção isto foi disposto no artigo 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA):

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 os pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

Assim, formou-se definitivamente o instituto atual da adoção como meio de aquisição da filiação e da paternidade para a constituição e participação na vida familiar. Doravante, filho é filho independente da forma como ingressou na vida familiar. A relação é irreversível, a dependência com a família biológica e rompida em favor de todos os direitos e deveres relacionados à nova comunidade familiar, inclusive de herança e sucessão, independente da existência de irmãos advindos de outra forma de filiação.

3.2. Os procedimentos legais

A regulamentação da adoção é uma exigência para dar eficácia ao disposto no artigo 227 da Constituição Federal de 1988, cuja finalidade é satisfazer o direito que a criança e o adolescente têm de crescer num ambiente familiar. Por sua vez, esta disposição está de acordo com a Declaração Universal dos Direitos Humanos que enfatiza, em seus artigos 12, 16, 23 e 25, a família como direito fundamental. A repetição do tema é desproporcional em importância aos demais tratados na Declaração. Fato que enobrece muito a família.

Os novos procedimentos são agora não mais inspirados no interesse dos adotantes de ter alguém para prestar serviço gratuito para os demais membros da família, nem meios para exercer a caridade ajudando o abandonado; mas centrados no absoluto interesse pelo desenvolvimento da plena dignidade da pessoa que mora em cada criança e adolescente. A questão agora é a da formação da família como espaço de solidariedade entre todos os membros independentemente dos mecanismos pelos quais ingressaram naquela comunidade específica.

Como já ressaltado acima, os procedimentos da adoção, em tese, são para garantir a vida familiar para aquele que perdeu as condições de integração no ambiente no qual foi gerado. Neste caso, a escolha de adotar e ser adotado passa a fazer parte do planejamento familiar e não de mentalidade assistencialista. Apesar de todas as obrigações parentais de alimentação, educação e saúde, os principais requisitos para a integração familiar são o afeto e o cuidado, elementos indispensáveis para a Fraternidade social cujo início e modelo estão na vida familiar.

O quadro abaixo descreve de modo bem preciso os passos e procedimentos para o processo de adoção.

Adoção passo a passo

Psicólogos e outros especialistas defendem que a decisão de adotar uma criança, tão importante, precisa ser bem amadurecida. Os grupos de apoio, que existem na maioria das principais cidades do país, podem ajudar. Se a convicção estiver formada, é preciso, antes de tudo, ter perseverança, porque o processo pode ser demorado. Confira os passos necessários:



Quadro 1: O Processo de adoção no Brasil.³

Explicando o procedimento, a página relativa à história da adoção no Brasil, publicada pelo Senado Federal, resume da seguinte forma:

Depois de colhidas as informações e os dados do pretendente, o juiz analisa o pedido e verifica se foram atendidos os pré-requisitos legais. A partir daí, os candidatos serão convocados para entrevistas e, se aprovados, passam a integrar o cadastro nacional, que obedece à ordem cronológica de classificação. Um pretendente pode adotar uma criança ou adolescente em qualquer parte do Brasil por meio da inscrição única. Quando a criança ou adolescente está apto à adoção, o casal inscrito no cadastro de interessados é convocado. O prazo razoável para o processo de adoção de uma criança é de um ano, caso os pais biológicos concordem com a adoção. Se o processo for contencioso, pode levar anos. (SENADO, 2015)

Lei 12.010, de 03 de agosto de 2009, regulamentou a adoção alterando e revogando diversos dispositivos anteriores, dando continuidade ao trabalho

³ Publicado na revista Em discussão, do Senado, com fontes no Estatuto da Criança e do adolescente e no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

realizado pelo Conselho Nacional de Justiça ao editar a Resolução nº 54, de 29 de abril de 2008, para regulamentar o Cadastro Nacional de Adoção.

Outro dispositivo regulador da adoção de importância central é o Estatuto da Criança e do Adolescente, lei 8.069/90. Nesta lei o tema aparece em praticamente todos os Títulos e Capítulos. Além de reservar, dentro do Capítulo III (Do Direito à Convivência Família), uma subseção específica com o título de Adoção (do artigo 39 ao 52-D) e uma seção para falar da habilitação dos pretendentes (Seção VIII), o termo adoção se repete em 15 outros dispositivos.

Com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Lei de Adoção, o instituto não mais é regulado pela generalidade do Código Civil que passou apenas a dispor em seu artigo 1.619 sobre a adoção de maiores de 18 anos. Contudo, restou no Código Civil uma regra fundamental para o tema. Trata-se do disposto no artigo 1.596 que assegura os mesmos direitos a todos os filhos independente da forma de filiação.

Na realidade brasileira, a prática indica que se pode identificar diferentes tipos de adoção, sejam elas caracterizadas pela legalidade da ação ou mesmo por se realizar nas margens da lei.

Como prática legalizada existe a adoção através do cadastro nacional como regulamentado pela resolução CNJ nº 54, de 29 de abril de 2008 e pela lei 12.010, de agosto de 2009. Existe também a adoção casada ou direta, por meio da qual os pais biológicos e os pretendentes concordam entre si pela adoção oficializando-a junto ao Juizado. Este modelo, apesar da legalidade, apresenta o risco do arrependimento e de desentendimentos que podem desencadear procedimentos judiciais e até o cancelamento daquilo que foi tratado entre os interessados.

Como prática ilegítima há a adoção à brasileira através da qual os interessados procuram, comumente, recém-nascidos que os pais não queiram criar e efetuam o registro de nascimento como se fossem pais biológicos. Prática levemente diferente é o “pegar para criar”. Alguém próximo à criança que está sendo rejeitada pela família assume seus cuidados e passa a criá-la. Ambas são condutas perigosas, pois possibilitam arrependimentos e desdobramentos judiciais, sociais e afetivos, com alto custo para os envolvidos. Vale ressaltar que registrar filho de outro como próprio é crime tipificado no código penal, no artigo 242, como pena cominada de 2 a 6 anos de reclusão.

Segundo a legislação nacional, podem adotar as pessoas maiores de 18 anos, que sejam no mínimo 16 anos mais velhos que o adotante, e que não tenham parentesco até o segundo grau. Tal proteção objetiva evitar situações que possam causar confusão. Porque, por exemplo, a adoção do neto pelo avô poderia causar uma confusão familiar, já que seu filho passaria a ser irmão de seu neto, com sério desdobramento sobre o problema da herança e da sucessão.

A partir do que está regulamentado, é possível legitimar-se, também, na modalidade de adoção individual qualquer pessoa que preencha o requisito da idade independentemente de seu estado civil (MONACO, 2002). Desde que consiga comprovar as exigências estabelecidas de legislação.

Ainda, pode ocorrer a modalidade de adoção conjunta pela qual se exige que os adotantes sejam casados civilmente ou que mantenham união estável. E com a entrada em vigor da lei 12.010/2009, hoje há também a possibilidade da adoção conjunta por casais divorciados, ou em separação, em caso de União Estável, desde que na constância do casamento ou na União Estável, tenha se iniciado o processo de adoção e ocorrido o convívio com o adotante criando assim um laço íntimo de afeto, e que na dissolução do casamento ou da união estável acordem com a guarda compartilhada do adotado. Isto porque, de acordo com o parágrafo 4º, artigo 42, da lei 12.010/2009.

O parágrafo único do artigo 25, do ECA, define a família extensa como algo além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, chegando às relações formadas por parentes próximos, excluídos o de segundo grau como demonstrado acima, com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculo dentro de sua família original, esta tem a preferência na adoção, ou seja, tem a primazia entre os legitimados.

3.3. A Fraternidade: condição necessária para a formação da família

É fundamental a formação humanística na formação dos agentes que atuam no processo de mediação familiar; considerando que tal formação promove o princípio da Fraternidade, e este é fundamental para “embasar as ações do mediador” (POZZOLI, 2013, 99). Este princípio encontra suas origens tanto no pensamento teológico quanto no pensamento jurídico. Esta importância não se reduz ao mediador dos problemas jurídicos vividos pela família, mas se estende a

todos aqueles que trabalham com institutos relacionados à vida familiar, pois a constituição, manutenção ou restauração da vida familiar não se consegue sob a frieza da lei, mas com o resgate do diálogo afetivamente mediado.

A orientação para a Fraternidade no ambiente familiar promoverá condições para que o jovem melhor se relacione com os demais espaços de formação, seja a espiritualidade ou a vida moral. Prestando seu serviço para a mediação familiar com a visão humanística o mediador promove a união em todas as dimensões da sociedade, inclusive da estrutura política, pois parte-se do princípio que a família é a célula estruturante da sociedade e o que se vive em família acabará sendo reproduzido na sociedade.

O que se quer aqui é estender as características do mediador apresentadas por Pozzoli a todos aqueles que participam acompanhando os interessados no processo de adoção. De certo modo eles são, também, mediadores enquanto colaboram para que o binômio filiação - paternidade se encontre no interesse do adotante e do adotado. Suas atividades devem centrar na pessoa humana e não no mero procedimento legal. Ao mesmo tempo, devem permanecer atentos para o fato de que não será pela decisão do juiz que se perpetuará o sentimento fraterno de família entre os dois polos do interesse.

Para bem prestar seu serviço, o mediador deve possuir boa formação humanística. A qualidade de sua mediação estará vinculada com a qualidade de sua própria vida e formação e ao modo como compreende a vida familiar. Assim, Pozzoli (2013, pp. 100 – 101) destaca a importância da formação humanística. Neste sentido, o humanismo se preocupa com a formação do homem em sua integralidade, seja no aspecto físico, moral e espiritual. Seu humanismo de fundamento cristão considera as dimensões de formação apresentadas, pelo Evangelho de Lucas, em relação a Jesus: “O menino crescia e se fortalecia, enchendo-se de sabedoria; e a graça de Deus estava sobre ele” (Lucas 2:40). Isto é, a preocupação é com a totalidade do ser humano incluindo sua dimensão física e biológica, a dimensão social e psíquica e a ética e espiritual. Todo o ser deve ser preparado para a vida feliz.

Sendo o humanismo preocupado com a dignidade da pessoa humana e com seu desenvolvimento pleno, ele é uma importante base para a formação do mediador. Pois, a mediação familiar não está associada somente à solução dos conflitos instalados, mas, e principalmente, à formação humana voltada para a

Fraternidade, com a finalidade de garantir qualidade de vida no sentido material, social, moral e espiritual.

Convém ressaltar que a família se estrutura sobre laços de afeto e de amor e estes não podem ser construídos à força. Nem mesmo a lei consegue obrigar ao amor. Como ensina São Paulo ao escrever para a comunidade dos Gálatas: “Assim a lei se nos tornou o pedagogo encarregado de levar-nos a Cristo, para sermos justificados pela fé. Mas, depois que veio a fé, já não dependemos de pedagogo, porque todos sois filhos de Deus pela fé em Jesus Cristo” (Gálatas 3, 24 – 25). A lei é a pedagoga, o parâmetro, para que a dignidade seja respeitada; mas não é instrumento apto para substituir o afeto e o amor familiar.

Como a família é o espaço principal da formação humana, ela precisa ser acompanhada para que seus membros possam desenvolver todas as dimensões de suas vidas com profundidade. Se é este o papel do mediador familiar, ele precisa orientar sua própria formação para estar apto a colaborar com as famílias dentro da visão da construção do homem cuja dignidade seja respeitada e promovida. Bem como, não pode esquecer que a relação familiar não se constrói com a força ou a lei, mas com a Fraternidade e a solidariedade. A lei é apenas uma referência pedagógica para que o homem não se esqueça do amor. Relações familiares são decorrentes de vínculos de afeto que o mediador deverá promover.

3.4. Dificuldades para a eficácia do instituto da adoção

Apesar de se configurar importante instituto jurídico relacionado ao direito de família e se apresentar como eficiente mecanismo para o problema dos obrigados a crescerem sem família, a legislação relacionada ao tema encontra muitas dificuldades para produzir a eficácia social objetivada. Continua existindo muitas crianças abandonadas em filas de espera para serem adotadas enquanto, no outro extremo, muitos casais e famílias aguardam a oportunidade para gerar mais um filho do coração.

Para apresentar a gravidade do problema o site *Vivo Mais Saudável*, em 2014, alertava para a existência de fila de espera de mais de 5.500 crianças enquanto a de interessados já ultrapassava a casa dos 30.000, num desequilíbrio de quase 6 interessados para cada criança desamparada. A problemática pode ser bem retratada com a imagem apresentada no site *Vivo Mais Saudável* com o objetivo de

mostrar as dificuldades da adoção. As situações e problemas causadores deste desequilíbrio que, como resultado, acabam deixando muitas crianças sem família, serão denominadas de entraves. Os números são confirmados por publicação de maio de 2015 noticiado pela revista Carta Capital, eram 5.624 crianças aptas para a adoção contra 33.633 interessados em adotar (MATUOKA, 2015).

Alguns entraves advêm da própria formalidade necessária trazida pela regulamentação. Trata-se de tema regulado pelo Direito para que não seja realizada de qualquer forma, mas com todas as garantias oferecidas pela jurisdição aos cidadãos. Regulamentar é necessário. Contudo a regulamentação esbarra no mau uso da boa lei e no fato de que a situação familiar de adotando e adotado é mais dinâmica do que as próprias regras.

Desta forma, a associação de dois tipos de exigências, as advindas da regulação e as originadas da vontade dos interessados, acabam sendo responsáveis pela morosidade dos procedimentos e pela conseqüente ineficácia social e, até mesmo, jurídica, do instituto da adoção. Para entender o motivo do desequilíbrio apresentado é necessário analisar os dois grupos de dificuldades.

Os obstáculos decorrentes da regulação e de sua aplicação serão denominados de entraves necessários. Podem ser denominados de necessários por serem partes da obrigação do Estado em legislar para garantir que o instituto seja praticado com a proteção da lei. A não existência de lei implicaria a perda de parâmetros para controlar os possíveis abusos. Contudo, o exagero da proteção legal ou sua aplicação excessivamente burocrática pode produzir o efeito contrário ao desejado.

Estes entraves são originados especialmente pela falta da observação da necessidade de se aplicar a lei considerando o positivismo integral, ou, de realizar o direito posto sem observar seus pressupostos. Quando isto ocorre percebe-se o distanciamento entre a regulação e as decisões delas decorrentes e as necessidades práticas da vida social. Este é um dos importantes motivos pela não equalização entre o número de crianças e adolescentes disponíveis e a quantidade de pessoas interessadas em adotar.

O outro grupo de dificuldades ou entraves situam-se em determinadas condições ou exigências apresentadas pelos interessados ou por ideias e comportamentos equivocados sobre o tema. Estas dificuldades serão denominadas de entraves desnecessários Estes entraves decorrem da própria dinamicidade da

vida social e dos problemas das relações horizontais vividas na comunicação cotidiana dos interessados na adoção.

Se os necessários são consequências de mau uso da jurisdição, os desnecessários se originam na falta de cooperação dos jurisdicionados ou por condutas baseadas em preconceitos resultantes em segregação. Eles são desnecessários porque não deveriam existir, ao contrário do primeiro grupo que, apesar de representar dificuldades, são indispensáveis para o convívio social.

3.4.1. Entraves necessários: limitações oriundas da lei.

Para a garantia da boa aplicação de determinado instituto é necessária sua regulamentação como mecanismo voltado para a uniformização dos procedimentos. Por este motivo, a adoção também está sujeita à regulação. A existência de normas garante a padronização dos procedimentos e assegura o cumprimento de respeitar o interesse da criança e do adolescente dentro do ambiente constitucional em que vive. O direito posto para regular a adoção carece de pressupostos que assegurem o respeito aos direitos fundamentais e à dignidade do ser humano.

Além disto, a aplicação da norma ao caso concreto não pode perder de vista os princípios constitucionais legitimadores daquela regra específica. Quando isto não acontece, a mesma legislação voltada para resolver o problema pode se tornar o entrave para o bom desenvolvimento do instituto. Se a ausência de regras é prejudicial, o respeito excessivo à lei, sem considerar seus princípios, pode acarretar resultados negativos. A legislação quer proteger, mas às vezes a proteção acaba sendo causa da perpetuação do abandono. Por isto, cada vez mais os procedimentos legais respeitam a lei sob a ótica dos direitos fundamentais.

Entre os entraves decorrentes no mau uso da lei destacam-se os procedimentos burocráticos responsáveis pela morosidade dos processos fazendo com que a criança acabe crescendo em casas abrigos no aguardo da oportunidade de ser adotada. Porém, quanto mais velha, menos interesse despertará nos habilitados para adotar, tornando-se condenada a crescer sem uma família. Para agravar a situação Matuoka (2015), com dados do CNJ, adverte que a “87,42% das crianças aptas a serem adotadas têm mais de cinco anos”.

Desta forma tem razão Leite e Simões ao afirmarem que:

a proteção para aquele que se encontra em situação de fragilidade social tende a se tornar regra na proteção do direito. Assim, a proteção processual da adoção visa a garantir o interesse do adotado. Porém, se está exigência ultrapassa o limite da razoabilidade pode tornar-se entrave para o bom andamento do instituto. Desta forma, tanto se protege o interesse do menor abandonado, sem família, que, ao final, ela permanecerá sem a inserção em vida de laço familiar. (LEITE E SIMÕES, 2014)

Merece observação a crença de que a família biológica é o melhor lugar para a criança viver. Este é fato inegável, mas a existência da adoção é indicação da existência de situações nas quais é melhor encontrar uma família socioafetiva do que permanecer no seio da biológica. Este modo de entender a valorização da família biológica é herança da compreensão da aquisição da filiação baseada nos laços de sangue.

Outro ponto a ser destacado é a ideologia da existência de família ideal para a adoção. Não existem famílias ideais, mas famílias reais, com seus problemas e dificuldades. Também os filhos biológicos crescem em famílias reais. A família, mesmo enquanto célula básica da sociedade não é um sonho desvinculado da vida, mas uma entidade situada no tempo e no espaço e composta por pessoas com todas as consequências positivas e negativas destas duas condições.

Em resumo, uma medida de proteção tão importante quanto a adoção não pode perder sua efetividade em decorrência da discussão de quem pode adotar. Dentro das atuais conjunturas culturais, devem-se considerar as condições reais de formação humana respeitando a diversidade cultural na qual se vive. O instituto da adoção lida com a relação de pessoas especialmente aquela relação adstrita ao universo familiar. E esta relação é complexa mesmo para os filhos naturais, não sendo diferente para os adotados. (LEITE E SIMÕES, 2014)

Para que exista efetiva proteção jurídica evitando posturas apressadas cujas consequências seriam erros definitivos, no caso da adoção a legislação estabelece procedimentos necessários para que o interesse absoluto da criança seja preservado. É necessário garantir o melhor para quem vai ser adotado. A burocracia legal deve ser o ponto de equilíbrio para evitar os exageros e os procedimentos apressados. Um filho, em geral, não é filho da pressa, mas do planejamento. De forma que os procedimentos burocráticos inserem-se na realidade dos instrumentos do planejamento familiar não natural.

Desta forma, os adotados

como filhos, passarão a conviver numa família com pais que formam um casal submetido às dificuldades de convivência própria da liquidez das relações afetivas vividas na contemporaneidade. A busca de uma família com estrutura sólida e permanente para colocar a criança e o adolescente já vitimados pelo esfacelamento das relações familiares configura-se ideal a ser perseguido. Porém, não se perca de vista que se trata de ideal e as famílias existentes não são as idealizadas, mas as reais. (LEITE E SIMÕES, 2014).

Então, burocracia imposta pela lei serve para a uniformização dos procedimentos evitando que cada caso seja tratado de uma maneira diferente. A verdadeira burocracia aplica na prática o princípio constitucional da isonomia pelo qual todos são iguais perante a lei. Além disto, no caso da adoção, a análise criteriosa a partir de elementos previstos pela lei indicará melhores condições para que a criança e o adolescente possam ser inseridos com sucesso numa nova família.

O problema surge quando a burocracia legal se transforma em burocratização. Os zelos com as regras para defender o interesse da criança e do adolescente transformam-se em armas para perpetuar seu abandono. Assim, em vista da burocratização, tais procedimentos acabam se transformando em entraves quando em virtude da demora em proceder a adoção de determinada criança ela acaba permanecendo indefinidamente em casa de proteção e ausente de família.

Estas dificuldades e “burocracias” (...) passam a ser, de certa forma, um incentivo para que ocorram ilegalidades na esfera da adoção, acrescidas do fato de que os brasileiros, em geral, querem adotar bebês de cor branca, cujo número é reduzido para a adoção. (WEBER, 2011, p. 63).

Lidar com procedimentos relacionados a crianças e adolescentes em busca de filiação demanda especial atenção nem sempre dedicada pelos responsáveis. Por isto, procedimentos necessários acabam se transformando em morosos os processos de adoção acumulando crianças e adolescentes de um lado e famílias interessadas do outro numa fila interminável. Com a desculpa de bem aplicar a lei o tempo passa enquanto a criança e o adolescente crescem sem a proteção da família.

O pressuposto jurídico de que o seio da família biológica é o melhor lugar para a criança crescer e desenvolver é uma garantia para que não se tome filhos de famílias materialmente desprovidas de recursos para entregá-los a outras consideradas mais abastadas. Isto geraria grande injustiça e contraria a realidade de

que uma boa família não é necessariamente rica; e que a família pobre não lugar necessariamente de impedimento para o desenvolvimento da dignidade. Então, independente do poder financeiro, o núcleo familiar gerador do novo ser humano deveria ser o espaço mais adequado para o desenvolvimento da criança.

Contudo, a história e os fatos presentes mostram o desencontro entre o ideal de ser criado entre os do mesmo sangue e o abandono de tantas crianças pelos pais biológicos. Salta aos olhos, mesmo numa leitura superficial, o privilégio da família biológica e, inclusive, certo preconceito contra a família adotante, nele incluída entre as formas de substitutas. A diferença é flagrante na leitura do artigo 19, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Diz a lei:

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. (grifo nosso)

§ 1º Toda criança ou adolescente que estiver inserido em programa de acolhimento familiar ou institucional terá sua situação reavaliada, no máximo, a cada 6 (seis) meses, devendo a autoridade judiciária competente, com base em relatório elaborado por equipe interprofissional ou multidisciplinar, decidir de forma fundamentada pela possibilidade de **reintegração familiar ou colocação em família substituta**, em quaisquer das modalidades previstas no art. 28 desta Lei. (grifo nosso)

(...)

§ 3º A manutenção ou reintegração de criança ou adolescente à sua família terá preferência em relação a qualquer outra providência, caso em que será esta incluída em programas de orientação e auxílio, nos termos do parágrafo único do art. 23, dos incisos I e IV do caput do art. 101 e dos incisos I a IV do caput do art. 129 desta Lei.

Verifique-se que no conceito trazido pelo dispositivo legal a convivência familiar caracteriza a relação afetiva ou biológica definitiva entre paternidade e filiação. O *caput* do artigo 19, quando lido combinado com seu parágrafo 3º, é muito claro ao estatuir que a criança deve ser mantida no seio da família biológica, dedicando-se a isto todos os esforços possíveis e somente após esgotadas as possibilidades deve-se procurar não por outra família definitiva, mas por uma família substituta que não é a titular, na esperança de que possa ainda ser reintegrado ao núcleo familiar biológico. Neste sentido o parágrafo terceiro é incisivo: “A

manutenção ou reintegração de criança ou adolescente à sua família terá preferência em relação a qualquer outra providência”.

Como reconhecem os magistrados ao analisar os dispositivos introduzidos em 2009, pela lei 12.010, trata-se de:

mais um dispositivo que reforça o direito da criança de ser criada por sua família biológica. Trata também das medidas que podem ser aplicadas aos familiares, sempre com o objetivo de criar condições para que esse retorno ocorra. (AMB, Guia para a adoção, arquivo digital)

A primeira observação a ser feita é que, de fato, não é razoável defender o afastamento do filho de seus pais biológicos por qualquer motivo e a destituição do poder familiar sem a devida profundidade de análise do caso.. Porém, é preciso sopesar quando há a rejeição e abandono da criança ou a condição imposta pelo próprio *caput* do artigo: a dependência química. Pois, tratando-se de situação cuja reversão pode se delongar no tempo, poderá resultar no definitivo abandono da criança ou adolescente em casas abrigos. A questão são quais as medidas a serem adotadas com a família para que ela se conserte a fim de dar as condições necessárias para o bom desenvolvimento do filho.

A segunda observação refere-se ao preconceito conceitual dirigido contra a família adotante ajudando a reproduzir certa desclassificação ao despertar pelo interesse de adotar. Nos textos acima já ficou claro que a nova família não é a comunidade familiar, mas a substituta, compreensão corroborada pelo disposto no artigo 28, do ECA, no qual, ao se enquadrar como substituta, a família adotante apresenta-se no mesmo nível daquela que mantém a guarda ou a tutela, isto é, o cuidado temporário da criança ou adolescente. Diz a lei:

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.

Acrescente-se a isto o fato de o conceito de família natural ampliar-se, com a denominação de extensiva, para atingir outros parentes da criança ou do adolescente, além do pai e da mãe. Do ponto de vista legal, a família natural é o espaço ideal para o desenvolvimento dos filhos. Contudo, é comum a demora demasiadamente longa até o convencimento de que não há espaço para a criança em sua família biológica e, em mesmo, na distendida. Enquanto acontecem as

tentativas de adequar a família biológica à criança, esta vai crescendo e diminuindo suas possibilidades de adoção.

O Artigo 25, do ECA, determina que:

Art. 25. Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.

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 mantém vínculos de afinidade e afetividade.

Para o guia de adoção da AMB:

Aqui temos uma importante definição do que é a família ampliada, além de reafirmar que não basta apenas o laço de sangue, mas também a necessidade de que haja afinidade e afetividade, elementos considerados fundamentais para que seja assegurado o direito a convivência familiar de modo pleno.

A lei não diz se os laços de afetividade devem ser preexistentes ao distanciamento dos pais biológicos ou cultivados após o abandono, mas insiste que o local ideal para os filhos é na família natural. Desta forma, a própria lei que disciplina a adoção carrega em seu bojo preconceitos presentes na sociedade cujo combate lhe caberia.

A visão idealista de família provoca o julgador a encontrar o ambiente familiar ideal para o adotando. Assim, uma série de exigências são traçadas para o perfil de quem pretende adotar colocando neste perfil as condições materiais como muito importantes. De fato, se há a possibilidade de escolher o ingresso em nova família convém que esta tenha condições de ajudar no pleno desenvolvimento do adotado.

As famílias participam de todas as vicissitudes da vida social e dos dramas e incertezas próprios da condição humana. A família é um dos mais complexos institutos jurídicos e espaço de convivência humana justamente porque vai além da regulação externa e depende do modo como o afeto é cultivado. De fato, a vivência familiar é uma questão de amor e não de legislação.

Pais perfeitos não existem, e pais por adoção não escapam a esta regra. A adoção é uma história de abandonos e reencontros entre os protagonistas, onde cada um se constrói na construção do outro. (WEBER, 2001, p. 251).

Não são somente as famílias adotantes que enfrentam problemas com os filhos; não são somente entre os filhos adotados que se revelam jovens revoltados contra suas famílias. As famílias são entidades concretas situadas no mundo e vivendo todos os problemas decorrentes desta condição. A própria existência de crianças abandonadas por sua família biológica e que alimenta o sonho daqueles que planejam filhos por adoção revela as dificuldades reais de qualquer família ou relação entre pais e filhos.

Sim, existem problemas com a adoção de crianças, assim como existem problemas nas famílias constituídas biologicamente, basta verificar o enorme contingente de crianças maltratadas, negligenciadas, e abusadas nessas famílias. (WEBER, 2001, p. 251).

Não existe, portanto, família ideal para que uma criança adquira nela sua filiação, seja biologicamente, por método natural ou assistido, seja pelos mecanismos socioafetivos. Não é o meio de filiação que assegurará a qualidade do relacionamento entre pais e filhos. Se assim o fosse, pais e filhos biológicos sempre viveriam muito bem e sequer haveria a necessidade de se falar em adoção.

Nesta linha, merece especial destaque a conclusão de Weber diante deste questionamento:

Adotar é acreditar que o amor e a ternura são mais fortes do que o destino e que o ser humano tem a capacidade de reinventar novas formas de adaptação ao mundo. (WEBER, 2001, p. 251).

Como se vê, nenhuma família é perfeita e todas estão sujeitas às vicissitudes da família moderna em tempos de liquidez social e moral. Se a busca for pela família ideal com garantias do relacionamento estável para sempre, será difícil até para situar os filhos naturais dos casais. A adoção exige famílias reais e com boas condições para a criação e educação dos filhos. Filhos adotados sofrerão sempre com as mesmas mazelas dos filhos naturais no tocante aos problemas que a qualquer momento pode atingir o ambiente familiar.

3.4.2. Entraves desnecessários: limitações socioculturais

Estes entraves são denominados de desnecessários em vista de se situarem fora do campo da regulamentação e decorrer de condutas e conceitos equivocados

dos interessados em adotar e de orientação preconceituosa da sociedade sobre o tema. Enquanto os necessários advêm da relação do estado legislador e juiz com o cidadão, os desnecessários decorrem das relações socioculturais dos interesses dos adotantes. Dependem, ainda, da expectativa que estes adotantes têm diante da regulação do tema.

Eles são desnecessários porque, sendo tema da adoção parte do planejamento familiar, devia se orientar solidariedade exigida para a formação da comunidade familiar fraterna. Em analogia à filiação biológica na qual a opção pela gravidez não permite selecionar o filho, o mesmo deveria acontecer na filiação socioafetiva. Contudo neste caso, o espírito de seletividade contamina o interesse e afasta da justiça fraterna.

Os dados indicam que, uma vez que a maioria das crianças disponíveis para a adoção no Brasil são mais velhas e de cor parda ou negra, urge um trabalho de conscientização e é preciso trabalhar arduamente para preparar adequadamente os adotantes e acompanhá-los mais de perto em caso destas adoções especiais. (WEBER, 2001, p. 252)

A adoção em si, por mais antigo que seja o instituto, já é um bem necessário na correção de distorções sociais, pois o ideal é que cada um pudesse se desenvolver plenamente no ambiente sócio-familiar em que foi gerado. Mesmo quando visa a satisfazer a necessidade de famílias que não pode perfilhar por métodos naturais, para ser satisfeita exige a existência de crianças que perdem seu lar originário. Desta forma, as crianças disponibilizadas para a adoção sofreram de algum modo a rejeição ou a perda material ou afetiva da família biológica. Alguns sequer foram gerados em ambiente familiar, outros foram arrancados do seio familiar pela ignorância.

Três grandes entraves desnecessários se destacam. O primeiro, de caráter coletivo, ligado aos preconceitos sociais sobre o tema da adoção que levam muitos potenciais candidatos a não ingressarem com a pretensão ou dela desistirem. O segundo diretamente relacionado aos interesses dos adotantes quando impõem seletividade biogenética e sanitária do futuro filho, implicando em rejeição de muitas crianças por problema de saúde ou de raça. Por fim, o terceiro grupo diz respeito à estrutura familiar marcada pela fragilidade dos laços afetivos obrigando à exclusão da habilitação as famílias que, aparentemente, não possuem as condições para adotar.

Muito falta de informação e dúvidas pairam sobre a temática da adoção resultando em preconceitos sociais que afastam muitos do interesse de adotar. Como diz Ferreira (2000, p. 15), “a falta de informação sobre o tema acaba excluindo pessoas que gostariam de adotar, mas que desconhecem a real possibilidade de candidatar-se”. Por este motivo, os interessados na adoção, não poucas vezes “apresentam-se muito pouco informados e nem sempre preparados” para assumir a filiação socioafetiva Ferreira (2000, p. 14).

Sem informação o homem não tem voz, não ouve e não vê, não tem direito a ter direitos e o ideal de dignidade se espatifa no chão da ignorância, fechando-se as portas e janelas conducentes ao florescimento da individualidade. (CASTRO, 2010, P. 10 – 11)

Muitas pessoas acreditam que o filho adotado trará com ele os defeitos da família de origem ou ainda que o filho que não é de sangue não tem o mesmo *status* dos filhos biológicos. Para completar, como identifica a jornalista Germana Costa Moura, mãe adotiva e preocupada com a problemática, até mesmo as novelas nacionais acabam reproduzindo estes preconceitos. Segundo ela:

Nas novelas, nem preciso citar. “Fina Estampa” tinha o terrível segredo de Tereza Cristina (interpretada por Cristiane Torloni): ela era filha adotiva e era capaz de matar e chantagear para esconder essa questão. Ok, é ficção, mas o que dirão nossos filhos adotivos em contato com essa mensagem? A novela acabou e “Avenida Brasil” estreou com novos casos de adoção — Jorginho, Rita/Nina, Iran e Ágata. Adorei. Pensei: Taí uma chance de reposicionar a questão. E de fato João Emanuel Carneiro, o autor, foi muito feliz, mostrando a adoção tardia de Iran por Monalisa (já viram que sou noveleira, né?) e a de Rita pela família Argentina. Mas nos capítulos mais recentes eu ficava desesperada de deixar meu filho na sala: a frase que eu mais ouvia (aos berros pelo personagens) era: “eu sou seu filho de verdade”. A menina Ágata, filha biológica de Carminha, mas adotada por Tufão, comemorava ao descobrir que Jorginho era “filho de sangue” da Carminha: “Então ele é meu irmão de verdade!”. Vem cá, Ágata, numa boa. Ele era seu irmão de mentira???

A trama da ficção acaba bem representando os preconceitos do cotidiano que atrapalham os interessados em buscar filhos adotivos, pois mais cedo ou mais tarde eles se rebelarão contra seus pais de criação. Esta visão é completamente distorcida e não representa a maioria dos casos. Filhos se revoltarem contra os pais, se dedicarem ao mundo das drogas, entrarem na criminalidade, faz parte da condição humana e não se restringe à filiação socioafetiva, também os filhos biológicos incorrem nos mesmos problemas.

Assim como a regulamentação traça o perfil ideal de família a fim de habilitar para a adoção, as famílias buscam o tipo ideal de criança para dar a ela a filiação. Podendo escolher, querem evitar filhos com problemas físicos ou de saúde procurando sempre aquelas em melhores condições. No silêncio dos preconceitos, os habilitados para a adoção, em geral, apresentam um perfil razoável para o cadastro, contudo, na prática, são muito mais exigentes.

Tais exigências selecionam o biótipo da criança e do adolescente preterindo as características que destoam dos traços da própria família. A partir do desejo de incluir desde cedo os próprios valores no filho adotado, a seletividade determina o desejo por idades específicas dando total prioridade às crianças recém-nascidas ou ainda nos primeiros anos de vida. Para evitar problemas adicionais com a criação do filho adotivo, os pais buscam crianças saudáveis excluindo as que apresentam problemas de saúde, síndromes genéticas ou histórico familiar que deem propensão a certas doenças ou até mesmo tornem o adotado propenso a determinados vícios.

A situação se agrava ainda mais quando o problema da seletividade volta-se para a questão da raça. A busca majoritária é por crianças brancas, enquanto os negros, já em grande número nas listas de espera, passam a ser descartados. E, como agravante, cada ano que passa, ficando mais velha terá mais motivo para não encontrar uma família (PAVEZI E GITAHY, 2004, 65 – 66).

O desejo é de filhos ideais do ponto de vista físico, social e de saúde. Tal escolha seria improvável pela filiação natural, mas na socioafetiva torna-se uma exigência silenciosa dos adotantes. O resultado é que os que mais precisam acabam permanecendo definitivamente no abandono. Os portadores de problemas de saúde, os negros e os mais velhos acabam permanecendo na fila de espera até crescerem em total abandono.

Por mais que se selecionem famílias com estrutura material, social e afetiva considerada boa para a adoção, a condição afetiva dos tempos atuais apontam para a fragilidade e instabilidade dos laços. Isto vale para quem adquire a filiação de modo natural e para quem a adquire socioafetivamente. Prova disto é o crescente número de famílias multiparentais tentaculares, nas quais filhos de diversos casamentos acabam convivendo pacífica ou atritivamente, como em qualquer ambiente familiar, com os pais e seus companheiros.

Com diz Bauman:

Nenhuma das conexões que venham a preencher a lacuna deixada pelos vínculos ausentes ou obsoletos tem, contudo, a garantia da permanência. De qualquer modo, eles só precisam ser frouxamente atados, para que possam ser outra vez desfeitos, sem grandes delongas, quando os cenários mudarem – o que, na modernidade líquida, decerto ocorrerá repetidas vezes (BAUMAN, 2004, p. 6).

A fragilidade dos laços afetivos conjugais nos tempos atuais dificulta o planejamento em médio prazo da vida das pessoas. A adoção é o mecanismo pelo qual alguns podem ter acesso à vida familiar; contudo o conceito e a prática da formação de família a partir da constituição de um casal estão sendo reconstruídos com condutas que destoam da união heteroafetiva. Cada vez mais cresce o número de solteiros que buscam a adoção bem como de casais homossexuais.

Esta fragilidade torna-se mais crítica quando se considera o abandono em que vivem muitas famílias. Antes de abandonar os filhos, elas foram abandonadas por um Estado e pelo corpo social desprovido da realidade da Fraternidade. “A grande maioria das crianças e dos adolescentes abandonados provêm de famílias em precárias condições econômicas, sociais, culturais e afetivas” (FERREIRA, 2000, p 28). Isto se resolve não através da adoção, mas de políticas de inclusão social e econômica e com a devida orientação psicológica e assistência social. A adoção é instrumento do planejamento familiar e não mecanismo para resolver todos os problemas de abandono familiar oriundos da miséria material e a ignorância social.

3.5. A Fraternidade: fundamento para a solução dos entraves

A superação dos entraves passa pela compreensão da ordem legal menos situada sobre as burocracias da igualdade e os riscos dos individualismos da liberdade para ser mais centrada em torno do problema da solidariedade. A comunidade familiar é o berço da justiça doméstica cujo fundamento é a Fraternidade. Pode se dizer que as relações solidárias necessárias para a boa vida familiar é a fonte do brocado: “todos são iguais diante da lei”. Nesta linha segue a definição constitucional de família trazida pelo artigo 226: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Ele não discrimina qualquer tipo de família ou qualifica como natural, biológica, afetiva ou substituta. Tais conceitos da doutrina e da legislação infraconstitucional não levam em consideração que na Constituição o termo família não é adjetivado. Simplesmente, família é família.

Como desdobramento do artigo anterior, a Constituição Federal estatui que:

Art. 227. 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.

(...)

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

Numa estrutura aparentemente pleonástica lê-se no artigo acima que “é dever da família” assegurar a “convivência familiar” e solidariamente com o Estado proporcionar todas as condições para o desenvolvimento digno da criança e do adolescente. Como se não bastasse, o parágrafo 6º veda todos os tipos de designações “discriminatórias relativa à filiação”.

Percebe-se na comparação do artigo 227 da Constituição com o 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente certa contradição. Ao insistir no nome de família substituta e ao dizer que há uma família natural na qual a criança ou adolescente deve ser reintegrada, e só quando isto não ocorre poderá ser entregue à família substituta, a lei reproduz o preconceito social. O correto seria dizer reintegrar à família biológica ou se integrar à família socioafetiva.

Outro elemento fundamental para a superação das dificuldades em relação à adoção é verificar como ela corresponde ao conceito de justiça social através da inserção familiar do abandonado a fim de que possa gozar das benesses trazidas pelo artigo 226 e 227 da Constituição. A família, enquanto “base da sociedade”, apresenta-se como espaço essencial da justiça social. Ela é a comunidade política a se organizar em torno do bem absoluto para todos: o bem verdadeiramente comum, isto é, o desenvolvimento pleno da dignidade humana.

Nesta, a relação básica é entre as partes e o todo, como cada um contribui para que o todo possa produzir o bem comum que, por fim, cada um será beneficiado. Se a integração na vida familiar consiste no que há de mais primário para a justiça social, o abandono familiar, ao contrário, revela-se como a pior forma de injustiça social. Crescer como refugio da própria família, como rejeitado por outros ambientes familiares em vista de preconceitos ou vítima da burocratização de

procedimentos judiciais, representa o que há de mais injusto na família, na sociedade e no Estado.

O cuidado e o afeto, necessários no relacionamento dentro da comunidade familiar, demonstram que é possível organizar solidariamente o mundo no qual o sujeito está inserido. O outro da relação, seja o adotante ou o adotado, é a pessoa humana que mantém dever de reciprocidade com os demais em reconhecimento pela dignidade presente em cada um. O reconhecimento da dignidade da pessoa humana assegura a qualidade dos procedimentos para a adoção e da inserção familiar.

Entre as distorções que se tem sobre o tema está a ideia de que a adoção seria a solução para o problema das crianças abandonadas. A adoção não é o remédio para o fim do abandono familiar em relação aos filhos, mas parte do planejamento familiar que busca no caminho socioafetivo a filiação.

Na verdade, a grande maioria das crianças que perambula pelas ruas tem família, ou parentes próximos a quem primeiro compete delas cuidar. Trata-se então de promover políticas sociais que visam a amparar as crianças e o adolescente, através de apoio à família. Colocar essas crianças para a adoção será a última medida a ser acionada, quando todos os recursos na direção de manutenção e fortalecimento dos vínculos familiares forem esgotados. (FERREIRA, 2000, p. 26).

Em última instância a justiça social é o instrumento necessário para se construir o bem comum e este é essencial para que exista uma comunidade feliz. Entendendo-se, aqui, a felicidade como sinônimo de vida marcada pela suficiência dos bens intermediários que produzem boa qualidade de vida. A comunidade preocupada com a justiça social orienta-se pelo princípio da solidariedade com a preocupação de criar bem estar para todos. A comunidade privatista e individualista acaba produzindo o mal comum que finda por dificultar a felicidade de todos. Há, então, uma relação direta entre a justiça social, o bem comum e a felicidade particular e de todos.

Assim reforça-se a ideia da adoção de políticas públicas bem como a máxima proteção buscada pelo Direito de Família à instituição familiar, como forma de garantia da dignidade da pessoa humana. (PEREIRA E SANTOS, 2014, p. 286)

Segundo Ferreira, boa parte da morosidade dos processos de adoção pode ser “atribuída a procedimentos não uniformizados (por lacuna da lei) e à falta de

peçoal especializado” Ferreira (2000, p. 45). Portanto, é necessária a formação de mediadores familiares para atuarem judicial e extrajudicialmente com as famílias sempre que se verificar a necessidade, a possibilidade e o interesse pela adoção. Pessoas educadas para entender o ser humano integralmente e perceber que a família é o núcleo elementar de toda a sociedade e deve ser devidamente valorizada.

Desta forma, Ferreira entende que um bom caminho para solucionar os entraves para a educação seria, também,

Implementar a discussão sobre os critérios das equipes técnicas do judiciário na avaliação do ambiente familiar, assim como a articulação dessas equipes com programas de apoio junto às famílias. (FERREIRA, 2000, p. 59).

Isto, conjuntamente com procedimentos bem articulados, possibilitaria identificar com maior agilidade os casos críticos em que se deve realizar a destituição de poder familiar para que as crianças possam ir para a adoção o mais jovem possível.

Apesar do esforço para, como a exemplo do trabalho de SANTOS (2011), entender a afetividade e os laços humanos como valores jurídicos, trata-se de elementos que apresentam dificuldades para a tutela jurídica. A afetividade extrapola o campo jurídico e atinge, com sua presença ou ausência, toda conduta humana. A predisposição para o afeto não está na obrigação jurídica, mas na consciência de solidariedade. Como adverte SANTOS:

“a afetividade é correlata ao princípio da solidariedade previsto no texto constitucional, razão pela qual deve ser considerada não só na interpretação das leis e dos contratos, mas em tudo o que disser respeito ao relacionamento entre as pessoas no ambiente jurídico” (SANTOS, 2011, p. 172).

De certo modo, a afetividade está situada no campo do cuidado que uns devem ter para com os demais. Assim, pode-se aplicar no campo do Direito a conceituação desenvolvida por BOFF para a dimensão ética. A condição humana exige duas lógicas diferentes: a masculina e a feminina. A masculina representada pela justiça, o direito e a disciplina, enquanto a feminina apresenta-se em forma de cuidado, afeto e solidariedade. Ele diz que

o cuidado, pois, não é um ato fugaz, mas uma atitude permanente. É o modo-de-ser típico do ser humano com os outros no mundo. A relação não é sujeito-objeto mas sujeito-sujeito. Não é de intervenção mas de comunhão. (BOFF, 2008, p. 7)

Desta forma, a regulamentação da afetividade não depende somente da criação do dever jurídico de dar afeto, mas também da disposição ético-jurídica de cuidar do outro. Não se trata de relação paritária contratual com obrigação bilateral, porém de conduta cujo motor é unilateral. Quem oferece o cuidado não espera de imediato o dever correspondente, a obrigação comutativa, mas o aperfeiçoamento das relações estruturadas sobre o fundamento do amor que é arredo ao controle normativo. Assim, a regulamentação do afeto depende da relação entre a justiça, no sentido do dever jurídico, e do cuidado, pressuposto de uma ordem fundada na solidariedade.

Sendo uma relação sujeito-sujeito baseada na estrutura de solidariedade, a regulação da Fraternidade exige da “filosofia do direito que resolva a exigibilidade da Fraternidade na sociedade de homens para a realização da justiça social”. Isto porque, “a realização da Fraternidade interessa tanto ao direito como ao Estado, como a eles interessa a realização da liberdade e da igualdade” (ANDRADE, 2010, p. 21).

Pela complementariedade entre a justiça e o cuidado, o desenvolvimento do afeto exige uma conduta humana que “reconhece no outro o vir a ser daquilo que é, encontrando na Fraternidade o sentido da própria humanidade” (ANDRADE, 2010, p. 24). A vivência da afetividade demanda o resgate do princípio da Fraternidade que “quase todo o tempo se quedou como princípio da solidariedade social” com viés religioso (ANDRADE, 2010, p. 28). Contudo, desde Grócio se entende que “o homem só pode ser fraterno em relação a outro homem”, estendendo-se a solidariedade ao simples fato de existência do ser humano independente da condição religiosa. (ANDRADE, 2010, p. 44).

Desta forma,

a perspectiva da Fraternidade está estreitamente ligada – como evidenciamos anteriormente – às dos deveres, da responsabilidade fraternal das autoridades públicas e dos sujeitos particulares (AQUINI, 2008, p. 147)

O que a ordem constitucional pretende em última instância é produzir segurança, não só jurídica, traduzida socialmente em termos de qualidade de vida para todos os membros da comunidade. O que se quer é uma sociedade fraterna na qual esteja presente a paz positiva representada pelo respeito mútuo entre os membros da comunidade e a preocupação solidária de todos para com todos.

Ao propor a discussão sobre o problema a relação entre Fraternidade e segurança pública, a CNBB propõe que a paz a ser construída dentro do ordenamento jurídico, político e social decorre da solidariedade, da Fraternidade e do respeito mútuo.

A paz buscada é a paz positiva, orientada por valores humanos como a solidariedade, a Fraternidade, o respeito ao “outro” e a mediação pacífica dos conflitos, e não a paz negativa, orientada pelo uso das forças das armas, a intolerância com os “diferentes”, e tendo como foco os bens materiais. (CNBB, 2008, p. 15)

Os seres humanos membros de determinada comunidade são os principais interessados na realização da paz positiva que colabora com a concretização da sociedade fraterna. E, sendo a família considerada núcleo fundamental da organização social, nela se encontra o espaço adequado para o desenvolvimento desta forma de organização jurídica e política. A Fraternidade inicia sua jornada de construção de solidariedade e cooperação no seio familiar e se estende para a preocupação que os membros da sociedade devem manter uns pelos outros a fim de assegurar o pleno desenvolvimento da dignidade humana.

Dentro da família a filiação supõe o mais sublime laço de solidariedade e cooperação originados pela gratuidade do afeto e do cuidado. Como consequência, o instituto da adoção supõe a Fraternidade como base da organização política que possibilita a existência da liberdade e da igualdade (ANDRADE, 2010, pp. 143 – 145) nas relações entre sujeitos solidários. Para que produza eficácia a adoção necessita da Fraternidade que “se manifesta através “dos princípios de solidariedade e coesão social” (ISRAEL, p. 2005, 476). De forma que a solução para as dificuldades enfrentadas na implementação do instituto da adoção dependem de boa regulamentação, mas, e com a mesma importância, das condições relacionais entre as pessoas no seio da sociedade.

3.5.1 O Direito de integrar uma comunidade familiar

MALUF ensina que “a família, tal qual podemos ver na contemporaneidade é ‘um fenômeno fundado em dados biológicos, psicológicos e sociológicos’, regulados pelo direito” (MALUF, 2012, p. 249). A família moderna reconhecida no direito procurou afastar o sentimento de amor e afeto de sua compreensão para afirmar o dever objetivo de sua juridicidade. Na modernidade, a formalidade jurídica foi privilegiada em relação à materialidade das relações de afeto e cuidado.

Contudo, cada vez mais a família tende a ser reconhecida como valor fundamental. A mesma autora reconhece que “na atualidade a constituição da família transcende uma formalidade e finca-se como núcleo sócio-afetivo necessário à plena realização da personalidade de seus membros segundo os ditames da noção de dignidade humana, sob os quais se forma o Estado, e a Carta Magna brasileira adota o princípio fundamental à luz do art 1º, III” (MALUF, 2012, p. 249) procurando assegurar a evolução do reconhecimento da entidade familiar como parte dos direitos fundamentais.

Ao analisar a Declaração Universal dos Direitos Humanos desde a ótica da Fraternidade, Aquini afirma que:

Um segundo aspecto é o fato de que o direito ao desenvolvimento ser definido como direito humano da pessoa e dos povos, e não apenas dos povos. A importância deste fato está ligada à manutenção da estrutura fundamental dos direitos humanos como direitos da pessoa, mas também à relação entre direitos e deveres que (...) é fundamento de uma responsabilidade comum para a realização dos direitos humanos, responsabilidade que não pode ser atribuída unicamente à autoridade pública. O direito ao desenvolvimento traz consigo uma espécie de obrigação de criar comportamentos ativos, que se devem transformar em políticas nacionais e internacionais concretas. (AQUINI, 2008, p. 145).

A compreensão fraterna das relações possibilita uma melhor compreensão dos direitos e deveres, não como mera obrigação, mas como meios de assegurar a dignidade das pessoas com quem se convive. As pessoas não são passivas frente à lei e ao Estado. Elas são ativas; produzem relacionamentos. A responsabilidade mútua nasce desta consciência de reciprocidade na criação de condições para que se possa realizar “a manutenção da estrutura fundamental dos direitos humanos”. Daí a necessidade da inserção familiar no mais primário de todos os direitos humanitário que é a pertença a determinada família.

Além disto, Aquini entende que:

um terceiro aspecto evidenciado pela Declaração é uma visão do desenvolvimento não apenas em termos econômicos ou de mera transferência de recursos, ou simplesmente de assistência técnica, mas que compreende aspectos sociais, culturais, de crescimento das comunidades políticas, de respeito aos direitos humanos, de construção da paz (AQUINI, 2008, p. 146)

A Carta das ONU sobre os direitos humanos fundamentais insiste em diversos artigos sobre a importância da família e, com ela, do espaço de afeto como direito primordial do ser humano. O fundamental da relação familiar não é o elemento patrimonial como durante muitos séculos foi entendido. A questão é personalíssima: a família existe para as pessoas viverem com dignidade e não para administrar patrimônio. Portanto, independente da condição econômica todos devem usufruir do ambiente familiar digno e preparatório para a vivência da dignidade de todos seus membros.

Neste contexto, Leão Junior defende que:

Antes de estudar o afeto propriamente dito é necessário demonstrar a conexão dele com a dignidade da pessoa humana e entender a profunda modificação no ordenamento jurídico, a partir da entrada em vigor da vigente Constituição, do qual, como dito, forma modificados os matizes jurídicos modificando o caráter patrimonial do direito civil para um caráter personalíssimo. (LEÃO JUNIOR, 2014, pp. 133 - 134)

A Declaração Universal dos Direitos Humanos enfatiza a família como direito fundamental destacando, de modo direto, seu papel em vários campos da vida humana. Nela são estabelecidas regras universais para assegurá-la de ser espaço de Fraternidade. Destaquem-se as seguintes observações:

a) O Artigo 12 exige que “Ninguém será sujeito a interferências (...) na sua família” assegurando-a como espaço protegido de interferências negativas externas. A família constitui uma unidade essencial para seus membros.

b) A Artigo 16 traz em seu parágrafo segundo o dispositivo que será essencial para o conceito de família na Constituição de 1988; Diz o referido parágrafo que “a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”.

c) Por fim, o artigo 25 vem para garantir que o espaço familiar terá condições materiais e econômicas para assegurar a dignidade de todos e o crescimento dos filhos em toda a sua plenitude.

Note-se que no artigo 12 a família é concebida como espaço autônomo e o artigo 16 assegura a universalidade do direito de “fundar uma família” sempre com o livre consentimento dos nubentes. Destaque especial seja dado para o parágrafo 2º, do artigo 16, repetido quase literalmente pela Constituição Nacional: “A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”. Além disto, os artigos 23 e 25 situam a unidade familiar no âmbito da justiça social e econômica para que todos os membros da família sempre tenham a proteção material necessária.

Como se vê nos textos acima, a família é um direito fundamental da pessoa humana pelo qual todos têm o direito de participar da vida familiar. Cabe ao instituto da adoção promover as condições para participação na vida familiar àqueles que os mecanismos naturais privaram do convívio no ambiente de seus genitores. Ele é, portanto, um instrumento para garantir o direito fundamental da convivência familiar. Negar a alguém o direito de inserir numa família é impedir-lhe de adentrar no espaço fundamental da vida social, política e jurídica.

O Estado moderno desenvolveu-se para se tornar Estado Democrático de Direito. Neste modelo de organização estatal a legitimação e a eficácia dependem tanto da relação vertical entre o Estado e os indivíduos e como a relação entre os cidadãos é vivida. Se a primeira se denomina de vertical e depende dos espaços públicos, a segunda ocorre nos espaços da vida privada e se denomina de horizontal. É a possibilidade do respeito à relação de cooperação entre os cidadãos e a participação destes nas estruturas do poder político e do poder administrativo que definem a qualidade da democracia.

A vida inicia no ambiente familiar. Mas a família está inserida em seu tempo. No tempo atual vive-se grande mudança na vida social atingindo a comunidade familiar. Nesta encruzilhada na qual a família se encontra a resposta para qual direção seguir é indicada pelo desenvolvimento do afeto.

Desta forma, bem alerta Horita:

O afeto pode ser considerado como detentor de uma papel fundamental nos processos de alteração pelo qual encruza a família no decorrer dos tempos. (...) Desse modo o afeto e a instrumentalidade ao desenvolvimento da personalidade dos indivíduos que a compõem passa a ser um fator que diferencia a família de outras instituições, fazendo acreditar que os antigos padrões familiares não mais criam raízes nas novas configurações da família advindas das mudanças sociais. (HORITA, 2014, p. 95).

Esta novas configurações familiares, como paradigma da organização social e política, exige em seu fundamento a busca da Fraternidade. Nem a família, nem a sociedade suportam mais o egoísmo e o individualismo. Por isto, Horita segue ensinando que:

Neste sentido, aventa-se a Fraternidade como princípio que está na origem de um comportamento, responsabilizando cada indivíduo pelo outro e, promovendo a busca de soluções pelas autoridades públicas. E é neste diapasão que as relações no direito de família devem ser entendidas, superando-se a concepção egoísta, individualista e não fraterna da pessoa humana e constituindo-se como um novo paradigma. (HORITA, 2014, p. 105)

Este novo paradigma de organização constitui o modelo de legitimação que respeita as relações horizontais se mostra respeitado mesmo dentro de uma teoria racionalista, como é o caso da ação comunicativa de Habermas. Ressalte-se aqui o recorde da Teoria da Ação Comunicativa naquilo que trata da legitimidade vertical e horizontal, cuja compreensão parece adequada para falar do instituto da adoção. Apesar de reconhecer as incompatibilidades entre o racionalismo de Habermas e as exigências da racionalidade fraterna, é preciso reconhecer que as duas dimensões, vertical e horizontal, são importantes para compreender a forma como o direito se valida na atual ordem jurídica e política.

O que se quer é apenas destacar o reconhecimento institucionalizado das relações intersubjetivas, isto é, reconhecer que a comunicação horizontal entre os cidadãos caracteriza a essência do Estado Democrático de Direito. A solução para o problemas enfrentados pela adoção passa pela integração entre a subsidiariedade coercitiva vivida entre o Estado e o cidadão e a solidariedade fraterna experienciada pela convivência cidadão com cidadão.

Ao analisar a complementariedade entre a solidariedade e a subsidiariedade, Lorenzo ensina que:

Muitos bens comuns fundamentais não podem ter seu acesso regido por regras de mercado ou mesmo pela competência exclusiva do Estado. Nesse particular, cabe ao Estado promover e incentivar o protagonismo social e econômico das sociedades intermediárias. A sociedade civil pode e deve exercer um papel na execução do bem comum, tanto agindo complementarmente ao Estado quando ao mercado. Ainda que a realidade exija a intervenção do Estado, essa deve ser exercida de forma solidária, quer dizer, sem romper o princípio de subsidiariedade. (LORENZO, 2010, p. 144).

No caso da adoção, sem a efetiva solidariedade e cooperação dos interessados, por melhor que seja a regulamentação, a norma não produzirá o resultado. Não basta a imposição vertical, de cima para baixo, de regras, mesmo que elas sejam de boa qualidade, se faltar predisposição da sociedade e dos interessados para a cooperação e a solidariedade. Isto porque o afeto necessário para a constituição de uma família não se impõe de cima para baixo.

Neste caso, o ponto de discordância com a Teoria da Ação Comunicativa é a exigência de espaços institucionalizados juridicamente para a legitimação horizontal. A família, apesar da necessidade do reconhecimento formal da legislação, se institucionaliza especialmente através do amor e da justiça fruto da opção de vida de seus membros. Assim, a família se apresenta como uma instituição peculiar duplamente institucionalizada: a) pela regulação constitucional e civil e b) pela opção afetiva das pessoas.

A família é uma instituição reconhecida e regulada pelo direito, mas sua existência concreta extrapola os limites da lei, justamente porque na prática ela se constitui por relações de afeto e de cuidado e estas são essencialmente horizontais, no sentido de que não podem ser impostas por força coercitiva. Trata-se do mais evidente exemplo da institucionalização vertical pelo cumprimento de determinadas fórmulas legais necessárias, que, no entanto devem ser acompanhadas da eficácia horizontal pela qual o instituto só se torna pleno quando as partes estabelecem as relações afetivas necessárias.

Como afirma Mendes e Toledo:

O afeto, o respeito e os cuidados com o filho, devem estar presentes nos momentos mais complicados das relações como no caso de um divórcio e não apenas na constância da união conjugal, pois o referencial a não ser perdido é o da família, é o da afetividade que envolve a relação parental e não do espaço físico. (MENDES E TOLETO, 2015, 377).

Portanto, não são somente as regras do negócio jurídico e das relações contratuais que administram a vida da família; inclusive estas são utilizadas quando a afetividade e o diálogo, dela decorrentes, falham. Desta forma, a referência conceitual para entender a relação entre a horizontalidade habermasiana e as relações intersubjetivas exigidas para a boa aplicação do instituto da adoção é assim definida por Silva Neto:

pelas relações intersubjetivas nas quais os indivíduos se sentem co-responsáveis e solidários em sua condição humana e na experiência social contribuindo na vida política e jurídica da sociedade através dos instrumentos e procedimentos democráticos (...) A cidadania se identifica com a atuação ativa do indivíduo dentro do grupo a que pertence em vista de influenciar os meio de poder presente na sociedade. A cidadania discursiva se interessa em implementar os direitos já fundamentados e fundamentar os direitos que possam satisfazer as necessidades da comunidade. (SILVA NETO , 2002, p. 71)

Se a validade do direito decorre da dupla vertente sobre a qual se assenta a cidadania discursiva, a sociedade fraterna exige maior valorização das relações horizontais (SILVA NETO, 2002, p. 92). A subsidiariedade do cidadão em relação ao Estado marca a cidadania vertical e a pertença legítima do sujeito a determinada comunidade política e sua inserção na jurisdição correspondente. No constitucionalismo brasileiro atual, o próprio corpo constitucional reconhece a limitação desta dimensão na construção do bem comum e da dignidade humana. Desta forma, a solidariedade para com os outros membros da sociedade, o que se denomina de cidadania horizontal, passa a corresponder ao conceito de Fraternidade. Nesta perspectiva,

ainda continua aberta a questão da tutela jurídica, ou seja, da possibilidade de que o direito ao desenvolvimento possa ser lesado tanto pelos Estados quanto pelos indivíduos. (AQUINI, 2008, p. 149)

A consequência é o protagonismo do cidadão nas responsabilidades de viver de acordo com os direitos e deveres que asseguram a dignidade da pessoa humana. Este protagonismo é de toda a sociedade civil, de cada cidadão enquanto está em relacionamento com os demais. E isto se consegue à medida que se assimila nas práticas cotidianas o princípio da Fraternidade.

Por esta razão, Aquini ensina que:

A Fraternidade leva ao crescimento, potencialmente muito amplo, do número de sujeitos sobre os quais recai a responsabilidade pelo desenvolvimento e pelo dever de cooperação. Esse crescimento conjuga-se com a necessidade – percebida no atual contexto internacional – de fazer que os atores da sociedade civil sejam protagonistas dos processos de desenvolvimento, já na definição dos objetivos em nível nacional e internacional, e não apenas executores de planos decididos na esfera intragovernamental. (AQUINI, 2008, p. 150)

Mesmo se considerarmos uma posição racionalista para o problema estaremos diante da necessidade de reconhecimento das relações horizontais como primordiais para a validade do direito. Isto sem perder de vista que neste caso a validade está diretamente relacionada com a eficácia da normas no mundo da vida.

Nesta linha de compreensão, pode-se ler na exposição de Habermas, que

os direitos que os cidadãos inicialmente se atribuem na dimensões horizontal das interações-cidadão-a-cidadão precisam estender-se, a partir do momento em que se constitui um poder executivo, à dimensão vertical das relações dos cidadãos com o Estado. (HABERMAS, 1997a: 217)

Por certo, o reconhecimento da cidadania depende da existência de uma relação vertical. Mas o conceito racionalista se equivoca ao propor que a “relação-cidadão-cidadão” ganha sentido com o estabelecimento das “relações dos cidadãos com o Estado”. Como exemplo, no caso da família, a vivência responsável do afeto não pode ser controlada ou se estender à relação do cidadão com o Estado, pois este não tem como criar as condições objetivas para que as pessoas se queiram bem.

No direito de família e, especificamente, no instituto da adoção de fato a relação entre as pessoas antecede àquela determinada pela estrutura vertical do Estado. O Estado faz o registro da criança determinando para efeitos jurídicos a relação de filiação, o que será inócuo se não for precedido pelo esforço solidário das partes para compor uma comunidade fraterna nas relações familiares. O Estado regula o contrato e o registro, mas a interação cidadão – cidadão, representada pela convivência entre pais e filhos, determina a condição de existência afetiva da família.

Esta interação cidadão com cidadão é fundamental para a eficácia do instituto da adoção. Este ocorre em primeiro plano na escolha e na forma de convivência fraterna estabelecida entre os sujeitos interessados. A lei aparece apenas para dar formalidade àquilo que já se concretizou através do cuidado, do carinho e do afeto assumidos entre os interessados e para assegurar a dissolução da convivência

assegurando a obrigação mútua, desta feita, com instrumentos coercitivos do Estado. Então, a relação vertical do Estado cuida somente dos procedimentos, mas a família ganha legitimidade como espaço de relação fraterna com a intereção afetiva de seus membros.

Esta interpretação da teoria discursiva apresentada é legitimada pela leitura de Habermas quando ele afirma que:

esse modelo inicia-se com as relações horizontais dos cidadãos uns com os outros e introduz as relações dos cidadãos com o aparato estatal, necessário em termos funcionais, apenas em segundo passo, portanto já com base no direito fundamental existente. (HABERMAS, 2001: 154).

Este é o sentido fundamental da legitimação de um instituto que depende da cooperação ativa de sujeitos de relacionamento. Talvez, a cidadania horizontal, que supõe “sujeitos que agem comunicativamente, ao se entenderem uns com os outros no mundo” (HABERMAS, 1989: p. 123), seja a melhor forma de se entender a Fraternidade no contexto da legitimação do direito. É o direito fundamental à vida fraterna que legitima o ambiente familiar.

Recorrer ao pensamento de Apel parece um bom mecanismo para validar o recorte aqui apresentado, em complemento à leitura feita do pensamento de Habermas. Para Apel, a Ética Discursiva representa uma ética de responsabilidade sobre a vida possível no cotidiano e não regras universais baseadas em ideal distante da vida social. A horizontalidade das relações não é uma abstração racional, mas parte das interações de responsabilidade cultivada entre os sujeitos em seus relacionamentos cotidianos. Segundo ele:

Parece evidente que a ética do discurso não deve partir (...) do ideal normativo de puros entes de razão, isto é, de uma sociedade ideal de entes de razão, separados da realidade histórica. (APEL, 1998, p. 21)

Questionando sobre o papel do cidadão na teoria do discurso fundada em consensos baseados em “pretensões de valor”, ele assegura que:

Não se pode moralmente pretender dele que aja de acordo com um princípio moral absolutamente válido, sem que lhe seja possível submeter a um exame responsável os resultados previsíveis e as consequências colaterais de sua ação. (APEL, 1998, p. 25)

Em vista disto, nas relações cotidianas concretas é que faz sentido valorizar as relações horizontais. De um lado, há a “socialização horizontal dos cidadãos que se reconhecem reciprocamente como sujeitos possuidores dos mesmos direitos”; de outro, acontece “o disciplinamento do poder estatal”, “pressupostos nos moldes do Estado de direito” (HABERMAS, 1997, p. 318). Mas as duas dimensões ganham sentido “nas consequências colaterais” das ações dos sujeitos inseridos em determinada realidade histórica. O cotidiano da vida não é abstrato, mas presente nas “relações colaterais”.

Como consequência a Fraternidade surge da “conexão entre os direitos de liberdade e o civis” dentro de um contexto no qual “cidadãos livres e iguais pensam em conjunto como podem regulamentar a sua vida em comum” (HABERMAS, 2001: p. 154). A prática do direito fundamental à vida familiar precede a regulação estatal para a formação da comunidade familiar fraterna; são as relações colaterais que produziram os resultados desejados. Aqui não é só questão de pensar em conjunto a regulação da vida comum. A regulação fraterna é questão de sentir a relação com o outro como essencialmente necessária para a própria vida.

Sendo essencial para a formação da comunidade familiar fraterna, o afeto se estende para o contexto social mais amplo em vista de produzir a sociedade fraterna. Como identifica Leão Júnior:

É justamente pelo afeto que se pode conceber a sensação de pertencimento a um grupo familiar ou social, visto que o afeto produz a noção de respeito e participação. Dentro do contexto social, o afeto pode ser configurado como a efetivação de uma democracia (...). (LEÃO JÚNIOR, 2014, p. 141).

Leão Júnior entende ainda que é possível “vislumbrarmos um discurso habermasiano dentro do afeto” quando sua obra *A Inclusão do Outro*, analisa os grupos vulneráveis (LEÃO JUNIOR, 2014, pp. 140 – 141). Nas relações horizontais estão enfrontadas as vidas humanas concretas e que não podem ser compreendidas como meros objetos da razão. O abandono ou o acolhimento, a pertença ou não a uma família faz parte da configuração da vida pessoal de cada um e do modo como os demais se relacionam com ele.

Por isto,

O problema das minorias “inatas” explica-se pelo fato de que os cidadãos, mesmo quando observados como pessoas jurídicas, não são indivíduos abstratos, amputados de suas relações de origem. Na medida em que o direito intervém em questões éticas políticas, ele toca a integridade das formas de vida dentro das quais está enfiada a configuração pessoal de cada vida. (HABERMAS, 1997, p. 250 -251).

No instituto da adoção esta responsabilidade colateral destaca-se ainda mais. O disciplinamento pelo poder estatal depende do modo como os sujeitos socializam suas relações. Isto porque não é possível impor afeto e amor por coerção. Ainda que os sujeitos tenham o poder para regulamentar a vida em comum, na construção da filiação e dos sentimentos a ela congêneres não se deixa dominar por regras externas.

Desta forma interpreta, também, Ramiro ao dizer que:

contudo, dentro do pensamento habermasiano o sistema jurídico pode também desempenhar um papel de integração social, pois há possibilidade, através do direito, de a esfera sistema da economia e da administração ser influenciada pelas reivindicações construídas nos espaços comunicacionais do mundo da vida, sendo que a esfera pública política entendida como espaço público do agir comunicativo onde há a formação da opinião e da vontade pública dos cidadãos se apresenta como um dos principais instrumentos para a formação de um direito legítimo. (RAMIRO, 2012, p. 125)

A legitimidade e a eficácia das normas jurídicas e, especialmente, dos direitos fundamentais da pessoa humana tornam-se possíveis quando, assumindo a Fraternidade, os cidadãos passam a exercer as responsabilidades solidária e cooperativa com os demais.

3.6. A Fraternidade familiar é a antecipação da sociedade Fraterna

É provocativo o subtítulo do V Capítulo do livro *A Reconstrução dos Direitos Humanos*, de Celso Lafer, ao fazer a seguinte definição: “a cidadania como o direito a ter direitos” (LAFER, 1991, p. 146). Sua análise recai sobre os apátridas da obra de Hannah Arendt, isto é, todas aquelas pessoas que depois da Segunda Guerra Mundial, por não ter mais o passaporte reconhecido, se tornaram apátridas e desprovidos de todos os direitos e dignidades. Passaram a vagar pelo mundo expulsos de país para país, sem ter onde viver dignamente.

No modelo como a Constituição brasileira reconhece o papel da família na normatização da cidadania tendo-a como núcleo base da sociedade, ficar sem família, analogicamente, é como ficar sem passaporte após não haver mais reconhecimento do país que o autorizava. A criança e o adolescente desprovidos de vida familiar e entregues à própria sorte entre o abandono de suas famílias biológicas, a falta de estrutura das casas de acolhimento e a morosidade e a burocracia negativa dos procedimentos de adoção crescem vendo dissipar sua possibilidade de cidadania. Expulsos da vida familiar é como se fossem expulsos da humanidade⁴.

A grande questão entre as duas realidades analisadas permanece a mesma: “sua situação angustiante não resulta do fato de não serem iguais perante a lei, mas sim de não existirem mais leis para eles” (ARENDDT *apud* LAFER, 1988, p. 147). A lei, inclusive a lei superior as demais, isto é a Constituição, assegura que todos têm o direito de pertencer a uma comunidade familiar. Quem não possui família continua tendo a lei e sendo igual a todos diante dela; mas sofre as consequências de tais leis não fazerem sentido em suas vidas.

A consequência é muito grave, pois “a provação da cidadania afeta substancialmente a condição humana, uma vez que o ser humano privado de suas qualidades acidentais – o seu estatuto político – vê-se privado de sua substância” (LAFER, 1988, p. 151). Como se tornam desiguais, ocorre uma grande distancia ente os providos e os desprovidos do direito. Então, embora iguais os homens não podem se entender. Para restaurar o entendimento é preciso trazer para a realidade jurídica e política o olhar fraterno necessário na constituição da vida familiar. A estrutura afetiva da família é, no atual modelo constitucional, necessária para o estabelecimento da plena cidadania.

A condição humana compreende algo mais que as condições nas quais a vida foi dada ao homem. Os homens são seres condicionados: tudo aquilo com o qual eles entram em contato torna-se imediatamente uma condição de sua existência. O mundo no qual transcorre a *vita activa* consiste em coisas produzidas pela atividade humana; mas, constantemente, as coisas que devem sua existência exclusivamente aos homens também condicionam os seus autores humanos. (ARENDDT, 2004, p. 17).

⁴ Mesmo sendo duas questões distintas, a dos apátridas e a das crianças abandonadas por suas famílias biológicas e não integradas em outra comunidade familiar, as duas realidades guardam grande semelhanças ente si. Por isto, do ponto de vista deste trabalho optou-se por fazer uma analogia entre o discurso Hannah Arendt relido por Lafer e a realidade das crianças sem família no Brasil.

Arendt compara o espaço das interações humanas no qual as identidades são construídas com uma teia de relações. Segundo ela, “a esfera dos negócios humanos consiste na teia de relações humanas que existe onde quer que os homens vivam juntos” (ARENDR 2004, p. 146). Por isto,

A revelação da identidade através do discurso e o estabelecimento de um novo início através da ação incidem sempre sobre uma teia já existente, e nela imprimem suas consequências imediatas. (ARENDR, 2004, p. 146).

Apesar do reconhecimento da igualdade legal entre os homens a falta de determinado estatuto pode ser a ponte entre a negação e a afirmação da cidadania. No caso dos apátridas o estatuto era o passaporte cuja validade se perdeu pela nova realidade política internacional; no caso das crianças e adolescentes abandonados no Brasil, esta condição se deve à perda da convivência familiar e ao crescimento em condições de abandono, nos quais a assistência mínima oferecida pelo Estado não supre as necessidades fundamentais de vivência da dignidade que se desdobra numa cidadania consciente da condição fraterna entre os seres humanos.

Desta forma, a família solidária exigida pela sociedade fraterna não pode ser aquela que, para Arendt, deu segurança ao homem diante da *polis* servindo para ele como espaço de servilismo e ausência de liberdade. De instrumento para suprir as necessidades e as carências das pessoas humanas em condições concretas de vida (Arendt, 2004, p. 41), a comunidade familiar transformou-se em espaço de identidade de cada um diante da sociedade e de sua organização política. Condicionados pelas necessidades e carências, os homens criaram a família para a proteção que lhe custava a liberdade; porém, a história exigiu a transformação deste espaço em protótipo da liberdade e da igualdade idealizadas pela vida pública. Assim, os homens produzem a família e por ela são produzidos dentro dos limites e alcances da condição humana.

Se a carência da igualdade real entre as pessoas pela ausência do reconhecimento da cidadania como ausência de reconhecimento do próprio ser humano gerou milhões de pessoas desprovidas de direitos e tornadas supérfluas para a comunidade política (LAFER, 1988, p. 154), a carência da Fraternidade política gera dezenas de milhares de cidadãos crescidos às margens do direito e

desprovidos do mínimo necessários para realizarem a plenitude de sua condição humana.

A adoção apresenta-se como dos mais nobres gestos humanitários estabelecidos reciprocamente entre aquele que não tem família e a família que busca a filiação. Trata-se de um instituto jurídico cuja eficácia depende em muito das interações cotidianas voltadas para o estabelecimento da sociedade fraterna. Nesta comunidade estabelecida juridicamente e vivida através das relações afetivas encontra a possibilidade do desenvolvimento da condição humana em direção ao respeito à dignidade da pessoa.

CONCLUSÃO

No modelo contemporâneo de Estado Democrático de Direito a grande finalidade integradora de todos os objetivos constitucionais é a construção da sociedade fraterna. Nelas a cooperação e a solidariedade são elementos essenciais para o relacionamento dos membros da comunidade política. Também a Fraternidade encontra-se no âmbito dos direitos, liberdades e garantias fundamentais como mecanismo horizontal de construção da dignidade humana. Há muitas coisas necessárias para a priorização do bem comum que não podem ser impostas pela coerção da lei e que dependem do reconhecimento dos cidadãos de sua condição de irmãos, isto é, de membros de uma grande família política na qual todos devem se preocupar com todos.

Este ideal constitucional da sociedade fraterna encontra muitas dificuldades para se tornar realidade especialmente em vista do individualismo e do egoísmo responsáveis por condutas excludentes. Este modelo encontra seu protótipo na família. Na comunidade familiar, reconhecida como base para a sociedade, está a oportunidade de se praticar os valores decorrentes da Fraternidade, pois ali, literalmente, todos são irmãos e responsáveis uns com os outros por obrigação afetiva de prestar cuidado mútuo. Portanto a pertença a este núcleo básico da sociedade é fundamental para a formação pessoal, bem como do desenvolvimento da cidadania. Ficar excluído da participação na vida familiar significa ser privado do ambiente essencial para a proteção do ser humano a fim de que ele desenvolva plenamente sua dignidade.

Contudo, continua existindo milhares de crianças e adolescentes abandonados por seus genitores e vivendo em casas abrigos vendo o tempo passar sem a oportunidade de se incluir no ambiente familiar. Neste contexto insere-se o problema da adoção com todos seus entraves e dificuldades, bem como, a partir daí

esta a solução. Também a família, dentro de condições reais, abandonam seus filhos ou criam as condições para que, pelo bem do desenvolvimento da criança, ela seja retirada daquele convívio. Ao mesmo tempo, outras tantas famílias buscam filhos por meios socioafetivos. Se de um lado o abandono exclui a pessoa da convivência familiar, de outro o acolhimento da adoção pode representar as condições para que reencontre a própria dignidade.

Ocorre que a adoção é um instituto regulado pelo direito para assegurar a qualidade da relação de filiação e paternidade no seio da família. Neste sentido, como os demais institutos do direito e da vida social, ela enfrenta entraves decorrentes de problemas com a própria jurisdição e dos interesses dos habilitados para a adoção. Estes entraves decorrem do mau uso de instrumentos criados para a uniformização e para zelar pela qualidade dos procedimentos assegurando o mínimo de condições de bom entrosamento familiar entre adotado e adotante.

Outro grande grupo de dificuldades para a filiação socioafetiva são os entraves desnecessários, aqueles decorrentes da conduta egoísta e individualista dos interessados ou habilitados para adotar. Mesmo se para a filiação natural não é possível selecionar a qualidade genética, sanitária e moral do filho, os pretendentes da adoção a quem fazer ao escolher os filhos socioafetivos. Assim, aqueles que já sofreram com o abandono da família genética, não poucas vezes, são abortados nos processos de adoção, condenados a crescer sem o direito fundamental ao ambiente familiar.

A superação dos entraves para a efetivação do instituto da adoção depende dos dois níveis de legitimação: a vertical, representada pela boa preparação dos agentes e pela qualidade da jurisdição que cuida do problema familiar, e a horizontal, estruturada em torno da necessidade de solidariedade e cooperação entre as pessoas conforme exige o princípio da Fraternidade. Não é possível impor laços afetivos através de leis. Isto quer dizer que as formalidades do Estado para reconhecer oficialmente a família como uma unidade jurídica não são suficientes para determinar a unidade afetiva.

De um lado, exigem-se normas claras e decisões ágeis que respeitem em primeiro lugar a dignidade e o interesse da criança e do adolescente. De outro demanda a força da solidariedade e da cooperação como instrumento para concretizar a sociedade fraterna cujo início acontece no seio da comunidade familiar. Desta forma as decisões devem seguir os rumos do positivismo integral respeitando

o direito posto sem perder de vista seus pressupostos, principalmente aqueles que estão garantidos no corpo constitucional.

Um dos primeiros entraves para a adoção está no zelo para manter a criança com a própria família. Este ideal perseguido pela legislação, não poucas vezes, torna-se empecilho para que o menor encontre laços afetivos novos e positivos para sua formação. O judiciário, portanto, ao privilegiar a família distendida, deve zelar para a agilidade do procedimento a fim de não se tornar um jogo no qual a família originária se furta a assumir suas responsabilidades evitando que no final o grande derrotado seja o interesse que estava sendo protegido: o da criança.

O fato de a criança ter ido para uma casa de apoio e ser verificada a possibilidade de sua adoção já indica a existência de problema no seio do núcleo familiar biológico. O não socorro da família distendida antes do problema chegar à justiça questiona se vale a pena procurá-los após o andamento do processo. Não se pode negar que os vínculos de sangue são importantes, porém o instituto da adoção existe porque se entende que tais vínculos não são os únicos para a filiação. A adoção não é problema de substituição, mas de construção de novos afetos.

Nenhuma das conexões que venham a preencher a lacuna deixada pelos vínculos ausentes ou obsoletos tem, contudo, a garantia da permanência definitiva. De qualquer modo, eles só precisam ser frouxamente atados, para que possam ser outra vez desfeitos, sem grandes delongas, quando os cenários mudarem – o que, na modernidade líquida, decerto ocorrerá repetidas vezes. Acontece que as relações de filiação devem sobreviver mesmo quando a relação afetiva do casal desaparecer, pois não se pode confundir a relação conjugal com a de paternidade e filiação.

Outro equívoco está na forma como se compreende, ao longo do processo, o interesse da criança e do adolescente em estado de fragilidade social. Adotar não é fazer um favor e ser adotado não é privilégio. A adoção é forma de composição familiar cujos objetivos são relações afetivas estáveis e estrutura de apoio para boa formação das crianças. Porém, a família é muito mais do que isto. Ela se apresenta como permanente laço de Fraternidade que deverá se estender não só às relações atuais, mas, inclusive, pelas gerações vindouras. Desta forma, a regulamentação precisa se aproximar mais do interesse e das necessidades reais daqueles que se encontram sem apoio familiar.

Assim, para conseguir adotar uma criança ou adolescente há caminho legal a ser seguido, de acordo com o Código Civil e com as diretrizes do Estatuto da

Criança e do Adolescente, e com toda a legislação sobre o tema. E que para segui-lo tem que se levar em conta em primeiro lugar o melhor interesse da criança e do adolescente. O interesse protegido é o de se ter uma família para viver com dignidade. Por este motivo é preciso proteger o interesse do abandonado a partir de seu ponto de vista. Não se pode, pelo desejo de muito proteger, deixar o outro desprotegido para sempre ou tardiamente protegido. Tanto se protege que no final termina mais desprotegido ainda.

Apesar dessa conscientização, o processo de adoção ainda é muito burocrático e demorado. O que será que poderia ser feito para que de forma responsável esta burocratização pudesse ser acelerada? O caminho é a constante reformulação das leis de adoção, adequando o instituto, para que possa atender as necessidades e sofrimentos destas crianças e adolescentes. É, também, a mudança de mentalidade para acabar com os preconceitos contra muitas formas de convivência familiar; mudança de ideologia dos interessados em adotar para que não segreguem os já abandonados e busquem o filho da adoção como se busca o filho natural.

Os tempos são de liquidez. Porém, o sentimento de amor à humanidade, essencial para a comunidade familiar e, em desdobramento, a toda a comunidade política, não pode ser líquido. Este precisa ter forma. E sua forma é a do querer bem para construir famílias nas quais os rejeitados pelas famílias biológicas possam fazer a verdadeira experiência de vida familiar e bem se preparar para, no futuro, edificar responsavelmente uma nova família.

Ao longo do procedimento de adoção as normas devem ser aplicadas considerando a dimensão integral do positivismo para o qual os princípios constitucionais devem sempre prevalecer. A formação do homem solidário, pleno em sua dignidade, para a qual a constituição destacou o papel da família, passa pela aplicação responsável das normas. Ao mesmo tempo em que se demanda por programas que deem às famílias condições para oferecer os elementos necessários para o desenvolvimento biológico, social e ética das crianças e adolescentes.

No modelo constitucional centralizado pela busca da sociedade fraterna o reconhecimento da dignidade humana é essencial e a aplicação dos direitos fundamentais é meio necessário para a preservação da vida familiar. Ao mesmo tempo, o modelo de comunidade familiar serve como referência para a organização social e política. Até porque a família foi eleita pela nossa constituição como a base

da sociedade. Nela encontram-se todas as virtudes que reproduzidas no ambiente político e social criam as condições para se atingir os objetivos constitucionais.

Este processo valoriza e coloca em lugar de destaque a Fraternidade com todas as suas consequências. E, enquanto base da sociedade, a família é lugar primordial para se praticar todos os valores da solidariedade e da cooperação pela responsabilidade afetiva entre as pessoas. Talvez, a melhor representação do afeto cujo resultado seja o interesse desmedido de que o outro viva em plenitude e promova a integração plena entre adotando e adotante que, de estranhos, passam a compor uma mesma e única comunidade familiar.

A regulamentação e a jurisdição devem respeitar os elementos característicos da identidade da vida familiar. O tema do Direito de Família se apresenta envolvido em grande complexidade porque regula relações que não dependem somente da coerção normativa, mas se constroem sobre laços afetivos. A lógica da normatização não é a mesma lógica da socioafetividade. Porém, a adoção deve, ao mesmo tempo, reconhecer a importância da filiação socioafetiva sem deixar de dar a ela uma forma jurídica.

O que não se pode aceitar é a continuidade do abandono de crianças e adolescentes numa sociedade cuja base constitucional é buscar a dignidade da pessoa humana pela inserção na vida familiar. O abandono gera frutos pessoais e sociais negativos; a não inserção familiar resulta em custos sociais incalculáveis. É hora de legislador, julgador e sociedade se unirem para que todos possam usufruir dos benefícios da convivência familiar com a finalidade de que esta se torne definitivamente o preâmbulo da sociedade fraterna objetiva, em última instância, pela ordem constitucional atual.

REFERÊNCIAS

AMB. **Guia para a adoção:** adoção passo a passo. Arquivo digital – **Disponível em** <http://www.amb.com.br/museumdestino/docs/Manual%20de%20adocao.pdf>. Acesso em 15 de setembro de 2015.

_____. **Novas regras para a adoção:** guia comentado. Arquivo digital. Disponível em: http://www.amb.com.br/docs/noticias/2009/adocao_comentado.pdf. Ano da publicação: 2009. Acesso em: 15 de setembro de 2015.

ANDRADE, Maria Inês Chave de. **A Fraternidade como direito fundamental entre o ser e o dever ser na dialética dos opostos de Hegel.** Coimbra – Portugal: Edições Almedina, 2010.

APEL, Karl-Otto. **Ética do Discurso como ética da responsabilidade.** In.: Departamento de Filosofia, Universidade de São Paulo. Cadernos de Tradução. n. 3, 1998.

AQUINI, Marco. **Fraternidade e Direitos Humanos.** In: BAGGIO, Antonio Maria (organizador). O Princípio Esquecido, vol. 1. São Paulo: Editora Cidade Nova, 2008. pp. 127 – 151.

ARENDT, Hannah. **A condição Humana.** 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13 ed. ver. ampl. São Paulo Malheiros, 2012.

BAGGIO, Antônio Maria. **Fraternidade e reflexão politológica contemporânea.** In: O Princípio Esquecido – 2: exigências, recursos e definições da Fraternidade na política. São Paulo: Cidade Nova, 2009. pp. 9 – 20.

_____. **Fraternidade e reflexão politológica contemporânea.** In: BAGGIO, Antônio Maria (org.). O Princípio Esquecido – 2: exigências, recursos e definições da Fraternidade na política. São Paulo: Cidade Nova, 2009.

BANDEIRA, Marcos. **Adoção na prática forense.** 1ªed. Ilhéus: Editus, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004.

BOFF, Leonardo. **Justiça e Cuidado: Opostos ou Complementares**. in: PEREIRA, Tânia da Silva e OLIVEIRA, Guilherme de (coordenadores). **O Cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. pp. 1 – 12.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente** – Lei 8069/90. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm; acesso em 10.01.2016.

_____. **Estatuto do Idoso** – Lei 10.741/03. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=224902&norma=237486>, acesso em 10.01.2016.

_____. **Lei Maria da Penha** - Lei 11.340/06 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 10.01.2016.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo, AZAMBUJA, Maria Regina Fay. **A releitura da adoção sob a perspectiva da doutrina da proteção integral à infância e adolescência**. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, v.5, n.18, p.30-48, jun./jul. 2003.

CASTRO. Carlos Roberto Siqueira. **A constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CNBB. **Eras Tu, Senhor?!**: texto base da Campanha da Fraternidade - 1995; São Paulo, Ed. Salesiana Dom Bosco, 1994.

_____. **Fraternidade e segurança pública: a paz é fruto da justiça**. São Paulo: Edições CNBB, 2008.

_____. **Solidários na Dignidade do Trabalho – Texto-Base: Campanha da Fraternidade de 1991**. São Paulo: Editora Salesiana Dom Bosco, 1991.

CNMP. **CNMP divulga dados sobre acolhimento de crianças e adolescentes**. Publicação digital. 2013. <http://www.cnmp.gov.br/portal/noticia/3702-cnmp-divulgados-sobre-acolhimento-de-criancas-e-adolescentes>; Acesso em 05/10/2015)

CÓSSIO, CARLOS. **La polémica anti-egológica: respuesta al profesor Hans Kelsen**. in: Revista Jurídica Argentina La Ley, Tomo 56, Buenos Aires, 1954.

DECCACHE, Lucia Cristina Guimarães. **A garantia constitucional da convivência familiar e a proibição do retrocesso**. Revista do Advogado, São Paulo, v. 28, n. 101, p. 55-61, dez. 2008.

DI LORENZO, Wambert Gomes. **Teoria do Estado de Solidariedade: da dignidade da pessoa humana aos seus corolários**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. pp. 67 – 87.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito da Famílias**. 5 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5, p. 483/513.

DOMINGOS, Carla Hecht. **Processo de adoção**, Porto Alegre, v.8, n.38, p.38-63, out./Nov. 2006.

DUSSEL, Enrique D. **Para uma ética da libertação latino americana: v. II – Eiticidade e Moralidade**. São Paulo e Piracicaba – SP: Edições Loyola e Editora Unimep, 1977.

FERREIRA, Márcia Regina Porto. **1º Guia de adoção: Novos caminhos e dificuldades e possíveis soluções**. São Paulo: Winners Editorial, 2000.

GAGLIANO, Pablo Stozzer, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. V. 6.

GALVÃO, Heveraldo. **Adoção por casal formado por pessoas do mesmo sexo**. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, v.8, n.40, p.72-79, fev./mar. 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 6, p. 337-362.

GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção Doutrina e Prática: com comentário à nova lei da adoção**. 2ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**, 7 ed, São Paulo: Malheiros, 2008.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. São Paulo: Loyola, 1997.

_____. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos**. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

_____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**, vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HECK, Philipp. **Interpretação da lei – jurisprudências dos interesses**. São Paulo: Livraria Acadêmica, Saraiva e Cia Editores, 1947.

HONORATO, Cássio Mattos, LENTCH, Gilciane Pacheco. **Adoção de Crianças e adolescentes: princípios e a sentença que constitui o vínculo de filiação.**

Revista de Direito Privado, São Paulo, v.6, n.29, p.40-77, jan./mar. 2007.

HORITA, Fernando Henrique da Silva. **Afeto, amor e Fraternidade: por novos paradigmas no direito de família.** in: TOLEDO, Iara Rodrigues de; MENDES, Daiane Cristina da Silva; PEREIRA, Sarah Caroline de Deus (coordenadores).

Estudos acerca do princípio da Fraternidade no direito de família: construção do saber jurídico e crítica aos fundamentos da dogmática jurídica. São Paulo: Letras jurídicas, 2014. pp. 93 – 128.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** 8 ed. São Paulo: WMF Martins, 2012.

KNOERR, Viviane Coelho de Séllos. **A exploração do trabalho infantil e sua erradicação como uma questão de Direitos Humanos.** Revista Unicuitiba, v. 1, n.

30. 2013. Disponível em: <http://revista.unicuitiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/571>; Acesso em: 20/10/2015.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt.** São Paulo: Companhia da Letras, 1988.

LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Área. **Constitucionalização da Ética do afeto e a alteridade nas novas famílias.** in: TOLEDO, Iara Rodrigues de; MENDES, Daiane

Cristina da Silva; PEREIRA, Sarah Caroline de Deus. Estudos acerca do princípio da Fraternidade no direito de família: construção do saber jurídico e crítica aos fundamentos da dogmática jurídica. São Paulo: Letras jurídicas, 2014. pp. 127 a 149.

LEITE, Valéria. A. S. e SIMÕES, Melrian F. S. **Considerações acerca dos entraves à efetivação da Adoção no cenário Jurídico Brasileiro.** In: FERRAZ, Carolina

Valença; OLIVEIRA, José Sebastião de; POLI, Luciana Costa (orgs.). **XXIII Congresso Nacional do CONPEDI/UFPB - João Pessoa-PB:** TEMA: A

Humanização do Direito e a Horizontalização da Justiça no século XXI, 2014. Filosofia de Família I. Arquivo Digital. Disponível em:

<http://www.publicadireito.com.br/publicacao/ufpb/livro.php?gt=139>, acesso em: 20/10/2015. pp. 323 - 337

LITHOLDO, Viviane P. Scucuglia. **Uma questão de princípios.** In: HERRERA, Luiz Henrique Martim e BAILO, Lucas Seixas (Organizadores). A nova interpretação do

direito: construção do saber jurídico. Birigui – SP: Boreal Editora, 2012. pp. 197 – 208.

LORENZO, Wambert Gomes DI. **Teoria do Estado de Solidariedade: da dignidade da pessoa humana aos seus corolários**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MAGALHÃES, Leslei Lester dos Anjos. **O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida**. São Paulo,:Saraiva, 2012.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Direitos das famílias: amor e bioética**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

MARQUES, Claudia Lima. **O regime da adoção internacional no direito brasileiro após a entrada em vigor da convenção de Haia de 1993**. Revista de Direito Privado, São Paulo, v.3, n. 9, p.43-67, jan./mar. 2002.

MATOS, Henrique Cristiano José. **No movimento da misericórdia**. Belo Horizonte – MG: Editora O Lutador, 1996.

MATUOKA, Ingrid. **Para cada criança na fila de adoção há seis famílias interessadas**. In: Revista Carta Capital,, 08/06/2015 – Publicação on line. Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/sociedade/para-cada-crianca-na-fila-de-adocao-ha-quase-seis-pais-possiveis-2498.html>. Acesso em: 10.01.2016.

MENDES, Daiane Cristina da Silva e TOLEDO, Iara Rodrigues de. **Guarda compartilhada com base no princípio da afetividade no direito de família**. . in: TOLEDO, Iara Rodrigues de; MENDES, Daiane Cristina da Silva; PEREIRA, Sarah Caroline de Deus (coordenadores). Estudos acerca do princípio da Fraternidade no direito de família: construção do saber jurídico e crítica aos fundamentos da dogmática jurídica. São Paulo: Letras jurídicas, 2014. pp. 361 – 380.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional – Direitos fundamentais**, Tomo IV, 5 ed. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 2008.

_____. **Uma reorganização possível do art. 5º da Constituição Federal**. in: REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP, Vol. 2, segundo semestre de 2014, São Paulo: PUC, 2014. pp. 134 – 142.

MONACO, Gustavo Feraz de Campos. **Motivação interna da decisão de adotar: adoção por casais e por pessoas singulares**. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, v.4, n.14, p.43-50, jul./set. 2002.

MOURA, Germana Costa. **Pelo fim do preconceito com a adoção**. Disponível em: <http://www.filhosadotivosdobrasil.com/adocao/preconceito-com-a-adocao>. Acesso em: 20 de setembro de 2015.

NEVES Marcelo. ... **à constitucionalização simbólica: abertura de debate.** In: Neves. A Constitucionalização Simbólica. São Paulo: Acadêmica, 2004. pp. 53 - 76.

NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**, 2 ed. ver. mod e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

PAVEZI, Renata Marina Balbo Pavezi e GITAHI, Raquel Rosan Christino. **A adoção e o preconceito racial.** Revista Em Tempo, Marília, v. 6, p. 63-69, 2004. pp. 63 – 69. Publicação digital. Disponível em: <http://revista.univem.edu.br/index.php/emtempo/article/view/144/169>; acesso em 10/01/2016.

PEREIRA, Manilo Medeiros e SANTOS, Gabriela Munhoz dos. **A relação do princípio da afetividade com o direito de família na busca da dignidade humana.** in: TOLEDO, Iara Rodrigues de; MENDES, Daiane Cristina da Silva; PEREIRA, Sarah Caroline de Deus (coordenadores). Estudos acerca do princípio da Fraternidade no direito de família: construção do saber jurídico e crítica aos fundamentos da dogmática jurídica. São Paulo: Letras jurídicas, 2014. pp. 282 – 302).

POZZOLI, Lafayette. **Direito de Família: a Fraternidade humanística na mediação familiar.** in: PIERRE, Luiz; ROSÁRIO, Maria do; CURY, Munir Cury; FULAN, Vanessa. Fraternidade como Categoria Jurídica. São Paulo: Cidade Nova, 2013. pp. 99 - 117.

POZZOLI, Lafayette; MONASA, Clarissa Chagas Sanches; AMADOR, Édio Queiroz **O Justo fraterno: interpretação e aplicabilidade do Princípio da Fraternidade no Direito.** In: HERRERA, Luiz Henrique Martim e BAIO, Lucas Seixas (Organizadores). A nova interpretação do direito: construção do saber jurídico. Birigui – SP: Boreal Editora, 2012. pp. 15 a 34.

PRESTI Alberto Lo. **O poder político em busca de novos paradigmas.** In: BAGGIO, Antônio Maria (org.). O Princípio Esquecido – 2: exigências, recursos e definições da Fraternidade na política. São Paulo: Cidade Nova, 2009.

RAMIRO, Caio Henrique Lopes. **Direito e esfera pública: uma leitura a partir de Habermas.** In: HERRERA, Luiz Henrique Martim e BAIO, Lucas Seixas (Organizadores). A nova interpretação do direito: construção do saber jurídico. Birigui – SP: Boreal Editora, 2012. pp. 112 – 129.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial – Parâmetros Dogmáticos.** São Paulo: Saraiva, 2010

REALE, Miguel. **O direito como experiência – introdução à epistemologia jurídica**. 2 ed. fac-similar. São Paulo: Saraiva, 1992.

SANTOS JÚNIOR, Valdir Garcia dos e CASTRO FILHO, João Carlos Monteiro de.. **Princípios no Direito de Família: a afetividade como base das novas relações familiares**. TOLEDO, Iara Rodrigues de; MENDES, Daiane Cristina da Silva; PEREIRA, Sarah Caroline de Deus (Coordenadores). Estudos acerca do princípio da Fraternidade no direito de família: construção do saber jurídico e crítica aos fundamentos da dogmática jurídica. São Paulo: Letas jurídicas, 2014. pp. 396 – 412.

SANTOS, Romualdo Baptista dos. **A tutela jurídica da afetividade**. Curitiba: Juruá, 2011.

SAYEG, R. H. **Perfil Constitucional do Capitalismo Humanista Brasileiro**. In MARTINS FILHO, I. G.; MEYER-PFLUG, S. R. (orgs.). A Intervenção do Estado no domínio econômico: condições e limites. São Paulo: LTr, 2011, pp. 100/126.

SCHIMIDT, Shauma Schiavo. **A legitimidade do atero no Estado Democrático de Direito**. In: Revista Em Tempo – UNIVEM - Marília - v. 13 – 2014. pp. 218 – 230. Publicação digital, disponível em: <http://revista.univem.edu.br/index.php/emtempo/article/view/512/379>; acesso em 10/01/2016.

SENADO. **História da adoção no mundo**. In: _____. Contexto da adoção no Brasil. Revista em Discussão!, publicação digital. Sem data. Disponível em <http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/contexto-da-adocao-no-brasil/historia-da-adocao-no-mundo.aspx>. Acesso em 05/10/2015.

SEREJO, Lourival. **Adoção a brasileira – revogação – pedido feito pela mãe – impossibilidade**. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, v.5, n.19, p.76-89, ago./set. 2003.

SILVA NETO, José Leite da. **Cidadania discursiva: horizontalidade e verticalidade da legitimação democrática**. Dissertação. UNIVEM – Mestrado em Direito. Marília, SP: [s.n.], 2002.

SILVA NETO, José Leite e LEITE, Valéria Aurelina da Silva Leite. **DA Teoria Ecológica ao poder simbólico de Bourdieu: a humanização do direito**. in: SILVA, Eduardo Pordeus e REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo (orgs.). **XXIII Congresso Nacional do CONPEDI/UFPB - João Pessoa-PB: TEMA: A Humanização do Direito e a Horizontalização da Justiça no século XXI**, 2014. Filosofia do Direito I. Arquivo Digital. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/ufpb/livro.php?gt=245>, acesso em: 20/10/2015.

SIMÕES, Alexandre Gazetta. **O protagonismo Judicial na concretização dos direitos sociais a partir da nova interpretação das normas constitucionais programática.** in: HERRERA, Luiz Henrique Martim e BAIO, Lucas Seixas (organizadores). *A nova interpretação do Direito: construção do saber jurídico.* Birigui, SP: Boreal Editora, 2012. pp. 80 – 99.

SOBRINO Jon. **Princípio Misericórdia: descer da cruz os povos crucificados.** Petrópolis, Ed. Vozes. 1994.

_____. **Ressurreição da verdadeira Igreja: os pobres, lugar teológico da Eclesiologia.** São Paulo, Edições Loyola, 1982.

VENOSA, Sílvio Sávio. **Direito Civil.** 5 ed. São Paulo. Atlas, 2008. v.6, p. 261-292.

WEBER, Lidia Natalia Dobrianskyj. **Pais e filhos por adoção no Brasil.** Curitiba – PR: Juruá, 2001.