

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO JACY DE ASSIS
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO**

CAMILA BARBOSA DE PAIVA

**ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL E ESTÍMULO À ADOÇÃO:
COLISÃO E CONCORRÊNCIA ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS
À IMAGEM E À CONVIVÊNCIA FAMILIAR**

UBERLÂNDIA

2020

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO JACY DE ASSIS
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO

CAMILA BARBOSA DE PAIVA

ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL E ESTÍMULO À ADOÇÃO:
COLISÃO E CONCORRÊNCIA ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS
À IMAGEM E À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direitos e Garantias Fundamentais

Linha de pesquisa: Sociedade, Sustentabilidade e Direitos Fundamentais

Orientador: Luiz Carlos Goiabeira Rosa

UBERLÂNDIA

2020

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Sistema de Bibliotecas da UFU, MG, Brasil.

P149a
2020 Paiva, Camila Barbosa de, 1990-
Acolhimento institucional e estímulo à adoção [recurso eletrônico] :
colisão e concorrência entre os direitos fundamentais à imagem e à
convivência familiar / Camila Barbosa de Paiva. - 2020.

Orientador: Luiz Carlos Goiabeira Rosa.
Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Uberlândia,
Programa de Pós-Graduação em Direito.
Modo de acesso: Internet.
Disponível em: <http://doi.org/10.14393/ufu.di.2020.3044>
Inclui bibliografia.

1. Direito. I. Rosa, Luiz Carlos Goiabeira, 1974-, (Orient.). II.
Universidade Federal de Uberlândia. Programa de Pós-Graduação em
Direito. III. Título.

CDU: 340

CAMILA BARBOSA DE PAIVA

ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL E ESTÍMULO À ADOÇÃO:
COLISÃO E CONCORRÊNCIA ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS
À IMAGEM E À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direitos e Garantias Fundamentais

Linha de pesquisa: Sociedade, Sustentabilidade e Direitos Fundamentais

Uberlândia, 20 de agosto de 2020

Prof. Dr. Luiz Carlos Goiabeira Rosa (UFU)

Profa. Dra. Keila Pacheco Ferreira (UFU)

Profa. Dra. Sofia Miranda Rabelo (PUC/MG)


UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA

Secretaria da Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito
 Av. João Naves de Ávila, 2121, Bloco 3D, Sala 302 - Bairro Santa Mônica, Uberlândia-MG, CEP 38400-902
 Telefone: 3239-4051 - mestradodireito@fadir.ufu.br - www.cmdip.fadir.ufu.br


ATA DE DEFESA - PÓS-GRADUAÇÃO

Programa de Pós-Graduação em:	Direito				
Defesa de:	Dissertação de Mestrado Acadêmico, número 140, PPGDI				
Data:	Vinte de agosto de dois mil e vinte	Hora de início:	14:00	Hora de encerramento:	16:00
Matrícula do Discente:	11812DIR005				
Nome do Discente:	Camila Barbosa de Paiva				
Título do Trabalho:	ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL E ESTÍMULO À ADOÇÃO: COLISÃO E CONCORRÊNCIA ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS À IMAGEM E À CONVIVÊNCIA FAMILIAR				
Área de concentração:	Direitos e Garantias Fundamentais				
Linha de pesquisa:	Sociedade, Sustentabilidade e Direitos Fundamentais				
Projeto de Pesquisa de vinculação:	Direitos e Deveres na Sociedade de Risco				

Reuniu-se, utilizando tecnologia de comunicação à distância, conforme previsto na Portaria n°. 36 da CAPES, a Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-graduação em Direito, assim composta: Professores Doutores: Sofia Miranda Rabelo - PUC/MG; Keila Pacheco Ferreira - UFU; e Luiz Carlos Goiabeira Rosa - UFU - orientador(a) do(a) candidato(a).

Iniciando os trabalhos o(a) presidente da mesa, Dr(a). Luiz Carlos Goiabeira Rosa, apresentou a Comissão Examinadora e o candidato(a), agradeceu a presença do público, e concedeu ao Discente a palavra para a exposição do seu trabalho. A duração da apresentação da Discente e o tempo de arguição e resposta foram conforme as normas do Programa.

A seguir o senhor(a) presidente concedeu a palavra, pela ordem sucessivamente, aos(às) examinadores(as), que passaram a arguir o(a) candidato(a). Ultimada a arguição, que se desenvolveu dentro dos termos regimentais, a Banca, em sessão secreta, atribuiu o resultado final, considerando o(a) candidato(a):

Aprovado(a).

Esta defesa faz parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Mestre.

O competente diploma será expedido após cumprimento dos demais requisitos, conforme as normas do Programa, a legislação pertinente e a regulamentação interna da UFU.

Neste ato, e para todos os fins de direito, os examinadores e a discente autorizam a transmissão ao vivo da atividade e a gravação das suas imagens e vozes para fins de registro e arquivo junto à Secretaria do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Uberlândia. As imagens e vozes não poderão ser divulgadas em nenhuma hipótese, exceto quando autorizadas expressamente pelos

examinadores e pela discente. Por ser esta a expressão da vontade, nada haverá a reclamar a título de direitos conexos quanto às imagens e vozes ou quaisquer outros, nos termos firmados na presente.

Nada mais havendo a tratar foram encerrados os trabalhos. Foi lavrada a presente ata que após lida e achada conforme foi assinada pela Banca Examinadora.



Documento assinado eletronicamente por **Luiz Carlos Goiabeira Rosa, Professor(a) do Magistério Superior**, em 20/08/2020, às 16:30, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Keila Pacheco Ferreira, Professor(a) do Magistério Superior**, em 20/08/2020, às 18:40, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Sofia Miranda Rabelo, Usuário Externo**, em 20/08/2020, às 21:00, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Camila Barbosa de Paiva, Usuário Externo**, em 21/08/2020, às 06:34, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://www.sei.ufu.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **2209123** e o código CRC **2C66FF9B**.

*À minha mãe, Walquíria, ao meu pai, Luiz, que
sempre me incentivaram a seguir com quaisquer que
fossem os meus planos e por me mostrarem como
estudar, pesquisar e questionar é essencial.*

AGRADECIMENTOS

O ato de escrever é também um ato de conhecer a si mesmo e desafiar as próprias conclusões. Em tempos em que o método é desacreditado, forçar-se a perscrutar uma hipótese e sua correição é um ato de resistência: fazer ciência tornou-se resistir e, enquanto assim se faz, notar como tanto um projeto como sua própria executora podem se transformar ao longo de pouco mais de dois anos. Tantas pessoas cruzaram meu caminho ou caminharam comigo neste tempo, cada uma deixando um pouco de si nessa construção, seja pela tentativa de implantar obstáculos, seja por trazer mais leveza ao percurso. E a todas elas agradeço, embora não cite a todas.

Primeiramente, agradeço aos meus pais, porque a eles devo a maior parte do que sou, da concepção do que julgo importante, do que capta meu olhar e das questões que lanço ao mundo; por me mostrarem que a educação é essencial e que eu poderia almejar qualquer caminho. Também à minha irmã, por ser a amizade mais longa, e pela parceria e pela compreensão da minha ausência.

Ao meu amor, agradeço por dividir meu coração e minha atenção com algo que permeou nossa vida conjunta e, igualmente a ela, roubou-me suspiros e batimentos cardíacos acelerados. À Jade, agradeço pelo inquestionado apoio, em tantos sentidos, por tantos meios, e por sempre me lembrar da minha capacidade. E, em outro campo da vida, prolongo o agradecimento a ela, somado ao de nosso sócio, Breno, que me aliviaram na vida profissional para que eu concluísse o desafio de outra área.

Às tantas mulheres de vida acadêmica que me inspiraram a seguir este caminho ou que me mostraram que ele e tantos outros são possíveis. Às minhas amigas com quem cheguei ao Mestrado, Bruna, Daniella, Flávia, Danielle; às amigas da faculdade, que motivam pelos desafios que superam, Rebecca, Fabiana, Letícia, Amanda, Débora, Cristiane e Kamila. Ao João Vitor, meu irmão distante, cujos debates jurídicos sempre me engrandeceram. E aos amigos que nesta nova etapa conquistei, em uma turma melhor do que eu poderia imaginar; dentre eles Yuri, Eline e Tharuelssy, cujos desabafos trocados me fortaleceram, e todos os outros que admiro.

Aos professores do Mestrado também deixo meu agradecimento. Suas aulas, recomendações de autores e leituras, conselhos e o amadurecimento propiciado, que são de inestimado valor. Mas especialmente a um professor que está sempre disposto a ensinar e colaborar, meu caríssimo orientador que, mais que isso, se tornou um parceiro na execução deste trabalho: o querido Goiabeira, sem o qual esta pesquisa não seria nada perto do que é.

RESUMO

Os direitos das crianças passaram de inexistentes para fundamentais no curso de poucas décadas, com o surgimento da Doutrina da Proteção Integral, que adveio no ranço de uma cultura menorista ainda a permear a rede de proteção. Enquanto a rica doutrina sobre teoria dos Direitos Fundamentais avançou em discussões mundialmente, a colisão de direitos de crianças e adolescentes continuou a ser tratada como uma escolha do juiz “bom pai de família” que sabe o que é melhor para aquele sob sua jurisdição, sem grandes fundamentações. As questões deste grupo de jurisdicionados, neste sentido, não são tratadas como complexas nem mesmo quando se deve ponderar entre dois direitos fundamentais. Mormente no caso de crianças em acolhimento institucional, aptas à adoção, mas, por estarem fora do perfil preferencial dos pretendentes, não encontram uma nova família. Estas, sem uma atenção individual e personalizada de um responsável, se veem objetos de ações de busca ativa que restringem direito de personalidade, direito à imagem, em prol do direito à convivência familiar. A tácita concordância prevalente de que este se sobrepõe àquele se tornou generalizada de modo que passou a justificar a si mesma, sem um aprofundamento, sem a desincumbência do ônus argumentativo que recai sobre aquele que diminui ou restringe um direito fundamental que colide com outro. Assim, com base nas teorias dos direitos fundamentais e da decisão judicial, e utilizando-se tanto o método dedutivo como o dialético, partindo-se do direito a uma família até a viabilidade deste por meio da visibilidade para colocação em família substituta, bem como, opondo ao modelo atual como esta visibilidade é dada, estabeleceu-se o princípio da exposição útil como um guia para a ponderação dos interesses concorrentes na promoção das adoções.

Palavras-chave: Direitos da Criança e do Adolescente; Teoria dos Direitos Fundamentais; Acolhimento Institucional; Promoção da Adoção; Exposição Útil.

ABSTRACT

Children's rights went from nonexistent to fundamental in the course of a few decades, with the emergence of the Integral Protection Doctrine, which came from a minorist culture still permeating the protection network. While the rich doctrine on Fundamental Rights Theory has advanced in discussions worldwide, the collision of children's rights has continued to be treated as a choice of the "good father" judge, who knows what is best for the one under his jurisdiction, without great grounds. The issues of this group of jurisdictionalists, in this sense, are not treated as complex, even when a proportionality must be struck between two fundamental rights. Especially in the case of children in institutional care, able to be adopted, but because they are not in the preferential profile of the applicants, they cannot find a new family. These, without an individual and personalized attention from a responsible, see themselves as objects of active search actions that restrict the right to personality, the right to image, in favor of the right to family life. The tacit prevailing agreement that the latter overlaps the former has become widespread so that it has come to justify itself, without deepening it, without discharging the argumentative burden that falls on those who restrict a fundamental right that collides with another. Thus, based on the theories of fundamental rights and judicial decision, and using both the deductive and the dialectical method, starting from the right to a family until its viability through visibility for placement in a substitute family, as well as, opposing the current model as this visibility is given, the principle of useful exposure was established as a guide for weighing competing interests in promoting adoptions.

Keywords: Children's Rights; Fundamental Rights Theory; Institutional Care; Adoption Promotion; Useful Exhibition Principle.

A história da humanidade é norteadada pela história dos adultos.

- *Tânia da Silva Pereira*

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 DIREITOS FUNDAMENTAIS EM COLISÃO	12
2.1 Teoria dos Princípios	14
2.2 Limites e Restrições aos Direitos Fundamentais	16
2.2.1 Restrições Diretamente Constitucionais	20
2.2.2 Restrições Indiretamente Constitucionais	21
2.2.3 Direitos Fundamentais Não Submetidos à Reserva Legal	25
2.3 Conteúdo dos Direitos Fundamentais	25
2.4 Renúncia a Direitos Fundamentais	27
2.5 Teoria da Decisão Judicial em Matéria de Direitos Fundamentais	30
2.6 Da Concorrência de Direitos Fundamentais	33
3 NOTAS SOBRE A CRIANÇA E O ADOLESCENTE NO CONTEXTO FAMILIAR	37
3.1 A Trajetória dos Direitos da Criança e do Adolescente no Contexto Familiar	39
3.1.1 No Âmbito Internacional	46
3.1.2 No Ordenamento Interno Brasileiro	52
3.2 Direito Fundamental à Convivência Familiar e Comunitária	60
3.2.1 Notas sobre Família e Convivência Familiar	63
3.2.2 A Importância da Família para a Cidadania	68
3.2.3 A Importância da Família para a Dignidade	69
3.3 A Adoção como Promoção do Direito Fundamental	71
3.3.1 Os prejuízos ocasionados pelo Acolhimento Institucional	73
3.3.2 A (In)Visibilidade de crianças e adolescentes em Acolhimento Institucional	79
4 DA EXPOSIÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, ENQUANTO INSTRUMENTO DE VIABILIZAÇÃO DA ADOÇÃO	84
4.1 Direito à Proteção da Imagem da Criança e do Adolescente	84
4.2 Da exposição da imagem da criança e do adolescente, em favor destes	91
4.3 A questão da incapacidade. A Autonomia Progressiva e o Interesse da Criança e do Adolescente	95
4.4 Da (im)possibilidade de Renúncia ou Limitação de Direitos de Personalidade por Crianças e Adolescentes	102
5 A CONCORRÊNCIA ENTRE OS DIREITOS À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E À IMAGEM, E A REALIDADE FÁTICA	109
5.1 O Novo Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento	110
5.2 O Papel da ANGAAD e dos Grupos de Apoio à Adoção	112
5.3 A Busca Ativa	114
5.3.1 Histórico	115
5.3.2 Critérios e Diretrizes	118
5.3.3 O Projeto de Lei nº. 938 de 2019	119
5.4 Iniciativas de Tribunais Brasileiros	120
5.4.1 Tribunal de Justiça de Pernambuco	122
5.4.2 Tribunal de Justiça do Paraná	125
5.4.3 Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso	130
5.4.4 Outros Tribunais	134
5.5 Direito ao Estímulo à Adoção e a Efetiva Utilidade da Exposição	135
6 CONCLUSÃO	139
REFERÊNCIAS	144

1 INTRODUÇÃO

A família é a célula básica da sociedade, de onde surgem e onde se desenvolvem os indivíduos: viver em família é de suma importância, principalmente para crianças e adolescentes, em razão de seu peculiar estado de desenvolvimento, podendo-se por isso dizer que, protegendo-se a família, protegem-se as futuras gerações. Não sem motivo, pertencer a uma família é um direito fundamental reconhecido pelo art. 226 da Constituição Federal e com atribuição expressa de proteção pelo Estado, dado que, protegendo-se a entidade familiar, tem-se também a proteção de seus membros, com o ambiente seguro para o seu crescimento.

A convivência familiar e comunitária é um direito fundamental garantido pela Constituição da República e, também, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, em consonância com a legislação internacional. Diz respeito ao direito da criança e do adolescente de crescer em um lar, com uma família, onde deve ser possibilitado e protegido o seu crescimento, envolto por uma convivência em comunidade que expanda seus horizontes. A família é o *locus* de desenvolvimento e realização do ser humano, onde, ademais, diversos outros direitos fundamentais são efetivados tais como a liberdade, em que se encaixa a autonomia e a vontade, a intimidade, a vida privada, além das várias nuances do macroprincípio e direito fundamental da dignidade humana, no qual se insere, ainda, a busca pela felicidade.

A esse respeito, apesar de o conceito de família ser plural, diverso, ante a complexidade das várias formações que tal núcleo pode tomar, observa-se o afeto enquanto referencial e ponto de partida para a construção dos vínculos socioafetivos estruturantes de um núcleo familiar. Com efeito, prevalece na doutrina jurídica e de outras áreas como Psicologia e Serviço Social, a ideia de que a família é aquela que se forma por meio dos vínculos de afetividade, muito mais que os de consanguinidade.

Nesse sentido, a presença de referenciais afetivos fixos é de vital importância para o desenvolvimento de crianças e adolescentes, que neles procuram cuidados e referências sobre os quais constroem sua identidade e sua personalidade, moldados para a vida inteira. E é devido a este importante papel que a convivência familiar, juntamente da comunitária, tornou-se um direito fundamental da criança e do adolescente: reconhecida a enorme importância de se viver junto a pessoas com quem se possua vínculos afetivos, e, também, a necessidade da proteção estatal, a família foi reconhecida constitucionalmente como a essencial instituição que de fato é.

Todavia, uma significativa parcela da população de crianças e adolescentes brasileiros convive com a dura e cotidiana realidade de privação desse importantíssimo direito fundamental. Existem mais de trinta mil que vivem sob a responsabilidade estatal, em lares mantidos pela municipalidade ou em famílias acolhedoras, aguardando a conclusão de processos judiciais sobre destituição de poder familiar, que estão em situação de risco, ou que aguardam na fila da adoção, por exemplo.

Ao se verificar a restrição ao direito à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes acolhidos institucionalmente, é possível associar a este quadro a restrição dos vários outros direitos que se realizam no seio do ambiente familiar. O desenvolvimento é comprometido, ante a individualidade tolhida e o tratamento coletivizado, sem afeto direto e referencial fixo. Por isso, percebe-se a urgente necessidade de se colocá-las em famílias, sejam naturais, extensas ou substitutas, para que voltem a estar no gozo do que lhe é devido tanto pela sociedade como pelo Estado: seus direitos.

Para se viabilizar a colocação em uma nova família, desenvolveram-se atividades de promoção da imagem das crianças e adolescentes, para que sejam visibilizadas aos postulantes à adoção e, por vezes, quaisquer pessoas que possam querer adotar, mas que não se cadastraram ainda junto à Vara da Infância e Juventude. Nesse sentido, Tribunais, em parcerias com organizações da sociedade civil, criaram projetos em que são expostas fotos, vídeos, cartas e até mesmo as próprias crianças.

Apesar da gritante necessidade de se fazer cumprir para as crianças em acolhimento institucional aptas à adoção o direito fundamental a pertencer a uma família, existem polêmicas acerca de como isso deve ser feito. Há resistência a se expor as crianças e adolescentes de um lado e, de outro, a certeza da indispensabilidade dessa exposição feita com o intuito de se despertar a atenção de possíveis famílias adotantes.

Assim, deve haver prevalência do direito fundamental à convivência familiar sobre o direito à proteção da imagem da criança e do adolescente?

Nessa linha, o presente trabalho presta-se a demonstrar que o direito a pertencer a uma família, sendo um direito fundamental e por isso tão importante quanto o direito à imagem, com este deve ser sopesado de forma a que, do modo mais eficaz e abrangente possível, permita-se a visibilidade das crianças e adolescentes acolhidos para promover sua adoção. Neste sentido, têm-se como objetivos específicos a análise da divulgação de fotos e vídeos de acolhidos aptos a serem adotados; o estudo da intermediação dos Grupos de Apoio à Adoção, em seus diversos projetos em parceria com Poder Judiciário e a municipalidade; a criação de um princípio da exposição útil, bem como a investigação de como a própria criança ou o

próprio adolescente podem atuar neste cenário, para ser considerada a sua vontade para um real cruzamento de interesses entre adotante e adotado.

Para o desenvolvimento da presente pesquisa, adotar-se-á o método dedutivo, partindo-se da generalidade do direito fundamental a pertencer a uma família, e se chegando à especificidade da viabilidade de se colocar crianças e adolescentes em famílias substitutas, para fins de dar maior visibilidade àqueles e facilitar a respectiva adoção. E se adotará o método dialético, traçando-se um paralelo entre a proposta ora apresentada e o atual modelo implantado e em vigor para, ao fim, defender-se o acerto em se dar maior visibilidade de crianças e adolescentes aptos, segundo o princípio da exposição útil, para se mais eficazmente promover a adoção e, por conseguinte, o direito a viver em uma família.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS EM COLISÃO

Uma Constituição é o documento supremo de um país, a lei fundamental que organiza os elementos essenciais do Estado, tanto seu território, sua população, como sua forma de governo e até mesmo a sua finalidade. Trata-se de um conjunto de normas, consideradas superiores, que deverão embasar e fundamentar todas as outras normas que o Estado editará, estabelecendo, dentre outras regras, os direitos de seus cidadãos.

A Constituição da República Federativa do Brasil é chamada de “Constituição Cidadã”, pois, após um período histórico de totalitarismo e arbitrariedades, rompeu com o regime ditatorial e trouxe uma nova Lei Fundamental que fez irromper a democracia no país, após lutas populares e a insustentabilidade do próprio regime que se impunha anteriormente. A atual Constituição Federal, promulgada em 1988, trouxe aos cidadãos brasileiros um importante rol de direitos considerados fundamentais, com a finalidade de resguardar um dos fundamentos eleitos para o Estado Democrático de Direito em que passou a se constituir a República: a dignidade da pessoa humana, destacada no primeiro artigo da Constituição, em seu inciso três.

Além do momento histórico interno que se superava quando da promulgação da Carta Constitucional, outra importante Era se iniciava no que se refere aos Direitos da Criança e do Adolescente. Em contraposição ao *status* de objeto de proteção que lhes era dado pela legislação – inclusive internacional –, em 1959, com a Declaração dos Direitos da Criança, passaram a ser considerados sujeitos de direitos. Esta evolução da visão sobre tais foi incorporada na Constituição Federal do Brasil de 1988, que inclusive trouxe em seu bojo o que seria previsto da Convenção sobre os Direitos da Criança, publicada apenas em 1989, e ratificada pelo Brasil no ano de 1990, pelo Decreto n°. 99.710.

Dessa forma, além de trazer um importante rol de Direitos e Garantias Fundamentais, a Constituição de 1988 trouxe ainda a proteção integral à criança e ao adolescente, com previsão em seu artigo 227, que traz a seguinte redação:

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. (BRASIL, 1988)

No ano de 1990, foi publicado também o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que reforçou, agora expressamente, a ideia da proteção integral trazida pela Constituição. Dessa forma, além de romper com o regime ditatorial e trazer o significativo rol de Direitos e

Garantias Fundamentais, a Lei Maior ainda estabeleceu a proteção integral para crianças e adolescentes, reconhecendo-os, portanto, como seres em peculiar estágio de desenvolvimento, o que foi regulamentado pelo ECA.

O ECA, portanto, dispõe acerca da proteção integral, conforme seu artigo primeiro, sendo esta uma importante doutrina dos direitos da criança e do adolescente, que volta a ser citada no artigo terceiro do referido Estatuto:

A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. (BRASIL, 1990a)

A doutrina da Proteção Integral representou um marco de evolução no tratamento legal das crianças e adolescentes e o começo de uma nova fase relativamente aos direitos destes, com o reconhecimento de sua condição de ser em desenvolvimento. Assim, trata-se um conjunto de direitos garantidos às crianças e aos adolescentes, exemplificados no rol do artigo 227 da Constituição Federal e regulamentados pelo ECA, vistos como essenciais ao sadio desenvolvimento da pessoa em formação.

A adoção dessa doutrina tanto no Direito Brasileiro como no internacional é compreendida como um marco histórico por se contrapor ao tratamento secular de exclusão social, consistindo em um conjunto de conceitos, metodologias e normas que aborda e traz compreensão a questões relativas às crianças e aos adolescentes, em consonância com os direitos humanos, reconhecendo-os como merecedores de respeito e dignidade (VOLPI, 2002, n.p.).

Dessa forma, todas as pessoas que ainda não possuem dezoito anos completos são protegidas pelo complexo “conceitual, metodológico e jurídico” (VOLPI, 2002, n.p.) que engloba não apenas os direitos previstos pelo ECA mas, também, todos os Direitos Fundamentais. Por consequência, a proteção a eles deferida torna-se mais ampla, com especificidades que trazem a necessidade de proteção de outros direitos inerentes à condição de seres em desenvolvimento, como o Direito Fundamental à Convivência Familiar, também garantido, por exemplo, aos idosos, que, porém, não estão abarcados nesta pesquisa.

A diferença da tutela de Direitos e Garantias Fundamentais assegurada aos adultos e às crianças e adolescentes repousa no fato de que os últimos possuem absoluta prioridade, nos termos do já mencionado artigo 227 da Constituição. Nesse tipo de situação, entra-se no debate acerca dos limites e/ou restrições de Direitos Fundamentais, bem como acerca da sua

eficácia ou efetividade. Nos tópicos a seguir, este tema será tratado, com a exposição das teorias relevantes.

2.1 Teoria dos Princípios

A Teoria de Robert Alexy acerca da diferença entre regras e princípios é essencial para se compreender e, mais ainda, analisar as teorias acerca de limites e restrições de Direitos Fundamentais. Isso porque, a depender do que se entende sobre as normas que estabelecem os Direitos Fundamentais, há uma noção diferente acerca do conceito destes e se adota uma ou outra teoria acerca de seus limites, de seu conteúdo, sua interpretação e, portanto, aplicação no mundo dos fatos e sua eficácia.

Canotilho (2000, p. 1160) faz um estudo aprofundado da distinção aqui tratada, tratando “norma” como um superconceito, o gênero que abarca princípios e regras como suas espécies, identificadas por meio de seu grau de abstração e de determinabilidade, pelo seu caráter de fundamentabilidade, pela “proximidade” da ideia de direito e pela natureza normogenética. Assim, nestes termos, o autor português descreve os princípios como mais abstratos e mais indeterminados do que as regras, sendo mais vagos e, por isso, exigem mediações que os concretizem, como a atividade do legislador e/ou do juiz. Além disso, os princípios são normas de natureza estruturante dentro do sistema jurídico ou que possuem fundamentabilidade neste devido à sua posição como fonte do Direito, a exemplo dos princípios constitucionais. E, ainda, possuem raízes no que exige a justiça (Dworkin) ou na ideia de direito (Larenz), sendo fundamento das regras, como base ou razão destas existirem, de serem criadas, seu fundamento. As regras, por sua vez, são menos abstratas, podem ser aplicadas de forma direta, podem ter um conteúdo meramente funcional, e são fundamentadas nos princípios (CANOTILHO, 2000, p.1160-1161).

Canotilho (2000, p. 1161) traz, ainda, além da diferença de grau, uma diferenciação qualitativa entre regras e princípios.

Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida (nos termos de Dworkin: *applicable in all-or-nothing fashion*); a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky), a convivência das regras é antinómica; os princípios coexistem, as regras antinómicas excluem-se. Consequentemente, os princípios, ao constituírem exigência de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à “lógica do tudo ou nada”), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não

deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos.

Neste sentido, aplica-se uma lógica diferente em caso de conflitos quando se trata de regras ou de princípios. Para as regras, vale a lógica do “tudo ou nada” (DWORKIN, 1977, p. 24): ou é aplicada inteiramente, ou em nada o é; ou tem validade ou não tem, de modo que, no caso de conflito entre regras, se uma prevalece, retira a outra do sistema. Já os princípios possuem aplicação de forma a otimizar a aplicação de normas no geral, de modo a gerar sua concretização no maior grau possível em cada caso: não há propriamente um conflito mas sim uma colisão, isto é, dentre os princípios aplicáveis ao caso, sobressai-se aquele que maior proteção dê ao titular, sem contudo eliminar os demais princípios em casos semelhantes porém com outras nuances.

Sobre este tema, nas palavras do próprio Alexy (2015, p. 90), um detalhe essencial para se distinguir regras de princípios é que estes últimos são normas que dão a ordem para que algo seja realizado na maior medida possível, dentro do conjunto das possibilidades jurídicas reais que existem. Assim, por este motivo, os princípios são mandados de otimização que podem ter seu cumprimento em medidas diferentes, a depender das possibilidades de fato e de direito. Em outras palavras:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Assim, tomando o conceito de princípio, tem-se que os direitos fundamentais, mesmo aqueles trazidos em regras - o que, no nosso ordenamento, pode-se considerar que são todos eles, já que os direitos fundamentais são direitos humanos positivados no âmbito interno, e assim considerados aqueles provenientes de tratados internacionais nos termos do parágrafo terceiro do artigo 5º da Constituição Federal -, devem ser tratados e interpretados como princípios, dada sua fundamentabilidade e amplitude, bem como pelo tratamento que se deve dar à colisão, quando ocorre, já que não se pode aplicar a regra do “tudo ou nada”, ante a impossibilidade da exclusão de um direito fundamental do ordenamento e de não ser possível a sua não aplicação no caso concreto que o invoca.

2.2 Limites e Restrições Direitos Fundamentais

Todos os seres humanos coexistem: alguns com maior proximidade entre si, por diversos motivos, o que faz necessário saber onde termina o direito de um e começa o de outro. Mesmo os Direitos Fundamentais, cujo caráter de essencialidade é maior, não são absolutos, sequer ilimitados.

A respeito dessas limitações, surgiram algumas teorias, estas muito utilizadas primordialmente no direito alienígena, para, então, ser importando ao Brasil para o estudo dos limites dos Direitos Fundamentais. Tais teorias, das quais vale o estudo, destinam-se a dizer onde estariam e como seriam definidas estas limitações, a fim de verificar o momento e por quem deve ser desincumbido o ônus da argumentação a respeito de uma definição destas bordas que delimitariam a esfera de proteção de um bem jurídico.

Nesta esteira, importante o estudo de algumas teorias destacadas acerca dos limites dos Direitos Fundamentais: a Teoria Interna, a Teoria Externa, e as teorias do suporte fático. Em um primeiro momento, no presente subtópico, pretende-se apresentar tais teorias, com seus principais pontos, destacando-se acerca do ônus argumentativo do julgador ou do legislador em cada uma. Ao final, pretende-se apontar qual delas ou a combinação entre elas que seria a mais pertinente para utilização no Direito Brasileiro.

Limites aos direitos fundamentais poderiam ser definidos como ações ou omissões das esferas do poder público ou de particulares que tornem mais difícil, reduzida ou que extinga o acesso a bens jurídicos resguardados, de modo a afetar o seu exercício ou a reduzir o dever do Estado de garanti-los ou promove-los, dever este que resultaria, *prima facie*, dos direitos fundamentais (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 385).

Os limites aos direitos são necessários em função da unidade da Constituição e da harmonia que deve existir entre direitos e bens protegidos. Neste sentido, os direitos fundamentais podem ser restringidos por disposições constitucionais, infraconstitucionais ou, como se defende, também por colisões ou concorrência entre os direitos fundamentais em situações fáticas. Nos dois primeiros casos, existiriam tipos diferentes de possibilidades de atividade restritiva pelo legislador, que só pode impor tal restrição caso haja autorização para tanto no texto constitucional, sobre a qual justificará o ato legislativo. Já no terceiro caso, da colisão ou da concorrência no caso concreto, haveria uma espécie de maleabilidade dos Direitos e, se a situação chegar ao Poder Judiciário, deveria o julgador arcar com um ônus argumentativo. Aqui se verifica a importância das teorias acima mencionadas que justificam ou não a preponderância de um Direito sobre o outro.

Neste sentido, importante verificarem-se os argumentos que cada uma das teorias que tenta explicar a existência ou não de colisão e concorrência entre Direitos Fundamentais, como se dariam ou não os limites e/ou restrições entre tais, se haveria ou não a necessidade da ocorrência de uma série de requisitos no mundo real para acontecerem as limitações, e se estes requisitos fáticos deveriam ser todos protegidos ou se alguns seriam excluídos da proteção, por alguma espécie de restrição constante do próprio Direito em questão. Cada uma destas hipóteses enumeradas correspondem a uma teoria ou a uma mescla delas, como se verá a seguir: Teoria Interna, Teoria Externa, Teoria do Suporte Fático Amplo, Teoria do Suporte Fático Restrito.

As mencionadas teorias, portanto, pretendem chegar a conclusões acerca do conteúdo do direito fundamental e sua delimitação, bem como o seu âmbito de proteção. Sobre os limites, tem-se tradicionalmente a distinção entre dois tipos que podem afetar o exercício de tais direitos: internos ou externos, segundo diferentes teorias. Os limites internos seriam aqueles que são intrínsecos ao próprio direito, enquanto os limites externos são tratados como algo que não lhe pertence a princípio. Já acerca do suporte fático, seja este abstrato (descrição na norma) ou concreto (ocorrência do fato descrito na norma no mundo da vida), diz respeito a “os elementos que, quando preenchidos, dão ensejo à realização do preceito da norma de direito fundamental” (SILVA, 2010, p. 74), podendo tais elementos abarcarem mais ou menos situações fáticas, ou seja, ser amplo ou restrito.

Tais teorias não possuem íntima ligação que é possível se imaginar à primeira vista, ao se relacionar, por exemplo, que suporte fático amplo ocorreria em situações que se adota a teoria externa; todavia, esta não é uma conexão que se faz com frequência, posto não ser essenciais. Pode-se relacionar suporte fático restrito com teoria externa, o que se ilustra com o direito fundamental à liberdade de imprensa, que possui suporte fático restrito, por não proteger o proselitismo religioso, mas não há impedimentos que outras condutas possam vir a ser vedadas, tornando novas condutas proibidas. (SILVA, 2010, p. 158)

Primeiramente, são necessários esclarecimentos de ordem terminológica, já que alguns termos são utilizados pela doutrina e pela jurisprudência em uma mistura despropositada de sentidos que não necessariamente se relacionam, o que alerta para o desconhecimento acerca do suporte teórico que tem o sentido de algumas palavras, como bem explica Silva (2010, p. 128):

[...] a simples menção a termos e expressões como restrição a direitos fundamentais, sopesamento, ponderação ou proporcionalidade – que, via de regra, sobretudo na jurisprudência, são utilizadas como se estivessem destacadas de qualquer pressuposto teórico – exige uma clara compreensão da

relação entre direito, de um lado, e seus limites e restrições, de outro. A precisão terminológica, neste ponto, é inafastável, pois há diversos termos que muitas vezes são usados em conjunto mas que, analiticamente enfocados, são incompatíveis entre si.

Para se falar de “restrição” a direito fundamental, supõem-se existentes duas situações, dentre as quais há uma relação de tipo especial, no caso, uma relação restrição: o direito e suas restrições. E se a relação entre ambos é assim definida, supõem-se primeiro a existência do direito em si, que não está restringido, e depois, o que resta do direito após as restrições serem adicionadas, o que vale dizer, o direito restringido. Por estarem as restrições, neste raciocínio, fora do direito, adicionadas a este, se trata tal raciocínio da teoria externa (ALEXY, 2015, p. 277). Assim como as restrições, as ideias de sopesamento de princípios também estão ligadas à teoria externa.

Assim, pela teoria externa, é possível que se admita que os ordenamentos jurídicos possuam, exclusivamente, por direitos restringidos, todavia, é também concebível se falar em direitos sem restrições. Isso porque não existe uma relação necessária entre os conceitos de direito e de restrição, sendo esta relação criada apenas quando de uma necessidade externa a determinado direito. Isso acontece quando direitos de diferentes indivíduos, bem como direitos individuais e os coletivos, precisam ser compatibilizados. (ALEXY, 2015, p. 277)

Dessa forma, a teoria externa demonstra a existência do direito em si e suas restrições como dois objetos distintos e independentes. E não se trata de apenas uma questão terminológica ou capricho doutrinário, já que traz significativas consequências tanto na teoria como no campo da prática, já que é o primeiro passo para solução de colisões de direitos fundamentais no caso concreto, como a regra da proporcionalidade. Apenas a partir do paradigma da teoria externa, esta regra pode ser aplicada, já que o conteúdo do direito não é influenciado, assim como a sua validade e sua extensão *prima facie* não são afetadas (SILVA, 2010, p. 138).

Assim, os limites externos seriam aqueles trazidos pelo ordenamento infraconstitucional, com a modificação de elementos que configuram o direito fundamental, em exercício de competência atribuída pela própria Constituição, que, para Alexy, estas seriam as “restrições indiretamente constitucionais”. Ou seja, limites que são impostos por meio de lei pelo legislador aos direitos fundamentais, sendo controláveis formal e materialmente em sua constitucionalidade. A teoria externa, dessa forma, “centra-se na função de defesa (protecção da liberdade e propriedade contra intervenções estatais dos direitos fundamentais (...)) e constitui um modelo essencialmente orientado para o controlo da legitimidade constitucional das intervenções estatais restritivas” (NOVAIS, 2003, p. 292).

A teoria interna, por sua vez, afirma que os limites dos direitos encontram-se dentro destes, ou seja, seriam intrínsecos, servindo para determinar o conteúdo do direito. Para essa teoria, portanto, o direito e seus limites são algo uno, ou seja, são *limites imanes* ao próprio direito. Dessa forma, existiriam atos, fatos ou estados que originalmente não pertenceriam ao âmbito jurídico do direito fundamental no âmbito concreto. Haveria, portanto, uma linha que dividiria o que é direito do que é não-direito. E tais configurações derivariam diretamente do texto constitucional.

Todavia, há uma concepção que destaca que não se trataria, nesta explicação, de limites propriamente ditos, já que seriam apenas hipóteses em que a lei estabelece pressupostos fáticos de forma mais detalhada. Nos termos utilizados por Alexy, seriam “cláusulas restritivas escritas que contêm restrições diretamente constitucionais.” (ALEXY, 2015, p. 286). Haveria, portanto, uma opção do legislador originário de que o direito *prima facie* se tornasse um não-direito. Existiriam também, segundo o citado doutrinador, cláusulas restritivas diretamente constitucionais tácitas, que decorreriam da Constituição a partir do exercício interpretativo.

Neste ponto, importante se verificar a diferença entre restrição e cláusula restritiva, sendo que a primeira se olha sob a perspectiva do direito e a segunda, da norma. Uma cláusula restritiva é uma parte da norma de direito fundamental, que estabelece se o suporte fático do direito está restringido ou se pode sê-lo, a partir do direito *prima facie*. Para Alexy, estas cláusulas podem ser expressas (escritas) ou tácitas (não escritas) (ALEXY, 2015, p. 286), como será visto mais adiante.

Dessa forma, por existirem apenas uma coisa (o direito com seus limites imanes), a teoria interna não admite a influência por qualquer fator externo, por exemplo e em definitivo, não aceitando a ideia de colisão de direitos como imposição de limites posteriores. A delimitação do conteúdo do direito, portanto, é feita antecipadamente. Isso daria à configuração do direito uma validade estrita, ou seja, a norma que descreve o direito fundamental teria sempre a certeza de ser aplicável e produzir seus efeitos sempre que a situação fática nela se encaixar. (SILVA, 2010, p. 128/129).

Neste sentido, é possível fazer um paralelo entre as distinções das teorias interna e a externa com a teoria de Robert Alexy que diferencia regras e princípios. Considerando que a teoria interna traz a ideia de validade estrita e de subsunção do fato à norma, trata-se a estrutura normativa dos direitos fundamentais na teoria interna como regra. Já a relação entre a teoria externa e a teoria dos princípios é íntima, já que a norma de direitos fundamentais inaugura o direito *prima facie*, com o suporte fático mais amplo possível, semelhante a um

mandado de otimização, que seria restringível, dentre outras formas, pela colisão com outras normas que limitariam a realização do princípio que deu origem ao direito. (SILVA, 2010, p. 129/139)

Para se refletir sobre a atividade do legislador infraconstitucional em relação aos direitos fundamentais, é necessário que se abandone a ideia dele como inimigo de tais. Isto porque, boa parte dos direitos fundamentais, a exemplo dos direitos sociais e outros que necessitam de uma prestação do Estado, impescindem da existência de legislação para que possam existir *in concreto*. Assim, a efetividade da maioria dos direitos fundamentais é dependente da organização jurídica das condições e âmbitos da vida que eles garantem (HESSE, 1991, p. 247).

Para Canotilho (2000, p. 1276), a restrição legal a direitos fundamentais, como denomina o autor, seria a limitação, direta ou indireta, por meio da lei, do âmbito de proteção de um direito fundado em norma da Constituição. Tais restrições limitam ou diminuem a eficácia do bem jurídico e as possíveis ações que o âmbito de proteção da norma garantidora de tais direitos.

Neste sentido, qualquer lei que venha a restringir direitos fundamentais deve encontrar na Constituição o fundamento explícito para tanto. Isso porque os direitos fundamentais apenas e somente podem ser restringidos através de ou com base em normas constitucionais (ALEXY, 2015, p. 281).

Assinale-se, pois que a norma constitucional que submete determinados direitos à reserva da lei restritiva contém, a um só tempo, (a) uma norma de garantia, que reconhece e garante determinado âmbito de proteção, e (b) uma norma de autorização de restrições, que permite ao legislador estabelecer limites ao âmbito de proteção constitucionalmente assegurado. (...) Não raras vezes, destinam-se as normas legais a *completar, densificar e concretizar* o direito fundamental. (MENDES, 2012, livro digital)

Para se compreender a questão relativa às restrições dos direitos fundamentais, a doutrina comumente as separa em tipos ou classificações. Assim, nos próximos subtópicos, apresenta-se uma necessária análise acerca das espécies de restrições constitucionais e infraconstitucionais aos Direitos Fundamentais.

2.2.1 Restrições diretamente constitucionais

As restrições classificadas como constitucionais são aquelas que existem no próprio texto da Constituição. Seria o que Canotilho (2000, p. 1276) chama de restrições

constitucionais imediatas, já que positivadas no texto constitucional, ou seja, estabelecidas pelas próprias normas da Constituição.

Alexy (2015, p. 286 a 288) explica que a cláusula restritiva é a parte da norma de direito fundamental que diz se o direito *prima facie* é ali mesmo restringido ou se poderá sê-lo. Neste sentido, as cláusulas restritivas expressas seriam aquelas que contêm as restrições diretamente constitucionais. Assim, a cláusula traz uma regra de restrição à realização de um princípio constitucional, sendo esta estabelecida pelo próprio constituinte. Este estabelece, assim, uma decisão contra a proteção constitucional completa a determinado princípio em favor de determinadas razões. Enquanto a cláusula traz a regra que restringe a proteção, as razões para ela existirem pertencem ao âmbito das restrições, e o princípio constitucional com o direito *prima facie* permanece importante, por trás do nível da regra, já que guiará a interpretação da norma que estabelece o direito e da regra que o traz de forma definitiva.

São consideradas cláusulas restritivas expressas aquelas que, apesar de não conterem expressamente a autorização de uma restrição, remetem a outras normas constitucionais ou a direitos de hierarquia constitucional. Os exemplos trazidos por Alexy (2015, p. 288 e 289) se baseiam na constituição alemã, todavia, podem ser agregados à realidade brasileira, como direitos de terceiros de hierarquia constitucional.

Segundo Steinmetz (2000, p. 14), ao analisar a perspectiva de Alexy, esclarece que as cláusulas restritivas expressas convertem uma posição *prima facie* em um não direito definitivo, já que a ideia de que existem limites no interior dos direitos fundamentais é absorvida pela noção de limitações diretamente constitucionais. Esse ponto de vista se liga à teoria externa, já que, segundo aqueles que se partidarizam à teoria interna, as cláusulas apenas expressariam o âmbito de proteção do próprio direito, ou seja, seriam um não direito. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 386).

Acima, explanou-se a respeito das cláusulas restritivas expressas. Mas, além destas, no bojo da própria constituição, é possível se encontrar restrições não escritas, por meio da interpretação dos princípios fundamentais, no caso de colisão com direitos fundamentais que colidem com de terceiros, e a outros princípios constitucionais, no caso dos valores jurídicos considerados hierarquicamente constitucionais.

2.2.2 Restrições indiretamente constitucionais

As cláusulas restritivas podem se referir, também, a normas infraconstitucionais, ou seja, a regra restritiva ao direito fundamental constante do texto constitucional se refere a

normas de hierarquia inferior à Constituição. Assim, por meio desta regra no texto constitucional, dá-se ao legislador ordinário a possibilidade de legislar sobre estes mesmos direitos, por vezes restringindo o alcance de seu suporte fático.

No caso brasileiro, estas seriam as restrições estabelecidas por lei e, também, por medida provisória, em razão do art. 62, caput, da Constituição Federal de 1988 (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 387). Apenas se podem falar em restrições quando estas são fundadas em autorizações do texto constitucional, que seriam as chamadas reservas legais.

Na medida em que as normas a que se faz referência estão à disposição do legislador ordinário — que as pode, portanto, manter, eliminar ou alterar —, devem elas ser classificadas como restrições indiretamente constitucionais; e as cláusulas que as garantem como cláusulas de reserva fundamentadoras de competência para estabelecer restrições. (ALEXY, 2015, p. 289)

Uma problemática que tangencia este tema consiste nas ocasiões em que a Constituição determina a restrição a direitos fundamentais. O legislador originário não poderia, nos casos em que fosse determinada a edição de normas restritivas, revogar todo um direito existente no texto constitucional, pois seria violação deste próprio. Todavia, mesmo se o legislador o fizesse, revogaria apenas as normas protetoras dos direitos atingidos, restando, ainda, o dever de proteção exigido pela Constituição, assim como o direito fundamental correspondente a este dever proteção.

Steinmetz (2000, p. 16) relaciona as restrições indiretamente constitucionais com a teoria dos limites externos, ao trazer à baila as definições escritas por Gavara de Cara (1994, p. 159-160), que traz ambas as teorias como sinônimos. O catedrático espanhol traz a seguinte definição:

Los limites externos o intervenciones em um sentido estricto son normas de rango infraconstitucional que modifican alguno de los elementos configuradores del derecho fundamental (titular, destinatario y objeto) y suponen la inaplicación a dichas modificaciones del sentido prescriptivo de um derecho fundamental como consecuencia de la utilización por parte del Poder Legislativo de uma norma de competencia.

Assim, os limites externos, nesta concepção sinônima das restrições indiretamente constitucionais, seriam aqueles que se impõem ao exercício legítimo e ordinário pelo ordenamento. Isto porque o legislador infraconstitucional modularia os elementos configuradores do direito fundamental (seja titular, destinatário ou objeto), modificando o seu exercício, seja para limitá-lo ou para que seja possível no mundo prático.

Estas restrições trazidas pelo legislador ordinário devem sempre estar embasadas em autorização do constituinte, ou legislador constitucional, e se manifestam através normas

constitucionais que explicitamente estabelecem uma chamada reserva de lei, das quais Alexy traz a definição:

Restrições indiretamente constitucionais são aquelas que a Constituição autoriza alguém a estabelecer. A expressão mais clara da competência para impor restrições indiretamente constitucionais encontra-se nas cláusulas de reserva explícitas. Cláusulas de reserva explícitas são aquelas disposições constitucionais – ou parte de disposições constitucionais – que expressamente autorizam intervenções e restrições. (ALEXY, 2015, p. 291).

As reservas de lei em matéria de direitos fundamentais são, portanto, normas de competência (STEINMETZ, 2000, p. 17), ou seja, são “disposições constitucionais que autorizam o legislador a intervir no âmbito de proteção dos direitos fundamentais” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 387). “Em síntese, a reserva de lei jusfundamental é uma norma de competência, constitucional, que autoriza o legislador a instituir restrições de direitos fundamentais” (STEINMETZ, 2000, p. 17).

Estas possuem função positiva, consistente no poder dado ao legislador de criar normas, bem como tem função de exclusão, considerando que não são jurídicas aquelas normas que não atenderem às regras de competência, seja pessoal, procedimental ou material. (STEINMETZ, 2000, p. 17)

Neste sentido, existem delimitações a que se deve atentar ao falar de reservas. A primeira seria quando ao aspecto formal delas, no que diz respeito à competência, procedimento e forma para imposição de restrições a direitos fundamentais. Já a segunda delimitação é relativa ao aspecto material, mais interessante para a presente discussão, por se tratar da medida em que a competência para restrições foi atribuída ao legislador, ou seja, os limites impostos tanto pelo que está expressamente disposto da cláusula de reserva como pelo conteúdo essencial do direito em questão, e, mais ainda, pelo princípio da proporcionalidade e o correspondente dever de sopesamento. (ALEXY, 2015, p. 292).

As reservas de lei portanto, não são, por si só, restrições. Elas trazem a possibilidade da restrição, sendo desta o seu fundamento jurídico e tendo como destinatário o legislador infraconstitucional. Estes, por sua vez, introduzem no ordenamento normas de proibição o mandato que são as restrições propriamente ditas, por sua vez, dirigidas ao cidadão.

Ao explicar a reserva de lei, Canotilho (2000, p. 729) traz à baila importantes questões. E uma que se deve destacar é a de que o conjunto de matéria trazidos nas cláusulas de reserva devem ser regulados por lei. Apesar de parecer redundante a explicação, é importante pois que, por vezes, o óbvio não salta aos olhos: os âmbitos materiais reservados à lei não podem

ser regulados de outra forma, por exemplo outros tipos de regulamentos, como portarias, haja vista a delimitação da competência.

Assim, a doutrina classifica as reservas de lei conforme a amplitude da possibilidade de ação restritiva do legislativo para/com os Direitos Fundamentais. De um modo geral, as reservas de lei podem ser gerais/ordinárias, ou restitivas/qualificadas.

A reserva de lei ordinária – também com os nomes de simples reserva legal, simples restrição legal ou reserva legal simples – é aquela que prevê a possibilidade de restrição mais ampla ao legislador, para que este configure ou limite os direitos fundamentais (GAVARA DE CARA, 1994, p. 143). Assim, a norma que traz esta reserva não estabelece pressupostos sequer finalidades específicas para a atuação do legislador, o que implica em uma competência ampla de restrição (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 387). Nas palavras de Alexy (2015, p. 192), “a competência para estabelecer restrições é pura e simplesmente garantida”.

Um exemplo desta espécie de reserva legal encontra-se no inciso LVIII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 que estabelece que: “O civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei”.

É importante destacar neste ponto que o Capítulo VII, do Título VIII da Constituição (intitulado “Da Ordem Social”), que trata “Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso” não traz em suas disposições quaisquer reservas amplas de competência para o legislador no que diz respeito ao Direito Fundamental à Convivência Familiar e Comunitária, disposto no artigo 227. (BRASIL, 1988, *online*).

Já a reserva de lei qualificada consubstancia-se numa autorização de restrição estabelecida pelo constituinte com alguns critérios a serem seguidos pelo legislador infraconstitucional, como pressupostos determinados ou com vistas a atingir algum objetivo especificado, como explica, neste sentido, Gavara de Cara (1994, p. 146):

La particularidade de este tipo de reserva estriba em que se autoriza al legislador al desarrollo normativo de los derechos fundamentales a los que afecte siempre que se cumplan determinados presupuestos [...], o se realice para lá persecución de determinados objetivos [...] establecidos en dichos derechos fundamentales. En definitiva, se autoriza el desarrollo normativo de los derechos afectados no por su justificación en base a cualquier objetivo constitucional, sino en base a objetivos constitucionales individualizados y numerados.

Dessa forma, existem no corpo das reservas qualificadas pressupostos e/ou objetivos que o legislador ordinário deve atender ao limitar os direitos fundamentais, como se percebe no texto a respeito do sigilo das comunicações telefônicas (SARLET; MARINONI;

MITIDIERO, 2017, p. 387), em que a Constituição estabelece, em seu artigo 5º, inciso XII, a respeito de investigação criminal, que “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal” (BRASIL, 1988, *online*)

Com relação ao tema central deste trabalho, pode-se dizer que se vê uma reserva legal qualificada no texto constitucional quando se trata do Direito a respeito da adoção, que “será assistida pelo Poder Público, na forma da lei” (BRASIL, 1988, *online*), porquanto o texto constitucional, para usar a adoção como meio de garantia ao direito a convivência familiar e comunitária, coloca-a como um objetivo, com o pressuposto de que deverá ser assistida pelo Poder Público.

2.2.3 Direitos Fundamentais não submetidos a reserva legal

Existem direitos fundamentais que não se submetem a reserva de lei por não existir tal previsão. Os dispositivos constitucionais que não trazem qualquer menção à possibilidade de intervenção legal na matéria de direitos fundamentais de que tratam e, portanto, estes não estariam submetidos à reserva legal. Dessa forma, os direitos enquadrados nesta classificação teriam como característica a sua não-restringibilidade. (SILVA, 2009, p. 607).

Assim, estes direitos fundamentais para os quais não há qualquer previsão de restrição de competência reservada ao legislador infraconstitucional não poderiam ser restringido, seja por lei ou sequer com base em qualquer legislação. E, segundo Friedrich Müller, sequer o Poder Judiciário poderia atribuir qualquer restrição a um direito fundamental que não tem precisão expressa para tanto. (MÜLLER *apud* SILVA, 2009, p. 607).

Neste ponto do presente trabalho, questiona-se a respeito do Direito Fundamental à Convivência Familiar e Comunitária. Ante a não previsão legal de qualquer restrição, seria ele não submetido à reserva legal? Eis um debate que será retomado posteriormente no tópico 2.5.

2.3 Conteúdo dos Direitos Fundamentais

Existe um núcleo fundamental dos direitos fundamentais que deve ser respeitado pela lei que em seu âmbito intervier. Assim, evita-se que tais direitos fiquem submetidos ao

completo alvedrio do legislador. Entretanto, este núcleo essencial é um conceito jurídico indeterminado, sendo árdua a tarefa de determinar seu conteúdo.

Farias (2000, p. 97) apresenta duas concepções que visam definir o que seria este núcleo essencial: a primeira seria do núcleo essencial como um valor absoluto, e a segunda, como um valor relativo. Primeiramente, o aludido autor apresenta uma definição do Tribunal Constitucional Espanhol, que traz, de um lado, faculdades e possibilidades de atuação necessária para que se possa reconhecer um direito como coerente ao que está descrito no texto constitucional e, de outro, os interesses juridicamente protegidos, para que a essência do direito protegido tenha resultado concreto, real, e efetivamente protegido.

Portanto, de um lado, ter-se-ia a essencialidade formada por elementos mínimos que permitem reconhecer o direito, impedindo que seja extinto ou transformado em outro ou, ainda, abarcado por outro direito; e, também, que a Constituição não traz todos esses elementos determinantes; porém, que tratar-se-ia de um “valor absoluto” já que, independente das circunstâncias e interpretações, os traços essenciais do direito em questão estariam sempre mantidos (FARIAS, 2000, p. 98).

Dessa forma, para a teoria absoluta, o núcleo essencial seria próprio de cada direito, sem possibilidade de modificação e determinável em abstrato.

Lado outro, a teoria relativa encontraria o núcleo com a utilização do princípio da proporcionalidade. Neste sentido, a restrição a um direito apenas seria justificável para a realização de outro, também constitucionalmente protegido, e apenas na proporção necessária para tanto. Assim, haveria um mínimo de valor que não se poderia manipular, mesmo diante de um valor considerado maior, que poderia ser a dignidade humana, por exemplo. Assim, o ideal de dignidade seria o limite que a restrição não poderia transpor.

O maior adepto da teoria relativa, citado por Farias (2000, p. 98 e 99), é José Carlos Vieira Andrade. Todavia, Miranda (2000, p. 341) critica duramente a postura dos relativistas, acusando-os de confundirem o núcleo essencial com a proporcionalidade:

Afigura-se que, para realmente funcionar como barreira última e efectiva contra o abuso do poder, como barreira que o legislador, seja qual for o interesse (permanente ou conjuntural) que prossiga, não deve romper, o conteúdo tem de ser entendido como um limite absoluto correspondente à finalidade ou ao valor que justifica o direito. As teses relativistas são de rejeitar, porque confundem proporcionalidade [...] e conteúdo essencial.

Demais disso, existem bens fundamentais mínimos para que uma pessoa exista dentro da qualidade humana, desenvolvendo e passando a exercer capacidades morais, com o direito a seu serviço. Assim, tais bens são o mínimo para que possa tal pessoa atuar como cidadão,

como moradia, educação, saúde, entre outros. Caso não se acesse tais bens, não há como se falar em pessoa (LORENZETTI, 2009, p. 133).

2.4 Renúncia a Direitos Fundamentais

A liberdade é um direito fundamental inerente à pessoa humana e sua dignidade, prevista ao longo da Constituição por diversas vezes, desde o seu preâmbulo, como finalidade do Estado Democrático de Direito e a máxima deste, consistindo este em um direito geral de liberdade que constou de todas as Constituições Brasileiras. “A Constituição Federal é, portanto, também e em primeira linha, uma constituição da liberdade” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 484).

Além do direito geral de liberdade, existe, ao longo do texto constitucional, a menção a diversos direitos de liberdade, em diversos dispositivos, garantindo que seja a pessoa humana livre em diferentes contextos, como é o caso da liberdade de expressão, de associação, de reunião, de manifestação, entre tantas outras. Constante do *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, a liberdade é, inclusive, cláusula pétrea, nos termos do artigo 60, §4º, IV, da citada Carta. Dessa forma, percebe-se que a liberdade é um bem jurídico muito valorado e protegido no Ordenamento Jurídico Brasileiro.

Liberdade, porém, não é um conceito simples. Abbagnano (2007, p. 606-613) buscou conceituar liberdade, iniciando com a exposição das três concepções que trouxeram três significados diferentes ao longo da história, concernente a uma sobreposição de um pelo outro: 1) autodeterminação sem condições ou limites; 2) uma autodeterminação atribuída à totalidade a que o ser humano pertence e uma necessidade deste; e, a mais atual, 3) liberdade como possibilidade de escolha, esta limitada e condicionada, isto é, finita. Este último é o que mais interessa a este trabalho, já que não se entende aqui que a liberdade é absoluta, consoante as restrições a direitos fundamentais já estudadas; e não se atribui ela à essência, à natureza, ou à ordem em que se vive, mas ao indivíduo; restando a concepção da liberdade na medida do possível, representada pelas possibilidades que se possui em determinado grau ou medida. Um dos autores citados por Abbagnano (2007, p. 612) é Kant, que traz o conceito de liberdade finita para definição de liberdade jurídica ou política, como a possibilidade de apenas obedecer a leis externas a que se pode dar assentimento.

O Ordenamento Jurídico Brasileiro, por valorar a liberdade de tamanho modo, como demonstrado, consagrou a vontade e a sua autonomia como legitimadora de atos e relações jurídicas. Ela prevalece, inclusive, sobre declarações, prevalecendo a intenção sobre o sentido

literal do que foi declarado, como apregoa o artigo 112 do Código Civil (BRASIL, 2002, *online*). Nesta Codificação, o termo “vontade” aparece cerca de meia centena de vezes, inclusive para invalidar negócios em que ela esteja viciada, como quando existe coação¹.

Neste sentido, a vontade recai também sobre o exercício dos Direitos Fundamentais, já que se pode, voluntária e temporariamente, deixar de exercer algum desses direitos. Ou seja, a renúncia a Direitos Fundamentais é possível, porém não em relação a todos eles. “A vontade do titular em permitir certa limitação ao exercício de algum direito da personalidade está intimamente ligada ao direito de liberdade o qual também é um direito da personalidade”. (CANTALI, 2009, p. 152) Estes direitos são balizados pelo metaprincípio da dignidade humana, já que uma vida digna é imperativa para a efetividade de quaisquer outros direitos, sejam constitucionais ou infraconstitucionais (ROSA; BORGES, 2018, p. 124).

Importante esclarecer, de início, que não se trata a uma renúncia à sua titularidade, nunca, mas, sim, ao seu exercício em determinado momento, pois, conforme ensina Novais (2006, p. 219) trata-se de “uma decisão voluntária que produz um enfraquecimento da protecção de direito fundamental”, ou seja:

esse poder individual de dispor das posições jurídicas próprias tuteladas por normas de direitos fundamentais, de cujo exercício resulta, como consequência jurídica, uma diminuição da protecção do indivíduo face às entidades públicas, ou da qual resulta, vista agora da perspectiva do poder público, uma ampliação da margem de actuação deste relativamente à esfera protegida de direitos fundamentais de um indivíduo. (NOVAIS, 2006, p. 219)

A renúncia de um Direito Fundamental se difere da renúncia de qualquer outro direito já que, no caso deste último, importa em sua perda, com transferência ou atribuição a outra pessoa. Quando se fala em Direito Fundamental, esse nunca é perdido, extinto ou transferido (MAC CRORIE, 2013, *livro digital*). Ademais, implica, portanto, um comprometimento do titular a não exercer faculdades, poderes ou pretensões integrantes do direito específico, perante entidades públicas, ato este que se difere da perda e do não exercício. “Em caso de renúncia, o indivíduo protegido pelo direito fundamental permanece na titularidade deste mesmo direito. Em função disso pode revogar a declaração de renúncia – seja de maneira expressa ou tácita [...]” (ADAMY, 2012, p. 114).

Apesar de a perda também representar um enfraquecimento de uma posição jurídica, esta não se dá pela vontade do titular, mas pela verificação, consoante o ordenamento jurídico, do não preenchimento de pressupostos de fato inerentes ao direito; há neste caso, uma heteronomia na decisão. Devido à natureza heterônoma da perda fica evidenciada a

¹ Vide art. 151 do Código Civil (BRASIL, 2002).

necessidade de decretação da dita perda pelo Poder Judiciário (ADAMY, 2012, p. 199-200). Exemplos da doutrina Alemã denotam a ocorrência de perda quando há abuso no exercício, como quando se atenta contra a Democracia. (NOVAIS, 2006, p. 229/230)

Já no caso de suspensão, o titular fica impedido de exercer o seu direito fundamental enquanto perdurarem os motivos que ensejaram a sua suspensão. Neste caso, as posições protegidas pelo Direito Fundamental permanecem incólumes, só não podem, porém, ser evocados ou utilizados enquanto perdurar a conjuntura que deu causa à decretação da suspensão. Ou seja, esta, assim como a perda, tem natureza hetônoma, pois que não advém da vontade do indivíduo. (ADAMY, 2012, p. 200). É o caso, por exemplo, do estado de defesa ou de sítio².

O não exercício, por sua vez, consiste na faculdade dada pela própria ordem jurídica ao titular para que este exerça ou não o seu direito, cabendo a este a escolha, esta inerente ao próprio direito fundamental. (NOVAIS, 2006, p. 221) Quando o titular simplesmente não exerce o direito, não evoca as potencialidades jurídicas que lhe são conferidas, trata-se da abstenção, ou não-exercício em sentido estrito; já quando esta é uma opção oferecida pelo próprio direito, como modalidade de exercício, consoante a liberdade de ação conferida pela Constituição Federal. (ADAMY, 2012, p. 200)

Para Canotilho, que apresenta a renúncia de a direitos fundamentais entre o que chama de “casos especiais de restrição” (2000, p. 461), o termo “renúncia” não tem aplicação correta neste contexto, já que os direitos, liberdades e garantias seriam irrenunciáveis, ou seja, é constitucionalmente proibido abrir mão de um núcleo substancial do direito (CANOTILHO, 2000, p. 464). Todavia, a limitação voluntária ao exercício seria possível, sob determinadas condições. O autor destaca, sobretudo, a irrenunciabilidade de qualquer direito inerente à dignidade da pessoa humana, como a própria vida ou a sua condição de pessoa, o que leva à proibição de ser submetido à escravidão, a trabalho forçado e de ser reduzido a coisa. Além disso, a totalidade dos direitos fundamentais também seria irrenunciável. “Poderá, assim, existir uma disposição individual acerca de posições de direitos fundamentais, mas o ‘uso negativo’ de um direito não significa renúncia a esse mesmo direito” (CANOTILHO, 2000, p. 465), como nos casos de não exercício fático (não ir a um protesto, não se filiar a um partido político) ou por não uso de instrumentos de proteção jurídica (como a perda de um prazo recursal, não exercer o direito de resposta).

² Artigos 136 e seguintes da Constituição Federal. (BRASIL, 1988).

Para Miranda (2000, p. 357-358), apenas o próprio titular do Direito Fundamental pode estabelecer uma limitação sobre o exercício de um ou outro direito, temporariamente, ou o que o autor chama de “auto-restrição” que não afete o conteúdo essencial do direito, sendo admitido em poucos casos, como em contratos de Direito Privado, na escolha de bens ou interesses (em detrimento de outros, exemplo: onde fixar residência, se decidir por um emprego), bem como no âmbito penal, quando, nos crimes de menor potencial ofensivo, admite intervenções em seu comportamento decididas pelo Ministério Público. O autor destaca que o não exercício aparente de uma liberdade é situação diferente, já que existe seu uso negativo.

Existe, portanto, uma certa autonomia para o titular dos Direitos Fundamentais para decisões acerca do exercício ou não, em maior ou menor medida, de alguns desses direitos, em determinado momento. Assim, como visto acima, o que para alguns autores, como Jorge Reis Novais, é a renúncia, para outros, como Canotilho e Jorge Miranda, trata-se apenas de uma limitação autoimposta pelo titular, já que não implica a perda do direito. Renúncia ou um mero enfraquecimento do direito fundamental, qualquer que seja a terminologia, há direitos sobre os quais este conceito nunca poderá recair: vida, dignidade e direitos correlatos.

Demais disso, existem alguns pressupostos para que uma renúncia possa acontecer de modo válido, devendo ser destacados dois principais. Por ser um ato voluntário, o primeiro dos pressupostos é a declaração de vontade, com os requisitos que esta mesma deve possuir, como ser emitida pelo próprio titular e que este tenha capacidade para tanto. O segundo pressuposto seria a voluntariedade, devendo o titular do direito estar apto a analisar os valores envolvidos e consciente e livremente decidir, sem qualquer ameaça ou coerção; assim, deve haver benefício ao próprio renunciante, para realização de sua própria dignidade, com a preservação do mínimo existencial. (ROSA; BORGES, 2018, p. 144/146)

No presente trabalho, utilizar-se-á o termo “renúncia a Direitos Fundamentais” para se referir a este enfraquecimento ou limitação temporária e voluntária a tais direitos, em um contexto em que o titular possui vontade livre e informada. E, mais à frente, analisar-se-á sua possibilidade aplicada à esfera da infância e juventude.

2.5 Teoria da Decisão Judicial em Matéria de Direitos Fundamentais

Lorenzetti (2009) busca estabelecer parâmetro para uma decisão judicial, com o mínimo de critérios para que seja objetiva e compreensível. Além disso, o autor aponta ao longo de

sua pesquisa a necessidade de haver uma preocupação com o outro, com o conflito, com a aplicação, com o debate para uma decisão transacional.

O mencionado autor aponta, ao longo do citado livro, que um excessivo apego às regras pode causar graves injustiças, mas que um sistema que tenha apenas princípios como base pode desencadear decisões baseadas em valorações pessoais do juiz, assim como a falta de critérios claros possibilita a utilização de qualquer argumento. Dessa forma, ao analisar o campo aberto para o intérprete, o sistema jurídico o traz de forma ampla, de modo que aquele deve promover uma espécie de “reconstrução” do direito no caso concreto, a partir de um processo de seleção da legislação aplicável, costumes, normas administrativas e constitucionais, princípios e valores. (LORENZETTI, 2009, p. 33-35) Assim, são estabelecidos, na terceira parte da referida pesquisa, alguns passos que o juiz deveria seguir para prolatar a sua decisão (LORENZETTI, 2009, p. 157):

O raciocínio judicial tem sido discutido intensamente nos últimos anos e foram expostos métodos que se excluem entre si. Nossa tese não parte da execução dos métodos, senão da complementação, porque entendemos que a complexidade é tal que se deve recorrer a todos eles. No entanto, entendemos que deve existir uma ordem no raciocínio, e este deve ser sucessivo: primeiro aplicar a dedução das regras válidas; segundo, controlar esse resultado conforme os precedentes, o resto do sistema legal e as consequências; terceiro – e se restarem problemas, estaremos diante de um caso difícil –, deve ser aplicada a solução baseada em princípios; quarto, se houver paradigmas que definam a solução, serão explicados, devendo ser procurada sua harmonização.

No presente trabalho, entende-se que, ao se lidar com diferentes direitos fundamentais de crianças e adolescentes em decisões judiciais, chega-se ao terceiro - senão mesmo ao quarto - passo do esquema de raciocínio judicial exposto por Lorenzetti. Isso porque, como já visto anteriormente (tópico 2.1), os direitos fundamentais devem ser interpretados e tratados como princípios, com suporte fático amplo, totalmente protegido *prima facie*, e, dentro deste suporte fático, há também o conceito de intervenção estatal (tudo aquilo contra o que o direito fundamental é protegido).

Existe a necessidade de real “fundamentação e na criação de ônus argumentativos claros para qualquer atividade que implique restrição a um direito fundamental ou para qualquer omissão que implique uma não-realização de um desses direitos” (SILVA, 2010, p. 38).

Neste sentido, quando se fala em uma decisão judicial que analisa a colisão de direitos fundamentais, fala-se na aplicação de teorias que balizem a solução de conflitos entre princípios. Assim, é necessária uma apreciação para compatibilização de direitos

fundamentais divergentes no caso concreto, o que se pode fazer com base em diferentes modelos de análise.

O primeiro modelo seria o dos argumentos contrapostos. Neste, em resumo, existe um argumento inicial, seguido das razões opostas, cabendo ao juiz a análise da capacidade argumentativa sobre cada lado (no caso de colisão, os argumentos de cada parte, sobre seu respectivo direito; no caso de concorrência, argumentação a respeito da prevalência de cada direito de uma mesma pessoa). Assim, faz-se o juízo de ponderação (LORENZETTI, 2009, p. 213-214).

O segundo modelo seria o de atribuição de direitos escassos. Neste, considera-se que existe uma abundância de direitos e uma escassez de bens, o que leva à uma não possibilidade de dar a todos direitos iguais. Dessa forma, se há colisão, é necessário haver atribuição. Trata-se de uma tarefa de otimização, já que deve-se atribuir os bens escassos do modo mais satisfatório possível para o maior número de pessoas, de modo igualitário. No caso concreto, existe a dificuldade de se realizar, plenamente e ao mesmo tempo, todos os direitos, normas, princípios e valores, sendo similar a tensão configurada quando se fala em escassez de recursos. Assim, é necessária a decisão com base em algumas regras de raciocínio que serão explanadas em seguida (LORENZETTI, 2009, p. 214).

O terceiro modelo é o da interpretação harmônica, ponderação e modelo de atribuição. Tanto a ponderação como a atribuição de recursos escassos são baseadas em regra antiga de interpretação, que diz que os direitos constitucionalmente consagrados devem ser interpretados de modo harmônico para que uns não excluam os outros, além também da regra de complementariedade entre os tratados e os direitos reconhecidos constitucionalmente. Já a harmonização é uma regra que se consagrou na jurisprudência e tem como consequência a busca pela maior satisfação possível dos direitos. Assim, quando ocorre a colisão, é necessário que todos os direitos mantenham a sua integridade, com a interpretação harmoniosa das normas constitucionais e respeito aos princípios que as fundamentam.

A harmonização de direitos, considerando o caráter relacional destes, considera também que a concessão de direito a um é a diminuição do direito de outro. Assim, o juízo de ponderação e o modelo de atribuição apresentam-se como ferramentas para a harmonização no caso concreto, como critérios para a análise. Não se trata, vale destacar, de uma hierarquização dos direitos, já que a coerência do sistema jurídico se dá *a posteriori*, porquanto a flexibilidade do ordenamento para inserção de novos direitos impossibilitaria que se estabelecesse previamente essa hierarquia (LORENZETTI, 2009, p. 215).

Nesse mister, para ponderar é necessário que se faça a mensuração do peso de cada princípio, o que requer harmonização, feita por meio de distinções e comparações. Assim, o primeiro passo é a identificação do campo de tensão, ou seja, do conflito entre princípios opostos (quando a satisfação de um significa a lesão de outro). O segundo é a verificação da alternativa mais econômica (no sentido argumentativo), aquela que não afetará um terceiro princípio da mesma categoria. O terceiro é se certificar que não se tratam de direitos em que é inaplicável o juízo de ponderação, por força de norma, por se tratar de direitos ou princípios que não são comparáveis, pois que existem alguns que possuem máxima proteção e não se submetem a restrições. O quarto passo é a aplicação da ponderação, com a busca pelo juiz do melhor ponto de equilíbrio (LORENZETTI, 2009, p. 216).

Obtemperem-se que todo aquele que pretenda restringir ou limitar um direito fundamental tem o encargo de justificar os motivos para tanto, seja na restrição legal ou por meio de um julgamento judicial. Assim, a partir deste princípio do ônus argumentativo, fala-se em algumas regras a serem seguidas: a) deve existir um argumento racional e razoável para a limitação de um direito fundamental; b) se houver dúvida, a solução deve ser a mais permissiva e que mais favoreça a liberdade e a autonomia pessoal (LORENZETTI, 2009, p. 224/225).

Os argumentos racionais e razoáveis sempre se embasam em haver o conflito com outros direitos igualmente defensáveis, ou a presença de bens coletivos, pois o exercício do direito deve sempre ser compatível com os fins coletivos. Nesse sentido, aplica-se a máxima da proporcionalidade, já que o objetivo que se busca deve estar alinhado com o meio utilizado, afetando apenas os direitos que foram imprescindíveis para tanto, considerando a importância ou ao peso deste, devendo se optar sempre pelo meio menos danoso.

2.6 Da Concorrência de Direitos Fundamentais

Ocorre a concorrência de Direitos Fundamentais quando, em um determinado momento, o mesmo titular pode exercer dois ou mais direitos. Segundo Canotilho (2000, p. 1268) a concorrência “existe quando o mesmo titular preenche todos os «pressupostos de facto» («*Tatbestände*») de vários direitos fundamentais”. Isso acontece quando o mesmo comportamento do indivíduo ou quando a pretensão individual de um sujeito pode ser, em sua totalidade ou em parte, submetido a mais de uma norma de direitos fundamentais simultaneamente. Ou seja, uma conduta preenche os pressupostos previstos em mais de uma de tais previsões normativas.

Existem dois modos pelos quais a concorrência pode acontecer. O primeiro é pelo cruzamento, onde uma só conduta encontra-se abarcada no âmbito de proteção de dois ou mais direitos, liberdades e garantias: um exemplo é o direito de formação de partidos políticos em conexão com as liberdades de associação, de expressão e informação, e com o direito de reunião e manifestação; também pode se exemplificar com a liberdade de expressão e informação conectada à liberdade de imprensa. O segundo modo seria a acumulação, quando, para a proteção de um bem jurídico, é necessária a garantia de vários outros direitos: um exemplo seria a participação na vida pública, que apenas pode ser protegida com a garantia de sufrágio secreto e universal, liberdade partidária, direito à informação, direito de petição, ação popular e direito de reunião e de manifestação (CANOTILHO, 2000, p. 1268-1269).

Demais disso, existe a diferenciação entre concorrência autêntica, concorrência inautêntica e a concorrência ideal. No primeiro caso, existe uma dupla vinculação ao legislador, que deverá analisar qual dos direitos é passível a uma restrição menos enérgica, que advém de uma norma “mais forte” (MENDES, 2012, livro digital); um exemplo é o direito de comunicação que possui mais força que a liberdade de exercício profissional de um redator de jornal, quando, ao dispor sobre tais, o legislador deverá se ater, sobretudo, ao direito de imprensa, havendo situações correlatas com cientistas e artistas.

Segundo Canotilho (2003, p. 1270), não é uma questão de hierarquização ou análise de qual teria mais valor, mas de prevalecer o direito fundamental menos limitado ou o que possua mais elementos distintivos quando comparado ao outro direito em questão. Essa aferição se faz de duas maneiras: observando a reserva de lei, sobressaindo-se aquele que não possui uma reserva de lei expressa, ou comparando dentre os pressupostos fáticos dos direitos envolvidos qual deles o indivíduo necessita realizar de maneira mais imediata e direta.

O segundo caso, da concorrência inautêntica (ou parcial), dá-se quando uma das normas de direito fundamental aplicável é especial quando comparadas às demais que abarcam a mesma situação. Isso porque, quando há uma especialidade, o fato concreto se encaixará melhor nesta do que em uma norma geral, não específica. Por exemplo, no direito geral de liberdade em relação à liberdade de expressão, usa-se o artigo 5º, IV da Constituição, em vez do inciso II. Para Canotilho (2003, p. 1269), sequer haveria colisão nesse caso.

Estas duas primeiras são formas apresentadas por Canotilho, às quais Mendes (2012) acrescenta a terceira, a concorrência ideal, que ocorre quando nenhuma das normas aplicáveis ao caso são especiais, sendo todas gerais. Como não há a relação de especialidade, a proteção deve ser feita aos dois direitos fundamentais. Se as normas possuem diferentes limites de abrangência, somente poderá haver restrição ao que oferece menos extensão.

Assim, considerando-se a não previsão legal expressa de reserva legal no tocante ao Direito Fundamental à Convivência Familiar e Comunitária, poder-se-ia considerar uma característica de não-restringibilidade para este. Demais disso, os direitos de crianças e adolescentes possuem a absoluta prioridade, o que significa dizer que devem estar acima do interesse de outras pessoas que não o sejam.

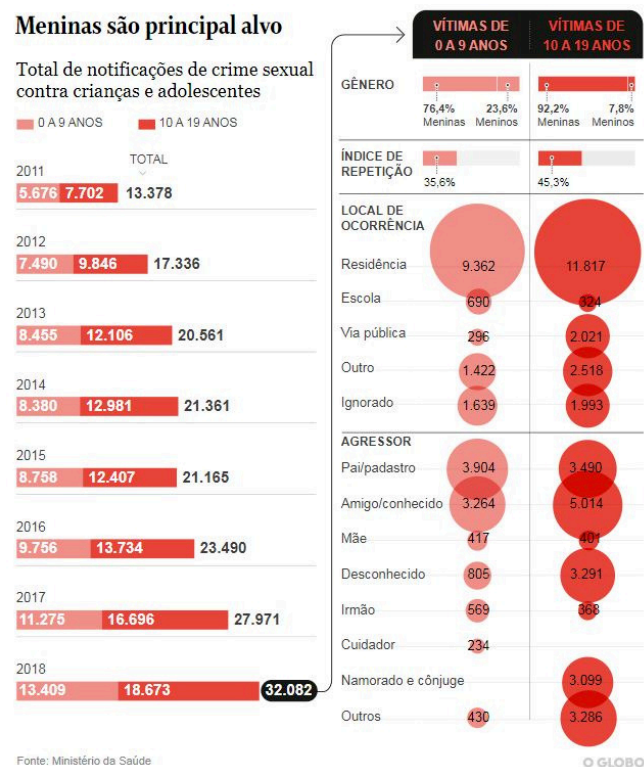
Todavia, outros interesses constitucionais poderiam levar à sua restringibilidade. Isto porque o próprio artigo 227 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) preconiza que:

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.

Dessa forma, há o interesse constitucional de proteção da criança e do adolescente de quaisquer negligências, discriminações, explorações, violências, crueldades e opressões. E as estatísticas apontam que três crianças e adolescentes são abusados sexualmente a cada hora no Brasil, sendo que, em 2018, foram registrados 32 mil casos de abuso sexual, mais de 20 mil ocorreram dentro de suas próprias residências.

Estes dados podem ser vistos ilustrativamente no gráfico a seguir (HERDY, 2020):

Figura 1 – Total de notificações de crime sexual contra crianças e adolescentes



Fonte: Herdy (2020)

Assim, quando a família descumpre o seu dever constitucional de colocar a criança e o adolescente a salvo desses abusos, há de se dizer na restringibilidade do Direito Fundamental à Convivência Familiar e Comunitária em prol de outros interesses daqueles, protegidos constitucionalmente.

No próximo capítulo, passa-se a uma análise histórica do Direito da Criança e do Adolescente, a fim de se conhecer a evolução deste, a fim de se verificar como se chegou à proteção da criança como sujeito de direito, pelo reconhecimento deste como ser em peculiar estágio de desenvolvimento, e da família como o núcleo de desenvolvimento da personalidade humana. Assim, verificar-se-á o surgimento do Direito Fundamental à Convivência Familiar e Comunitária, bem como do Direito à Imagem da criança e do adolescente, com as devidas conceituações, para posterior análise da restrição de um em função de outro.

3 NOTAS SOBRE A CRIANÇA E O ADOLESCENTE NO CONTEXTO FAMILIAR

No caso da legislação que abarca disposições e direitos direcionados a crianças e adolescentes, é essencial que se vislumbre o cenário internacional em que estes se desenvolveram. Acontecimentos em um país foram capazes de abrir os olhos de uma nação e, em seguida, de vários países acerca da necessidade de proteção a ser dada às pessoas ainda em desenvolvimento. Só a partir de então, a comunidade internacional passou a se posicionar, de modo gradativamente mais acertado, acerca das garantias necessárias aos infantes, o que será aqui abordado por meio de um retrato mais centralizado no Brasil, com a apresentação da evolução legislativa pátria do tema e como esta acompanhou ou não o desenvolvimento externo, com as Declarações e Convenções Internacionais.

Além disso, a ideia de criança e adolescente vem sempre atrelada a uma ideia de família, seja a que lhe gerou, seja aquela dentro da qual se desenvolvem. Afinal, mais que ideal, a ideia de um núcleo familiar que aninhe vidas, principalmente em seus anos iniciais, parece natural e essencial para o desenvolvimento sadio. E não só parece como é: a ciência comprova essa necessidade, convergindo diversos estudos, de diferentes campos do saber, na afirmação dessa importância basilar.

A noção de cuidado pelos familiares, principalmente a mãe e o pai, há anos é estudada por diversas áreas do conhecimento. Na psicanálise, por exemplo, há um consenso a respeito da função do papel exercido pelo pai e pela mãe no desenvolvimento tanto do psiquismo da criança como de sua personalidade enquanto adulto, o que é afirmado em uníssono por Freud, Lacan, Winnicott, Klein, Bion e Dolto (BORGES, 2005, p. 14).

Considerando análises interdisciplinares, o Direito passou gradativamente a reconhecer a família como um núcleo de desenvolvimento do ser humano, caracterizada pela existência do afeto entre os seus membros. Ante este entendimento, mister se tornou o reconhecimento das várias formatações familiares que atendem a este propósito e a esta característica: passou-se a ter como referencial a família eudaemonista, aquela que se norteia pela busca da felicidade muito mais do que o formato com que se apresenta. O que se considera uma evolução para o Direito, tanto interno quanto externo, condiz com o que se percebe de estudos de diversas áreas: a existência de uma família, estruturada sob o alicerce do afeto e decorrentes cuidados, é essencial para o desenvolvimento de crianças e adolescentes, com importantes reflexos na vida adulta.

Bem assim, a história das crianças e dos adolescentes no âmbito jurídico, tanto internacional como nacional, é marcada por uma lenta evolução, que sobreveio à absoluta

inexistência de direitos a qual perdurou por longos séculos. Esta lentidão pode ser atribuída às diversas interferências a que tal processo sofreu, dentre elas, “o poder econômico, a desinformação social e a falta de autênticos protetores dos direitos da comunidade infanto-juvenil” (SOUZA, 2008, p. 53). Demais disso, há uma notável diferenciação acerca da garantia dos direitos deste grupo, a depender do desenvolvimento social, econômico e cultural de cada país. A título de exemplo, basta olhar para mortes por desnutrição e doenças em países da África e da América Latina e comparar com os índices de países mais ricos. Assim, a evolução da proteção de crianças e adolescentes encontra-se atrelada ao desenvolvimento do país em que estas se encontram o que reflete diretamente, também, na existência ou não de legislação protetiva, bem como a maneira que esta é estruturada.

Considerados inicialmente propriedades dos seus pais, as crianças foram ao longo da maior parte da história da humanidade consideradas objetos, devedores da mais absoluta obediência, pequenos adultos destinados a perpetuar costumes de sua família e a trabalharem para ajudar a esta: apenas no ano de 1959, as crianças passaram na esfera internacional a serem consideradas sujeitos de direito. Outrossim, se a história demorou a se desenrolar em declarações e convenções, no Brasil a resposta às necessidades desta população tardou ainda mais a ser tratada como deveria: no ordenamento interno, ao menos formalmente o *status* de sujeito de direito chegou apenas em 1990, enquanto a doutrina menorista ainda deixa sua herança na prática do direito da criança e do adolescente na medida em que algumas crianças e adolescentes ainda são tratados com visão e legislação do passado, que já deveria ter sido extinta ante a publicação de significativas declarações e convenções internacionais, bem como pela legislação interna do Brasil, que se propuseram a quebrar paradigmas.

Dessa forma, nota-se que a história da criança está intimamente atrelada à história da família. A evolução do olhar sobre a criança e do que se oferece a este adveio para a sociedade do interior das paredes dos lares. Conforme se muda ou não a interação com a criança, transforma-se o tratamento legal direcionado a ela, sendo certo que isto se dá também quanto à ausência da família e a relação do Estado com aqueles que estão sob sua guarda. O caminho percorrido pela infância entrelaça-se ao das entidades familiares.

Neste capítulo, abordar-se-á a história destes direitos, desde antes da sua inexistência até as crianças alcançarem o *status* de sujeitos de direitos no plano externo para, então, este status ser reconhecido internamente no Brasil. Primeiro se exporá o caso considerado o marco inicial para o reconhecimento da condição das crianças como seres humanos que necessitavam de proteção; então, passar-se-á ao surgimento de tal preocupação em alguns países para as posteriores tratativas internacionais acerca do tema.

3.1 A Trajetória dos Direitos da Criança e do Adolescente no Contexto Familiar

A trajetória histórica infanto-juvenil apresenta-se com ponto de partida recente, considerando-se o quão novo é o conceito de infância e o seu reconhecimento como uma fase do ser humano diversa da adulta e os direitos para aqueles que ainda estão nesta etapa da vida. Ademais, o tratamento de crianças e adolescentes, por muito tempo, foi dependente da formação da família na sociedade, podendo ser com esta relacionado. Escrever acerca da história das crianças tem também o condão de trazer à tona a história das instituições cuja finalidade supostamente seria proteger àquelas, bem como apreender os instrumentos legais, tornando perceptível o papel secundário que a infância sempre desempenhou na sociedade (LIMA; VERONESE, 2012, p. 13).

Souza (2008, p. 55), a citar as lições de Ajuria Guerra, aponta seis fases pelas quais passaram a evolução do tratamento da infância na história. A primeira delas seria a chamada “Infanticida”, que perdurou da Antiguidade até o século IV d.C., durante a qual, devido a dificuldades principalmente financeiras, as crianças eram mortas. A segunda, a fase do “Abandono”, que teria acontecido entre os séculos IV e XIII, em que, reconhecendo que os infantes teriam alma e características humanas próprias, seus responsáveis os abandonavam em casos de graves dificuldades. Em relação “Ambivalente”, período entre os séculos XIV a XVI, iniciou-se a aceitação emocional das crianças por parte dos pais, que inobstante passaram a criá-los como se empregados fossem. Já no período “Instrutivo”, compreendido no séc. XVIII, tem-se o início da empatia, o que faz surgir mudanças profundas embora ainda sem o amor paterno. Entre os séculos XIX e XX, com amor e educação direcionados aos filhos, tem-se a fase “Social”. E, por fim, no séc. XX, inicia-se a fase da “Ajuda”, em que crianças passariam a proteger os próprios pais.

Segundo Engels (1984, p. 66), a família monogâmica teria surgido junto da escrita, sendo que se considera esta um marco para saída da pré-história para a entrada na história de fato. Esta nova forma se diferencia de formas anteriormente praticadas tanto em sua função como em sua estabilidade. O objetivo desta família seria o de procriar, de forma que o homem, com a paternidade indiscutível, teria seus herdeiros diretos. Nesta esteira e com o passar dos anos, em muitas culturas percebe-se que a infidelidade era permitida apenas ao homem, o que era outorgado expressamente, por exemplo, pelo Código de Napoleão de 1804, no qual havia todo um título sobre paternidade e filiação, e estabelecia a presunção de

paternidade do filho havido na constância do casamento: "L'enfant conçu penriant le mariage a pour père le mari"³ (ENGELS, 1984, p. 73).

Bem assim, sabe-se que as fés primitivas estabeleciam a obrigação de haver um filho para se evitar a extinção do culto doméstico, ou seja, a memória da família e os seus ancestrais: era o último recurso para evitar a extinção da família pela morte sem descendentes, muito temida. (VENOSA, 2016, p. 04).

Frise-se que, a exemplo da pouca consideração pelas crianças, também em relação à família o sentimento (afeto) não era um referencial a ser observado. Tanto é, que na Idade Média a Igreja Católica instituiu como fundamento de existência e validade da família o matrimônio sagrado e indissolúvel, bem como o objetivo da família ser a perpetuação da linhagem e conservação do patrimônio do âmbito familiar, conforme dita o cânon 1.055 § 1º do Código de Direito Canônico (CONFERÊNCIA EPISCOPAL PORTUGUESA, 1983, p. 185):

A aliança matrimonial, pela qual o homem e a mulher constituem entre si uma comunhão da vida toda, é ordenada por sua índole natural ao bem dos cônjuges e à geração e educação da prole, e foi elevada, entre os batizados, à dignidade do sacramento.

Denota-se, portanto, que a ideologia patriarcal somente admitia o matrimônio enquanto fato gerador de uma família, sendo esta ainda dotada de cunho hierarquizado, patrimonializado e heterossexual (DIAS, 2016, p. 96). Nesse sentido, Fustel de Coulanges (2006, p. 37) explica que, na Idade Média, casava-se com o objetivo de procriação e reprodução para que os descendentes perpetuassem a linhagem e tradição familiares. Destarte, se por um lado a monogâmica foi a única que permitiu o desenvolvimento do amor sexual moderno, por outro lado isso não significou o amor mútuo entre os cônjuges e em nada tinha a ver com o amor cavalheiresco da Idade Média: deu-se ao prazer, à felicidade e ao afeto um caráter secundário e eminentemente acessório, ao ser a família transformada pela religião num sacramento e assim uma união abençoada por Deus, bem como submetida ao poder paternal – o homem enquanto chefe de família.

Não obstante, a monogamia, surgida de casamentos por conveniência em função da propriedade privada, baseada em condições econômicas, acabou por contribuir a longo prazo para a transformação do entendimento acerca da família, a partir da Idade Moderna:

A nova monogamia que resultou da mistura dos povos, entre as ruínas do mundo romano, revestiu a supremacia masculina de formas mais suaves e deu às mulheres uma posição muito mais considerada e livre, pelo menos

³ Em livre tradução: "A criança concebida durante o matrimônio tem por pai o marido."

aparentemente, do que as que ela já tivera na idade clássica. Graças a isso foi possível, a partir da monogamia — em seu seio, a seu lado, ou contra ela, segundo as circunstâncias —, o maior progresso moral que lhe devemos: o amor sexual individual moderno, anteriormente desconhecido no mundo. (ENGELS, 1984, p. 73)

Isso se constata, por exemplo, estudando a iconografia, desde a idade Média até a Idade Moderna, em que Ariès (1986) analisa as modificações da representação da família em imagens de calendário, tapeçarias e pinturas, dentre outros. Relata, inicialmente, a predominância da representação do trabalho do homem e como seu ofício estava ligado às estações, enquanto cada mês representa uma etapa de plantio, a colheita, momento de caça. Esta iconografia tradicional do século XII evolui dentro dos livros de horas, onde se constata que, se no início se mostrava apenas a figura masculina, no século XVI introduz-se a figura da mulher, cuja presença é registrada como a dama do amor cortês e a dona de casa, enquadradas como já aparecia o camponês, que passa a ter a companhia da camponesa a trabalhar nos campos.

Neste tempo, havia uma conduta comum no Ocidente medieval: os filhos eram mantidos em suas casas de origem até sete ou nove anos, quando eram enviadas, como aprendizes, a lares alheios, onde aprenderiam tarefas domésticas, executariam trabalho pesado e aprenderiam boas maneiras, até em torno dos quatorze a dezesseis anos. Dessa forma, recebiam-se em casa crianças estranhas, a quem se ensinava a noção de serviço, essencial a tal momento. Algumas famílias enviavam para escolas estas crianças recebidas, para que fossem letradas, não sendo todavia a prioridade, principalmente de famílias mais ricas, posto ser primordialmente âmbito de doutrinação religiosa.

Nessa época, era comum que artesãos recebessem algumas crianças para quem ensinariam o ofício, com elas convivendo durante cerca de sete anos, do que resultava, muitas vezes, vínculos fortes de afetividade. O artesão e seus aprendizes se tornavam praticamente uma família durante estes anos de convivência, em que estes trabalhavam para aquele em troca de ensinamentos, refeições e moradia. Assim, quando completassem aquele ciclo de aprendizado, poderiam abrir a própria oficina. Era comum que, mesmo quando os próprios pais eram artesãos, não se ensinasse aos filhos, sempre os enviando para outros ambientes, para que os ensinamentos fossem mais objetivos e não fossem atrapalhados pela relação de proximidade com os pais.

Sobre o aparecimento da criança nos calendários apenas no século XVI, Ariès (1986, p. 156) demonstra que, até então, a infância era considerada sem valor, algo menor dentro da sociedade e do ambiente domiciliar:

O sentimento da infância não significa o mesmo que afeição pelas crianças corresponde à consciência da particularidade infantil, essa particularidade que distingue essencialmente a criança do adulto, mesmo jovem. Essa consciência não existia. Por essa razão, assim que a criança tinha condição de viver sem a solicitude constante de sua mãe ou de sua alma, ela ingressava na sociedade dos adultos e não se distinguia mais destes.

Citado por Lopes (2016, p. 94), Heywood rebate a tese de Ariès de que não havia sentimento de infância e que esta teria sido “descoberta” apenas no século XVI. Para o autor inglês, havia apenas deformações nas obras que o francês analisara, as não impostas aos seus corpos como se consideradas pequenos adultos, mas apenas uma expressão da arte do momento, que poderiam ter diferentes significados. A título de exemplo, cita a escultura em madeira do século XIII, denominada “Virgem e criança em esplendor”, cujas expressões aparentemente deformadas da criança poderia ser uma representação da Sabedoria Divina, e que a mudança desse tipo de expressão poderia significar apenas uma redescoberta da arte greco-romana no Renascimento.

A contrapor os dois autores, Lopes (2016, p. 97) esclarece que Heywood confundiu os termos “descoberta” e “sentimento” moderno da infância, como se Ariès se referisse à mesma coisa ao utilizá-los. Todavia, a descoberta seria referente à percepção e consideração social, enquanto o sentimento seria a consciência acerca da peculiaridade da criança quanto ao seu desenvolvimento e constituição. Segundo a autora, a evidência do surgimento de tal sentimento seriam as escolas, que nasceram em substituição ao ensino medieval em outras famílias. Frise-se que, apenas no século XVII o interesse pela infância emerge de forma definitiva, com a substituição da aprendizagem em outras famílias pela escola, que permitia a proximidade das crianças com seus próprios pais, trazendo consigo o sentimento de pertencimento a uma família e ali se iniciando um processo que culminaria, no século XX, na configuração da família enquanto núcleo psicossocial e não apenas político no aspecto platônico, desconhecido até a Idade Média.

A esta altura, os laços de sangue constituíam dois grupos diferentes, porém com mesmo centro: a família e a linhagem, onde a primeira seria semelhante à família conjugal moderna, enquanto a segunda seria o conjunto dos descendentes de um mesmo ancestral. Com relação à linhagem, havia a indivisão da família formada por pais, filhos, primos e sobrinhos solteiros, até duas gerações. Esta tendência originou, no século XIX, teorias tradicionalistas sobre a grande família patriarcal, o mesmo não acontecendo com o sentimento de linhagem, cujo entendimento era único na Idade Média, já que o sentimento de família, este conectado à casa, ao governo desta e à vida em seu interior, não foi conhecido neste momento histórico.

O enfraquecimento da linhagem e da tendência à indivisão foi uma evolução que teve como consequência o desenvolvimento da família moderna. Houve o reforço, inclusive por legislação, do poder paterno. O crescente sentimento de família teve paralelamente a promoção religiosa de pessoas comuns, ante o sacramento do casamento, enobrecendo a união conjugal, antes natural e tão ligada à carne, legitimando a união. Antes, porém, o casamento era apenas um contrato e uma concessão à fraqueza da carne e, então, deixando de ser pecado após a interferência da Igreja (ARIÈS, 1986, p. 215). Até então, o casamento era privilégio de uma minoria, para certas classes tanto da Europa pré-contemporânea como do Brasil colonial, enquanto a maioria vivia como solteiros (FONSECA, 1995, p. 70).

A família enquanto comunidade menos numerosa ficou obscurecida, fora do foco da atenção dos historiadores, já que os sentimentos deste núcleo não foram tão valiosos quanto o da linhagem. Sua vivência era discreta e logo tomou grande valor, com fortes sentimentos entre pais e filhos (ARIÈS, 1986, p. 213). Chancelados pelo matrimônio, os vínculos afetivos nesta sociedade conservadora, patriarcal e hierarquizada formavam famílias vastas, incentivadas à procriação. Os membros, sendo estes todos os parentes, eram a força de trabalho no ambiente rural em que viviam, tratando-se a família de uma entidade patrimonializada. Este quadro, porém, não sobreviveu à Revolução Industrial.

O sacrifício da felicidade pessoal dos membros da família estava a serviço do “até que a morte nos separe”, ou seja, da manutenção do vínculo do casamento sacralizado. Nesta ambientação, tem-se o modelo familiar patriarcal, hierarquizado e transpessoal, que influenciou formações pelo mundo, inclusive no Brasil (FARIAS; BRAGA NETTO, ROSENVALD, 2010, p. 04). Após o êxodo rural ocasionado pela Revolução Industrial, as famílias passaram a conviver em espaços menores, o que desencadeou uma aproximação de seus membros, tornando nuclear a formação familiar.

Com isso, houve também a diferenciação entre local de trabalho e de moradia, quando a família se tornou o *locus* de trocas de afeto, tornando-se assim, o lar se torna um núcleo com função afetiva. Anteriormente, esta função se obtinha em outros espaços, como a vizinhança, encontro com amigos, com anciões, criados e amas, com quem havia liberdade de se expressar afetivamente de forma livre (MONTAGNA, 2016, p. 116). No interior das cidades, ou agrupamentos similares, as famílias evoluíram, porém ainda com pouco interesse acerca da infância (SOUZA, 2014, p. 31). O formato compactado desta nova família proporcionou, também, que estas trocas ocorressem de forma mais concentrada, dedicada, em atenção a um membro da família.

A Revolução Industrial, assim como a Revolução Francesa, trouxe grandes mudanças nos ordenamentos jurídicos ocidentais. Nestas, estão as raízes do declínio do patriarcado e a origem de um novo ciclo histórico, conhecido como a Idade Contemporânea (CUNHA PEREIRA, 2011, p. 13). A Revolução Francesa representou uma profunda transição na demanda por igualdade entre homens e mulheres, estas por muito tempo subjugadas, tidas como incapazes. Também com tal Revolução ocorrida na França e com o Código de Napoleão, surge a noção de que o casamento deveria ser regulamentado pela lei civil, com exclusividade, o que foi difundido para outros países.

A datar deste período, acentua-se a derrocada do patriarcalismo e tem-se o surgimento do movimento feminista, além do avanço cultural, tecnológico e científico, que ocasionou a subtração de barreiras criadas pelo sistema jurídico clássico, dando lugar a uma família contemporânea, plural, de múltiplas facetas e aberta ao influxo da sociedade que, independentemente de idiomas e fronteiras, possui necessidades inerentes, gerais (FARIAS, ROSENVALD, 2010, p. 05). Além disso, com os avanços das ciências, principalmente medicina, psicologia, pedagogia e as jurídicas, a partir do século XX, descobriu-se que as crianças possuem especificidades, levando-se, assim, à formulação de seus direitos, tidos como especiais (MARCILIO, 1998a, p. 48), como se verá no tópico seguinte.

Além disso, a tônica desviou-se dos bens ou coisas que os guarnece para residir no indivíduo, deixando de haver a família-instituição para se tornar a família-instrumento, isto é, o núcleo de desenvolvimento, crescimento e formação do indivíduo, pois disto viu-se progredir a própria sociedade, o que justifica a proteção familiar a ser fornecida pelo Estado. Assim, a família deixou de ser uma unidade econômica e fez seu curso para uma percepção mais igualitária, tendo como baliza um espaço em que os seres humanos tem a prerrogativa de agirem dentro do afeto.

É possível perceber que a família e a sociedade possuem uma associação íntima, em que uma se estruturou conforme a outra. E, a partir desta mútua formulação e reformulação, os costumes surgiram e se modificaram, criando-se por meio deles e outros fatores, o que veio a ser o Direito. “O que se quis ver na família foi, antes de mais, um fenômeno de costumes, jurídico por acidente” (CARBONNIER, 1979, p. 37). Como uma agregação sociológica, a família existe independente tanto da época, do lugar, como das estruturas jurídicas (VENOSA, 2016, p. 05).

Esta transformação brevemente descrita tem impactos profundos na relação entre pais e filhos. A afetividade deixou de ser um estigma de demonstração de fraqueza para se tornar o principal intermediário entre os seres humanos que se denominam família. Assim, as crianças

passaram a representar outros papéis no interior das casas, agora como destinatários de atenção e cuidado, sendo a família o local sadio e propício para se desenvolverem em seus vários aspectos: físico, mental, emocional, psicológico, cognitivo, entre outros. Na contemporaneidade, a família não possui um caráter natural como fora outrora: este é abandonado e é substituído pelo caráter personalista, no sentido de que traz a pessoa para o seu centro de convergência; é baseado na afetividade, porque os vínculos de afeto é que determinam a sua existência; tem por princípio a pluralidade, já que diversas se tornam as suas formatações; e tem o eudemonismo também como base, porquanto a busca da felicidade se torna um dos, senão o principal, de seus objetivos. Concretiza-se, portanto, a existência de uma inteira nova gama de valores. “Funda-se, portanto, a família pós-moderna em sua feição jurídica e sociológica, no afeto, na ética, na solidariedade recíproca entre os seus membros e na preservação da dignidade deles. Estes são os referenciais da família contemporânea.” (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 05).

Por este motivo, pode-se afirmar que a família se tornou “uma estruturação psíquica” (CUNHA PEREIRA, 2003, p. 13), que possibilita ao ser humano o seu desenvolvimento para se alçar como sujeito e, por conseguinte, tornar-se cidadão.

Ademais, acerca da citada pluralidade, outros arranjos familiares além da família tradicional cumprem a função de entidade de transferência de cultura e formação de uma pessoa digna, funções que a sociedade contemporânea reservou à família. Isso acontece ao mesmo tempo em que a interferência do público passa a ser rechaçada pela esfera privada das relações afetivas, questionando-se a legitimidade do Estado para interferir na privacidade e na intimidade das pessoas.

Assim, as novas formatações familiares propagam-se no tempo sem a roupagem de ilegitimidade e ganham espaço dentro dos lares, sob a nova ótica do que é e do que representa a manifestação de afeto: um verdadeiro vínculo familiar na contemporaneidade. Uma nova mentalidade de aceitação das relações fora do tradicionalismo passa a impingir a fronteira do conservadorismo e das visões que trazem antigas crenças.

Dessa forma, é possível aduzir que a preocupação com a proteção de direitos infanto-juvenis é recente, com menções por parte do Direito e de legislações apenas após a segunda metade do século XVIII. Estas seguiram a tendência de que as declarações estadunidense e francesa foram a vanguarda, ainda que com o olhar e a práxis completamente diversas da conjuntura hodierna (SOUZA, 2014, p. 31). “Sem dúvida, foi a partir do século XVIII que surgiram na Europa mudanças radicais que influíram na história da criança.” (PEREIRA, 1993, *online*).

3.1.1 No Âmbito Internacional

De acordo com Souza (2008, p. 57), o processo de construção dos direitos infanto-juvenis começou nos séculos XVII e XVIII, tendo por marco o advento a normatização dos Direitos Naturais do Homem e do Cidadão em 1789, e culminando no século XX, o qual pode ser considerado como o início da construção, valorização e tutela específica dos direitos das crianças e dos adolescentes.

Interessante observar acerca do caso que é considerado o pontapé inicial para a existência de legislações protetivas às crianças ao redor do globo, ocorrido nos Estados Unidos da América: o caso de Mary Ellen, criança que foi adotada e vitimada com maus-tratos e apenas conseguiu ser resguardada com a utilização de leis referentes a animais - isto porque, não havia então nenhuma legislação específica para proteção contra crueldade direcionada a crianças -, a partir de ação judicial por parte de uma sociedade de proteção, após intermediação de uma assistente social que descobriu a situação da menina. Esta história repercutiu e levou à criação do primeiro Tribunal para Menores, em Illinois, em 1899 (SOUZA, 2014, p. 46-47).

A seu turno, a Declaração de Genebra de 1924 conteve a primeira referência a “direitos da criança” em um instrumento jurídico internacional, em que a Assembleia da Sociedade das Nações (ou Liga das Nações) endossou, em uma resolução, a Declaração dos Direitos da Criança, redigida no ano anterior pelo Conselho da União Internacional de Proteção à Infância (Save the Children International Union), uma organização não-governamental (ONG) criada em 1919, no Reino Unido. Os quatro princípios estabelecidos são:

1. a criança tem o direito de se desenvolver de maneira normal, material e espiritualmente; 2. a criança que tem fome deve ser alimentada; a criança doente deve ser tratada; a criança retardada deve ser encorajada; o órfão e o abandonado devem ser abrigados e protegidos; 3. a criança deve ser preparada para ganhar sua vida e deve ser protegida contra todo tipo de exploração; 4. a criança deve ser educada dentro do sentimento de que suas melhores qualidades devem ser postas a serviço de seus irmãos (MARCILIO, 1998a, p. 48).

A declaração de 1924, em seu preâmbulo, promove a igualdade na proteção das crianças, independente de raça, nacionalidade ou crença, estabelecendo em seus cinco artigos que a criança deve ser auxiliada, alimentada, tratada, educada, protegida contra qualquer exploração, colocada em condições para seu desenvolvimento normal, material e espiritual. Estabelece ainda o recolhimento dos órfãos e abandonados, e a prioridade no atendimento da criança em tempos de infortúnio (LIGA DAS NAÇÕES, 1924).

No portal da ONG citada, relata-se que Eglantyne Jebb, sua criadora, enviou o documento para a Liga das Nações, e, como resultado disso, a Liga das Nações adotou a declaração em 26 de Setembro de 1924, sob o título “Declaração de Genebra”, que obteve sua segunda aprovação pela Liga das Nações em 1934. (SAVE THE CHILDREN, 20-)

Já em 1946, após a Segunda Guerra Mundial, o Conselho Econômico e Social das Nações Unidas aconselhou a adoção da Declaração de Genebra, com o objetivo de chamar a atenção mundial, no pós-guerra, para os problemas urgentes pertinentes às crianças e, no mesmo ano, o Fundo Internacional de Emergência das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) foi criado. Este passou, a partir de 1950, a ser denominado Fundo das Nações Unidas para a Infância, devendo seguir com o trabalho desenvolvido por tempo indefinido.

As Nações Unidas surgiram após a Segunda Guerra Mundial, mais propriamente em 24 de outubro de 1945, com a intenção de evitar que as gerações futuras sejam devastadas pelos conflitos internacionais, ressaltando-se aqui um dos seus principais órgãos, o Conselho Social e Econômico, que possuía a prerrogativa da criação de comissões para os assuntos econômicos e sociais e para a proteção dos direitos do homem. Cumprindo esta função, criou a Comissão das Nações Unidas para os Direitos Humanos, sob a presidência de Eleanor Roosevelt, que culminou na criação da Declaração Universal dos Direitos do Homem. Esta declaração, que contém os direitos fundamentais base da sociedade democrática, foi redigida por representantes de todas as partes do mundo e foi adotada pelas Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Antes disso, porém, é válido ressaltar que aconteceu a criação do Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), em 1946, com o objetivo de constituir uma reserva de valores para socorrer crianças vitimadas por guerras.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem foi primeiro instrumento internacional a enunciar direitos civis e políticos, bem como de natureza econômica, social e cultural de que todos os seres humanos carecem favorecer, inclusive as crianças. Além disso, é considerado o marco de início do Direito Internacional dos Direitos Humanos e da tutela universal destes. Ela foi discutida em Paris, entre 1947 e 1948, com a participação dos 48 Estados-membros da ONU à época. E, a partir da Declaração, todo ser humano merece ser protegido, basta ser humano.

No cenário global, em dezembro de 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos da Assembleia Geral das Nações Unidas trouxe importantes avanços. Em seu artigo 12, declarou que “ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948), complementado pelo artigo 16, que declarou o seguinte:

1. Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução. 2. O casamento não será válido senão com o livre e pleno consentimento dos nubentes. 3. A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948)

Dentre os seus trinta artigos, tal Declaração proclama os direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à educação, dentre vários outros e, em seu artigo 25.º, cita expressamente a criança, em que dispõe o seguinte:

1. Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade. 2. A maternidade e a infância têm direito a ajuda e a assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozam da mesma proteção social. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948)

Assim, mais uma vez um documento internacional reconhece a necessidade de igual proteção a todas as crianças, estendendo a assistência à maternidade.

Muito semelhante, o Pacto de San José da Costa Rica, como é conhecida a Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos, acrescenta, para além da redação idêntica à Declaração, o item 5 do artigo 17, que prevê que “a lei deve reconhecer iguais direitos tanto aos filhos nascidos fora do casamento como aos nascidos dentro do casamento” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969).

Onze anos após a Declaração de Genebra, eis que a Organização das Nações Unidas adota uma nova Declaração dos Direitos da Criança, em 20 de novembro de 1959. Segundo consenso da Assembleia Geral da ONU, com a presença de representantes de 78 nações membros, os dez princípios adotados declaram os direitos pertinentes à toda e qualquer a criança. Muitos destes princípios contêm disposições já adotadas pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Porém, atentou-se ao fato de que as condições especiais das crianças exigiam uma Declaração em separado.

Em seu preâmbulo, a Declaração dos Direitos da Criança reconhece a imaturidade física e mental das crianças, motivo pelo qual necessita de proteção e cuidado especial, inclusive na esfera legal, antes e após o seu nascimento. O preâmbulo, ainda, relembra a Declaração de 1924, em que é inspirada, e reafirma a proteção igualitária a todas as crianças,

destacando a dignidade e a liberdade. Essa declaração é um importantíssimo marco pois, pela primeira vez, crianças são consideradas como sujeitos de direitos no âmbito internacional. Ou seja, supera-se a visão anterior, que permeava a Declaração de Genebra, a respeito da criança como um objeto de proteção, elevando-a ao patamar de credora de direitos, alguns essenciais para seu sadio desenvolvimento.

A Declaração dos Direito da Criança, adotada pela Assembléia Geral em 20 de novembro de 1959, refere-se em seu preâmbulo a Declaração Universal mas, logo após essa referência, apresenta o problema dos direitos da criança como uma especificação da solução dada ao problema dos direitos do homem. Se se diz que “a criança por causa de sua imaturidade física e intelectual, necessita uma proteção particular e de cuidados especiais”, deixa-se assim claro que os direitos da criança são consideradas como um *ius singulare* com relação a um *ius commune*; o destaque que se dá a essa especificidade, através do novo documento, deriva de um processo de especificação do genérico, no qual se realiza o respeito à máxima *suum cuique tribuere*. (BOBBIO, 2004, p. 21)

Conforme o trecho acima, a Declaração de 1959 reconhece uma condição especial à criança, ainda como ser humano, porém destinatária de direitos mais específicos, devido ao seu estágio de imaturidade. Assim, destina-se uma lei especialmente para o grupo social que engloba o conceito de criança, representando uma quebra da lógica comum para um direcionamento legal específico. Enquanto a Declaração de 1948 seria esta lógica comum, da regra que se aplica a todos indistintamente, enquanto a de 1959 seria a abertura de uma exceção para atender a especialidades do grupo social. Neste caso, a diferenciação se dá pela fase da vida, diferenciando-se os direitos da infância, que determina os sujeitos de direito a que se aplicam os princípios e ideais declarados, posto ser a criança diferente do adulto.

Foi este documento que consagrou a primeira menção a direitos civis das crianças, do direito ao nome e à nacionalidade, vindo a concepção de criança a ser profundamente alterada de forma positiva. Vinte anos depois, em 1979 foi proclamado o Ano Internacional da Criança, um evento que objetivou a promoção dos direitos da criança, bem como uma conscientização geral sobre as necessidades especiais desta.

Esta Declaração repudia a discriminação de qualquer espécie e aponta o melhor interesse da criança como norte para proporcionar oportunidades e facilidades para o desenvolvimento da criança. Além disso, enumeram-se os direitos a nome, nacionalidade, benefícios da previdência social, cuidados pré e pós-natais; alimentação, recreação e assistência médica adequadas; tratamento, educação e cuidados especiais às crianças de alguma forma incapacitadas; educação gratuita e compulsória; prioridade de socorro; proteção

contra crueldade, exploração, negligência e trabalho inadequado à idade, bem como contra a discriminação. É reconhecida, ainda, a necessidade de amor e compreensão, em um ambiente de tolerância e amizade (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1959).

Devido a divergências entre os dois blocos que cindiam o mundo em plena Guerra Fria, a intenção da ONU de realizar um pacto internacional de natureza obrigacional teve de ser adaptada em dois pactos, ambos realizados em 1966: Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Os argumentos para tanto tratam da aplicação, que seria imediata referente ao primeiro, e progressiva quanto ao segundo:

[...] a diferença entre os mecanismos de supervisão: como os direitos civis e políticos deveriam ser implementados imediatamente, dizendo respeito fundamentalmente às liberdades individuais, sua violação poderia ser denunciada a um órgão fiscalizador (posteriormente denominado Comitê de Direitos Humanos). Já os econômicos, sociais e culturais se realizariam apenas diante da cooperação internacional e dos esforços de cada Estado, não sendo possível, assim, a aplicação do sistema de denúncias. (WEIS, 1998)

Mesmo com a dificuldade angariada pelo momento histórico vivido à época em que se reuniu a Assembleia das Nações Unidas para discussão destes pactos, houve um grande avanço, pois foi reconhecido um rol de direitos maior que o contido na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (LEITE; MAXIMIANO, 1998, *online*).

No que tange à criança, ambos os pactos de 1966 trouxeram pouca ou nenhuma inovação. O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos em seu artigo vinte e quatro, assim como a Declaração de 1959, repudia a discriminação, declara o direito da criança a nome e nacionalidade, acrescentando que deverá haver o registro logo após o nascimento. Já o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que também reafirmou a proteção sem discriminação, tratou da proteção contra exploração e empregos incompatíveis com o desenvolvimento, que deve ser assegurado pelos Estados. Este garantiu também proteção às mães antes e após o parto, bem como benefícios previdenciários e licença maternidade (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1966a)

O Pacto de San José da Costa Rica foi realizado sob inspiração de sua congênere, a Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1953, com a proteção aos direitos humanos iniciada no pós-Segunda Guerra Mundial. Corresponde a uma integração entre o sistema regional e o sistema universal de proteção destes direitos, motivo pelo qual faz

correspondência expressa a várias outras convenções internacionais sobre o tema no corpo de seu texto (VALENTIM; MANDELLI JR, 1998, *online*).

Este Pacto, firmado pelos países membros da Organização dos Estados Americanos (OEA), foi realizado na cidade de São José, na Costa Rica, por isso o seu conhecido nome. E estabeleceu dois órgãos com funções complementares, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, o que a difere da Declaração Universal dos Direitos Humanos, posto não trazer apenas normas de aspecto material. Além disso, o preâmbulo deste tratado traz uma importante observação ao reconhecer que a proteção da pessoa independe de sua origem, mas do simples fato de ser humana:

Reconhecendo que os direitos essenciais da pessoa humana não derivam do fato de ser ela nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969)

Nesta esteira, a Convenção visa à proteção à vida, desde o momento da concepção, conforme artigo quarto, e dispõe, em seu artigo dezenove, sobre os direitos das crianças, prevendo que “toda criança terá direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer, por parte da sua família, da sociedade e do Estado.” Apesar da pouca menção à proteção infanto-juvenil, este tratado menciona diversos direitos que se aplicam às pessoas e, consequentemente, às crianças.

O mais importante documento internacional acerca do tema infanto-juvenil é a Convenção Sobre os Direitos da Criança de 1989 (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1989), que possui cinquenta e quatro artigos, divididos em três partes, e um preâmbulo. Aprovada por unanimidade na Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989, consagrou a Doutrina da Proteção Integral e foi ratificada por todas as nações membro, sem ressalvas, com exceção dos Estados Unidos e da Somália. Em seu artigo primeiro, define criança como todo ser humano menor de dezoito anos de idade. No artigo segundo, repudia a discriminação, promovendo igual aplicação dos direitos a todas as crianças. No artigo terceiro, cita o interesse superior da criança e, assim, prossegue no estabelecimento de princípios, orientações e atuações políticas aos Estados membros para a consecução destes direitos com fins ao saudável desenvolvimento da criança.

Albernaz Júnior e Ferreira (1998, *online*) afirmam, a propósito:

A partir do artigo 2º, a Convenção passa a discorrer sobre os direitos fundamentais da criança, é dizer, direito a vida (art. 6º), à integridade física e

moral (art. 19), à privacidade e à honra (art.16), à imagem, à igualdade, à liberdade (art. 37), o direito de expressão (arts. 12 e 13), de manifestação de pensamento (art. 14), sem distinção de qualquer natureza (raça, cor, sexo, língua, religião, convicções filosóficas ou políticas, origem étnica ou social etc), estabelecendo diretrizes para adoção e efetivação de medidas que garantam estes direitos por parte dos Estados convencionados, objetivando garantir a proteção das crianças de qualquer forma de discriminação ou punição injusta. Para tanto, nos termos do artigo 4º, os Estados-partes deverão tomar todas as medidas administrativas, legislativas para a implementação dos direitos reconhecidos na Convenção, e, especialmente com relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, tomarão tais medidas no alcance máximo de seus recursos disponíveis e, quando necessário, no âmbito da cooperação internacional.

Este é o primeiro documento internacional a mencionar a adoção e estabelecer algumas diretrizes sobre o tema, atribuindo ao instituto a necessidade de se respeitar os interesses superiores da criança. A adoção é citada em seu preâmbulo, nos artigos 20, 21 e 40, sendo admitida em vista à situação da criança frente aos seus familiares. Estabelece a possibilidade de colocação da criança em lares adequados quando privadas de sua família, que deve haver interferência de autoridades competentes consoantes lei cabíveis e institui parâmetros para a adoção internacional (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1989).

3.1.2 No Ordenamento Interno Brasileiro

O Brasil tem um longo histórico de proteção de suas crianças por meio de ações religiosas, independentemente da esfera jurídica, promovendo a saúde e o tratamento espiritual. Desde o início da colonização pelos portugueses, com a vinda de expedições de padres jesuítas para o território então colônia, iniciou-se a formação da juventude brasileira, que pode ser também considerada, por outro lado, uma doutrinação. Fora disso, as crianças brasileiras, sendo a maioria indígenas, permaneciam abandonadas pela sociedade da época. Demais disso, a história da infância no país se apresenta um pouco diferenciada do modo que ocorreu na Europa, devido às divergências na evolução industrial, principalmente. Isso porque, devido ao atraso brasileiro neste sentido, também contribuíram para tanto a distribuição de renda desequilibrada, da baixa escolaridade e do sistema escravagista que dominaram o Brasil (SOUZA, 2008, p. 66).

Todavia, a ideia de proteção que se tinha no Brasil quinhentista era muito diversa da que se tem atualmente. Por exemplo, crianças indígenas eram entregues aos jesuítas para que fossem ensinadas por padres, o que estabelecia uma aliança entre as tribos e os religiosos, o

que, segundo documentos jesuítas, aconteciam pela vontade dos índios. Porém, era do interesse dos religiosos a conversão do “gentio” para a cristandade, como bem revelavam correspondências enviadas a Dom João III no ano de 1551 (CHAMBOULEYRON, 2010, livro digital). Além do ensino dos índios, os jesuítas promoveram também a construção de algumas escolas espalhadas pelo Brasil, responsável pelo ensino dos filhos dos portugueses, tanto trazidos para o país como nascidos em território brasileiro, sendo a primeira delas fundada em Salvador, no ano de 1549. Demais de catequizar índios, havia também a função precípua de manutenção da unidade política da colônia.

Passados alguns anos, os jesuítas ganharam relevante *status*, o que passou a ameaçar a coroa portuguesa que, por conseguinte, os expulsou em 1759. Por isso, o Marquês de Pombal, então administrador da colônia, implementou uma reforma que tornou o ensino oficial público e houve a nomeação de professores para as 17 escolas que existiam à época (MAGALHÃES, 2012, p. 207), as quais passaram a ensinar matemática e diversas línguas, ampliando a distância entre a elite letrada e as crianças pobres que não tinham acesso às escolas. Enquanto meninos da nobreza eram educados, os menos abastados trabalhavam a partir de, em média, nove anos de idade em lavouras, enquanto meninas de 12 a 16 anos eram cobiçadas para o casamento, sendo que a partir dos 16 já eram consideradas aptas para tanto (RAMOS, 2010, livro digital). A ideia de democratização do ensino ganhou forças apenas após o século XIX, sendo implementada gradativamente, para parcelas da população, na tentativa de se extirpar a ideia de educação como um privilégio que preponderou no período colonial.

Esta reflexão inicial acerca do ensino, da educação e de privilégios é importante para se demonstrar como o relevante abismo existente entre a elite e os mais pobres, institucionalizado desde o período colonial, ante a seletividade do ensino, que não era democratizado, porém estava a serviço de interesses da coroa e da elite. Assim, havia as crianças que eram letradas, ensinadas até mesmo por professores particulares, e outras, que deveriam ser úteis nas lavouras, mantidas analfabetas, dado que a industrialização chegou tardiamente ao Brasil, assim como a ideia de vida privada. Destarte, a escola, como instrumento necessário à nova era industrial, não havia sido implementada, senão para poucos: o trabalho, como forma de complementação salarial para famílias pobres ou miseráveis, sempre foi priorizado em detrimento da formação escolar (PIORE, 2010, livro digital).

As ideias que permearam outros países do mundo, principalmente a Europa, no século XVIII, chegaram ao Brasil apenas no final do século XIX e começo do século XX. Até esse momento, a pobreza era assunto da Igreja Católica, assim como a infância desvalida. Foi a

Igreja que construiu os primeiros “seminários para órfãos”, na Bahia e em Itu, e, depois, em Jacuecanga e em Caraça. Apenas em 1693 há uma proteção oficial direcionada à infância de forma direta, quando o então governador das capitanias que englobavam Rio de Janeiro e São Paulo, informou à coroa acerca das crianças que morriam ao abandono. O Rei, então, determinou tomada de atitudes pela Câmara que, por sua vez, recorreu à Santa Casa, que já atendia aos que batiam à sua porta e aos órfãos de mães falecidas nos hospitais, sob a alegação de falta de recursos. Em 1734, o governador da capitania de Santa Catarina determinou que uma casa em que um vigário acolheria 30 órfãos e pobres ficasse sob fiscalização do governo e não do bispo; todavia a ideia não vingou, ante a discordância dos religiosos (PEREIRA, 1993, *online*).

Citado por Pereira (1993, *online*), Moncorvo Filho assim se expressa:

As Ordenações, os alvarás, as mercês cuidavam dos expostos, isentando até os maridos e os filhos das amas deles, do serviço militar, grande regalia no tempo [...]. No Rio de Janeiro as crianças expostas pereciam nas ruas, nos adros das Igrejas, nas praias, sem que a fé se movesse, a esperança se apiedasse e a caridade as tutelasse. Rejeitados pelo coração dos progenitores, tinham a miséria por cobertor e a casa por berço. Delas se condoíam a Misericórdia e um ou outro particular. Mas de vez em quando a própria Misericórdia alegava não ter rendas para sustentá-los. A Câmara, essa não ouvia os gritos dos enjeitados. Padecia de surdez administrativa devida também, cumpre reconhecer, à escassez das rendas.

O trecho acima ilustra o cruel quadro de abandono sofrido por crianças abandonadas no Rio de Janeiro no início do século XVIII. Foi neste quadro que se trouxe para o Brasil o modelo da Roda dos Expostos, um dos primeiros tipos de instituição criada para a preservação da vida dos bebês abandonados, surgido na Europa. Este foi o início da proteção das crianças no país, tendo-se em vista que os povos antigos e medievais tinham o costume do aborto e do infanticídio como métodos contraceptivos que, com o tempo, foram sucedidos pela prática do abandono, considerada menos cruel (LOPES, 2016, p. 85).

Primeiramente, foram instaladas em Salvador, no ano de 1726, no Rio, em 1738, no Recife, em 1789, e então em diversas cidades. O nome das Rodas, como eram chamadas vulgarmente, deviam-se ao formato do dispositivo em que se inseriam as crianças indesejadas pelos pais, filhos de escravos ou doentes terminais: cilíndrico, giratório e com uma divisória, fixada ao muro ou janela de uma instituição, com um sino para avisar que uma criança havia sido deixada ali, anonimamente.

Foi neste mesmo século que as primeiras instituições destinadas à educação de órfãos foram instaladas por irmandades e ordens religiosas, assim como por iniciativas pessoais de

membros do clero, em diversas cidades. Ao explicar o funcionamento daquelas, Rizzini e Rizzini (2004, p. 24) destacam que as “práticas religiosas e o restrito contato com o mundo exterior eram características fundamentais dos colégios para meninos órfãos e dos recolhimentos femininos, sendo que, no segundo caso, a clausura era imposta com mais rigor.”

Esse contexto configura a primeira fase do tratamento do Estado Brasileiro às crianças. É a chamada “fase da caridade” ou “fase caritativa”, que vigorou do período colonial até cerca de metade do século XIX, em que crianças eram objeto de uma atenção precária, e dependiam da benevolência de pessoas e da religiosidade, as quais dispensavam ações caridosas de cunho protetivo aos pequenos abandonados pelos pais, filhos de escravos e doentes em estágio terminal. Havia trabalho assistencialista, religioso e mesmo voluntário, que foi capaz de amenizar o sofrimento das crianças em situação difícil (SOUZA, 2008, p. 67).

Nas instituições, amas eram alugadas de seus proprietários para amamentar os bebês; aqueles que eram saudáveis eram dados para famílias criarem, os demais eram mantidos no local para tratamento. Acerca da educação, foi questionado o ensino religioso, sob influência do novo ideário trazido pela Revolução Francesa, no séc. XIX, que trouxe uma outra visão da educação como algo que deveria ser útil para o país, enfraquecendo o domínio dos religiosos.

As Rodas dos Expostos permaneceram em funcionamento no país por muitos anos, desde o Império até a Nova República, sendo extintas apenas em 1950. Esta fase é marcada pela inexpressividade da ação estatal, sendo omissos os governos. Apesar de ser responsabilidade da municipalidade a manutenção das instituições e a criação das crianças até pelo menos os sete anos de idade, poderia haver a delegação a outras instituições, o que acontecia com as Misericórdias, cujas parcerias duraram por anos.

Neste tempo, havia o costume de se colocarem bebês às portas de casais que teriam condições de criá-los. Ante a religiosidade da população e o interesse de “ir para o céu”, a caridade praticada neste sentido impedia que muitos de tais casais recusassem as crianças deixadas em frente às suas casas. Na cidade de Mariana, em Minas Gerais, por exemplo, entre os anos de 1779 a 1833, 983 crianças foram expostas dessa forma e apenas 36 destas não ficaram com as famílias que as receberam (MARCILIO, 1998b, p. 136). Demais disso, vários casais recorriam às instituições das Rodas de Expostos para pegarem crianças para criar. Assim, a figura dos filhos de criação tornou-se comum.

No ano de 1855, as Misericórdias passaram a sofrer intervenção do poder público, que começou a esvaziar o seu trabalho caritativo, em um plano que se ensaiava para acontecer desde 1830. Tratava-se de um projeto de política pública em prol das crianças desvalidas em

que se esvaziou o caráter caritativo das Misericórdias, transformando-as em institutos de proteção à infância a serviço das municipalidades. Apesar de tal proteção ser uma medida necessária, havia um interesse mercadológico por trás: com a abolição da escravidão e o fim do tráfico negreiro, além das duas epidemias que muito mataram no país (febre amarela, em 1849, e cólera, em 1855), precisava-se investir em mão de obra (MARCÍLIO, 1998b, p. 193).

Os braços inativos das crianças eram vistos como um desperdício para a nação, além de uma preocupação para a ordem pública, visão esta que permeou a Europa desde a Idade Média, e no Brasil não foi diferente. Segundo Enguita (1989, p. 109), “o desenvolvimento das manufaturas converteu definitivamente as crianças na guloseima mais cobiçada pelos industriais”, isto porque eram, de forma imediata, mão de obra mais barata, necessitando entretanto, mediatamente, serem disciplinadas como futura mão de obra. Foi assim que, no século XVIII, surgiram os orfanatos, juntamente a outros tipos de internatos e casas de trabalho para disciplinamento de crianças em outros estabelecimentos semelhantes, visto que, “o essencial já não era pôr os vagabundos e seus filhos a fazer um trabalho útil com vistas à sua manutenção, mas educá-los na disciplina e nos hábitos necessários para trabalhar posteriormente” (FURNISS, 1965, *apud* ENGUITA, 1989, p. 109).

Assim, começou-se a submeter crianças a algumas poucas horas de ensinamentos e muitas horas contínuas de trabalho. Demais disso, as crianças eram contratadas em grupos, o que barateava o contrato, e, também, poderiam ser demitidas e devolvidas à menor queixa, quando seu trabalho não era explorado na própria instituição. Apesar de as lições de Enguita (1989) terem como base a Europa por serem a base de estudos do professor espanhol, tem-se que a mentalidade viajou entre continentes e chegou ao Brasil, onde visão semelhante e acerca de doutrinação e mão de obra barata se instalou, com a utilização de crianças pobres e abandonadas nas manufaturas, além do olhar higienista de limpeza da cidade, com a retirada de órfãos das ruas, assim como de outras pessoas que, na visão burguesa, atrapalhariam, como mendigos e prostitutas.

A “fase da Filantropia” teve início no século XX, com a superação do cunho religioso e de caridade que tinha protagonismo na proteção de crianças e adolescentes. Neste período, percebeu-se a necessidade de políticas, tanto sociais como econômicas, aprendidas pós Primeira Guerra Mundial, a partir das ações implantadas, no começo do século, na Europa e no México (SOUZA, 2008, p. 68). A atuação do Estado, apesar de ainda pouca e sem projeção social, já era responsabilizada pela legislação vigente, atuando mormente no plano repressivo:

[...] além da abolição da escravidão, nesse período também ocorreram: a queda da Monarquia; a separação da Igreja e do Estado; a quebra do monopólio religioso da assistência social; o avanço da legislação social pró-infância; a instituição do estatuto legal da Adoção; a construção dos Direitos da Criança; as grandes reformas do ensino na década de 1930 (de Francisco Campos) e de 1961 (das Diretrizes e Bases da Educação); e a emergência do Estado-Protetor, ou do Estado do Bem-Estar Social (década de 1960). Aos poucos, a sociedade brasileira ia rompendo a velha ordem oligárquica e implementando a ordem social burguesa, a ordem econômica industrial capitalista. (MARCÍLIO, 1998, p. 191).

O crescimento demográfico do Brasil no início do século XX foi uma verdadeira revolução, tornando-se a população quinze vezes maior em cerca de cem anos (até 1990), devido à queda da mortalidade infantil. Isto, somado à industrialização, com as promessas de modernização trazidas pelos sucessivos governos, gerou o êxodo rural. Houve a inserção da mulher no mercado de trabalho, tanto pela conquista destas como pela falta de opção da mulher rural. Esta, muitas vezes solteira e sem preparo, saída de seu contexto, enfrentava inúmeras dificuldades. Assim, pode-se dizer que o êxodo rural contribuiu tanto para o aumento da pobreza, habitação precária e favelas nas cidades, como para o aumento no número de crianças desamparadas, bem como de bebês abandonados.

Neste momento em que tanto as Ciências Jurídicas como a Medicina se reelaboravam trazendo teorias estrangeiras, houve inclusive a modificação do termo utilizado. Enquanto “criança” passou a designar apenas aquelas que tinham suas famílias, para os abandonados começou a se utilizar o termo “menor” para aqueles que antes eram denominados “expostos”, “órfãos”, “santa infância”, “infância abandonada”. E, assim, despersonalizados, passaram a ser tratados como assunto de polícia. Estes, tidos como desajustados, deixaram de ser alvo da esmola para a ressocialização. A internação se tornou a base das ações, inclusive permeada por pensamentos positivistas (de correção antes do retorno à convivência em sociedade) e lombrosianos (que acreditavam em uma tendência natural ao crime), advindos de juristas que, com atenção voltada à infância delinquente ou desvalida, buscaram no exterior a resposta para este problema (MARCÍLIO, 1998, 194-195).

Com a entrada em vigor do Código Civil de 1916, passou a vigorar uma das primeiras medidas de proteção para a infância promovidas pelo Estado brasileiro: a adoção, prática que foi incorporada pela nova lei, embora já anteriormente praticada. O Código deu início, então, à medida de proteção ao direito a convivência familiar, embora ainda não se visse tal direito como hoje, porquanto o foco estava, ainda, em dar filhos às famílias que não os tinham.

Foi também neste período, mais especificamente em 1927, que se instalaram os Juizados de Menores, como um braço forte do Estado, com suas ações menoristas previstas no primeiro Código de Menores, como ficou conhecido o Decreto nº 17.943-A de 12 de outubro, de tal ano. Estes Juizados seguiram a mesma linha dos Tribunais instalados nos Estados Unidos. É notável que este Código estava na contramão do cenário internacional que, com a Declaração de Genebra de 1924, começava a reconhecer os direitos às crianças. Porém, um inegável benefício trazido, mesmo que tardio, foi o fim da Roda dos Expostos, posto que tal Decreto, em seu art. 15, determinou o que chamou de “consignação direta” para a admissão dos expostos à assistência (BRASIL, 1927). No Rio de Janeiro, as Rodas foram extintas apenas em 1938, por exemplo. Assim tiveram origem os Escritórios de Admissão.

Neste período, seguinte à assimilação da carência da proteção social da infância pobre e abandonada pelo Estado, o Estado-Juiz adotou uma postura ilimitada, não pautada na legalidade (aplicada apenas nos casos que envolviam maiores de idade), quando se tratava de questões infanto-juvenis. Isso porque a própria legislação vigente eximia a magistratura de qualquer controle judicial, mesmo recursais (exceções existiam apenas em situações excepcionais), deixando folclórica e temida a imagem dos Juizados Especiais, cujos juízes menorista eram equiparados à “figura do bom pai de família” (SOUZA, 2014, p. 51).

Foram mais de quatrocentos anos de condutas descabidas e inconclusas do Estado brasileiro, desde o período colonial, com o tratamento de crianças e adolescentes. E, mesmo enquanto o mundo declarava estes como sujeitos de direito, o ordenamento jurídico do Brasil continuava a tratá-los como objetos, inclusive intensificando o punitivismo menorista a eles direcionado. Enquanto as bases do Estado de bem-estar social eram debatidas nos Estados Unidos da América e na Europa, e regras sociais eram incluídas nas constituições da Alemanha e do México, por exemplo, no Brasil instalava-se um paradoxo com relação ao restante do globo, posto que tornavam-se notáveis no país os Juizados de Menores com sua força coercitiva (SOUZA, 2014, p. 52).

Até a década de 1960, o Estado Brasileiro não intervinha na proteção nem sequer na assistência da infância necessitada, mas apenas vigiava e controlava tal assistência e repreendia os desviantes, com órgãos especializados, de forma deficiente e sem continuidade (MARCILIO, 1998b, p. 225). Houve órgãos como o Departamento Nacional de Crianças, de 1919, e o Serviço Nacional de Menores, de 1941, que se direcionavam tanto aos carentes como aos infratores.

Já na “fase do Assistencialismo”, a partir dos anos 1960, “o Estado brasileiro se tornou o grande interventor e o principal responsável pela assistência e pela proteção à infância pobre

e à infância desviante” (MARCILIO, 1998b, p. 225). Esta fase foi marcada pela criação da Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (FUNABEM) e da Fundação Estadual para o Bem-Estar do Menor (FEBEM) de cada Estado-membro, as quais se prestavam ao recolhimento de crianças e adolescentes carentes, infratores ou não, que submeteriam a medidas estipuladas pelo Juiz de Menores: “[...] sem o respeito às mínimas garantias constitucionais, os adolescentes pobres eram, simplesmente, presos, retirados das ruas e lançados no interior das FEBEM” (SOUZA, 2008, p. 68).

Em 1979, a Lei 6.697 instituiu o segundo Código de Menores, que sobreveio a tratados internacionais muito importantes, como a Declaração de Genebra e a Declaração dos Direitos da Crianças de 1959, esta última que, inclusive, elevou a criança ao patamar de sujeito de direitos; além de declarações não específicas, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e os Pactos de 1966. Todavia, mesmo com sua entrada em vigor posterior a estas importantes normas internacionais, o Código de Menores de 1979 não respeitou preceitos de igualdade ou mesmo o status de sujeitos de direitos. Havia uma nítida separação entre as crianças, servindo tal Lei para o tratamento dos menores de dezoito anos em “situação irregular” (BRASIL, 1979). Além disso, foi apenas com esta legislação que as FEBEMs e congêneres tiveram regulamentação, pois sua criação foi determinada, apesar de seu funcionamento acontecer desde o século anterior.

Todavia, apesar das falhas relativas ao Código de Menores de 1979, foi a primeira vez que existiu uma regulamentação para a adoção de forma minuciosa, o que não ocorreu com legislações anterior, sequer o Código Civil de 1916. Começava-se a perceber a importância da criança crescer no seio de uma família, mesmo que substituta. Esta foi vista como um meio de permitir às crianças que completassem seu processo de socialização e também, a aquisição de valores, desenvolvimento de autoestima e capacitação para desempenho de funções sociais (MARCÍLIO, 1998b, p. 226).

Foi neste mesmo período, já na década de 1980, que o grande aumento dos índices de pobreza e violência, que se apresentaram como um desafio para o Poder Público e sua capacidade de atender às demandas da população, ensejou a organização da sociedade civil em grupos que visavam à defesa dos direitos das crianças, como a Pastoral do Menor e inúmeros outros. Estes estavam cientes das frequentes violações ocorridas no âmbito das FEBEMs, e também pela polícia. As mobilizações ocorreram inclusive acerca da elaboração do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), e o governo criou o Ministério da Criança em 31 de julho de 1990, como forma de expressar seu compromisso junto à causa.

A última destas fases, a atual, teve início com o ECA, que entrou em vigor em 1990 e mudou a nomenclatura, removendo “menor” do texto da lei para trazer, em seu lugar, “criança e adolescente”. Trata-se da lei 8.060 de 13 de julho de 1990, que fixou direitos e deveres e a revogação da doutrina do menor em situação irregular, substituída pela doutrina da proteção integral. Restou reconhecido aos jovens pelo Estado, a sociedade e a família, os mesmos direitos que possuem os adultos, além da especial condição de pessoa em desenvolvimento, sendo por isso considerado um dos Estatutos mais avançados da contemporaneidade. Finalmente, o Brasil se atualizava, pareando suas normas internas, tanto da Constituição Federal de 1988 (em seu artigo 227), aos tratados internacionais sobre crianças, tornando estas sujeitos de direitos no âmbito interno.

Com isso, a FEBEM, “de tantos erros e de tão poucos acertos” (MARCÍLIO, 1998b, p. 277), restou extinta, sendo substituída pela Fundação Centro Brasileira para Infância e Adolescência (CBIA), que logo também teve fim. O tratamento da infância permanecia, então, sem continuidade, de forma aleatória, pontual e, muitas vezes, inconsequente. Isso aconteceu mesmo com as possibilidades públicas trazidas pela nova lei para se reestruturarem as políticas. Foram implantados os Conselhos Tutelares, que são órgãos opinativos com o objetivo de cuidar para que os direitos de crianças e adolescentes sejam respeitados.

3.2 Direito Fundamental à Convivência Familiar e Comunitária

As crianças e os adolescentes possuem todos os direitos fundamentais garantidos à pessoa humana, tanto pela Constituição Federal como pelas legislações infraconstitucionais, com o acréscimo de alguns outros direitos especiais devido à sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, o que se entende por proteção integral. Neste sentido, o artigo 227 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) afirma ser dever da família, da sociedade e do Estado, que assegurem às crianças e adolescentes alguns direitos, dentre eles, o da convivência familiar e comunitária. Este preceito se repete no artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) (BRASIL, 1990a)⁴, diploma em que, inclusive, é dedicado todo um capítulo para disciplina deste tema (Capítulo III - “Direito Fundamental à Convivência Familiar e Comunitária”, do Título II - “Dos Direitos Fundamentais”).

⁴ Válido ressaltar também a importância de outras normas que complementam o sistema do ECA, como a Lei Orgânica da Assistência Social (Lei nº. 8.743/1993) e a Política Nacional da Assistência Social, de 2004. (OLIVEIRA, 2019, online)

A imprescindibilidade do citado direito a conviver em família deve-se ao fato de que os seres humanos que ainda estão se desenvolvendo necessitam de condições que lhes proporcione um crescimento, tanto físico, intelectual e emocional, sadio. Esta necessidade encontra-se expressa ao longo do texto do ECA, a partir do qual é possível se concluir o que significa o Direito Fundamental à Convivência Familiar e Comunitária: o direito da criança e do adolescente de ser criado e educado no interior de uma família, seja natural ou substituta, que garanta seu desenvolvimento integral (artigo 19 do ECA), sem quaisquer designações discriminatórias (art. 20), onde serão sustentados, cuidados e educados (art. 22), lhes serão transmitidas crenças e culturas (art. 22, parágrafo único), devendo-se oportunizar e facilitar que se desenvolvam física, mental, moral, espiritual e socialmente, de forma livre e digna (art. 3º) (BRASIL, 1990a).

Além de um direito, entende-se a convivência familiar como um princípio constitucional que se refere a uma relação duradoura e permanente entre os membros da família, supondo-se o ambiente físico da moradia, do lar, porém não obrigatoriamente, dado o quão complexo se tornaram os estilos de vida possíveis. Todavia, mostra-se necessária a existência de um local que seja um referencial de segurança e privacidade, em que todos os integrantes da entidade familiar sintam-se protegidos e acolhidos, principalmente crianças e idosos, devido à sua condição de vulnerabilidade. (GAMA, 2015, p. 47-48).

Nesse sentido, Maciel (2010, p. 75) observa:

Destarte, podemos conceituar a convivência familiar como o direito fundamental de toda pessoa humana de viver junto à família de origem, em ambiente de afeto e de cuidado mútuos, configurando-se como um direito vital quando se tratar de pessoa em formação (criança e adolescente).

O ambiente familiar é, portanto, de vital importância para o ser humano, desde que presentes, nele, afetividade, dignidade, igualdade e isonomia, solidariedade, a parentalidade responsável, o melhor interesse da criança e do adolescente, dentre tantos outros princípios constitucionais que norteiam a família-instrumento. Esta, como o meio natural de desenvolvimento da criança e do adolescente, é seu primeiro lócus de garantia de direitos, bem como de socialização e inserção na sociedade, de forma a transformá-lo, conforme se desenvolve, em um ser humano próspero, em todos (ou ao menos quase todos) os aspectos de sua existência. Diante desta essencialidade, o direito à convivência familiar e comunitária é uma necessidade intrínseca do ser humano:

O vínculo é um aspecto tão fundamental na condição humana, e particularmente essencial ao desenvolvimento, que os direitos da criança o levam em consideração na categoria convivência – viver junto. O que está

em jogo não é uma questão moral, religiosa ou cultural, mas sim uma questão vital. Na discussão das situações de risco para a criança, a questão da mortalidade infantil ou da desnutrição é imediata. Sobreviver é condição básica, óbvia, para o direito à vida. Deve-se acrescentar a dimensão afetiva na defesa da vida. Em outras palavras, sobreviver é pouco. A criança tem direito a viver, a desfrutar de uma rede afetiva, na qual possa crescer plenamente, brincar, contar com a paciência, a tolerância e a compreensão dos adultos sempre que estiver em dificuldade. (VICENTE, 2010, p. 50-51)

Isto porque, mesmo com a satisfação de todas as necessidades biológicas de uma criança, pois, se privada em sua primeira infância de dedicação materna, tal privação pode resultar em distúrbios severos, conforme teoriza Spitz; neste mesmo sentido, Bowlby também demonstrou como resultado de suas investigações que ainda bebê, o ser humano desenvolve sua disposição para proximidades interpessoais que influenciarão o resto de sua vida, para suas posteriores ligações emotivas (HONNETH, 2003, p. 161-162).

3.2.1 Notas sobre Família e Convivência Familiar

A família, historicamente, deixa de ser uma instituição e passa a se focar no desenvolvimento dos sujeitos que dela fazem parte. Por ser o centro formador de seres humanos, é fundação da sociedade, sendo que daquela, como primeira formação de grupos na história, adveio esta. Como base da sociedade, recebe proteção especial do Estado, conforme determina o art. 226 da Constituição Federal.

Farias e Rosenvald (2010, p. 27) entendem, a propósito:

A transição da família como unidade econômica para uma compreensão solidária e afetiva, tende a promover o desenvolvimento da personalidade de seus membros, traz consigo a afirmação de uma nova feição, agora fundada na ética e na solidariedade. E esse novo balizamento evidencia um espaço privilegiado para que os seres humanos se complementem e se completem.

Dessa forma, torna-se a família ponto de chegada e de partida para a tutela da pessoa humana. Não existe proteção da família pela família, como antes houvera com a mentalidade de família-instituição, mas apenas em razão do ser humano, dentro de uma família-instrumento. Trata-se da valorização da pessoa humana. A família tornou-se “o ponto de referência central” do sujeito na sociedade, em que se almeja segurança e solidariedade que raras vezes pode ser suprida por outro tipo de socialização (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 28). Isto porque, atualmente, a família deve ser entendida como “grupo social fundado, essencialmente, em laços de afetividade, pois a outra conclusão não se pode chegar à luz do texto constitucional” (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 28).

A partir da nova concepção de família-instrumento como meio de desenvolvimento do ser humano, passou-se a buscar, no interior deste núcleo, a felicidade. Assim, a família como instituição perdeu força, já que não possui o relevo que outrora possuía, da mesma forma que a vontade estatal não mais determina o modo como ela se forma. “A família continua, e está mais do que nunca empenhada em ser feliz. A manutenção da família depende sobretudo, de se buscar, por meio dela, a felicidade” (CUNHA PEREIRA, 2015, p. 296-197).

Reconhecer o afeto como elemento constitutivo dos vínculos interpessoais advém, pois, do amor e da solidariedade. E disto teve origem uma nova nomenclatura para designar as famílias perante o laço de afetividade: família eudemonista.

O Eudemonismo é a doutrina que se fundamenta na busca da felicidade, que pode ocorrer por meio de gratificação profissional e realização pessoal, com a conversão em pessoas socialmente úteis (DIAS, 2016, p. 248). Sendo a família um instrumento para o sujeito, a proteção se deslocou da instituição para este, como bem determina o §8º do art. 226 da Constituição Federal: “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.” (BRASIL, 1988).

Essa nova doutrina que se percebe aplicada nas famílias atuais é consequência direta da democratização do ambiente familiar. Com o declínio da formatação tradicional patriarcal e hierarquizada, e conforme se torna menos patrimonialista, deixou também de ser um núcleo econômico e reprodutivo, abandonando-se também superioridades costumeiramente intrínsecas a gênero, e as crianças se tornaram tão valorizadas quanto os adultos. Mesmo assim, cada membro ainda possui seu lugar e função bem definidos no ambiente familiar: pai, mãe e filhos, por exemplo.

Sabe-se, conforme já ensinou Bobbio (2004, p. 13), “o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas”. Atualmente, predomina uma concepção supraindividualista de família, posto que se tem como finalidade maior os seus membros e os interesses individuais destes, acrescentando-se que os Direitos Fundamentais, no sistema constitucional brasileiro, devem ter refletido em seu conceito a dupla fundamentabilidade formal e material, conforme palavras de Sarlet (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 281):

Todas as posições jurídicas concernentes às pessoas (naturais ou jurídicas, consideradas na perspectiva individual ou transindividual) que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, expressa ou implicitamente, integradas à constituição e retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos, bem como todas as posições jurídicas que, por seu conteúdo e

significado, possam lhes ser equiparadas, tendo, ou não, assento na constituição formal.

Por ser o âmbito em que se nascem e desenvolvem pessoas, a família está intimamente ligada aos direitos de personalidade, sendo guiados estes pelo princípio da dignidade humana e tudo o que os circunda para que possam ser realizados, sendo que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 1988), consoante o inciso X do art. 5º da Constituição.

Sem dúvidas, o direito à intimidade e à vida privada, principalmente, além de tantos outros direitos de personalidade, estejam eles tipificados ou não nos artigos 11 a 21 do Código Civil, realizam-se dentro das paredes da residência de cada pessoa, onde manifestam seus laços de afeto e dão vazão a sentimentos, inclusive de ordem sexual. Os direitos deste tipo, relacionando-se a todo o essencial para uma vida digna, tanto com referência a bens como a valores da pessoa, seja em sua esfera moral, intelectual ou física, autorizam a tutela de situações não tipificadas (HIRONAKA, 2016, p. 63).

Demais disso, garantias de uma vida digna tangem os direitos de personalidade, enquanto aos direitos fundamentais relacionam-se as garantias do mínimo existencial e o convívio das pessoas. Esta conexão é irresistível, já que aplicam-se os direitos fundamentais não apenas como um limite ao Estado, mas, também, nas relações privadas (HIRONAKA, 2015, p. 64). Trata-se, de modo geral, da incontestável constitucionalização do Direito Civil. No mais, como explicado por Ferrajoli (2011, p. 106-107), sem os direitos fundamentais, que são a lei do mais fraco, vigora a lei dos mais fortes, seja fisicamente, socialmente ou economicamente, contra a qual a ausência de limites já gera violência.

Há algumas espécies de direitos fundamentais intrínsecos às relações familiares e ao âmbito onde estas acontecem. Como base da sociedade, a família recebe do Estado uma proteção especial, como estabelece a Constituição Federal. Todavia, a proteção maior acontece direcionada a cada um dos membros do grupo familiar. A tutela de seus direitos fundamentais é a maior garantia de salvaguarda da entidade em si. Dentre estes, tem-se o direito ao afeto, à dignidade, à igualdade, à liberdade e à felicidade. Conforme entende Cunha Pereira (2015, p. 69), pode-se dizer que o afeto, como o elo que une os indivíduos de modo a gerar famílias, deve ser o primeiro citado:

Para a Psicanálise é a expressão que designa a quantidade de energia pulsional e exprime qualquer estado afetivo agradável ou desagradável. Para a Filosofia é o que diz respeito aos sentimentos, às emoções, aos estados de

alma e, sobretudo ao amor. Espinosa diz que somos constituídos por nossos afetos e pelos laços que nos unem aos outros seres.

Estabelecer o conteúdo do direito ao afeto apresenta-se como uma busca. E, no tocante à formação de uma estrutura familiar, intrínseco ao conceito desta, o direito à afetividade ou ao afeto se torna fundamental, conforme já explanado. Como elemento mais importante da família contemporânea, a partir do reconhecimento de outros arranjos pela Constituição de 1988, transcende a esfera ética para se tornar valor de perfil constitucional (HOGEMANN; SOUZA, 2013, p. 76). A juridicidade atribuída ao afeto advém do reconhecimento das múltiplas formas de manifestação da família, posto ser formador e mantenedor desta (CORDEIRO, 2013, p. 23).

Este entendimento visa à preservação da família posto ser esta o núcleo em que se desenvolve o ser humano, este recolocado no centro do universo jurídico. O afeto possui importância “para a compreensão da própria pessoa humana, integrando seu ‘eu’” e dele decorre efeitos jurídicos (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 29). E, somando-se à desbiologização das relações à repersonalização do direito, o afeto tornou-se valor inerente à dignidade humana (HOGEMANN; SOUZA, 2013, p. 86).

A dignidade da pessoa humana, por sua vez, é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, o que se encontra expresso no art. 1º, inciso III da Constituição Federal. Isto o torna a torna o princípio maior no que se refere à proteção de direitos humanos e justiça sócia, posto que consagrada como valor nuclear da ordem constitucional. O mais universal dos princípios, a dignidade é um macroprincípio do qual irradia uma gama de princípios éticos e que ocasionou a despatrimonialização de diversos institutos jurídicos. Como limitação da atuação estatal ou como direcionamento para ações positivas, a dignidade coloca a pessoa no centro de proteção do Direito (DIAS, 2016, p. 74).

Todavia, a conotação econômica não se esvaiu totalmente da ideia de família. Em um contexto consumista e patrimonializado, consoante as necessidades de bem viver e as necessidades do indivíduo e de uma garantia patrimonial mínima, preteridos os direitos de credores (FACHIN, 2015, p. 696). Para asseguramento dos direitos de personalidade e à dignidade, decorre também a dignidade patrimonial, com a teoria do patrimônio mínimo, intimamente ligada ao direito fundamental à moradia, positivado na Carta Magna, em seu art. 6º, como um direito social:

O direito das famílias está umbilicalmente ligado aos direitos humanos, que têm por base o princípio da dignidade humana, versão axiológica da natureza humana. O princípio da dignidade humana significa, em última análise, igual dignidade para todas as entidades familiares. (...) A dignidade da pessoa

humana encontra na família o solo apropriado para florescer (DIAS, 2016. p. 74.)

Outro direito, a igualdade, aparece na Constituição Federal desde o seu preâmbulo e é trazida como um direito fundamental no caput do art. 5º, constando, de diversas maneiras, ao longo do corpo da Lei Fundamental e trata-se de uma das bases em que se sustenta o Estado Democrático Direito. Isonomia, não discriminação e respeito às diferenças são desdobramentos lógicos deste princípio norteador. Tangente ao tratamento desigual dos desiguais e proteção igualitária a todos, tem-se como aspiração tanto a igualdade formal como a material, esta principalmente. É vedada discriminação de sexo, raça, idade, cor, origem ou qualquer outra forma, posto serem todos iguais perante a lei.

Na família conjugal, esta igualdade chegou com a vedação de discriminação por sexo que consta como um dos objetivos da República, no art. 3º, IV, assim como pela igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres expressa no art. 5º, I. Além disso, o art. 226, §5º, traz direitos e deveres iguais a ambos os sexos no que se refere à sociedade conjugal. A filiação também foi alcançada, com a proibição de qualquer forma de diferenciação dos filhos (DIAS, 2016, p. 179-180). Porém esta igualdade não se aplica apenas entre os indivíduos. As diferentes entidades familiares também devem ter suas diferenças respeitadas,

Já a liberdade, a Constituição Federal a coloca em meio a um conjunto de direitos fundamentais que assumem especial importância no sistema constitucional do Brasil. Existem diversos direitos de liberdade específicos (como de expressão, de reunião, manifestação, entre outras), como um direito geral de liberdade que são invioláveis (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 484). Esta ideia de direito geral dispõe-se à integração com outras liberdades não expressas pelo constituinte, como uma cláusula aberta que a Constituição deixou como margem para liberdades fundamentais não nominadas (ALEXY, 2015. p. 218):

O conceito de liberdade é, ao mesmo tempo, um dos conceitos práticos mais fundamentais e menos claros. Seu âmbito de aplicação parece ser quase ilimitado. Quase tudo aquilo que, a partir de algum ponto de vista, é considerado como bom ou desejável é associado ao conceito de liberdade. Isso vale tanto para disputas filosóficas quanto para polêmicas políticas. [...] A conotação emotiva da palavra "liberdade" dificilmente poderia ser caracterizada de forma mais precisa. Em geral, quem denomina algo como "livre" não faz apenas uma descrição, mas expressa também uma valoração positiva e suscita, no ouvinte, um estímulo para compartilhar desse valor.

Em sede familiar, a liberdade consiste na possibilidade de escolha do par, independente do sexo, bem como o tipo de entidade familiar que deseja constituir. “Em face do primado da liberdade, é assegurado o direito de constituir uma relação conjugal, uma união estável hétero

ou homoafetiva ou ainda poliafetiva.” (DIAS, 2016, p. 75). E tal direito consta também na possibilidade de dissolver estas relações e recompor novéis estruturas, assim como alterar disposições patrimoniais como o regime de bens na vigência do casamento ou união e decidir sobre o planejamento familiar, vedada qualquer coerção por parte do Estado ou quaisquer outras instituições (DIAS, 2016, p. 75/76 e 292). Outros exemplos consistem no reconhecimento voluntário de paternidade e a possibilidade de recusa desta pelo filho, o uso de inseminação artificial, e até mesmo a adoção, assim como qualquer possibilidade de viver e reinventar a família (LÔBO, 2016, p. 119).

Com o desligamento da família das funções tradicionais, não há lógica em uma regulação pelo Estado acerca de deveres que restringiriam liberdades, bem como a intimidade e a vida privada, enquanto estes não tem consequências no interesse geral. Assim, valoriza-se a autonomia e a vontade livre (LÔBO, 2016, p. 119). Respeitam-se, assim, todas as escolhas legais que levam à felicidade de seus membros.

Aristóteles (2005, p. 10), escreveu que “a felicidade é, portanto, algo absoluto e autossuficiente, sendo também a finalidade da ação”. Nesse sentido, atualmente se diz ser a família eudemonista, ou seja, é começo, meio e finalidade a felicidade, sendo esta, portanto, tanto o objetivo como o ponto de partida:

Essa ideia da busca da felicidade vincula-se diretamente a valores como liberdade e dignidade da pessoa humana, que por sua vez pressupõe o sujeito de direitos como sujeito de desejos, isto é, a felicidade do sujeito de direito está diretamente relacionada ao desejo do sujeito. (CUNHA PEREIRA, 2015, p. 296)

Na decisão do STF em sede da Ação Direita de Inconstitucionalidade 4.277, argumentou-se em prol das uniões homoafetivas com base no direito à busca da felicidade. Este foi considerado “verdadeiro postulado constitucional implícito, como expressão de uma ideia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011b, p. 03). Trata-se de um dos direitos mais importantes implícitos na Constituição Federal, emanando diretamente da dignidade da pessoa humana como “direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011a, p. 02).

Considerando a felicidade como a garantia de não violação dos direitos fundamentais, não apenas de dignidade, igualdade e liberdade, mas também os direitos sociais, o Estado é obrigado a disponibilizar os meios para que o indivíduo e a sociedade busquem a felicidade. Diante de uma intervenção que se atenha apenas essencial, da laicidade do Estado, que reconheça o quão complexas e plurais são as relações privadas, deve ser garantido o

desenvolvimento pleno dos membros de uma entidade familiar (ALBUQUERQUE, 2012, p. 88-89).

3.2.2 A Importância da Família para a Cidadania

Considerando a importância do vínculo e do bom desenvolvimento deste, é válido citar a teoria do reconhecimento de Honneth (2003, p. 159-179), que destaca que a relação saudável da criança com a família é essencial para o ser humano se ver como cidadão, que se considere destinatário e merecedor de direitos como os demais à sua volta, bem como à sua autonomia e sucesso. Neste sentido, mencionado autor traz conceitos da psicanálise, em que se demonstra que a conexão do indivíduo com a mãe na primeira infância é determinante.

Descreve o autor, com base na teoria de Winnicott, duas fases diversas, uma de simbiose e outra do “ser-em-si-mesmo”. Primeiro, na fase de simbiose do bebê com a mãe, aquele se considera onipotente frente a satisfação de todas as suas necessidades por esta, para, posteriormente, perder esta noção ao ver a mãe retornando ao cotidiano, não tão co-dependente, período em que o infante se torna um “ser-em-si-mesmo”, na medida em que sabe que suas carências serão supridas, porém de forma não tão próxima, em brevíssima síntese. Segura do amor de sua mãe, a criança pequena pode estar sozinha de forma despreocupada, pois alcançou confiança em si mesma (HONNETH, 2003, p. 172).

Honneth (2003, p. 173) bem aduz a respeito:

Se o amor da mãe é duradouro e confiável, a criança é capaz de desenvolver ao mesmo tempo, a sombra de sua confiabilidade intersubjetiva, uma confiança na satisfação social de suas próprias demandas ditadas pela carência; pelas vias psíquicas abertas dessa forma, vai se desdobrando nela, de maneira gradual, uma "capacidade elementar de estar só". Winnicott atribui a capacidade da criança pequena de estar a sós, no sentido de que ela começa a descobrir de maneira descontraída “sua própria vida pessoal”, a experiência da “existência contínua de uma mãe confiável”: só na medida em que “há um bom objeto na realidade psíquica do indivíduo”, ele pode se entregar a seus impulsos internos, sem o medo de ser abandonado, buscando entendê-los de um modo criativo e aberto a experiência.

Esta relação com a mãe, de confiança na dedicação emotiva, condiciona todas as relações futuras do sujeito que digam respeito a amor, seja amizade ou outras relações afetivas. Isto porque a geram a estrutura comunicativa que faz do amor uma relação de reconhecimento recíproco, nas palavras de Honneth (2003, p. 177). E esta é uma das esferas que o autor traz de sua Teoria do Reconhecimento, baseada em Hegel e autores da psicanálise, para se falar da origem dos conflitos sociais:

[...] embora seja inerente ao amor um elemento necessário de particularismo moral, Hegel fez bem em supor nele o cerne estrutural de toda eticidade: só aquela ligação simbioticamente alimentada, que surge da delimitação reciprocamente querida, cria a medida de autoconfiança individual, que é a base indispensável para a participação autônoma na vida pública. (HONNETH, 2003, p. 178)

Assim, é possível afirmar que a relação familiar do indivíduo em sua primeira infância é elemento essencial para a construção, não apenas de suas relações afetivas futuras mas, também, como uma das esferas da construção de sua identidade e, também do seu ser cidadão. Ou seja, é a base das relações sociais da fase adulta. Sem esta esfera conduzida de forma bem sucedida, o ser humano não é capaz de desenvolver auto respeito ou participar da vida pública:

[...] A identidade só existe no espelho e esse espelho é o olhar dos outros, é o reconhecimento dos outros. É a generosidade do olhar do outro que nos devolve nossa própria imagem ungida de valor, envolvida pela aura da significação humana, da qual a única prova é o reconhecimento alheio. Nada somos e não valem nada se não encontrarmos o olhar alheio acolhedor, se não fomos vistos, se o olhar do outro não nos recolher e salvar da invisibilidade – invisibilidade que nos anula e que é sinônimo, portanto, de solidão e incomunicabilidade, falta de sentido e valor. (SOARES, 2009, p. 331).

Consideradas as mencionadas teorias e pesquisas, resta evidenciada a importância do Direito Fundamental à Convivência Familiar para não apenas o desenvolvimento intersubjetivo das crianças, mas, também para sua construção como cidadão ativo. Outrossim, com essas constatações, resta imperativo que seja cumprido o mencionado artigo 19 do ECA, sobre o “direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.” (BRASIL, 1990a, *online*), bem como o artigo 226 da Constituição Federal.

3.2.3 A Importância da Família para a Dignidade

A Dignidade da Pessoa Humana foi alçada pela Constituição de 1988 como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, o que se encontra expresso já no artigo 1º, inciso III, da Lei Maior. Dessa forma, tem-se que a dignidade é o vetor que deve guiar União, Estados, Municípios e o Distrito Federal, em suas três esferas de Poder (Executivo, Legislativo e Judiciário). E, em suas ações (sejam atos administrativos, políticas públicas, legislações ou decisões monocráticas ou colegiadas, etc.), a República deve se atentar a

construir uma sociedade livre, justa e igualitária e promover o bem de todos, além dos outros objetivos elencados no artigo 3º da Constituição.

É importante destacar tais fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil quando se menciona o Direito à Convivência Familiar e Comunitária, pois, mais adiante em seu texto, a Lei Maior do país menciona a família como base da sociedade e merecedora de especial proteção do Estado, em seu artigo 226. Em uma interpretação sistêmica, consoante os objetivos acima selecionados e elencados, tem-se que, para a consecução destes, é essencial que a família seja protegida.

Como já exposto, todavia, a família não é um fim em si mesma: como instrumento, é o meio em que se desenvolvem seus membros e, para que se atinja a sua proteção, é necessário que esta seja voltada a cada um de seus membros, no ambiente familiar. Assim, a proteção constitucional à se dirige a cada um que dela faz parte. Mormente porque, como a dignidade é um dos fundamentos da República, a pessoa se torna o valor central do ordenamento jurídico, e a família é o ambiente que propicia o seu desenvolvimento pleno.

O dispositivo que se segue no texto constitucional, o artigo 227, completa este raciocínio, ao trazer a família e o Estado como obrigados a assegurarem à criança, ao adolescente e ao jovem diversos direitos básicos e essenciais (fundamentais), dentre eles, a dignidade. Assim, completa-se o círculo deste raciocínio sistêmico de proteção constitucional da dignidade no interior do ambiente familiar como base e objetivo da República, com liberdade, justiça e igualdade.

Percebe-se, ainda, que a família é o local onde se realizam diversos direitos fundamentais. E a dignidade da pessoa humana é o que concede à Constituição e ao sistema de direitos fundamentais a devida unidade de sentido (BAHIA, 2011, p. 536). Dessa forma, a família confere ao indivíduo um local para desenvolver, com dignidade, sua identidade, sua individualidade, ou seja, sua personalidade. Por isso, é correto dizer que “a fundamentabilidade da família passa, assim, pela consecução e pelo desenvolvimento dos direitos de personalidade dos seus membros” (BAHIA, 2011, p. 536).

Larenz (1997, p. 687) observa, a propósito:

Se se fala de “direitos de personalidade”, alude-se àqueles direitos cuja função é garantir à pessoa uma esfera própria protegida face ao exterior. O conceito de “direito de personalidade” não foi obtido na Jurisprudência recente prescindindo das distinções de diferentes direitos de personalidade e tendo fixado o que é comum a todos, mas através da elaboração do específico conteúdo de sentido de um tal direito e da sua função ao serviço de valores humanos.

Tais direitos são aqueles “que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais” (BAHIA, 2011, p. 537), são inerentes ao ser humano e não podem dele ser destacados, como vida, nome, integridade física, imagem, honra, liberdade, representando as características intrínsecas do indivíduo. E são decorrentes diretamente da dignidade humana, que delimita, ainda, o conteúdo essencial dos direitos humanos, sendo, assim, imprescindível o respeito à sua dignidade para que sejam observadas, também, as consequências jurídicas dos direitos de personalidade (BAHIA, 2011, p. 537), que, por si só, já são direitos fundamentais.

Todavia, não se podem fracionar tais direitos, pois, “na categoria do ser, não existe dualidade entre sujeito e objeto, pois ambos representam o ser” (PERLINGIERI, 2008, p. 764). Isto quer dizer que não se pode separar a pessoa de cada um de seus direitos da personalidade, ou sequer dividir em interesses, bens ou sequer situações destacadas. Disso se conclui que “a personalidade, portanto, não é um direito, mas sim, um valor (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente exigência mutável de tutela” (PERLINGIERI, 2008, p. 764).

Destarte, é impossível que se desvincule a família, ou seja, o direito fundamental à convivência familiar, dos citados direitos, porquanto é no interior de um ambiente familiar que se desenvolve a pessoa. E esta, como valor para o ordenamento, possui dignidade constitucionalmente protegida, o que apenas é possível se garantida a sua personalidade.

3.3 A Adoção como Promoção do Direito Fundamental

O Direito Fundamental à Convivência Familiar e Comunitária se realiza não apenas na família de origem da criança e do adolescente, mas, também, em sua família extensa ou em uma substituta. Neste sentido, o artigo 25 do Estatuto da Criança e do Adolescente determina que família natural é aquela formada pela figura do pai e/ou da mãe, com os seus filhos ou descendentes, enquanto a família extensa ou ampliada seria aquela para além do casal ou pais, considerando-se parentes próximos com quem a criança ou o adolescente tenha convivência e vínculos de afetividade (BRASIL, 1990a).

A ampliação do conceito de família trazida pela Constituição de 1988, bem como pelo entendimento dos tribunais superiores foi capaz de reconhecer formatações familiares capazes de cumprir funções, conforme papéis desempenhados por seus membros, da mesma forma que a família tradicionalmente considerada em legislações anteriores:

Assim, ao se falar em convivência familiar, não se refere apenas à figura de um pai e uma mãe ligados a crianças por vínculos de consanguinidade, em um ambiente familiar legitimado por uma certidão de casamento. Fala-se, para além disso, em um ambiente de afeto em que funções maternas e paternas sejam cumpridas, de forma a garantir o pleno desenvolvimento “físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade”, como bem apregoa o artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990a).

E nesse contexto, amplia-se a conotação das aludidas funções maternas e paternas, de forma a que o afeto e não a consanguinidade norteie o respectivo exercício. É dizer: para além da maternidade e paternidade consanguínea, sobressai-se a afetiva enquanto paradigma, e a consequente atribuição de relevância à adoção. Há décadas, Villela (1979, p. 407-408) já bem observava a respeito:

Se se prestar atenta escuta às pulsações mais profundas da longa tradição cultural da humanidade, não será difícil identificar uma persistente intuição que associa a paternidade antes com o serviço que com a procriação. Ou seja: ser pai ou ser mãe não está tanto no fato de gerar quanto na circunstância de amar e servir.

A adoção recebe conceituações por diversos juristas, havendo em comum entre todos os conceitos a criação do vínculo civil de filiação. Citados por Bordallo (2010, p. 205), Wald entende que seria o ato jurídico bilateral que cria laços de paternidade e filiação entre pessoas que não os tinham naturalmente, enquanto para de Plácido e Silva, é um ato jurídico solene alguém maior de dezoito anos adota outra pessoa que seja dezesseis ou mais anos mais nova. A seu turno, e citado por Farias e Rosenvald (2010, p. 987), Orlando Gomes define adoção como “ato jurídico pelo qual se estabelece, independentemente de procriação, o vínculo da filiação. Trata-se de ficção legal, que permite a constituição, entre duas pessoas, do laço de parentesco do primeiro grau em linha reta”.

Todavia, conforme bem expõe Dias (2016, p. 818), este tipo de conceito traz apenas uma face do instituto, destacando que se trata de um parentesco eletivo, uma filiação que se constrói no amor, que gera vínculos por opção, baseada em fator sociológico, consagrando a socioafetividade. Significa, ainda, o encontro de uma família para a criança privada da convivência de sua natural por algum motivo. Assim, são estabelecidos todos os efeitos legais da criança ou adolescente com seus novos pais, bem como com a sua nova família que estes trazem. Isso porque, todos os parentes do adotante, tanto em linha reta como colateral, tornam-se parentes do adotado.

Mister se faz observar que a filiação como conhecemos é uma construção social, que os laços de afetividade são construídos por influência da cultura e fortalecidos pela convivência, não importa a sua origem (DIAS, 2010, p. 484). Isto porque, apenas se as necessidades básicas por comida, cuidado, atenção e encorajamento são supridos é que a ligação biológica também determina o vínculo psicológico, já que o parto por si só não o gera. “Pais biológicos que não estabelecem esse vínculo ou que não vivem em comunidade com a criança são, para os sentimentos desta, nada mais que estranhos” (GOLDSTEIN apud VILLELA, 1979, p. 415).

Demais disso, fala-se em esvaziamento do fator biológico da parentalidade, já que é o amor e o cuidado que levam a criança de uma espécie de desvalia para a autonomia; pois que gerar seria apenas a parte física, do nascimento fisiológico, enquanto o nascimento emocional vai além, tratando-se da parte que diz respeito a tornar-se pessoa humana (HEGNAUER apud VILLELA, 1979, p. 416).

Insta ressaltar que, conforme Villela (1979, p. 416), a paternidade advinda da adoção não é em nenhum momento inferior ou menor que a biológica, sendo certo afirmar-se que “suplanta, em origem, a de procedência biológica, pelo seu maior teor de autodeterminação. Não será mesmo demais afirmar, tomadas em conta as grandes linhas evolutivas do direito de família, que a adoção prefigura a paternidade do futuro, por excelência enraizada no exercício da liberdade”.

A colocação de crianças e adolescentes em família substituta por meio da adoção é, portanto, a maneira mais completa de se garantir o Direito Fundamental à Convivência Familiar, a crianças e adolescentes que foram retirados de suas famílias biológicas ou por estas abandonados. Trata-se da inserção em um ambiente familiar que as escolheu ter ali, que se comprometeu a direcionar a eles amor, carinho e cuidado, com a construção de vínculos de afetividade por escolha. E, portanto, deve-se empenhar que toda criança ou adolescente que viva sem a sua família natural ou extensa tenha a oportunidade de ser adotada, para que possa se desenvolver plenamente, como pessoa, de forma completa.

3.3.1 Os prejuízos ocasionados pelo Acolhimento Institucional

Na área da Psicologia, diversas pesquisas objetivam estudar o desenvolvimento humano desde a infância, dando origem a diversas teorias sobre o tema, analisadas em diversos trabalhos acadêmicos, alguns destes que embasam as preocupações trazidas no presente trabalho, acerca do ambiente das instituições de acolhimento e seus malefícios para crianças e adolescentes e seus reflexos na vida adulta.

Uma das teorias é a Teoria Ecológica do Desenvolvimento Humano, desenvolvida por Bronfenbrenner (SIQUEIRA; DELL'AGLIO, 2006, p. 72), que estuda os diversos fatores que exercem influência sobre o desenvolvimento humano. Neste sentido, contextos são importantes devido às particularidades, com as quais o indivíduo interage de forma constante, dinâmica e bidirecional. Assim, o chamado ambiente ecológico, tratando-se de um sistema de estruturas agrupadas, independentes e dinâmicas, pode ser dividido em níveis de interação, que se passa a resumir.

O primeiro destes seria chamado microssistema, que engloba as influências mais próximas e imediatas, bem como o ambiente interior do indivíduo e suas características físicas. O segundo seria o mesossistema, que se refere ao elo entre dois ou mais microssistemas e a interação entre estes. O terceiro, exossistema, seria aquele com o qual o indivíduo não tem participação direta, mas do qual recebe influências. O último nível seria o macrossistema, o mais amplo dos sistemas, que engloba ideologias, valores e organizações de instituições sociais, todos dentro de uma determinada cultura.

Aplicando-se esta teoria às crianças e adolescentes em acolhimento institucional, pode-se relacionar cada um desses níveis do ambiente ecológico em que vivem, sendo a própria instituição o primeiro deles, o seu microssistema central. O mesossistema consistiria na interação entre esta instituição e a sua família de origem, entre aquela e sua escola, entre família de origem e parentes, vizinhos, algum programa social, dentre outros. O exossistema seria, por exemplo, a direção da instituição, o Conselho Tutelar, o Conselho Municipal de Direitos de Crianças e Adolescentes. Já com relação ao macrossistema pode-se considerar que valores culturais que estigmatizam aqueles que são acolhidos institucionalmente, de forma depreciativa e pejorativa, sendo que esta pode ser notada no comportamento de funcionários do abrigo com relação eles, em relacionamentos com outras crianças e adolescentes que vivem em famílias, dentre outras diversas situações. (SIQUEIRA; DELL'AGLIO, 2006, p. 72)

Com relação aos microssistemas, o primeiro com que a criança se relaciona é a família, que introduz aspectos simbólicos, físicos e sociais na estrutura do indivíduo, contribuindo para o desenvolvimento de processos proximais. Estes, por sua vez, são “formas particulares de interação entre o organismo e o ambiente, cada vez mais complexas, que operam ao longo do tempo, sendo os principais motores do desenvolvimento” (SIQUEIRA; DELL'AGLIO, 2006, p. 72).

Assim, a importância da família é inegável e sua privação, como já apontado em outros pontos deste trabalho, traz danos ao desenvolvimento infantil. Os efeitos da falta de cuidados

maternos, se ocorrido até o sexto mês de vida, quando as interações entre mãe e bebê são mais intensas, a ocorrência de prejuízos cognitivos e emocionais se dá de forma mais severa e persistente, com menor possibilidade de reparação. Mas se os cuidados desempenhados pela mãe até o sexto mês foram suficientes para o infante e, após esse período se deu a privação dos cuidados, também ocorrem danos ao desenvolvimento, todavia, a longo prazo, estes podem ser recuperados ou superados, diante de diversos fatores, por exemplo: a) cuidado institucional de qualidade; b) tempo de institucionalização abreviado; c) ambiente pós-institucionalização propício; dentre outros. (CAVALCANTE; MAGALHÃES; PONTES; 2007, p. 21)

Todavia, esses fatores que podem levar à recuperação não ocorrem na maioria dos casos, já que a institucionalização atualmente ainda se dá de forma prolongada e precoce, ao contrário do que apregoa a legislação, acerca do caráter excepcional e provisório da medida (CAVALCANTE; MAGALHÃES; PONTES, 2007, p. 31). Demais disso, pesquisas constaram que o ambiente de acolhimento institucional de crianças e adolescentes não é propício para o pleno desenvolvimento destes por diversos motivos, como o trabalho de Weber (2005, p. 60), em que se demonstrou que as condições de moradia em um abrigo tradicional em uma capital, que tem 50 crianças de 0 a 17 anos, apresenta condições inadequadas de mobiliário, rotina e cuidados pessoais, alimentação, qualidade de sono, troca de fraldas, condições de saúde, dentre outros itens averiguados.

Destarte, é possível notar que a forma tradicional das instituições de acolhimento foi construída, no histórico apontado no tópico 3.1.2 deste trabalho, continua a, nos dias atuais, ter o mesmo viés, isolando as crianças e os adolescentes em edificações que não atendem suas necessidades, apartadas do restante da sociedade e tratadas coletivamente, sem qualquer pessoalidade ou senso de individualidade.

O debate acerca das consequências da institucionalização ganhou força a partir da metade do século XX, ante as sequelas psicológicas, estas profundas e quase irreversíveis, deixadas por esta forma de cuidado (CAVALCANTE; MAGALHÃES; PONTES; 2007, p. 21). Uma ressalva é cabível de que, muito embora destaque-se o papel negativo que cumpre a instituição de acolhimento na vida das crianças que passam a morar nesta por tempo prolongado, tal local ainda é uma opção vantajosa à realidade prévia das crianças e adolescentes, pois que a maioria se origina de famílias que sobrevivem em pobreza extrema, somada a situações de risco, negligência, abandono e/ou abusos (WEBER, 2005, p. 60).

A experiência de perda de figuras de referência, devido à institucionalização, também é associada a atrasos no desenvolvimento da linguagem, por vezes com danos irreversíveis em

sua capacidade de comunicação. Isto se deve ao fato de que, nas instituições, pouco estímulo, tanto social como físico, necessários à formação da mente, é destinado às crianças, na maioria dos casos. Estas são habilidades adquiridas até os três primeiros anos de vida, período em que se adquire competências cognitivas e habilidades sociais. (CAVALCANTE; MAGALHÃES; PONTES; 2007, p. 22)

Assim, quando são desenvolvidas pesquisas que comparam diferentes caracteres do desenvolvimento de indivíduos em seus primeiros anos ou meses de vida entre crianças sob a guarda de instituições e outras que foram mantidas no convívio de seus familiares, a diferença é evidente: as crianças com histórico de institucionalização precoce e prolongada apresentam claras desvantagens. (CAVALCANTE; MAGALHÃES; PONTES; 2007, p. 22).

Há de se considerar, ainda, que a maior parte das crianças que estão institucionalizadas advém de lares onde passaram por grandes dificuldades, de variada sorte. Assim, ao serem introduzidas em um ambiente de acolhimento, muitas vezes não têm espaço para elaborar sua dor e sua tristeza, para falar de violências ou negligências sofridas, levando a uma supressão de sua subjetividade. A convivência em tal local é específica, diferente de um ambiente familiar, já que se torna alargada (pela quantidade de crianças, rotatividade de funcionários e voluntários), tem de lidar com outras crianças que passaram por problemas semelhantes ou mesmo piores, sua relação com o mundo externo se torna menor, há a imposição de rotinas mais rígidas e menores chances de descobrir e/ou praticar aptidões. (VECTORE; CARVALHO, 2008, p. 442)

Vectore e Carvalho (2008) realizaram um trabalho em uma instituição em cidade no interior do estado de Minas Gerais, em que realizaram entrevistas com funcionários e direção e observaram a rotina institucional. Segundo as entrevistas feitas pelas pesquisadoras, relatou o gestor que a principal dificuldade enfrentada seria a carência dos acolhidos, problemas de aprendizagem, de comportamento e manifestação de “sexualidade adultificada”, enquanto o próprio gestor tem poucas expectativas para o futuro dos abrigados. O mencionado gestor adota uma postura inatista diante das crianças sob sua responsabilidade, acreditando que ou se não ou não se tem a aptidão, por exemplo, para aprender. Já a assistente social demonstra conhecimento apenas parcial do motivo que levou à institucionalização das crianças ali presentes e relata a revolta de alguns acolhidos, diante do que chama de temperamento, história e traumas de cada um, com crianças gritando por suas mães no portão, à espera de uma visita: “[...] são muitas tristezas, são muitos sofrimentos, são muitas perdas, o abandono [...]” (VECTORE; CARVALHO, 2008, p. 444).

Ainda com relação à mencionada pesquisa, na entrevista feita por Vettore e Carvalho com o secretário da instituição, este revela que há muitas crianças com mais de 13 anos que urinam na cama, que têm dificuldade de aprendizado e também menciona a respeito da sexualidade, o que descreve como “pessoas erradas” ou “fora do normal”, o que espera ajudar com a bíblia e ensinar o “poder da palavra de Deus” (VECTORE; CARVALHO, 2008, p. 445). Já as mães sociais (moram no abrigo e cuidam de um grupo determinado de crianças e adolescentes) e as mães folguistas (que cobrem folgas e faltas das mães sociais), que assumem um papel materno para com as crianças, gostam do que fazem mas assumem a falta de formação para tanto; além disso, apontam como dificuldade a rebeldia, principalmente dos adolescentes, que usam de gestos e palavras para agredirem, bem como o sofrimento causado por rupturas de vínculos, tanto com elas mesmas como entre as próprias crianças, quando há mudança de instituição ou mesmo a adoção. E, ademais aos problemas já citados, adicionam os comportamentais, bem como ter flagrado atos sexuais entre os meninos (VECTORE; CARVALHO, 2008, p. 445).

Dessas entrevistas, nota-se a postura estigmatizante das próprias pessoas com quem os acolhidos mantêm suas relações proximais, postura essa que tem uma poderosa influência sobre aqueles sobre quem recai (SOARES, 2009, p. 326):

Essa é a caprichosa incongruência do estigma, que acaba funcionando como uma forma de ocultá-lo da consciência crítica de quem o pratica: a interpretação que suscita será sempre comprovada pela prática, não por estar certa, mas por promover o resultado temido. Os cientistas sociais diriam que está é um caso típico de “profecia que se autocumpre”.

Vettore e Carvalho (2008, p. 446) apontam a importância do mediador, que é o responsável por ativar as zonas de desenvolvimento proximal, em suas interações com o mediado. Ou seja, as interações no contexto institucional poderiam contribuir para a criança se desenvolver, se apropriadamente trabalhadas. Destacam, ainda, que os comportamentos apontados nas entrevistas podem ser uma estratégia de sobrevivência naquele meio, bem como uma necessidade de ser visto e reconhecido. Afinal, os maus-tratos sofridos pela maioria geram questões relacionadas a baixa autoestima, agressividade, dificuldade para estabelecimento de vínculos afetivos, sintomas psiquiátricos e isolamento.

Assim, evidencia-se tanto nas instituições tradicionais como no modelo de Casa-Lar um modelo de cuidado marcado pela impessoalidade, com cuidados padrões ministrados por profissionais em pouco número e negligentes, incapazes de perceber a criança como sujeito ativo, com capacidade para pensar e interagir com o ambiente em que vive, para promover

mudanças positivas. Por vezes, reproduz, ainda, situações de privação vivenciadas na família de origem. (CAVALCANTE; MAGALHÃES; PONTES; 2007, p. 23)

Vargas (2020), destaca como é comum a presença de comportamentos indesejados como birras, dificuldades sociais, agressividade, impulsividade, hipersexualidade, desrespeito com os cuidadores e outras pessoas, e dificuldades escolares, seja de aprendizado ou comportamento. São comportamentos comuns em crianças que já sofreram situações de violência, negligência, abuso, abandono. Além disso, boa parte das crianças estão em acolhimento pela segunda ou terceira vez, o que significa que já houve tentativa de reinserção na família nuclear, na família extensa, sendo frustrada, levando à devolução da criança para o abrigo, que é um novo trauma. E é necessário saber que todo comportamento traz uma mensagem que se deve procurar entender.

Vargas (2020) esclarece ainda, que o estresse sofrido por essas crianças e esses adolescentes não está em um nível positivo (ansiedade antes de uma prova, por exemplo) ou tolerável (como a perda de um ente querido, mas sabendo que haverá apoio para passar pela situação), mas em um nível tóxico, pois há uma situação estressante em que o indivíduo não recebe apoio e, então, não tem a esperança de superar aquele problema, que muitas vezes se tratam de traumas complexos, ou seja, são múltiplos, crônicos, duradouros e desfavorável ao desenvolvimento, muitas vezes de natureza interpessoal (como toda sorte de abuso, violência, negligência, envolvimento com crime, uso de substâncias ilícitas, separação abrupta e traumática de seu cuidador). E é por isso que os mencionados crianças e adolescentes apresentam problemas não só psicológicos, comportamentais e emocionais, como os citados nas pesquisas anteriormente expostas, mas, também, físicos e em seu sistema de crenças.

Isso se deve ao fato de que tais indivíduos estão em uma situação de dominação pelo medo, que afetam a pessoa como um todo, pois geram bloqueio de aprendizado e de acesso ao raciocínio lógico, ausência de controle emocional, o que leva a atitudes tidas como estranhas, comportamentos inadequados. Quando o medo está ativado, outras partes do cérebro deixam de trabalhar de forma adequada, gerando apenas reações ao que se apresenta. Dessa forma, o cérebro está preocupado com a sobrevivência, restando indisponível para o desenvolvimento. (VARGAS, 2020)

Além dos dificuldades já expostas, outras podem aparecer, não apenas quando ao desenvolvimento cognitivo, mas também do corpo como um todo, já que aparentam terem de três a quatro anos menos que sua idade, apresentam problemas digestivos, de pele, de equilíbrio, coordenação e alterações do sono e no sistema imunológico. Isso porque o sentimento de insegurança e medo estagna todo o seu crescimento, de forma global. Quanto

ao sistema de crenças, principalmente a respeito de si mesmas, também é problemático, afinal, viveram em um ambiente em que receberam constantemente mensagens indevidas sobre sua aparência, caráter e até sobre a sua existência; ou mesmo não recebem mensagem alguma, em uma ampla negligência emocional. Por isso, é comum que essas crianças e adolescentes fujam, lutem ou mesmo congelem, ou seja, se furtem de estabelecer vínculos, sejam negligentes e não peçam qualquer tipo de ajuda, pois as respostas recebidas para isso foram sempre negativas e/ou violentas (VARGAS, 2020).

A propósito, é o entendimento de Cavalcante, Magalhães e Pontes (2007, p. 29-30):

[...] quanto menor a idade da criança institucionalizada maior será a chance de vir a apresentar retardos e sequelas graves em sua trajetória de desenvolvimento. [...] quanto maior for o tempo passado em instituições que oferecem atendimento massificado e sem respeito às escolhas individuais, maior é a possibilidade da criança vir a sofrer efeitos nocivos dessa experiência ao longo da vida. [...] quando a criança está sob os cuidados de uma instituição do tipo asilar por vários anos, provavelmente são poucos os adultos com quem poderá construir uma relação afetiva e duradoura, em razão de características comumente associadas ao ambiente institucional, como a rotatividade de cuidadores imposta pelo sistema de turnos de trabalho e as práticas de cuidado coletivo marcado pela impessoalidade.

Apesar dos problemas apontados relativamente às instituições de acolhimento, é imprescindível reconhecê-las como parte integrante da rede de apoio social. Mesmo com críticas à sua história, estrutura e funcionamento, existe a possibilidade de colaborarem com o desenvolvimento das crianças e dos adolescentes, podendo gerar aspectos positivos para estes. O primeiro, claramente, seria a proteção de situações de risco, com a retirada de ambientes de abuso e violência. Todavia, são necessários investimentos tanto no espaço físico, mobiliário, e maior fiscalização do trabalho, com profissionais formados e capacitados podem gerar cuidados mais significativos e proveitosos.

3.3.2 A (In)Visibilidade de crianças e adolescentes em Acolhimento Institucional

O termo “invisibilidade” ou mesmo a expressão “crianças invisíveis” é utilizado por instituições e mesmo em trabalhos acadêmicos para se designar o verdadeiro confinamento em que vivem crianças e adolescentes em acolhimento institucional⁵. Isso se refere tanto aos

⁵ Tratam-se de termos amplamente utilizados pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), em seu Projeto “Crianças Invisíveis”, que culminou no Projeto de Lei conhecido como Estatuto da Adoção. Utilizados também por Oriente (2004, p. 76), Moreira, Bredam, Carellos e Passos (2013, p. 63 e 71), Rodrigues (2016, p. 78), Oliveira (2019, online). Há autores que, inclusive, referem-se à estadia em instituições como um encarceramento, muito semelhante à situação de adultos em penitenciárias, como Dias (2017, p. 11), que chama o abrigo de “cárcere” e os acolhidos de “crianças invisíveis”. Souza (2014, p. 21), fala de crianças e adolescentes

muros físicos que as separam da realidade externa ao abrigo, em uma continuidade ao modelo antigo de “orfanatos”, este de origem higienista, como visto nos tópicos anteriores, como também a outros fatores que isolam os acolhidos do resto da sociedade.

Na história dos direitos da criança e do adolescente, a invisibilidade social ainda consiste em um dos paradigmas a serem superados, cuja configuração, segundo Gulassa (2010, p. 23), consiste em situações onde “famílias, crianças e adolescentes em vulnerabilidade são escondidos ou esquecidos nas instituições para que a sociedade mantenha sua aparência de normalidade”. Demais disso, fica claro que essa invisibilidade também se dá no campo político ante a falta de representatividade, vez que as demandas deste grupo de pessoas está centrada no ponto de vista do adulto (LACERDA, 2014, p. 30).

Esse fator do isolamento gera um estigma sobre essas crianças e adolescentes, fadados ao esquecimento seja no interior dos muros institucionais, seja enquanto são realizados programas de assistência social junto à família de origem, enquanto seus pais estão privados de liberdade ou em tratamento contra dependência química ou algum transtorno psiquiátrico, enquanto aguardam o correr dos processos judiciais de destituição de poder familiar e aguardam por uma adoção.

São crianças que se tornam números em cadastros do CNJ, estes alimentados de forma municipalizada, por vezes em municípios sem estrutura que sequer supre essa obrigação de alimentar os sistemas. Isso porque a assistência social é sempre postergada, inexistindo aparelhamento adequado (CASTRO DIAS, 2020, 6:50). Estima-se que milhares de crianças vivam nessa situação, sem sequer estarem cadastradas no Sistema Nacional de Adoção (SNA). Assim, algumas crianças se tornam duplamente invisibilizadas: escondidas pelos muros, e sem rastro burocrático que denotem sua existência.

Além do problema com relação aos muros físicos e o isolamento das crianças e adolescentes dentro das instituições, tem-se também o problema da invisibilidade relacionada à realidade das crianças no interior de tais locais. Isso porque, no imaginário da população, no geral, quando se vai adotar, seria o adotado um bebê, preferencialmente parecido com o adotante. Isso se reflete no perfil escolhido pelos pretendentes cadastrados no Sistema Nacional de Adoção, com preferência para crianças menores de seis anos, e o preconceito que existe com relação à adoção de crianças a partir dos seis anos e adolescentes, o que também está relacionado a esta invisibilidade.

abrigados em número exorbitante, “como se estivessem cumprindo penas privativas de liberdade”. Iberê Castro Dias usa o termo “escondidos” para se referir ao modo como as crianças e adolescentes ficavam em abrigos. (CASTRO DIAS, 2020, 13:30).

Nas palavras de Soares (2009, p. 326-327):

O preconceito provoca invisibilidade na medida em que projeta sobre a pessoa um estigma que a anula, esmaga e substitui por uma imagem caricata, que nada tem a ver com ela, mas expressa bem as limitações internas de quem projeta o preconceito. Por isso, seria possível dizer que o preconceito fala mais de quem o enuncia ou projeta do que de quem o sofre, ainda que, por vezes sofrê-lo deixe marcas [...]. Outra forma de invisibilidade é aquela causada pela indiferença. Como a maioria de nós é indiferente aos miseráveis que se arrastam pelas esquinas feito mortos-vivos, eles se tornam invisíveis, seres socialmente invisíveis. Também por conta de nossa negligência, muitos jovens pobres, especialmente negros, transitam invisíveis pelas cidades brasileiras.

Assim, essas pessoas, ainda na menoridade e sob a guarda do Estado, passam a existir apenas como números em cadastros de adoção, longe da zona de interesse ou preocupação da maior parte da sociedade e do seu próprio guardião. São atualmente quase 33 mil crianças acolhidas (SNA, 2020), segundo o CNJ, onde quase a metade está concentrada na região sudeste (aproximadamente 15.840); apenas cerca de 10,6% delas são brancas, o perfil preferencial, 14,6% são pardas, 4,7% são negras e 69,7% não tem a etnia informada em seu cadastro; 49,5% são do gênero feminino, 50,5% são do gênero masculino; 0,5% tem alguma deficiência física; 2,6% são pessoas com deficiência intelectual; 0,3% tem alguma doença infectocontagiosa; 4,7% tem algum outro problema de saúde.

Estes não são dados que, isoladamente, dizem muito a respeito das crianças acolhidas. São números que banalizam a realidade e acabam por permitir que crianças permaneçam muito tempo sem conviver em família (BITTENCOURT, 2018, p. 495). E o quadro se torna grave quando se passa a analisar estatísticas a respeito da idade e do tempo em que essas crianças estão acolhidas. A maior parte delas já são adolescentes, sendo, aproximadamente, 9.090 com mais de 15 anos e 6.220 maiores de 12 anos, além dos 4.880 com entre 9 e 12 anos e 4.050 que estão entre 6 e 9 anos.

Destas quase 33 mil crianças acolhidas, apenas 5.252 estão disponíveis para adoção. Isso porque existem, no total de crianças acolhidas, aquelas que estão em medida protetiva enquanto aguardam a intervenção da rede de proteção junto à sua família (com medidas como as do art. 129 do ECA), ou enquanto seus pais cumprem pena privativa de liberdade, casos em que aguardam a reintegração à família de origem, ou seja, não serão colocadas para adoção. Existem outras que aguardam o desenrolar de processo de destituição de poder familiar e/ou busca por inserção em sua família extensa. E existem aquelas que esperam pelo trâmite também da destituição, além de outros procedimentos para o cadastramento para fins de

disponibilizar para adoção. Por meio das estatísticas publicadas pelo CNJ, não é possível se estabelecer a quantidade de crianças acolhidas que está em cada uma dessas situações, sendo

Assim, pode-se dizer que as crianças que estão nessa situação de acolhimento institucional aguardando a solução judicial ou extrajudicial (na citada rede de proteção) de seu futuro (dentre as opções que se seguem cronologicamente: reintegração na família de origem, destituição do poder familiar, busca de família extensa, encaminhamento para adoção), encontram-se em um (pode-se chamar de) “limbo”, já que não é possível determinar. Pelas informações disponibilizadas pelo CNJ, são 32.844 crianças acolhidas, 5.252 crianças disponíveis para adoção e 2.937 crianças em processo de adoção (SNA, 2020). Dessa forma, diminuindo-se os dois últimos números do primeiro, tem-se 24.726 crianças e adolescentes acolhidos em situação indeterminada.

No presente trabalho, recorta-se para análise o número de crianças disponíveis para adoção, ou seja, as cerca de 5.252 crianças disponíveis para adoção e que estão em acolhimento. Como os dados fornecidos pelo CNJ não diferenciam aquelas que estão em instituições e em famílias acolhedoras, não se sabe precisar o número exato de crianças a que se refere a presente pesquisa, em que se trata do acolhimento institucional. Ademais, esse número se modifica todos os dias, seja pela disponibilização de novas pessoas para adoção e seja pelo início do processo de adoção para outras.

São 36.258 pretendentes atualmente cadastrados. Destes, 37,4% aceitam crianças de qualquer etnia, 22,3% aceitam crianças pardas, 5,7% aceitam crianças da etnia amarela, 3,2% aceitam indígenas, apenas 4,2% aceitam crianças negras, e 27% aceitam somente crianças brancas. Cerca de 7.6500 pretendentes aceitam crianças de até 2 anos, 12.180 de até 4 anos, 10.200 de até 6 anos, e 4 mil de até 8 anos, e, a partir desta idade, diminuem drasticamente o número de pretendentes que aceitam: 1.290 pretendentes aceitam crianças de até 10 anos, 467 aceitam até 12 anos, 244 até 14 anos, apenas 108 até 16 anos, e 119 aceitam adolescentes de 16 a 18 anos (SNA,2020).

Estes pretendentes escolhem estas informações quando se cadastram, em seu ingresso como tal no SNA, optando por idade mínima e máxima, gênero, se existe preferência étnica, se aceitam crianças com deficiência física, com deficiência mental, com doença detectada e com doença infectocontagiosa, se aceitam irmãos. Assim, é possível notar alguma superficialidade do SNA, já que o seu cadastro é feito de forma fenotípica, tanto no que se refere às crianças disponíveis para adoção, como à preferência dos pretendentes. Portanto, as crianças e os adolescentes são registrados por sua aparência, suas características físicas, sendo listados entre outros conforme idade, sexo e raça, observando-se que o máximo que se

distancia disso é a questão de deficiências e doenças. Estes são “padrões que refletem predileções e preterições, por parte dos pretendentes, nas características fenotípicas das crianças e adolescentes em condição de serem adotados”, segundo Almeida (2016, p. 63).

Dessa forma, em que pese a adoção ter o intuito principal de proporcionar uma família às crianças que não a tem, isso acaba não acontecendo, já que não se encontram pretendentes que aceitem aqueles que estão fora do padrão de preferência. Segundo dados estatísticos do SNA (2020), a maior parte dos 36.152 pretendentes cadastrados aceita crianças de até seis anos: 7.650 aceitam até 02 anos, 12.170 aceitam até 04 anos, e 10.200 aceitam crianças de até 06 anos de idade. Enquanto isso, estão disponíveis 975 crianças de até 03 anos e 746 com até 06 anos. Já entre 06 e 18 anos são cerca de 3.500 crianças e adolescentes. Aqueles entre 06 e 12 anos estão em melhor condição que os mais velhos, já que existem cerca de 1.580 disponíveis e 5.690 pretendentes que as aceitam. Enquanto existem quase 2.000 crianças maiores de 12 anos na fila para serem adotadas, há apenas 358 pretendentes que as aceitam.

Ressalva-se, porém, que esse cálculo não é exato já que o CNJ disponibiliza estatísticas com intervalos diferentes de idade, com faixas diferentes nos relatórios sobre crianças disponíveis e pretendentes cadastrados. Além disso, ao se cadastrarem, os pretendentes escolhem a abrangência da busca pelo perfil escolhido, que pode ser municipal, estadual ou nacional e, além disso, podem excluir estados em que não desejam que a busca seja feita (o que se justifica pelos custos de viagens e estadias, por exemplo, para o período de convivência, com que o postulante a adoção deve arcar). Isso além das outras variáveis já citadas, como etnia, se possui irmãos. Então, pode haver um grande número pretendentes para determinada faixa de idade, mas nem todas as crianças disponíveis corresponderão ao seu perfil desejado.

Com isso, existe uma faixa de idade na estatística onde há um grande número de crianças disponíveis, porém uma pequena quantidade de pretendentes que as aceitam. Então, como é o perfil escolhido pelos postulantes que guia a busca, é possível dizer que há cerca de 1.600 crianças (diminuindo-se os 358 pretendentes das 2.000 crianças acima de 12 anos), aproximadamente 32% daquelas 5.152, que estão disponíveis mas que não tem a perspectiva de serem adotadas.

Mota (2020, 8:38) apontou que adolescentes são 77% dos disponíveis para adoção, enquanto apenas 0,3% dos postulantes desejam adotar adolescentes. Ainda segundo a autora, a média de idade de criança vinculada a algum pretendente é de 6 anos e 5 meses, enquanto a média daqueles que não estão vinculados a nenhum pretendente. A vinculação diz respeito à combinação cronológica entre perfil da criança e o escolhido por algum pretendente, a partir

do que se inicia a aproximação. Mota apresenta ainda, que a média nacional de duração de um processo de adoção é de 10 anos e meio.

São, em sua maioria, crianças que cresceram acolhidas, aguardando o desenrolar de medidas e processos judiciais demorados, enquanto os anos se passavam. Elas são pejorativamente chamadas de “inadotáveis”, conforme explana Dias (2016, p. 843):

A enorme burocracia que cerca a adoção faz com que as crianças se tornem "inadotáveis", palavra feia, quase um palavrão, que significa crianças que ninguém quer, seja porque já não são bebês, seja porque não são brancas ou não são perfeitas. Pelo jeito ninguém lembra o porquê de as crianças lá estarem: ou foram abandonadas, ou os pais foram destituídos do poder familiar por negligência, maus-tratos ou abuso sexual. Nessa última hipótese, aliás, é bem mais difícil que sejam adotadas.

Esse conceito de crianças consideradas inadotáveis deriva do fato de estarem fora do perfil de preferência dos pretendentes à adoção. No mesmo *status*, pode se encaixar grupos com três ou mais irmãos, que correspondem a quase 1200 crianças, enquanto são apenas 819 aqueles que pretendem adotar grupos assim, dentre tantos outros recortes, dentro dos dados das estatísticas, que se poderia fazer. Todavia, o problema não se trata pura e simplesmente da preferência dos postulantes, já que a escolha fenotípica é institucionalizada pelo próprio CNJ, a partir do SNA. Ademais, outros fatores influenciam, como a demora para a resolução da situação jurídica das crianças e adolescentes (entre a destituição do poder familiar, busca por família extensa até a disponibilização para adoção).

Verifica-se, portanto, que toda forma de otimização e facilitação da adoção de tais grupos, desde que dentro de parâmetros que respeitem a integridade psicofísica e os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, deve não só ser recepcionada como também estimulada, tal qual se comentará no capítulo a seguir.

4 DA EXPOSIÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, ENQUANTO INSTRUMENTO DE VIABILIZAÇÃO DA ADOÇÃO

Da mesma forma que a criança e o adolescente devem ter resguardados seus interesses e, principalmente, preservada sua intimidade e privacidade, também se pode observar a possibilidade de tais misteres em situações onde se expõem suas respectivas pessoas. Isso se observa, conforme se discutirá adiante, na hipótese de se publicizar a imagem da criança e do adolescente, sem que isso redunde em constrangimento de qualquer natureza a eles.

4.1 Direito à Proteção da Imagem da Criança e do Adolescente

Data da Antiguidade o surgimento da representação da imagem humana. Desde o período egípcio, os conglomerados sociais preocuparam-se, cada qual à sua maneira, em conformidade aos costumes sociais reinantes em respectivo período histórico, com a reprodução fidedigna do aspecto externo do ser humano – sua imagem. Entretanto, havia pouca preocupação com a proteção da imagem do indivíduo e os respectivos mecanismos de defesa, quando existentes, eram escassos e socialmente restritos a níveis ditados pelo poderio econômico. Afinal, a reprodução da imagem anteriormente mencionada encerrava, em si mesma, um caráter fortemente religioso, de culto, sobretudo aos mortos.

Os primeiros indícios de proteção à imagem - em amplitude, contudo, substancialmente diversa daquela hoje verificada - remontam ao Direito Romano, no qual se assegurava, também a uma classe social específica, o *jus imaginis*, ressaltando-se que tal direito era resguardado enquanto componente do direito de propriedade, o que o restringia ao aspecto eminentemente econômico. Todavia, foi entre os séculos XV e XVII que as primeiras manifestações do direito à imagem, nos moldes atualmente vigentes, afloraram. Naquele período, fortemente marcado pelo Renascimento das culturas, da Filosofia e do Direito, que o direito à imagem, enquanto componente natural da personalidade humana – autêntico direito natural do ser humano –, ganhou relevo.

O mundo pós-contemporâneo, por sua vez, trouxe consigo alterações profundas e intensas no modo de vida dos seres humanos. Mesmo os conglomerados humanos periféricos, dotados de menor aprendizado civilizatório sob a visão fortemente influenciada pelo sistema capitalista, submeteram-se a mudanças consideráveis em seus métodos de vida. A relação entre as várias sociedades estabeleceu-se com maior intensidade e proximidade. O fenômeno da globalização, fortemente desenvolvido neste século e no passado, descortinou o conceito

de privacidade outrora reinante e trouxe, concomitantemente, agilidade no acesso e transmissão de informações. Nada escapa ao olhar cada vez mais atento deste mundo irretorquivelmente conectado.

Com efeito, a era das redes sociais, dos modernos mecanismos de comunicação e da facilidade extrema de relacionamentos intersubjetivos acarretou uma dinâmica totalmente inédita no modo de ser, viver e estar. O ser humano abandonou sua valorização íntima, sua reclusão em si mesmo, para tornar-se parte de toda a conexão proporcionada pela globalização mundial. Como consequência, a exposição da vida e da imagem representou uma necessidade indiscutível e inevitável, redundando, ainda que em errônea compreensão e julgamento de muitos, na banalização do expor-se. Para tais indivíduos, atitudes expositivas consubstanciam comportamentos corriqueiros, normais, e que não importam em outras consequências.

No entanto, a exposição da pessoa humana coloca em evidência uma de suas maiores características fundamentais: o direito à imagem, cuja necessidade de acastelamento e proteção, ao contrário do que sustentam alguns, acentua-se na mesma proporção em que ela venha a ser utilizada. Deveras, o acentuado senso expositivo dos contemporâneos conglomerados sociais não pode subtrair a cada individualidade de escolha o direito de definir e determinar os níveis de autoexposição a que se sujeita.

Farias, Braga Netto e Rosenvald (2010, p. 239) obtemperam, a respeito:

É realmente delicado o equilíbrio entre o direito de informar e o dever de não agredir a imagem das pessoas envolvidas. Se o exercício diário da liberdade de imprensa garante uma sociedade livre, não é menos certo que não se pode, sob esse pretexto, destruir vidas e tisonar honras. Cabe lembrar que certos aspectos da pessoa pública podem e devem ser noticiados. A liberdade de circulação de ideias e notícias alimenta o espírito democrático, fortalece instituições, sofisticada (no bom sentido) o debate, aprimora o espírito crítico. Nossa sociedade alimenta-se continuamente de informações e notícias.

A imagem constitui o aspecto externo da pessoa humana, seu conjunto de traços distintivos, o fenótipo, capaz de diferenciá-la das demais, a despeito de eventuais e pontuais semelhanças passíveis de serem verificadas, consubstanciando um traço inequívoco da personalidade e da individualidade humana, representando mecanismo de representação do direito à identidade pessoal. Com efeito, o direito à imagem encerra um dos valores mais importantes da personalidade humana, pois externa o sinal mais sensível do caráter individual, ou seja, a projeção que cada um ostenta no mundo exterior, na realidade física e palpável, no

mundo dos fatos, delineando o aspecto visual, de identidade e de individualidade intrínseco a cada existência.

Afigura-se inegável que a identidade visual da pessoa humana é, dentre seus caracteres, o de maior visualidade e reminiscência, insculpindo-se nas lembranças de seus semelhantes, os quais passam a identificar aquele indivíduo a partir do somatório de inúmeros atributos que compõem a sua imagem. Nesse contexto, é importante ressaltar que a imagem do indivíduo também consubstancia, na maioria dos casos, o meio de representação de manifestações artísticas, seja pelas pinturas, esculturas ou teatros, seja pela fotografia, pelo cinema ou pela televisão.

Assim, o direito à imagem constitui instrumento destinado à salvaguarda da imagem física ou moral da pessoa humana, seja em manifestações públicas ou particulares, garantindo-lhe a proibição de ver-se reproduzida sem autorização ou indevidamente representada. O aspecto físico da imagem individual representa o próprio corpo humano, considerado como um todo ou em parte. Traduz-se, portanto, em todos os objetos subjetivos e distintivos pelos quais os seres humanos possam vir a ser reconhecidos. Já o ângulo moral da imagem exprime os atributos individuais no meio social, abrangendo a imagem de vida e a imagem de caráter.

Enquanto direito fundamental de todos os indivíduos, o direito à imagem recebe tutela de envergadura constitucional, na medida em que a Constituição Federal de 1988 considera-a inviolável, ao mesmo tempo em que impõe sanções decorrentes de sua violação (artigo 5.º, incisos V, X e XXVIII, alínea “a”, da Carta Magna). Como todo direito fundamental do indivíduo, a proteção à imagem não desfruta de natureza absoluta. Admite-se, por consequência, a flexibilização e mitigação do direito à imagem, malgrado seja imprescindível, mesmo nos casos em que a relativização se imponha, a manutenção de atitudes capazes de garantir um nível protetivo mínimo.

Nesse sentido, deflui um aspecto negativo do direito à imagem, o qual garante à pessoa humana o direito de reprimir e proteger-se contra seu uso indevido, e, ao mesmo tempo, a faculdade de autorizá-lo. Na dimensão positiva, consubstancia prestações positivas por parte do Estado, o qual tem o dever de oferecer proteção jurídica satisfatória e eficaz. Em se tratando de indivíduos em pleno exercício de seus direitos civis, dotados de capacidades de fato e de direito, a faculdade de permitir a utilização da imagem individual e o direito de proibir-lhe o emprego ou representação indevidos não possuem maiores problemáticas. No entanto, a questão controverte-se na hipótese de o titular deste direito ser indivíduo incapaz, no exercício restrito ou limitado de sua capacidade de fato, especialmente no caso de crianças

e adolescentes, submetidos a regime jurídico protetivo específico. Sob tal perspectiva, é que se passa a analisar o direito à imagem.

Crianças e adolescentes são titulares de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana (artigo 3.º, *caput*, do ECA) e estão submetidos à doutrina da proteção integral (artigo 227, *caput*, da Constituição Federal), a qual impõe um nível de cuidados especializado, visando a preservar a condição de pessoa em desenvolvimento que lhes socorre.

Nesse mister, Fonseca (BRASIL, STJ, 2017) assim se manifestou:

[...] segundo a melhor doutrina, a proteção integral constitui o novo paradigma de proteção da criança e do adolescente no Brasil e implica considerá-los sujeitos de direito a uma proteção prioritária e sistêmica. *A posição jurídica da criança e do adolescente no direito brasileiro foi, assim, redimensionada pela Doutrina de Proteção Integral, garantindo-lhes uma proteção normativa com características e principiologia próprias, que, entretanto, dialoga com outros saberes, numa perspectiva interdisciplinar* (Vieira, Cláudia Maria Carvalho do Amaral e Veronese, Josiane Rose Petry. **Crianças Encarceradas** - a proteção integral da criança na execução penal feminina da pena privativa de liberdade. Rio de Janeiro: Ed Lumen Juris, 2015, p. 116). (grifo do original)

Isso porque, o tratamento jurídico dispensado a tais indivíduos, sobretudo diante da sistemática inaugurada pelo ECA, finca suas estruturas no reconhecimento (como já analisado no tópico 3.1.2) de que crianças e adolescentes são *sujeitos* de direitos, e não mais *objeto* de direito, desfrutando de tal condição, com vasto rol direitos garantidos. Trata-se, pois, de reconhecimento legal do valor de igualdade aristotélica, pois:

[...] *a solução formulada para tal questão [como compatibilizar todas essas atribuições com o processo de amadurecimento e as características próprias das faixas etárias deste grupo social?] se expressa na definição da criança e do adolescente como pessoas em condição de desenvolvimento: é essa nota distintiva em relação aos adultos que justifica toda a construção do arcabouço normativo relativo ao sujeito de Direito criança e adolescente, por meio do qual se assegura o tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais – na medida de suas desigualdades*” (ZAPATER, 2019, livro digital).

Todavia, deve-se observar a existência de considerável distinção entre os regimes jurídicos existentes. Como dito anteriormente, crianças e adolescentes são indivíduos em desenvolvimento físico, psíquico e social, portanto, sua condição específica pressupõe tratamento igualmente especial, sob pena de macular o processo de formação em tramitação (artigo 6º, do ECA). Dentro desse contexto, tem-se, de forma incontestável, a necessidade de maiores cuidados na análise e exercício dos direitos assegurados às crianças e aos adolescentes. Desfrutando de caracteres específicos, tais indivíduos possuem limitações e/ou

restrições que inviabilizam, não raramente, a possibilidade de disponibilidade dos valores que lhe são garantidos. A peculiar condição de indivíduos em desenvolvimento indica um contexto de fragilidade, na medida em que as estruturas de ordem física, moral e psíquica, devidamente consolidadas em adultos, encontram-se em processo de formação, consolidando valores extraídos do estado de aprendizagem a que crianças e adolescentes são submetidos.

Em outras palavras, forte na doutrina da proteção integral, é necessário observar a essencial indisponibilidade, muitas vezes, impossível de ser mitigada, dos direitos inerentes ao exercício da condição específica das crianças e adolescentes; a impossibilidade de renúncia assenta-se na imprescindibilidade desses valores como garantia de desenvolvimento íntegro e saudável.

O dever de proteção integral, inafastável consectário da função de garantia subjetiva às crianças e aos adolescentes, impõe-se não somente à família, mas, também, à sociedade e ao Estado, cuidando-se, destarte, de um concatenamento de comportamentos coordenados e integrados, necessariamente voltados à preservação do melhor interesse daqueles. Assim, resguardar os direitos valiosamente assegurados aos menores importa em preservação de aspectos fundamentais de suas personalidades, tutelando, de forma concomitante, a vida, a saúde, a integridade física, a honra, a dignidade, a liberdade etc.

Ainda sob tal perspectiva, é necessário afirmar que a proteção específica deferida aos menores consubstancia consequência inarredável ao princípio da dignidade da pessoa humana, insculpido no artigo 1.º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, representando valor material supremo, metaprincípio jurídico, o qual se irradia por todo o ordenamento. Consoante se tem afirmado, o referido postulado principiológico, de carga altamente axiomática, funciona como fundamento e limite ao exercício dos direitos fundamentais, na medida em que sua conceituação aberta e indeterminada permite a adaptação e conformação às hipóteses concretas vivenciadas.

Mello (STF, 2011) assim observa, a respeito:

[...] O postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III)- significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País, traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo [...].

Por essa razão, o direito à imagem pressupõe proteção mais restrita e especializada, a qual merece ser encarada sob a perspectiva de desenvolvimento das crianças e adolescentes,

evitando consequências deletérias em sua personalidade a ser construída (artigos 15 e 17, do Estatuto da Criança e do Adolescente). Como se trata de indivíduos em processo de assimilação de valores e desenvolvimento, a proteção à imagem das crianças e dos adolescentes é fundamental, evitando-se exposições capazes de acarretar-lhe malefícios de qualquer ordem.

Conforme observam Farias, Rosenvald (2010, p. 239):

A criança e o adolescente têm direito ao resguardo da imagem e da intimidade. Não cabe divulgar imagens nem crianças ou adolescentes, nem mesmo quando se tratar de menor infrator. A Lei nº 10.764, de 2003 alterou o art. 143 do Estatuto da Criança e do Adolescente, dispondo que ele passou a ter a seguinte redação: 'Parágrafo único. Qualquer notícia a respeito do fato não poderá identificar a criança ou adolescente, vedando-se fotografia, referência a nome, apelido, filiação, parentesco, residência e, inclusive, iniciais do nome e sobrenome'. O STJ decidiu a propósito: 'Pretensão ressarcitória visando à compensação de danos extrapatrimoniais deduzida por adolescente que teve sua fotografia (imagem) veiculada em matéria jornalística, em que se notificou a prática de roubo em casa lotérica, a despeito da expressa vedação inserta no parágrafo único do artigo 143 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90)' (STJ, REsp 1.297.660).

Também é nesse sentido o entendimento de Bittencourt (2018, p. 492):

A importância da preservação da imagem da criança e do adolescente assume assim especial relevo. A condicionante desta assertiva é que a vedação à utilização da imagem deve estar associada a um grande impacto na dignidade de seu titular, assumindo o protagonismo na situação factual. Em outras palavras, a proteção da imagem coincide com a proteção da própria pessoa, havendo uma relação direta entre o uso indevido da imagem com o maior dano cometido contra seu titular. Obviamente, com essa nitidez, preservar a imagem significa proteger mais integralmente a criança.

Enquanto submetidos ao exercício do poder familiar, à guarda ou tutela, a salvaguarda do direito à imagem das crianças e dos adolescentes pode – e, em maior extensão, deve – ser garantida pelos genitores, guardiões ou tutores, aos quais assiste dever de cuidado e proteção prioritários. Insta ressaltar, todavia, que os responsáveis imediatos pela criança ou pelo adolescente devem observar limitações ao manejo da imagem de tais indivíduos, o qual resta sensivelmente limitado em decorrência do dever de respeito – também inerente à doutrina da proteção integral – que socorre à guarita da vida privada daqueles. Além disso, importante ressaltar que as lesões injustificadas aos valores já mencionados contribuem, de forma negativa, para o processo de formação e consolidação de valores enfrentados pelos indivíduos menores, subtraindo-se à salvaguarda de seus melhores interesses.

Isso se verifica com maior propriedade em relação às crianças e adolescentes infratores, cuja imagem se preserva mesmo em matérias jornalísticas, contrapondo-se assim à liberdade de imprensa, de comunicação, de informação, de expressão. Por expressa previsão do art. 143 do ECA (BRASIL, 1990a), “é vedada a divulgação de atos judiciais, policiais e administrativos que digam respeito a crianças e adolescentes a que se atribua autoria de ato infracional”, e, conforme o art. 247 §§ 1º e 2º do ECA (BRASIL, 1990a), incorre em infração administrativa aquele que “divulgar, total ou parcialmente, sem autorização devida, por qualquer meio de comunicação, nome, ato ou documento de procedimento policial, administrativo ou judicial relativo a criança ou adolescente a que se atribua ato infracional”, bem como exibir, “total ou parcialmente, fotografia de criança ou adolescente envolvido em ato infracional, ou qualquer ilustração que lhe diga respeito ou se refira a atos que lhe sejam atribuídos, de forma a permitir sua identificação, direta ou indiretamente”, além disso, se tal ato for cometido por órgão de imprensa, poderá o juiz determinar a apreensão da publicação.

Conforme já dito, justifica-se essa limitação pela salvaguarda da personalidade em desenvolvimento, como um meio de se proteger crianças e adolescentes, para a tutela de seu desenvolvimento psíquico e moral, em reconhecimento à sua vulnerabilidade intrínseca (CURY JÚNIOR, 2006, p. 98). Ademais, a medida socioeducativa tem o objetivo de ressocialização para integração social harmoniosa o que, somado ao direito ao esquecimento, com no sigilo de cópias ou certidões a respeito de atos judiciais, policiais e administrativos que envolvam crianças e adolescentes, que só podem ser fornecidos com autorização judicial, que verificará o legítimo interesse e a finalidade de se obter tais documentos, conforme o art. 144 do ECA (BRASIL, 1990a).

A proteção do direito à imagem de crianças e adolescentes submetidos a acolhimento institucional também é importante. Os responsáveis pelas entidades de acolhimento institucional, para os efeitos legais, são equiparados a guardiões das crianças e adolescentes submetidos a tal espécie de atendimento (artigo 92, § 1.º, do Estatuto da Criança e do Adolescente), de modo que lhes é imputada a obrigação jurídica de resguardar os direitos e interesses deles, zelando, sempre, pela preservação dos melhores interesses. Isso porque são obrigações, aplicáveis de forma extensiva às unidades de acolhimento institucional, a observância dos direitos e garantias de que são titulares crianças e adolescentes e preservar a identidade e oferecer ambiente de respeito e dignidade ao adolescente, nos termos do artigo 94, incisos I e IV, c. c. § 1º, do ECA (BRASIL, 1990a). Nos programas de acolhimento institucional, a atuação dos indivíduos responsáveis pelos programas de atendimento repousa,

portanto, na atenuação (quando possível, eliminação) de consequências outras, valorando os direitos intrínsecos à existência digna da criança e dos adolescentes.

Destarte, se a intenção do sigilo e da proteção da imagem de menores infratores é a sua não estigmatização, para reintegração à sociedade e completar o seu desenvolvimento sem o peso dos antecedentes enquanto ainda impúbere, para que inicie a vida adulta, - e assim, sem antecedentes -, fazendo-se um paralelo à situação da criança ou adolescente que é adotado, ou seja, inserido em uma família substituta, estes devem iniciar a sua nova vida, com seus novos pais, sem o estigma do acolhimento institucional em suas costas nesta nova etapa. E, nesse mister, também se deve resguardar em princípio a imagem do adotando, procurando ao máximo evitar a desnecessária exposição.

Contudo, deve-se ponderar que, conforme já dito, direitos fundamentais não possuem um caráter absoluto – e muito menos absolutista. No caso do direito fundamental à imagem, há de analisar previamente se a reprodução das imagens de menores trará benefícios ou, ao menos, a inexistência de qualquer prejuízo, conforme se discutirá adiante.

4.2 Da exposição da imagem da criança e do adolescente, em favor destes

Tendo-se em vista o tratamento jurídico diferenciado e a necessidade de proteção específica e integral, não se deve olvidar que a proteção à imagem de crianças e adolescentes merece ser conjugada com a tutela de outros valores igualmente fundamentais, resguardando-se o completo processo de desenvolvimento. Destarte, proteger-lhes a imagem – da qual deriva, necessariamente, acastelamento à honra e à dignidade – importa não apenas em se evitar a respectiva exposição, mas, também, em promovê-la se isso redundar em proteção à vida, à saúde e à liberdade de crianças e adolescentes, dando ênfase ao aspecto tuitivo que lhes foi deferido pelo ordenamento jurídico constitucional.

Nesse cenário, analisa-se a possibilidade de reprodução da imagem de crianças e adolescentes institucionalizados, uma vez que tal política, em maior ou menor escala, facilita a consolidação do direito à convivência familiar, pois possibilita que eventuais interessados tornem-se conscientes dos indivíduos colocados em tais entidades de atendimento. Tem-se que a possibilidade de utilização da imagem de crianças e adolescentes institucionalizados deve ser balizada pelo princípio da proporcionalidade – no caso, fulminado pelo melhor interesse dos menores –, analisando-se os proveitos decorrentes de tal comportamento.

A colisão de direitos fundamentais torna imperativa a harmonização dos valores jurídicos, pois imprescindível preservar a fundamentalidade que lhes caracteriza. Em outras

palavras, constatada a colidência, torna-se inafastável a construção de uma solução razoável, proporcional e equânime capaz de maximizar a proteção efetiva aos direitos fundamentais em embate, nos termos do que foi discutido no Capítulo 2 do presente trabalho. Destaca-se, por ser oportuno, que o princípio da harmonização, inerente ao exercício exegético constitucional, estabelece uma coordenação e combinação de bens jurídicos em conflito para evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros.

Nessa sistemática, o Estado-Juiz necessita proceder a um juízo de ponderação sobre os valores jurídicos colidentes, de modo a estabelecer uma solução que não imponha sacrifícios descomedidos e, tampouco, redunde em proteção insuficiente a qualquer deles. Isso é feito a partir da Teoria dos Princípios e o tratamento dos direitos das crianças e adolescentes como princípios fundamentais, valores que, de forma alguma, podem ser extirpados do Ordenamento Jurídico. Dessa forma, o juiz, órgão ou instituição terá o ônus argumentativo de justificar em que medida cada valor fundamental será afetado e a necessidade para tanto, tratando-se de um caso difícil, conforme explanado no tópico 2.4 desta pesquisa.

Em relação à invisibilidade tratada no tópico 3.4.2 do presente trabalho, o legislador veio a se conscientizar a respeito da necessidade de acesso às crianças acolhidas para fins de incentivo à adoção. Dessa forma, o parágrafo primeiro do artigo 197-C do ECA, incluído pela Lei nº. 13.509 de 2017, prevê o estímulo para adoções fora do perfil padrão de preferência, ou seja, inter-racial e de crianças e adolescentes com mais idade. Já o parágrafo segundo do referido dispositivo prevê que os postulantes a adoção deverão ter contato com as crianças acolhidas para fins do estímulo previsto no parágrafo primeiro. Trata-se de uma ação realizada com preparação psicossocial e, também, como parte desta. Abaixo, colaciona-se o artigo para melhor entendimento do que prevê a legislação em vigor (BRASIL, 1989):

Art. 197-C. Intervirá no feito, obrigatoriamente, equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, que deverá elaborar estudo psicossocial, que conterà subsídios que permitam aferir a capacidade e o preparo dos postulantes para o exercício de uma paternidade ou maternidade responsável, à luz dos requisitos e princípios desta Lei. § 1º É obrigatória a participação dos postulantes em programa oferecido pela Justiça da Infância e da Juventude preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar, que inclua preparação psicológica, orientação e estímulo à adoção inter-racial, de crianças maiores ou de adolescentes, com necessidades específicas de saúde ou com deficiências e de grupos de irmãos. § 2º Sempre que possível e recomendável, a etapa obrigatória da preparação referida no § 1º deste artigo incluirá o contato com crianças e adolescentes em regime de acolhimento familiar ou institucional, a ser realizado sob orientação, supervisão e avaliação da equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude e dos grupos de apoio à adoção, com apoio dos técnicos

responsáveis pelo programa de acolhimento familiar e institucional e pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar.

Bittencourt (2018, p. 497-498) expõe primoroso estudo acerca da imagem como bem jurídico, recortando para crianças e adolescentes, e seguindo para a situação de institucionalização. Destaca que o direito à imagem é um direito-meio, ou seja, destina-se à preservação da honra e da intimidade e, por isso, não pode ser tratado como um fim em si mesmo. Traz, ainda, que a visibilidade também é um direito de crianças e adolescentes, sendo também integrante da personalidade, sendo um modo de solucionar questões relativas à convivência familiar. O mencionado autor vincula o direito a visibilidade ao direito à família. E esta, como núcleo de desenvolvimento do ser humano, apresenta-se como valor jurídico maior e mais urgente que o da privacidade, em que a imagem está incluída. Defende, inclusive, que não haja sigilo em processos e procedimentos, para que seja possível a participação e informação da sociedade civil.

Neste sentido, diversos são os argumentos que embasam ações que exibem fotos e/ou vídeos de crianças e adolescentes. Iberê Castro Dias (2020, 13:40) defende que atualmente se vive em uma sociedade completamente imagética, em que todos tem voltado para si o celular, não é possível se afirmar que as crianças e os adolescentes acolhidos estão alheios a isso, pois não estão: estão em redes sociais, com seus próprios perfis - e têm o direito de fazer parte disso, pois “não há formas de impedir que crianças e adolescentes se exibam, especialmente nas mídias sociais” (CASTRO DIAS, 2020, 14:26) -, não se podendo “fragmentar” a sociedade no sentido de que aqueles que estão nos abrigos não podem participar das tecnologias, enquanto quem está fora deles poderia. Demais disso, mantendo as crianças “escondidas” nas instituições, os resultados fracos de adoções de crianças acima de dez anos de idade se manteriam (CASTRO DIAS, 2020, 13:30).

Segundo Bittencourt (2018, p. 497), a proteção da imagem não deve ser uma finalidade em si mesma, devendo sempre ser “vinculada a um direito maior, mormente quando se trata da imagem-atributo, vinculada a dignidade do seu titular”; ademais, as crianças e os adolescentes institucionalizados teriam um chamado direito à visibilidade, sendo este um instrumento para a viabilização do direito à família. Este direito encontra-se positivado, conforme acima, no art. 197-C do ECA e seria um direito-meio, nas palavras de Bittencourt (2018, p. 497), por se vincular ao direito à família, que, segundo o autor, seria superior ao direito de preservação da intimidade.

A família seria, portanto, um valor jurídico maior do que a privacidade. A propósito, Bittencourt (2018, p. 498) bem observa que as estratégias de visibilidade devem ser adotadas de modo que haja um equilíbrio entre a ciência das pessoas acerca de sua existência, e a necessidade de se preservar dados cuja divulgação não tenha utilidade. Ademais, a mencionada visibilidade é mecanismo que “desmitificar preconceitos e estigmas que envolvem a adoção. Por meio deles, as crianças e adolescentes cativam os pretendentes que decidem adotá-las”, já que estes podem ser vistos e ouvidos por diversas pessoas, que poderão enxergá-los como possíveis filhos e merecedores desta posição.

A esse respeito, Campidelli (2019, p. 52), acrescenta:

A eficácia desse método excepcional de procura é indiscutível. Apesar de não garantir a todos uma nova família, possibilita um aumento grande das chances. Ressalta-se, entretanto, que a tentativa, a priori, poderia ser feita em um sistema mais restrito como o ADO.T – o qual somente pode entrar candidatos já cadastrados no CNA – e se frustrada, partiria-se para sistemas mais abertos, como o facebook e o Youtube, em que os vídeos, fotos e informações pessoais atingem milhares de pessoas indistintamente.

Segundo a Nota Técnica nº 02/2017 da Comissão Permanente da Infância e Juventude - COPEIJ, integrante do Grupo Nacional de Direitos Humanos - GNDH, vinculada ao Conselho Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça, a divulgação adequada de fotos, vídeos e informações, com o devido monitoramento pelo sistema de justiça, referentes a crianças e adolescentes sem pretendentes localizados no SNA, provoca a empatia de possíveis pais e mães, de modo a possibilitar a inserção daqueles nas famílias destes. E completa a referida nota que “a divulgação de imagens e vídeos de crianças e adolescentes acolhidos não implica qualquer afronta a seus direitos ou aos princípios norteadores do Estatuto da Criança e Adolescente”. (COPEIJ, 2017)

Como se verá no capítulo seguinte, a ferramenta da busca ativa, ou seja, aquelas iniciativas que exibem fotos, vídeos e falas das crianças e dos adolescentes acolhidos, tem gerado significativos resultados em prol das chamadas adoções “necessárias”, ou seja, daqueles fora do perfil preferencial. Assim, as pessoas que anteriormente se imaginavam adotando bebês ou crianças ainda muito pequenas, enxergam que a realidade daquelas que estão disponíveis para adoção, em sua grande maioria, não é esta. E, ao substituir o imaginário pela realidade, a visibilidade daqueles que ocupam as instituições gera novas adoções, dando famílias aqueles que não as encontraram no Sistema Nacional de Adoção.

4.3 A questão da incapacidade. A Autonomia Progressiva e o Interesse da Criança e do Adolescente.

No âmbito do Direito Civil, a noção de personalidade encontra-se intrinsecamente conectada à ideia de pessoa, já que representa a aptidão genérica para adquirir direitos e assumir deveres, aptidão esta hoje reconhecida a todas as pessoas, sem discriminações. Toda pessoa tem personalidade, portanto, independentemente se é bebê, criança, se tem alguma deficiência, ou alguma doença que o desligue da realidade à sua volta, se não está consciente ou se já atingiu uma idade muito avançada. (SILVA PEREIRA, 2017, p. 183). Neste sentido, a personalidade se inicia do nascimento com vida e se extingue com a morte da pessoa natural, conforme preconizam respectivamente os arts. 2º e 6º do Código Civil.

A capacidade de direito, por sua vez, é tida no Direito Civil como medida da personalidade, frase comumente falada e repetida pela doutrina tradicional. Isso significa dizer que se torna uma pessoa plena no exercício de seus direitos e deveres quando se atinge a capacidade completa, o que, no Direito Brasileiro, acontece aos dezoito anos (art. 5º, *caput*, do Código Civil): antes disso, a pessoa não pode exercer por si só os direitos inerentes à sua personalidade. Possui personalidade civil todo aquele que nasce com vida (CC, art. 2º) e, na ordem civil, toda pessoa é capaz para ter direitos e deveres (CC, art. 1º), ressaltando-se que seu pleno exercício fica condicionado à capacidade plena, pois quanto aos absolutamente e relativamente incapazes (CC, arts. 3º e 4º), será necessária a assistência e a representação, respectivamente.

Considerando-se que, no ordenamento jurídico brasileiro, crianças são aqueles indivíduos que têm até doze anos incompletos, e que adolescente é o que possui entre doze e dezoito anos incompletos, então as pessoas sobre as quais se destina a proteção integral que disciplina o Estatuto da Criança e do Adolescente não são plenamente capazes. Reconhecidas como seres em desenvolvimento, destinatário de todo um amplo rol de direitos, essas pessoas são tratadas pelo direito como incapazes, absoluta ou relativamente, de direitos e deveres.

Neste contexto, é necessário se diferenciar capacidade de direito de capacidade de fato, já que apenas a primeira, essa aptidão que advém da personalidade, foi mencionada acima. Trata-se da real capacidade que tem a pessoa, no campo dos fatos, não do direito, para exercer os seus direitos por si mesma. Apesar de que “toda capacidade é uma emanção do direito” (SILVA PEREIRA, 2017, p. 222), essa distinção se faz necessária para designar toda pessoa como capaz de direito (capacidade de direito), a fim de se evitar abusos, e também para se aferir individualmente se a pessoa está apta a exercê-los (capacidade de fato). Esta

última condição acontece quando a pessoa possui condições como maioridade e saúde, podendo se falar em exercício pessoal dos direitos. O que não acontece, por exemplo, com pessoas que, seja por alguma condição genética ou em seu nascimento, não possuem desenvolvimento mental pleno, ou aquelas cujo raciocínio é afetado por uma condição posterior, como doença superveniente ou acidentes, ou mesmo pela idade avançada que lhe retira o completo discernimento.

Assim, é possível falar que nem toda pessoa que já atingiu a maioridade possui plena capacidade de direito devido à perda total ou parcial ou o não desenvolvimento da capacidade de fato⁶, já que “à *capacidade de direito* corresponde a *capacidade de gozo*; a capacidade de fato pressupõe a *capacidade de exercício*. Podemos dar à primeira uma designação mais precisa, dizendo-a *capacidade de aquisição*, e à segunda *capacidade de ação*.” (SILVA PEREIRA, 2017, p. 222)

Referente à situação de crianças e adolescentes, com sua possibilidade de exercício de direitos e deveres, genericamente colocados, reduzida, portanto, por sua incapacidade de direito, eles não podem, de modo geral, realizar negócios jurídicos sozinhos, por exemplo, já que contratos assinados por aqueles que tem até dezesseis anos são nulos (CC, art. 160), e anuláveis quando firmados por aqueles que tem entre dezesseis e dezoito anos (CC, art. 171): no primeiro caso, é necessária a representação pelos pais ou responsáveis e, no segundo, a assistência destes.

Assim, é possível vislumbrar diferenciações entre todos aqueles que ainda estão na menoridade, assumindo certa capacidade aqueles que completam dezesseis anos. Demais disso, outro Estatuto traz mais uma distinção neste sentido, já que aqueles que têm a partir de quinze anos são considerados jovens, abarcados pelo Estatuto da Juventude (Lei nº. 12.852, de 05 de agosto de 2013). Nessa linha, para aqueles entre quinze e dezoito anos serão aplicados os princípios e diretrizes deste estatuto, quando não colidentes com a proteção integral (art. 1 § 2º), representando um maior detalhamento e aprofundamento de diversos direitos já garantidos pelo ECA. Demais disso, lado oposto, tem-se o Estatuto da Primeira Infância (Lei nº. 13.257, de 08 de março de 2016), que destaca os primeiros seis anos de vida do ser humano, que são considerados de grande relevância e essenciais para o desenvolvimento e, por isso, ensejam cuidados específicos.

Resta evidenciado, portanto, a partir de análise dos diferentes Estatutos, que o tradicional enquadramento da criança e adolescente enquanto incapazes não mais encontra

⁶ Estas situações são reguladas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei nº. 13.146 de 06 de julho de 2015, e pelo Estatuto do Idoso, Lei nº. 10.741, de 1º de outubro de 2003.

plenamente guarida: a admissão pela Lei acerca dos diferentes estágios de desenvolvimento e amadurecimento da pessoa ainda na menoridade, estabelecendo marcos aos seis, aos doze, aos quinze e, por fim, o marco final aos dezoito anos, e bem assim, o reconhecimento de particularidades e de progressivo amadurecimento da criança e do adolescente, fez com que o ordenamento jurídico brasileiro reconhecesse expressamente garantias específicas e adequadas aos diferentes níveis de desenvolvimento da criança e do adolescente, para que estes possam exprimir sua opinião e (por que não dizer) de sua vontade.

Essa admissão é expressa, por exemplo, no art. 4, II, do Estatuto da Primeira Infância (BRASIL, 2016), que estabelece que se deve “incluir a participação da criança na definição das ações que lhe digam respeito, em conformidade com suas características etárias e de desenvolvimento”, a que o parágrafo único acrescenta que:

A participação da criança na formulação das políticas e das ações que lhe dizem respeito tem o objetivo de promover sua inclusão social como cidadã e dar-se-á de acordo com a especificidade de sua idade, devendo ser realizada por profissionais qualificados em processos de escuta adequados às diferentes formas de expressão infantil.

Essa mudança se deve principalmente ao advento do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, capitaneado pelo art. 227 da Constituição Federal e espriado pela legislação esparsa, o qual impõe ser àqueles o mais favorável possível, a interpretação de qualquer dispositivo normativo que estabeleça direitos para estes, bem como qualquer relação em que estejam inseridos, seja familiar, negocial, processual ou de outro tipo. Por exemplo, no Código Civil, ainda que timidamente, vê-se a proteção do interesse dos filhos quando estes colidem com os daqueles que o representa, permitindo ao filho (bem como ao Ministério Público) formular requerimento para nomeação de um curador especial⁷. Assim, quando no exercício do poder familiar os pais tiverem objetivos ou intenções diversas de seus filhos, o Judiciário deverá apreciar a questão para preservação dos interesses da criança ou adolescente.

Isso demonstra que, em relações negociais e questões patrimoniais, o poder familiar dos pais não é absoluto e estes, bem como qualquer representante, deve agir direcionado pelo que é melhor para o assistido ou representado. Este poder, portanto, não é absoluto ou determinante, e, apesar de regulamentado pela legislação civil, sofre a todo momento

⁷ Esta previsão está contida no artigo 1.692 do Código Civil que, apesar de não falar expressamente em “melhor” ou “superior” interesse da criança e do adolescente, já previa proteção. Neste contexto, importante ressaltar que o projeto do referido código data do ano de 1973 e, com a demora da tramitação legislativa, veio a ser promulgado apenas em 2002. Apesar de ser lei posterior ao ECA, o Código Civil deve seguir os princípios e diretrizes de proteção estabelecidos no Estatuto.

influências estatutárias, com os princípios e diretrizes do ECA irradiando seus mandamentos sobre tal.

No Direito de Família, o interesse da criança guia diversos dispositivos legais e procedimentos judiciais. A proteção aos incapazes veio fortemente expressa no Código de Processo Civil (CPC) de 2015, como exemplo divórcio consensual, a separação consensual, a extinção consensual de união estável (art. 733) e o inventário (art. 610), que não podem ser realizados de forma extrajudicial caso haja interesse de menor envolvido, bem como a demarcação e a divisão somente poderão ser realizadas por escritura pública caso os envolvidos forem todos capazes; a homologação do divórcio ou da separação consensuais apenas quando existam disposições expressas sobre guarda dos filhos menores, bem como sobre convivência e contribuição financeira daquele que não for detentor da guarda (art. 731, II e IV); a possibilidade de requerimento pelo Ministério Público de abertura de inventário quando há incapazes (art. 626, VII).

Ainda relativamente ao Direito de Família, o CPC trouxe também a possibilidade de oitiva de menor como testemunha, quando necessário; reforçou a tramitação prioritária de feitos regulados pelo ECA (art. 1.048, II); e estabelecer que qualquer outra ação de família que versar sobre interesse de criança ou de adolescente deverão obedecer a lei específica sendo o CPC subsidiário (art. 693, parágrafo único).

Porém, o maior marco da consideração do interesse da criança e do adolescente nas ações que versam sobre direito de família é o relativo à decisão sobre quem deve ter a guarda destes. Isso porque, trata-se de um dos processos em que sua vontade e sua opinião são mais consideradas, nos termos do artigo 28 § 1º, do ECA⁸, no que se convencionou em sede jurisprudencial a se falar em “prevalência da vontade do menor sobre a definição da guarda” (STJ, 1993) máxime se o menor encontrar-se em idade em que presumidamente possua “razoável compreensão sobre os caminhos da vida”, situação que lhe confere o direito de ser ouvido e ter a opinião considerada para fins de escolher onde ficar e com qual genitor ficar (STF, 1993).

Mas decisões apenas se tornaram possíveis com o advento do ECA, que é onde se vê a real mudança no tratamento da criança e do adolescente, em consonância, em grande parte, com a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, promulgada no Brasil por meio do Decreto nº. 99.710, de 21 de novembro de 1990. Ambos trazem ao ordenamento jurídico

⁸ “Sempre que possível, a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada” (BRASIL, 1990-A, *online*).

brasileiro, para os infantes, direitos como a liberdade de expressão (art. 16 do ECA), sendo que, àquela criança que tenha aptidão para elaborar seus próprios pontos de vista, de acordo com a sua idade e a sua maturidade, inclui o direito de exprimir suas opiniões de forma livre, acerca de todas as questões relacionadas a ela, devendo estas opiniões serem consideradas do modo devido levando-se devidamente em consideração essas opiniões, e que inclui também “liberdade de procurar, receber e divulgar informações e ideias de todo tipo” nos arts. 12 e 13 (BRASIL, 1990b), em clara coerência com o direito de ser ouvida obrigatoriamente e de participar em todo processo que lhe afete (arts. 100, parágrafo único, inciso XII, 161 §4º, e 186 do ECA; art. 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança).

Disso se infere o direito ao livre desenvolvimento da personalidade⁹, que é condição indispensável da dignidade da pessoa humana. Trata-se de um direito de autonomia, que garante ao sujeito que ele próprio desenvolva a sua personalidade, sem entraves ou imposições. Isto porque não se pode impor a alguém uma determinada configuração sobre como ser ou um modo de vida específico. A formação da personalidade trata-se de um processo contínuo, enquanto a personalidade, por si mesma, não é estática. (ROSA; BORGES, 2018, p. 125-126)

Pode-se assim dizer, portanto, que as crianças e os adolescentes:

Deixam de ser vistos como meros sujeitos passivos, objeto de decisões de outrem (ou seu representante legal), sem qualquer capacidade para influenciarem a condução da sua vida, e passaram a ser vistos como sujeitos de direitos, ou seja, como sujeitos dotados de uma progressiva autonomia no exercício de seus direitos em função da sua idade, maturidade e desenvolvimento das suas capacidades. Pode, por conseguinte, afirmar-se que a criança e o adolescente conquistaram já um estatuto de “cidadania social” incontornável. (MARTINS, 2004, p. 70).

Um campo que tem avançado no estudo da autonomia de crianças e adolescentes é o da bioética, que, apesar de não se relacionar diretamente com o tema da presente pesquisa, pode exemplificar parâmetros e inspirar diretrizes para o modo que se tratam pessoas que não são capazes de consentir (perante a lei). Isto porque esta consiste em uma ciência da ética aplicada ao campo da saúde, para, em resumo, se regular excessos de uso de tecnologia e a moralidade de pesquisas. Dessa forma, a seara da saúde tem buscado o estabelecimento de princípios norteadores de uma atuação moral, com o envolvimento e permissão do paciente.

⁹ Para informações mais profundas acerca do Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade, vide a excelente pesquisa de mestrado de realizada no Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal de Uberlândia: MOREIRA, 2015. Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade: caminhos para proteção e promoção da pessoa humana. Disponível em <<https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/13228/1/DireitoLivreDesenvolvimento.pdf>>. Acesso em 01 jun. 2020.

Pode-se relacionar com o presente tema quando se reflete acerca dos parâmetros ainda paternalistas e da figura do “juiz bom pai”¹⁰, que ainda prevalecem na atuação de boa parte da rede de proteção à criança e ao adolescente, mesmo diante das determinações legais acima expostas.

Segundo Souza (2014, p. 60):

Trata-se forçoso reconhecer que, diferentemente das novas leis, regras, acordos internacionais, ainda impera no Brasil, sobretudo em comarcas menores e nos estados mais pobres da federação, as figuras do *juiz e do promotor, bons pais e protetores dos fracos* e oprimidos, com a manutenção intacta das ações menoristas de outrora. Nada contra meus colegas juízes e promotores de menores, mas a realidade do século XXI é bem diferente de meados do século XX. As mudanças reclamadas pela sociedade precisam ser conhecidas. Por todo, logo! Neste ponto, os fundamentos da psicologia, da assistência social e da pedagogia possuem relevante alcance social e, na verdade, muito maior efetividade do que a utilização apenas da força estatal específica dos agentes do Estado-juiz [...]. Enfim, mudaram-se as leis, os valores democráticos e as práticas sociais da pós-modernidade, porém ainda atua-se na esfera do direito infanto-juvenil como se estivéssemos em meados do século XX, posto que não ocorreu a integral ruptura paradigmática menorista na justiça da infância e da juventude.

Apesar de ter diversos modelos bioéticos, estes se destacam pela tentativa de elencar princípios que guiam a atuação de profissionais da saúde. Nos Estados Unidos, por exemplo, o modelo principialista de Tom L. Beauchamp e James F. Childress trouxe uma principiologia que ressoou em diversos outros modelos: respeito à autonomia, não maleficência, beneficência e justiça. No Brasil, com o foco no confronto com questões de injustiça social como a pobreza, em um modelo intervencionista, mas que também recebe a irradiação do principialista (MUNHOZ, 2014, p. 12-13).

A Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos (ONU, 2005), que norteia o posicionamento ético na área da saúde, traz a dignidade humana e a liberdade em seu primeiro princípio no art. 3º, e a autonomia em três outros importantes princípios, dos quinze totais, dentre outros que fixa à conduta o respeito à vulnerabilidade humana e a integridade individual, a igualdade, o tratamento justo e equânime, e a solidariedade entre os seres humanos, para citar alguns que se relacionam com o tema.

Dos três princípios citados, o artigo 5º é nomeado “Autonomia e Responsabilidade Individual” e estabelece o respeito à tomada de decisões dos indivíduos com sua autonomia individual quando respeita a autonomia dos outros e estabelece que “devem ser tomadas medidas especiais para proteger direitos e interesses dos indivíduos não capazes de exercer

¹⁰ Vide tópico 3.1.2 do presente trabalho.

autonomia”; o art. 6º traz o consentimento e dispõe que “qualquer intervenção médica preventiva, diagnóstica e terapêutica só deve ser realizada com o consentimento prévio, livre e esclarecido do indivíduo envolvido, baseado em informação adequada”; e o art. 7º estabelece parâmetro acerca de indivíduos sem capacidade para consentir, onde se incluem os menores de idade, impondo que “a autorização para pesquisa e prática médica deve ser obtida no melhor interesse do indivíduo envolvido e de acordo com a legislação nacional. Não obstante, o indivíduo afetado deve ser envolvido, na medida do possível, tanto no processo de decisão sobre consentimento assim como sua retirada”, estabelecendo também que não se deve envolvê-lo em pesquisa sem potencial benéfico e impõe o respeito à recusa.

A esse respeito, observa Namba (2015, p. 118):

A eticidade da pesquisa, aliás, implica esse tipo de consentimento, livre e esclarecido, além de se protegerem grupos vulneráveis e os legalmente incapazes. A pesquisa sempre deverá tratar o indivíduo-alvo em sua dignidade, respeitar sua autonomia e defendê-lo de sua vulnerabilidade (III.1, “a”, da Resolução 196/96). São vulneráveis aqueles que não compreendem (deficientes mentais, os senis, os de baixa escolaridade e as crianças), os que estão em situação de dependência (todos os institucionalizados, como prisioneiros, velhos asilados, menores recolhidos em orfanatos e outros tipos de instituição – Fundação Casa no Brasil – acresci pacientes de enfermaria, os empregados e alunos), os indivíduos à morte e os doentes (pessoas com doenças crônicas, refratárias à terapia conhecida, são vulneráveis, porque podem estar em busca de ajuda desesperadamente; também estão nessa situação, de vulneráveis, os doentes que têm tratamento conhecido, mas que, no entanto, necessitam de intervenção especializada para se recuperar).

Frise-se que, no campo da bioética, fala-se em “assentimento informado”, criado para se respeitar o posicionamento dessas crianças, a partir do âmbito clínico pediátrico, baseada justamente na ideia de capacidade progressiva. Esse caminho da bioética baseia-se tanto no reconhecimento da criança como sujeito de direitos como no estudo da ética para nortear a atuação.

Munhoz (2014, p. 44) bem observa a respeito:

O reconhecimento da capacidade de assentir de uma criança é o empoderamento dela como ser humano, é reconhecer a dignidade humana que a criança tem por ser membro da espécie humana. Além de que envolvê-la em decisões sobre seu tratamento de saúde pode estimular resultados melhores.

O princípio da dignidade humana exige da área de cuidados e pesquisas em saúde que o consentimento seja dado para qualquer procedimento, devendo ser sempre dado com liberdade e toda a informação disponibilizada. Assim, a elucidação acerca do que envolverá o sujeito deve ser feita em linguagem acessível, sobre todos os riscos, alternativas, liberdade de

recusa e de revogar o consentimento, garantia de privacidade, dentre outras exigências mais específicas da área. O Código de Ética Médica, aprovado em setembro de 2009 por meio da Resolução n.º. 1.931 do Conselho Federal de Medicina (2010), prevê esse respeito, bem como, inclusive, proibição de revelar sigilo profissional até mesmo aos pais ou representante de menor de idade que já tenha discernimento (art. 70), a necessidade de assentimento livre e esclarecido do menor mesmo que já se tenha consentimento do representante legal para pesquisas (art. 101). Como se pode perceber, a área médica positivou (pode-se assim dizer) a participação das crianças e adolescentes nos atos acerca da própria saúde desde o ano de 2009.

Dessa forma, é possível considerar que, apesar do frio enquadramento feito pelo Código Civil, crianças e adolescentes podem sim, ter capacidade de fato, sendo tal capacidade progressiva na medida em que se considera o gradativo amadurecimento destes, conforme crescem. E isso se encontra implícito em diversos dispositivos legais, que falam sobre desenvolvimento e capacidade de discernimento, referindo-se à oitiva e à consideração da vontade e das opiniões daqueles que ainda estão na minoridade, para além do superior interesse destes, medido por outros (seja seus pais, responsáveis ou o Poder Judiciário).

4.4 Da (im)possibilidade de Renúncia ou Limitação de Direitos de Personalidade por Crianças e Adolescentes

Constatado que crianças e adolescentes podem adquirir capacidade de forma gradativa proporcionalmente às fases de desenvolvimento em que se encontram, resta saber se é possível renunciarem a direitos fundamentais e da personalidade, notadamente o da imagem.

Trata-se a personalidade de um problema a ser tratado pelo ordenamento jurídico de forma global e não apenas por áreas deste, abandonando-se a dualidade público e privado, demais disso devem ser rejeitadas teorias atomísticas fechadas, que defendem que os direitos de personalidade seriam apenas aqueles expressos em texto do Código Civil ou mesmo da Constituição Federal. Tanto é, que a legislação permite a atipicidade dos direitos de personalidade, conquanto é tutelada a própria pessoa humana e, conseqüentemente, a sua dignidade (PERLINGIERI, 2008, p.762-763).

Dessa forma, a natureza das normas de proteção a direitos da personalidade é aberta. Não poderia ser de outra forma, já que, nesse tipo de norma, sujeito e objeto se confundem, porquanto que a pessoa é o objeto de proteção e, ao mesmo tempo, o titular do direito; justamente por isso, tem-se, portanto um interesse protegido cuja natureza pode e deve ser

considerada especial. Pelo mesmo motivo, tal interesse deve ser apresentado de forma unitária, ante a unidade do *valor* pessoa, que é o seu fundamento. Diferentemente do que defendem teorias atomistas, este valor não pode ser dividido em diferentes bem jurídicos concretos, em interesses isolados, em situações individualizadas (PERLINGIERI, 2008, p.764).

Isso porque a pessoa não pode ser dividida. Conforme bem observa Perlingieri (2008, p. 764-765):

A personalidade, portanto, não é um direito, mas sim, um valor (o valor fundamental do ordenamento) está na base de uma série de abertura uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente exigência mutável de tutela. Tais situações subjetivas não assumem necessariamente a forma do direito subjetivo e não devem fazer com que se perca de vista a unidade do valor envolvido. Não existe um número fechado de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas. A elasticidade da tutela se torna instrumento para realizar formas de proteção também atípicas fundadas no interesse a existência e no livro desenvolvimento da vida de relação.

Demais disso, existe o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, pois que cada pessoa constrói a si mesma para si mesma, já que cada ser humano é um projeto voltado para si, para a própria constituição e o próprio aperfeiçoamento. E isso deve ser feito sem imposições externas, de modo a garantir que aconteça conforme critérios, valores e ritmo do próprio sujeito. Dessa forma, o mencionado direito é condição inerente à dignidade humana. A ideia desta dinamicidade do direito ao livre desenvolvimento da personalidade colabora para um exercício também mais dinâmico dos direitos de personalidade. Isso porque, não há como haver condenação antecipada de um ato que implique renúncia de interesses conexos à personalidade, quando não se está ferindo a dignidade humana. (ROSA; BORGES, 2018, p. 127).

Nesse mister, o Código Civil, em seu artigo 11, assevera que “com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária” (BRASIL, 2002), estabelecendo a indisponibilidade de tais direitos. Entretanto, essa posição clássica não se coaduna com uma leitura constitucional dos citados direitos, bem como com a contemporaneidade, cujas situações exigem do indivíduo que relativize, transmita, patrimonialize e penhore direitos como os de personalidade, limitando-os temporariamente. Isso porque, não se trata apenas de um gerenciamento patrimonial, mas do exercício, da confirmação e até mesmo da descoberta, para o desenvolvimento da personalidade. (ROSA; BORGES, 2018, p. 130).

Há autores que defendem a possibilidade de renúncia total dos direitos em questão, como Cantali (2009, p. 152), para quem:

Na medida em que é intangível o núcleo essencial desses direitos, consubstanciado na proteção da pessoa humana, não é contraditório considerar os direitos da personalidade como essencialmente indisponíveis, mas que em determinadas situações podem ser legítimos atos de disposição que impliquem renúncia ou limitação, inclusive totais e permanentes.

Também é nesse sentido, o entendimento de Bolesina e Schroeder (2016, p. 11-12):

[...] é a partir da renúncia total ou parcial do exercício de direitos da personalidade que uma pessoa pode ser o que ela é ou pretende ser, sentindo-se bem consigo mesma. [...] Recorde-se, aliás, que os direitos da personalidade são direitos fundamentais. Assim, podem sofrer limitações voluntárias ou não. Ao lado disso, são dotados de dimensões defensiva e promocional: na primeira buscando o respeito e a proteção contra violações ou ameaças; e na segunda determinando ações em prol da concretização destes direitos. A confluência destas das ideias faz com que os direitos da personalidade sejam efetivos “direitos” e não apenas “deveres” que o titular deve, tão-somente, proteger ou esperar uma violação para que possa usufruí-los.

Uma renúncia dos direitos de personalidade parece inconcebível para a maior parte da doutrina, ante a indisponibilidade legalmente posta como regra. Novais (2006, p. 277) explica que a renúncia que rebaixasse a pessoa à mercê da vontade de outra – como exemplo, consentir em ser escravizado - ou que afete a essência de alguma dimensão da pessoa ou sua liberdade futura de escolher sobre a própria vida, sem os requisitos da transitoriedade e da possibilidade de revogação, seria inadmissível. Os Direitos de Personalidade estão na essência da própria personalidade, ou seja, do próprio ser da pessoa: sem uma personalidade não há ser humano e, portanto, renunciar à personalidade exterminaria qualquer possibilidade de uma vida digna (ROSA; BORGES, 2018, p. 132).

Para tanto, ainda, existem fatores limitadores. Dentre eles, citam-se a lei e os bons costumes, com toda a polêmica que tal conceito pode gerar ou de oposição doutrinária (críticas) a determinados dispositivos legais¹¹. A estes, Novais (2006, p. 280) acrescenta o princípio da proporcionalidade, porque a renúncia ao direito deve observar os três elementos geralmente enumerados como componentes do referido princípio: o primeiro, diz respeito à renúncia ser a forma apta de persecução do fim almejado, ou, pelo menos, parte deste; o segundo é a exigibilidade, no sentido de ser o meio menos danoso ao titular para o alcance do objetivo; por fim, deve haver proporcionalidade em sentido estrito, isto é:

[...] a importância do fim, obrigatoriamente legítimo, prosseguido pela restrição e a medida da sua realização através do meio escolhido devem estar

¹¹ Para mais detalhes sobre tais limitadores: ROSA; BORGES, 2018, p. 138 e ss.

numa relação razoável, proporcional, adequada à medida e importância dos efeitos danosos produzidos na esfera do titular do direito. (NOVAIS, 2006, p. 280)

Importante ressaltar que não se fala em renúncia do direito em si, mas apenas do seu exercício. Neste caso, mesmo diante da autonomia progressiva da criança e do adolescente, não se pode falar em renúncia à titularidade de um bem jurídico tão importante, integrante da personalidade, como é o direito à imagem. Fala-se, portanto, apenas em renúncia ao exercício, que não afetaria a personalidade em seu núcleo, mas uma limitação temporária desta, que contém também a autonomia como seu componente. Demais disso, a renúncia ao exercício não se dá de forma definitiva, pois, por não renunciar o direito em si, o titular poderá exercê-lo em outras situações, bem como revogar a renúncia quando julgar necessário (ROSA; BORGES, 2018, p. 133).

“E ainda, o facto de não ter renunciado à titularidade, mas apenas ao exercício, permite-lhe, na medida em que a ordem jurídica o admita, continuar a dispor do seu direito”, explica Novais (2006, p. 230), que completa que quando se renuncia ao mero exercício, é possível se retomar o direito na plenitude. Este autor destaca, ainda, que a vantagem de se reconhecer que existe essa diferença “permite patentear mais claramente os valores a considerar na ponderação conducente à decisão da questão da validade concreta de uma dada renúncia” (NOVAIS, 2006, p. 231). E essa consideração acerca da ponderação é de suma importância quando se debate a colisão de direitos fundamentais, como faz a presente pesquisa.

Fato é que, ante todo o aparato legal ora demonstrado e as implicações de uma renúncia total ou parcial a direitos fundamentais, seja do exercício ou da titularidade de direitos da personalidade, esta não pode ser exercida por crianças e adolescentes, já que estes, por não terem atingido a maioridade, por não terem o desenvolvimento da sua capacidade de fato considerado completo, por sua capacidade de direito ser expressamente limitada pela lei, bem como pelo princípio da proteção integral, não podem limitar os próprios direitos por ato de declaração de vontade (ou por qualquer outro meio). Os direitos dos infantes devem ser protegidos em sua integralidade.

Porém, há de se refletir em como é a atuação do Estado nesta seara.

Ao se pensar sobre a teoria da eficácia objetiva dos direitos fundamentais - ou seja, como um conjunto de fins à ação positiva do Estado, relacionados ao dever estatal de proteção, contra agressões oriundas das mais diferentes esferas (particulares, outros Estados, por exemplo) -, pensa-se também nas medidas efetivas que o Estado deve tomar para

promover esta proteção. Assim, os direitos fundamentais devem servir de parâmetro para o estabelecimento de instituições ou organizações estatais, todas para reforçar a máxima efetividade do direito.

Com relação ao direito ao livre desenvolvimento da criança e do adolescente, tem-se que a perspectiva objetiva como limitadora da liberdade do menor para proteção de um valor comunitário superior (exemplo: quando o a criança está perturbando a vizinhança com brincadeiras muito barulhentas, o adolescente com o som alto), bem como a favor do próprio sujeito (exemplo: impedir o uso de bebida alcoólica ou de drogas), também implica, quando necessário ou conveniente à criança e ao adolescente, em total legitimidade estatal para as intervenções em prol do menor e a consagração de uma série de medidas positivas, eis que o Estado. “[...] tem obrigação de concretizar e realizar permanentemente o direito ao livre desenvolvimento da personalidade do menor, sempre no sentido de extrair desse direito a máxima eficácia” (BARROS, 2010, p. 95-102).

Dessa forma, utilizando-se como paralela a teorização acima acerca da renúncia, é possível se pensar em limitação de direitos fundamentais, incluídos os direitos de personalidade de crianças e adolescentes pelo Estado, quando se tratam de crianças e adolescentes sob sua guarda, conforme o melhor interesse destas e para promoção de um valor, no momento da limitação, maior que o outro a ser enfraquecido. E nisso, quando conveniente, pode o Estado legitimar a renúncia da criança e do adolescente ao respectivo exercício do direito à imagem, se isso implicar num elemento facilitador e incentivador à adoção.

Bem assim, para a presente pesquisa, entende-se que o direito à convivência familiar carece de uma ação positiva estatal quando os titulares são crianças em acolhimento institucional, já que esta medida deve ser transitória e excepcional, gerando limitadores do direito ao livre desenvolvimento da personalidade¹². Este último direito, ao se falar em pessoas em peculiar estágio de desenvolvimento¹³, encontra-se em etapa crucial de construção da pessoa quando se fala em crianças e adolescentes.

Assim, a ação positiva estatal, para as crianças aptas à adoção (conforme o recorte da presente pesquisa), seria encontrar para estas uma família. Neste sentido, imperioso que se proceda com o estímulo à adoção daquelas crianças fora do perfil preferencial¹⁴, como ação de visibilização das crianças e dos adolescentes disponíveis para as famílias habilitadas à

¹² Vide tópico 3.4.1

¹³ Artigo 6º do ECA (BRASIL, 1990, *online*)

¹⁴ Vide tópico 3.4.2

adoção. Ou seja, expor os acolhidos aptos a serem adotados, mostrando a sua imagem aos postulantes à adoção, para que vislumbrem quem aguarda por uma família.

É dizer: para ser gerada essa visibilização, a ação positiva do Estado para promoção do direito fundamental à convivência familiar gerará uma limitação do direito à imagem, um direito de personalidade muito protegido no âmbito infanto-juvenil. No caso dessa visibilização das crianças acolhidas, o direito à imagem e o direito à convivência familiar estão em concorrência, já que ambos devem ser protegidos pelo Estado ao mesmo tempo, e, também, já que a criança é titular dos dois direitos frente à ação positiva estatal de estímulo à adoção.

Conforme explana Cury Júnior (2006, p. 85):

O reconhecimento de um direito da personalidade especial, peculiar às pessoas em desenvolvimento, amparado nos princípios da proteção integral e da maior vulnerabilidade, garante que, em caso de colisão com outros direitos de natureza igualmente absoluta, para a solução do conflito, prevaleça o melhor interesse da criança e do adolescente, como na hipótese do exercício prioritário dos direitos sociais, ou da restrição de direitos, como, por exemplo, de liberdade da informação, que há de ser exercida com respeito à dignidade dos menores de idade (v.g., art. 247, par. 2o, da Lei n. 8.069/90).

Assim, podem-se aproveitar os mesmos critérios da renúncia a direitos de personalidade quando se limita a imagem neste contexto, com a aplicação do princípio da proporcionalidade. Os pressupostos de ato de declaração de vontade e voluntariedade poderiam ser substituídos pelo assentimento livre e informado, com o devido trabalho de equipe multiprofissional. O assentimento supriria a vontade, portanto, do titular, porém conforme a autonomia já adquirida, ante a sua fase de desenvolvimento, o que deverá ser devidamente trabalhado por equipe multiprofissional. Fala-se em assentimento, em vez de consentimento, já que trata-se de titular incapaz (de direito), bem como não se trata de um ato de autonomia, mas de heteronomia, já que a limitação do direito à imagem seria limitado por ato de terceiro, do Estado-Juiz, no caso concreto; ou do Legislador, caso venha a editar lei para regulamentar essa situação fática recorrente na realidade.

E bem assim, ressalta-se que a renúncia seria do exercício do direito à imagem, e não do direito em si considerado. Somente enquanto candidato à adoção é que o infante teria momentaneamente tomado o exercício do direito à imagem pelo Estado, para que este exerça tal direito com o fulcro de, conforme já dito, dar maior visibilidade à criança e ao adolescente, de forma a apresentá-los de modo mais eficaz a possíveis famílias pretendentes à adoção.

Ressalta-se que não haverá limitação à proteção ao direito à imagem. Essa proteção deverá permear todo o caminho do procedimento dessa limitação, como parte integrante da proteção integral que é devida ao titular deste direito e da proteção à privacidade prevista no ECA, em seu artigo 100, parágrafo único, inciso V. Pode-se diferenciar, neste ponto, o direito à proteção à imagem da criança e do adolescente do direito à imagem propriamente dito, já que o primeiro integra a privacidade protegida pelo estatuto como parte integrante da proteção integral, enquanto o segundo pertence ao direito geral de personalidade, como parte integrante do *valor* pessoa.

No Capítulo seguinte, buscar-se-á analisar alguns desses novos métodos implantados pelo CNJ e por Varas da Infância e da Juventude, destacando o papel dos Grupos de Apoio à Adoção, nesta tarefa de promoção do Direito Fundamental à Convivência Familiar, como a Busca Ativa, que tem apresentado resultados esperançosos para as adoções necessárias. Considerando que passou-se a entender que este direito a uma família prevalece sobre o direito à proteção à imagem, serão analisados alguns projetos de visibilidade, trazendo suas justificações e resultados, quando disponibilizados ao público, a fim de se verificar se foi esgotado o ônus argumentativo na colisão de princípios fundamentais.

5 A CONCORRÊNCIA ENTRE OS DIREITOS À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E À IMAGEM, E A REALIDADE FÁTICA

Repetindo-se em outras palavras o que já fora comentado alhures, a Doutrina da Proteção Integral estabelece a garantia e defesa de todos os direitos das crianças e adolescentes, ante o seu reconhecimento como seres humanos em desenvolvimento. Está prevista implicitamente no artigo 227 da Constituição Federal, na medida em que se insere no contexto do dever da família, da sociedade e do Estado em colocar a criança e o adolescente “[...] a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (BRASIL, 1988), e bem assim, é regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que vem a disciplinar e garantir os direitos 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, expressamente previstos no citado dispositivo constitucional.

Nesse mister, e conforme já comentado, o Poder Público, por meio da rede de proteção e políticas públicas municipalizadas, deve promover o Direito Fundamental à Convivência Familiar às crianças e adolescentes em situação de acolhimento institucional. A esse respeito, advieram projetos de visibilidade aos acolhidos para estímulo à sua adoção, por iniciativa dos Tribunais ou mesmo pelas Varas da Infância e Juventude, comumente em parceria com organizações da sociedade civil – os chamados Grupos de Apoio à Adoção –, e também da administração das instituições de acolhimento.

Num primeiro momento, poder-se-ia dizer que essa exposição violaria o direito à imagem, expondo a criança e o adolescente a uma situação constrangedora. Bem assim, violaria o princípio da Proteção Integral, o qual, assim como toda a Teoria dos Direitos Fundamentais, não permite que um direito fundamental seja completamente suprimido para a realização de outro, em vistas a proteger o seu conteúdo mínimo e se evitar a diminuição do alcance do direito ao ponto de afetar a dignidade humana.

Contudo, o que deve observar é que essa exposição visa justamente a se promover o direito fundamental à convivência familiar de tais sujeitos de direito, em consecução ao princípio da proteção integral. A questão que se sobressai de tal situação é, pois, saber se essa supressão do direito à imagem, que é aspecto constante da personalidade, cujo valor protegido é a própria pessoa, para o livre desenvolvimento da personalidade, está se dando de forma a prejudicar criança e o adolescente enquanto vulneráveis dada a sua condição especial e crucial de pessoa em desenvolvimento.

5.1 O Novo Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento

O Conselho Nacional de Justiça lançou, em agosto de 2019, o novo Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento, o SNA, que substituiu os antigos CNA e CNCA, integrando-os em apenas um sistema. Conforme fala do presidente do CNJ e do Supremo Tribunal Federal (STF), ministro Dias Toffoli, na 294ª sessão ordinária do Conselho, a nova plataforma consolidará os dados enviados por cada tribunal, em um melhoramento dos bancos de dados, cadastros e sistemas sobre adoção e acolhimento de crianças e adolescentes (CNJ, 2019).

A integração dos dois cadastros representa uma mudança de paradigma, já que, antes, viam-se acolhimentos e adoções como realidades separadas ainda que tratassem do mesmo público, já que apenas vai para a adoção a criança ou adolescente já institucionalizado. Assim, com foco nestes e ante sua situação de vulnerabilidade, e se aplicando a doutrina da proteção integral para o estabelecimento deste novo paradigma, a união dos dois cadastros é importante por possibilitar uma visão global e um acompanhamento mais eficaz da criança ou adolescente desde o seu primeiro acolhimento até a saída do sistema, seja pela adoção ou pela reintegração familiar.

No sistema, várias características colaboram para que se cumpram os direitos das crianças e dos adolescentes. Uma delas são os alertas, que avisam aos juízes acerca dos prazos determinados pelo ECA, quando por exemplo uma criança necessita de reavaliação por já estar acolhida há três meses, quando o processo de destituição do poder familiar dura mais de cento e vinte dias, quando o processo de adoção se prolonga por mais de duzentos e quarenta dias, com o objetivo que a criança fique o menor tempo possível em acolhimento institucional. Outra é a busca e a vinculação automática, em que o sistema faz varreduras todas as noites a procura de pretendentes que aceitem o perfil da criança ou adolescente cadastrado.

Existe também a criação de filas unificadas - uma municipal, uma estadual e uma nacional -, para a execução dessa busca automática, ressaltando-se haver também uma internacional porém não se realizando nesta uma busca automática, devido à peculiaridade de cada caso e a necessidade de intervenção da CEJA ou da VIJ para a busca (MOTA, 2020, 3:57). Ainda, há também estatísticas em tempo real (MOTA, 2020, 2:10) e o gerenciamento das adoções *intuitu personae* - aquelas que ocorrem fora do cadastro e são admitidas em apenas três hipóteses: por relação de parentesco, adoção unilateral (ex: madrasta ou padrasto) ou guarda legal de criança acima de três anos (MOTA, 19:16).

Existe, ainda, o pré-cadastro (CNJ, 2020), em que as pessoas que pretendem adotar inserem os seus dados pessoais, bem como suas preferências acerca das características daquele a quem adotaria. Trata-se, neste momento, de uma escolha provisória de perfil, já que pode ser alterado durante o processo de habilitação, até a data da sentença, e com a intervenção da equipe multidisciplinar que avaliará o perfil e conversará com o pretendente. Ao final deste pré-cadastro, é fornecida uma lista dos documentos que devem ser levados à Vara da Infância e Juventude, o que também é enviado ao e-mail daquele que se pré-cadastrou. Após a habilitação sentenciada, existe uma área exclusiva para acesso dos habilitados, em que os pretendentes podem atualizar os seus dados, bem como tem acesso à sua posição na “fila”¹⁵. (MOTA, 2020, 4:40)

Para as modificações acima e a criação do novo sistema, o Conselho Nacional de Justiça implementou cinco *workshops*, por todo o Brasil, de modo a ouvir juízes, promotores, equipes técnicas e até mesmo os GAAs. Além disso, o novo SNA teve seu desenvolvimento baseado no Sistema de Informação e Gerência da Adoção e Acolhimento do Espírito Santo (SIGA/ES). Nesta etapa, o piloto do novo sistema foi testado em varas piloto, em São Paulo, Paraná, Alagoas, Bahia e Rondônia em julho de 2019 e, nos meses seguintes, outros Estados-membros passaram a usufruir do novo sistema. Em outubro de 2019, a implantação já havia alcançado todo o território nacional, com todos os 27 tribunais estaduais operando junto ao SNA. Além disso, o CNJ realizou cursos de capacitação com juízes, promotores, equipes técnicas e membros de Grupos de Apoio à Adoção, para aprenderem a utilizar a nova ferramenta.

Em 2017, quando se iniciaram-se os anúncios a respeito da formulação de um novo sistema para o cadastro, muito se falou a respeito da inclusão de fotografias e vídeos, além de outras informações sobre crianças e adolescentes. Essa funcionalidade seria utilizada especialmente para aqueles para os quais não foram encontrados pretendentes, com vistas à ampliação do perfil dos pretendentes (BRASIL, 2017). Todavia, esta ideia para o novo SNA não foi adiante, já que, dentre as novidades elencadas em notícias seguintes do próprio CNJ e no próprio manual do SNA (BRASIL, 2019d), não consta essa funcionalidade.

¹⁵ A fila é relativa, pois leva em conta a data da habilitação e não o perfil pretendido.

5.2 O Papel da ANGAAD e dos Grupos de Apoio à Adoção

A ANGAAD (Associação Nacional de Grupos de Apoio a Adoção) possui grande relevância tanto junto a cada Grupo de Apoio à Adoção (GAA), como as Varas da Infância e Juventude, às políticas públicas (principalmente municipais) de promoção do direito à convivência familiar e comunitária, bem como junto à sociedade. Sua participação é constante no contexto de adoção e acolhimento familiar, tanto por promover conhecimentos por meio de congressos, seminários, *workshops*, e até mesmo cursos *online* à distância, como também por dar todo o suporte para os GAAs existentes e para as pessoas de diferentes localidades do Brasil que pretendem implantar um grupo em sua cidade.

Trata-se de uma associação civil que não possui fins lucrativos e que direciona suas ações ao objetivo de defender os direitos de crianças e adolescentes, por meio da filantropia e da cultura, visando principalmente a garantia do direito à convivência familiar e comunitária daqueles que estão em instituições de acolhimento, por meio da promoção da perspectiva de uma cultura de adoção com vistas a priorizar os interesses desses crianças e adolescentes acolhidos. A ANGAAD tem por missão, justamente, a promoção da defesa do citado direito fundamental, pautada em diretrizes do ECA, representando GAAs frente aos Poderes Públicos e outras organizações da sociedade civil e investindo “em ações que desenvolvam e fortaleçam uma cultura de adoção no país”. (ANGAAD, 2020c)

Constituída em 21 de maio de 1999, com foro em Brasília mas sede itinerante, a acompanhar a cidade de localização do Grupo de Apoio à Adoção de que faz parte o atual presidente, ou no município de domicílio deste. Atualmente, a sede da ANGAAD é na cidade de Uberlândia, em Minas Gerais, já que está na presidência da associação Sara Vargas, uma das fundadoras da Pontes de Amor, organização da sociedade civil (OSC) com sede na referida cidade do Triângulo Mineiro. Já o vice-presidente é Francisco Cláudio Medeiros, membro do grupo Acalanto Natal, na capital do Rio Grande do Norte (ANGAAD, 2020a).

Os Grupos que se associam à ANGAAD são associações civis sem fins lucrativos fundados, em sua maioria, por pais adotivos que voluntariamente se empenham em prol de prevenir o abandono, preparar postulantes à adoção, amparar pais adotivos após as adoções, auxiliar a reintegração familiar, conscientizar a sociedade acerca da validade e igualdade da família adotiva em relação às demais.

Mas o principal objetivo dos GAAs é o auxílio à busca de famílias que se disponham a adotar crianças que estão fora do perfil preferencial dos adotantes. Essa finalidade principal

está de acordo com uma outra finalidade dessas associações: divulgar a Cultura de Adoção. Por esta se entende o seguinte, segundo a própria ANGAAD (2019, p. 01):

A cultura da adoção abrange, mas não se limita, a priorizar a busca de famílias para crianças e adolescentes que tiveram seus direitos violados pela família natural, expandindo a visão tradicional de se procurar crianças para pessoas sem filhos, buscando - se famílias para crianças que existem nas entidades de acolhimento institucional cujos perfis não são os tradicionalmente desejados pelos pretendentes à adoção, tais como crianças maiores e adolescentes, de etnias diferentes, com deficiências e grupos de irmãos.

Dessa, forma, a finalidade principal da ANGAAD se resume na seguinte frase: “lutar para que cada criança e adolescente brasileiro tenha uma família que a ame e a eduque para a cidadania” (ANGAAD, 2020d). Pode-se dizer que este seria um objetivo geral, enquanto, dele, diversos outros derivam, constando um total de trinta e dois em seu Estatuto (ANGAAD, 2020c), guiados por uma Carta de Princípios (ANGAAD, 2020b) na qual constam doze diretrizes, devendo estas últimas serem seguidas por todos os GAAs já associados e tidas como critérios para novas associações.

A importância de se destacar acerca destas associações consta de tais objetivos e princípios, já que eles dirigem atuações que vão influenciar, por meio de parcerias, ações do Poder Público e da rede de proteção à criança e ao adolescente. Dentre aqueles princípios, podem ser citados: exigir de cumprimento do melhor interesse da criança e do adolescente perante todos os órgãos públicos; reclamar pelo devido processo legal, com respeito à tramitação prioritária e me tempo hábil; repudiar a institucionalização prolongada; cobrar o bom funcionamento da rede de proteção, interagindo com órgãos responsáveis para retirar crianças de situações de risco; compreender o conceito de família com um sentido amplo, baseado na afetividade; promover esforços junto aos órgãos competentes para orientar famílias que desejam a adoção. E, dentre os objetivos mais específicos, destaca-se a busca por uma representatividade com força nacional, firmando convênios com os Poderes do Estado, Promotorias, outras OSCs e entidades congêneres para promoção de adoções seguras, legais e para o resto da vida.

Demais disso, as equipes técnicas das varas do Poder Judiciário estão sobrecarregadas e não possuem mão-de-obra suficiente para realizar todo o seu trabalho, cadastrar as crianças no SNA e, além disso, fazer uma busca mais ampla que a do sistema. Ainda, há comarcas em que sequer há vara especializada, para cuidar apenas das questões referente à Busca Ativa. Existe, portanto, uma necessidade de que a sociedade auxilie essas

equipes na consecução do objetivo de encontrar famílias para as crianças adotivas (SILVA, 2020, 30:20).

Assim, os GAAs assumem a importante missão de dar apoio à pré-adoção e, também, pós-adoção aos postulantes, explicando a estes adotantes acerca do que é a adoção, como enfrentar os possíveis futuros problemas, as demandas que as crianças podem trazer para a nova família, e garantem, para essas novas famílias, o apoio de outras pessoas que adotaram, com suas experiências. Além disso, devem auxiliar na garantia do direito à convivência familiar, a quando toda criança e todo adolescente deste privados. Assim, os GAAs são colaboradores, incluídos no “Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa dos Direitos das Crianças e Adolescentes À Convivência Familiar”, publicado em 2006. Este tem previsões expressas da participação dos grupos de apoio na preparação dos pretendentes à adoção e, também, que na busca ativa (SILVA, 2020, 32:10).

Assim, estas organizações se tornam essenciais, na busca por conhecimentos a respeito do tema da adoção e pela persecução do cumprimento dos direitos das crianças e dos adolescentes. Os GAAs, assim como a própria ANGAAD, com seu compromisso pela garantia do Direito Fundamental à Convivência Familiar, são espaços de gestão e formação importantes para proporcionar mudanças de atitude em diversos setores da rede de proteção à criança e ao adolescente. Além disso, constituíram-se em grandes aliados do Poder Público para se valer o que é determinado no ECA. Como se verá a seguir, muitas iniciativas de Tribunais Brasileiros para estímulo à adoção são realizadas em parceria com estes Grupos de Apoio à Adoção.

5.3 A Busca Ativa

O que se mais se destaca quando se fala em iniciativas de visibilidade para crianças e adolescentes acolhidos e aptos a adoção ou já em processo de destituição do poder familiar, mas que estão fora do perfil preferencial dos adotantes, é a chamada Busca Ativa. Trata-se esta de uma ferramenta para se auxiliar na busca de famílias para aqueles que estão fora desse perfil comumente escolhido por aqueles que desejam adotar, vez que estão incluídos como perfis aptos a participarem da busca ativa: crianças com deficiência, crianças maiores de 08 anos, com doenças crônicas ou incuráveis, adolescentes, aquelas que têm orientação sexual homoafetiva ou que sejam transexuais, grupos de irmãos e compartilhamento de grupos de irmãos, onde este último acontece quando o grupo de irmãos é grande e duas famílias se

apresentam como interessadas na adoção, dividindo os irmãos, porém com o compromisso de manter a convivência fraterna. (MOREIRA, 2020, 2:07:30).

Como se verá, é um movimento amplo, repleto de nuances e diversos projetos paralelos, de diferentes origens, e que se mostra capaz de quebrar o caráter fenotípico do Sistema Nacional de Adoção, ao aproximar os postulantes da realidade daqueles que se encontram nas instituições de acolhimento. Nas palavras de Schettini (2020, 2:27:57):

Busca ativa é uma contribuição da sociedade civil organizada em especial dos Grupos de Apoio a Adoção, trabalhando para encontrar famílias para crianças e adolescentes disponíveis para adoção. É uma ferramenta legitimada e validada por vários TJs, cada vez mais TJs estão validando, e também por vários Ministérios Públicos, que compreenderam a importância do trabalho conjunto com a sociedade civil para se possibilitar a garantia do direito à família para todas as crianças e adolescentes. O SNA, nosso famoso Sistema Nacional de Adoção, também pode ser considerado uma ferramenta de busca ativa, no sentido de que faz as conexões entre os adotantes e as crianças disponíveis para adoção, a partir dos perfis escolhidos. A única diferença de uma adoção por busca ativa e a adoção pelo SNA é que os GAAs farão as conexões, servindo de ponte, de elo, entre adotantes e adotados. Informações, dados, fotos e, principalmente, vídeos, relacionados às crianças e aos adolescentes disponíveis para adoção, são cuidadosamente compartilhados nas redes sociais dos grupos de apoio à adoção, na intenção de sensibilizar famílias habilitadas para tentar provocar encontros afetivos entre quem deseja ser pai ou mãe e aqueles que sonham com o momento de tornarem-se filhos.

Busca ativa seria, portanto, “todas as estratégias utilizadas para se otimizar as chances de encontrar uma família para uma criança” (BAYER, 2020, 16:42). Somado a isso, caracteriza-se por ser legal e ética. Ou seja, está embasada em dispositivos legais, não se cobra nada para fazê-la, seja o Estado, sejam os GAAs (SILVA, 2020, 39:34). Além disso, é feita com cuidado, critério e muito respeito (SILVA, 2020, 53:08). A participação dos grupos de apoio encontra o seu embasamento legal no art. 227 da Constituição Federal que impõe à sociedade o dever de garantia a toda criança e a todo adolescente o direito à convivência familiar, isto com absoluta prioridade. E o ECA reproduz essa ideia em seu artigo 4º, mas destacando, no lugar da sociedade, o dever da comunidade. O Estatuto prevê ainda os GAAs, já que estes se constituem na sociedade, o dever de auxiliar o Judiciário a encontrar pretendentes à adoção (SILVA, 2020, 28:10).

5.3.1 Histórico

Nos primórdios da vigência do ECA, ainda prevalecia a mentalidade menorista das legislações anteriores e a visão higienista (vide 3.1.2) dos objetivos do “abrigo em entidade”,

como então era chamado o atual acolhimento institucional, conforme redação original do inciso VII do artigo 101 do ECA (CÂMARA, 1990). Todavia, não tardou a, aos poucos, ingressarem na carreira pública, no Poder Judiciário, mais especificamente em Varas da Infância e Juventude, pessoas preocupadas com o abrigamento em massa, naturalizado como normal, principalmente de crianças pobres, cujo recolhimento em abrigos era estimulado, até mesmo pelas próprias famílias.

É o que conta Bayer (2020), psicóloga atuante na Vara especializada da Criança, do Adolescente e do Idoso, na cidade de Teresópolis, ao recuperar um pouco da história deste movimento. Segundo ela, haviam experiências isoladas com buscas para adoção de crianças com alguma deficiência ou grupos de irmãos. Em sua experiência profissional, começou-se a estimular a adoção a partir de visitas na instituição e apadrinhamentos, iniciativas estas que resolviam a situação de alguns dos acolhidos, que assim encontravam uma nova família, porém era pontual.

A busca ativa teve início na referida comarca com *e-mails* trocados, enviados por juízes, promotores e outros membros de equipes de varas de diversas comarcas, por meio de mala direta. Assim, começou-se a interagir com diversas outras comarcas onde também haviam iniciativas semelhantes de se buscar famílias para crianças que estavam há mais tempo nos ditos abrigos.

Data do ano de 2004 um grupo virtual de apoio à adoção, o primeiro desse tipo registrado e aceito pela ANGAAD, que tinha por base a antiga rede social *Orkut*, cujo ápice antecedeu ao do *Facebook* no Brasil, e onde havia uma comunidade chamada “Adoção é um exemplo de amor”, em que já se fazia uma espécie de busca ativa (MOREIRA, 2020, 2:13:40). Bem assim, em torno dos anos de 2005 e 2006, o GAA “Quintal de Ana”, localizado em Niterói, no Rio de Janeiro, começou a reunir todos os pedidos de buscas por família em seu *site*, publicando os textos dos *e-mails*, que citavam as crianças de forma a não identificá-las mas mencionando o que lhes dificultava a colocação em nova família. Mesmo colocando apenas as iniciais das crianças e sem divulgar as suas fotos, o *site* recebeu críticas e enfrentou problemas.

Bayer (2020, 12:41) relata ainda, que já nesta época de meados da década de 2000, o movimento do nascedouro da busca ativa já sofria resistência. Como exemplo, cita pressão de superiores como coordenações e juízes, que cobravam explicações dos envolvidos, com cobranças e pressões a respeito da origem das informações de crianças, bem como para que parassem com as buscas; ocorriam até mesmo linchamentos morais de pessoas que

discursavam sobre o tema¹⁶. Ao mesmo tempo, o trabalho exibia significativos resultados, com inúmeras adoções. Ainda segundo a palestrante, muitos faziam o trabalho sem sequer saber que ele já constava do Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária, previsto com o nome de “busca ativa”.

Moreira (2020, 2:11:50) conta uma experiência ainda mais antiga, quando, ao final da década de 1990, instalou-se a Vara da Infância e Juventude no Rio de Janeiro, a primeira do Brasil com essa nomenclatura. Neste momento da história, era titular da vara, como juiz, o Dr. Siro Darlan de Oliveira, o qual divulgava, no site da própria Vara, fotos 3x4 das crianças e adolescentes aptos a serem adotados. Mas esta iniciativa não foi completamente bem recebida, e o site foi retirado do ar, sob argumentos de que aquela divulgação macularia a imagem daquelas crianças.

O surgimento do Cadastro Nacional de Adoção, em 2008, facilitou a execução das buscas. Assim, possibilitou a adoção de diversas crianças fora do perfil preferencial, por facilitar encontrar pretendentes que aceitavam crianças no seu perfil escolhido. No entanto, por ser apenas um banco de dados, não gerava demanda, apenas apresentava as informações nele registradas. E logo ficou evidenciado que não supriria a necessidade das crianças fora do perfil ideal, apesar do grande avanço trazido.

O que se destaca a respeito dos caminhos primeiramente trilhados pela busca ativa é que o trabalho foi feito pela ANGAAD com muito cuidado, respeito e carinho pelas crianças e pelos adolescentes. Schettini (2020, 2:29:44) observa, a respeito:

A ferramenta da busca ativa significa o olhar diferenciado, cuidadoso, sobre as crianças e adolescentes nas instituições, permitindo que elas se expressem de forma autêntica, objetiva, a respeito daquilo que elas sentem, pensam, desejam e sonham. Desta forma, elas estarão vencendo a barreira da invisibilidade que, historicamente, sempre os isolou.¹⁷

¹⁶ Bayer (2020, 18:57) comenta acerca do “XIV ENAPA – São Paulo/2009” (congresso sobre adoção organizado pela ANGAAD e GAAs), enquanto o tema da busca ativa estava no auge dos debates, inclusive fomentados pelo lançamento da primeira versão Cadastro Nacional de Adoção (CNA) no ano anterior. Nesta ocasião, Silvana do Monte Moreira palestrava sobre este tema sofreu severos questionamentos da plateia acerca da exposição de crianças e adolescentes, com intensas críticas a respeito de critérios para esta e, também, para a entrega das crianças para famílias. Relata, ainda, que juízes que trabalhavam com essa ferramenta foram alvos de representações no Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Isso porque o surgimento do CNA pretendia centralizar, fiscalizar e promover as adoções, possivelmente pretendendo o CNJ que qualquer outro trabalho se tornasse desnecessário, e, conforme esta interpretação do cadastro, houve o acirrou as citadas críticas. Mas houve a resistência de diversas pessoas que continuavam a acreditar na necessidade da busca ativa. Silvana denomina de “demonização da divulgação” (2:15:47), mesmo que estas fossem apenas genéricas, como: “menina parda, 8 anos, cadeirante, precisa de família, estágio de convivência de 10 dias”; “grupo de irmãos de 07, 09, 10 e 11 anos, não podem ser separados, estão no Rio de Janeiro, estágio de 10 dias”.

¹⁷ Sobre a invisibilidade no acolhimento institucional, vide tópico 3.4.2.

Quando é feita a busca, com sondagem de pretendentes cadastrados acerca da flexibilização do perfil, para dois anos a mais ou a menos, é solicitado, quando necessário, que seja feita nova avaliação junto à equipe técnica multidisciplinar da Vara da Infância e Juventude. Demais disso, os pretendentes participam de diversas conversas e, inclusive, palestras, para que essa modificação no perfil escolhido não se dê apenas pela ansiedade frente à espera na “fila” do SNA, que é grande para os perfis preferenciais (MOREIRA, 2020, 2:16:35).

5.3.2 Critérios e Diretrizes

Os critérios para a busca ativa são definidos pela própria Vara da Infância e Juventude (VIJ). Existem critérios, por exemplo, de diferença máxima entre a idade desejada no perfil cadastrado pelo postulante e a idade da criança. Podem haver critérios específicos para uma criança, que mudam o foco da busca feita para ela, por exemplo: uma que expresse que não aceitaria um casal homossexual como pais, então a busca seria focada em casais heterossexuais; que pelo histórico de vida deva ser adotada apenas por uma mãe ou apenas por um pai, e não por um casal. A regra geral é que se foque em pessoas já habilitadas, mas pode ocorrer de, se não for encontrada qualquer pessoa que aceite aquela criança, de a Vara deferir a adoção para pessoa que ainda não passou pelo processo de habilitação, o que consiste em uma exceção. Os critérios de aproximação também são determinada pela VIJ, por exemplo ligações, visitas, guarda e o período de cada etapa, respeitando os casos específicos. (SILVA, 2020, 40:03).

A Busca Ativa apenas pode ser realizada com autorização ou a pedido da Vara da Infância e Juventude, ou vara competente se não houver especializada. Ela tem como meta promover a adoção de crianças para as quais não se achou pretendentes que desejem o perfil destas tanto na fila local da comarca como no SNA. Então, passa-se a buscar em todo o Brasil com apoio dos GAAs. Destaca-se que essa busca não pode ser feita sem o conhecimento de todos os que trabalham na Vara competente, ou seja, juiz, promotor e equipe técnica. (SILVA, 2020, 36:15)

O auxílio dos Grupos de Apoio à Adoção é importante, pois estes contam com o contato direto com pessoas em processos de habilitação ou já habilitadas à adoção, bem como mantém com pessoas que já adotaram. Assim, a Vara terá mais facilidade em, através do GAA, entrar em contato para conversar a respeito da adaptabilidade do perfil dos postulantes. Com essa ponte feita, buscam-se pretendentes à adoção já habilitados que escolheram perfis

semelhantes, mas não exatamente o mesmo, daquela criança ou grupo de irmãos para a qual se precisa encontrar uma família. E logo surgiram os movimentos oficiais de busca ativa, de cada Tribunal, sendo o estado de Pernambuco o primeiro a trazer a busca ativa como uma ferramenta institucionalizada, como se verá à frente.

Ademais aos critérios específicos de cada Vara da Infância e Juventude, ou à vara competente para o tema em cada comarca, existem critérios e diretrizes gerais que, apesar de não serem estabelecidos por legislação, configuram-se como importantes regras a serem seguidas. No âmbito dos GAAs, os critérios são estabelecidos pela ANGAAD, que determinou que todos os grupos devem segui-los. Trata-se do “Regulamento Interno da Busca Ativa da Associação Nacional dos Grupos de Apoio à Adoção – ANGAAD”. E, no âmbito da magistratura, a Associação Brasileira dos Magistrados da Infância e Juventude (ABRAMINJ) estabeleceu “Diretrizes Para os Procedimentos de Busca Ativa das Varas de Infância e Juventude dos Tribunais de Justiça do Brasil”

Estabelece-se a observância dos princípios da eficiência, da legalidade, da impessoalidade, moralidade, economicidade e do melhor interesse da criança, além da não discriminação. Elegeu o aplicativo de comunicação *Whatsapp* como ferramenta para troca de informações, sendo os grupos feitos para tal finalidade administrados por uma comissão de cinco membros da diretoria da Associação. Nestes grupos, é permitida apenas a entrada de profissionais das equipes técnicas do Poder Judiciário e das instituições de acolhimento judicialmente autorizados, membros do Ministério Público, Magistrados, voluntários dos GAAs filiados à ANGAAD (no máximo dois por grupo), membros da diretoria da Associação e do conselho consultivo de ex-presidentes desta. Há, também, recomendações sobre convênios dos Grupos de Apoio com o Poder Judiciário, responsabilidade sobre informações divulgadas, dentre outras regras mais específicas sobre a utilização da rede social eleita para os fins da busca ativa.

5.3.3 O Projeto de Lei n°. 938 de 2019

Existe um Projeto de Lei que visa à inclusão expressa da busca ativa no ECA, de modo a tornar obrigatória a sua execução por todos os tribunais e varas competentes. Trata-se do PL n°. 938/2019 (SENADO FEDERAL, 2019), que conta com apoio dos GAAs para sua aprovação. É um projeto que vem oficializar a busca ativa como uma ferramenta indiscutivelmente legal, de modo a deixar para trás discussões sobre a sua legitimidade quando da utilização de imagem das crianças e divulgação de seus dados. Na justificativa,

utiliza como argumento (além do artigo 227 da Constituição Federal e do 197-C, §1º, do ECA) a morosidade do Judiciário que, a descumprir prazos, torna permanente residência as instituições, local em que a passagem de crianças e adolescentes deveria ser provisória, e a prevalência nas instituições de crianças fora dos perfis de preferência.

Este PL prevê a inclusão dos artigos 50-A e 50-B no Estatuto da Criança e do Adolescente, em cujo texto preveem regras para que a busca ativa aconteça. Inicialmente, a equipe multidisciplinar faria o estudo do caso de cada acolhido, emitindo um laudo constando a possibilidade ou não da inserção desta no programa de busca ativa, laudo este que será submetido ao juiz, que autorizará ou não a inclusão da criança, adolescente ou grupo de irmãos. O juiz poderá, ainda, permitir ou não a divulgação de imagens, devendo, para tanto, ouvir o Ministério Público e, também, seguir regulamento do seu respectivo Tribunal, que deverá dispor sobre as regras do procedimento.

Nesta parte, destaca-se a necessidade de se tratar o acolhido como sujeito de direitos e estabelece, além disso, a necessidade de informar à criança e ao adolescente sobre os procedimentos que realizados e obter o seu consentimento como requisito para continuidade, conforme o seu desenvolvimento cognitivo. Consentimento este que pode ser revogado pela criança ou adolescente que o exprimiu, pela autoridade judicial ou pelo responsável. E, por último, prevê que a imagem do acolhido que participou da busca deverá ser excluída assim que alcançada a finalidade da divulgação ou se esta não se fizer mais necessária.

Todas as regras acima estão previstas em incisos do art. 50-A, enquanto o 50-B prevê a possibilidade de parceria ou convênio com a sociedade civil para campanhas de busca ativa. Neste caso, deverão ser prioritárias as buscas que objetivem adoção daqueles que tem alguma deficiência, doença crônica ou alguma necessidade específica para a sua saúde, e os grupos de irmãos. Interessante acréscimo traz o projeto ao artigo 241-C do ECA, caso seja aprovado, com finalidade de proteger as fotos daqueles que participarem da busca ativa, de modo a aumentar em um terço a pena prevista para o crime de adulteração de imagens para cunho pornográfico e/ou para aqueles que armazenam e passam adiante (e demais condutas sobre) tal material. A mesma modificação aconteceria com os crimes contra a honra previstos no art. 141 do Código Penal (BRASIL, 2019, p. 09).

5.4 Iniciativas de Tribunais Brasileiros

Ante a eficácia de iniciativas isoladas, que logo passaram a se conectar e gerar resultados ainda maiores, com crianças antes sem esperanças encontrando suas novas

famílias. Diversas vidas passaram a ser impactadas e o Poder Público notou isso. Então, além de constar do Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária, de 2006 (MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL E COMBATE À FOME, 2006), a busca ativa passou a ganhar diversos contornos. Diferentes Tribunais passaram a criar seus próprios projetos e, junto da sociedade, mormente os GAAs, passaram a gerar mais impacto no esvaziamento das instituições de acolhimento.

O Estado tem o dever constitucional de garantir o direito à convivência familiar e comunitária conforme o art. 227 da Constituição Federal, e o faz, ou tenta fazer, por meio de seus três Poderes. Como visto no capítulo anterior, o Poder Legislativo em muito já trabalhou em prol da adoção, editando leis, reformando em parte o ECA, e ainda com diversos projetos que surgem e são votados. O Poder executivo tem sua parte com o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), um dos responsáveis pela confecção do Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária, além de todos os órgãos, entes e repartições, que devem atender aos direitos da criança e do adolescente. E o Poder Judiciário, que ora, nesta pesquisa, tem seu destaque.

Neste trabalho, com vistas a se analisar, na realidade fática, como tem se dado a concorrência entre Direito à Convivência Familiar e Direito à Imagem, destaca-se o papel das Varas de Infância e Juventude e das iniciativas estaduais dos Tribunais na persecução da meta de dar uma família a cada criança que não a tenha. Assim, a ferramenta de busca ativa protagonizada pelos GAAs conquistou iniciativas oficiais.

Neste sentido, importante destacar o papel das Comissões Estaduais Judiciárias de Adoção (CEJA ou CEJAI) de cada Estado, pois representam um papel importante, para além da adoção internacional, de alimentar e fiscalizar a alimentação dos cadastros estaduais do SNA, em conformidade com o art. 50 § 9º do ECA (BRASIL, 1990). Trata-se da autoridade central estadual que existe em cada Tribunal estadual que atua, também, na efetivação do direito à convivência familiar.

Como se verá a seguir, este é o órgão que concretiza ações do judiciário em favor do estímulo à adoção. E, para se analisar algumas iniciativas de Tribunais, escolheram-se três deles como destaque, para serem mais detalhadamente explanados. Um deles é o Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco (TJPE), por ter sido pioneiro, como o primeiro Tribunal a incorporar a busca ativa dentre as suas práticas. O outro é o Tribunal de Justiça do Estado do

Paraná, por ser, atualmente, o estado que mais realiza adoções¹⁸ e, também, por ter sido o primeiro a criar um aplicativo para o uso da busca ativa. E o terceiro é o Tribunal Estado de Mato Grosso, pela ação de polêmica repercussão que rendeu diversas notícias, o evento chamado “Adoção na Passarela”. Ações do Poder Judiciário de outros estados, no mesmo sentido, serão lembradas no último item deste tópico.

5.4.1 Tribunal de Justiça de Pernambuco

O Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE) criou, em 2008, o “Projeto Família: Um direito de toda criança e adolescente”, para implementar, no âmbito do Poder Judiciário do estado de Pernambuco, a busca ativa. O estado do Pernambuco merece destaque por ser o pioneiro, no âmbito do Poder Judiciário, inspirados pelas ações dos GAAs, a realizar um projeto deste tipo (VIEGAS, 2020, 1:24:25). Assim, o próprio judiciário pernambucano passou a buscar famílias para crianças inscritas no, então, CNA, aptas à adoção e sem pretendentes para adotá-las. Assim, o projeto tem objetivo de divulgação do que denomina de “dossiês específicos”, com informações como sexo, raça, data de nascimento, se possui irmãos, dentre outras, para o fim de inserir as referidas crianças em família substituta. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO, 2016, p. 06)

Seguiram-se ao projeto muitas polêmicas a seu respeito, questionando-se acerca da legitimidade da exposição das crianças disponíveis para adoção. Advogados, promotores, juízes e outros membros da sociedade citavam a inviolabilidade do direito à imagem frente à publicação de fotos e dados como o nome das crianças. Por isso, o citado projeto foi submetido a uma análise do Conselho Estadual da Magistratura do TJPE, que aprovou por maioria de votos, sendo seis favoráveis e apenas um contrário, dos sete totais, em 24 de agosto de 2008. (VIEGAS, 2020, 1:06:50). Assim, a CEJA de Pernambuco ficou autorizada a executar o projeto exatamente como submetido, sem alterações. (TJPE, 2016, p. 06)

Sendo tal Conselho a autoridade responsável por inspecionar a legalidade das ações dos juízes, válido destacar os argumentos para a aprovação do Projeto Família. Os desembargadores apontaram que a exposição de fotografias e dados de crianças e adolescentes aptos a serem adotados não fere o direito à imagem. Segundo os votos majoritários, a proteção constitucional à imagem se dá contra situações vexatórias e

¹⁸ Vide Figura 2.

exploração sexual. Já a ferramenta da busca ativa tinha como superior objetivo a promoção do direito à família. Destaca-se parte do voto do desembargador Dr. Bartolomeu Bueno:

destaque-se, ademais, que a divulgação de fotografia em meio virtual favorece e agiliza o processo de escolha e colocação em família substituta, pois evita que os possíveis e eventuais adotantes tenham que se deslocar até o abrigo ou local onde se encontre o menor para esse mesmo fim... [...] as disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente que se referem à proibição de divulgação de imagem ou fotografia de menor só se aplicam àquelas situações em que possa acarretar a sua exploração sexual (art. 241) ou que se lhe atribua autoria de ato infracional (art. 143, parágrafo único, c/c art. 247, § 1º), não quando visa a defesa dos seus interesses subjetivos, como a sua colocação em família substituta. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO, 2016, p. 10)

Em 2016, o Projeto sofreu modificações, devido às diversas mudanças ocorridas nos oito anos decorridos até então, por exemplo, a Lei n°. 12.010 de 2009, que trouxe uma reforma nos dispositivos sobre adoção do ECA; o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n°. 4277 com a legitimação do casamento homoafetivo e outras decisões de tribunais superiores a respeito da adoção por estes casais; a Resolução n°. 190 de 2014 do CNJ, que levou ao CNA a adoção internacional; o grande aumento de Grupos de Apoio à Adoção existentes no estado, dentre outras. (TJPE, 2016, p. 06/07)

Demais disso, a divulgação de imagens foi autorizada de forma unânime em 31 de agosto de 2016, pelo Conselho de Magistratura do Tribunal de Justiça de Pernambuco, decisão esta publicada no Diário Eletrônico em 1º de setembro de 2016 (VIEGAS, 2020, 1:16:31). “A nova versão do Projeto continua sendo benéfica às crianças e adolescentes atendidos, preservando sua imagem ao mesmo tempo em que amplia a busca ativa com fins de garantir o direito à convivência familiar” (TJPE, 2016, p. 11).

Essas modificações constam da Resolução n°. 01 de 22 de maio de 2017 do Poder Judiciário de Pernambuco, que estabeleceu novos prazos ao juiz, sendo quarenta e oito horas para inserção da criança e do adolescente no CNA (agora SNA) e 30 dias para informar à CEJA acerca da inexistência de pretendentes no Cadastro, para que sejam feitas as buscas, pela CEJA nas redes sociais¹⁹. Caso se trate de grupos de irmãos, após essa busca, se sem

¹⁹ Diversas postagens relativas à busca ativa feita por intermédio do Projeto Família podem ser vistas na página da CEJA/PE no Facebook (<https://www.facebook.com/cejapernambuco/>). Posta-se foto em meio à arte decorativa do projeto, com textos semelhantes ao seguinte, retirado da referida página, publicado no dia 13 de julho de 2020: “PROJETO FAMÍLIA - CEJA-PE BUSCA ATIVA Maria Madalena (14 anos): “Eu sou Maria Madalena, tenho 14 anos, gosto de ler, dançar e ajudar em casa. Quero ter uma nova família, me dedicar aos estudos e ser arquiteta. Quero ter boas oportunidades, viver bem e ser feliz.” Maria Madalena está apta para adoção. Informações: ceja@tjpe.jus.br. Disponível em: <https://www.facebook.com/cejapernambuco/posts/2350333578602412>. Acesso em 17 jul. 2020. Segundo VIEGAS, 2020, 1:17:20), o texto é redigido pelo próprio adolescente, sobre seus gostos, sonhos e desejos, e a arte é feita por uma madrinha profissional.

resultados, há o desmembramento e nova busca, agora de cada criança, novamente no CNA, passando novamente pela busca ativa, isoladamente, apenas aqueles pra quem não forem encontrados adotantes no sistema. (VIEGAS, 2020, 1:14:28). Quando as crianças que já manifestam sua vontade e adolescentes, estes devem declarar se querem ter a sua imagem publicada nas redes sociais da CEJA (VIEGAS, 2020, 1:16:39), não havendo óbice para a negativa. No caso de haver esta recusa, a busca ainda é feita, porém internamente junto a grupos de adoção, sem as imagens das crianças (VIEGAS, 2020, 1:23:50).

Segundo Vargas (*apud* VIEGAS, 2020, 1:16:53), em palestra no I Workshop da ANGAAD sobre Busca Ativa:

não há lesão ao seu direito de imagem, tudo é feito com muita responsabilidade. As fotos são feitas de forma a não expor de maneira vexatória aquela criança ou adolescente e, para os que podem manifestar, a gente pega a manifestação não só daquela criança ou adolescente, como do juiz que é competente para sua adoção.

A metodologia do Projeto Família consiste em diversas etapas, da seguinte forma: 1) Identificação das crianças e adolescentes; 2) expedição de ofícios às Varas competentes das comarcas com informações sobre o projeto e solicitação de envio de formulários preenchidos e fotos das crianças; 3) organização do banco de dados do projeto com as informações recebidas; 4) trabalho de sensibilização junto a instituições de acolhimento para apoio ao projeto; 5) relatórios do estágio do projeto e reuniões anuais com equipes técnicas, juízes e promotores atuantes na área no estado, Conselhos Estaduais e Municipais de direitos das crianças e adolescentes, representantes de organismos credenciados, e imprensa em geral; 6.1) divulgação de relatórios no site da CEJA/PE e outras mídias virtuais a fim de se aumentar o alcance para o público em geral; 6.2) disponibilização a pretendentes habilitados e cadastrados no SNA, organismos credenciados para adoção internacional os dossiês com informações específicas, com o intermédio da assinatura de termo de confidencialidade e sigilo. (TJPE, 2016, p. 13)

A Cartilha do Projeto Família (TJPE, 2020), traz alguns resultados dos primeiros oito anos da aplicação da metodologia acima mencionada, de modo a demonstrar a quantidade de adoções realizadas com esta. No ano de 2009, primeiro ano de sua execução, não houve adoção. Mas no ano de 2010 ocorreram seis adoções internacionais; em 2011 foram duas adoções nacionais; em 2012, foram sete; em 2013 ocorreram duas adoções internacionais e seis nacionais; em 2014, sete nacionais; e, em 2015, dezesseis internacionais e uma nacional. Assim, em sete anos de efetiva aplicação, concluiu-se com 24 adoções internacionais e 23

nacionais. Considerando-se que se tratam de crianças e adolescentes fora do perfil preferencial, tratam-se de bons números (TJPE, 2016, p. 15).

Como exemplo da eficácia, Viegas (2020, 1:19:08) trouxe ainda o que, conforme suas palavras, demonstra a “imprescindibilidade dessa divulgação da imagem”: a primeira postagem em rede social referente ao projeto família, que caracteriza como “emblemática”. Esta primeira postagem, que alcançou 23.334 pessoas, era de um grupo de três irmãos (de 10, 12 e 13 anos) e ocorreu em 11 de novembro de 2016. Assim, pela busca ativa, sua nova família foi encontrada em questão de semanas; e, em 27 de janeiro de 2017 o pedido de adoção do grupo já estava autuado. Isso significa que, em menos de dois meses, houve a aproximação, os pretendentes alteraram o seu perfil e ingressaram com o pedido de adoção. Eles haviam sido inseridos no CNA em 03 de junho de 2015 e não lhes foi encontrado qualquer pretendente em quase um ano e meio.

Outro caso com que Viegas (2020, 1:21:10) ilustra seu argumento de imprescindibilidade da publicação nas redes sociais é o de uma menina que possui sequelas motoras devido à violência que sofreu em sua família de origem e que estava inscrita no CNA há dois anos, sem pretendentes. A publicação de suas fotos ocorreu em 03 de janeiro de 2017 e o seu pedido de adoção foi autuado em 19 de janeiro de 2017, poucos dias depois. Demais desses, a juíza traz o dado de que, entre 2016 e 2020, das 236 crianças inseridas no projeto, 93 foram adotadas, o que representa 39% do total. Demais disso, Pernambuco foi, em 2017, o quinto estado que mais promoveu adoções no Brasil²⁰.

“A busca ativa, muitas vezes é a última oportunidade da criança/adolescente ter uma família. É importante, é necessária, e, por menor que seja a chance, precisamos acreditar e trabalhar para que ela seja possível”, frase da Pedagoga Priscila, técnica da CEJA/PE e citada por Viegas (2020, 1:28:20).

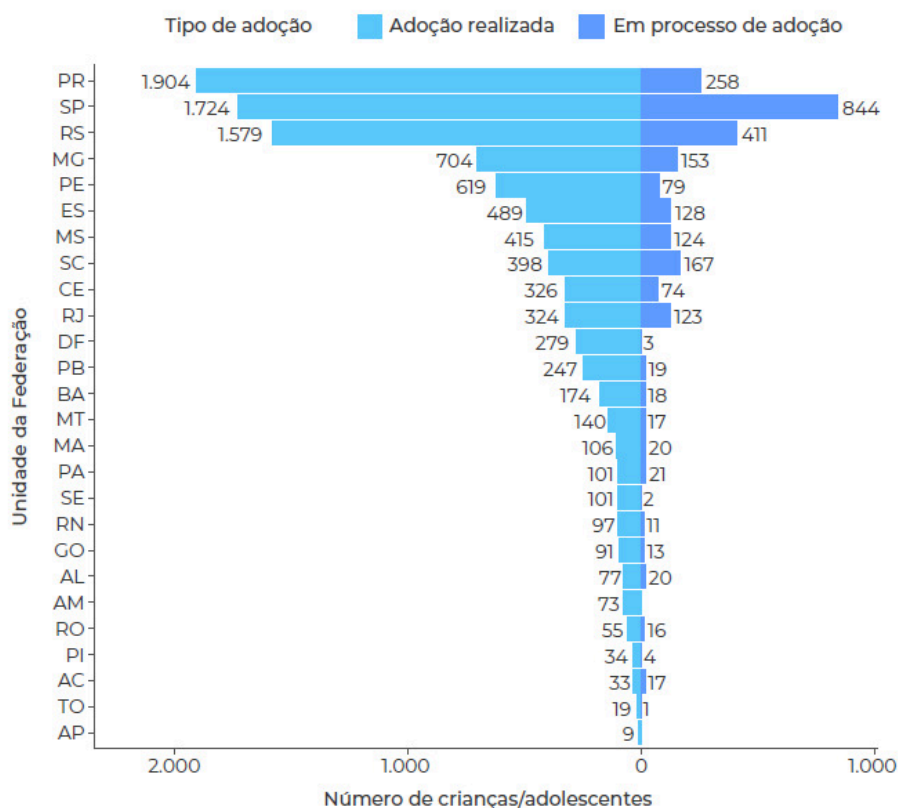
5.4.2 Tribunal de Justiça do Paraná

O Paraná merece destaque dentre aqueles que serão abordados na presente pesquisa por ser o Estado que mais promove adoções. Entre outubro de 2019 e maio de 2020, foram concretizadas, no Paraná, 1.904 adoções, ainda com mais 258 em andamento (CNJ, 2020, p. 19). São 1.200 adoções a mais que o quarto colocado, Minas Gerais.

²⁰ Disponível em:

<http://www.tjpe.jus.br/documents/10180/132214/Relatorio+Ado%C3%A7%C3%A3o.pdf/7f1a8f04-9459-5044-3711-0b3b20b5aae0> Acesso em 22 jul. 2020.

Figura 2 - Número de crianças e adolescentes adotados ou em processo de adoção, por Unidade da Federação



Fonte: CNJ, 2020, p. 19

Neste Estado, a busca ativa ganhou nova ferramenta por meio do “Projeto A.DOT”, do qual se originou o aplicativo A.DOT. Este foi criado sob a supervisão da Corregedoria-Geral da Justiça do Paraná (CGJ) e do Conselho de Supervisão das Varas de Infância e Juventude do Paraná (CONSIJ), com a Comissão Estadual Judiciária de Adoção (CEJA), em parceria com o Grupo de Apoio à Adoção Consciente (GAACO) e com a Agência Bla&Blu, apoiados pelo Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região (TRT-PR) e do Ministério Público do Estado do Paraná (MPPR). Sua construção durou cerca de um ano, e seu lançamento ocorreu no dia 25 de maio de 2018, no Plenário do Tribunal de Justiça do Paraná.

Trata-se de um projeto que tem como premissa a fundamentabilidade da convivência familiar para crianças e adolescentes, e justifica, acerca da visibilidade dada a estes, que “não se nega que tais crianças e adolescentes devam ser constantemente protegidos. Porém, a fim de garantir o seu melhor interesse, é preciso, também, assegurar que tenham visibilidade, de forma a desfazer eventuais estereótipos e, sobretudo, permitir que os postulantes possam conhecê-los.” (TJPR, 2017, p. 04). Portanto, o aplicativo é utilizado para crianças e

adolescentes que, a despeito de reunirem condições para serem adotadas, não encontraram uma família.

A mencionada visibilidade se dá por meio de fotos, vídeos e falas, em que a criança ou o adolescente se apresenta para os postulantes, relatando suas expectativas, além de cartas, desenhos e outros arquivos. E esta visibilidade é uma ação estratégica com o fim de despertar o interesse a adoções tardias (ou necessárias) nos postulantes a adoção. O projeto destaca, ainda, que é a invisibilidade de crianças que as impede de serem adotadas, e apresenta-las aos postulantes as desmistifica e mina preconceitos.

Assim, os pretendentes à adoção podem visualizar fotografias e vídeos de crianças e adolescentes e manifestar, pela mesma via, seu interesse, possibilitando o estabelecimento de contato entre o adotando e o pretense adotante. E, com essa aproximação, mesmo que virtual, a chance de adoção é maior, mesmo para adolescentes e aqueles que tem deficiência. Todavia, diferentemente do “Projeto Família” do Tribunal Pernambucano, não é qualquer pessoa que tem acesso à imagem publicada no aplicativo, que tem acesso restrito. Isso porque, apenas magistrados e promotores da Infância e Juventude, grupos de apoio a adoção e, como foco principal, pessoas que já obtiveram deferimento em seus processos de habilitação à adoção podem acessar ao aplicativo.

Os pretendentes, após o instalarem, cadastram-se, podendo fazê-lo com *login* do *Facebook*, completando informações faltantes, ou diretamente com o CPF. Ao fim do cadastramento, solicita-se o código de acesso que valida o cadastro dentro do aplicativo; este código é recebido por e-mail e apenas é emitido após confirmação da habilitação e consequente inscrição no SNA. A partir de então é que se pode visualizar o conteúdo, a partir do login com senha devidamente validado. No primeiro acesso, vê-se um tutorial sobre como utilizar o *app*, e, então, pode-se fazer buscas, filtrando os perfis da criança por faixas de idade, sendo estas de 0 a 7 anos, de 8 a 13 e de 13 a 18 anos. (A.DOT, 2018b, 22:57)

Em cada perfil, o usuário pode ler a descrição, ver fotos e vídeos das crianças e, além disso, tem-se informações sobre se há irmãos do adotando e, em caso positivo, já apresentando ao perfil destes. O usuário pode adicionar os perfis com que mais simpatize à sua área pessoal de favoritos, da qual poderá também removê-los. Nesta mesma área, é possível solicitar a aproximação, pedido este que deverá confirmado a partir de um alerta do aplicativo sobre a solicitação que se está fazendo, podendo confirmar se realmente houver o interesse. Este será gerenciado pela equipe de gestão, que fará a aproximação fora do aplicativo (A.DOT, 2018b, 24:29).

O aplicativo conta com um *site* (<https://adot.org.br/>), que tanto direciona para o seu *download* como traz uma explicação ilustrada sobre o seu funcionamento. Com os slogans “uma nova chance” e “conectando crianças a um novo lar”, está disponível nas plataformas *Playstore* e *Appstore*. Nas explicações ao público que acessa o *site*, consta que o *app* possibilita que pretendentes conheçam as crianças e adolescentes aptos a adoção mesmo que estejam fora do perfil por aqueles escolhido; e, também, que sua funcionalidade principal seria que essas crianças e adolescentes invisíveis atrás de números nos cadastros se tornassem visíveis por meio de fotos e vídeos, podendo se apresentarem e contarem um pouco sobre si para a possível futura família.

O A.DOT conta com um canal na plataforma YouTube, que conta com três vídeos. Um deles trata-se de uma apresentação da plataforma A.DOT, que conta com o aplicativo e um gerenciador. Neste, apresenta-se o trecho do vídeo gravado por um adolescente, Gabriel, de 14 anos, em que este fala de si, sobre o que gosta de fazer, exibe uma de suas músicas e recita um poema, todos escritos por ele, além de dizer que quer ser adotado para ter uma família por não querer viver sozinho (A.DOT, 2018a, 0:48). Importante ressaltar que, em nenhum momento, o rosto do garoto aparece, pois está sobreposto por um efeito que distorce os pixels da imagem. No mesmo vídeo, explica-se que o pretendente pode solicitar a aproximação de uma criança.

O gerenciador da plataforma é utilizado pelo Conselho de Supervisão e da Coordenadoria dos Juízos da Infância e da Juventude (CONSIJ-CIJ) do Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR), que gerencia os perfis de todas as crianças e todos os adolescentes inscritos no *app*, bem como dos lares e também dos usuários habilitados no SNA, os pedidos de acesso ao aplicativo e, também, as solicitações de aproximação feitas pelos pretendentes. (A.DOT, 2018a, 2:00). Cada lar tem a tarefa de gerenciar os perfis das crianças e dos adolescentes que nele residem, de forma que todos estejam cadastrados e com dados atualizados. (A.DOT, 2018a, 2:20)

No mesmo vídeo, apontam-se fatores pelos quais o aplicativo pode ser considerado inovador. O primeiro fator apontado seria por ampliar a visibilidade das crianças e adolescentes para todos os pretendentes habilitados cadastrados no *app*, podendo estes ser de todo o país. O segundo seria um fator de humanização, por não representar crianças apenas como números, como acontece no SNA. O terceiro seria o fator de agilidade no despertar do interesse e aproximação pelos pretendentes (A.DOT, 2018a, 2:29). Destaca-se, ainda, que o desenvolvimento do aplicativo se deu com plena preocupação com a segurança, esta

considerada primordial. Por isso, é feita a criptografia de todas as informações nele contidas (A.DOT, 2018a, 2:56).

Outro vídeo postado no canal, intitulado “Capacitação para produção de vídeos” é introduzido pelo Desembargador Rogério Kanayama, Corregedor Geral de Justiça do Estado do Paraná, que apresenta o projeto e o justifica a partir da uma dificuldade de aproximação de pretendentes com crianças e adolescentes aptos à adoção, objetivando retirar estes da invisibilidade com uma apresentação simples. Uma importante informação trazida no vídeo é que qualquer magistrado do Brasil pode enviar informações, fotos e vídeos de crianças e adolescentes em condições jurídicas de serem adotados para que sejam incluídos no aplicativo. (A.DOT, 2018b, 0:49). Segue-se, na referida mídia, à explicação tutorial a respeito de como entrevistar o candidato a ser adotado de modo a ressaltar suas melhores qualidades, de forma humanizada.

Explica-se que o vídeo produzido deverá conter apenas o primeiro nome e a idade, e aquele que conduz o vídeo deve o fazer com paciência de modo que o entrevistado consiga contar o que gosta, como estão os estudos e, com mais destaque, qual o seu sonho e porque deseja ter uma família. Ensina-se a respeito da fotografia, como iluminação, sobre gravação, como fazer o enquadramento da imagem e obter som com qualidade, tudo explicado de forma didática e por profissionais com conhecimento.

Importante ressaltar que a utilização do aplicativo a.dot para busca ativa não está adstrito ao estado do Paraná. Qualquer comarca brasileira pode enviar informações básicas de crianças e adolescentes, acompanhadas de vídeos, fotos e, obrigatoriamente, a autorização do juiz responsável. Este envio se dá através de um e-mail (adottjpr@gmail.com). O juiz de Direito Sérgio Luiz Kreuz destaca a importância de se preparar a criança para a produção deste material, devendo esta ser conscientizada de que o envio deste não consiste em uma garantia de adoção, mas que aumenta a chance de esta acontecer. (A.DOT, 2018b, 26:10)

Um ano após o lançamento, o TJPR realizou uma celebração de aniversário para comemoração dos resultados do aplicativo, que se julgaram positivos. Isso porque, neste período, foram realizadas sete adoções, iniciaram-se dezessete estágios de convivência e vinte processos de adoção já haviam sido iniciados. E, além do Paraná, outros Estados aderiram ao Aplicativo A.DOT, como Minas Gerais, Mato Grosso, Ceará e Mato Grosso do Sul.

Dentre outras alternativas do TJPR, destaca-se a “Intervenção com Ênfase na Adoção Tardia”. Esta é uma iniciativa do Conselho de Supervisão dos Juízos da Infância e da Juventude (CONSIJ-PR) e da CCEJA/PR voltada para as equipes técnicas de todas as setenta e cinco comarcas do Estado do Paraná. Trata-se de um curso destinada aos servidores, no

formato de videoaulas, com o intuito de desconstruir preconceitos em prol da adoção de crianças mais velhas e adolescentes, por meio do fomento do conhecimento sobre adoção tardia e, também, pela troca de experiências. Alguns dos objetivos específicos do curso são promover conhecimento sobre projetos que dão visibilidade a crianças com mais idade e/ou com deficiência para promoção de sua adoção e apresentar à equipe técnica o funcionamento do programa de busca ativa. Entre as suas metas está a redução de 10% no número de crianças acolhidas.

Existiu também o Projeto “Vidas que se Encontram”, que consistiu em um evento em que pretendentes a adoção encontraram crianças e adolescentes disponíveis, em meio a atividades de interação e lanches. Trata-se de um projeto idealizado pelo Grupo de Apoio a Adoção Consciente (GAACO), submetido Conselho de Supervisão dos Juízos da Infância e Juventude do Estado do Paraná (CONSIJ/PR) em 2015 e realizado em 2016. Como resultado deste evento, conforme seu relatório, que, de 44 pretendentes presentes, 23 entraram em contato com a VIJ com interesse de se aproximar de alguma criança ou adolescente. Destes 23, 08 realmente fizeram a aproximação com adotandos de 04 a 14 anos de idade, alguns desses grupos de irmãos, e os 15 restantes estavam participando de estudos da equipe técnica; e, ainda desses 23, 16 ampliaram a idade desejada em seu perfil. Diante disso, o CONSIJ/PR demonstrou interesse em realizar o projeto em todas as comarcas do estado.

5.4.3 Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso

No dia 21 de maio de 2019, aconteceu, no Pantanal Shopping, em Cuiabá, um evento de estímulo à adoção que teve muita repercussão nos veículos de imprensa, gerou polêmicas e recebeu duras críticas. Trata-se do chamado “Adoção na Passarela” que consistiu em um desfile de adolescentes em acolhimento institucional e aptos à adoção, organizado pela Associação Matogrossense de Pesquisa e Apoio à Adoção (AMPARA) e Comissão da Infância e Juventude (CIJ) da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) de Mato Grosso.

Tratou-se esta da segunda edição do evento, sendo que a primeira aconteceu no dia 09 de novembro do ano de 2016, na praça de alimentação do Várzea Grande Shopping, também organizada pela AMPARA, em comemoração ao dia mundial da adoção (15 de novembro). Desfilaram pais e filhos por adoção e crianças e adolescentes aptos à adoção. A intenção do evento era demonstrar a variedade de formatos de famílias adotivas, apresentar aqueles que aguardam sua adoção e divulgar e causar reflexão sobre a adoção. Participaram 29 famílias, com diferentes composições - por exemplo, com grupos de irmãos adotados, homoafetivas,

interraciais, pais solteiros -, e 15 crianças e adolescentes acolhidos. Esta primeira realização não obteve a mesma repercussão da sua sucessora.

A segunda edição ocorreu como um dos eventos de uma “Semana da Adoção”, em comemoração ao dia nacional da adoção (25 de maio), que contou com homenagem ao GAA na Câmara Municipal de Cuiabá, premiação de um concurso de redação, palestra e a caminhada da adoção, para além do desfile. Segundo a presidente da AMPARA, em entrevista à BBC, apenas crianças acolhidas maiores de 12 anos desfilaram, e as mais novas já eram filhos adotivos, desfilando com suas famílias. Alvo de intensas críticas nas redes sociais, aqueles que desfilaram foram comparados a escravos e a animais de estimação, em meio às desaprovações.

A repercussão cresceu e diversas entidades e organizações de classe se manifestaram. Dois Defensores Públicos, um de Cuiabá e uma de Várzea Grande, publicaram uma nota de repúdio, em que opinam que o evento deixou as crianças e adolescentes expostos a “situação de vulnerabilidade social extrema” e alertou sobre possíveis frustrações daqueles que não foram adotados (MIGALHAS, 2019). O Conselho Regional de Psicologia de Mato Grosso (CRP 18-MT) também repudiou o evento em nota, apontando que o estímulo a adoção deve se dar de forma ética, respeitando direitos à individualidade e privacidade, de modo que não é possível entender a expectativa subjetiva de cada criança.

A AMPARA, a OAB-MT e a CIJ apresentaram Nota de Esclarecimento conjunta, com diversos argumentos, destacando as adoções promovidas pela primeira edição. Aduziram que nenhuma criança foi obrigada a participar, e que aqueles que participaram assim fizeram espontaneamente e com alegria, acompanhados de padrinhos ou com pais adotivos, e alega que houve distorção do evento. Afirmam, também, que aqueles que desfilaram não foram expostos, e que a ação está embasada no Plano Nacional de Convivência Familiar e Comunitária. Por fim, conclamaram “a sociedade em geral para uma discussão séria e efetiva sobre o tema para que mais estratégias possam ser adotadas em prol do direito de possibilitar o acolhimento familiar a essas crianças e esses adolescentes” (OAB-MT, 2019).

Sobre tal evento, o CNJ foi provocado a se manifestar, diante de um Pedido de Providências, que culminou na instauração do processo de número 0003635-52.2019.2.00.0000. Isso se deu a partir do *e-mail* de uma jornalista que questionava ao CNJ se havia tomado conhecimento acerca do evento “Adoção na Passarela”. Autoridades foram oficiadas para prestar informações, como a juíza Gleide Bispo Santos, da 1ª Vara Especializada da Infância e Juventude da Comarca de Cuiabá, o juiz Carlos José Rondon Luz, da Vara Especializada da Infância e Juventude da Comarca de Várzea Grande; o juiz auxiliar

da Presidência, Tulio Duailibi Alves Souza, que coordena a Coordenadoria de Infância e Juventude do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, a Comissão de Infância e Juventude da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional Mato Grosso - OAB/MT, a Comissão Estadual Judiciária de Adoção – CEJA e a Associação Mato-grossense de Pesquisa e Apoio à Adoção – AMPARA.

Nas informações prestadas por todos acima, os argumentos foram parecidos, convergindo no fato de que as crianças não foram identificadas e não desfilaram sozinhas, o que resultou em visibilidade positiva e estímulo à adoção. Informam apoio ao evento do Ministério Público e o convite a diversas autoridades, que nunca apresentaram qualquer óbice à realização do evento. Destacaram-se iniciativas diversas que ocorrem pelo Brasil, em que são divulgadas imagens na *Internet* para promover visibilidade e que recebem prêmios por isso. Dentre outros argumentos, requereram, por fim, o arquivamento dos autos. Foram juntadas ao processo notas de apoio da ABRAMINJ, do Colégio de Coordenadores da Infância e Juventude dos Tribunais de Justiça do Brasil e do Instituto Brasileiro de Direito de Famílias (IBDFAM), além dos Termos de Autorização de Uso de Imagem assinados pelas crianças e adolescentes.

Em decisão monocrática, o desembargador Humberto Eustáquio Soares Martins, que destacou a autorização das VIJ para a realização do evento e que não houve fim exclusivo de expor as crianças e adolescentes para adoção. O desembargador caracterizou como questionável o que chamou de “excesso de exposição das crianças e adolescentes”, todavia entendeu que o desfile não feriu o estabelecimento da criança como sujeito de direitos, obedecendo o paradigma de se buscar famílias para as crianças e não o inverso. Dentre diversos argumentos, entendeu pela inexistência de infração disciplinar e determinou o arquivamento dos autos. (BRASIL, 2019e, p. 555).

O Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso (TJMT) possui outros projetos para promoção das adoções tardias. O Tribunal instituiu o Projeto “Busca Ativa: Uma Família para Amar” que divulga, em sua página na *Internet* (TJMT, 2019), crianças e adolescentes aptos a adoção para os quais não foram encontrados pretendentes, seja por suas características, idade, ou problemas de saúde. Na referida página, há uma lista com nome, idade, etnia, sexo, condições de saúde e a respectiva comarca, seguido por um botão “Tenho Interesse”. Embora qualquer pessoa tenha acesso ao formulário, a introdução da página deixa claro que quem deve preenche-lo é pretendente devidamente habilitado no SNA.

Este cadastro é analisado pela CEJA/MT, que poderá disponibilizar ao pretendente dados específicos daquele por quem demonstrou interesse, mediante assinatura de Termo de

Compromisso, Confiabilidade e Sigilo, nos termos do Provimento n. 11/2019-CGJ do TJMT. É possível, também, que se disponibilize fotos das crianças e adolescentes aptos à adoção, que participam do Projeto, aos pretendentes habilitados mediante a autorização do uso da respectiva imagem pelos magistrados das VIJ e a anuência da criança ou adolescente, quando esta for possível. Neste projeto, não são publicadas imagens ou vídeos para acesso geral.

5.4.4 Outros Tribunais

São muitas as iniciativas oficiais de Tribunais pelo Brasil para utilização da busca ativa. Embora não caiba nesta pesquisa aprofundar em todos eles, vale citar alguns além dos dois escolhidos para serem destacados. Assim, tem-se noção da variedade de projetos que acontecem por todo o país, com diferentes parcerias e contextos, mas metodologias parecidas e sempre a mesma finalidade: gerar adoções para crianças e adolescentes fora do perfil preferencial.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) possui o projeto “Em busca de um lar” (TJDFT, 2019), regulado pela Portaria VIJ 11 de 27 de setembro de 2018. Neste, estabelece-se o prazo de sessenta dias após o cadastro da criança ou adolescente no SNA e, em não se encontrado pretendente, ela é consultada a respeito de sua inclusão e, havendo concordância, esta assina um termo de consentimento, junto ao seu guardião legal, para autorização do uso de sua imagem e voz. Após isto, a criança ou o adolescente é levado a uma entrevista informal com o juiz que autorizará a sua participação no projeto, autorização esta válida por noventa dias. A partir disso, a Seção de Colocação em Família Substituta (SEFAM) e a Seção de Comunicação Institucional da Vara (SECOM) são responsáveis pela gestão de fotos, vídeos e sua publicação em diferentes mídias, e, também, da aproximação de pretendentes interessados. O projeto trabalha com a divulgação de fotos e vídeos em suas redes sociais do projeto.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tem o projeto “Adote um Boa Noite”, em cuja página na *Internet* (TJSP, 2019) publica fotos de crianças e adolescentes ou grupos de irmãos, com seu primeiro nome, idade, junto a uma frase sobre gostos e sonho, junto à comarca a que estão vinculados. Com todas as fotos e um fundo roxo, há a sensibilização dos que acessam sobre o sonho de se ter alguém para lhe desejar um “boa noite”. A página conta ainda com informações sobre como e onde adotar, além da campanha “adote um post” para estímulo da divulgação da iniciativa nas redes sociais, em que qualquer pessoa pode compartilhar como postagem uma arte que remete ao projeto com um link.

O Projeto “Adote um Pequeno Torcedor” em parceria com times de futebol, tem ocorrência em alguns estados diferentes. Em Pernambuco, é feito a partir de uma parceria 2ª Vara da Infância e Juventude da Capital, o time Sport Club do Recife e o Ministério Público de Pernambuco, e as crianças entram em campo de mãos dadas com os jogadores, vestidas com uniformes com seus nomes e, antes do início da partida, um vídeo é exibido para todo o público do estádio, com relatos das crianças sobre a sua vontade de terem uma família.

No Rio de Janeiro, projeto semelhante tem o nome de “Adote um Vencedor”, promovido pelas 2ª e 4ª Varas da Infância, Juventude e Idoso da Capital, a partir da parceria do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ) com o clube Fluminense. As crianças foram ao estádio do Maracanã e, neste, estenderam uma faixa com mensagem sobre a importância da adoção de crianças com mais idade, em um jogo contra o Clube Vasco, pela 32ª rodada do Campeonato Brasileiro.

5.5 Direito ao Estímulo à Adoção e a Efetiva Utilidade da Exposição

Num mundo em que a câmera do celular aponta para todos os lados a todo momento, observa-se uma involuntária – ou voluntária, não raramente – renúncia do direito à imagem. Todas as pessoas estão informatizadas e, nessa condição, a maioria expondo pelo menos uma pequena parte de sua vida em redes sociais, bem como a própria imagem. Vive-se em uma sociedade imagética, em rede, de muita informação e exposição.

Não obstante, essa facilidade de exposição não alcança por completo aqueles que dela poderiam se aproveitar, tal qual a criança e o adolescente em situação de disponibilidade à adoção. Ao contrário: o acolhimento institucional, e mesmo o familiar, por muito tempo isolaram crianças e adolescentes entre muros, afastando-os da sociedade sob o manto da palavra “proteção” quando, na verdade, esta dita proteção apenas perpetuou violação ao direito à convivência familiar e comunitária e, com este, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Sem algum espaço próprio e com tratamento coletivizado, estas crianças são tantas mais em meio a outros.

Entra-se, com esta situação, em um paradoxo: condena-se a exposição sob o pretexto de proteção do direito à imagem mas se privam crianças de crescer em uma família, comprometendo o livre desenvolvimento da personalidade que se pretende proteger. A família é o núcleo de realização de diversos Direitos Fundamentais - dentre eles, a busca pela felicidade – e, nesse contexto, uma pessoa a quem não foi possibilitada o pleno desenvolvimento, em meio a um afeto direcionado a ela, sem direito à privacidade, à

individualidade, a si própria, não tem condições de construir integralmente e de forma livre a própria personalidade. É o mesmo de não saber quem se é.

No tocante ao estímulo à convivência familiar e comunitária, é imperioso ressaltar que se trata de um direito fundamental em persistente violação quando uma criança ou adolescente permanece em uma instituição de acolhimento por prazo maior que o estabelecido em lei. As instituições de acolhimento não podem se tornar residência fixa, ante seu caráter legal de transitoriedade. Qualquer demora para além do previsto no ECA já pode ser considerado uma ilegalidade.

Diante disso, faz-se mister que se estimule a adoção de crianças que estão fora do perfil preferencial e por isso não encontram pretendentes no SNA que as aceite como são, seja por características físicas, idade, alguma deficiência, por ter irmãos com quem deseja ser adotada, por alguma doença, ou por estar fora de algum padrão social. E este estímulo é feito com a busca dentro do SNA, com a persecução de adotantes dispostos a flexibilizarem seu perfil, ou por outras pessoas da sociedade que, tocadas por campanhas de estímulo, venham a se habilitar para serem adotantes.

Este estímulo à adoção é previsto no artigo 197-C, §1º do ECA e, por este motivo, pode-se falar em um direito da criança e do adolescente no tocante a se valer de meios de persecução ao seu direito a uma família - no caso do recorte da presente pesquisa, uma família substituta pela adoção. Este direito está intimamente conectado ao direito fundamental à convivência familiar e comunitária, por ser um meio para a concretização deste na vida dos infantes e, exatamente por isso, pode ser invocado frente a qualquer eventual negligência contra crianças e adolescentes que começam a ver como perene o seu antes situacional e transitório acolhimento institucional.

Todavia, o Direito ao Estímulo à Adoção não pode ser perseguido a qualquer custo por aqueles que têm a criança ou o adolescente sob sua responsabilidade. Em que pese legitimadas por decisões colegiadas e pela prática ações que disponham fotos e vídeos de crianças e adolescentes em redes sociais e sites com acesso público, essa conduta é questionável.

Paraná, o Estado que mais promove adoções no país²¹, não possui qualquer programa de busca ativa que se embase em divulgação pública da imagem de crianças e adolescentes. Muito pelo contrário: apenas têm acesso às crianças e aos adolescentes pessoas devidamente cadastradas no SNA; apenas estas têm usuário do aplicativo A.DOT, e puderam participar do

²¹ Vide Figura 2.

Projeto Vidas Que se Encontram. Dessa forma, é questionável a conduta de publicação da imagem dos aptos a serem adotados em redes para acesso de qualquer pessoa, quando se analisa, mesmo que superficialmente, os números do SNA.

O que se observa, em tal contexto, é a necessidade de se ponderar as incidências dos direitos à imagem e ao pertencimento a uma família, de que gozam a criança e o adolescente. Com efeito, afastar um direito fundamental em prol de outro trata-se do que Lorenzetti (2009, p. 57) chamou de caso difícil. Dessa forma, é necessário que o juiz, em sua decisão, utilize de ponderação, harmonização, ou algum outro modelo para se determinar qual direito fundamental, qual princípio jusfundamental, deverá prevalecer sobre o outro, elencando os motivos para tanto, com argumentos razoáveis e racionais.

Dessa forma, há de se estabelecer o que podemos chamar de “Exposição Útil”, como guia para a interpretação que se faz a respeito da exposição de crianças e adolescentes nos meios de comunicação contemporâneos – entenda-se, os meios físicos e virtuais de um modo geral – com vistas à adoção. Nessa perspectiva, a exposição útil seria uma relativização do direito à imagem da criança e do adolescente, de forma a que a respectiva exposição tenha o condão de tornar a criança e o adolescente visíveis e conhecidos para os pretendentes adotantes, e ao mesmo tempo não seja invasiva a ponto de gerar constrangimento desnecessário, danoso e de difícil ou impossível reparação à personalidade dos envolvidos. Portanto, a exposição útil leva em conta a veiculação da imagem da criança e do adolescente, porém sob uma conotação harmônica onde se possa mostrar aos potenciais adotantes a existência e disponibilidade das crianças e adolescentes e, ao mesmo tempo, não se constranja a criança e o adolescente a ponto de serem considerados “mercadorias”; no entanto, a exposição útil partiria do pressuposto de que a maneira mais eficaz de se ao menos iniciar uma viabilização da adoção de crianças e adolescentes seria uma inevitável exposição mais ostensiva que a atualmente empregada.

Em outras palavras: pela exposição útil, a ideia paradigma é o uso da imagem da criança e do adolescente a ponto de se promover uma certa “publicização”, ponderando-se tal mister num segundo momento por meio de uma delimitação onde se restringiria essa “publicização” a uma situação que não prejudique juridicamente, psicologicamente e moralmente os envolvidos. Assim, conjugando-se o direito ao estímulo à adoção e a exposição útil, expor a criança e o adolescente de modo mais ostensivo e amplo que o tradicional é um direito, uma necessidade e realidade, vez que os meios ordinários falharam no mister de se promover a adoção: resta apenas se mensurar essa ostensividade e amplitude, de forma a se resguardar a criança e o adolescente.

E nessa linha, repise-se: não se pretende aqui, gerar uma fórmula perfeita e acabada para esta análise. Isso porque, cada tribunal necessita analisar a situação de seu Estado; cada comarca, a situação de suas crianças e adolescentes; e cada juiz, o caso concreto. E isso deve ser feito respeitando tudo o que já foi construído e debatido no Direito, resguardando teorias e debates.

6 CONCLUSÃO

Por todos os fatos históricos, argumentos, projetos e ações mencionados na presente pesquisa, não existe atualmente maneira melhor de se promover a adoção de crianças maiores, adolescentes, aqueles que têm deficiência ou alguma característica fora de padrões, do que gerar a estes uma visibilidade maior que a tradicionalmente empregada. Isto porque, por muito tempo, a sociedade idealizou a adoção de modo que, como forma de dar filhos a quem não os tinha, deveria imitar a realidade biológica, gerando aos casais bebês com eles parecidos.

Assim, as crianças e os adolescentes não passaram por bons períodos históricos no que diz respeito aos seus direitos, pelo contrário: não há muito tempo atrás, não eram destinatárias de qualquer cuidado por parte da lei até se tornarem, diante desta, objetos de direitos. O *status* de sujeito de direitos, tanto de prestação estatal como por eles mesmos exercitável, adveio no Brasil apenas com a Constituição Federal de 1988, melhor elaborado com o Estatuto da Criança e do Adolescente, em 1990.

Diante destes novos direitos, muito se precisou modificar na forma com que o Estado tratava aqueles que estavam sob sua responsabilidade e guarda, como os órfãos e as crianças cujos pais foram destituídos do poder familiar. Essa mudança redundou na mudança paradigmática da condição da criança e do adolescente, qual seja, de objetos passaram a ser sujeitos de direito, e bem assim, titulares de direitos fundamentais que devem prevalecer sobre os de qualquer outra pessoa maior de dezoito anos, no caso de uma situação fática em que haja colisão entre eles - ou seja, situação em que, de alguma forma, um direito deva preponderar sobre outro. Isso resta claro no art. 227 da Constituição Federal e no art. 4º do ECA, quando preconizam ser dever da família, da sociedade e do Estado, dar prioridade absoluta na garantia da efetivação dos direitos fundamentais daqueles.

Infira-se que o reconhecimento das crianças e dos adolescentes como sujeitos de direitos, primeiramente no plano internacional e, posteriormente, no plano do ordenamento jurídico pátrio, mudou esse modo de se enxergar a adoção, ao menos no plano das leis. Diante desse contexto, a consciência da sociedade vem alcançando essa nova mentalidade para com as crianças de modo gradativo: por isso, para que se agilize mais ainda, foi e continua sendo essencial a conscientização da sociedade no geral e, principal e especificamente, daqueles que pretendem adotar. Deve-se cultivar essa consciência de que a adoção é uma medida que deve proteger aqueles que, privados da convivência com sua família de origem, sem a possibilidade

de reinserção nesta, devem ser colocados em um outro núcleo familiar, onde poderão se desenvolver e ter garantidos os seus diversos direitos.

Destarte, diante da proteção integral e do rol de garantias que tanto a Constituição como o ECA trouxeram, o foco da adoção passou a ser a busca de famílias para crianças que não as tem, enquanto anteriormente fazia-se o contrário. Portanto, toda a estrutura do processo de adoção, com as consequentes edições dos dispositivos do Estatuto, com a Lei Nacional de Adoção (Lei nº. 12.010 de 2010) e a Lei nº. 13.509 de 2017, tiveram o intuito de fazer valer essa nova postura legal.

Ato contínuo, considerando-se a não previsão legal expressa de reserva legal no tocante ao Direito Fundamental à Convivência Familiar e Comunitária, poder-se-ia considerar uma característica de não-restringibilidade para este. Por isso, quando a família, a sociedade ou o Estado – aqui se considerando inclusive seus agentes indiretos - descumpre o seu dever constitucional de colocar a criança e o adolescente a salvo desses abusos, observa-se uma irregular restrição e desrespeito ao Direito Fundamental à Convivência Familiar e Comunitária da criança e do adolescente.

Todavia, as dificuldades persistiram quanto a se conseguir que crianças mais velhas, bem como todas aquelas fora do perfil de preferência dos pretendentes à adoção, fossem adotadas. Persistiu, por muito tempo - e ainda persiste - no imaginário daqueles que desejam adotar, a ideia de se conseguir um bebê fofo, de bochechas rosadas, sem os traumas das crianças negligenciadas, e com características físicas parecidas com as de seus novos pais. Esse ideal de filho adotivo foi se transformando, diante das iniciativas do Legislativo que alterou o formato legal, como do Judiciário e, principalmente, do CNJ, com campanhas em favor da adoção, mormente da “adoção tardia” - expressão que posteriormente ao seu emprego inicial revelou-se possuir um sentido ruim, considerada pejorativa - ou “adoção necessária”, como é chamada a de crianças mais velhas e adolescentes.

Nesse mister, nota-se que a postura segregacionista adotada historicamente com relação aos antigos orfanatos, que passaram a ser denominados de abrigos e atualmente instituições de acolhimento, não se justifica em pleno século XXI no tocante às crianças e adolescentes. Os “muros” que separam as crianças e adolescentes disponíveis para adoção do restante da sociedade vêm sendo dissolvidos e diminuídos em ações que passam a mostrar àqueles que pretendem adotar qual a realidade das crianças disponíveis, o perfil fenotípico real e quem realmente necessita de uma família.

Nesse sentido, flexibilizou-se a relação da sociedade com os acolhidos, para que os desejosos dos laços adotivos pudessem se encontrar e se ver, para que os pretendentes à

adoção vislumbrassem as crianças reais, de carne e osso, que esperam por novos pais, junto à preparação psicossocial e os chamados cursos de postulantes, promovidos por Varas da Infância e Juventude (em parcerias com Grupos de Apoio a Adoção). Tais ações de conscientização vêm alterando e elevando a média da idade do perfil preferencial, pelo que, passou-se a ampliar esse tipo de ação, criando-se novos métodos para se “mostrar” aqueles que precisam ser inseridos em novas famílias.

Dessa forma, a proteção excessiva da imagem da criança e do adolescente, historicamente presente nos mais diversos setores da sociedade que lidam com esses indivíduos, foi substituída por uma postura mais razoável quando se trata da promoção de outros direitos desses mesmos sujeitos. Além disso, importante ressaltar que a reprodução da imagem de crianças e adolescentes institucionalizados possibilita a materialização da visibilidade de tais indivíduos, uma vez que o processo de colocação em entidades de atendimento, infelizmente, contribui para o esquecimento dos menores e para a indesejada perpetuação de estado que deveria ser provisório.

Ciente dos proveitosos resultados oriundos da divulgação da imagem de crianças e adolescentes institucionalizados, utilizando estas como poderosa ferramenta de estímulo à adoção daqueles que estão fora do perfil preferencial desejado, o CNJ e o Legislativo passaram a autorizar o acesso a mais que as características fenotípicas de crianças e adolescentes constantes do SNA. Isso para a promoção da convivência familiar e comunitária, direito fundamental de todas as crianças e adolescentes, inclusive aqueles que estão em acolhimento institucional.

Se antes se adotava todo um sigilo acerca de tais crianças e adolescentes com o fundamento de os preservarem de constrangimentos, hoje se faz necessário e até urgente repensar-se tal postura, dado que se provou ser possível coadunar a exposição de tais crianças e adolescentes com a preservação de sua imagem e privacidade, sem que isso redunde em constrangimento ou ofensa a outros direitos fundamentais. E essa foi a proposta da presente pesquisa, diante do explicado e provado: com as devidas cautelas, expor de modo mais ostensivo a criança e o adolescente em condições de adoção, para que, tendo maior visibilidade, possam ser melhor conhecidas pelas famílias que pretendam adotar.

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 consagrou a Doutrina Proteção Integral a crianças e adolescentes ao prever, em seu artigo 227, ao estabelecer como dever da família, da sociedade e do Estado assegurar àqueles diversos direitos, como a vida, a saúde, a alimentação, e diversos outros, dentre os quais se destaca a convivência familiar e a dignidade. Além no inciso X do artigo 5º, estabeleceu a inviolabilidade da intimidade, da vida

privada, da honra e da imagem das pessoas (BRASIL, 1988). Já o Código Civil enumerou a vida privada (art. 21), a honra (art. 20), a imagem (art. 20), bem como a integridade física e o nome, sem esgotar o rol de direitos inerentes à pessoa, em capítulo intitulado “Dos Direitos de Personalidade”, prevendo, no artigo inicial deste que, “com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária” (art. 11), ou seja, seriam indisponíveis. Estes são os direitos que têm como bem jurídico a ser protegido a própria pessoa enquanto valor unitário, em face do que, numa primeira análise, existiriam restrições ao respectivo exercício ao se priorizar o direito fundamental ao pertencimento a uma família e ao respectivo convívio.

Porém, ressalte-se que não se está a propor uma limitação completa do direito à proteção à imagem da criança e do adolescente. Em situação semelhante à proteção da imagem do jovem infrator, tem-se a necessidade da proteção também daqueles que estiveram em acolhimento institucional para que, quando em uma nova família, não sofram ou não continuem a sofrer o estigma que persegue a muitos que estiveram nessa situação. Por exemplo, uma vez colocada na *Internet* uma foto, vídeo ou qualquer outro arquivo, é comum que se perca controle sobre a sua reprodução, e, portanto, deve haver muito cuidado no lidar com a imagem da criança e do adolescente nos projetos de estímulo à adoção.

O que se esteve a defender nesse trabalho, frise-se, é primeiramente informar aqueles que terão parte nos programas para estimular a adoção de perfis fora do preferencial acerca de todos os passos e como será utilizada a sua imagem e gerada a visibilidade de sua situação. Com a devida informação à criança e ao adolescente que participará, conforme a sua idade e nível de discernimento, com equipe multiprofissional, deve ser trabalhado o seu assentimento (ou não) à utilização de suas fotos ou vídeos. Assim como, de outro lado, trabalhar o sigilo e a confidencialidade junto aos postulantes à adoção e/ou outras pessoas que venham a participar destes programas para que não reproduzam os materiais a que tiverem acesso, inclusive com a assinatura de termo de confidencialidade, ou algum documento de compromisso e sigilo.

Afinal, a salvaguarda da imagem da criança e do adolescente não pode ser completamente mitigada para a realização do direito à convivência familiar: é preciso, conforme se propôs no presente trabalho, estabelecer-se um princípio da exposição útil, onde se adotaria como paradigma e vetor a satisfação prioritária do direito fundamental ao pertencimento a uma família e, a partir de então, dar-se a máxima visibilidade possível das crianças e adolescentes aptas à adoção, inclusive se valendo dos atuais meios de comunicação, relativizando-se o direito à imagem o máximo possível até o limite em que não se constriam a criança e o adolescente envolvidos.

Posto de outra forma, repita-se o já dito alhures: pela exposição útil, a ideia paradigma é o uso da imagem da criança e do adolescente a ponto de se promover uma certa “publicização”, ponderando-se tal mister num segundo momento por meio de uma delimitação onde se restringiria essa “publicização” a uma situação que não prejudique juridicamente, psicologicamente e moralmente os envolvidos. Assim, conjugando-se o direito ao estímulo à adoção e a exposição útil, expor a criança e o adolescente de modo mais ostensivo e amplo que o tradicional é um direito, uma necessidade e realidade, vez que os meios ordinários falharam no mister de se promover a adoção: resta apenas se mensurar essa ostensividade e amplitude, de forma a se resguardar a criança e o adolescente.

E nessa linha, repise-se: não se pretende aqui, gerar uma fórmula perfeita e acabada para esta análise. Isso porque, cada tribunal necessita analisar a situação de seu Estado; cada comarca, a situação de suas crianças e adolescentes; e cada juiz, o caso concreto. E isso deve ser feito respeitando tudo o que já foi construído e debatido no Direito, resguardando teorias e debates.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 5. ed.. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2012.

A.DOT. **A.DOT**. 2018a (3:55) Disponível em <<https://youtu.be/sRmKNBfxusc>>. Acesso em 20 jul. 2020.

A.DOT. **Capacitação Para Produção de Vídeos**. 2018b. (27:39) Disponível em <<https://youtu.be/TbfT6xRtVzY>>. Acesso em 20 jul. 2020.

ALBERNAZ JÚNIOR, Vitor Hugo; FERREIRA, Paulo Roberto Vaz. Convenção Sobre os Direitos Da Criança. In: Grupo de Trabalho de Direitos Humanos da PGE/SP. (Org.). **Direitos Humanos: Construção da Liberdade e da Igualdade**. São Paulo: Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 1998, v. 1. Disponível em <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/direitos/tratado11.htm>>. Acesso em 04 mar. 2020.

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. A família Eudemonista do século XXI, In: **Anais do VIII Congresso do IBDFAM**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2012, p. 88-95.

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

ALMEIDA, Juvencio. Estatísticas do Cadastro Nacional de Adoção no Brasil: uma análise crítica. **Revista IBDFAM**, Belo Horizonte-MG, v.18, p. 43-66, nov./dez. 2016.

ARIÈS, Philippe. **História Social da Criança e da Família**. Tradução de Dora Flaksman. 2. Ed.. Rio de Janeiro: Guanabara, 1986.

ASSOCIAÇÃO MATOGROSSENSE DE PESQUISA E APOIO A ADOÇÃO. **Dia Mundial da Adoção é comemorado com desfile**. 2016. Disponível em <<https://www.ampara.org.br/dia-mundial-da-adocao-e-comemorado-com-desfile/>>. Acesso em 22 jul. 2020.

ASSOCIAÇÃO MATOGROSSENSE DE PESQUISA E APOIO A ADOÇÃO. **VG Shopping recebe o projeto Adoção na Passarela da Ampara**. 2016. Disponível em <<https://www.ampara.org.br/vg-shopping-recebe-o-projeto-adocao-na-passarela-da-ampara/>>. Acesso em 22 jul. 2020.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE GRUPOS DE APOIO À ADOÇÃO. **Carta de princípios**. 2020a. Disponível em <<https://www.angaad.org.br/portal/cartadeprincipios/>>. Acesso em 17 jul. 2020.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE GRUPOS DE APOIO À ADOÇÃO. **Diretoria atual**. 2020b. Disponível em <<https://www.angaad.org.br/portal/diretoria-atual/>>. Acesso em 17 jul. 2020.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE GRUPOS DE APOIO À ADOÇÃO. **Estatuto da ANGAAD**. 2020b. Disponível em <<https://www.angaad.org.br/portal/institucional/estatuto-angaad/>>. Acesso em 17 jul. 2020.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE GRUPOS DE APOIO À ADOÇÃO. **Quem somos**. 2020d. Disponível em <<https://www.angaad.org.br/portal/quem-somos/>>. Acesso em 17 jul. 2020.

BAHIA, Claudio José Amaral. A Natureza Jusfundante do Direito à Família. In: CAHALI, Yussef Said (Org.); CAHALI, Francisco José (Org.). **Doutrinas Essenciais: Famílias e Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 1, p. 525-561.

BARROS, Carlos Roberto Galvão. **O direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade do Menor**. São Paulo: Biblioteca 24 horas, 2010.

BITTENCOURT, Sávio. A Preservação da Imagem da Criança Institucionalizada e o Direito à Visibilidade. In: CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane Araújo. **Temas Contemporâneos de Direito das Famílias**. São Paulo: Editora Pílares, 2018, v. 3, p. 481-499.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BORGES, Maria Luiza Soares Ferreira. **Função Materna e Função Paterna, suas vivências na atualidade**. 2005. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Faculdade de Psicologia, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2005.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 – Publicação original**. Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1990/lei-8069-13-julho-1990-372211-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em 20 jul. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Cadastro de Adoção terá mais informações de crianças**. 2017. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cadastro-de-adocao-tera-fotos-e-videos-de-criancas-disponiveis/> Acesso em: 20 jul. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Adoção: CNJ integra cadastros e atualiza o passo a passo**. 2019a. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/adocao-cnj-atualiza-o-passo-a-passo/>. Acesso em 20 jul. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Plenário aprova criação do Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento**. 2019b. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/plenario-aprova-resolucao-sobre-sistema-nacional-de-adocao-e-acolhimento/>. Acesso em 20 jul. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento: visão integral sobre a infância**. 2019c. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-nacional-de-adocao-e-acolhimento-visao-integral-sobre-a-infancia/>. Acesso em 20 jul. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento (SNA): Manual passo a passo v.1.9**. 2019d. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sna/imgs/Manual%20SNA.pdf>. Acesso em 20 jul. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento (SNA). Pré-cadastro de Pretendentes. Disponível em: <https://cnj.jus.br/sna/indexPrecadastro.jsp>. Acesso em: 24 jun. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Pedido de Providências n. 0003635-52.2019.2.00.000. Requerente: Corregedoria Nacional de Justiça. Requerido: Corregedoria Geral da Justiça do Estado de Mato Grosso – CGJMT. Relator: Ministro Humberto Martins. Disponível em https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/deciso/es/cnj/decisao_2019_09_04_cnj_adocao_na_passarela.pdf. Acesso em 30 jul. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 06 mar. 2020.

BRASIL. Decreto n. 17.943-A de 12 de outubro de 1927. Consolida as leis de assistência e proteção a menores. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D17943A.htm. Acesso em 06 mar. 2020.

BRASIL. Decreto n. 99.710, de 21 de Novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em 30 jun. 2020.

BRASIL. Lei n. 5.478, de 25 de Julho de 1968. Dispõe sobre ação de alimentos e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5478.htm Acesso em: 22 jul. 2020

BRASIL. Lei n. 6.697 de 10 de outubro de 1979. Institui o Código de Menores. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm. Acesso em 06 mar. 2020.

BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em 10 jul. 2020.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm Acesso em: 06 mar 2020.

BRASIL. Lei n. 11.441, de 04 de Janeiro de 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11441.htm Acesso em: 22 jul. 2020.

BRASIL. Lei n. 12.852, de 5 de Agosto de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12852.htm > Acesso em: 22 jul. 2020.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de Março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 06 mar 2020.

BRASIL. Lei n. 13.257, de 8 de Março de 2016.

Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei nº 12.662, de 5 de junho de 2012. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm> Acesso em 22 jul. 2020.

BRASIL. SENADO FEDERAL. Projeto de Lei do Senado de n. 938 de 2019. Altera a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e o Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para dispor sobre programas de estímulo à adoção por meio de busca ativa de pessoas interessadas em adotar crianças e adolescentes.

Disponível em <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7919704&ts=1594032126253&disposition=inline>>. Acesso em 20 jul. 2020.

BRASIL. Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento. Gráficos de crianças em acolhimento. Disponível em <<https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=ccd72056-8999-4434-b913-f74b5b5b31a2&sheet=e78bd80b-d486-4c4e-ad8a-736269930c6b&lang=pt-BR&opt=currsel&select=clearall>>. Acesso em 20 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Habeas Corpus n. 390.211/SP, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Julgado em 04 abr. 2017. Publicado em 07 abr. 2017. Disponível em

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1587662&num_registro=201700427891&data=20170407&formato=PDF>. Acesso em 21 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção. Reclamação n. 101/MG, Relator Ministro Sálvio De Figueiredo Teixeira. Julgado em 10 nov. 1993, publicado em 07 fev. 1994. Disponível em

<https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199200034098&dt_publicacao=07-02-1994&cod_tipo_documento=>>. Acesso em 22 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277. 2011a. Relator Ayres Britto. Julgado em 05 mai. 2011. Publicado em 14 out. 2011.

Disponível em

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em 21 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Recurso Extraordinário n.

477.554/MG. 2011b. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em 16 ago. 2011. Publicado em 26 ago. 2011. Disponível em

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=626719>>. Acesso em 21 jul. 2020.

CAMPIDELLI, Laísa Fernanda. O Uso de Imagens e Informações Pessoais da Criança e do Adolescente para a Promoção de Adoções Necessárias. **Revista de Direito de Família e Sucessões**. Goiânia-GO, v. 5, n. 1, jan/jun. 2019, p.40-55.
<https://doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2526-0227/2019.v5i1.5531>

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. 5. reimp.. Coimbra: Almedina, 2000.

CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade**: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CARBONNIER. Jean. **Sociologia Jurídica**. Coimbra: Almedina, 1979.

CASTRO DIAS, Iberê. **Promovendo na Prática a Convivência Comunitária, a Autonomia e o Direito de Ter uma Família**. Disponível em: <<https://youtu.be/eS2eIjL0C1U>>. Acesso em 07 jun. 2020.

CAVALCANTE, Lília Iêda Chaves; MAGALHÃES, Celina Maria Colino; PONTES, Fernando Augusto Ramos. Institucionalização precoce e prolongada de crianças: discutindo aspectos decisivos para o desenvolvimento. In: **Aletheia**, n.25, jan./jun. 2007, p.20-34.

CHAMBOULEYRON, Rafael. Jesuítas e as Crianças no Brasil Quinhentista. In: PIORE, Mary Del (org.) **História das Crianças no Brasil**. 7. ed. São Paulo: Contexto, 2010.

CONSELHO NACIONAL DE PROCURADORES-GERAIS DE JUSTIÇA. Comissão Permanente da Infância e Juventude – COPEIJ. **Nota Técnica nº 02/2017**. Disponível em: <<http://www.mppe.mp.br/mppe/institucional/caops/caop-defesa-da-infancia-e-juventude/material-apoio-caop-infancia-juventude/category/612-notas-tecnicas-copeij?download=8411:nota-tecnica-n-002-2017-copeij>>. Acesso em: 30 jul. 2020.

CONFERÊNCIA EPISCOPAL PORTUGUESA. **Código de Direito Canônico**. 4. ed. rev.. Braga: Apostolado da Oração, 1983.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM/Brasil). **Código de Ética Médica** (versão de bolso). Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2010.

CONSELHO REGIONAL DE PSICOLOGIA DE MATO GROSSO (CRP 18-MT). **Nota de Repúdio**. 2019. Disponível em <https://crpmt.org.br//storage/uploads/files/NOTA_DE_REP%C3%9ADIO_CRP.pdf>. Acesso em 22 jul. 2020.

CORDEIRO, Carlos José. Do Direito das Famílias: Introduzindo o tema da afetividade familiar. In: CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane Araújo. **Temas Contemporâneos de Direito das Famílias**. São Paulo: Editora Pilares, 2013, v. 1, p. 21-33.
 CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. **Dicionário de Direito de Família e Sucessões ilustrado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. **Direito de Família: uma abordagem psicanalítica**, 3. ed. Belo Horizonte: DelRey, 2003.

CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. **Divórcio: teoria e prática**. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

CURY JÚNIOR, David. **A Proteção Jurídica da Imagem da Criança e do Adolescente**. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DIAS, Maria Berenice. Estatuto da adoção: Projeto para Retirar Crianças Invisíveis do Cárcere. In: **Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, v. 24, nov./dez. 2017. p. 11-22.

DIAS, Maria Berenice. **Adoção: um depósito de crianças e o absoluto desleixo estatal**. 2020. Disponível em [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_13121\)Adocao__um_deposito_de_criancas_e_o_absoluto_desleixo_estatal.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_13121)Adocao__um_deposito_de_criancas_e_o_absoluto_desleixo_estatal.pdf). Acesso em 17 jul. 2020.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Harvard: Harvard Unity Press, 1977.

ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado**. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2. Edi.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 2. ed.. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

FONSECA, Cláudia. Amor e Família: vacas sagradas da nossa época. In: RIBEIRO, Ivete; RIBEIRO, Ana Clara Torres. **Família em Processos Contemporâneos: Inovações Culturais na Sociedade Brasileira**. São Paulo: Loyola, 1995. p. 69-89.

FUSTEL DE COULANGES, Numa-Denys. **A cidade antiga**. Trad. Frederico Ozanan Pessoa de Barros. São Paulo: Edameris, 2006.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. Constitucionalização do Direito de Família: direito à convivência familiar. In: CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane Araújo. **Temas Contemporâneos de Direito das Famílias**. São Paulo: Editora Pilares, 2015, v. 2, p. 27-57.

GAVARA DE CARA, Juan Carlos. **Derechos Fundamentales y Desarrollo Legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fimdamentales en la Ley Fundamental de Bonn**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

HERDY, Thiago. Três crianças ou adolescentes são abusadas sexualmente no Brasil a cada hora. **O Globo**, Rio de Janeiro, 20 mar. 2020. Disponível em <<https://oglobo.globo.com/sociedade/tres-criancas-ou-adolescentes-sao-abusadas-sexualmente-no-brasil-cada-hora-24280326>>. Acesso em 14 jul. 2020.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOGEMANN, Edna Raquel. SOUZA, Thiago Serrano Pinheiro de. O direito fundamental ao afeto. In: Observatório de Educação em Direitos Humanos/UNESP. **Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos**. Vol. 1, n. 1 (2013). São Paulo: OEDH/UNESP, 2013. Disponível em: <<http://www2.faac.unesp.br/ridh/index.php/ridh/article/viewFile/155/79>>. Acesso em 03 mar. 2018.

HONNETH, Axel. **Luta por Reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003.

IBDFAM. **Série “Um olhar sobre a adoção”**. 2017. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6437/S%C3%A9rie+%E2%80%9CUm+olhar+sobre%20+a+ado%C3%A7%C3%A3o%E2%80%9D>>. Acesso em: 20 jul. 2020

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3. ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, t. 4.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEITE, Antonio José Maffezoli. MAXIMIANO, Vitore André Zilio. Pacto Internacional Dos Direitos Cíveis e Políticos. In: Grupo de Trabalho de Direitos Humanos da PGE/SP. (Org.). **Direitos Humanos: Construção da Liberdade e da Igualdade**. São Paulo: Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 1998, v. 1. Disponível em <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/direitos/tratado5.htm>>. Acesso em 04 mar. 2020.

LIGA DAS NAÇÕES. Declaração de Genebra. 1924. Disponível em <<http://www.un-documents.net/gdrc1924.htm>>. Acesso em 04 mar. 2020.

LIMA, Fernanda da Silva; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os Direitos da Criança e do Adolescente: a necessária efetivação dos direitos fundamentais**. Florianópolis: Boiteux, 2012.

LÔBO, Paulo. Direito de Família e os Princípios Constitucionais. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Tratado de Direito das Famílias**. 2. ed.. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. p. 103-131.

LOPES, Emília. **Os Filhos do Estado:** a institucionalização de crianças e adolescentes à luz do Direito Fundamental à Convivência Familiar e Comunitária. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial: Fundamentos de Direito.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. **Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares.** Coimbra: Almedina, 2013.

MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade. Direito Fundamental à Convivência Familiar. In: MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente:** aspectos teóricos e práticos. 4. ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MAGALHÃES, Márcio Carvalho de. A Educação como Elemento Propulsor do Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito Educacional.** p. 181-246. vol. 6. dez. 2012.

MARCÍLIO, Maria Luiza. A Lenta Construção dos Direitos da Criança Brasileira – Século XX. **Revista USP.** São Paulo-SP, 1998a n. 37 mar./mai. 1998, p. 46-57.
<https://doi.org/10.11606/issn.2316-9036.v0i37p46-57>

MARCÍLIO, Maria Luiza. **A História Social da Criança Abandonada.** Hucitec: São Paulo, 1998b.

MARTINS. Rosa Cândido. Poder paternal vs autonomia da criança e do adolescente? **Lex familiae**, Portugal, a. 1, n.1, 2004, p. 65-74.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade:** estudos de direito constitucional. 4. ed.. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. A família na Constituição Federal de 1988: uma instituição plural e atenta aos direitos de personalidade. **Novos Estudos Jurídicos – NEJ.** Londrina-PR, v. 13, n. 1, p. 119-130, jan/jun, 2008.

MIGALHAS. **Desfile de adolescentes que aguardam adoção é alvo de duras críticas.** 2019. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/quentes/302929/desfile-de-adolescentes-que-aguardam-adocao-e-alvo-de-duras-criticas>>. Acesso em 22 jul. 2020.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** 3. ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, t. 4.

MONTAGNA, Plínio. (Multi)parentalidade e Subjetivação. **Revista IBDFAM,** Belo Horizonte-MG, n. 17, set/out 2016, p. 113-127.

MOTA, Isabely. **Contribuições do SNA para agilizar adoções.** 2020. (23:56) Disponível em <<https://youtu.be/a94Oz6uXciQ>>. Acesso em 07 jun. 2020.

NAMBA, Edison Tetsuzo. **Manual de Bioética e Biodireito.** 2. ed.. São Paulo: Atlas, 2015.

OLIVEIRA, Assis da Costa. **Das crianças expostas às crianças hipervisíveis: reflexões e inquietações sobre o evento “Adoção na Passarela”**. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2019/06/16/das-criancas-expostas-as-criancas-hipervisiveis-reflexoes-e-inquietacoes-sobre-o-evento-adocao-na-passarela/>>. Acesso em 26 jul. 2020

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SECCIONAL MATO GROSSO (OAB-MT). **Nota de Esclarecimento**. 2019. Disponível em <<https://www.oabmt.org.br/noticia/15089/nota-de-esclarecimento>>. Acesso em 22 jul. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em 10 mar. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração dos Direitos das Crianças**. 1959. Disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crian%C3%A7a/declaracao-dos-direitos-da-crianca.html>>. Acesso em 04 mar. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos**. Disponível em <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_univ_bioetica_dir_hum.pdf>. Acesso em 10 jun. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. 1966. Disponível em: http://www.unfpa.org.br/Arquivos/pacto_internacional.pdf. Acesso em 05 mar. 2019.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos**, 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 04 mar. 2019.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Infância e Adolescência: uma visão histórica de sua proteção social e jurídica no Brasil**. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/28329-28340-1-PB.html>> Acesso em: 03 mar. 2019

PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PIORE, Mary Del. Apresentação. In: PIORE, Mary Del (org.) **História das Crianças no Brasil**. 7. ed.. São Paulo: Contexto, 2010.

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO PARANÁ. **Projeto A.DOT**. Disponível em <<https://www.tjpr.jus.br/documents/116858/6167977/Projeto+A.DOT+FINALIZADO.pdf/edaa9183-fb5b-d66e-67c1-58376c96e16e>>. Acesso em: 20 jul. 2020.

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO PARANÁ. **Tribunal de Justiça do Paraná comemora o Dia Nacional da Adoção com lançamento de aplicativo para incentivar adoções.** Disponível em <https://www.tjpr.jus.br/destaques/-/asset_publisher/11KI/content/tribunal-de-justica-do-parana-comemora-o-dia-nacional-da-adocao-com-lancamento-de-aplicativo-para-incentivar-adocoes/18319?inheritRedirect=false&redirect=https://www.tjpr.jus.br/destaques%3Fp_id%3D101_INSTANCE_11KI%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-2%26p_p_col_count%3D1>. Acesso em 20 jul.2020.

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO PARANÁ. **Manual A.Dot.** Disponível em <https://www.tjpr.jus.br/documents/11900/15142432/Manual_ADOT.pdf/4e0703f0-31be-52d4-7e54-e4a7143c04b4>. Acesso em 20 jul.2020.

RAMOS, Fábio Pestana. A História Trágico-Marítima das Crianças nas Embarcações Portuguesas do Século XVI. In: PIORE, Mary Del (org.) **História das Crianças no Brasil**. 7. ed.. São Paulo: Contexto, 2010.

RIZZINI, Irene; RIZZINI, Irma. **A Institucionalização de Crianças no Brasil: percurso histórico e desafios do presente.** Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio; São Paulo: Loyola, 2004.

RODRIGUES, Vitória Olivier Ramos. **Acolhimento Institucional de Crianças e Adolescentes no Brasil:** um estudo bibliográfico. Dissertação (Mestrado em Direito). 89 p. Centro de Ciências da Saúde. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016.

ROSA, Luiz Carlos Goiabeira; BORGES, Hugo Leonardo. A (Ir)Renunciabilidade aos Direitos da Personalidade Enquanto Corolário da Dignidade Humana. In: PACHECO, Keila; BORGES, Juliana Tavares (Org.); MARTINS, Rafael Lara (Coord.). **Direito privado nos 30 anos da constituição: experiências e desafios no âmbito das relações privadas na sociedade brasileira.** Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. Os Direitos Fundamentais e a Lei: a constituição brasileira tem um sistema de reserva legal? In SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Orgs.) **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009, p. 605-618.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais:** conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed.. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA PEREIRA, Caio Mário. **Instituições de Direito Civil**. 30. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

SIQUEIRA, Aline Cardoso. DELL'AGLIO, Débora Dalbosco. O Impacto da Institucionalização na Infância e na Adolescência: uma revisão de literatura. **Psicologia & Sociedade**. vol.18, n.1, 2006, p.71-80. <https://doi.org/10.1590/S0102-71822006000100010>

SOARES, Luiz Eduardo. Juventude e Violência no Brasil Contemporâneo. In: MAIA, Marisa Schargel. **Por uma Ética do Cuidado**. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

SOUZA, Jadir Cirqueira de. **A Efetividade dos Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Editora Pillares, 2008.

SOUZA, Jadir Cirqueira de. **A Convivência Familiar e Comunitária e o Acolhimento Institucional**. São Paulo: Pillares, 2014.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2000.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. **Portaria VIJ 11 de 27 de Setembro de 2018**. Institui o Projeto "Em busca de um lar", que tem por objetivo implementar, no Distrito Federal, o sistema de busca ativa de pretendentes a adoção de crianças e adolescentes cujo perfil é preterido pelos adotantes, bem como estabelecer o Manual de Procedimentos do referido projeto. 2018. Disponível em <<https://www.tjdft.jus.br/informacoes/infancia-e-juventude/publicacoes-textos-e-artigos/publicacoes/publicacoes-1/portarias-vij/portaria-vij-11-de-27-de-setembro-de-2018/view>>. Acesso em 21 jul. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. **Em Busca de Um Lar**. Disponível em <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/destaques/em-busca-de-um-lar>>. Acesso em 21 jul. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. **Provimento Conjunto nº 87/2019**. Dispõe sobre a adesão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - TJMG ao aplicativo "A.DOT", instituído pelo Provimento da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Paraná nº 278, de 24 de agosto de 2018, e regulamenta sua utilização no âmbito da Justiça Comum estadual de primeiro grau do Estado de Minas Gerais. 2019. Disponível em <<http://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/vc00872019.pdf>>. Acesso em 22 jul. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO. **Adoção CEJA – Busca Ativa**. Disponível em <<http://corregedoria.tjmt.jus.br/BuscaAtiva>>. Acesso em 21 jul. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. **Intervenção com Ênfase na Adoção Tardia**. Disponível em <<https://www.tjpr.jus.br/documents/116858/6167977/Projeto+Interven%C3%A7%C3%A3o+%C3%A0+Ado%C3%A7%C3%A3o+Tardia.pdf/07ce720a-9ca7-4b95-b72b-5da7590c337d>>. Acesso em 20 jul. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. **De invisíveis para visíveis: o aplicativo A.DOT foi o responsável por garantir uma chance a mais às crianças e adolescentes que estão em busca de um lar**. 2019. Disponível em <https://www.tjpr.jus.br/destaques/-/asset_publisher/1IKI/content/id/18477213>. Acesso em 20 jul. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO. **Projeto Família: um direito de toda criança e adolescente**. 2020. Disponível em <<https://www.tjpe.jus.br/documents/108072/111073/PROJETO+FAMILIA-CERTO.pdf/d6d54d5e-5fb8-470a-ae5f-ed0130e474be>>. Acesso em 20 jul. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO. **Quantidade de Crianças Adotadas em 2017**. 2017. Disponível em <<http://www.tjpe.jus.br/documents/10180/132214/Relatorio+Ado%C3%A7%C3%A3o.pdf/7f1a8f04-9459-5044-3711-0b3b20b5aae0>>. Acesso em 22 jul. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Adote um Boa Noite**. Disponível em <<https://www.tjsp.jus.br/adoteumboanoite>>. Acesso em 22 jul. 2020.

VALENTIM, Daniela Rodrigues. MANDELLI JÚNIOR, Roberto Mendes. Convenção Americana De Direitos Humanos. In: Grupo de Trabalho de Direitos Humanos da PGE/SP. (Org.). **Direitos Humanos: Construção da Liberdade e da Igualdade**. São Paulo: Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 1998, v. 1. Disponível em <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/direitos/tratado7.htm>>. Acesso em 04 mar. 2019.

VECTORE, Célia. CARVALHO, Cíntia. Um Olhar Sobre o Abrigamento: a importância dos vínculos em contexto de abrigo. **Psicologia Escolar e Educacional**, v.. 12, n. 2, 2008, p. 441- 449. <https://doi.org/10.1590/S1413-85572008000200015>

VELOSO, Ivone. **Projeto “Adote um Pequeno Torcedor” estimula adoção tardia**. Disponível em <<https://www.tjpe.jus.br/-/projeto-adote-um-pequeno-torcedor-estimula-adocao-tardia>>. Acesso em 22 jul. 2020.

VENOSA, Silvio de Salvo. A Família Conjugal. In: CUNHA PEREIRA, Rodrigo da (Org.). **Tratado de Direito das Famílias**. 2. ed.. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016.

VICENTE, Cenise Monte. O Direito à Convivência Familiar e Comunitária: uma política de manutenção do vínculo. In: KALOUSTIAN, Silvio Manoug (Org.) **Família Brasileira: a base de tudo**. 9. ed.. São Paulo: Cortez, 2010.

VIEGAS, Hélia. O Papel do Judiciário na Promoção da Busca Ativa. (1:01:50 a 1:29:25) In: ANGAAD. **1º Workshop Busca Ativa ANGAAD**. 2020 (4:41:15). Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=qT06OA3w7TE>>. Acesso em 18 jul. 2020.

VILLELA, João Baptista. Desbiologização da Paternidade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**. Belo Horizonte-MG, v. 27, n. 21, p. 400-418, mai. 1979.

VOLPI, Mário. Prefácio. In: SARAIVA, João Batista Costa. **Os adolescentes e a Lei: o direito dos adolescentes, a prática de atos infracionais e sua responsabilização**. Brasília: ILANUD, 1998.

WEBER, Lídia Natalia Dobrianskyj. Abandono, Institucionalização e Adoção no Brasil: problemas e soluções. **O Social em Questão**, n. 14, 2005, p. 53-70.

WEIS, Carlos. O pacto internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: Grupo de Trabalho de Direitos Humanos da PGE/SP. (Org.). **Direitos Humanos: Construção da**

Liberdade e da Igualdade. São Paulo: Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 1998, v. 1, p. 289-317. Disponível em
<<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/direitos/tratado6.htm>>. Acesso em 04 mar. 2019.