

O LAMENTÁVEL APERFEIÇOAMENTO DA ADOÇÃO “À BRASILEIRA”: DUAS FACES DE UMA – REPROVÁVEL – MOEDA A QUE JURISDICIONALMENTE SE HÁ DE DAR A DEVIDA ATENÇÃO

João Paulo Fontoura de Medeiros*

Resumo: O presente artigo se destina a contribuir para o enfrentamento de uma prática antiga, que não perde a sua atualidade: a já conhecida adoção “à brasileira”. Para tanto, apresentar-se-á a estratégia que – com uma naturalidade que chega a assustar – comumente se vem empregando em “*terrae brasilis*”. Na sequência, atentar-se-á às duas faces de tal reprovável moeda. Antes de tudo, dirigir-se-á um olhar ao sistema a partir de que se há de reger o processo de adoção: o Cadastro Nacional de Adoção. A partir daí, terá chegado o momento de se dar a devida atenção – dando-se-lhes “voz” no processo discursivo destinado à produção do Direito a se lhes aplicar – a quem há de estar acima de tudo: as crianças.

Palavras-chave: Adoção “à brasileira”. Cadastro Nacional de Adoção. Direito a ser ouvido. Salva-guarda discursiva de ausentes. “*Passageiro sem bilhete*”.

Sumário: 1. Introdução. 2. E assim se segue em “*terrae brasilis*”: a adoção “à brasileira” e suas mutações ainda mais lamentáveis. 3. A primeira das duas faces da mesma moeda: a socioafetividade. Basta alegá-la?. 4. Dirigindo-se os olhares a outra face da mesma moeda: a regularidade do cadastro nacional de adoção – como bem jurídico a ser tutelado – e o “*free rider*”. 5. Ainda com os olhares voltados a outra face da mesma moeda: da necessidade de se dar “voz” a quem ainda não a tem. 6. O campo processual em que há de se desenvolver a batalha a ser travada entre crianças – a serem dis-

* Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal), com Título de Doutor reconhecido pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Promotor de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Ex-Procurador do Banco Central do Brasil. E-mail: jpmedeiros@mprs.mp.br

cursivamente salvaguardadas – e “adotantes”. 7. À guisa de conclusão: a absoluta prioridade do interesse da criança. Referências.

The lamentable improvement of the “brazilian style” adoption: two sides of a – reprehensible – coin to which jurisdictional attention should be paid

Abstract: This Article is intended to fight against an old practice, which is still current: the well-known “Brazilian style” adoption. To this goal, will be presented the strategy that – with a naturalness that is frightening – is commonly used in “*terrae brasiliis*”. In the sequence, attention will be paid to the two sides of this reprehensible coin. First of all, a look will be directed to the system from which the adoption process must be governed: the National Adoption Registry. From then on, the time has come to give attention – giving them a “voice” in the discursive process destined to the production of the Law to be applied to them – who matters most: children.

Keywords: “Brazilian style” adoption. National Adoption Registry. Right to be heard. Discursive safeguard of absentees. “Free rider”.

Summary: 1. Introduction. 2. And so it goes in “*terrae brasiliis*”: “Brazilian-style” adoption and its even more regrettable mutations. 3. The first of two sides of the same coin: socio-affectivity. Just claim it? 4. Turning our attention to the other side of the same coin: the regularity of the National Adoption Registry – as a legal asset to be protected – and the “free rider”. 5. Still looking at the other side of the same coin: the need to give a “voice” to those who do not yet have it. 6. The procedural field in which the battle to be fought between children – to be discursively safeguarded – and “adoptors” must take place. 7. In conclusion: the absolute priority of the child’s interest. References.

1 Introdução

O presente artigo volta as suas atenções para uma prática antiga, que não perde a sua atualidade: a já bastante famosa – e surpreendentemente frequente – adoção “à brasileira”. Tal é o “problema” a que as “*Arbeitsgemeinschaften*”¹ *jurisdicionais* – no *Processo como Discurso Imanente* (MEDEIROS, 2018) que lhes cabe povoar [*problematizando-o discursivamente*] – incansavelmente hão de atentar. Até porque – em se tendo de insistentemente lutar para que o processo *seja o que é*,² no que tange à *legitimação discursiva* que se lhe impõe aquando do *desvelamento* do Direito [a obviamente se aplicar, também, a *ausentes* do discurso e a seus *excluídos*] – está-se diante de *deleuzeano* “*plan d’immanence*”³ que *se atualiza, ele próprio, em um Objeto e em um Sujeito aos quais ele se atribui*.⁴

¹ Tradução livre das – idealizadas noutro estudo (MEDEIROS, 2018) – “*Arbeitsgemeinschaften*”: “*Comunidades de Trabalho*”.

² Quanto à ideia em si, de *se ser o que é*: NIETZSCHE, 2009b, p. 121-163. Ainda que não se refiram ao tema, trazem consigo noções importantes para a compreensão do pensamento de Nietzsche como um todo: NIETZSCHE, 1992; 1998; 2001; 2009a; 2005a; 2005b; 2003.

³ Tradução livre do autor: “*Plano de Imanência*”.

⁴ “*Le plan d’immanence lui-même s’actualise dans un Objet et un Sujet auxquels il s’attribue.*” (DELEUZE, 2002a)

Assim é que se inicia nossa jornada para que o Juiz, em respeito ao “*rechtliches Gehör*”⁵ a emigrar do número 1 do § 103 da “*Grundgesetz*”⁶ *tedesca*⁷ ao “processo como ‘*discurso imanente*’” que se idealizara noutro estudo (MEDEIROS, 2018), termine por instar os integrantes da *jurisdicional* “*Arbeitsgemeinschaft*”⁸ [processualmente legitimados a integrá-la, com especial destaque aqui para o Ministério Público] a se inserirem no *círculo cooperativo-hermenêutico* e a ele regressarem. Tal há de se repetir até que se chegue a *consenso*, entre argumentações *dispar*es a *estrategicamente* se conectarem (FOUCAULT, 2010, p. 71), quanto a se estar diante dos “*melhores argumentos*” possíveis em prol de quem se há de dar “voz”. Diga-se, de passagem, tratar-se de “voz” a ser concedida a quem – na linha da “*proteção integral*” de que trata o artigo 1º da Lei nº 8.69/90 e da “*primazia*” a que atenta a alínea “a” do parágrafo único do artigo 4º do mesmo diploma legal, pouco importando que fisiologicamente não se tenha como fazê-lo – se há de *discursiva e institucionalmente salvar*guardar: os adotandos.

2 E assim se segue em “*terrae brasiliis*”: a adoção “à brasileira” e suas mutações ainda mais lamentáveis

A situação já é bem conhecida de quem exerce suas funções nos Juizados da Infância e da Juventude em “*terrae brasiliis*”: um “*marido infiel*”, que “*se relaciona*” sexualmente (às vezes, numa única oportunidade) com a genitora biológica da criança. A “*mulher traída*” – desde o início já “*muito compreensiva*” em relação à traição de seu marido – imediatamente se coloca à disposição para “*criar*” a “*filha de tal relação extraconjugal*”. Em muitos casos, a “*mulher traída*” acompanha seu marido – leia-se, o dito cônjuge “*infiel*” – ao longo de todo o pré-natal da criança, junto com a genitora biológica. Logo após o nascimento da criança, sua genitora biológica a abandona. De imediato, o “*marido infiel*” já registra a criança como se sua filha fosse. O casal – já tendo “*se reconciliado*” ao longo do pré-natal (afinal, tratara-se de apenas “*um caso isolado*”) – então sai da maternidade com a criança no colo. Posteriormente,

⁵ Tradução livre do autor: “*direito a ser ouvido*”.

⁶ Tradução livre do autor: “*Carta Magna*”.

⁷ Leia-se o n. 1 do § 103 da “*Grundgesetz*”: “§ 103. *Direitos fundamentais perante os tribunais.* 1) *Perante o tribunal, todos têm o direito de ser ouvido.*” (AACHEN, 2011, p. 93).

⁸ Tradução: “*Comunidade de Trabalho*”. Quanto a ter sido a “*Arbeitsgemeinschaft*” inicialmente idealizada por Franz Klein: RECHBERGER, 2008, p. 101-110, p. 102. Quanto à “*Arbeitsgemeinschaft*”: HABERMAS, 1998b, p. 14.

verifica-se que o “*marido infiel*” talvez não seja o pai biológico, mas – obviamente – não se pode ignorar a socioafetividade construída ao longo do período.

Esse é o contexto que – quase que mensalmente – apresenta-se a quem atua nos Juizados da Infância e da Juventude em “*terrae brasiliis*”. Por conta da frequência com que se apresentam, tais situações vêm sendo – cada vez mais – enfrentadas pelos Conselhos Tutelares e pelas Equipes Técnicas de Assistência Social dos nosocômios Brasil afora. Aos poucos, vê-se que os Conselhos Tutelares – e as Equipes Técnicas de Assistência Social – estão cada vez mais atentos a quaisquer detalhes que possam denunciar os envolvidos em tal fraude. Algo que tem feito com que tais situações cheguem – cada vez mais – ao conhecimento do Ministério Público e do Judiciário. Tal é o contexto em que se insere o presente artigo: contribuir – com argumentos – para que o Membro do Ministério Público e o Órgão Jurisdicional possam bem enfrentar questão de tamanha relevância, que afronta não só o Cadastro Nacional de Adoção como também o direito de a criança ser *hipoteticamente ouvida* no processo judicial destinado ao *desvelamento do Direito* que – eventualmente lhe impondo que cresça aos cuidados de família outra que não a que lhe deveria ter sido *institucionalmente* destinada (Cadastro Nacional de Adoção) – proporcionar-lhe-á chagas aptas a se perpetuarem ao longo de toda a sua vida.

O escopo – do presente estudo – não está em se distinguirem “*adoção à brasileira*” e “*adoção irregular*”. Sabe-se que há quem as diferencie, ressaltando que *aquela* há de ser tida como a que sobrevém do Registro (falso) de Nascimento de uma criança, como se se tratasse realmente do genitor biológico a fazê-lo; enquanto que esta diz respeito à inserção da criança no convívio dos adotantes, para que – transcorrido determinado lapso temporal – ingresse-se com Ação de Adoção a se fundamentar justamente na existência de vínculo socioafetivo (ALMEIDA, 2005, p. 197). Na verdade, o que realmente nos importa é que tanto uma quanto a outra desprezam o esforço empreendido no escopo de se manter um sistema que necessariamente há de se centrar no interesse das crianças a serem adotadas (SCHREIBER, 2001, p. 33). O desprezo às regras – legitimamente instituídas, a teor do § 5º do artigo 50 da Lei nº 8.069/90, no intuito de se fazer com que as adoções tenham a maior segurança jurídica possível – se verifica tanto numa como noutra hipótese. Distinguir-se-iam única e exclusivamente quanto ao “*timing*”:⁹ numa, pratica-se imediatamente a fraude; noutra, de forma diferida.

⁹ Tradução livre do autor: sensibilidade quanto ao tempo que se há de praticar determinado ato.

3 **A primeira das duas faces da mesma moeda: a socioafetividade. Basta alegá-la?**

Os envolvidos – e aqui se fazem presentes o “*marido infiel*” e a “*esposa traída*” [diga-se, de passagem, *sempre* muito “*compreensiva*”] – frequentemente alegam a existência de *socioafetividade*. Tal se daria por conta do vínculo supostamente existente entre o pretenso “*marido infiel*” – que, às vezes, também figura como “*pai registral*” [porquanto, não raro, registra a criança a partir de declarações unilaterais] – e a mãe biológica. Em que pese a sua ir-resignação frequentemente aponte – numa *antikantiana instrumentalização* do bebê – para o fato de que o pretenso “*marido infiel*” estaria a possuir um certo “*direito de posse e de preferência*” em relação ao recém-nascido, o fato é que o que está aqui em discussão é o “*CrITÉrio Jurídico de Paternidade*” (OLIVEIRA, 2003) e a chamada “*paternidade afetiva*”.

A respeito do tema, há de se atentar a Recurso Especial de relatoria do Ministro João Otávio Noronha (REsp 709608), no qual se reporta a outro Recurso Especial – de relatoria da Ministra Nancy Andrighi (REsp 878.941) – em que se reconheceu a paternidade, a despeito da ausência de vínculo biológico, por força da existência duradoura de vínculo socioafetivo. Ora, sequer há dúvida de que jamais se pode juridicamente desprezar a *socioafetividade* (LÉVI-STRAUSS, 2009, p. 40). O próprio instituto da adoção é fruto da consagração jurídica da socioafetividade, a teor do § 4º do artigo 226 da Carta Magna e dos parágrafos 5º e 6º do artigo 227 dessa; bem como dos artigos 1.593, 1.596 e 1.614 do Código Civil vigente. Jamais se há de pretender que a intenção do Ministério Público – ou mesmo a do Judiciário – seja a de se desprezar eventual existência de socioafetividade. Até mesmo porque a adoção pressupõe afeto (BELTRAME, 2005, p. 222; ALVES, 2001, p. 16-17). Em sua essência, é um ato de amor (SILVA, 1995, p. 86; LIBERATI, 1995, p. 16).

O detalhe é que – em praticamente todas as oportunidades, graças ao empenho das Equipes Técnicas hospitalares de “*terrae brasiliis*” – está-se diante de bebê recém-nascido, sem qualquer vínculo consanguíneo com o pretenso “*marido infiel*”. As atenções se voltam então à necessidade de se averiguar se, tratando-se de bebê recém-nascido, vislumbra-se [ou não] socioafetividade entre este e aquele (LÉVI-STRAUSS, 2009, p. 40). Nesse contexto, urge que se atente para o *apego* (PAPALIA; OLDS; 1998) a partir de que se permite que dois indivíduos – a interagirem entre si – reforcem reciprocamente seus vínculos para com o outro. No entender de John Bowlby (2002, p. 331; 2023; 1998; 1995), não há exagero em se afirmar que existem *fases* para a formação do apego. A primeira fase, também chamada de *estágio pré-apego*, vai do nascimento a até 8 (oito) semanas. A segunda fase, intitulada de *formação do apego*, cor-

responde ao período *que vai das 8 (oito) semanas de vida [ou mesmo 10 (dez) semanas] aos 6 (seis) meses de idade*. Na terceira fase, *que vai dos 6 (seis) meses de vida [ou mesmo 7 (sete) meses] até o início do terceiro ano de idade*, já se torna “[...] *evidente o apego do bebê à figura materna*” (2002, p. 331). Já a quarta fase é o período em que se firmam os alicerces para um relacionamento complexo entre os indivíduos. Revelar-se-ia evidente – na esteira do que se lê John Bowlby – a *inexistência de apego na primeira fase*; mostrando-se *igualmente evidente a sua existência na terceira fase*. Para John Bowlby, a *zona cinzenta* restringir-se-ia à segunda fase.

Terry Faw (1981, p. 143ss.) – de sua vez – prefere se valer de 6 (seis) estágios a serem perpassados pela criança, a fim de que haja o seu desenvolvimento cognitivo até os seus 2 (dois) anos. O Estágio 1 [Reflexos] corresponderia ao primeiro mês de vida; o Estágio 2 [Reações Circulares Primárias] iria do primeiro mês de vida aos 4 (quatro) meses; o Estágio 3 [Reações Circulares Secundárias] equivaleria ao período que vai do quarto mês de vida ao oitavo; enquanto que o Estágio 4 [Coordenação Sequencial de Esquema] iria do oitavo mês de vida ao final do primeiro ano; com o Estágio 5 [Reações Circulares Terciárias] e o Estágio 6 [Emergência da Representação Simbólica] já representando a plena sintonia da criança com o mundo em que se encontra inserida. Sugerir-se-ia que – no Estágio 2 – o afastamento, em relação aos pais, faz com que as crianças chorem; embora a sua longa exposição a quaisquer objetos – nisso estando curiosamente incluídos os genitores – faça com que deles se recordem por até 24h (vinte e quatro horas) apenas. Ou seja, está-se a concluir que – até o 4º (quarto) mês de vida – a superação de eventual “trauma” se daria de forma célere por parte da criança a ser separada de um eventual “*adotante à brasileira*”. O que – diga-se, de passagem – em nada significa dizer que eventual trauma não há de ser eficientemente superado após o decurso de tal lapso temporal.

4 **Dirigindo-se os olhares a outra face da mesma moeda: a regularidade do cadastro nacional de adoção – como bem jurídico a ser tutelado – e o “free rider”**

Na esteira de entendimento acadêmico já externado pelo signatário (MEDEIROS, 2012), o fato é que se vislumbra aqui a necessidade de se trazer à baila (ARAÚJO, 2008) diagnóstico há muito elaborado – por Garret Hardin, em seu artigo “*The Tragedy of the Commons*” (1968) – em relação ao *sobreuso* e ao *subinvestimento de recursos comuns*. Servindo-se principalmente de exemplos para ilustrar seu raciocínio, Garret Hardin teve o mérito de tornar nítida a

fatalidade que, passível de ser extraída da expressão “*The Tragedy*” por ele empregada (1968, p. 1244), revela-se inerente ao *sobreuso* e ao *subinvestimento dos recursos comuns* (1968, p. 1.244-1.245). No exemplo de que se serviu para ilustrar o problema da *internalização parcial da externalização negativa* que advém do sobreuso de um baldio, Garret Hardin descreve a conduta do pastor que, utilizando um baldio como pastagem, decide acrescentar um animal a seu rebanho. Nitidamente se percebe que reverte integralmente – em proveito do pastor – o acréscimo na utilização do baldio que inevitavelmente decorre do aumento de seu rebanho. Em contrapartida, também se pode perceber claramente que as externalidades (ARAÚJO, 2004, p. 933) negativas – impostas ao baldio, em decorrência do aumento de seu uso por parte do rebanho do pastor – recaem sobre este apenas parcialmente, porquanto hão de ser repartidas por todos os demais pastores que se servem daquele local (HARDIN, 1968, p. 1244). Não é difícil deduzir que tais constatações inevitavelmente podem levar o pastor a compreender que lhe é mais vantajoso explorá-lo de forma irrestrita [diga-se, de passagem, sem quaisquer limites], assim também ocorrendo em relação a todos os demais pastores que se servem do baldio, fatalmente resultando num uso cada vez mais intenso deste por parte daqueles, *até que haja o esgotamento do recurso comum* (ARAÚJO, 2008, p. 63). Facilmente se observa que o problema do sobreuso está na circunstância de que o pastor internaliza, notadamente “*faz seus*”, todos os lucros que advêm do aumento que ele próprio provoca no uso da pastagem. Em contrapartida, é de se observar que internaliza, também se podendo dizer “*suporta*”, apenas uma parcela dos custos totais decorrentes do acréscimo de utilização que ele mesmo impõe ao recurso comum com a sua conduta (ARAÚJO, 2008, p. 75). Sem sombra de dúvida, emerge daí o incentivo para que intensifique a utilização da pastagem, em comportamento que tem tudo para ser seguido pelos demais pastores que dela se servem para a alimentação de seus rebanhos, resultando num *sobreuso do recurso comum*.

A partir da premissa levantada pelo referido exemplo de Garret Hardin (1968, p. 1.244 e 1.245), há de ser empregado semelhante raciocínio no que se refere ao subinvestimento. De fato, quem vem a investir num recurso comum termina por gerar externalidades positivas (ARAÚJO, 2004, p. 939) que são aproveitadas por todos os seus utentes. Muito embora esteja a sós no momento em que internaliza, ou “*suporta*”, todos os custos dos investimentos feitos no baldio, de forma alguma isso lhe permite impedir que os demais utentes se beneficiem de tais melhorias, pouco importando que estes se neguem ou não a ressarcir aquele pelos custos referentes à implementação desses. Daí se poder concluir que o investidor jamais recuperará a totalidade das externalidades positivas por ele geradas mediante seu investimento no recurso comum. Aliás, é possível inferir que internalizará, ou “*fará sua*”, apenas “... *uma pequena* (ou

nula) proporção dos benefícios causados com o seu investimento” (ARAÚJO, 2008, p. 75). Por consequência, criar-se-á estímulo para um inevitável efeito de boleia ou “*free riding*”,¹⁰ ou mais amplamente para um efeito de retração ou “*shirking*” (ARAÚJO, 2008, p. 75), e para um consequente subinvestimento, ou vice-versa.¹¹

Nesse contexto, não é difícil perceber que – ao se lavar para as mãos para o fato de que, cada vez mais, *alguns* casais estão a se habilitar *regularmente* à adoção; enquanto *outros* estão a *irregularmente* ir em busca de uma “adoção à brasileira” ‘para chamar de sua’ – estar-se-á a abraçar o perigo de se levar à ruína a confiança que se tem de manter presente junto ao Cadastro Nacional de Adoção, a fim de que permaneça a servir às crianças e aos adolescentes deste país. Afinal, qual será a utilidade do Cadastro Nacional de Adoção, se a única circunstância relevante – em situações tais – será analisar se houve algum tipo de contato com a criança a ser adotada ou se já houve o registro de sua paternidade? Para que serve – afinal – o Cadastro Nacional de Adoção? Será mesmo que se trata de um mero cruzamento de dados, constantes em planilhas de “*pretensos adotantes*” e de “*possíveis crianças a serem adotadas*”? Ou será que se trata de um instrumento a – desde a fase de Habilitação para Adoção, a ser acompanhada pelo olhar atento das Equipes Técnicas Judiciárias – contribuir para que se chegue à maior compatibilidade possível entre *pretensos adotantes e crianças a serem adotadas*?

¹⁰ No que diz respeito aos problemas gerados pelo *free rider* e por múltiplas externalidades: DE BORNIER, 1986, pp. 265-271; MUELLER, 2003, p. 32.

¹¹ Principalmente por tangenciar o tema que se está a propor no presente estudo, reveste-se de grande importância o exemplo que, no âmbito dos “Baldios de segunda ordem” que provêm da ausência de colaboração em níveis extremos e da intensificação da exploração em um processo cumulativo de externalização (ARAÚJO, 2008, p. 78) totalmente antagônico ao “*desarmamento unilateral*” (ARAÚJO, 2008, p. 86), terminou por ser consagrado por Fernando Araújo no que se refere à disseminação do “*doping*” no desporto (ARAÚJO, 2008, p. 79-80). No desporto competitivo, realmente, vislumbra-se um acesso livre de todos os desportistas ao recurso comum que vem representado pelos bons resultados na prática desportiva. A despeito desse acesso livre, tem-se de reconhecer presente uma indiscutível rivalidade dentre os desportistas na circunstância de a vitória de um deles excluir o êxito dos demais. Levando-se em conta o número cada vez maior de desportistas a disputar as competições, não se pode excluir um sobreuso de meios que advenha do incremento ilícito do potencial físico-desportivo de determinados atletas, levado adiante por intermédio do *doping*. Sem sombra de dúvida, a disseminação do *doping* tem um impacto negativo inclusive sobre os próprios competidores, que se veem obrigados a macular seus corpos com o intuito de alcançar os resultados positivos por eles almejados. O problema é que a ausência de cooperação os expõe a essa “*seleção adversa*” (ARAÚJO, 2008, p. 80), onde a exigência de resultados que lhes é imposta por seu próprio profissionalismo os faz ter de escolher entre o *doping* “*vitioso*” e a derrota “*revestida de integridade*”. Nesse ambiente de intensificação da exploração em um processo cumulativo de externalização (ARAÚJO, 2008, p. 78) totalmente antagônico ao “*desarmamento unilateral*” (ARAÚJO, 2008, p. 86), nenhum desportista quer ser ingênuo a ponto de abandonar unilateralmente o *doping*, porque sabe que, ao fazê-lo, apenas estará a aumentar ainda mais a chance de vitória dos que porventura persistam a se valer do *doping*.

5 **Ainda com os olhares voltados a outra face da mesma moeda: da necessidade de se dar “voz” a quem ainda não a tem**

Na esteira de entendimento externado pelo Signatário (MEDEIROS, 2018, p. 93), o fato é que, em se tendo de lhes assegurar iguais “*condiciones comunicativas de la argumentación*” (HABERMAS, 1998a, p. 302), nada mais justifica que se deixe de pensar num *conteúdo mínimo* de um Direito que – em prol de *futuros parceiros de discurso* que carecem de “... *cualquier medio*” para *fazerem ouvir sua voz* (ROJO SANZ, 1992, p. 210) – desde já lhes confira um *dworkiniano trunfo* (DWORKIN, 1984, p. 153). A verdade é que se há de *lhes* conferir *trunfo* que impeça os *presentes* de desprezá-los em procedimentos democráticos que, destinados a desenvolver o *coerente e íntegro Direito* a se *lhes* aplicar, possam-lhes afetar futura e existencialmente. Tamanho *trunfo* – que se *lhes* concede – necessariamente há de ser reverenciado em sede de “*due process*” que, a assegurar-lhes um “*treatment as an equal*” (DWORKIN, 2002, p. 420) por que se *lhes* autorize a *hipotética e isonomicamente* prestar seu contributo discursivo para tanto (HABERMAS, 1997, p. 114), preste-se a *democraticamente* legitimar o coerente desenvolvimento do Direito que incessantemente se há de empreender em sede jurisdicional (MEDEIROS, 2018, p. 93).

O conceito de “*excluídos*”, que exaustivamente se empregara na Tese de Doutorado intitulada “O ‘*due process*’ redescoberto à sombra do verde” (MEDEIROS, 2018, p. 93), não se faz aqui presente ao acaso. Na verdade, a própria ideia jurídica de “*criança*” remonta – em retorno ao Século XVIII – ao conceito de “*excluídos*” (MENDEZ, 1993). Tratava-se de “*excluídos*” – a serem posteriormente chamados de “*menores*” – a que se deveria prestar assistência, inclusive como forma de prepará-los para a atividade laborativa. No caso em tela, não se pode negar que se está diante da necessidade de se dar voz à criança a ser “*adotada à brasileira*”. Até porque o que está em jogo é o futuro das crianças a serem “*adotadas à brasileira*”, que dependem de outrem para que se *lhes* dê “voz”. Se a opção do judiciário for meramente a de “*lavar as mãos*” em relação ao fato consumado que acompanha as adoções à brasileira, deixando que “... *as pessoas resolvam tudo por fora*” e restando ao Judiciário apenas a homologação do que é feito, estar-se-á “... *pura e simplesmente realimentando essa prática perniciosa que, lamentavelmente, ora vem por dinheiro (cash), como vantagens paralelas, de cunho patrimonial ou pessoal*” (Voto do Desembargador Breno Moreira Mussi, então integrante do 4º Grupo Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Processo n. 5984701540, In: ALMEIDA, 2005, p. 208).

Na esteira de tal opção de se “*lavar as mãos*”, estar-se-á a dar as costas ao “*superior interesse da criança*”, que se traduz justamente na necessidade

de que “... ela seja adotada lisamente de acordo com a regra do jogo, e não por uma ordem paralela”. Até porque – ao se restringir à homologação do que é feito, em total desprezo ao Cadastro Nacional de Adoção – estar-se-á “*realimentando a corrupção que existe por baixo dessa chamada adoção à brasileira, quando se fazem doações de seres vivos, registros falsos, etc.*”

Um contexto em que nitidamente se percebe (MEDEIROS, 2018, p. 93) a necessidade de assegurarem aos *infantes* – e aos *nascituros* – iguais “*condiciones comunicativas de la argumentación*” (HABERMAS, 1998a, p. 302),¹² conferindo-se-lhes “voz” e um *dworkiniano trunfo* (DWORKIN, 1984, p. 153). Algo a impedir os *presentes* de desprezá-los em procedimentos democráticos que, destinados a desenvolver o *coerente e íntegro Direito* a se lhes aplicar, tenham o condão de lhes afetar existencialmente. Afinal, restringir-se-á o Judiciário a simplesmente *homologar* ajustes a se instituírem entre quem quer que seja, seja lá por que intenções ou métodos? Nesse contexto, restringir-se-á o Judiciário a simplesmente homologar uma prática que fatalmente há de fazer com que nosso sistema legal se preste – cada vez mais – a avalizar uma prática que subjuga as crianças aos desejos dos adultos? Estar-se-á a fechar os olhos para a necessidade de – discursivamente – conferir-se “voz” a quem ainda não a possui legalmente? Conquanto não se perceba imediatamente a escancarada má-fé, estar-se-á a desmerecer o temor de – em se tratando de adoção irregular e de adoção à brasileira – a família biológica optar futuramente por ir em busca da criança adotada à margem do Cadastro Nacional de Adoção (WEBER, 1999)? Enfim, optar-se-á realmente por uma postura jurisdicional passiva – de mera homologação de situações tidas por “consolidadas” – que caminha, a passos largos, em direção a um “mercado” de crianças a serem “adotadas” por abastados casais inférteis?

6 O campo processual em que há de se desenvolver a batalha a ser travada entre crianças – a serem discursivamente salvaguardadas – e “adotantes”

Seja como for, urge que se atente para o campo em que há de se desenvolver a batalha a ser travada *entre crianças* – cujos legítimos interesses hão de ser jurisdicionalmente tutelados em meio à demanda judicial a ser para tanto ajuizada pelo Ministério Público – e “*adotantes*” que, pouco importando se de forma *manifestamente estratégica* ou se de maneira *latentemente estratégica*,¹³ estejam a ludibriar o Cadastro Nacional de Adoção. Antes de qualquer outra con-

¹² Tradução livre do autor do presente estudo: “*condições comunicativas da argumentação*”.

¹³ A respeito do “*agir estratégico*”: HABERMAS, 2010; 1990, p. 132.

sideração, há de se ter em mente que o inciso V do artigo 1.638 do Código Civil estabelece que “*perderá por ato judicial o poder familiar a mãe que “entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção”*”. Dito isso, urge que se perceba que – no artigo 1.734 do Código Civil – atenta-se à necessidade de incluir em “*programa de colocação familiar*”, na forma prevista na Lei nº 8.069/90, os infantes cujos pais tenham sido “*destituídos do poder familiar*”.

A Lei nº 8.069/90 – por sua vez – traz expressa a sua opção pela *Ação de Destituição do Poder Familiar*, tal qual se depreende do § 10º de seu artigo 101. A despeito de o § 3º do artigo 102 da Lei nº 8.069/90 ressaltar expressamente que – “*caso ainda não definida a paternidade*” – “*... será deflagrado procedimento específico destinado à sua averiguação*”, o certo é que o § 4º de tal dispositivo legal deixa explícito que “*... é dispensável o ajuizamento de ação de investigação de paternidade*” – pelo Ministério Público – “*... se, após o não comparecimento ou a recusa do suposto pai em assumir a paternidade a ele atribuída, a criança for encaminhada para adoção.*” Com isso, vê-se que a *Ação de Destituição do Poder Familiar* – de que trata o § 10º do supracitado artigo 101 da Lei nº 8.069/90 – há de ser tida como a via processual a englobar *adequadamente* quaisquer questões atinentes à *paternidade* do suposto pai, sem prejuízo de também se prestar a abranger quaisquer registros – a *contrario sensu* do § 5º do artigo 102 da Lei nº 8.069/90 – que lhes sejam concernentes.

A discussão então passa a centrar-se na necessidade de averiguar se à *Ação de Destituição do Poder Familiar* há de aplicar o microsistema a se instituir a partir do artigo 224 da Lei nº 8.069/90 e dos artigos 19 e 21 da Lei nº 7.347/85. Aí é que se precisa entender que – não bastasse a “proteção integral” de que trata o artigo 1º da Lei nº 8.069/90 – o próprio artigo 224 da Lei nº 8.069/90 traz expressa a opção por se aplicarem “[...] *subsidiariamente, no que couber, as disposições da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985*”. E o que se lê no artigo 21 da Lei nº 7.347/85? “*Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.*” Ou seja, não há dúvida de que todo o microsistema – imiscuído nas vísceras da Ação Civil Pública, a partir de que “[...] *são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar*” uma “*adequada e efetiva tutela*” dos interesses por ela protegidos, nos termos do artigo 83 da Lei nº 9.078/90 – aplica-se à *Ação de Destituição do Poder Familiar* por meio da qual, nos termos do § 10º do artigo 101 da Lei nº 8.069/90, dá-se ao Ministério Público instrumentos que lhe permitam enfrentar os desafios a se lhe imporem no âmbito da “*adoção à brasileira*”.

7 À guisa de conclusão: a absoluta prioridade do interesse da criança

Não há dúvida de que a supracitada “proteção integral” faz com que, na esteira do preceituado no artigo 7º da Lei nº 8.069/90, sempre se tenha de levar em conta os específicos interesses do infante de que se esteja a tratar no processo judicial a ele referente. Entretanto, tal não implica dizer que – ao fazê-lo – o Judiciário precisa “fechar os olhos” para as consequências de seu agir. No ponto, faz-se mister que se perceba que a abordagem individual – atinente à situação a ser especificamente tratada no processo judicial – jamais há de ignorar as consequências [pragmáticas] de tal decisão para um sistema legal que se baseia no Cadastro Nacional de Adoção. Não se trata de se instrumentalizar o infante – cuja situação esteja a ser especificamente tratada no processo judicial – ou de se utilizar uma Ética Utilitarista para tanto. Não se está aqui a desprezar a possibilidade de que – em determinados casos – deva-se realmente ter a situação por consolidada. O que não se quer é que – a pretexto de se estar a priorizar uma criança em específico – atue-se de forma *mecanizada*, sem qualquer reflexão quanto às consequências de tal agir Estatal. Afinal, o evidente cuidado que se há de ter – quanto a jamais se instrumentalizar um infante, em meio a uma Ética Utilitarista a se empregar em prol da lisura de um sistema legal (a se traduzir aqui no adequado funcionamento do Cadastro Nacional de Adoção) – depende igualmente de se manterem os olhos voltados para o fato de que, a cada opção por simplesmente se homologar uma despretensiva “adoção à brasileira”, mais e mais o Brasil passa a flertar com algo que – cada vez mais – perigosamente dá margem ao surgimento de um lucrativo [e potencialmente nefasto] “mercado”.

Referências

AACHEN, Assis Mendonça. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. Tradutor: Assis Mendonça Aachen. Revisor jurídico: Urbano Carvelli Bonn. Berlin, Deutscher Bundestag (Parlamento Federal Alemão), 2011. Disponível em: <http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3160404/Daten/1330556/Gundgesetz_pt.pdf>. Acesso em: 18 set. 2013.

ALMEIDA, Júlio Alfredo de. “Adoção intuitu personae – uma proposta de agir”. In: TRINDADE, Jorge. Direito da Criança e do Adolescente: uma abordagem multidisciplinar. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 54, out. 2004/abr. 2005.

ALVES, Emeli Silva. *Famílias abandonadas*. Papel Social. Porto Alegre, 1º mar. 2001.

ARAÚJO, Fernando. *A Tragédia dos Baldios e dos Anti-Baldios: O problema Económico do Nível Óptimo de Apropriação*. Coimbra, Almedina, 2008.

_____. *Introdução à Economia*. 2. ed. v. II. Coimbra: Almedina, 2004.

BELTRAME, Martha Silva. Caminhos e personagens da adoção. In: TRINDADE, Jorge. Direito da Criança e do Adolescente: uma abordagem multidisciplinar. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 54, out. 2004/abr. 2005.

BOWLBY, John. *A natureza do vínculo. Apego e perda*. 3. ed. v. 1. Tradução de Álvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Separação, angústia e raiva. Apego e perda*. v. 2. Tradução de Leonidas H. B. Hegenberg. São Paulo: Martins Fontes, 2023.

_____. *Perda: Tristeza e depressão. Apego e perda*. 2. ed. v. 3. Tradução de Valtensir Dutra. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. *Cuidados maternos e saúde mental*. 3. ed. Tradução de Vera Lúcia Baptista de Souza e por Irene Rizzini. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

DE BORNIER, J. M. The Coase Theorem and the Empty Core: A Reexamination. In: *International Review of Law and Economics*, 6, 1986.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Originalmente publicado em inglês, com o título “*Taking rights seriously*”, por Harvard University Press, 1977. 1. ed. Tradução de Nelson Boeira, revisão da tradução de Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. “Rights as trumps”. In: WALDRON, Jeremy. (Org.). *Theories of Rights*. Oxford, Oxford University Press, 1984.

FAW, Terry. *Psicologia do Desenvolvimento: Infância e adolescência*. 485 Problemas Resolvidos. Coleção Schaum McGraw-Hill, Editora McGraw-Hill do Brasil, 1981.

FOUCAULT, Michel. *Nascimento da Biopolítica*. Tradução de “*Naissance de la biopolitique: Cours au collège de France*” de Pedro Elói Duarte, originalmente publicado em 1978-1979, Seuil/Gallimard, Lisboa, Edições 70 Lda., 2010.

HABERMAS, Jürgen. “Acções, actos de fala, interacções mediadas pela linguagem e mundo da vida”. In: *Obras escolhidas de Jürgen Habermas*. v. I. Fundamentação linguística da Sociologia. Título original “*Philosophische Texte. Studienausgabe v. 1*”, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 2009. Tradução de Lumir Nahodil, Lisboa, Edições 70, Lda., 2010.

_____. *Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade*. v. I. Traduzido do original alemão “*Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*”, Frankfurt, Ed. Suhrkamp, 1994. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler, revisão de Daniel Camarinha da Silva. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Título original: “*Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*”, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1992 y 1994. Introducción y traducción, sobre la cuarta edición revisada, de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Editorial Trotta, 1998a.

_____. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1998b.

_____. *Pensamento pós-metafísico: Estudos Filosóficos*. Tradução do original alemão “*Nachmetaphysisches Denken. Philosophische Aufsätze*”, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1988. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

HARDIN, Garret. The Tragedy of the Commons. In: *Science*, 162, ano de 1968.

LÉVI-STRAUSS, Claude. *As estruturas elementares do parentesco*. Tradução de Mariano Ferreira. Petrópolis: Vozes, 2009.

LIBERATI, Wilson Donizetti. *Adoção Internacional*. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

MEDEIROS, João Paulo Fontoura de. *Devido Processo Legal: o processo como discurso iminente*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2018. ISBN 9788536284620.

_____. “Um olhar econômico-ambiental sobre a responsabilidade civil: a prevenção que vem refletida nos punitive damages”. In: *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, v. 72, 2012, p. 141-200.

MUELLER, D. C. *Public Choice III*. Cambridge University Press, 2003.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *A Gaia Ciência*. Tradução, notas e posfácio de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

_____. *A visão dionísia do Mundo, e outros textos de juventude*. Tradução de Marcos Sinésio Pereira Fernandes e de Maria Cristina dos Santos de Souza. Revisão de Marco Casanova. São Paulo: Martins Fontes, 2005a.

_____. *Assim Falou Zaratustra*. Título original: “*Auch sprach Zarathustra*”. Tradução de Alex Martins. Revisão de Antonio Carlos Marques. São Paulo: Martin Claret, 2003.

_____. *Crepúsculo dos Ídolos, ou, como se filosofa com o martelo*. Tradução baseada na edição organizada por Giorgio Colli e por Mazzino Montinari. Tradução, apresentação e notas de Renato Zwick. Porto Alegre: L&PM, 2009a.

_____. *Ecce Homo: de como a gente se torna o que a gente é*. Título do original alemão: “*Ecce Homo. Wie man wird, was man ist*”. 1. ed., reimpressão. Tradução, organização, prefácio, comentários e notas de Marcelo Backes. Revisão de Jó Saldanha e de Renato Deitos, Porto Alegre: L&PM, Coleção L&PM Pocket, 2009b.

_____. *Genealogia da moral: uma polêmica*. Tradução, notas e posfácio de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

_____. *O Nascimento da tragédia ou helenismo e pessimismo*. Tradução, notas e posfácio de J. Guinsburg. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

_____. *Sabedoria para depois de amanhã. Seleção dos fragmentos póstumos por Heinz Friedrich*. Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2005b.

OLIVEIRA, Guilherme de. *Critério jurídico da paternidade*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003.

PAPALIA, Diane E.; OLDS, Sally Wendkos. *O mundo da criança*. 2. ed. Traduzido de Auriphebo Berrance Simões. São Paulo: Makron Books, 1998.

RECHBERGER, W. *Die Ideen Franz Kleins und ihre Bedeutung für die Entwicklung des Zivilprozessrechts in Europa*. Ritsumeikan University Law Review (2008).

ROJO SANZ, José María. “Los derechos de las futuras generaciones”. In: BALLESTEROS, Jesús. (Ed.). *Derechos Humanos*. Madrid: Editorial Tecnos, S.A., 1992.

SCHREIBER, Elisabeth. *Os direitos fundamentais da criança na violência intrafamiliar*. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001.

SILVA, José Luis Mônaco. *A família substituta no Estatuto da Criança e Adolescente*. São Paulo: Saraiva, 1995.

WEBER, Lídia Natália Dobrianskyj. *Aspectos psicológicos da adoção*. Curitiba: Juruá, 1999.