

UMA ANÁLISE ESTRUTURAL DO INSTITUTO DA ADOÇÃO E DA FAMÍLIA: ELEMENTOS TEÓRICOS PARA UMA ANÁLISE SÓCIO-JURÍDICA DESTE CONCEITO NO BRASIL

Danilo Saran Vezzani¹

Gustavo Augusto de Bourbon²

Yuri Rios Casseb³

RESUMO: o presente artigo busca abordar de forma crítica, a distribuição social do acesso ao instituto da adoção e guarda de crianças e adolescentes, por parte de famílias compostas por indivíduos que estão fora do modelo padrão de constituição familiar, como também de indivíduos que apresentam possibilidades de garantias sociais diferentes dos padrões sociais instituídos pelo Estado. Assim, por meio de uma análise sócio-jurídica, busca-se estabelecer os modelos conceituais de família que permeiam o ordenamento jurídico, visando esclarecer a dificuldade do acesso ao instituto, por outros arranjos familiares. Juntamente a isso, entende-se que esse processo seletivo pela norma jurídica não se relaciona unicamente a um pressuposto cultural sobre família, mas sim fruto conjunto de vários aspectos, entre eles, a desigualdade jurídico-econômica enfrentada por famílias que não conseguem suprir os ônus estatais a respeito da tutela da infância e adolescência. Por fim, compreendendo a importância de uma tutela extremamente cuidadosa a respeito das crianças e adolescentes, por parte da sociedade, há de se lembrar de que os padrões de cuidado instituídos pelo Estado não devem ser vistos como únicos, possibilitando uma pluralidade cultural maior com relação aos indivíduos além da necessária atribuição de corresponsabilidade estatal em garantir o acesso a instituto padrão.

ABSTRACT: this article analyzes in a critique manner the social distribution of the access to the institute of adoption of minors by families outside the common standards of familial organization, as well as that of individuals given social guarantees distinct from those allegedly guaranteed by the State. Hence, the establishment of conceptual models of family that permeate the juridical ordainment is sought after in revealing the difficulty of the access to the institute by different familiar arrangements. Simultaneously, it is understood that one such a selective process imposed by the ordainment is not exclusively related to a single cultural preordainment of family, but the joint byproduct of numerous aspects, among which the economic and judicial inequality which families that are unable to provide over the vacant burden left by the State in the guardianship of minors are subjected to. Finally, comprehending the importance of the exceedingly careful oversight of children and teenagers by society, it must be remembered that the standards of care established by the State must not

¹ Danilo Saran Vezzani, 3º Ano de Direito, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, UNESP Campus Franca, Brasil, danielosaranvezzani@gmail.com

² Gustavo Augusto de Bourbon, 3º Ano de Direito, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, UNESP Campus Franca, Brasil, bourbong8@gmail.com

³ Yuri Rios Casseb, 3º Ano de Direito, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, UNESP Campus Franca, Brasil, Yuri-Rios-Casseb@hotmail.com.

be faced as unique to the exclusion of others, such that a greater cultural plurality might be possible in relation to the adopting individuals; more so, one must also remember the necessity of the continued mutual responsibility of the State in guaranteeing access to the institute of adoption.

Palavras-Chaves: Sócio-jurídico. Corresponsabilidade. Simbólico. Família. Adoção.

Keywords: Socio-legal. Mutual responsibility. Symbolic. Family. Adoption.

Palabras-chave: Socio jurídico. Corresponsabilidad. Simbólica. Familia. Adopción.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Do conceito de família no direito brasileiro. 2 Da discriminação econômica no instituto da adoção. 2.1 Da omissão do Estado no processo de adoção. 2.2 Dificuldades do instituto de adoção no âmbito econômico. 3 A corresponsabilidade do estado no cumprimento da lei: a teoria da Co-culpabilidade aplicada nas relações sócio-jurídicas. 3.1 Diálogo com a teoria da Co-culpabilidade do Estado. 4 Considerações finais. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

As descobertas de Einstein acerca da relatividade e simultaneidade dos acontecimentos, e também dos experimentos de Heisenberg e Bohr, no âmbito da mecânica quântica, perpetuaram, na modernidade, uma crise de paradigmas científicos. Instaurou-se assim uma série de questionamentos quanto às possibilidades do agir científico como também uma desconfiança contra a própria razão.

Tal desconfiança, de fato se impôs a todas as demais ciências, inclusive à ciência jurídica como reação ao positivismo jurídico que se alastrava dentro das academias⁴. De modo que os intelectuais do campo jurídico, ainda que cada um a sua maneira (em cada uma das áreas do direito) foram obrigados a dialogar entre si e entre os demais intelectuais as possibilidades de uma ciência jurídica. Os resultados de uma maneira geral reabriram (se é

⁴ Para melhor compreensão (cf FARIA, 1988).

que de fato eles haviam sido fechados) o contato entre o direito positivo, a moral e a política, ainda que em detrimento de um dos termos e favorecimento de outro⁵.

Associado a tal postura de desconfiança da razão e do poder, e em certo sentido sofrendo influência e sendo influenciado⁶ pelos discursos intelectuais e pelos movimentos sociais, é que surgiu a necessidade de se produzir uma nova estrutura legal no Brasil, no caso a Constituição Federal (CF) de 1988, que se afastando do caráter puramente técnico (que a legislação e o direito tiveram durante a ditadura), traduziria para um contexto mais palpável à população o conhecimento jurídico, e também serviria como meio de diminuir o crescente desnível socioeconômico enfrentado pelo ordenamento anterior.

É exatamente com base nesse avanço da ciência jurídica e também da própria sociedade brasileira que realizou uma abertura no conceito de família e ampliou o instituto da adoção, que o presente trabalho visa contribuir com elementos para um avanço na análise destes fatores. Lembrando-se, que tal análise tem como fundo metodológico a pesquisa bibliográfica e tem como intenção a realização dos princípios encampados pela CF de 1988 e aqueles defendidos pelos tratados.

1 DO CONCEITO DE FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO

O art. 226 da Constituição Federal preceitua que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Acredita-se, portanto, cabível assumir que, sendo tal artigo parte integrante da legislação de maior importância do ordenamento brasileiro e pelo fato do conceito de família perpassar toda a legislação brasileira e não só (como, por exemplo, na “Convenção Americana de Direitos Humanos”), tal conceito é de importância impar para os agentes jurídicos.

Todavia, esta importância não é estática, pelo contrário, ela é dinâmica: o Direito envolve, necessariamente, o direito (em outras palavras, a legitimidade) de se dizer o que é de Direito e em consequência aquilo que não o é. Aristóteles, talvez o primeiro a escrever sobre o tema ensina, em sua “Retórica”: estratégias que os agentes jurídicos podem utilizar, na

⁵ Muitos são os exemplos de teorias e autores nesse sentido, um dos maiores exemplos, talvez sejam os trabalhos de Dworkin e Alexy.

⁶ Não se pretende aqui dizer que essa influência dos discursos dos intelectuais atingiu diretamente os movimentos sociais e os legisladores da Constituição de 1988, e nem que a influência entre eles foi igualitária.

medida em que as leis lhes convierem ou não, para convencer o julgador (ou, sem eufemismos, ganhar o jogo jurídico) (ARISTÓTELES, 2012, p. 73-80).

Portanto, ao contrário do que sustentou o positivismo jurídico⁷, as lacunas jurídicas não são algo estranho ou negativo ao Direito, que devem ser caçadas e extermínadas. Ao contrário, este legalismo extremado se trata de uma estratégia própria daqueles que estão acostumados às leis e aos meios de modificá-las e pretendem conservar esta estrutura ao invés de possibilitar a influência de meios outros como, por exemplo, os movimentos sociais (cf FARIA, 1988, p. 117).

Assim, o conceito de família no Direito, dependeu e depende, em parte, da eloquência⁸ (BOURDIEU, 2010, p. 190-194) daquele que o sustenta (por exemplo, um advogado) e em contrapartida da crença que os agentes que irão exercer (praticar) tal conceito (o juiz que afirmará ou negará o pedido e os demais agentes sociais que contribuirão ou não para em prática aquilo que foi decidido por Direito). É na medida da “crença praticada” que se determina e se objetiva o conceito, o qual passará a servir de meio de legitimação e não mais depender da legitimidade (BOURDIEU, 2012, p. 106-107).

Dessa forma, esse “mal-entendido” possibilita chances de investimentos (tomadas de posição)⁹ para todos os agentes envolvidos, permitindo que instituições, família e judiciário,

⁷ Lembrando-se, que se trata aqui do movimento jurídico cujos efeitos podem ser vistos ainda hoje no campo jurídico brasileiro. Ou seja, não se tem em mira um autor específico, visto que se este fosse o caso, ter-se-ia de lembrar que o próprio Kelsen já negava essa ideia de perseguir as lacunas e afirmava que elas fazem parte do próprio Direito, das próprias estratégias dos juízes, e que não são contrárias a sua ideia de ciência do Direito (2013, p. 151-160).

⁸ Por sua vez, esta eloquência nada mais é que a soma entre os argumentos utilizados por aquele que quer ver o vir a ser do ponto que defende (no caso a família): transformação do dever-ser pretendido em ser, que depende dos argumentos utilizados (que no exemplo, por ser de um advogado são tendencialmente jurídicos) e da proximidade que tal ponto de vista está daquele indivíduo ou daquela instituição (no caso o juiz amparado pelo Estado) e que, portanto, pode vir a ser aceito como verdade mais facilmente. Não se trata aqui de proximidades de interesses contra as regras do jogo (como o suborno, por exemplo), até porque, embora tal leviandade possa ocorrer entre aqueles que travam relações de interesses intersubjetivas, não é o convencional; ou seja, não é apenas uma das partes que no caso depende da legitimidade para aprovação, mas sim ambas (assim, esta o juiz também sujeito a realizar tais trocas com o Estado e com aqueles que o fiscalizam). Trata-se, em verdade, de algo que é comumente praticado pelos marqueteiros, que jogando com aquilo que o público alvo do “marketing” quer e aceita não apenas de maneira consciente, conquista o futuro cliente pela similaridade que a proposta trava com o inconsciente deste.

⁹ Como se verá os investidores não apresentam as mesmas possibilidades de lucro, mas de fato, apresentam possibilidades dispare, mas que ao invés de se negarem, se adaptam e se reproduzem. Um bom exemplo desse fenômeno acontece no campo da educação onde muitas vezes aqueles que nele adentraram desde o começo já não possuíam o capital específico para suportá-lo até o fim. Todavia por terem feito parte do jogo tenderão a se enxergar como culpados então legitimamente desqualificados não violentamente desqualificados (cf BOURDIEU e PASSERON, 2008, p. 23-90).

e agentes (pai/juiz e filho/réu)¹⁰, ou seja, que os campos, jurídico e social, acomodem-se, reforcem-se e se reproduzam¹¹. Em outros termos, ser-se-á enquanto o conceito de família não é conhecido como o resultado das lutas históricas materializadas que o efeito de reconhecimento (muitas vezes pela própria ignorância) como se este conceito fosse natural, garante capital simbólico (legitimidade) propriamente jurídico, que servirá para legitimar (naturalizar) a arbitrariedade dos próprios direitos da família, bem como dos juristas, e da própria família que sob o efeito simbólico da proteção de vários títulos e institutos jurídicos sevê legalmente sancionada e justificada (BOURDIEU, 2010, p. 247-249).

O efeito conservador e reprodutor é tanto maior quanto mais relações um campo está acomodado ao outro sem entrar em relação de desmistificação¹² (competição destrutiva) e quanto mais objetivadas estão às posições e os controles sociais destas. É, exatamente, daí que advém tamanha força simbólica da instituição familiar em todos os demais campos: estruturalmente com muitas semelhanças, carrega toda a “naturalidade” de ser a fórmula celular primordial das sociedades. Como diria Canguilhem: “(...) a partir do momento que várias normas coletivas de vida são possíveis em um determinado meio, aquela que é adotada, e que por sua Antiguidade parece natural, continua a ser, no fundo, a escolhida (CANGUILHEM, 2011, p. 121)”.

Foi por se valer (feita valer pelos agentes capazes de a por em prática), praticamente, de todas as homologias entre os campos, com posições tão invariantes e pré-determinadas, que a família pode se reproduzir e se conservar até os dias de hoje. Nesse ponto, tem razão Durkheim, quanto ao fato que diante de coações externas (violências tanto materiais como simbólicas¹³) não sobre alternativa aos indivíduos (enquanto individualmente isolados) que não seja se resignar com a coação (DURKHEIM, 1978, p. 87-93).

¹⁰ Obviamente há limites para essas homologias, o que não significa que elas estejam erradas, pelo contrário: “Não há dúvida de que a mesma estrutura – entendida como *invariante* das formas das diferentes distribuições – se encontra, ela própria, nos diferentes campos, o que explica a fecundidade do pensamento analógico em sociologia. Mas não deixa de ser verdade que o princípio da diferenciação é, de cada vez, diferente, como a natureza do interesse e do que neste está em jogo, logo, a *economia* das práticas. Importa, com efeito, restabelecer uma justa hierarquização, quer dizer, das espécies de capital (BOURDIEU, 2010, p. 154)”.

¹¹ Não se quer aqui realizar nenhuma forma de generalização exagerada. Dessa forma, não se tem a intenção de delimitar todas as instituições, agentes e campos envolvidos nesse processo de legitimação. A ideia que envolve está parte deste trabalho é a de mostrar que estas relações existem, porém a graduação delas só poderá ser feita por um trabalho científico empírico.

¹² Tratar-se-á deste tema mais a frente.

¹³ Recorrer como exemplo de violência simbólica à nota 3.

Daí advém à força simbólica que este conceito carrega e que ganha destaque nos grandes mercados, a começar pela própria família instituída¹⁴, no mercado político¹⁵ e econômico¹⁶. Isso porque, tais estruturas (ou grandes partes delas) aceitam como parte do campo jurídico grandes participações populacionais¹⁷: em termos mais simbólicos, instituições que vivem pelo senso comum¹⁸ e também (mas não só) para ele.

Entende-se assim, o porquê, por muito tempo as críticas à família permaneceram encerradas em ambientes simbolicamente distintos do todo social: como nas academias, nas obras literárias¹⁹, nos trabalhos científicos, nas pinturas e etc. Há de fato uma dupla proteção, direta (desprestígio ou até mesmo violento, como no caso da perseguição científica) e indireta (a própria lógica das estruturas simbólicas tende a inviabilizar os lucros simbólicos que os indivíduos engajados em determinado campo podem retirar de outro, por exemplo, é, geralmente, inviável que um determinado pintor²⁰ pinte algo capaz de agradar aos seus pares, que legitimam sua produção, e as massas), na lógica da representação que o indivíduo ou instituição que pretende falar em nome de grandes quantias populacionais está sujeito: em outras palavras, a liberdade, socialmente condicionada, que certos agentes (profissionais) têm para agir socialmente (por exemplo, discursar) em muito está vinculada a falta de resultados, fora de meios restritos, que está ação terá (BOURDIEU, 2012, p. 212-239).

¹⁴ Um exemplo desta rotina pode ser visto no livro de Virginia Woolf, “Passeio ao Farol” (cf 1990). Mas no clássico da cultura brasileira de Graciliano Ramos, “Vidas Secas”, onde mesmo em uma família, praticamente, a margem de todo esquema simbólico (destituída da própria linguagem e em consequência de pensamentos mais rebuscados), a força da instituição família permanece e se reproduz (cf 2006).

¹⁵ É assim que pode ser entendida, segundo Marx e Engels, a força alienadora do Estado paternalista (cf 2003). Para um aprofundamento dois livros de Engels são interessantes “Do Socialismo Utópico ao Socialismo Científico” (cf <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/ma000056.pdf>>: Visitado em 6 de novembro de 2014) e “A Origem da Família da Propriedade e do Estado” (cf 2012).

¹⁶ Nesse sentido, recomenda-se o estudo da obra de Weber, “A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo” (cf 2004), nela fica visível à proximidade que a ética prática da religião e, consequentemente, da família se interconectavam com a ética da economia capitalista da época. Hoje tal proximidade poderia ser vista como alvo de interesse direto por parte das propagandas e programas direcionados a grandes públicos (como produtos de limpeza doméstica e como os programas que exploram o tema familiar amplamente). Outro efeito dessa proximidade será comentado mais a frente em razão da didática própria deste trabalho.

¹⁷ Populacionais aqui no sentido de administração política da vida, como leciona Foucault em “A verdade e as Formas Jurídicas” (cf 2003) e no primeiro volume da “História da Sexualidade” (cf 2014). É nesse sentido, e sob a mesma influência que no Foucault (no caso Nietzsche), que Sloterdijk sustenta que o humanismo, no qual e pelo qual a o modelo de família pode se espalhar pelo mundo (se universalizar), é também a forma de poder do homem que administra outros homens (SLOTERDIJK, 2000, p. 45-49).

¹⁸ Para um aprofundamento no tema recomenda-se a leitura do livro de Goffman “A Representação do Eu na Vida Cotidiana” (cf 1985).

¹⁹ Entende-se com isso o motivo pelo qual foi tão difícil se fazer ver aquilo que Bataille enuncia: “(...) Nossos filhos não partilham nossas relações por si mesmos. Podem não gostar de um alimento, que recusam. Mas devemos lhes ensinar por meio de uma mímica e, se preciso, pela violência, a estranha aberração que é o nojo, que nos toca ao ponto mesmo de desfalecermos, e cujo contágio nos chega desde os primeiros homens; através de inúmeras gerações de crianças repreendidas (BATAILLE, 2013, p. 82)”.

²⁰ Um exemplo disso são as famosas “pinturas negras” feitas por Goya, certamente avançadas para o campo da arte da época, mas que, sem dúvida, afrontaram o poder da Igreja e da Sociedade Espanhola.

Fica claro, portanto, que o campo jurídico como campo de lutas possui duas esferas, um tanto quanto distintas, mas que se interligam de maneira reprodutora: uma propriamente prática (feita pelos advogados, promotores, juízes etc.) e outra propriamente acadêmica (feita pelos professores, alunos etc.) (BOURDIEU, 2010, p. 209-254). Esse campo, derivando sua legitimidade de instituições tradicionais, atendendo, muitas vezes, o senso comum, seja em sua esfera acadêmica, de forma menos naturalizada, seja em sua esfera prática, de forma mais naturalizada, há muito privilegiou a família, como instituição de reconhecimento popular útil a sua própria perpetuação.

Mas a própria instituição família apresenta-se, simbolicamente, como um instituto crescentemente defasado, em parte por sua dilaceração contra outros discursos, em outra por apresentar-se, vezes, contrária aos interesses do mercado, a mesma ortodoxia dominante que por muito tempo a sustentou, interessada nela como categoria de consumo. A constituição do núcleo familiar deixa de servir como forma de distinção social no convívio comum, defasando a própria utilidade da instituição família para o direito, que passa a considerar estabelecimentos menos tradicionais, como se pode evidenciar a partir da CF de 88.

Por fim, conclui-se que este sendo um momento de modificação e transformação do conceito de família, cabe ao Direito e a própria sociedade reinventá-lo. Obviamente, sendo as forças de transformação, transformadoras no limite da tendência conservadora e reprodutora, não necessariamente se acabará com um conceito mais democrático de família. Voltar-se-á ao tema no terceiro capítulo. Por ora, analisar-se-á o instituto da adoção à luz desta visão científica do direito.

2 DA DISCRIMINAÇÃO ECONÔMICA NO INSTITUTO DA ADOÇÃO

O instituto da adoção previsto na lei n.º 8.069/90, não obstante as formas de discriminação e constrangimento já inerentes à definição tradicional de família adotada, e sua exponenciação pela prática dos atos processuais e administrativos circunscritos, pode, muitas vezes, apresentar-se como uma forma de discriminação econômica contra os setores mais pobres da sociedade, majoritários, visto que esses mesmos fatores monetários interferem na composição da suposta família tradicional.

Isso porque, se, por um lado, o texto constitucional reafirma a imperatividade de não privilegiar-se distinções sociais - em seu art. 3º, por exemplo - por outro, as próprias

imposições legislativas operam, em sua vigência, a instituição de uma normalidade (cf. CANGUILHEM, 2011). Uma normalidade econômica inclusive, com características simbólicas próprias, porém distantes dos padrões aos quais a grande maioria da população nacional está submetida.

Essa discriminação tem natureza distinta no pertinente à composição familiar e aos critérios econômicos dessa família, pois, por mais que estes fatores estejam, em muitos aspectos, relacionados, o primeiro é, no presente mediato, forma de discriminação insanável, voltada contra a pessoa, ao passo que o segundo, referindo-se a recursos, poderia, nas devidas circunstâncias, ser suprido pelo Estado.

Entretanto, embora aquele mesmo texto constitucional busque sanar essa desigualdade, é a limitação do Estado, em recursos, e sua natureza, institucional em análise, mas tão pessoal como qualquer outra instituição em sua atuação, que permitem que a aparente normalidade familiar presente na lei torne-se forma ativa de discriminação pelo próprio Estado.

Ou seja, embora a exigência de certo padrão econômico, à luz das garantias previstas no art. 3º da CF, qualifique limitação razoável, dadas as próprias limitações materiais básicas à dignidade humana, quando o Estado não pode supri-las, cessa sua razoabilidade e passa-se a um instituto de discriminação social; até porque, sem esse auxílio, não mais se pode falar das diferenças econômicas como algo suprível, mas sim como forma ativa de discriminação.

E, de fato, essas diferenças são tão dificilmente supríveis pelos próprios indivíduos por ela desprivilegiados como aquelas de cunho mais simbólico, porque, em algum nível, já falta a esses indivíduos o capital simbólico (cf. BOURDIEU, 2010) necessário à aquisição de capital material, e vice-versa, de forma que a superação das limitações financeiras de uma família numa única geração seja não o esperável, mas a rara exceção à regra.

Logo, os critérios econômicos que influem no processo de adoção em relação ao adotando são frequentemente uma forma de discriminação negativa, teoricamente suprida pela ação do Estado uma vez que afasta a responsabilidade do agente, mas qualificada na medida em que a atuação do Estado deixa lacunas e irregularidades e o adotando torna-se alvo de discriminação econômica no processo de adoção.

2.1 Da omissão do Estado no processo de adoção

Mas, evidenciada essa desconfortável faceta do instituto, deve-se, então, analisar sua razão de ser em face da realidade nacional, tal qual suas ramificações perante os adotados e adotados, isso para que se possa, posteriormente, buscar vias de solução para o plausível defasamento do instituto da adoção, vias que, certamente, implicarão não uma resposta singular e facilmente universalizada, mas sim um difícil sopesamento dos valores a serem atendidos pelo instituto (cf. DWORKIN, 2007).

Ora, os elementos discriminatórios do instituto, supostamente sanados, pelo menos em seus aspectos econômicos, quando o Estado, no art. 23 da lei 8.069/90, propõe-se a auxiliar financeiramente a família originária ou estendida no cuidado da criança, quando não possuem condições para tal, permanecem na medida em que o Estado continua a cobrar tais exigências financeiras, certas vezes até indispensáveis, quando ele mesmo é incapaz de cumprir a obrigação do auxílio em relação a essas famílias.

Tem-se, portanto, simultaneamente um direito ideal, o direito do ideário constitucional, e um direito do possível, que é exercido por seus aplicadores e vivenciado por seus ordenados, com semelhanças e divergências complexas, que excedem o campo do direito propriamente na relação entre o Estado e a sociedade; isso já inerte dentro da própria dinâmica do direito, que em muito excede o direito puramente positivo, o texto codificado, que, descontextualizado, significa pouco, se alguma coisa.

Se no texto legislativo e doutrina não vem à tona, abertamente, as prerrogativas da discriminação econômica no processo de adoção, no exercício do direito, os critérios econômicos tornam-se peça chave do processo de adoção, na medida em que se julga, socialmente, influir a condição financeira imensamente na criação do indivíduo em relação a manutenção dos padrões ortodoxos dominantes, reverenciados, se não necessariamente comuns.

Numa atuação menos simbólica, entretanto, esses critérios tomam um papel tanto mais fundamental, ao passo que ditam até que ponto é possível ao adotando criar a criança, visando-se sempre seu melhor interesse, sem negar-lhe condições básicas de sustento – ironicamente – na omissão do Estado, pelos padrões constitucionalmente estabelecidos.

E, se de alguma forma se reconhece a omissão do Estado²¹, quando muitas vezes o auxílio estatal, para certos setores da sociedade, parece amplo e suficiente, faze-o em sussurros; discursos contrários e a favor dos amparos estatal mais servem para fomentar a noção de que esse amparo é compreensivelmente abrangente – muito mais comuns são críticas e discursos contrários ao auxílio do que a verificação de se o auxílio é de fato medida efetiva aos fins pretendidos.

Quando o Estado é incapaz de suprir os quesitos exigidos no art. 23 do ECA, ou mesmo quando realiza-se que a soma advinda desse dispositivo é, muitas vezes, inferior aquela necessária para atender ao crescimento da criança pelos padrões de dignidade estabelecidos pela CF/88 e pela lei 8.069/90, muitas vezes resta ao próprio operador do direito realizar os atos discriminatórios velados para barrar a adoção, ou, pelo contrário, reconhecer que esses padrões de dignidade estão muito distantes da realidade nacional média e são, portanto, distintos da ampla possibilidade jurídica.

2.2 Dificuldades do instituto de adoção no âmbito econômico

Percebe-se, como já anteriormente ensejado, que a problemática depara-se com uma barreira material, imposta pela própria divergência entre o ideário legislativo e a medida do realizável pelo Estado enquanto instituição de administração pública. Cobrar mais recursos do Estado é, frequentemente, um discurso materialmente vazio (mas não despido de função social), dado que, semelhantemente, o orçamento público e a realidade econômica da nação são pouco mutáveis e quaisquer dispêndios excessivos virão a ser cobrados com juros à nação; com algumas exceções pertinentes à manutenção da própria economia nacional (cf. KEYNES, 2002).

Portanto, não pode haver solução ao impasse que não por um sopesamento, por uma metodologia quanto científica quanto possível, dentro do próprio direito, entre o objeto e meta legislativos, fruto do idealismo da CF/88, e a medida do possível, já prevista na mesma, notando-se que a segunda é sempre limitação absoluta, dado que se reflete, em última instância, na própria materialidade da nação, despida de abstrações, embora raramente apresente-se dessa forma.

21 Disponível: <http://www.mds.gov.br/saladeimprensa/noticias/2014/dezembro/bolsa-familia-chega-a-14-milhoes-de-familias-em-dezembro> Acesso em: 12 dez. 2014.

Contudo, tal sopesamento e pretensão científica, embora devam ser empenhados pelo campo jurídico, requerem a participação de outros campos que, pela dinâmica tradicional do próprio direito e pelas próprias limitações impostas ao Estado materialmente, inclusive humano, permanecem pouco ou apenas infimamente presentes no processo jurídico. A eventual expansão de sua participação seria, por si só, um projeto de longa e difícil implementação.

Assim, deve-se, no referente ao instituto da adoção, pensar simultaneamente na razoabilidade das metas legislativas, não podendo, contudo, olvidar-se delas, no direito, e nas possibilidades de ampliação da participação estatal, inclusive por projetos de desenvolvimento nacional, no plano diretivo. Embora seja imprescindível a priorização do melhor interesse da criança, não se deve, no processo, abrir mão de uma perspectiva pública do direito.

3 A CORRESPONSABILIDADE DO ESTADO NO CUMPRIMENTO DA LEI: A TEORIA DA CO-CULPABILIDADE APLICADA NAS RELAÇÕES SÓCIO-JURÍDICAS

Nota-se que os meios de acesso ao instituto da adoção no Estado brasileiro, tanto no seu plano legislativo²², quanto em seu plano econômico social, inviabilizam, de forma ou de outra o acesso a este instituto por pessoas que se apresentem em alguns qualificantes de marginalização²³. Dessa forma, o supramencionado instituto, se torna defasado com relação à realidade social, sendo mais um direito objetivo que só é garantido a determinados padrões de cultura e principalmente para membros da elite.

²² Entende-se aqui como plano legislativo principalmente pelas partes pertinentes da Lei 8.069 de 1990 e pela lei 12.010 de 2009. Não se exclui, entretanto, todo o rol de princípios e dispositivos referentes à tutela dos menores tanto no âmbito civil, quanto nos demais ramos do Direito.

²³ O conceito “marginalidade” e o processo de “marginalização” dos indivíduos dentro de uma sociedade é um tema de amplo debate e de diversas teorias dentro da sociologia e da filosofia. Temos desde os conceitos clássicos de Durkheim fundados na marginalidade como a falta da solidariedade orgânica em uma relação social, vinculada diretamente com os aspectos da Divisão do trabalho (cf DURKHEIM 2010), passando por Goffman em sua perspectiva de estigma e instituição total (cf GOFFMAN, 1998), até os conceitos mais modernos, como por exemplo, a explanação de Habermas como um estado de proibição ou impossibilidade de participação social (cf HABERMAS, 2002). Não se pretende aqui categorizar e discutir cada uma das concepções, mas pode-se dizer que de maneira básica e quase homogênea, o conceito de marginalidade envolve as minorias que não se adaptam aos valores da cultura dominante, seja por uma resistência natural de sua própria cultura, ou por necessidade social de expor um grupo à preconceitos, sendo assim excluídos da participação de tutelas jurídicas adequadas.

A marginalidade social pode também ser considerada tanto no plano individual como no plano coletivo. No plano individual, o conceito aplica-se à pessoa que se encontra à margem do contexto social sem usufruir das oportunidades e privilégios. No plano coletivo, o conceito aplica-se a quem infringe as normas de conduta e os princípios convencionalmente determinados pela sociedade.

Assim, o instituto da adoção tanto quando é concedido, quanto quando é negado pelo Estado serve de um reflexo interessante a respeito dos grupos marginalizados do Estado brasileiro, fazendo o papel de espelho da realidade social, como também de novo instrumento de marginalização cultural e econômico. Exposto isso, este tópico pretende abordar a forma com que o Estado é responsável e deve se responsabilizar pela viabilidade do instituto da adoção à uma maior quantidade de grupos sociais.

É inegável a importância que se atribuiu, após a constituição de 1988, à tutela dos menores. A ECA foi um marco no Direito brasileiro por se dedicar exclusivamente e de maneira exaustiva a tratar sempre de maneira favorável às necessidades familiares e civis dos menores. A adoção proposta pela lei 12.010 e posteriormente a complementação adotada pela Lei de Adoção demonstra de modo significativo, o foco jurídico de todo estatuto, como demonstrado nas palavras da doutrinadora Maria Helena Diniz: “A adoção surge então não mais como uma forma de levar uma criança à família, mas sim de dar uma família a criança” (DINIZ, 2012).

O problema dessa questão, quando se refere exclusivamente ao instituto da adoção, se estabelece quando se analisa o conceito de família, tanto na perspectiva jurídica, quanto econômico-social.

Para abordar de maneira mais ilustrativa sobre a questão apresentada, faz-se necessária uma referencia a Foucault. Nas palavras do autor:

O poder não é concebido como uma propriedade, mas como uma estratégia, que seus efeitos de dominação não sejam atribuídos a uma “apropriação”, mas a disposições, a manobras, a táticas, a técnicas, a funcionamentos; que se desvende nele antes uma rede de relações, sempre tensas, em atividades, que um privilégio que se pudesse deter; que ele seja dado como modelo antes a batalha perpetua que o contrato que faz uma cessão, ou a conquista, que se apodera de um domínio. Temos em suma que admitir que este poder se exerce mais que se possui que não é o “privilegio” adquirido ou conservado da classe dominante, mas o efeito de conjunto de suas posições estratégico-efeito manifestado e as vezes reconduzido pela posição dos que são dominados. Esse poder, por outro lado, não se aplica pura e simplesmente como uma obrigação ou uma proibição, aos que “não têm; ele os investe, passa por eles; e por meio deles; apoia-se neles, do mesmo modo que eles, em sua luta contra esse poder apoiam-se por sua vez nos pontos em que ele os alcança”. (FOUCAULT, 1997, p.29)

Essa concepção de forma, ou mutabilidade do poder enquanto ente perceptível apenas por meio de véus remete de forma muito próxima ao que ocorre no estado brasileiro. Michel Foucault entende a conjuntura estruturante, que em tese deveria servir como um meio de

organização da convivência social, como uma nova forma de se passar como se fosse natural, os institutos de dominação²⁴ e exclusão social. Assim a realidade social, passa a ser constituída por uma infinidade de interações concretas entre indivíduos, os quais, um processo de tipificação confere um significado que se afasta das situações concretas e continua a estender-se através da linguagem. (CHOMSKY, 2011).

O ECA segue aos moldes da constituição de 1988, provando-se necessária a dilatação dos direitos objetivos²⁵ no qual a sociedade brasileira deve se constituir, para que se possa garantir sem sombra de duvidas a efetivação dos direitos subjetivos. Entretanto, essa dilatação dos Direitos objetivos, ao mesmo tempo em que causam dificuldades formais na manifestação de determinados direitos, tornam também vagos os requisitos de seu cumprimento. Essa disparidade entre aquilo que se tem como pretensão de garantir e a incongruência com o que ocorre em prática, chama-se idealismo legislativo.

O idealismo está relacionado de maneira íntima com o postulado no ordenamento jurídico e aquilo que se faz possível ao momento para os grupos sociais. Quer dizer que a postulação de ideias abstratas, seja por uma abstração de conceito ou seja por incompatibilidade com a sociedade em que se implanta, sem levar em conta o povo que deve vivenciar-las e as relações sociais que condicionam as culturas, produz de maneira ou de outra uma ineeficácia do instituto e deturpação de sua funcionalidade para um método de domínio (FERREIRA FILHO, 2007, p. 117).

É claro que os ônus que se impõe aos indivíduos que buscam o instituto da adoção são grandes, pois buscam garantir o cuidado da criança e do adolescente, como por exemplo, garantir lazer, educação, saúde e vida digna. Tal como cita Maria Helena Diniz:

O conjunto de direitos e obrigações quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que

²⁴ Importante dizer que os objetos de domínio que causam o controle hegemônico dos meios do discurso e consequentemente domínio das relações sociais, não são para Foucault, objetos estáticos e perpetuáveis. Os discursos mudam, conforme as necessidades sociais, e as estruturas da linguagem que por sua vez já passaram um maior domínio dos meios hegemônicos, são substituídas, a todo instante por novos discursos e meios de se dominar a linguagem.

²⁵ Os direitos objetivos, não devem ser entendidos aqui dentro da premissa contratualista, referente à limitação dos homens livres por meio do contrato de obrigações recíprocas para a garantia do bem comum. O conceito que aqui se aborda vem de uma percepção que fundamenta na base sociológica o fundamento jurídico. Assim, entende-se que a base da fundamentação dos atos discricionários pela sociedade reguladora de determinada sociedade (governantes ou Estado), não se baseia na caracterização natural do indivíduo como portador de determinado direito, mas sim por um arranjo de interesses, sejam eles racionalizados ou não, no qual o indivíduo natural realiza atos solidários ao outro a fim de garantir uma troca de serviços que supra sua necessidade (cf DUGUIT, 2006).

possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho (DINIZ, 2012 p.435).

Entretanto, o entendimento e o modelo desses conceitos é ato discricionário dos aplicadores da lei, que por sua vez, devido aos sérios problemas de desigualdade do país, são em sua grande maioria indivíduos das classes abastadas que importam seu modelo cultural de família, educação, saúde e vida digna para às decisões jurídicas, criando assim um instituto que só possa ser concretizado por aqueles que seguem um modelo cultural familiar predeterminado, não abrindo espaços para as diferenças culturais.

Dentro dessa lógica, Weber comprehende que as razões jurídicas, não se elaboram em face de uma vontade geral do Estado, ou seja, não comprehendem a totalidade social, mas sim são a soma de vontades individuais, ou melhor, a vontade de alguns agrupamentos culturais que através do agir político exportam seu saber para as classes que não alcançaram espaço no campo do poder.²⁶

Desta maneira, para Max Weber, “política” seria a tentativa de participar do poder ou de influenciar a distribuição do poder dentro de um Estado (entre os grupos de pessoas que este abrange) ou entre vários Estados. A prática política envolveria uma reclamação pelo poder, que pode estar a serviço de outros fins ou pode, ainda, ser pelo poder como um fim em si, “para deleitar-se com a sensação de prestígio que proporciona”.

Nas palavras do Autor:

Evidentemente, a coação não é o meio normal ou único do Estado – não se cogita disso -, mas é seu meio específico. No passado, as associações mais diversas – começando pelo clã – conheciam coação física como meio perfeitamente normal. Hoje, o Estado é aquela comunidade humana que, dentro de determinado território – este, o “território”, faz parte da qualidade característica -, reclama para si (com êxito) o monopólio da coação física legítima, pois o específico da atualidade é que a todas as demais associações ou pessoas individuais somente se atribui o direito de exercer coação física na medida em que o Estado permita. Este é considerado a única fonte do “direito” de exercer coação. (WEBER, 2012, p. 31).

Assim, o estado de coisas em que se encontra o instituto da adoção, torna distante sua possibilidade democrática, de elemento disponível ao menos à uma maioria de culturas que existem sob o regime do Estado brasileiro. Entretanto, por mais que se pareça uma infundável luta contra os galhos, é necessário ao intelectual que faz críticas à organização social, buscar

²⁶ Outro ponto importante a destacar aqui é que Weber não pressupõe um “Maquiavelismo” humano, ou seja, as ações de dominação não se dão inteiramente de maneira intencional, mas são resultados tanto da ambição quanto da reprodução cultural do humano.

formas de se resolver, ou sendo menos pretencioso, iniciar construções construtivas para a resolução do problemas apontados, e é isso que busca o próximo tópico.

3.1 Diálogo com a teoria da Co-culpabilidade do Estado

A Co-culpabilidade conceituada no direito penal, pode ser entendida como um mecanismo compensatório, onde determinadas classes sociais não são exclusivamente responsáveis por seus delitos, em razão de sua condição social desfavorável. Dessa maneira, a doutrina que advoga a favor do princípio da co-culpabilidade exclui a responsabilização penal de determinados agentes por força da impossibilidade de conduta diversa e pela marginalização de seus direitos por parte do Estado, ao não prover os aspectos básicos de sua dignidade (ZAFFARONI, 2013).

Assim, a instituição estatal, claramente é provida de determinada parcela de culpa, principalmente quando o delito em questão se apresenta em vínculo direto com a natureza social, ou seja, tendo como razão desencadeadora elementos relacionados com o processo de exclusão social, como por exemplo, a ausência de condições mínimas que possibilitem ao indivíduo em questão, o gozo dos Direitos propagados pelo Estado. Não se pode acreditar que o indivíduo em condição de necessidade deve ser inerte à falta de bens materiais e simbólicos que garantam a ele o convívio social, assim sua ação não só se justifica em muitos casos como também é pressuposto da vida em um estado democrático de Direito. Vale-se lembrar de que o Estado de Direito surge como um limitador do Estado de Democracia plena, garantindo algumas premissas individuais, para que nenhuma das duas hipóteses aconteça: A ditadura da maioria sobre a minoria tornando assim o processo de representatividade viciado, e a marginalização de determinadas culturas (MÜLLER, 2013).

Entendido isso, é racional pensarmos que o Estado deveria ter corresponsabilidade não só pelo descumprimento das garantias sociais, quando a questão em pauta refere-se ao campo do Direito penal, mas também ser corresponsável por todas as privações de acesso à institutos jurídico-sociais que ele propaga como essenciais. Afinal o Art. 5º da Constituição federal, baseado na Declaração dos Direitos Humanos, estabelece diversas premissas basilares que se fundam em direitos subjetivos para os indivíduos em sociedade. Entretanto, o idealismo propagado por esses dispositivos não só torna o ordenamento pouco eficaz como também torna-o um mecanismo de marginalização. Dessa forma a premissa básica em se tratar da corresponsabilidade do Estado seria no sentido de que, sendo necessários diversos ônus e respeito a padrões para que se possa atingir o instituto da adoção, em um nível ou outro o

Estado seria corresponsável pela impossibilidade da família em questão, seja ela a adotiva, ou seja ela a original que não pode manter a criança, em garantir o necessário socialmente para se manter a guarda da criança.

Por fim, entende-se que sob esse ponto de vista, os instrumentos jurídicos de discricionariedade com relação às premissas básicas de se manter uma criança deveriam se abrir às possibilidades de não se haver um padrão sobre o que significa prover o lazer, educação e dignidade, juntamente com instrumentos de amparo a essas condições, como por exemplo, prover educação pública de qualidade, buscar diminuir as exclusões sociais e ampliar o amparo público a famílias humildes, possibilitando que mais famílias tenham acesso ao instituto da adoção e que famílias que não queiram perder a guarda de sua criança, a despeito de suas limitadas condições financeiras, possam ter maiores possibilidades de mantê-la.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Visto isso, infere-se que o instituto da família é por si só uma forma de legitimação simbólica do modelo tradicional de família, no qual o Direito se utilizou como parâmetro de ordem social, instruindo as decisões e postulações dos Direitos objetivos. Entretanto, esse instituto vem com o passar do tempo se tornando defasado, não só com o surgimento de novos modelos sociais de organização familiar que apresentam capital simbólico relativamente alto, mas também pelas necessidades jurídicas em acompanhar as mudanças sociais. Assim, o modelo tradicional de família não supre mais as necessidades sociais, como por exemplo, os direitos de tutela e de concessão de lares aos menores, exigindo que o campo jurídico amplie seu conceito, para que este instituto não se torne mais um instrumento de exclusão.

Junto a isso, a realidade econômica brasileira, claramente está despreparada em fornecer possibilidades reais de acesso das minorias econômicas aos institutos de cuidado digno as crianças e adolescentes. Ou seja, os requisitos básicos de cuidado instituídos pelo ECA, principalmente no art. 71, seja na questão de adoção, quanto na própria família natural, são, devido as diversidades econômicas brasileiras, insustentáveis.

Assim, nota-se que o padrão familiar, tanto cultural como econômico requisitado pelo Estado, para atribuir de maneira digna uma infância adolescência saudável aos menores

dificilmente é alcançado pela maior parte da população, resultando não só numa segregação cultural, onde existem famílias que criam, segundo o modelo hegemônico, “condições ruins”, como também se exclui outras possibilidades de fornecimento de lazer, educação e outras garantias necessárias, diferentes do padrão.

Portanto, os dispositivos estabelecidos no ECA, assumem, quando relacionados com a realidade social brasileira, um caráter idealístico desvinculado das necessidades sociais e impossibilitado de ser atendido pela maior parte da população, se tornando dessa forma um mecanismo de distinção e possível marginalização.

O que se buscou discutir nesse trabalho foi, portanto, os aspectos que os modelos familiares assumem no direito brasileiro e as possibilidades reais das populações atenderem esse parâmetro. Claramente o tema é extenso e necessita de muito mais discussões que este artigo pode proporcionar, sendo que o que se buscou foi ensejar elementos teóricos, tanto no campo da sociologia quanto no campo jurídico, para que se possa questionar a real possibilidade das famílias brasileiras fornecerem as condições básicas de dignidade instituídas pelo ECA, para os menores que gozam dessa proteção.

Por fim, vale ressaltar que não se objetivou em nenhum momento ensejar uma diminuição das garantias instituídas pelo ordenamento jurídico para a relação de cuidado supracitada, mas deve-se sempre atentar para as impossibilidades materiais de se cumprir os direitos objetivos instituídos, e para os padrões culturais estabelecidos, necessitando corresponsabilizar o instituidor desses padrões no provimento destes. Finaliza-se portanto este artigo com uma emblemática passagem do livro “*Os Miseráveis*”:

Enquanto, por efeito de leis e costumes, houver proscrição social, forçando a existência, em plena civilização, de verdadeiros infernos, e desvirtuando, por humana fatalidade, um destino por natureza divino; enquanto os três problemas do século - a degradação do homem pelo proletariado, a prostituição da mulher pela fome, e a atrofia das crianças pela ignorância- não forem resolvidos; enquanto houver lugares onde seja possível a asfixia social; em outras palavras, e de um ponto de vista mais amplo ainda, enquanto sobre a terra houver ignorância e miséria, livros como estes não serão inúteis.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES. **Retórica.** São Paulo: Martins Fontes, 2012.

BATTAILE, G. **O erotismo.** Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2013.

BOURDIEU, P. **A distinção. Crítica social do julgamento.** 2^a ed. Porto Alegre: Zoku, 2011.

_____. **O poder simbólico.** 14^º ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

BOURDIEU, P. e PASSERON, J. **A reprodução.** Petrópolis: Vozes, 2008.

CANGUILHEM, G. **O normal e o patológico.** 7^a ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

CHOMSKY, N. **Novos horizontes no estudo da linguagem e da mente.** 5^a ed. São Paulo: UNESP, 2005.

DINIZ, M. **Código civil anotado.** 15^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DUGUIT, L. **Fundamentos do Direito.** 2^a ed. São Paulo: Ícone, 2006.

DURKHEIM, E. **Da divisão do trabalho social.** 4^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **As regras para o método sociológico.** In: **coleção os pensadores**, São Paulo: Abril cultura, 1978.

DWORKIN, R. **O Império do Direito.** 2^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ENGELS, F. **A Origem da família, da propriedade privada e do Estado.** 3^a ed. São Paulo: Lafonte, 2012.

FARIA, J. **Eficácia jurídica e violência simbólica.** São Paulo: EDUSP, 1988.

FERREIRA FILHO, M. **Estado de direito e constituição.** 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FOUCAULT, M. **História de la sexualidade:** 1. La voluntad de saber. Buenos Aires: Siglo veintiuno, 2014.

_____. **Microfísica do Poder.** 27^a ed. Petropólis: Vozes, 2011.

_____. **Verdade e as formas jurídicas.** 1^a ed. Rio de Janeiro: NAU, 2003.

_____. **Vigiar e Punir.** 39^a ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

GOFFMAN, E. **A representação do eu na vida cotidiana.** 10^a ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

_____. **Estigma.** 4^a ed. São Paulo: LTC, 1998.

HABERMAS, J. **A crise de legitimização no capitalismo tardio.** 2^a. ed. São Paulo: Tempo brasileiro, 2002.

HUGO, V. **Os miseráveis.** 1^a ed. São Paulo: Seguinte, 2014.

KELSEN, H. **Teoria pura do Direito.** 9^a ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2013.

KEYNES, J. **Teoria geral do emprego, do juro e da moeda.** 3^a ed. São Paulo: Saraiva 2012.

MARX, K. **A sagrada família.** 1^a ed. São Paulo: Boitempo, 2003.

MÜLLER, F. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia.** São Paulo: Revista dos Tribunais 2013.

RAMOS, G. **Vidas Secas.** São Paulo: Record, 2006.

SLOTERDIJK, P. **Regras para o parque humano:** uma resposta à carta de Heidegger sobre o humanismo. São Paulo: Estação Liberdade, 2000.

WEBBER, M. **A Ética protestante e o espirito do capitalismo.** 1^a ed. São Paulo: Companhia das letras, 2004.

_____. **Economia e sociedade.** 4^a ed . Brasília: UNB, 2013.

_____. **O Direito na economia e na sociedade.** 2^a ed. Brasília: UNB, 2012.

_____. **Ciência e política, duas vocações.** São Paulo: Cultrix, 2011.

_____. **A objetividade do conhecimento nas ciências sociais.** 28^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

WOOLF, V. **Passeio ao farol.** São Paulo: Círculo do livro, 1990.

ZAFFARONI, E. **Em busca das penas perdidas.** 5^a ed. Rio de Janeiro: Renavam, 2013.