

UNIVERSIDADE ESTÁCIO DE SÁ

ISETE EVANGELISTA ALBUQUERQUE

**ADOÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES INDÍGENAS
POR NÃO ÍNDIO: O AFETO COMO VALOR JURÍDICO DAS
RELAÇÕES FAMILIARES**

RIO DE JANEIRO

2013

ISETE EVANGELISTA ALBUQUERQUE

**ADOÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES INDÍGENAS
POR NÃO ÍNDIO: O AFETO COMO VALOR JURÍDICO DAS
RELAÇÕES FAMILIARES**

**Dissertação apresentada como requisito
para obtenção do título de Mestre em Direito
pela Universidade Estácio de Sá.**

**ORIENTADORA: Prof^ª. Dr^ª. EDNA RAQUEL
HOGEMANN - ORIENTADORA(UNESA)**

RIO DE JANEIRO

2013



Estácio

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

A dissertação

**ADOÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES INDÍGENAS POR NÃO ÍNDIO: O AFETO
COMO VALOR JURÍDICO DAS RELAÇÕES FAMILIARES**

elaborada por

ISETE EVANGELISTA ALBUQUERQUE

e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora foi aceita pelo Programa de Pós-Graduação em Direito como requisito parcial à obtenção do título de

MESTRE EM DIREITO

Rio de Janeiro, 30 de julho de 2013.

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Edna Raquel Hogemann – Presidente
Presidente
Universidade Estácio de Sá

Prof. Dr. Rafael Mario Lorio Filho
Universidade Estácio de Sá

Prof. Dr. Sidney Cesar Silva Guerra
Universidade Federal do Rio de Janeiro

Dedico esta Dissertação aos meus pais, Manuel Belchior de Albuquerque e Isete Evangelista Albuquerque (*in memorium*), que são as pessoas mais importantes que Deus colocou em minha vida. Obrigada por estarem sempre ao meu lado guiando os meus caminhos, meus anjos de luz. Pai e Mãe, amores da minha vida para todo o sempre!

AGRADECIMENTOS

A Deus, primeiramente, por ser meu guia e minha fortaleza durante esta longa caminhada. Sem Ele nada seria possível, pois é a fé que tenho n'Ele que me faz continuar lutando pelos meus sonhos e ideais.

Aos meus pais (*in memorium*), a quem eu rogo todas as noites a minha existência e dedico esta conquista profissional. Pelos ensinamentos e conselhos que me transmitiram em vida e pela certeza de que não nunca estarei sozinha nesta vida, espero continuar dando orgulho a eles aonde quer que estejam junto ao Papai do Céu. Por eles não fraquejei e a eles serei eternamente grata!

Aos meus irmãos, que, com amor, cuidado e preocupação, não mediram esforços para que eu concluísse esta etapa da minha vida, estando sempre presentes em minhas conquistas e frustrações. A união da nossa família e o amor em Deus me fortaleceram para lidar com a etapa mais difícil de nossas vidas, a perda física dos nossos pais, que continuam conosco espiritualmente, em nossos corações, pensamentos, olhares...

À professora orientadora, Dr^a. Edna Raquel Hogemann, pela paciência na orientação e pelo incentivo na construção dos capítulos, que tornaram possível a finalização da dissertação. Obrigada professora por tê-la como minha orientadora, por contribuir para o meu sucesso e crescimento como pessoa, por ter sido receptiva em nossos encontros presenciais, e, principalmente, por confiar que eu seria capaz de concluir este Mestrado, apesar das adversidades da vida que enfrentei neste mesmo período acadêmico.

A todos os professores do Mestrado da UNESA, que, direta ou indiretamente, contribuíram para o desenvolvimento desta investigação, transmitindo ao longo destes dois anos de Mestrado conhecimentos e ensinamentos que instigaram e fomentaram ainda mais minhas reflexões para o desenvolvimento deste trabalho.

Aos amigos e colegas do Mestrado, pelo convívio, pela amizade, pelo aprendizado, pelas alegrias e tristezas compartilhadas, em especial, a América Nejam, que me acolheu como sua “pequena” desde o segundo encontro do

Mestrado. Deus, na sua infinita bondade, cruzou nossos caminhos, presenteando-me com esta amizade sólida e verdadeira. Posso dizer que a minha caminhada neste Mestrado não teria sido a mesma sem a presença desta amiga tão atenciosa e prestativa comigo.

Aos meus amigos de trabalho da Estácio Atual da Amazônia, Dr. Edson Damas da Silveira e Ms. Eduardo Daniel Lazarte Morón, pelo apoio e pela contribuição na construção do referencial teórico, prontificando-se a me indicar e fornecer acervo bibliográfico para leitura e aprofundamento do tema; bem como à minha aluna e amiga Bárbara Grazielle Carvalho Brígido e ao Magistrado Délcio Dias Feu, que possibilitaram a análise de processos de adoção indígena no Juizado da Infância e da Juventude da Comarca de Boa Vista-RR.

A todos amigos e familiares que, de algum modo, estiveram e estão próximos de mim, fazendo a minha vida ter um sentido novo, cada um de um jeito diferente, trazendo-me paz na correria da atividade profissional e compreendendo o meu sumiço em certas situações, mas sempre dispostos a me ajudar ouvindo minhas angústias e compartilhando minhas alegrias.

Enfim, neste momento de encerramento de mais uma fase da minha vida profissional almejada, em que a felicidade por estar concluindo este Mestrado recompensa os cansaços e as noites mal dormidas, agradeço sinceramente a todos que colaboraram para a realização desta conquista.

Meus sinceros agradecimentos!

“Mensagem aos Pais

A vocês, que nos deram a vida e nos ensinaram a vivê-la com dignidade, não bastaria um obrigado. A vocês, que iluminaram os caminhos obscuros com afeto e dedicação para que os trilhássemos sem medo e cheios de esperanças, não bastaria um muito obrigado. A vocês, que se doaram inteiros e renunciaram aos seus sonhos, para que, muitas vezes, pudéssemos realizar os nossos. Pela longa espera e compreensão durante nossas longas viagens, não bastaria um muitíssimo obrigado. A vocês, pais por natureza, por opção e amor, não bastaria dizer, que não temos palavras para agradecer tudo isso. Mas é o que nos acontece agora, quando procuramos arduamente uma forma verbal de exprimir uma emoção ímpar. Uma emoção que jamais seria traduzida por palavras. Amamos vocês!”

Autor desconhecido.

RESUMO

Esta dissertação de Mestrado analisou a “Adoção de crianças e adolescentes indígenas por não índio: o afeto como valor jurídico das relações familiares”. Seus objetivos específicos foram discutir a pluralidade étnico-cultural do Estado brasileiro assegurada no art. 231 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988; explanar acerca dos direitos fundamentais reconhecidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pela Lei Maior a crianças e adolescentes indígenas submetidos a um processo de adoção; compreender o processo de adoção indígena em família substituta não indígena como forma de garantir o direito à convivência familiar a toda criança e a todo adolescente, abordando os princípios da dignidade da pessoa humana, da paternidade responsável, da função social da família, da solidariedade familiar, da proteção integral da criança e do adolescente e do seu melhor interesse, e da prevalência da família natural; e, ao final, elevar o afeto como valor jurídico nas relações familiares. A metodologia empregada foi uma pesquisa bibliográfica, exploratória, qualitativa e documental. Como resultados da investigação tem-se que o Poder Judiciário deve assegurar uma tutela jurídica a favor dos interesses e direitos dos povos indígenas, não lhes podendo negar os direitos fundamentais constitucionais. Especificamente quanto aos processos de adoção de crianças e adolescentes indígenas, em atenção ao princípio da prevalência da família natural, sua colocação familiar deve ocorrer prioritariamente no seio de sua comunidade indígena ou junto a membros de mesma etnia; e na impossibilidade desta reinserção familiar, muitas vezes, por questões culturais em que há rejeição parental e étnica pelos pais biológicos, procede-se à sua colocação em família substituta não indígena, atendendo ao direito de ter uma família e de crescer no seio de um lar. Ressalta-se que foram analisadas as situações em que as crianças indígenas foram abandonadas por seus genitores, não se almejando defender a interferência da sociedade nacional na cultura indígena, mas tão somente proporcionar um amparo afetivo aos que tenham sido rejeitados da própria condição de indígena pelos pais e pela comunidade indígena. Assim sendo, na atuação do Poder Judiciário, deve-se primar pelo melhor interesse da criança e do adolescente, independentemente da origem étnica, garantindo-se um ambiente familiar acolhedor a estas pessoas em desenvolvimento por meio da adoção, mesmo que haja a sua colocação em uma família não indígena. E, ao final, conclui-se pela existência de um valor jurídico das relações familiares para a construção do conceito de família, fundamental para a condição humana e essencial para o desenvolvimento pleno da criança e do adolescente, qual seja o afeto.

Palavras-chave: adoção, crianças e adolescentes indígenas, afeto, valor jurídico.

ABSTRACT

This Master's thesis examined the "adoption of indigenous children and adolescents by non-Indian: affection as legal value of family relationships". Its specific objectives were to discuss the ethnic and cultural diversity of the Brazilian state guaranteed in art. 231 of the Constitution of the Federative Republic of Brazil, 1988; explain about fundamental rights recognized by the Statute of Children and Adolescents and the Higher Law to indigenous children and adolescents undergoing a process of adoption; understand the process of adoption indigenous family will not indigenous in order to guarantee the right to family life to every child and every adolescent, addressing the principles of human dignity, responsible parenthood, the social function of the family, family solidarity, the full protection of children and adolescents and their best interest, and the prevalence of the natural family, and, ultimately, raise the affection as legal value in family relationships. The methodology used was a literature search, exploratory, qualitative-quantitative and documentary. As research results has been that the judiciary must ensure legal protection in favor of the interests and rights of indigenous peoples, they cannot deny the fundamental constitutional rights. Specifically with regard to the processes of adoption of indigenous children and adolescents, mindful of the principle of prevalence of the natural family, his family placement should occur primarily within their indigenous community or against members of the same ethnic group, and the impossibility of this family reintegration, many sometimes cultural issues where there is parental rejection and ethnic biological parents, it proceeds to its placement in a foster family is not native, given the right to have a family and grow up in a home. It is noteworthy that analyzed the situations in which indigenous children were abandoned by their parents, not aiming to defend the interference of the national society in Indian culture, but only provide emotional support to those who have been rejected from the very condition of the indigenous parents and the indigenous community. Thus, the judicial power, must excel in the best interest of children and adolescents, regardless of ethnicity, guaranteeing a warm family atmosphere with these people in development through the adoption, even if their placement in a non-indigenous family. And in the end, it is concluded that there is a legal value of family relationships to build the concept of family is fundamental to the human condition and essential for the full development of children and adolescents, which is affection.

Keywords: adoption, indigenous children and adolescents, affection, legal value.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – População indígena e distribuição percentual por localização do domicílio e condição indígena, segundo as Grandes Regiões – Brasil – 2010.

Tabela 2 – Capital cujo Estado apresenta maior população indígena em números proporcionais.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AI – Agravo de Instrumento

Ap. – Apelação

CASAI – Casa de Saúde do Índio

CC – Câmara Cível

CNA – Cadastro Nacional de Adoção

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

Des. – Desembargador

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

FUNAI – Fundação Nacional do Índio

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

Min. – Ministro

OIT – Organização Internacional do Trabalho

Pet – Petição

Rel. – Relator

RR – Roraima

SPI – Serviço de Proteção ao Índio

SPILTN – Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais

STF – Supremo Tribunal Federal

TJSP – Tribunal de Justiça de São Paulo

TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

1 A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA AO INDÍGENA E O RECONHECIMENTO DA PLURALIDADE ÉTNICO-CULTURAL DO ESTADO BRASILEIRO

1.1 O ESTATUTO DO ÍNDIO

1.2 OS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DOS DIREITOS INDÍGENAS

1.3 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E O DIREITO À DIFERENÇA: RECONHECIMENTO DOS GRUPOS SOCIAIS MAIS VULNERÁVEIS

1.4 A EXISTÊNCIA DE UMA TUTELA JURISDICIONAL INDÍGENA E A GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS RECONHECIDOS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

2 O PROCESSO DE ADOÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES INDÍGENAS POR NÃO ÍNDIO

2.1 A IMPORTÂNCIA DA COLOCAÇÃO EM FAMÍLIA SUBSTITUTA POR MEIO DA ADOÇÃO COMO GARANTIA DO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

2.2 A INOVAÇÃO INTRODUZIDA PELA LEI Nº 12.010/2009 SOBRE O PROCESSO DE ADOÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES INDÍGENAS

2.3 OS CRITÉRIOS LEGAIS PARA A REALIZAÇÃO DO PROCESSO DE ADOÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES INDÍGENAS POR FAMÍLIA NÃO INDÍGENA

2.4 A NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO DA INTOLERÂNCIA ÀS DIFERENÇAS RACIAIS NA ADOÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES INDÍGENAS

3 O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR *VERSUS* A PRESERVAÇÃO DA DIVERSIDADE ÉTNICO-CULTURAL

3.1 O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR PARA A PROMOÇÃO DE UM DESENVOLVIMENTO SADIO E DIGNO ÀS CRIANÇAS E AOS ADOLESCENTES INDEPENDENTEMENTE DA ORIGEM ÉTNICA

3.1.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

3.1.2 Princípio da paternidade responsável

3.1.3 Princípios da função social da família e da solidariedade familiar

3.1.4 Princípios da proteção integral à criança e ao adolescente e do seu melhor interesse

3.1.5 Princípio da prevalência da família natural

3.2 A QUESTÃO DA DIVERSIDADE ÉTNICO-CULTURAL ASSEGURADA CONSTITUCIONALMENTE ÀS CRIANÇAS E AOS ADOLESCENTES INDÍGENAS NOS CASOS DE ADOÇÃO

3.3 A POSSIBILIDADE DE CONSTITUIÇÃO DE UMA NOVA CONCEPÇÃO DE FAMÍLIA: O AFETO COMO VALOR JURÍDICO NAS RELAÇÕES FAMILIARES

4 A ADOÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES INDÍGENAS NA JUSTIÇA DA

INFÂNCIA E DA JUVENTUDE DA COMARCA DE BOA VISTA-RR

4.1 A ANÁLISE DE PROCESSOS DE ADOÇÃO INDÍGENA NO JUIZADO DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE DA COMARCA DE BOA VISTA

4.1.1 Adoção estatutária cumulada com destituição do poder familiar e pedido liminar de guarda provisória – Processo nº 0010.09.213384-1.

4.1.2 Adoção estatutária com dispensa de inscrição em cadastros prévios de adotantes e adotandos cumulada com destituição do poder familiar – Processo nº 0010.09.216079-4

4.1.3 Adoção estatutária cumulada com liminar de guarda provisória e registro – Processo nº 0010.11.001939-4

4.1.4 Adoção estatutária com dispensa de inscrição em cadastros prévios de adotantes e adotandos cumulada com destituição do poder familiar e pedido liminar de guarda provisória – Processo nº 0010.09.203706-7

4.2 A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE RORAIMA A FAVOR DO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR A CRIANÇAS E ADOLESCENTES INDÍGENAS

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

REFERÊNCIAS

INTRODUÇÃO

Com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a forma de concepção e de percepção da família sofreu diversas mudanças tanto no Direito como na sociedade. A família, como núcleo básico e essencial da formação do ser humano, que sofre influência do meio social no qual está inserido, inevitavelmente se transforma para adequar-se às novas realidades sociais de convivência humana com o passar dos tempos.

Ao se elevar a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da Constituição Democrática brasileira, a preocupação do ordenamento jurídico nas relações interpessoais passou a ser a pessoa, de modo que a família deixou de ser um núcleo econômico e reprodutivo para ser um espaço fundado no afeto, amor, na compreensão, no carinho, no cuidado e na presença.

Costuma-se afirmar que a Constituição traz consigo valores solidaristas e igualitários, sedimentando uma nova face do Direito de Família, tendo o afeto como valor jurídico nas relações familiares. Deste modo, o Direito apenas intervém para regular socialmente os efeitos humanos destas relações familiares, cujos entes se unem pela realização pessoal e pela busca da felicidade.

Partindo-se da ideia central do art. 226, *caput*, da Constituição Federal de 1988, de que a família é a base da sociedade, reconhece-se que sem família não há organização social ou jurídica, não há sociedade.

Neste contexto, novas formas de família foram reconhecidas constitucionalmente, não se esgotando estas espécies familiares no rol meramente exemplificativo elencado no art. 227 do mesmo diploma legal. Ademais, seja qual for o modelo da organização familiar, deve o Estado garantir-lhe tutela especial em razão das pessoas que o integram.

Isto porque o princípio da afetividade é o elemento norteador das relações familiares, em que há reciprocidade de direitos e obrigações entre seus membros. Assim, com o advento da Constituição Federal de 1988, a família patriarcal,

tradicional e hierarquizada, formada por pais e filhos biológicos cedeu espaço para a família pautada no afeto.

De outro lado, como os direitos fundamentais são destinados a todos os seres humanos indiscriminadamente, o art. 231 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 assegura o seguinte: “são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições [...]”. Neste aspecto, pode-se inferir que ocorreu um avanço significativo no reconhecimento constitucional dos povos indígenas.

Sabe-se que o Direito Brasileiro reconhece o Direito Indígena, devendo haver o respeito à diversidade étnico-cultural, como bem se vê no art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 6.001 de 1973 – Estatuto do Índio: “Aos índios e às comunidades indígenas se estende a proteção das leis do País, nos mesmos termos em que se aplicam os demais brasileiros, resguardados os usos, costumes e tradições indígenas, bem como as condições peculiares reconhecidas nesta Lei”.

Dentro desta perspectiva, em 03 de agosto de 2009, foi promulgada a Lei nº 12.010, que acrescentou o §6º ao art. 28 da Lei nº 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente, determinando que é obrigatório o respeito à identidade social e cultural, aos costumes às tradições e instituições, de criança ou adolescente indígena, “desde que não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais reconhecidos por esta Lei e pela Constituição Federal”, em se tratando de crianças e adolescentes indígenas ou provenientes de comunidades remanescentes de quilombo para colocação em família substituta.

Nesta linha de intelecção, o ordenamento jurídico brasileiro reconhece a tutela jurisdicional indígena, assegurando à criança e ao adolescente indígena todos os direitos fundamentais, incluindo a estes aqueles inerentes à condição indígena, sendo vedada a “distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”, nos termos do art. 5º, *caput*, da Lei Maior vigente.

Por conseguinte, ao se considerar a pluralidade étnico-cultural do Estado brasileiro constitucionalmente assegurada no art. 231 da Constituição da República

Federativa do Brasil de 1988, bem como a preservação de direitos fundamentais de indígenas submetidos a um processo de adoção por não índio, como os princípios da dignidade da pessoa humana, da paternidade responsável, da função social da família e da proteção integral da criança e do adolescente, delimitou-se a dissertação do Mestrado em: “Adoção de crianças e adolescentes indígenas por não índio: o afeto como valor jurídico das relações familiares”.

Pertinente destacar que, tendo como área de concentração “Direito Público e Evolução Social” e diante da superação da dicotomia direito público *versus* direito privado, é notório que a constitucionalização do Direito Privado, em meio a um Estado pós-social de direito, revela os novos direitos, apresentando como princípio matriz de todos os direitos fundamentais a dignidade da pessoa humana, elencada no art. 1º, III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Por conseguinte, o denominado direito civil constitucional possibilita a aplicação dos direitos fundamentais nas relações familiares privadas e, conseqüentemente, a concretização da força normativa da Constituição, já que na linha de pesquisa “Direitos Fundamentais e Novos Direitos” abordam-se temas cujo fundamento de validade é a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, enaltecendo-se o princípio da unidade do ordenamento e da supremacia da Constituição.

Deste modo, abordando uma temática relevante, pertinente e atual a estes “Novos Direitos”, não se pode mais interpretar o Direito de Família somente pelo que determina o Código Civil de 2002, mas sim pelo que a Constituição estabelece, por meio do Direito Constitucional da Família.

O ponto nodal abordado nesta investigação foi a realização de uma reflexão acerca da ponderação de valores quando da análise de um processo de adoção indígena por não índio, haja vista que surge a discussão entre a preservação da identidade cultural e social da criança ou do adolescente indígena a ser adotado por uma família não indígena e a garantia do direito à convivência familiar a esta criança ou a este adolescente, independentemente de ser indígena ou não.

Assim, a problemática deu-se na seguinte indagação: de que forma o Poder Judiciário deve atuar nos casos de adoção de crianças e adolescentes indígenas por

famílias não indígenas sem implicar o desrespeito ao reconhecimento da diversidade étnico-cultural assegurada constitucionalmente?

É certo que o Poder Judiciário, em sua atuação, deve assegurar uma tutela jurídica pela defesa dos direitos e interesses dos povos indígenas, de modo que a tutela indígena deve ser visualizada, antes e acima de tudo, como um instrumento de proteção aos direitos indígenas, e não de sua restrição. Não se pode negar os direitos fundamentais aos povos indígenas, muito menos olvidar-se da diversidade étnico-cultural existente na sociedade nacional.

Em atenção ao princípio da prevalência da família de origem, quando da análise de um processo de adoção de crianças e adolescentes indígenas, também há de se observar que a sua colocação familiar se dê prioritariamente no seio de sua comunidade indígena ou junto a membros de mesma etnia. Da impossibilidade de reinserção familiar na comunidade indígena de origem, muitas vezes, por questões culturais em que há rejeição parental e étnica pelos próprios pais biológicos, procede-se à sua colocação em família substituta não indígena, atendendo ao direito de ter uma família e de crescer no seio de um lar.

Oportuno ressaltar que foram discutidas nesta dissertação aquelas situações em que as crianças ou os adolescentes indígenas foram rejeitados, abandonados pelos pais biológicos, inclusive deixados nos hospitais quando do nascimento pelas mães indígenas que não os levaram consigo, ficando-os a mercê da atuação do Poder Público para promover-lhe um amparo afetivo e garantir-lhe um ambiente familiar por meio de uma adoção.

Denotou-se, assim, acompanhando os processos de adoção de crianças e adolescentes indígenas no Juizado da Infância e Juventude da Comarca de Boa Vista-RR, que se a criança, ainda recém-nascida, não for declarada pelos pais biológicos como indígena nem ser reconhecida como pertencente a um determinado grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional, não há a aplicação da conceituação jurídica e antropológica disposta no art. 3º, I, da Lei Federal nº 6.001/73, que dispõe sobre o Estatuto do Índio, pelo não reconhecimento institucional da condição e qualidade de indígena, que são pressupostos exigidos pelo princípio da alteridade.

Considerando ser a Região Norte uma área concentradora de uma população indígena expressiva e, conseqüentemente, existir várias demandas judiciais envolvendo direitos indígenas, o presente tema é uma realidade muito próxima à população roraimense, o que fomentou o interesse em aprofundar e disseminar para a sociedade, de um modo geral, os conhecimentos acerca da tutela indígena diferenciada, de modo a garantir uma proteção a crianças e adolescentes indígenas submetidos a processos de adoção por não índio.

Além disso, a atividade profissional que exerço junto à Faculdade Estácio Atual, orientando semestralmente grupos da Instituição a desenvolver Trabalhos de Graduação Interdisciplinar voltados ao eixo de Direito Indígena com a disciplina de Direito de Família, da qual sou professora, possibilitou-me a leitura de acervos bibliográficos acerca do assunto, instigando, ainda mais, o interesse pela escolha do tema, com o fito de trazer à baila reflexões pertinentes acerca do processo de adoção indígena e do afeto como valor jurídico nas relações familiares.

Incontestavelmente, ao longo da realização do trabalho, uma das dificuldades enfrentadas fora a constatação de ser uma temática pouco difundida entre os estudiosos, até mesmo pelo fato de existir um acervo bibliográfico relativamente escasso, fato este injustificável diante da relevância do assunto para a sociedade brasileira, haja vista o número considerável de comunidades indígenas no Brasil, principalmente na região Amazônica.

Neste cenário jurídico, não há como negar a contribuição social do tema discutido para a área do Direito, proporcionando uma reflexão acerca da pluralidade étnico-cultural do Estado brasileiro tal como constitucionalmente determinada no art. 231 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, posto que os povos indígenas possuem um modo de vida tradicional peculiar e distinto dos demais grupos formadores da sociedade brasileira; bem como desmistificar certos mitos que ainda poderiam circundar o assunto envolvendo adoção de crianças e adolescentes indígenas por famílias substitutas não indígenas.

Quanto à metodologia empregada, fora utilizada uma pesquisa bibliográfica, exploratória, quali-quantitativa e documental, tendo como principal fonte os documentos em sentido amplo, na medida em que foram analisados conteúdos de

processos envolvendo casos de adoção de crianças e adolescentes indígenas da Justiça da Infância e da Juventude, bem como dados de órgãos oficiais acerca da população indígena no Brasil, sempre relacionando o conteúdo com a construção teórica realizada. Deste modo, a fundamentação teórica desenvolvida no decorrer do trabalho serviu de base para a compreensão dos julgados de adoção indígena da área da Infância e da Juventude.

Em relação aos objetivos da investigação da dissertação, traçou-se como objetivo geral analisar a adoção de crianças e adolescentes indígenas por não índio: o afeto como valor jurídico das relações familiares. Como meio de alcançar o objetivo geral da investigação, delimitou-se como objetivos específicos: discutir a pluralidade étnico-cultural do Estado brasileiro assegurada no art. 231 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988; explicar acerca dos direitos fundamentais reconhecidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pela Lei Maior a crianças e adolescentes indígenas submetidos a um processo de adoção; compreender o processo de adoção indígena em família substituta não indígena como forma de garantir o direito à convivência familiar a toda criança e a todo adolescente, abordando os princípios da dignidade da pessoa humana, da paternidade responsável, da função social da família, da solidariedade familiar, da proteção integral da criança e do adolescente e do seu melhor interesse, e da prevalência da família natural; e, ao final, elevar o afeto como valor jurídico nas relações familiares.

A par destas considerações, o primeiro capítulo discorreu sobre a proteção constitucional brasileira ao indígena e o reconhecimento da pluralidade étnico-cultural do Estado brasileiro, abordando o Estatuto do Índio, os fundamentos constitucionais dos direitos indígenas, o princípio da igualdade e o direito à diferença como forma de reconhecimento dos grupos sociais mais vulneráveis, e, ao final, a existência de uma tutela jurisdicional indígena e a garantia dos direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

No segundo capítulo, analisou-se o processo de adoção de crianças e adolescentes indígenas por não índio, enaltecendo-se a importância da colocação em família substituta por meio da adoção como garantia do direito à convivência familiar. Em seguida, discutiu-se a inovação introduzida pela Lei nº 12.010/2009

sobre o processo de adoção de crianças e adolescentes indígenas, bem como os critérios legais para a realização deste processo de adoção por família não indígena. Por fim, destacou-se a necessidade de superação da intolerância às diferenças raciais nos casos de adoção de crianças e adolescentes indígenas.

No terceiro capítulo, debateu-se sobre o direito à convivência familiar como meio de promoção para um desenvolvimento sadio e digno a crianças e adolescentes, independentemente da origem étnica, explorando os princípios fundamentais aplicáveis ao Direito de Família e a questão da diversidade étnico-cultural assegurada constitucionalmente a estas pessoas em desenvolvimento nos casos de adoção por não índio. E, diante das ponderações feitas, defendeu-se a possibilidade de constituição de uma nova concepção de família a partir de um valor jurídico agregador das relações de família, qual seja o afeto.

No quarto capítulo, com o escopo de verificar a atuação do Poder Judiciário no Estado de Roraima a favor do direito à convivência familiar a crianças e adolescentes indígenas, procedeu-se a uma análise de processos de adoção indígena no Juizado da Infância e da Juventude da Comarca de Boa Vista-RR. Constatou-se claramente que processos desta natureza não têm por escopo interferir nos costumes, nas tradições e culturas de cada comunidade indígena, até porque nenhuma cultura é superior à outra para se cogitar tal imposição de cultura do branco sobre a do indígena.

Por fim, no último capítulo, foram feitas as considerações finais acerca da temática abordada na presente dissertação, constatando-se que, em processos de adoção de crianças e adolescentes indígenas por famílias substitutas não indígenas, deve-se primar pelo melhor interesse destas pessoas em desenvolvimento, de modo a lhes propiciar um ambiente familiar acolhedor, que não necessariamente será aquela família indígena que a gerou. Portanto, é a existência do vínculo afetivo o elemento agregador das relações de família, sendo fundamental para a condição humana e essencial para o desenvolvimento pleno da criança e do adolescente.

1 A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA AO INDÍGENA E O RECONHECIMENTO DA PLURALIDADE ÉTNICO-CULTURAL DO ESTADO BRASILEIRO

Os direitos constitucionais dos índios foram marcados por um processo histórico-evolutivo paulatino que culminou no reconhecimento da diversidade cultural e na proteção das identidades cultural e étnica.

O marco da mudança de paradigma, por meio da superação da política integracionista ou assimilacionista¹, segundo a qual os índios iriam integrando-se à comunhão nacional, deu-se com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que, sem dúvida, é a Constituição que mais se preocupou com os direitos e interesses dos índios.

Acerca do surgimento do designativo índio, historicamente, os europeus, por pensarem estar em terras das Índias ao chegarem à América, atribuíram aos nativos do Continente o termo “índio”, também denominados índios-americanos ou pré-colombianos. Estes povos “[...] estavam representados por diversas nações, culturas e línguas, sendo que alguns estavam organizados em Estados e possuíam escrita e registro público, ao passo que a maioria vivia em estado tribal” (COSTA, 2008, p. 310).

1.1 O ESTATUTO DO ÍNDIO

A Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, que dispõe sobre o Estatuto do Índio, surgiu quando da vigência da Constituição Federal Brasileira de 1967, cuja

¹ Acerca da política integracionista, Santos (2003, p. 78) afirma que “as políticas públicas e as leis, porém, se propuseram durante muitos anos a cumprir essa vontade dos Estados nacionais: integrar os povos como cidadãos, sujeitos de direito, capazes de negociar juridicamente, sem reconhecer seus direitos coletivos. [...] Os povos perdiam não só a visibilidade, mas a própria vida”.

redação dos artigos fora dada pela Emenda Constitucional nº 01/69, ratificando a política integracionista desenvolvida no século XIX².

Determina o art. 3º, inciso I, do Estatuto do Índio que índio ou silvícola “é todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico, cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional”. Apesar de os termos índio e silvícola terem sido aqui considerados sinônimos, nem sempre se confundem, como bem afirma Stefanini (2011, p. 26):

Na textura da taxonomia, a legislação ordinária em matéria indígena é preciso considerar, em atenção ao princípio da igualdade ou isonomia à vista dos comandos constitucionais e em especial o Estatuto do Índio (Lei 6.001, de 19.12.1973), usa os vocábulos **silvícola** e **índio** como sinônimos. Todavia, os primeiros são referências a pessoas abstratas e os segundos, brasileiros *sujeitos de direito*. Nos textos históricos e legislativos existem diversas alusões aos primeiros com os verbetes silvícolas, ameríndios, selvagens, naturais, entre outros.

O Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, em sede de Petição 3388/RR, cujo relator foi o Ministro Carlos Ayres Britto, em 19 de março de 2009, ao decidir ação popular de demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, explicou o significado do substantivo “índios” na Constituição Federal de 1988, que busca retratar uma diversidade indígena, como se vê no trecho da decisão jurisprudencial transcrito:

4. O SIGNIFICADO DO SUBSTANTIVO “ÍNDIOS” NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O substantivo “índios” é usado pela Constituição Federal de 1988 por um modo invariavelmente plural, para exprimir a diferenciação dos aborígenes por numerosas etnias. Propósito constitucional de retratar uma diversidade indígena tanto interétnica quanto intra-étnica. Índios em processo de aculturação permanecem índios para o fim de proteção constitucional. Proteção constitucional que não se limita aos silvícolas, estes, sim, índios ainda em primitivo estágio de habitantes da selva. (STF, Pet 3388/RR – RORAIMA, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator(a): Min. Carlos Britto, j. 19-03-2009).

Oportuno frisar que, de acordo com a ementa jurisprudencial colacionada, tem-se que a Constituição Federal de 1988 concede proteção não só aos silvícolas³,

² “Em 19.12.1973, editou-se a Lei 6.001, conhecida como Estatuto do Índio, disciplinando as relações do Estado e da sociedade civil brasileira com os índios. Constituída por sessenta e oito artigos, divididos em sete títulos, essa lei regula a situação jurídica dos índios e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e “integrá-los”, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional (art. 1º)” (SANTOS FILHO, 2006, p. 44).

³ Como observa Stefanini (2011, p. 27), “Não se pode ignorar que o termo **silvícola**, por imperativo histórico e semântico, como também por correspondência antropológica, entre outras, designa

que são os índios “primitivos ou selvagens”, ainda habitantes da selva; mas também aos índios em processo de aculturação⁴, que não deixam de serem índios pela assimilação à comunidade nacional.

Barreto (2008, p. 33), por sua vez, tomando como base a definição de “índio” trazida pela própria lei acima, expõe que:

A definição do Estatuto é feita sob três critérios: *genealógico*, quando se refere à “origem e ascendência pré-colombiana”; *cultural*, ao mencionar as “características culturais [que] o distinguem da sociedade nacional”; e, por fim, *pertença étnica*, na expressão “que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico”.

Neste contexto, torna-se imprescindível comentar as definições elaboradas por Barbieri (2008) sobre os termos índio, povo indígena e comunidade indígena, não os considerando expressões sinônimas. Para este autor, os povos indígenas seriam aqueles que se consideram distintos do povo brasileiro pela consciência da evolução histórica com sociedades existentes no período pré-colombiano. As comunidades indígenas, por sua vez, seriam os grupos locais pertencentes a um determinado povo indígena. E, por fim, o índio seria o indivíduo que se considera membro de uma comunidade indígena e é por esta considerada como tal.

A Resolução nº 304 de 09 de agosto de 2000, do Conselho Nacional de Saúde, que busca afirmar o respeito aos direitos dos povos indígenas quanto ao desenvolvimento de pesquisa, enquanto sujeitos individuais e coletivos de pesquisa, adota as seguintes definições:

- 1 - Povos Indígenas – povos com organizações e identidades próprias, em virtude da consciência de sua continuidade histórica como sociedades pré-colombianas.
- 2 - Índio – quem se considera pertencente a uma comunidade indígena e é por ela reconhecido como membro.
- 3 - Índios Isolados – indivíduos ou grupos que evitam ou não estão em contato com a sociedade envolvente.

A seu turno, Villares (2009, p. 28) argumenta que:

peças *não aculturadas*, ou melhor, peças *isoladas*, que vivem nas selvas ignotas em estágio evolutivo distinto dos demais brasilíndio; [...]. Todavia, tais concepções não se aperfeiçoam aos indígenas”.

⁴ Aculturação: s.f. 1. Fenômeno pelo qual um grupo de indivíduos de uma cultura definida entra em contato com uma cultura diferente e se adapta a ela ou dela retira elementos culturais. 2. Processo de absorção de ou adaptação a uma cultura, por parte de um indivíduo. 3. ACULTURAMENTO. Disponível em: <<http://webdicionario.com/acultura%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 14 set. 2012.

Índio e povos indígenas são conceitos diversos, pois o primeiro é uma idealização abstrata e genérica de um ser humano individualmente considerado, mas pertencente a uma outra idealização, o grupo de pessoas, uma população humana, com características semelhantes. As dificuldades de definir o índio são as mesmas, se não maiores, que as dificuldades da definição de coletividade indígena.

Então, o Estatuto do Índio, em seu art. 3º, inciso II, define comunidade indígena ou grupo tribal como “conjunto de famílias ou comunidades índias, quer vivendo em estado de completo isolamento em relação aos outros setores da comunhão nacional, quer em contatos intermitentes ou permanentes, sem contudo estarem neles integrados”.

Seguindo esta linha de raciocínio, extrai-se da leitura do art. 232 da Constituição Federal de 1988⁵ que comunidades indígenas referem-se a grupamentos de índios com determinada organização social, habitantes de um mesmo território, semelhanças culturais e etnicidade (VILLARES, 2009).

Já quanto aos critérios de classificação dos povos indígenas, de acordo com o grau de integração dos indígenas com a comunidade nacional envolvente, os índios são classificados, nos termos do art. 4º do Estatuto do Índio⁶, em isolados, em vias de integração ou integrados.

Com base nesta classificação, tem-se que os isolados são aqueles que vivem apartados da comunhão nacional; os em vias de integração são os que estão em processo de assimilação à comunhão nacional, conservando ainda alguns traços característicos de sua cultura indígena; e, por fim, os integrados são quando já desprezaram por completo a sua cultura original e integram-se à cultural branca, sendo os conhecidos “brasilíndios” (STEFANINI, 2011).

⁵ Art. 232 da CRFB de 1988: Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

⁶ Art. 4º do Estatuto do Índio: Os índios são considerados:

- I - Isolados - Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional;
- II - Em vias de integração - Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento;
- III - Integrados - Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura.

No que se refere a estas etapas de evolução cultural, Barreto (2008, p. 34) argumenta que:

Nesta perspectiva, portanto, o índio é visto como um “ser inferior” que deve ser e precisa ser “integrado à comunidade nacional”. Completada a integração, não será mais considerado “inferior”, mas também não será mais considerado índio e, portanto, não merecerá mais qualquer forma de tutela especial.

De acordo com a ótica do integracionismo, a condição indígena tornava-o inferior aos demais pertencentes à cultura da sociedade brasileira não índia, fulminando por desmerecer a cultura indígena e sua organização social. Daí porque, como uma forma de compensação pelo tratamento de inferioridade concedido ao índio, enquanto não fosse integrado à comunidade nacional, ser-lhe-ia legítima a concessão de uma tutela jurídica especial.

Neste aspecto da necessidade de tutela especial aos índios por terem sido considerados seres inferiores, frisa Barreto (2008) que houve uma confusão entre a tutela especial de proteção, existente enquanto não fossem assimilados pela comunidade nacional, e a incapacidade.

Isto porque a incapacidade se deu pelo fato de o Código Civil de 1916 (Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916), ainda considerando os índios como silvícolas, tê-los qualificados como relativamente incapazes para a prática de certos atos ou à maneira de exercê-los, nos termos do então revogado art. 6º, inciso IV, deste diploma legal.

Quanto à tutela especial de proteção, ter-se-ia um processo de aculturação, por meio do qual se buscava a integração dos povos indígenas, desrespeitando a sua identidade cultural, segundo uma perspectiva evolucionista unilinear, subjacente à classificação elencada no art. 4º do Estatuto do Índio. Deste modo, o Estatuto acabava por restringir a aplicação do regime tutelar do art. 7º aos índios ainda não integrados, cessando tal proteção quando da ocorrência da integração (BARRETO, 2008).

Entretanto, a partir da nova ordem jurídica brasileira, implementada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, não mais se admite a cogitação de uma política indigenista de integração dos povos indígenas como forma

de imposição aos índios de terem que assimilar a cultura nacional. Neste sentido, Souza Filho (2009, p. 107) ratifica que:

A Constituição de 1988 reconhece aos índios o direito de ser índio, de manter-se como índio, com sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições. Além disso, reconhece o direito originário sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Esta concepção é nova, e juridicamente revolucionária, porque rompe com a repetida visão integracionista. A partir de 5 de outubro de 1988, o índio, no Brasil, tem o direito de ser índio.

Portanto, o ordenamento jurídico brasileiro pós 1988 contemplou o direito de ser índio e de continuar sendo índio, e não restringindo o direito de ser índio a uma situação transitória tendente à integração à sociedade nacional.

Além disto, outra consequência lógica da nova ordem constitucional instaurada é a superação do entendimento de que índios são relativamente incapazes para a prática de determinados atos da vida civil ou a maneira de os exercer, remetendo os silvícolas ao regime tutelar, estabelecido em legislação especial, que cessa à medida em que se adaptem à comunidade envolvente. Significou, então, a revogação do art. 6º, inciso IV e seu parágrafo único, do Código Civil de 1916.

Deste modo, o Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002), sob a égide do reconhecimento da diversidade cultural, tão somente prevê, em seu art. 4º, parágrafo único, que “a capacidade dos índios será regulada por legislação especial”, atendendo aos preceitos constitucionais, que exigem uma proteção especial, e não restrição, aos direitos indígenas. Ao final desta explanação, conclui Barreto (2008, p. 43):

A CF/88 – que reconhece o índio como “diferente”, sem que essa “diferença” possa ser confundida com “incapacidade” e que reconhece a “capacidade” do índio para ingressar em juízo na defesa de seus direitos, sem depender da intermediação – alterou substancialmente a natureza do regime tutelar indígena: primeiro, esse regime passou a ter natureza exclusivamente “protetiva”; segundo, passou a ter estatura “constitucional”. Portanto, esta “proteção constitucional” está protegida de ataques pela via do processo legislativo ordinário.

Resta, pois, superado o paradigma da integração dos povos indígenas dentro do contexto da sociedade brasileira plural, utilizando-se o critério de classificação dos povos indígenas segundo o grau de integração tão somente para aferição do grau de contato do indígena com a sociedade não índia, não possuindo mais esta o

domínio de interferir na opção do indígena entre manter a cultura indígena ou assimilar a cultura do não índio.

Por conseguinte, procedendo-se a uma releitura do Estatuto do Índio com base na política indigenista vigente, qual seja, a valorização da heterogeneidade cultural, inúmeros são os dispositivos deste Estatuto incompatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro vigente, como aduz Villares (2009, p. 62):

Os textos normativos presentes em alguns artigos do Estatuto do Índio estão eivados de inconstitucionalidades ou confrontantes com outras disposições legais infraconstitucionais, sendo por elas revogados ou tendo o jurista que interpretá-los para melhor extrair seu conteúdo normativo.

Verifica-se, portanto, que o Estado brasileiro passou a reconhecer a relatividade das culturas, assegurando direitos coletivos a povos indígenas e quilombolas. É o reconhecimento como povos culturalmente diferenciados, nos termos do art. 231 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁷, não mais prevalecendo o anseio à assimilação do índio pela comunidade nacional. É a denominada autodeterminação dos povos indígenas.

Pode-se ainda inferir que a aceitação da diversidade cultural encontra-se consagrada no art. 215 do texto constitucional⁸, de modo que se reconhecem os povos indígenas como tais, dotados de organização social, tradição, costumes, línguas, crenças, cultura, bem como se impõe ao Estado o dever de prestar proteção às culturas populares, indígenas e afro-brasileiras.

É de suma relevância mencionar que a Lei Maior, apesar do avanço do reconhecimento e da proteção da diversidade cultural, não traz em seu bojo qualquer definição de índio nem de comunidade indígena. Mas, ainda assim, representa o marco do rompimento da visão integracionista, reconhecendo-se o direito do índio de ser índio e de permanecer como tal.

De outro lado, a Convenção nº 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, que é um documento internacional aprovado em 1º de setembro de 1991, pela

⁷ Art. 231, *caput*, da CRFB de 1988: São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

⁸ Art. 215 da CRFB de 1988: O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

Câmara dos Deputados, e, posteriormente, ratificada em julho de 2004, pelo Senado Federal, além de elencar diversos mecanismos de proteção das comunidades indígenas, estipula um critério de identificação do índio, como se extrai do seu artigo 1º, parágrafo 2, em que “a consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção” (BARBIERI, 2008).

Do cotejo entre as definições do art. 3º, inciso I, do Estatuto do Índio e do artigo 1º, parágrafo 2, da Convenção nº 169 da OIT, percebe-se que naquele índio é aquele que se identifica e é identificado em condição indígena, ao passo que neste é aquele que tem consciência de sua identidade indígena. Assim, para a caracterização da identidade indígena, o critério de identificação do índio, nos termos desta Convenção, é tão somente o autorreconhecimento.

Por conseguinte, Villares (2008, p. 31) assevera que “o art. 3º da Lei 6.001/73 foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 e se coaduna integralmente com a Convenção 169 da OIT, não tendo sido revogado”.

Intrigante a crítica construída por Cunha (*apud* BARRETO, 2008) ao demonstrar que, erroneamente, há uma compreensão equivocada da sociedade brasileira acerca da definição do índio, argumentando que a própria lei não distingue índio de silvícola, como se todo índio tivesse que viver na selva, andar nu, ser primitivo, de modo que o que o caracterizaria como índio seria a utilização de pinturas e tangas na selva.

Isto é resultante do fato de que, como bem destaca Barbieri (2008, p. 31), na verdade, “as imagens dos índios são contraditórias e fragmentadas na história que nos é contada, desde os bancos escolares”.

Neste sentido, Silva (2011, p. 857-858) comenta que:

Os índios, como qualquer comunidade étnica, não param no tempo. A evolução pode ser mais rápida ou mais lenta, mas sempre haverá mudanças e, assim, a cultura indígena, como qualquer outra, é constantemente reproduzida, não igual a si mesma. Nenhuma cultura é isolada. Está sempre em contacto com outras formas culturais. A reprodução cultural não destrói a identidade cultural da comunidade, identidade que se mantém em resposta a outros grupos com os quais dita comunidade interage. Eventuais transformações decorrentes do viver e do conviver das comunidades não descaracterizam a identidade cultural.

De acordo com o texto colacionado, é imprescindível considerar que a sociedade como um todo, incluindo-se aqui os índios, evoluiu. Consequentemente, esta evolução natural revela a possibilidade lógica de os povos indígenas não permanecem culturalmente idênticos à imagem descrita quando do descobrimento do Brasil por Pêro Vaz de Caminha. Até porque, como mencionado acima, os traços culturais podem variar no tempo e no espaço, sem, contudo, interferir na identidade cultural.

O Estatuto do Índio, como é denominada a Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, dispõe sobre as relações do Estado brasileiro e da sociedade com os povos indígenas e continua em vigor até o momento, apesar de hoje ser “[...] visto com certo desconforto pelas organizações indígenas, por antropólogos, pelo movimento indigenista, por muitos juristas e pelo Estado. Mas, o Estatuto, à sua época, foi bastante avançado” (VILLARES, 2009, p. 63). Não mais se justifica, pois, a existência deste Estatuto por não mais corresponder aos anseios dos povos indígenas⁹.

Em conformidade com o art. 1º, *caput*, desta lei, a situação jurídica dos índios e das comunidades indígenas, é regulada “com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional”. Tem-se, aqui, o denominado princípio integracionista.

Neste intento, pertinente destacar que, quando da entrada em vigor desta lei, o Código Civil Brasileiro vigente à época era o de 1916, de modo que consideravam os índios relativamente incapazes, visando a sua melhor proteção.

Portanto, “a Lei 6.001 de 1973, conhecida como Estatuto do Índio manteve a relativa capacidade nos mesmos moldes do Código Civil, impondo à União o exercício da tutela, que passou a exercer através da Fundação Nacional do Índio” (BARBOSA, 2001, p. 105). Ademais, a expressão “silvícola” era adotada por esta

⁹ Santos (2003, p. 99-100) comenta que “com a promulgação da Constituição, as organizações indígenas e seus aliados começaram a se mobilizar para reescrever a lei geral, que deveria se chamar Estatuto dos Povos Indígenas, com conteúdo de direitos coletivos. Muitas versões foram escritas e muitas discussões realizadas. Uma versão consensual foi aprovada por uma Comissão do Congresso Nacional, mas por ordem direta do presidente da República eleito para o primeiro mandato, Fernando Henrique Cardoso, foi tirada de pauta antes que ele tomasse posse, em dezembro de 1994. Desde então, por um estranho e não confessado interesse governamental, o Estatuto ficou numa espécie de “geladeira” legislativa”.

antiga legislação civil, tendo sido reproduzida novamente no Estatuto do Índio de 1973.

Ressalta-se que o ordenamento jurídico brasileiro, nesta fase histórica dos direitos indígenas, pregava a preservação das tradições, dos valores culturais e dos costumes indígenas e, ao mesmo tempo, adotava uma política indigenista de integração dos povos indígenas à comunhão nacional, que corresponderia à sociedade não-índia, de forma progressiva e harmoniosa.

Assim, de acordo com o princípio integracionista, o respeito à cultura indígena dar-se-ia enquanto ocorresse o processo de transição, integração e assimilação dos índios à cultura nacional, que deve ser homogênea, já que não podem coexistir diferentes culturas, tradições, organizações sociais no território brasileiro. Nas palavras de Souza Filho (2009, p. 77):

A partir da constituição do Estado livre e soberano, com uma Constituição que garante direitos individuais, não se poderia mais falar de povos integrantes deste Estado, mas somente de um povo, que corresponderia a toda a população daquele território, este é o dogma do Estado contemporâneo. Os povos minoritários passaram a ser oprimidos, ter suas manifestações culturais proibidas, perderam seus direitos de povo e, no máximo, adquiriram direitos individuais de cidadania e de integração. É a versão constitucional da política integracionista.

Nesta mesma compreensão, a Convenção nº 107 da OIT, de 05 de junho de 1957, concernente à proteção e integração das populações indígenas e outras populações, tribais e semitribais de países independentes, já adotava o princípio integracionista, nos termos do seu artigo 1º¹⁰.

¹⁰ Artigo 1º da Convenção nº 107 da OIT:

1. A presente Convenção se aplica:

a) aos membros das populações tribais ou semitribais em países independentes, cujas condições sociais e econômicas correspondem a um estágio menos adiantado que o atingido pelos outros setores da comunidade nacional e que sejam regidas, total ou parcialmente, por costumes e tradições que lhes sejam peculiares por uma legislação especial;

b) aos membros das populações tribais ou semitribais de países independentes que sejam consideradas como indígenas pelo fato de descenderem das populações que habitavam o país, ou uma região geográfica a que pertença tal país, na época da conquista ou da colonização e que, qualquer que seja seu estatuto jurídico, levem uma vida mais conforme às instituições sociais, econômicas e culturais daquela época do que às instituições peculiares à nação a que pertencem.

2. Para os fins da presente convenção, o termo "semitribal" abrange os grupos e as pessoas que, embora prestes a perderem suas características tribais, não se achem ainda integrados na comunidade nacional.

3. As populações tribais ou semitribais mencionadas nos parágrafos 1º e 2º do presente artigo são designadas, nos artigos que se seguem, pela expressão "populações interessadas".

Entretanto, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, inevitavelmente, o legislador constituinte conferiu um tratamento diferenciado e peculiar aos povos indígenas, reconhecendo-se a identidade cultural indígena, o direito de permanecerem como índios e o usufruto das terras tradicionalmente ocupadas por eles como direito originário.

Diante do reconhecimento e da proteção da diversidade cultural pela Constituição da República de 1988, bem como da superação do princípio integracionista insculpido no art. 1º do Estatuto do Índio, este preceito estatutário deve ser considerado não recepcionado, pois a ordem constitucional vigente não mais promove a assimilação dos índios à cultura predominante entre os não-índios.

Ademais, com a superação da política indigenista de integração, Barbosa (2001, p. 25) assevera que a Convenção nº 107 da OIT:

Em 1989 foi revisada, correspondendo hoje à Convenção 169, porque vários pontos constantes na forma de 1957 hoje não são mais admitidos, como, por exemplo, a integração das populações indígenas, numa perspectiva de que se tratariam de populações que mais cedo ou mais tarde deveriam deixar de existir.

Oportuno mencionar ainda que alguns dispositivos do Estatuto do Índio acabaram tornando-se incompatíveis com Constituição Federal de 1988, o que desencadeou na apresentação de projetos de lei na Câmara dos Deputados, visando à criação de um novo Estatuto a regulamentar os direitos indígenas¹¹.

Assim, como a temática de direitos indígenas é de grande relevância e peculiaridade, em 1992, fora criada uma Comissão Especial da Câmara para analisar questões envolvendo direitos indígenas. Posteriormente, em 1994, esta Comissão aprovou um Substitutivo do Deputado Pizzatto ao Projeto de Lei nº 2.057/91, para disciplinar o denominado “Estatuto das Sociedades Indígenas”. Ocorre que tal análise encontra-se paralisada, desde dezembro de 1994, por manobra política do anterior governo de Fernando Henrique Cardoso (ALBUQUERQUE, 2008).

¹¹ “Desde 1991, passaram a tramitar no Congresso Nacional diversos Projetos de Lei elaborados com a finalidade de parovar um novo Estatuto. Muitos oriundos do próprio Governo Federal, outros do Conselho Indigenista Missionário – CIMI, do Núcleo do Direitos Indígenas, entre outras entidades” (ALBUQUERQUE, 2008, p.232).

Pertinente destacar que o Projeto de Lei do Estatuto das Sociedades Indígenas, que, nos termos do art. 1º, “regula os direitos coletivos especiais reconhecidos aos índios e às suas organizações sociais e as responsabilidades dos poderes públicos na sua proteção”, traz uma definição legal de sociedades indígenas e índios em seu art. 2º:

Art. 2º. Sociedades indígenas são coletividades que se distinguem no conjunto da sociedade nacional por reconhecerem seus vínculos históricos com populações ameríndias antecessoras ao processo de colonização.
§ 1º. As sociedades indígenas se compõem de uma ou mais comunidades, organizadas em aldeias ou agrupamentos familiares específicos.
§ 2º. Índio é o indivíduo que se reconhece como integrante de sociedade ou comunidade indígena específica, sendo também por ela reconhecido como tal.

Verifica-se que, com base nesta visão trazida pelo Projeto de Estatuto das Sociedades Indígenas, índio é aquele que se considera e é considerado como tal, não mais sendo tratado como “ser inferior” que precisa integrar-se à comunhão nacional, como já fora estabelecido pelo próprio Estatuto do Índio. Explicitando esta argumentação, preceitua Barreto (2008, p. 35) que:

Parece-nos visível que entre o atual Estatuto do Índio e o projeto de Estatuto das Sociedades Indígenas há uma mudança de foco: ali, o índio e, por extensão, suas comunidades e organizações são tratados a partir de uma perspectiva de “inferioridade”; acolá, a partir de uma perspectiva de diferença.

Neste contexto, enquanto “direito à diferença” e não mais como “escala hierárquico-evolutiva” é que devem ser encaradas as relações interétnicas da comunidade envolvente com os índios, suas comunidades e organizações.

Depreende-se, a partir da análise transcrita, que, sob a égide da valorização da heterogeneidade cultural, ou o direito à diferença, instaurada pelo art. 231 da Constituição Federal de 1988, reconheceu-se o direito de ser índio (auto-identificação) e de permanecer nesta condição indígena (hetero-identificação), assegurando-se o direito à diferença.

Neste sentido, sobre o direito de ser índio, Barbieri (2008, p. 40) comenta que: “[...] deve ser, em primeiro lugar, o respeito ao seu direito à alteridade e à diferença”, direito este reconhecido pelo texto constitucional ao determinar o respeito a organização social, costumes, línguas, crenças e tradições.

O direito à alteridade refere-se ao direito de o índio ser diferente, levando ao entendimento de que a cultura dos não-índios não é a única forma de cultura válida. Já o direito à diferença, na compreensão de Barreto (2008, p. 105), “[...] não implica “homogeneidade”, mas, ao contrário, “individualidade”. No caso indígena, sobretudo, a diferença é condição mesma da própria identidade”. Consiste, pois, no direito de o índio ser índio e permanecer como tal.

Destaca Barbosa (2001) que o grande dilema da humanidade é exatamente conciliar dois movimentos antagônicos: o respeito à diferença cultural e a associação entre culturas, sem, contudo, uma cultura aniquilar a outra, de modo a promover o progresso social por meio da cooperação/colaboração mútua.

Então, a nova ordem constitucional passou a garantir o respeito ao patrimônio cultural dos povos indígenas, seus valores artísticos e meios de expressão, não mais se pregando uma superioridade cultural dos “brancos” sobre os “índios”.

Até porque não há que se falar em uma cultura superior a outra, pois todas são resultantes de vivências em contextos distintos, não se podendo estabelecer um parâmetro de comparativo justo a fim de determinar qualquer superioridade.

Nestes termos, o Estatuto do Índio, que representou um avanço à sua época, deve ser analisado com as devidas ressalvas, adaptando-se as suas disposições ao novo sistema constitucional implantado a partir de 1988, haja vista que vários dispositivos estatutários tornaram-se incompatíveis com os preceitos constitucionais ou foram por estes revogados tacitamente, devendo-se recorrer à interpretação conforme a constituição para a análise do caso concreto.

1.2 OS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DOS DIREITOS INDÍGENAS

Nas sociedades democráticas contemporâneas, a ordem jurídica do Estado Democrático de Direito requer a aplicação do direito positivo com base na observância de princípios constitucionais que garantam a promoção da dignidade da pessoa humana, com fundamento na igualdade e na liberdade.

Percebe-se, assim, uma preocupação do legislador constituinte em “assegurar os valores da dignidade e do bem-estar da pessoa humana, como imperativo de justiça social” (PIOVESAN, 2009, p. 27). Logo, os direitos fundamentais são destinados a todos os seres humanos indiscriminadamente.

Partindo desta premissa maior, tem-se que o art. 231 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 assegura o seguinte: “são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições [...]”. Neste aspecto, defende-se que houve um avanço importante no reconhecimento constitucional dos povos indígenas.

Ao tratar de direitos fundamentais, Sarmiento (*apud* LIRA, 2010, p. 537) ensina que:

[...] os direitos fundamentais supra-estatais são paradigmas de validade das normas de direito interno, inclusive das normas constitucionais. [...] Neste sentido, nenhuma das regras do sistema jurídico nacional pode ser interpretada ou executada em contradição com a Constituição e com as Declarações de Direito.

Neste contexto, discutir a temática envolvendo direitos indígenas no constitucionalismo brasileiro permite uma discussão sobre a aplicabilidade dos direitos fundamentais aos povos indígenas em consonância com a preservação de costumes, línguas, crenças e tradições, mais especificamente num processo de adoção indígena por não índio.

A base dos direitos constitucionais indígenas, prevista nos arts. 231 e 232 da CRFB, traduz um avanço no reconhecimento aos índios de sua organização social, diversidade étnico-cultural, costumes, línguas, educação, garantindo-lhes ainda os direitos originários sobre as terras tradicionalmente por eles ocupadas, bem como cabendo à União, já que integram o seu patrimônio, o dever-poder de sua proteção, demarcação e respeito. É a aceitação de cada etnia no Estado nacional.

Como fora garantida a posse permanente destas terras ocupadas pelos indígenas, bem como o usufruto de suas riquezas minerais, qualquer ato que tenha por objeto a sua ocupação, o seu domínio ou a sua posse será considerado nulo de pleno direito. Ademais, cabe ao Congresso Nacional a autorização para o aproveitamento dos recursos hídricos e da lavra dos recursos minerais dentro destas

terras indígenas, com a devida anuência dos índios e assegurando-se às comunidades indígenas a participação nos resultados¹².

Houve, assim, uma mudança de paradigma em que o legislador constitucional não pretendeu integrar o índio à comunhão nacional, adotando o paradigma da interação entre os índios e a sociedade nacional. Representou o reconhecimento do direito à diferença.

Outro aspecto crucial foi o reconhecimento da capacidade indígena, não mais se fazendo necessária a tutela indígena enquanto “incapacidade”, mas sim tutela enquanto “proteção”, sendo os índios, suas comunidades e organizações as partes legítimas para ingressar em juízo na defesa de seus direitos e interesses (caráter de direito comunitário ou coletivo), devendo o Ministério Público intervir em todos os atos processuais.

Em meio ao novo panorama do reconhecimento das diversidades étnico-culturais, eis o grande desafio desta ordem democrática de direito: “[...] a

¹² Art. 231 da CRFB de 1988: São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º - As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

§ 3º - O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

§ 4º - As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5º - É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6º - São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

§ 7º - Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º.

Art. 232 da CRFB/1988: Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

harmonização de todos os interesses, numa mesma sociedade, sem a descaracterização de uma outra, já existente” (BARBIERI, 2008, p. 106).

Assim, o Direito Brasileiro reconhece o Direito Indígena, não se podendo negar os direitos fundamentais aos povos indígenas, muito menos olvidar-se da diversidade étnico-cultural existente na sociedade nacional.

1.3 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E O DIREITO À DIFERENÇA: RECONHECIMENTO DOS GRUPOS SOCIAIS MAIS VULNERÁVEIS

Em um Estado Democrático de Direito, os ideários de justiça, igualdade e dignidade são marcantes no sistema normativo com o condão de fundamentar os direitos e as pretensões da sociedade, elencando-se como princípios formais deste Estado de Direito a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político (BARBIERI, 2008).

Quanto ao princípio da igualdade, intimamente relacionado com a ideia de justiça, que, enquanto regra das regras de uma sociedade, confere valor moral e respeito a todas as demais regras desta mesma sociedade. Deste modo, Pereira (2003, p. 92) ainda alega que “se todos são iguais perante a lei, todos estão incluídos no laço social. Sabemos, entretanto, que os excluídos constituem uma realidade”.

Ao relacionar igualdade e cidadania, Pereira (2003) discorre que um homem é considerado cidadão quando é reconhecido pelo Direito como sujeito de direitos, pois é o Direito que proíbe e interdita o cidadão, autorizando-o ou excluindo-o no campo da legitimidade; mas, na verdade, um sujeito existe a partir da existência de um outro (alteridade).

E é exatamente o reconhecimento da existência de um outro, de um diferente, que permite a construção de uma identidade e de uma cidadania. Se todos fossem realmente iguais perante a lei, não haveria necessidade de se falar em igualdade.

Portanto, somente a partir da alteridade, sem a hegemonia de um sobre o outro, é possível a construção de uma sociedade igualitária.

Neste sentido, preleciona-se que a construção do Estado Democrático de Direito, instituído na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, conferiu positividade jurídica às minorias¹³ étnicas no decorrer da aquisição de garantias e direitos fundamentais da pessoa humana.

Assim, considerando a aceitação da cultura e dos sistemas jurídicos particulares de cada povo como uma das características primordiais de um Estado Democrático de Direito, realidade esta que retrata o respeito do direito brasileiro à autodeterminação¹⁴ dos povos, Villares (2009, p. 24) destaca que:

O próprio Estado democrático, ao aceitar a cultura e os sistemas jurídicos particulares de cada povo que vive sob sua proteção, ganha legitimidade, não pela força, mas pela consciência dos cidadãos de se organizarem por regras que promovam o desenvolvimento e o progresso de todos, num processo de coesão e unificação do povo.

Ocorre que nem sempre houve a aceitação de sistemas jurídicos particulares de cada povo no Estado nacional. O Estado moderno, seguindo os legados do cristianismo, almejou a unidade da humanidade, buscando a imposição de uma mesma cultura, religião e educação para todos os povos que integrassem o mesmo território¹⁵.

Tanto é que Santos (2003), ao discutir a formação dos Estados na América Latina, afirma categoricamente que, quando da criação dos Estados nacionais, os povos indígenas eram esquecidos de tal como que os governos, servindo a interesses estrangeiros, preocupavam-se em aumentar as fronteiras agrícolas e em

¹³ “O termo *minoría* deve ser reservado aos grupos sociais que, independentemente de sua expressão numérica, encontram-se qualitativamente em situação de desigualdade, por razões sociais, econômicas ou técnicas, grupos sujeitos à dominação de outros grupos prevalentes” (BARBOZA, 2008, p. 60).

¹⁴ Imprescindível esclarecer que o direito à autodeterminação não deve ser compreendido como soberania, “[...] referindo-se a um grupo social ou a uma instituição que possui o direito de ditar suas próprias regras, dentro de um âmbito limitado de competência. Por essa razão, autonomia para os povos indígenas não se configura no equivalente à soberania, mas em seus direitos de pactuarem com o estado as condições possibilitadoras e facilitadoras de sua sobrevivência e desenvolvimento enquanto povos, configurando um estado multicultural” (ALBUQUERQUE, 2008, p. 290).

¹⁵ Souza Filho (2009, p. 64), ao relatar que, na prática, a integração revelou-se como uma discriminação, comenta que “a nova sociedade tirou dos indígenas tudo o que eles tinham, especialmente a sua identidade, para lhes oferecer uma integração que nem mesmo os brancos pobres, embebidos pela cultura burguesa logram conseguir”.

buscar novas riquezas, tratando os povos locais como empecilho ao desenvolvimento.

Deste modo, “o Estado contemporâneo e seu Direito sempre negaram a possibilidade de convivência, num mesmo território, de sistemas jurídicos diversos, acreditando que o Direito estatal sob a cultura constitucional é único e onipresente” (SOUZA FILHO, 2009, p. 71).

Neste sentido, aduz Silveira (2010, p. 31) que “Comprimidos numa base territorial única, à mercê de um número étnico dominante e desprezados pelo estado que não enxerga as coletividades, essas minorias invisíveis sequer conseguem exercer o direito à autodeterminação de modo pacífico”.

Consequentemente, o sistema jurídico brasileiro não oferecia meios para resolver os conflitos surgidos no seio das sociedades indígenas, nem tampouco os conflitos entre estas sociedades e as não indígenas no seio da sociedade nacional. O que o Estado moderno tinha, à época, era a imposição de sua vontade (BARBOSA, 2001).

Em todo caso, a historicidade dos povos indígenas demonstra que não há como negar a diversidade étnico-cultural de cada povo indígena, que se organiza segundo os parâmetros do seu sistema sociocultural, a partir de valores culturais que constituem as suas normas internas.

Neste íterim, como suscitado, os direitos humanos universais, nos quais se incluem os direitos indígenas, efetivamente nunca foram acolhidos pelo Estado ao longo dos anos, mais notadamente com relação à diversidade étnico-cultural e à auto-organização. Por seu turno, pode parecer complexo e difícil a garantia simultânea “[...] do direito à auto-organização e à diversidade de culturas, diante de um Estado que só aceita uma cultura nacional e prega, indistintamente, a igualdade de direito para todos, apesar das diferenças” (BARBIERI, 2008, p. 69).

O fato é que a Constituição da República Federativa de 1988 acatou o preceito constitucional da igualdade na diferença, buscando a preservação da cultura e da autodeterminação dos povos indígenas, que nada mais seria que o direito de estes povos disporem sobre si mesmos.

Portanto, os povos, identificados como minorias invisíveis, têm direito à autodeterminação, haja vista que coexistem dentro de um mesmo território estatal povos com línguas, crenças, costumes, tradições, culturas diferentes, sendo imprescindível o reconhecimento da pluralidade de culturas, que sempre existiu no interior de um único estado.

Ademais, é relevante destacar que o termo índio pode acabar sendo compreendido, pelos leigos neste assunto, como se todos os povos indígenas fossem iguais, no sentido de possuírem uma mesma cultura, língua, crença, religião, educação, dentre outros aspectos. Mas, pelo contrário, há uma impressionante diversidade cultural dos índios no Brasil, apesar do aniquilamento físico dos povos indígenas ao longo dos cinco séculos desde o primeiro encontro com os habitantes do Brasil (SOUZA FILHO, 2009).

De outro lado, o art. 8º da Convenção 169 da OIT¹⁶ prevê a aceitabilidade dos sistemas normativos indígenas, determinando que, na aplicação do direito comum nas relações entre indígenas e sociedade não índia, deve-se levar em consideração a condição indígena, respeitando-se os costumes, as tradições e a organização social, desde que não incompatíveis com os direitos fundamentais insculpidos pelo ordenamento jurídico brasileiro nem com os direitos humanos internacionais.

Portanto, “se os sistemas jurídicos indígenas devem ser aplicados como regra nas relações entre os índios, nas relações destes com a sociedade a regra é a aplicação do direito comum, excetuadas normas que trouxerem um evidente prejuízo” (VILLARES, 2009, p. 24).

Deste modo, os sistemas jurídicos nacionais até admitem a possibilidade da aplicação das normas jurídicas indígenas ao Direito Estatal. Mas, de forma secundária, já que sua aplicação é tolerada quando a lei nacional for omissa ou desnecessária, bem como deve pautar-se pelos direitos consagrados no

¹⁶ Artigo 8º da Convenção 169 da OIT:

1. Ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário.
2. Esses povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Sempre que for necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para se solucionar os conflitos que possam surgir na aplicação deste princípio.

ordenamento jurídico brasileiro e pelos direitos humanos internacionais (SOUZA FILHO, 2009).

O ponto nodal da aplicação dos sistemas normativos indígenas é exatamente no fato de que, ainda quando aplicados internamente para reger as relações entre os índios, ocorrem conflitos entre algumas destas normas internas e as internacionais de direitos humanos, sendo uma das preocupações do relativismo cultural, já que, segundo Villares (2009, p. 26):

[...] ações como o abandono de bebês com deficiência; a imposição de penas cruéis como o castigo físico, o trabalho forçado, o banimento e a morte; e as guerras tribais são aceitas por alguns povos indígenas, mas refutados pelas normas relativas aos direitos humanos.

É válido mencionar que o posicionamento supracitado tem correlação com o fundamento extraído do art. 57 do Estatuto do Índio, que assevera ser a aplicação tolerada, “[...] pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte”. Até porque, nos dizeres de Souza Filho (2009, p. 161), “este dispositivo revela uma carga de intolerância e auto-referência cultural sem limites”.

Imprescindível ressaltar a impossibilidade de abordagem exaustiva da questão atinente à coexistência e ao conflito de normas jurídicas do direito estatal brasileiro e de normas jurídicas não escritas¹⁷ das sociedades indígenas, “[...] em razão da grande diversidade destas, da falta de informações etnográficas sobre esses Direitos autônomos e sobre a ocorrência do pluralismo jurídico em cada sociedade indígena do Brasil” (BARBOSA, 2001, p. 21).

Há que se destacar que a análise da evolução histórico-legislativa da questão indígena no Brasil demonstra a importância dos povos indígenas para a formação da América Latina, de modo que o reconhecimento da diferença contribui para a efetiva formação de uma sociedade brasileira democrática e multicultural¹⁸.

¹⁷ As normas de condutas éticas de observância geral por todos os membros das comunidades indígenas permanecem na memória dos povos indígenas, transmitindo-se, por meio da oralidade, a futuras gerações, através da sabedoria dos anciãos (ALBUQUERQUE, 2008).

¹⁸ Argumenta Machado (2010, p. 159) que “[...] o multiculturalismo orienta-se no sentido de gerar mudanças nas sociedades culturalmente plurais que se representam como homogêneas e uniculturais, construindo as subjetividades dos grupos culturalmente dominados”.

Oportuno destacar a opinião de Santos (2003, p. 458) acerca do reconhecimento do direito à diferença por meio de uma hermenêutica diatópica:

O multiculturalismo progressista pressupõe que o princípio da igualdade seja utilizado de par com o princípio do reconhecimento da diferença. A hermenêutica diatópica pressupõe a aceitação do seguinte imperativo transcultural: temos o direito de ser iguais quando a diferença nos inferioriza; temos o direito a ser diferentes quando a igualdade nos descaracteriza.

Neste sentido, Albuquerque (2008, p. 14) afirma que “em sua origem o multiculturalismo surge como princípio ético orientador da ação de grupos étnicos que tiveram seus direitos de preservarem suas características culturais completamente negados”.

Já Santos (2003, p. 26) explica que “a expressão *multiculturalismo* designa, originalmente, a coexistência de formas culturais ou de grupos caracterizados por culturas diferentes no seio das sociedades “modernas””.

Portanto, os povos, identificados como minorias invisíveis, têm direito à autodeterminação, haja vista que coexistem dentro de um mesmo território estatal povos com línguas, crenças, costumes, tradições, culturas diferentes, sendo imprescindível o reconhecimento da pluralidade de culturas, que sempre existiu no interior de um único estado.

Sob a égide de um Estado Democrático de Direito, que busca a revalorização do direito, exige-se uma nova ordem jurídica contempladora dos anseios das minorias étnicas, atendendo-se às demandas sociais e aos conflitos inerentes ao Estado nacional heterogêneo e plural.

Quanto aos direitos culturais, Souza Filho (2009, p. 158-159) faz uma observação pertinente acerca da abrangência destes, defendendo que “os direitos culturais não são apenas os ligados ao respeito ao exercício de suas tradições, festas, alimentação, mais do que isso é o Direito a que as informações sobre o povo não seja recobertas por manto de preconceito, desprezo e mentiras”.

Deste modo, a Constituição Federal de 1988, ao superar a política integracionista ou assimilacionista do Código Civil de 1916 e do Estatuto do índio, bem como ao reconhecer a diversidade cultural aos diferentes grupos sociais e

étnicos formadores da sociedade brasileira, segue a orientação do multiculturalismo, preocupando-se em assegurar os direitos e interesses dos povos indígenas (SANTILLI, 2005).

De outro lado, ao se considerar que o Projeto de Lei do Estatuto das Sociedades Indígenas ainda não foi aprovado, estando paralisada a sua análise desde 1994, a Convenção nº 169 da OIT é a legislação que mais adequadamente regula a situação das questões indígenas em consonância com a ordem constitucional vigente, principalmente do reconhecimento da diversidade étnico-cultural dos povos indígenas.

Isto porque esta Convenção, em seu artigo 5º¹⁹, alínea 'a', defende o multiculturalismo, não mais contemplando a política da integração dos índios à comunhão nacional e, conseqüentemente, passando a defender o princípio do respeito à diferença étnico-cultural.

Neste sentido, o multiculturalismo, presente em diversos dispositivos constitucionais que tratam da proteção à cultura, refere-se à valorização da intensa diversidade cultural dos diferentes grupos sociais e étnicos, incluindo os indígenas, bem como ao reconhecimento do papel das manifestações culturais destes grupos para a formação da identidade cultural brasileira.

Verifica-se que o Estado Brasileiro reconheceu a diversidade cultural no âmbito nacional ao salvaguardar a proteção das manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

Ratificando a importância do reconhecimento do multiculturalismo, não só por se admitir as diferenças étnicas dos grupos sociais, mas também por se almejar a superação das injustiças decorrentes de um Estado homogêneo e unicultural, Albuquerque (2008, p.211) argumenta que:

¹⁹ Artigo 5º da Convenção 169 da OIT:

Ao se aplicar as disposições da presente Convenção:

a) deverão ser reconhecidos e protegidos os valores e práticas sociais, culturais religiosos e espirituais próprios dos povos mencionados e dever-se-á levar na devida consideração a natureza dos problemas que lhes sejam apresentados, tanto coletiva como individualmente.

Os povos indígenas constituem, atualmente, um referencial de agentes coletivos participativos de um novo marco democrático fundado na participação, diferença e igualdade dos povos. Trata-se de superar a ideia de um país monoétnico e unissocietário e assumir a realidade pluriétnica e multicultural, possibilitando as reais condições internas para os indígenas se beneficiarem dessa decisão, podendo, finalmente, viver de acordo com seus valores, crenças e instituições político-jurídicas. Direito à igualdade e à diferença definido em um referencial político-jurídico multicultural, no qual a diferença dá-se não como um privilégio, mas como uma permanente reivindicação.

Assim, os grupos sociais mais vulneráveis são merecedores de uma proteção especial pelo Direito, como medida do reconhecimento da condição de ser humano, para só então falar-se em um verdadeiro Estado Democrático de Direito. Até porque a proteção das minorias é fundamental para o próprio exercício da democracia e da cidadania contempladas na Constituição Federal de 1988.

É de bom alvitre destacar que o direito das minorias é uma realidade presente nas discussões do Estado Brasileiro, já que o Brasil foi marcado por um processo de miscigenação de raças. Assim, não há como negar a existência de uma sociedade brasileira multiétnica e pluricultural, constituída por segmentos que compõem os grupos vulneráveis, diferenciando-se da classe dominante pelo fato de terem uma cultura própria, com organização social, crenças, costumes, tradições e línguas.

Quanto à diversidade cultural, é sabido que cada cultura tem a sua peculiaridade e especificidade, de modo que o respeito à condição humana traduzir-se-á no reconhecimento da diferença, haja vista que “não existe *alteridade* sem *diversidade* (diversidade étnica, cultural, ideológica, estética...)” (BITTAR E ALMEIDA, 2010, p. 675).

Destaca Barbosa (2001) que o grande dilema da humanidade é exatamente conciliar dois movimentos antagônicos: o respeito à diferença cultural e a associação entre culturas, sem, contudo, uma cultura aniquilar a outra, de modo a promover o progresso social por meio da cooperação/colaboração mútua.

Até porque não há que se falar em uma cultura superior a outra, pois todas são resultantes de vivências em contextos distintos, não se podendo estabelecer um parâmetro de comparativo justo a fim de determinar qualquer superioridade.

Reconhecendo-se o direito à diferença, houve um momento marcante para a população indígena, qual seja o tratamento constitucional assegurado aos índios na

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (arts. 231 e 232 da CRFB), representando um avanço significativo para a garantia dos direitos dos povos indígenas.

Com o fito de preservar a diversidade cultural, uma das inovações da Nova Lei de Adoção foi a determinação, consoante o art. 28, §6º, inciso III, do Estatuto da Criança e do Adolescente, obrigatoriamente, da intervenção e oitiva de representantes do órgão federal responsável pela política indigenista, no caso a Fundação Nacional do Índio – FUNAI, bem como de antropólogos, perante a equipe multidisciplinar, que acompanha cada processo de adoção de crianças e adolescentes indígenas.

Trata-se, pois, de uma sociedade brasileira democrática e plural comprometida com a diferença, o multiculturalismo, a dignidade da pessoa humana, a liberdade e a igualdade frente a uma maioria étnica.

1.4 A EXISTÊNCIA DE UMA TUTELA JURISDICIONAL INDÍGENA E A GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS RECONHECIDOS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Preliminarmente, quando se discute a aplicação da legislação brasileira aos índios e às comunidades indígenas, há de se reconhecer a concretização do princípio constitucional da isonomia, posto que as leis do País são consideradas normas cogentes e aplicáveis a todos os brasileiros. Neste sentido, determina o art. 1º, parágrafo único, do Estatuto do Índio que:

Art. 1º, parágrafo único. Aos índios e às comunidades indígenas se estende a proteção das leis do País, nos mesmos termos em que se aplicam aos demais brasileiros, resguardados os usos, costumes e tradições indígenas, bem como as condições peculiares reconhecidas nesta Lei.

Ao analisar a proteção constitucional e o Estatuto do Índio, Costa (2008, p. 314) assevera que a situação dos índios, quando do descobrimento do Brasil, era incerta, “pois algumas leis decretavam-no o cativo, enquanto outros proclamavam a liberdade absoluta dos mesmos e os aprisionavam”. Sujeitaram-se, assim, à

escravidão até quando da defesa dos mesmos pela Igreja Católica em Encíclica elaborada pelo papa Benedito XIV.

Já na época do Império, com a promulgação da Carta Outorgada de 1824, o Estado brasileiro herdou do período colonial (séculos XVI a XVIII) uma legislação omissa acerca dos povos indígenas, mantendo a política integracionista, nem sequer suscitando a existência ou preocupação com a questão indígena. Em 1831, libertou os índios da servidão (SOUZA FILHO, 2009).

Posteriormente, a primeira Constituição Brasileira Republicana, a de 1891, também se quedou silente acerca dos índios em seu texto, refutando o movimento do Apostolado Positivista e os ideais de nações livres e soberanas para os indígenas, que ainda eram vistos como “selvagens”, mas com nação independente, livre e soberana, devendo respeitar os seus territórios e tratá-los com respeito, assim como se fazia com outros povos ditos mais fortes que os indígenas (BARBIERI, 2008).

Oportuno destacar que, na vigência desta Constituição da República de 1891, fora editado o Decreto 8.072, de 20 de junho de 1910, que criou o Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais – SPILTN, sendo transformado, em 1918, no Serviço de Proteção ao Índio – SPI²⁰.

Ao prosseguir na análise da evolução histórico-legislativa da questão indígena no Brasil, Rezende (2009, p. 30-31) assevera que:

As Constituições de 1934 e de 1937, no tocante aos silvícolas, limitaram-se a garantir-lhes a posse das terras que ocupam, vedando-lhes a alienação.

[...]

A Carta de 1946 também se limitou a assegurar aos silvícolas a posse da terra que ocupam, e a de 1967, além disso, lhes garante o usufruto dos recursos naturais e de todas as utilidades nela existentes.

[...]

Em 1973 sobreveio a Lei 6.001, o Estatuto do Índio, cuja política exposta já no art. 1º é a de integrar, progressiva e harmoniosamente, o índio a comunhão nacional.

[...]

²⁰ Santos Filho (2006) ressalta que a implantação da política indigenista de integração ou assimilação dos índios à “civilização”, por meio de um processo de estágio de evolução cultural, reconhecendo-se a condição de índio como transitória a um processo de progressiva “civilização”.

Por fim, a Constituição Federal de 1988 dedicou o capítulo VIII aos índios. Além de garantir os direitos originários às terras ocupadas, o art. 231 da Carta reconhece aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições.

Na Constituição de 1934, começara a existir o reconhecimento das terras indígenas, limitando-se a garantir aos silvícolas a posse destas terras. Fora a primeira Constituição a estabelecer que “compete privativamente à União legislar sobre incorporação dos silvícolas à comunhão nacional”, nos termos do seu art. 5º, XIX, ‘m’. Assim, a questão indígena e o que diz respeito às suas terras tornou-se matéria constitucional, reconhecendo-se nesta oportunidade o direito originário dos índios sobre suas terras. Por fim, como fora respeitada a posse do silvícola, qualquer ato de alienação seria considerado nulo diante da vedação constitucional à alienação (BARBIERI, 2008).

Percebe-se, assim, que a proteção constitucional aos índios, momento em que ainda eram denominados de silvícolas, somente ocorreu, pela primeira vez, na Constituição Federal de 1934, inaugurando a fase da Constituição social, sob a influência da Constituição alemã de Weimar de 1939. É válido destacar que foi a primeira Constituição que tratou dos direitos dos povos indígenas, respeitando a posse de terra dos silvícolas e sendo da responsabilidade da União a promoção da política indigenista (SANTOS FILHO, 2006).

Sabe-se que a Constituição de 1937, a conhecida Constituição Polaca, manteve o reconhecimento da posse da terra aos silvícolas, divergindo quanto à integração indígena. A de 1946 conservou o art. 5º da Constituição de 1934 (competência legislativa da União sobre incorporação dos silvícolas à comunhão nacional), definindo ainda o respeito à posse das terras, onde os silvícolas se encontrassem permanentemente localizados (BARBIERI, 2008).

Na Constituição de 1967, além da manutenção da competência da União para legislar sobre questão indígena, “incluem-se entre os bens da União as terras ocupadas pelos silvícolas”, nos termos do seu art. 4º, inciso IV, estando, assim, inalienáveis, a não ser por autorização legislativa, pelo fato de o direito à propriedade destas terras indígenas ter sido conferido à União. Seria, pois, garantido aos silvícolas o direito de usufruto dos seus recursos naturais e de todas as suas utilidades. Em seguida, a Emenda Constitucional nº 1 de 1969 permaneceu com a

mesma redação quanto às terras por eles ocupadas estarem incluídas entre os bens da União e à competência da União para legislar sobre questão indígena. Entretanto, a Emenda Constitucional de 1969 avançou por ter se preocupado com o usufruto exclusivo das riquezas minerais e de todas as suas utilidades, bem como por determinar a nulidade e extinção dos efeitos jurídicos que tenham por finalidade o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas (BARBIERI, 2008).

A partir desta evolução histórico-legislativa da questão indígena no Brasil, constata-se que os textos constitucionais subsequentes à Constituição de 1934 (de 1937, 1946, 1967²¹ e sua Emenda Constitucional nº 1/69) mantiveram a proteção aos silvícolas, avançando a Constituição Federal de 1988 na relação entre o Estado e os povos indígenas.

Isto porque, dentre várias previsões, o texto constitucional de 1988 passou a denominar os índios de índios e conferiu-lhes o direito de permanecerem como tal, reconhecendo o direito à autodeterminação e à alteridade, respeitando sua cultura, sua identidade, seus costumes e admitindo a diferença dentro da sociedade nacional. Era o fim da política integracionista e de assimilação da dita sociedade civilizada, emergindo a política da interação, entre os povos indígenas e a sociedade, em condições de igualdade, por meio do respeito à diferença.

A Lei Maior trouxe, pois, um conjunto de normas jurídicas visando à efetiva proteção dos direitos e interesses dos índios, dedicando um capítulo especial aos índios, formado pelos arts. 231 e 232 deste diploma legal, além de contemplar diversos dispositivos protetivos dos índios (SILVA, 2011).

Assim, a partir da abordagem inovadora da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 sobre a temática dos direitos indígenas, passou-se a almejar uma aplicação dos dispositivos constitucionais com base em fundamentos

²¹ Importante mencionar que foi exatamente na vigência da Constituição de 1967 que houve, em substituição ao extinto Serviço de Proteção aos Índios – SPI, a criação da Fundação Nacional do Índio – FUNAI, órgão do governo brasileiro que tem por finalidade “aplicar a política em prol do índio no território nacional; zelar pelo patrimônio indígena; fomentar estudos sobre populações indígenas que vivem em território brasileiro e garantir a proteção; demarcar, assegurar e proteger as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios” (SANTOS FILHO, 2006, p. 43).

novos, principalmente quando se trata de processos e situações envolvendo os indígenas, como destaca Barreto (2008, p. 25):

Neste sentido, a partir da Constituição de 1988 propugnamos para os “direitos indígenas” a substituição da atual “interpretação retrospectiva” por uma nova “interpretação prospectiva”: isto é, uma interpretação calcada em novos fundamentos e voltada à consecução de novos objetivos.

Pode-se afirmar categoricamente que a Constituição de 1988 representou uma mudança de paradigma quanto aos direitos indígenas, tratando-os com merecedora extensão e profundidade comparadas às Constituições brasileiras anteriores, não mais fazendo referência à política de integração do índio à comunidade nacional.

Coadunando com as ideias ora esposadas, Barbieri (2008, p. 41) comenta que, após a Lei Maior, “[...] não falamos mais na política integracionista dizimadora, uma vez que os índios já não teriam que ser incorporados à comunhão nacional, forçosamente impingidos a assimilar nossa cultura, em detrimento da cultura indígena”.

Diante deste novo paradigma jurídico sedimentado no texto constitucional, não mais merece prosperar a alegação de perda da identidade indígena pelo mero contato com outro grupo étnico, a partir da já superada ideia de serem os índios seres humanos com uma cultura inferior à da comunidade envolvente.

Não se pode negar que eventuais transformações culturais podem ocorrer naturalmente, mas tal fato não tem o condão de interferir na identidade cultural. Entretanto, constata-se que a identidade indígena fora, em diversos momentos históricos, usurpada forçosamente por meio da imposição da política integracionista anteriormente vigente na sociedade brasileira (VILLARES, 2009).

Verifica-se, então, que a situação dos índios, a partir da nova perspectiva constitucional, passou a ter um regime jurídico especial de proteção, em que estes não mais podem ser discriminados em categorias distintas de índios (isolados, em processo de integração e integrados), como estabelece o art. 4º do Estatuto do Índio, bem como não mais se reconhece a condição de indígena de forma transitória a ser assimilada pela sociedade nacional envolvente (SANTILLI, 2005).

Ademais, como preceitua o art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”, e os índios, por serem cidadãos como todos os brasileiros, são merecedores do desfrute de todos os direitos fundamentais arrolados no texto constitucional. Logo, é imprescindível a proteção destes povos indígenas contra o preconceito étnico.

Tanto é que o próprio art. 1º, *caput*, da Lei nº 9.459, de 13 de maio de 1997 (que altera os arts. 1º e 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, e acrescenta parágrafo ao art. 140 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940), ao definir os crimes de racismo, elenca aqueles motivados por discriminação ou preconceito relativo à raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Diante da nova ordem constitucional vigente, o art. 4º, parágrafo único, do Código Civil de 2002 revogou o art. 6º, inciso IV, do Código Civil de 1916, que considerava o índio relativamente incapaz, dispondo-se agora somente que “a capacidade dos índios será regulada por legislação especial”.

E à luz da Constituição Federal de 1988, em seu art. 232, ampliou-se o direito de ação do índio, das suas comunidades e organizações, bem como não há mais menção de participação do órgão de proteção ao índio – a FUNAI, conferindo-se aos indígenas plena capacidade civil e processual.

Com relação ao respeito à diferença e à alteridade, além do grande avanço trazido pelo art. 231 da Lei Maior, note-se que houve a contribuição da Convenção nº 169 da OIT, que alterou o entendimento substituindo a Convenção nº 107 de caráter integracionista à comunidade nacional, já que esta não invocou o direito à diferença.

No entendimento de Barbieri (2008, p. 44), por sua vez, a contribuição primordial da Convenção nº 169 da OIT foi demonstrar a relevância da preservação da dignidade da pessoa humana do índio, estabelecendo “[...] os critérios de comunidade nacional e sobrevivência da cultura e diversidade indígena em todos os níveis, numa integração natural e progressiva”.

Portanto, em uma sociedade democrática brasileira, os direitos indígenas previstos no art. 231 do texto constitucional, apesar de não elencados no rol do Título II intitulado como “Direitos e Garantias Fundamentais”, devem ser compreendidos como direitos fundamentais, pois a finalidade da proteção constitucional do índio é exatamente respeitar a sua humanidade, dignificar a condição de indígena (minorias nacionais) e respeitar a sua liberdade e igualdade perante a sociedade nacional (VILLARES, 2009).

2 O PROCESSO DE ADOÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES INDÍGENAS POR NÃO ÍNDIO

A partir da ideia central de que a família é a base de toda e qualquer sociedade, imprescindível suscitar uma reflexão acerca do conceito de família. Historicamente, tem-se que a própria Declaração Universal dos Direitos do Homem estabelece, em seu art. 3º, que “a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”. No mesmo sentido, por sua vez, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 determinou que “a família é o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado” (PEREIRA, 2003).

Em um determinado momento histórico, a sociedade estipulou o casamento como regra de conduta entre seus membros, já que a organização da sociedade se dá em torno de uma estrutura familiar (DIAS, 2011). Ocorre que a família, enquanto base da sociedade e merecedora de proteção especial do Estado, em razão do declínio do patriarcalismo²², fora objeto de suscetíveis mudanças na estrutura da organização jurídica da família.

Conseqüentemente, os novos contornos do Direito de Família, impulsionados pelas transformações sociais, acarretaram o desaparecimento do modelo familiar convencional, patriarcal e hierarquizado, não mais se restringindo a compreensão de família àquela entidade constituída de pais e filhos por meio de um casamento regulado e regulamentado pelo Estado. Deste modo, o texto constitucional, em seu art. 226²³, ampliou o seu conceito, admitindo a existência de famílias plurais, ou seja, o Estado reconheceu várias formas de constituição de famílias (PEREIRA, 2012).

²² Pereira (2003, p. 81-82), refletindo sobre a origem do patriarcado, comenta que “Quando pensamos em patriarcado nos remetemos a mais que uma forma de família. Ele é, antes de tudo, uma estrutura na qual homens e mulheres têm o seu desenvolvimento com base no mito da superioridade masculina [...]. A supremacia masculina surge, pois, com a cultura competitiva do excedente, em que as mulheres vão pouco a pouco sendo dominadas para que possibilitem produzir mais riqueza. Instalada a divisão sexual do trabalho, nasceu o patriarcado”.

²³ Art. 226 da CRFB de 1988: A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Assim, o modelo familiar convencional baseado na estrutura de homem e mulher unidos pelo casamento e cercados de filhos fora superado, tendo ocorrido uma verdadeira transformação na família, que alberga todas as conformações, pois “o novo modelo da família funda-se sobre os pilares da repersonalização, da afetividade, da pluralidade e do **eudemonismo**, impingindo nova roupagem axiológica ao direito de família” (DIAS, 2011, p. 43).

Em meio a este pluralismo de constituição de famílias, existindo casais com filhos de casamentos anteriores e filhos comuns, casais homoafetivos, pais ou mães criando e educando filhos sozinhos (famílias monoparentais); bem como os casos de filhos sem pais, crianças nas ruas, etc., sendo estes alguns exemplos dos novos arranjos familiares, não há como o direito esquivar-se desta realidade social, que é merecedora da mesma proteção conferida ao casamento e aos filhos oriundos deste casamento pelo Estado.

Isto porque, com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a família não mais se constitui somente pelo casamento. E, diante do reconhecimento da existência de novas formas de convívio, já que a família se pluralizou, inevitavelmente também houve uma transformação nas relações de parentalidade, vedando-se discriminações entre filhos²⁴.

Neste contexto, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988²⁵, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências (conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA), bem como a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil, asseguram o princípio da igualdade jurídica de todos os filhos ou da proibição de discriminação quanto aos filhos, não mais se podendo haver qualquer tipo de designação discriminatória entre filhos, havidos ou não do

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

²⁴ Ao abordar as transformações nas relações familiares pós Constituição de 1988, Pereira (2003, p. 67) afirma que “o art. 226 da nossa Constituição veio revolver profundamente os dispositivos no Código Civil brasileiro de 1916 referentes ao Direito de Família. Não só em relação ao casamento, mas também em relação à filiação. O preconceito tinha como referência os filhos havidos fora do casamento, e de certa forma sobre a mulher”.

²⁵ Ao discutir a era da constitucionalização do direito, Ferrarini (2010, p. 66-67) destaca que “com o advento da Constituição de 1988, ocorreu um choque de perplexidade na doutrina e na jurisprudência, por passar a Lei Maior a disciplinar matérias que até então eram de exclusivo tratamento pela lei ordinária. A partir daí, a ordem civil, ordinariamente privada, passa a ser submetida às diretrizes constitucionais”.

casamento, ou por adoção²⁶. Os filhos, independentemente da origem da filiação, gozam dos mesmos direitos e qualificações²⁷.

Farias e Rosenvald (2008, p. 41) asseveram que a isonomia entre os filhos tem por finalidade “[...] impedir distinções entre filhos fundadas na natureza do vínculo que une os genitores (se casados ou em união estável), além de obstar diferenciações em razão de sua origem biológica ou não”.

Preza o princípio da igualdade jurídica de todos os filhos a absoluta igualdade entre filhos havidos ou não de casamento, não mais se podendo distinguir entre filhos legítimos e ilegítimos (de acordo com o fato de os pais serem ou não casados), e adotivos, como previa a Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, o antigo Código Civil de 1916. Neste sentido, diante da vedação de qualquer forma de discriminação baseada na origem da filiação, Gonçalves (2010, p. 24) esclarece que:

O princípio ora em estudo não admite distinção entre filhos legítimos, naturais e adotivos, quanto ao nome, poder familiar, alimentos e sucessão; permite o reconhecimento, a qualquer tempo, de filhos havidos fora do casamento; proíbe que conste no assento do nascimento qualquer referência à filiação ilegítima; e veda designações discriminatórias relativas à filiação.

Consequentemente, primando o respeito à dignidade da pessoa humana, que se constitui como base de uma comunidade familiar, os filhos têm direito a uma existência humana digna para o seu desenvolvimento humano pleno, a ser garantido por uma entidade familiar que lhes proporcione um ambiente familiar saudável e adequado.

Assim sendo, não é por acaso que a Constituição Federal de 1988 trouxe em seu bojo a concepção moderna de família instrumental com base no amor e na busca da felicidade de cada um de seus membros, já que seu fim último é a realização da dignidade da pessoa humana, chegando-se a sustentar que “[...] não

²⁶ “Antes do advento da Carta Magna, no que tange aos filhos adotivos, havia três hipóteses a considerar. Se o filho fosse adotado e o casal já tivesse filhos de sangue, aquele não herdaria nada. Se, após a adoção, os adotantes tivessem filhos biológicos, o adotivo herdaria apenas a metade do que aqueles herdariam. No caso em que todos os filhos fossem adotivos, estes herdariam por igual” (ELIAS, 2005, p. 24).

²⁷ Art. 227, §6º, da CRFB de 1988: Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. Oportuno destacar que o art. 20 do ECA e o art. 1.596 do Código Civil Brasileiro de 2002 trazem a mesma redação do texto constitucional.

há ramo do Direito Privado em que a dignidade da pessoa humana tenha mais ingerência que o Direito de Família” (FERRARINI, 2010, p. 75).

Neste contexto, a partir da constitucionalização do direito, as relações jurídicas de família passaram a revalorizar a dignidade da pessoa humana, momento em que a família volta-se para a realização pessoal de seus membros, para a satisfação de suas necessidades afetivas.

2.1 A IMPORTÂNCIA DA COLOCAÇÃO EM FAMÍLIA SUBSTITUTA POR MEIO DA ADOÇÃO COMO GARANTIA DO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

É certo que a compreensão do vocábulo “família” é suscetível de diversas significações no âmbito jurídico, não mais se limitando a ideia de família ao instituto do casamento, bem como não há a prevalência dos poderes e direitos à figura do chefe da família sobre os demais membros do seio familiar, pois a direção da família passou a ser de ambos os cônjuges, reestruturando-se os papéis na estrutura da organização familiar em decorrência do princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e/ou companheiros (PEREIRA, 2003).

Isto porque, como já dito anteriormente, o casamento não é mais a única forma de constituição de uma família, sendo qualquer arranjo familiar merecedor de proteção por parte do Estado, como se depreende do disposto no art. 226 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, haja vista que “o ideal a ser alcançado em todas as relações familiares é a harmonia, por meio do afeto” (MONTEIRO E SILVA, 2010, p. 22).

Coadunando com a impossibilidade de um conceito de família fechado, dada a necessidade de a noção de família estar em consonância com as alterações sociais, Ferrarini (2010, p. 79) argumenta que: “Partindo-se da ideia de que o Direito atua como instrumento da tutela social e não como um fim em si mesmo, não há lugar, numa sociedade que cada vez mais se transforma, para um conceito único e estagnado de família”.

Os integrantes de uma determinada entidade familiar, seja esta oriunda de um casamento civil, de uma união estável, de uma família monoparental ou outra origem de família natural, estão ligados entre si por um sentimento que os une, o afeto. É fato que nem sempre existe a afeição²⁸ entre os membros de uma família, pois não há como se obrigar alguém a ter apreço, carinho, amor por outrem, já que “[...] nenhuma pessoa pode ser compelida a afeiçoar-se a outra, pouco importando se há entre elas algum parentesco ou não” (LISBOA, 2009, p. 25).

Evidentemente, o conceito de família não teria como ser limitado pelo preceito constitucional que elenca as espécies de famílias ou entidades familiares, estando aberto para outros arranjos familiares, pois, como frisa Ribeiro, Santos e Souza (2012, p. 37) “[...] a família ganhou contornos de conceito ainda mais indeterminado, inconstante e interdisciplinar [...], e sua compreensão pelo olhar exclusivo do jurista jamais alcança a completude”.

Ratificando a concepção atual de família consagrada pelo texto constitucional, que lhe atribuiu um conceito aberto, móvel e indeterminado, bem como consagrou a existência de famílias plurais, Ferrarini (2010, p. 79) defende que: “qualquer “família”, pois, que seja instrumento de realização dos seus membros, está protegida pelo comando constitucional. Não se protege a família pelo seu nome, mas pelo seu conteúdo”.

A Lei Maior assegura que toda criança e todo adolescente têm o direito a desenvolver-se e crescer no seio de uma família, em absoluta prioridade, como se depreende do art. 227, *caput*.

Art. 227. É dever da **família**, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à **convivência familiar e comunitária**, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010) (grifos nossos).

²⁸ “A afeição é um sentimento que se tem em relação a determina pessoa ou a algum bem. Afeiçoar-se significa identificar-se, ter afeto, amizade ou amor. Os membros de uma família, em sua maioria, possuem laços de afeição uns com os outros. Entretanto, isso não é uma realidade absoluta. Há entidades familiares desgraçadas por inimizades capitais e por relacionamentos praticamente nulos” (LISBOA, 2009, p. 25).

O direito à convivência familiar e comunitária está assegurado expressamente no Capítulo III do Título II do Estatuto da Criança e do Adolescente, cujo art. 19 preceitua que “Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes”.

Percebe-se que a colocação em família substituta constitui-se como medida excepcional, visto que, sempre que possível, prioriza-se a manutenção ou reintegração da criança ou do adolescente no seio de sua família natural, que é a “comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes”²⁹.

Mas, afinal, o que é família natural? A Lei Estatutária define família natural como aquela comunidade formada entre os pais, ou qualquer deles, e os filhos, podendo existir tanto no casamento, como na união estável, na família monoparental ou unipessoal³⁰.

Dado a importância de uma criança ou um adolescente ser criado e educado no seio de sua família, houve uma ampliação do conceito de família natural, que, com o advento da Lei nº 12.010/2009³¹ (conhecida como Nova Lei de Adoção), trouxe a previsão da denominada família extensa ou ampliada, que é aquela “[...] se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade” (art. 25, parágrafo único, do ECA). Trata-se, pois, de uma espécie de família natural, distinta da família substituta.

²⁹ Art. 25 do ECA: Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.

³⁰ Fonseca (2011, p. 83) explica que: “a família (*lato sensu*) é reconhecida pela Lei Maior originada não apenas no casamento (art. 226, §§1º e 2º, CF/88), mas na união estável (art. 226, §3º, CF/88) e na família monoparental (art. 226, §4º, CF/88). São as denominadas entidades familiares. Para o fim de colocação de crianças e adolescentes àquelas se acresce a noção de família extensa ou ampliada (art. 25, parágrafo único, ECA). A família monoparental ou família *de um só genitor*, também, é considerada como família natural pela regra estatutária. A família monoparental é “o núcleo formado por pessoas sozinhas (solteiros, descasados, viúvos...) que vivem com a sua prole, sem a presença de um parceiro afetivo”. Distingue-se de todas elas a “família unipessoal”, formada por “pessoas solteiras vivendo com outros parentes ou mesmo sós, como o caso de um divorciado solitário”, que também deve ser considerada aos termos da Lei”.

³¹ Dispõe sobre adoção; altera as Leis nos 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei 10406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei 5452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências.

Consequentemente, esclarece Fonseca (2011, p. 82) que, com a Nova Lei de Adoção, “[...] o conceito de *família extensa ou de família ampliada* faz com que todos os parentes próximos (tios, avós, primos etc.) sejam chamados ou considerados, em primeiro lugar, à colocação de criança ou adolescente na falta da família natural”. Deste modo, passou-se a ter uma classificação dos grupos familiares em: família natural, família ampliada ou extensa e família substituta.

Assim sendo, a criança ou o adolescente deve permanecer junto à família natural ou extensa, e, somente na impossibilidade de mantê-lo ou reintegrá-lo a essa família, é que será promovida a sua integração em família substituta, em atenção ao princípio da prevalência da família.

E o que vem a ser família substituta? De acordo com Fonseca (2011), é aquela família que assume o lugar da família natural como se esta o fosse, substituindo-a na sua falta; destacando ainda o autor que a família homoafetiva (formada por pessoas do mesmo sexo) também poderá sê-lo.

Na verdade, tem-se como família adequada para a concretização do princípio da proteção integral à criança e ao adolescente, de modo a garantir o seu desenvolvimento em um ambiente sadio, aquela família cujo padrão moral é aceito pela sociedade. Por conseguinte, a família substituta, que faz as vezes de família natural, deve proporcionar um verdadeiro lar adequado às necessidades da criança ou do adolescente para uma existência digna.

O art. 28 do ECA assevera que “a colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei”.

Quanto a estas formas de inserção em família substituta, oportuno destacar sucintamente a distinção entre os institutos da guarda, tutela e adoção.

A guarda, enquanto modalidade de colocação em família substituta prevista no art. 33 a 35 do ECA, somente surge do descumprimento do dever de guarda decorrente do exercício do poder familiar, que implica no zelo, no dever de cuidar de sua prole. Revela-se como medida provisória destinada a regularizar a posse de fato, antecedendo a reinserção do filho no seio da sua família natural ou, na

impossibilidade, na colocação definitiva em família substituta por meio da adoção (ROSSATO, LÉPORE E CUNHA, 2012).

Já a tutela, além de regularizar a posse de fato como ocorre na guarda, distintamente desta, pressupõe a suspensão ou destituição do poder familiar, visto que confere direito de representação ao tutor, permitindo que este administre bens e interesses do seu tutelado/pupilo (pessoas de até 18 anos incompletos) (ROSSATO, LÉPORE E CUNHA, 2012).

E a adoção, por sua vez, é compreendida como a mais complexa das modalidades de colocação em família substituta, pelo fato de que a criança ou o adolescente é inserido no seio de uma nova entidade familiar, transformando-se em membro deste núcleo básico e essencial e merecedor de uma proteção integral (BORDALLO, 2013).

Assim, pode-se conceituar a adoção³² como sendo:

[...] ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha (DINIZ, 2010, p. 522).

Por meio da adoção, tem-se o estabelecimento de um vínculo fictício de paternidade-maternidade e filiação entre pessoas (adotante e adotado) até então estranhas, conferindo ao adotado o estado de filho do adotante e decorrendo, exclusivamente, de um ato de vontade, pois a adoção gera um vínculo de parentesco por opção. Isto porque a paternidade que aqui é estabelecida é a denominada socioafetiva, baseada na paternidade em nome do amor, do afeto, do carinho, e não por questões consanguíneas.

Deve-se ressaltar que, para a compreensão da adoção em consonância com os ditames constitucionais que consagraram o princípio da proteção integral da criança e do adolescente, somente será admitida a adoção que trazer efetivo

³² O termo adoção se origina do latim, de *adoptio*, significando em nossa língua, na expressão corrente, *tomar alguém como filho* (BORDALLO, 2013, p. 267).

benefício ao adotado, constituindo-se por ato complexo e necessitando de sentença judicial³³.

Dias (2011, p. 484), destacando a nova compreensão de adoção, que corresponde a uma filiação construída no afeto, afirma que, com a nova sistemática constitucional, “a adoção significa muito mais a **busca de uma família para uma criança**” (destaques da autora). Ou seja, houve uma mudança no panorama da adoção que, na sua concepção tradicional, significava a busca de um filho para uma família, com o fito de reparar a falha de uma mulher que não pudesse ter filhos.

Ao analisar o papel de suma importância do instituto da adoção, Monteiro e Silva (2010, p. 475) destacam que:

Enquanto no passado a adoção tinha em vista atribuir prole a casal que não podia ter filhos, satisfazendo seus anseios pessoais e sociais, já que a finalidade do casamento naquela época era o nascimento de filhos e sua criação, atualmente a adoção tem como **objetivo principal a proteção de crianças e adolescentes em situação de abandono**, inclusive porque a finalidade do casamento nos dias de hoje é a realização pessoal ou felicidade, nem sempre atrelada à existência de filiação. (grifos nossos)

A proteção de crianças e adolescentes em situação de abandono é, pois, a principal finalidade da adoção, possibilitando àqueles que não têm ou perderam o convívio familiar junto à denominada família natural ou biológica, bem como não tiveram êxito na tentativa de serem colocados na família extensa, um novo ambiente familiar por meio da sua inserção na família substituta.

Deve-se primar pela concretização da felicidade das pessoas, principalmente daquelas que ainda estão em processo de desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral e social, em plenas condições de liberdade e dignidade.

Neste diapasão, pode-se afirmar que a adoção é uma instituição de caráter humanitário e filantrópico em decorrência de sua finalidade assistencial de melhorar a condição moral e material do adotando, que se encontrava em uma situação familiar de risco ou mesmo sem a presença dos pais³⁴.

³³ Art. 227, §5º, da CRFB de 1988: A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

³⁴ Monteiro e Silva (2010, p. 475) complementam argumentando que: “com a evolução do instituto da adoção, verificou-se que desempenha papel de inegável importância. Trata-se de instituto filantrópico, de caráter acentuadamente humanitário, porque, pela adoção, são socorridos os menores

Ademais, é imprescindível para o deferimento da medida de colocação em família substituta em qualquer das modalidades (guarda, tutela ou adoção) que o guardião, tutor ou adotante demonstre compatibilidade com a natureza da respectiva medida ou ofereça um ambiente familiar adequado ao desenvolvimento sadio e harmonioso da criança ou do adolescente, em condições dignas de existência³⁵.

Ao explicar acerca do teor do artigo 29 do ECA, Elias (2005) expõe que o referido dispositivo estatutário exige que a pessoa candidata a uma das formas de colocação em família substituta tenha uma conduta ilibada, compatível com a natureza da medida, e que o ambiente familiar no qual a criança ou o adolescente será inserido seja realmente adequado para lhe garantir assistência material e moral ao seu pleno desenvolvimento.

A rigor, há que se verificar, por meio de um estudo social realizado por profissionais, se aquele grupo familiar está preparado para acolher e cuidar de uma criança ou de um adolescente, oferecendo-lhe um desenvolvimento sadio e digno.

Com o fito de demonstrar ainda mais a importância da inserção de crianças e adolescentes em família substituta, cuja nomenclatura não implica dizer que tenha “menos importância” que a família natural, Fonseca (2011, p. 99) argumenta que a intenção precípua da família substituta é exatamente (re)descobrir um ambiente familiar que assuma a incumbência da família natural “[...] que, por quaisquer circunstâncias, foi perdido. Para aquelas crianças e/ou adolescentes que nunca chegaram a ter um lar, foram abandonadas ou perderam o ambiente familiar é que a Lei lhes oportuniza uma família substituta”.

Evidencia-se, portanto, que, somente após esgotados todos os recursos de manutenção da criança ou do adolescente na família natural ou extensa, proceder-se-á a sua integração à família substituta (guarda, tutela ou adoção), com a qual deverá promover-se uma preparação gradativa e acompanhamento posterior para que haja o estabelecimento de vínculos afetivos.

desamparados. Como dizem Azzariti-Martinez, a adoção incrementa os mais nobres sentimentos de generosidade e beneficência, que são o nosso fundamento e devem ser estimulados pelo interesse social”.

³⁵ Art. 29 do ECA: Não se deferirá colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado.

A importância da adoção é inquestionável para todas as pessoas envolvidas neste ato por se tratar de um gesto de amor, sendo a mais verdadeira forma de constituição de uma família. É uma paternidade do afeto, do amor, visto que “só uma pessoa verdadeiramente amadurecida terá condições de adotar, de fazer esta escolha, de ter um filho do coração” (BORDALLO, 2013, p. 258).

Assim, por meio da adoção, dar-se uma família a uma criança ou a um adolescente que não a possui, garantindo-lhe o direito à convivência familiar expressamente assegurado no Estatuto da Criança e do Adolescente.

2.2 A INOVAÇÃO INTRODUZIDA PELA LEI Nº 12.010/2009 SOBRE O PROCESSO DE ADOÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES INDÍGENAS

Com o advento da Lei nº 12.010/2009, o instituto da adoção sofreu alterações, concentrando-se novamente a incumbência do seu regulamento apenas ao Estatuto da Criança e ao Adolescente. Oportuno mencionar que esta lei acarretou inúmeras alterações ao ECA, alterou os arts. 1.618 e 1.619 do Código Civil de 200, revogou os demais dispositivos legais deste Código sobre adoção e acresceu dois parágrafos ao art. 2º da Lei n. 8.560, de 29 de dezembro de 1992, legislação que disciplina a investigação oficiosa da paternidade dos filhos havidos fora do casamento (DIAS, 2011).

Constata-se a permanência de algumas regras relativas à adoção, como, por exemplo, a vedação da adoção por procuração, o estágio de convivência³⁶, a irrevogabilidade da adoção, a proibição de adoção entre ascendentes e irmãos, a modificação do registro do adotado que passará a conter o nome dos pais adotivos; os requisitos para a adoção internacional, a manutenção de cadastro de adoção junto ao Juízo da Infância e da Juventude e a prévia consulta aos órgãos técnicos competentes (GONÇALVES, 2010).

³⁶ “O estágio de convivência é o período no qual a conveniência da adoção será avaliada pelo juiz e seus auxiliares, com base nas relações desenvolvidas cotidianamente entre adotante e adotado. Considerando a seriedade da medida e, ainda, que a adoção é irrevogável, o estágio de convivência visa à possibilidade de análise da adaptação da criança ou adolescente ao seu novo lar” (RIBEIRO, SANTOS E SOUZA, 2012, p. 143).

Em consonância com o art. 1.618 do Código Civil de 2002, com redação dada pela Lei nº 12.010/2009, o processo de adoção de crianças e adolescentes se dará na forma prevista pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, devendo ser realizada somente realizada quando esgotados todos os meios de manutenção da criança ou adolescente no seio de sua família natural ou extensa.

Quanto à celeridade processual necessária em um processo de adoção para a garantia do direito à convivência familiar a toda criança e a todo adolescente, Dias (2011, p. 489), comentando exatamente o fato de este instituto ser uma medida excepcional, defende a seguinte opinião sobre a Nova Lei de Adoção:

Claro que ninguém questiona que o ideal é crianças e adolescentes crescerem junto a quem lhes trouxe ao mundo. Mas quando a convivência com a família natural se revela impossível ou é desaconselhável, melhor atende ao interesse de quem a família não deseja, ou não pode ter consigo, ser ela entregue aos cuidados de quem sonha reconhecê-lo como filho. A celeridade deste processo é o que garante a convivência familiar, direito constitucionalmente preservado com absoluta prioridade (CF 227). Para esse fim – e infelizmente – não se presta a nova legislação, que nada mais fez do que burocratizar e emperrar o direito à adoção de quem teve a desdita de não ser acolhido no seio de sua família biológica.

Toda criança ou adolescente, seja indígena ou não, têm seus direitos fundamentais assegurados constitucionalmente, com absoluta prioridade, como o direito à vida, à saúde, à educação, à alimentação, à dignidade, ao respeito, à convivência familiar e comunitária, bem como à cultura, devendo ser colocados a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, nos termos do art. 227, *caput*, do texto constitucional³⁷.

Deste modo, caso a criança ou o adolescente seja vítima de maus-tratos, opressão ou abuso pelos pais, deve o Estado intervir por meio de uma medida cautelar, como o acolhimento familiar ou institucional, e, na hipótese de destituição do poder familiar, deve promover a inserção em família substituta por meio da adoção.

³⁷ Art. 227, *caput*, da CRFB de 1988: 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.

A inclusão de criança ou adolescente em programas de acolhimento familiar, também conhecida como família acolhedora, tem preferência em relação ao acolhimento institucional³⁸.

Esta família acolhedora é previamente cadastrada e capacitada para acolher em seu seio familiar criança, adolescente ou grupos de irmãos em situação de risco no contexto social e familiar, até que esta situação transitória seja definida, não podendo prolongar-se sua permanência por mais de dois anos, salvo comprovada necessidade e por decisão judicial fundamentada³⁹.

O papel dos acolhedores, neste período de transição, é preservar vínculos com a família natural para tentar uma reintegração familiar, e, na impossibilidade, ajudar na colocação em família substituta por meio da adoção (SOUZA E CASANOVA, 2012).

Assim, explica Lamenza (2010) que a primeira providência ser tomada é a inclusão da família natural em programas oficiais ou comunitários de orientação e auxílio. Nas hipóteses de maior gravidade, como violência doméstica e abuso sexual, uma das medidas emergenciais é a determinação do afastamento cautelar do agressor da moradia comum. E, em último caso, se estas providências não forem suficientes para a proteção integral da criança ou do adolescente, proceder-se-á à sua inclusão em programas de acolhimento familiar ou institucional para fins de adoção.

Oportuno destacar que a tentativa de reintegração familiar é uma situação que requer cautelas e cuidados, devendo-se investigar os motivos que ensejaram o abandono, a rejeição ou a retirada da criança ou do adolescente de seio sua família de origem, com o fito de prevenir que estas pessoas indefesas passem novamente por negligências, maus-tratos, violências, aumentando os traumas psicológicos (SOUZA E CASANOVA, 2012).

³⁸ Art. 34 do ECA: O poder público estimulará, por meio de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, o acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente afastado do convívio familiar. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009).

³⁹ Art. 19, §2º, do ECA: A permanência da criança e do adolescente em programa de acolhimento institucional não se prolongará por mais de 2 (dois) anos, salvo comprovada necessidade que atenda ao seu superior interesse, devidamente fundamentada pela autoridade judiciária. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009).

Assim, por meio de um trabalho árduo de psicólogos e assistentes sociais, verificada a impossibilidade de devolvê-los ao lar, o caminho a ser adotado é a destituição do poder familiar e colocação em família substituta.

Ao se analisar a questão de crianças e adolescentes indígenas, um marco importante foi a primeira previsão legal expressa do processo de adoção de criança e adolescente indígena por meio da Lei nº 12.010/2009, de 03 de agosto de 2009, a Nova Lei de Adoção, que, ao acrescentar o §6º ao art. 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente⁴⁰, determina que a colocação familiar se dê prioritariamente no seio de sua comunidade indígena ou junto a membros de mesma etnia, ou ainda em família não indígena, mas resguardando a identidade social e cultural, bem como tradições e costumes, desde que não incompatíveis com os direitos fundamentais resguardados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e desta Lei.

A importância desta previsão legislativa decorreu do fato de que o número quantitativo de crianças e adolescentes indígenas abrigados crescia, haja vista que não se tinha regulamentação alguma expressa para esse tipo de adoção envolvendo crianças e adolescentes indígenas, constituindo-se um assunto vago até antes do advento desta Nova Lei de Adoção.

Portanto, havia um impasse em relação a dois aspectos: o direito à convivência familiar assegurado constitucionalmente a toda criança e a todo adolescente, independentemente de sua etnia ou raça; e a possibilidade ou não de criança ou adolescente indígena ser adotado por família não indígena, já que poderia implicar no rompimento dos laços culturais e, conseqüentemente, violação ao direito à preservação de identidade cultural.

⁴⁰ Art. 28, §6º, do ECA: Em se tratando de criança ou adolescente indígena ou proveniente de comunidade remanescente de quilombo, é ainda obrigatório: (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)
I - que sejam consideradas e respeitadas sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, bem como suas instituições, desde que não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais reconhecidos por esta Lei e pela Constituição Federal; (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)
II - que a colocação familiar ocorra prioritariamente no seio de sua comunidade ou junto a membros da mesma etnia; (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)
III - a intervenção e oitiva de representantes do órgão federal responsável pela política indigenista, no caso de crianças e adolescentes indígenas, e de antropólogos, perante a equipe interprofissional ou multidisciplinar que irá acompanhar o caso. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)

É certo que a Nova Lei de Adoção trouxe a previsão do respeito a etnias, identidade social, costumes, tradições e cultura, desde que não incompatíveis com os direitos fundamentais assegurados no texto constitucional, pois, como alerta Figueiredo (2011, p. 26-27), “a cautela explica-se, por exemplo, quando se sabem de práticas de certas tribos indígenas em sacrificar crianças portadoras de enfermidades físicas graves ou mentais”.

Assim, a legislação determina que se deva primar pela manutenção da criança ou adolescente indígena no seio de sua cultura, de sua própria comunidade indígena ou junto a membros da mesma etnia, e, somente quando não for possível, ou que seja incompatível com os direitos fundamentais resguardados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, poderá ser colocado em família não indígena, composta por pessoas estranhas a sua cultura, porém esta medida é excepcional.

Há que se ressaltar a clara intenção do legislador de não privar a criança ou o adolescente indígena do convívio familiar com sua comunidade étnica de origem ou entre membros da mesma etnia, com o fito de impor respeito à identidade social e cultura, aos costumes e às tradições, bem como a suas instituições, estabelecendo como limite a este respeito a compatibilidade com os direitos fundamentais previstos na Lei Maior e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Em outras palavras, o respeito à cultura, à tradição, aos costumes, às etnias será assegurado quando estes não forem incompatíveis com os direitos fundamentais insculpidos no texto constitucional e na Lei Estatutária.

Se, por exemplo, constata-se a existência de atos atentatórios ao direito à vida, praticados por algumas comunidades indígenas (sacrifício de crianças indígenas portadoras de enfermidade físicas graves ou mentais), tal fato não pode nem deve ser tolerado, por ser o mesmo incompatível com o direito fundamental à vida assegurado constitucionalmente.

Ocorre que, buscando-se garantir o direito à convivência familiar a crianças e adolescentes indígenas que estejam abrigados ou em situações de abandono por sua família indígena, diante das peculiaridades da situação em comento, o Estatuto

da Criança e do Adolescente estabelece a necessidade de um tratamento diferenciado para os casos de adoção indígena.

Nos termos do art. 28, §6º, do ECA, primeiramente, deve-se buscar a reintegração da criança ou adolescente indígena no seio de sua família natural; na impossibilidade desta, procede-se à sua colocação na família extensa (constituída por parentes mais próximos); em seguida, na mesma comunidade étnica de origem com o fito de promover a garantia da convivência familiar junto a suas raízes. Sendo infrutífera tal tentativa, tem-se a possibilidade de promover o processo de adoção de criança e adolescente indígena por pessoas não pertencentes a qualquer comunidade indígena, ou seja, por família não indígena, de acordo com a lista de pessoas devidamente habilitadas e cadastradas à adoção na respectiva Comarca.

Outra peculiaridade é o fato de que a Nova Lei de Adoção veio a determinar que, obrigatoriamente, haverá a intervenção e oitiva de representantes do órgão federal responsável pela política indigenista, no caso a Fundação Nacional do Índio – FUNAI⁴¹, bem como de antropólogos, perante a equipe multidisciplinar ou interprofissional, que acompanha cada processo de adoção de crianças e adolescentes indígenas.

Em processos de adoção envolvendo crianças ou adolescentes indígenas, é imperiosa a comprovação da origem e ascendência indígena do infante nos autos processuais para que sejam adotadas todas as medidas determinadas no §6º do art. 28 do ECA, incluindo a intervenção obrigatória da FUNAI.

Isto porque a colocação de criança ou adolescente indígena em família substituta por meio da adoção requer uma tutela jurídica diferenciada dos direitos desta criança ou deste adolescente indígena, discutindo-se sobre as normas aplicáveis aos índios, o melhor interesse da criança e do adolescente, bem como preservação ou não dos vínculos familiares e comunitários, por existir a proteção constitucional às identidades cultural e social, costumes, tradições, instituições, modos de vida, etc.

⁴¹ “O órgão responsável pelo estabelecimento e execução da política indigenista brasileira é a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), criada pela Lei n. 5.371, de 5 de dezembro de 1967, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede no Distrito Federal, jurisdição em todo o território nacional e prazo de duração indeterminado” (RIBEIRO, SANTOS E SOUZA, 2012, p. 125).

2.3 OS CRITÉRIOS LEGAIS PARA A REALIZAÇÃO DO PROCESSO DE ADOÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES INDÍGENAS POR FAMÍLIA NÃO INDÍGENA

A adoção (de crianças, adolescentes ou adultos) somente pode ocorrer por meio de um processo judicial, conforme preceitua o art. 1.619 do Código Civil de 2002, estando regida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, guardadas as peculiaridades da adoção de adultos, quais sejam: desnecessidade de fixação de tempo de estágio de convivência e desnecessidade de estudo social interprofissional. É de bom alvitre ressaltar que não mais se admite adoção por escritura pública, exigindo-se sentença constitutiva de direito e efetiva assistência do Poder Público (ROSSATO, LÉPORE E CUNHA, 2012).

Procede-se, portanto, por meio de uma ação judicial, cujo vínculo da adoção constitui-se pela sentença judicial, que possui eficácia constitutiva e seus efeitos começam a fluir a partir do trânsito em julgado desta sentença (efeitos *ex nunc*), exceto na hipótese de adoção póstuma, nuncupativa ou *post mortem*, cujos efeitos serão *ex tunc*⁴².

Para a realização de um processo de adoção, independentemente da origem étnica, os postulantes à adoção, que sejam domiciliados no Brasil, apresentarão uma petição inicial acompanhadas de uma série de documentos indicados no art. 197-A do ECA⁴³, para se verificar a vida progressa dos pretendentes e se a adoção

⁴² Art. 47 do ECA: O vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão.

[...]

§ 7º: A adoção produz seus efeitos a partir do trânsito em julgado da sentença constitutiva, exceto na hipótese prevista no § 6º do art. 42 desta Lei, caso em que terá força retroativa à data do óbito. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009).

⁴³ Art. 197-A do ECA: Os postulantes à adoção, domiciliados no Brasil, apresentarão petição inicial na qual conste: (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)

I - qualificação completa; (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)

II - dados familiares; (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)

III - cópias autenticadas de certidão de nascimento ou casamento, ou declaração relativa ao período de união estável; (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)

IV - cópias da cédula de identidade e inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas; (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)

V - comprovante de renda e domicílio; (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)

VI - atestados de sanidade física e mental; (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)

VII - certidão de antecedentes criminais; (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) VIII

- certidão negativa de distribuição cível. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)

representará reais vantagens⁴⁴ ao adotando. Uma vez apresentados os documentos, o Ministério Público terá vista dos autos para, se quiser, designar audiência para oitiva dos pretendentes à adoção e testemunhas (DIAS, 2011).

Os pretendentes deverão participar obrigatoriamente de programas oferecidos pela Justiça da Infância e Juventude, com o fito de prepará-los para a adoção por meio da conscientização das mudanças que tal decisão acarretará em sua vida, sendo o ápice destes cursos de preparação os depoimentos de pais ou filhos adotivos. Isto porque é crucial compreender todas as dificuldades e especificidades de cada criança colocada à disposição no referido cadastro para adoção, incluindo-se preparação psicológica, orientação e estímulo à adoção inter-racial, de crianças maiores ou de adolescentes, com necessidades ou deficiências e grupos de irmãos⁴⁵.

Oportuno destacar que, durante o trâmite deste procedimento da habilitação de pretendentes à adoção, sempre que possível e recomendável, estabelecer-se-á um contato dos postulantes com crianças e adolescentes que estejam em condições de serem adotados e se encontrem em programas de acolhimento familiar ou institucional, sob a supervisão, orientação e acompanhamento de uma equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude, com o fim de constatar se realmente estão decididos e preparados para acolher uma criança ou um adolescente⁴⁶.

⁴⁴ “O que se deve entender por reais vantagens ao adotando? Em primeiro lugar, há de se permitir a adoção de um menor somente quando lhe faltarem os pais ou estes forem destituídos do poder familiar. Excepcionalmente, quando os pais concordarem com o pedido de adoção, sejam quais forem os motivos. Destarte, parece-nos que sempre haverá vantagem para o menor quando se lhe der uma família (desde que idônea), para que possa desenvolver plenamente a sua personalidade” (ELIAS, 2010, p. 54).

⁴⁵ Art. 197-C do ECA: 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. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009).

§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. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009).

⁴⁶ Art. 197, C, §2º, do ECA: 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 em condições de serem adotados, a ser realizado sob a orientação, supervisão e avaliação da equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude, com o apoio dos técnicos responsáveis pelo programa de acolhimento familiar ou institucional e pela

É certo que se, por ventura, este contato inicial entre pretendentes e crianças e adolescentes não será viabilizado quando estes, que se encontram em programa de acolhimento familiar ou institucional, ainda estiverem em processo de reintegração do vínculo familiar com sua família natural, provavelmente enfraquecidos por algum problema estrutural, recebendo um apoio psicossocial para compreender a causa e restabelecer um ambiente familiar saudável e adequado ao seu desenvolvimento.

Posteriormente, aqueles que forem considerados aptos à adoção, tendo a habilitação deferida após terem sido submetidos a entrevistas e a estudos social e psicológico, serão incluídos no rol de pessoas interessadas a adotar no Cadastro de sua Comarca ou Foro Regional. Existe ainda o cadastro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados⁴⁷.

Assim, o ECA determina que o processo de adoção deva ocorrer por meio da inscrição da pessoa interessada no Cadastro Nacional de Adoção - CNA⁴⁸, que é uma listagem de pessoas habilitadas para a adoção de crianças e adolescentes destituídos do poder familiar, que tem por finalidade agilizar os processos de adoção por meio da unificação, catalogando adotantes adoção numa rede nacional⁴⁹. E somente as autoridades estaduais e federais em matéria de adoção têm acesso aos cadastros nacionais (SOUZA E CASANOVA, 2012).

execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009).

⁴⁷ Art. 197-E, *caput*, do ECA: Deferida a habilitação, o postulante será inscrito nos cadastros referidos no art. 50 desta Lei, sendo a sua convocação para a adoção feita de acordo com ordem cronológica de habilitação e conforme a disponibilidade de crianças ou adolescentes adotáveis. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009).

⁴⁸ A Resolução nº 54, de 29 de abril de 2008, do Conselho Nacional de Justiça institui o Cadastro Nacional de Adoção e dispõe sobre a implantação e funcionamento do Cadastro Nacional de Adoção (Publicada no DJ, pág. 1, do dia 08 de maio de 2008), resolvendo, em seu art. 1º, o seguinte: "O Conselho Nacional de Justiça implantará o Banco Nacional de Adoção, que tem por finalidade consolidar dados de todas as comarcas das unidades da federação referentes a crianças e adolescentes disponíveis para adoção, após o trânsito em julgado dos respectivos processos, assim como dos pretendentes a adoção domiciliados no Brasil e devidamente habilitados". Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Download/Corregedoria/pdf/resolucao_cnj_54.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2013.

⁴⁹ "Em 27 de outubro de 2009, foi criado o Cadastro Nacional de Crianças e Adolescente Acolhidos (CNCA), por meio da Resolução CNJ n. 93. O CNCA visa complementar o banco de dados do CNA e contém os dados de crianças e adolescentes, destituídos ou não do poder familiar, que se encontram em entidades de acolhimento. É um cadastro único de âmbito nacional que consolida os dados de crianças e adolescentes acolhidos em instituições de acolhimento e/ou estabelecimentos mantidos por ONGs, igrejas e instituições religiosas em todo o País".(SILVA, ET, 2013). Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/pesq_adocao_brasil.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2013.

Quanto às espécies de adoção, tem-se a sua classificação quanto ao rompimento do vínculo anterior e quanto à formação do novo vínculo. No primeiro caso, a adoção pode ser unilateral ou bilateral. Unilateral é aquela em que há o rompimento do vínculo de filiação com apenas um dos pais biológicos, ao passo que a bilateral requer o rompimento dos vínculos biológicos tanto com o pai quanto com a mãe, que perderão o poder familiar em relação a este(s) filho(s) a ser adotado. Já no segundo caso, a adoção pode ser singular ou conjunta. Na singular, a adoção é feita somente por um adotante; e, na conjunta, é feita por duas pessoas adotantes, exigindo-se a comprovação da estabilidade familiar e devendo os postulantes serem casados civilmente ou manterem união estável, sem qualquer menção quanto ao sexo dos companheiros⁵⁰ (ROSSATO, LÉPORE E CUNHA, 2012).

Com relação a suas características, trata-se a adoção de ato personalíssimo (é vedada a adoção por procuração), excepcional (deve-se recorrer a este instituto somente quando esgotados todos os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou ampliada, acarretando a destituição definitiva do poder familiar dos pais biológicos), irrevogável (seus efeitos são definitivos, não mais se estabelecendo o poder familiar pela família natural), incaducável (nem a oposição dos pais biológicos nem a morte dos pais adotivos têm o condão de extinguir a adoção), plena (o adotado têm as mesmas condições dos filhos biológicos, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios) e, como já fora explicado, constituída por sentença judicial (não mais se admite por escritura pública) (ROSSATO, LÉPORE E CUNHA, 2012).

Observe-se, nesta oportunidade, que, apesar de a adoção ser um ato irrevogável, a Lei nº 12.010/2009 modificou o art. 48 do ECA, permitindo o acesso irrestrito do adotado ao processo de adoção após atingida a maioridade civil. Se menor de dezoito anos, poderá ter acesso, desde que mediante orientação e assistência jurídica e psicológica. É, pois, o direito à origem genética (MONTEIRO E SILVA, 2010).

Procedendo-se agora à análise dos critérios legais da adoção, tem-se como critérios objetivos: requisitos de idade, consentimento dos pais e do adolescente ou

⁵⁰ “[...] a possibilidade de adoção por casais [...] homoafetivos agora está firmada, pois em 2011, tanto o STF quanto o STJ finalmente reconheceram a legalidade da união estável entre pessoas do mesmo sexo” (ROSSATO, LÉPORE E CUNHA, 2012, p. 211).

destituição do poder familiar, precedência de estágio de convivência e prévio cadastramento por meio da habilitação dos pretendentes à adoção, que já fora explicado.

Segundo o art. 42 do ECA, os maiores de dezoito anos podem adotar, independentemente do estado civil, devendo existir uma diferença de idade de dezesseis anos entre adotante e adotado. Na hipótese de adoção bilateral ou conjunta, apenas um dos requerentes (casados civilmente ou mantendo união estável) deve preencher os requisitos da idade, sendo indispensável a comprovação da estabilidade da família.

Enfatiza-se que, conforme o art. 42, §4º, do ECA, “os divorciados, os judicialmente separados e os ex-companheiros podem adotar conjuntamente”, desde que estipulem a guarda e o regime de visitas, e o estágio de convivência deve ter iniciado na constância do período de convivência, comprovando-se, ainda, a existência de vínculos de afinidade e afetividade com aquele não detentor da guarda, que justifiquem a excepcionalidade da concessão.

No processo de adoção, é imprescindível o consentimento dos pais biológicos ou dos representantes legais, sendo dispensado nos casos de pais desconhecidos ou destituídos do poder familiar, e dos adolescentes⁵¹.

Como a família substituta deve fazer as vezes da família natural, o magistrado deve, sempre que possível, considerar a opinião externada pela criança ou pelo adolescente que fora previamente ouvido por uma equipe interprofissional⁵², de acordo com seu grau de desenvolvimento e compreensão das implicações da medida de colocação em família substituta. Na hipótese dos adolescentes (maiores de 12 anos), exige-se que seu consentimento expresso seja colhido em audiência⁵³.

⁵¹ Art. 45 do ECA: A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando.

§ 1º. O consentimento será dispensado em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar.

§ 2º. Em se tratando de adotando maior de doze anos de idade, será também necessário o seu consentimento.

⁵² Oportuno frisar que esta equipe multidisciplinar é formada por psicólogos, assistentes sociais e psicanalistas, responsáveis pelo estudo psicossocial da situação apresentada (RIBEIRO, SANTOS E SOUZA, 2012).

⁵³ Art. 28, §1º, do ECA: Sempre que possível, a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão

Ao final, deve-se decidir a favor do seu melhor interesse, ainda que não coincida com sua preferência, e “um exame adequado do estudo social certamente fornecerá subsídios valiosos para uma concreta decisão, ou seja, aquela que se harmoniza com o objetivo primordial, que é a proteção integral do menor” (ELIAS, 2005, p. 43).

De qualquer modo, o magistrado, ao analisar uma hipótese de colocação em família substituta, considerando os princípios norteadores dos direitos da criança e do adolescente, deve encontrar a solução que melhor atenda aos interesses destas pessoas em desenvolvimento, para lhes propiciar um ambiente familiar adequado e saudável.

Isto, no entendimento de Lamenza (2010), será possível por meio da oitiva das partes interessadas, da criança (de acordo com o seu grau de desenvolvimento e compreensão da medida) ou do adolescente; bem como por meio de um estudo social, realizado por profissionais, para analisar se aquele lar será o mais benéfico para aquela pessoa em condição peculiar de desenvolvimento.

Oportuno acrescentar que se for a hipótese da mãe entregar o filho para adoção, ela deverá consentir legalmente na adoção e proceder à destituição do poder familiar junto às autoridades competentes, informando o art. 13, parágrafo único, do ECA que: “as gestantes ou mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção serão obrigatoriamente encaminhadas à Justiça da Infância e da Juventude”.

A precedência do estágio de convivência tem como fundamento o princípio da prevalência da família natural, sendo fixada pelo prazo que a autoridade judiciária entender necessário, de acordo com as peculiaridades do caso.

O estágio de convivência tem como objetivo analisar a compatibilidade entre adotante e adotado, sendo acompanhado pela equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, que apresentará relatório minucioso acerca da

sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009).

Art. 28, §2º, do ECA: Tratando-se de maior de 12 (doze) anos de idade, será necessário seu consentimento, colhido em audiência. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009).

conveniência do deferimento da medida para garantir o direito à convivência familiar, nos termos do art.46, §4º, do ECA.

Com a nova redação dada ao §1º do art. 46 do ECA pela Lei nº 12.010/2009, a única hipótese de possibilidade de dispensa do estágio de convivência é se o adotando já estiver sob tutela ou guarda legal do adotante por tempo suficiente para avaliação da conveniência da medida com a formação de um vínculo familiar. Sendo assim, a guarda de fato não autoriza, por si só, a sua dispensa.

Já em relação aos critérios legais subjetivos da adoção, têm-se os seguintes: idoneidade do adotante, motivos legítimos da adoção e reais vantagens ao adotando.

A adoção deve fundar-se em motivos legítimos, ou seja, desejo de acolher uma criança ou um adolescente no seio de sua família para criar e educar na condição de filho.

E será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando, o que implica na possibilidade de assegurar o direito de ter uma família e de estabelecer vínculo afetivo adequado ao desenvolvimento pleno destas pessoas em condição peculiar. Trata-se de um direito do adotando, e não dos adotantes, já que a adoção almeja buscar uma família adequada para uma criança ou um adolescente.

Com respaldo nos princípios da proteção integral à criança e ao adolescente e do melhor interesse destes infantes, em qualquer das formas de colocação em família substituta (guarda, adoção ou tutela), deve-se sempre levar em consideração o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade na apreciação do pedido, para tentar diminuir ou até evitar as consequências naturais advindas da necessidade desta medida, por não ter sido possível ou viabilizada a reintegração familiar ou não possuir família natural⁵⁴⁵⁵.

⁵⁴ Art. 28, §3º, do ECA: Na apreciação do pedido levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009).

⁵⁵ Importante destacar que o grau de parentesco e a relação de afinidade e de afetividade devem ser analisados harmonicamente, mas o grau de parentesco não deve sobrepor-se à relação de afinidade ou de afetividade, sob pena de violação ao melhor interesse da criança ou do adolescente (RIBEIRO, SANTOS E SOUZA, 2012).

Se um caso de adoção, guarda ou tutela envolver grupo de irmãos, deve-se evitar o rompimento definitivo dos laços fraternais entre os mesmos por meio da sua colocação em uma mesma família substituta, exceto comprovada a existência de risco de abuso ou outra situação plausível para adoção de medida diversa, como prevê o art. 28, §4º, do ECA.

Nota-se, mais uma vez, a preocupação com a afetividade que une os irmãos, pois a lei estatutária determina a adoção de grupo de irmãos, salvo casos excepcionais justificáveis, pelo fato de já serem familiarizados entre si, sentindo-se mais seguros se não forem separados. Mas, ao mesmo tempo, essa situação pode dificultar a sua colocação em família substituta, diante do receio de um compromisso maior e de uma condição financeira mais onerosa (SOUZA E CASANOVA, 2012).

Com relação especificamente à adoção de crianças e adolescentes indígenas, Gonçalves (2010, p. 369), sobre a Nova Lei de Adoção, frisa que “a lei em questão trata também das crianças indígenas que, por prática cultural de sua tribo, algumas vezes acabam sendo rejeitadas. Nesses casos, a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) promoverá a colocação da criança em outra família”.

Além da verificação de todos os requisitos objetivos e subjetivos, acima delineados, nos casos de adoção de criança ou adolescente indígena ou proveniente de comunidade remanescente de quilombo, os costumes, as tradições, a identidade social e cultural devem ser considerados e respeitados, desde que não incompatíveis com os direitos fundamentais assegurados na Lei Maior e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Por isso, a colocação de uma criança ou de um adolescente indígena será prioritária dentro de sua comunidade étnica de origem ou de mesma etnia, para preservação de suas raízes. Nesta hipótese, existe a argumentação de que este indígena será adotado por toda a aldeia (SOUZA E CASANOVA, 2012).

Exige-se, quando se tratar de adoção indígena por não índio, além da equipe multiprofissional da Justiça da Infância e da Juventude, a intervenção de representantes do órgão federal responsável pela política indigenista, qual seja a FUNAI, e de antropólogos perante a equipe interprofissional, que devem

acompanhar todo o processo de adoção envolvendo indígenas dado a peculiaridade do caso concreto.

Vale destacar, como exemplo, uma ação de adoção que tramitou na Justiça do Rio Grande do Sul, em que restou impossibilitada a intervenção da FUNAI por ausência de prova da origem e ascendência indígena da infante. Assim, para que haja a intervenção da FUNAI em um feito, deve existir um documento hábil a demonstrar que a criança tem origem indígena, que se identifica e é identificada “[...] como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais a distinguem da sociedade nacional, o que seria de rigor para reconhecê-la como índio ou silvícola, consoante art. 3º, I, do Estatuto do Índio (Lei n.º 6.001/73)” (TJRS, AI nº 70047982954, 8ª CC, TJRS, rel. des. Ricardo Moreira Lins Pastl, j. 24-05-2012).

Deste modo, quando comprovada origem e ascendência indígena da criança ou do adolescente, os representantes da FUNAI devem intervir no caso específico com o fito de estudar a situação deste indígena em situação de risco, até porque “a perda do poder familiar acontece, mas existe a falta de compreensão do povo indígena para estas situações devido à sua cultura peculiar” (SOUZA E CASANOVA, 2012, p. 26).

2.4 A NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO DA INTOLERÂNCIA ÀS DIFERENÇAS RACIAIS NA ADOÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES INDÍGENAS

Historicamente, não há como negar que o Brasil tenha uma população formada por uma rica e diversificada composição étnica, constituída a partir de quatro grupos principais: “[...] os povos indígenas, que formavam sua população nativa; os portugueses que vieram após “descobrimento”; os negros africanos utilizados como escravos para trabalhar na colônia e os imigrantes europeus, especialmente no sul do país” (RIBEIRO, SANTOS E SOUZA, 2012, p. 122).

Conseqüentemente, houve uma preocupação do legislador em se adequar à esta realidade social brasileira e às próprias disposições normativas internacionais de proteção à infância e à juventude.

De acordo com dados fornecidos pela Comunicação Social do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, no Censo 2010, que buscou um melhor entendimento da composição da população indígena existente no Brasil, pelo fato de visualizarem a existência de uma grande diversidade indígena, pois há os indígenas residentes em terras indígenas, os urbanizados com pertencimento étnico a povos indígenas e os que se autodeclararam indígenas, mas sem identificação com uma etnia específica⁵⁶.

Segundo este mesmo Censo Demográfico 2010, “Pelos declarações fornecidas pela população brasileira, em 2010, 47,7% consideraram-se brancos; 7,6%, pretos; 1,1%, amarelos; 43,1%, pardos; e 0,4%, indígenas, segundo a ordem de opções apresentadas no questionário”⁵⁷.

Constata-se, portanto, a partir dos dados do Censo 2010, que a população indígena no Brasil cresceu 205% desde 1991, quando do primeiro levantamento conforme modelo atual. “À época, os índios somavam 294 mil. O número chegou a 734 mil no Censo de 2000, 150% de aumento na comparação com 1991” (VIEIRA, 2012).

Neste Censo 2010, foram coletadas informações de população indígena residente em terras indígenas, bem como de indígenas declarados fora destas terras. No total, foram registrados 896,9 mil indígenas em todo o Brasil, sendo 63,8% residentes na área rural e 36,2% na área urbana. Este número total inclui as 817,9 mil pessoas assim declaradas indígenas no quesito cor ou raça do Censo 2010, e as 78,9 mil pessoas que residiam em terras indígenas e se declararam de outra cor ou raça, mas se consideravam indígenas por questões de cultura, tradições, costumes e antepassados⁵⁸.

Quanto à população indígena e sua distribuição percentual entre as regiões do Brasil, a região de maior contingente é a região Norte, registrando um total de

⁵⁶ BRASIL. **Os indígenas no Censo Demográfico 2010**: primeiras considerações com base no quesito cor ou raça. Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/indigenas/indigena_censo2010.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2013.

⁵⁷ Idem. BRASIL. **Os indígenas no Censo Demográfico 2010**: primeiras considerações com base no quesito cor ou raça. Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/indigenas/indigena_censo2010.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2013.

⁵⁸ Disponível em: <<http://saladeimprensa.ibge.gov.br/noticias?view=noticia&id=1&idnoticia=2194>>. Acesso em: 24 abr. 2013.

342,836 mil indígenas. Ademais, 57,7% do total nacional (ou seja, 517,383 mil indígenas) residiam em terras indígenas, dos quais 251,891 mil encontravam-se na região Norte. Já fora das terras indígenas, de um total de 379, 534 mil indígenas, a maior concentração foi encontrada na região Nordeste (126,597 mil indígenas), como se demonstra na tabela 1.

Da população indígena localizada em terras indígenas (517, 383 mil indígenas), 438,429 mil declararam-se indígenas, e 78,954 mil não se declararam indígenas, mas se consideravam, conforme tabela 1.

Tabela 1 – População indígena e distribuição percentual por localização do domicílio e condição indígena, segundo as Grandes Regiões – Brasil - 2010

População indígena e distribuição percentual, por localização do domicílio e condição de indígena, segundo as Grandes Regiões - 2010					
Grandes Regiões	População indígena e distribuição percentual				
	Total	Localização do domicílio			Fora de terras indígenas
		Terras indígenas			
		Condição de indígena			
Total	Declararam-se indígenas	Não se declararam, mas se consideravam indígenas			
Brasil	896 917	517 383	438 429	78 954	379 534
Norte	342 836	251 891	214 928	36 963	90 946
Nordeste	232 739	106 142	82 094	24 048	126 597
Sudeste	99 137	15 904	14 727	1 177	83 233
Sul	78 773	39 427	35 599	3 828	39 346
Centro-Oeste	143 432	104 019	91 081	12 938	39 413
Brasil	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0
Norte	38,2	48,7	49,0	46,8	24,0
Nordeste	25,9	20,5	18,7	30,5	33,4
Sudeste	11,1	3,1	3,4	1,5	21,9
Sul	8,8	7,8	8,1	4,8	10,4
Centro-Oeste	16,0	20,1	20,8	16,4	10,4

Fonte: IBGE, Censo Demográfico 2010.

Ainda com base nos dados coletados neste Censo Demográfico 2010, em números absolutos, a maior população indígena do país reside no Amazonas (168,7 mil pessoas, ou 20,6% da população indígena do país). Contudo, em números proporcionais, o Estado brasileiro com maior população indígena é Roraima, onde, de uma população total de habitantes de 450.479 mil, 49.637 mil declararam-se indígenas (LIMA, 2013).

Tabela 2 – Capital cujo Estado apresenta maior população indígena em números proporcionais

Capital	Boa Vista
População 2010	450.479
Área (km ²)	224.300,506
Densidade demográfica (hab/km ²)	2,01
Número de Municípios	15

Fonte: IBGE, Censo Demográfico 2010.

Na região Norte, os estados de Roraima e Amazonas possuem os municípios com maior proporção de população indígena do país. Em Roraima, o maior percentual de indígenas localiza-se no município de Uiramutã, região ocupada por parte da terra indígena Raposa Serra do Sol, em que 88,1% da população é indígena. Em seguida, estão os municípios de Normandia (56,9%), Pacaraima (55,4%) e Amajari (53,8%), respectivamente (LIMA, 2013).

Após estas considerações pertinentes acerca da população indígena e sua distribuição percentual por regiões do Brasil, proceder-se-á no momento à análise quantitativa dos pretendentes para adoção, das crianças e dos adolescentes, sendo dados colhidos do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Segundo uma pesquisa feita pelo CNJ acerca do perfil dos pretendentes à adoção por região no Brasil, as regiões Norte e Nordeste concentram proporcionalmente a maior quantidade de crianças disponíveis à adoção com até cinco anos (faixa etária mais requerida pelos postulantes), sendo a exigência da faixa etária por parte dos pretendentes o maior empecilho da adoção (BRAGA, 2013).

Deve-se observar que, além de outros fatores como a própria falta de estrutura de algumas Justičas da Infância e Juventude, certas exigências dos pretendentes à adoção acabam por contribuir ainda mais para a demora de um processo de adoção.

De acordo com dados atualizados do Cadastro Nacional de Adoção (CNA) – de maio de 2013 – registram-se 29.440 mil pretendentes a adoção no País (MONTENEGRO E BANDEIRA, 2013). A maioria destes pretendentes tem um perfil

traçado da criança ou do adolescente a ser adotado quanto à cor da pele. Neste sentido, afirma Souza (2012) que:

De acordo com o levantamento, 91 % dos pretendentes querem adotar crianças brancas. Pardas são aceitas por 61,2% dos interessados. E negras são as preferidas por 34,3% das pessoas que querem adotar. Dos cadastrados, 36,1% tem preferência por crianças amarelas e 33,2% aceitam crianças indígenas.

Pesquisas acusam que o número quantitativo de pais que desejam adotar é cinco vezes maior do que o número de crianças e adolescentes aptos à adoção. Os requerentes que querem adotar crianças pretas, pardas ou indígenas costumam ser mais flexíveis e, geralmente, não impõem restrições como faixa etária e sexo. A concentração maior de pretendentes que aceitam estes grupos étnicos encontra-se nas regiões Norte e Centro-Oeste (BRAGA, 2013).

Diante deste panorama geral da população indígena por distribuição regional no Brasil, bem como da análise de dados quantitativos do levantamento de pretendentes a adotar crianças e adolescentes disponíveis de acordo com a etnia, impõe-se uma conscientização ao ser humano da necessidade de superação da intolerância às diferenças raciais com o fito de aceitação e divulgação da adoção de crianças e adolescentes indígenas.

3 O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR VERSUS A PRESERVAÇÃO DA DIVERSIDADE ÉTNICO-CULTURAL

Como já fora discutido, a adoção, como uma das formas de colocação em família substituta, corresponde a um ato de vontade por parte daquele(s) que deseja(m) proporcionar à uma criança ou um adolescente um ambiente familiar saudável para o seu desenvolvimento como pessoa humana com dignidade. Indubitavelmente, revela-se como uma filiação construída com amor, afeto, carinho, altruísmo. É a denominada paternidade socioafetiva.

É, pois, a mais autêntica forma de paternidade, pois não se prende a fator biológico, obrigacional, fundando-se no desejo de amar e ser amado. Não mais se deve vincular a adoção como um meio de amenizar a impossibilidade de uma família ter filhos consanguíneos, mas sim como uma forma de garantir o direito à convivência familiar às crianças e aos adolescentes por meio deste parentesco por opção (DIAS, 2011).

De outro modo, ao se compreender que a finalidade do instituto da adoção não é mais proporcionar filhos a uma mulher infértil, mas sim garantir uma família às crianças e aos adolescentes, família esta possa assegurar-lhe todos os direitos e interesses consagrados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente, argumenta Dias (2011, p. 498) que “[...] dar um filho à adoção é o maior gesto de amor que existe: sabendo que não poderá criá-lo, renunciar ao filho, para assegurar-lhe uma vida melhor da que pode lhe propiciar, é atitude que só o amor justifica”.

Existem razões desconhecidas de se entregar os filhos à adoção, não nos cabendo fazer julgamentos morais, pois, as crianças podem ser doadas por medo, imaturidade, irresponsabilidade e, até mesmo, por amor à vida daquele ser indefeso acreditando ser a adoção uma forma de dar melhores condições de vida ao filho.

Neste sentido, crianças e adolescentes afastados do convívio familiar, por serem pessoas em formação e em situação de vulnerabilidade e fragilidade, devem

ser amparados pelo Estado por meio de programas de acolhimento familiar⁵⁹ e institucional.

Contudo, a família é e deve ser a principal responsável pela prestação de cuidados a estes seres indefesos, que, por atos de determinados adultos, acabam sendo institucionalizados. Ocorre que nenhuma outra instituição pode substituir a importância da família na formação e criação do ser humano.

É por isso que a lei especial impõe que a permanência de crianças e adolescentes em programas de acolhimento institucional não ultrapasse o período máximo de dois anos, salvo comprovada necessidade que atenda ao seu superior interesse, devidamente fundamentada pela autoridade judiciária.

Por seu turno, a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 227, e o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seus arts. 19 a 24, asseguram o direito à convivência familiar a toda criança e a todo adolescente, que têm o direito de ser criado e educado no seio da família e, em último caso, na família substituta.

O ponto nodal da discussão em torno do direito da criança e do adolescente de ter uma família é o afeto como elemento agregador, que nem sempre está presente nas relações familiares consanguíneas. Amar não é obrigação, amar é faculdade, é opção. Deste modo, a adoção é um gesto de amor, de doação (doar-se a alguém).

3.1 O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR PARA A PROMOÇÃO DE UM DESENVOLVIMENTO SADIO E DIGNO ÀS CRIANÇAS E AOS ADOLESCENTES INDEPENDENTEMENTE DA ORIGEM ÉTNICA

O direito à convivência familiar diz respeito ao direito de ser criado e educado no seio de uma família, pois é nela que o ser humano se constrói e se afirma como

⁵⁹ Como explica Ribeiro, Santos e Souza (2012, p. 102), “o Acolhimento Familiar compreende programa pelo qual uma pessoa ou casal (denominada família acolhedora) recebe em sua casa, temporariamente, criança ou adolescente que não esteja com sua família natural, por razões várias, e aguarda colocação em família substituta.

cidadão para si e para a sociedade. Compreende, assim, um fator de dignidade da pessoa humana, pois o ambiente familiar é espaço adequado para a realização de cada um dos seus membros. “É dentro da família que se encontra a bendita escola, capaz de formá-los para a vida e a complexidade das relações humanas, de forma integral” (RIBEIRO, SANTOS E SOUZA, 2012, p. 83).

Diante da importância do convívio familiar, pode-se dizer que, antes de ser um direito fundamental, é uma necessidade vital da criança e do adolescente, no mesmo patamar de importância do direito à vida, por se tratar de uma questão vital, e não puramente moral, religiosa ou cultural. É uma segurança para a integridade física e psíquica destas pessoas em formação, de modo que “ser criado e educado junto aos pais biológicos ou adotivos deve representar para o menor de 18 anos estar integrado a um núcleo de amor, respeito e proteção” (MACIEL, 2013, p. 129).

Quanto ao direito à convivência comunitária, corresponde a um direito que toda criança e todo adolescente tem de conviver com a sociedade que os circunda, para o seu pleno desenvolvimento social e psicológico em condição digna de pessoa humana. A convivência definida como comunitária é a que se materializa nos contatos com outras pessoas, além daquelas do seu convívio familiar, nos mais diversos locais públicos. Até porque o homem não nasce nem vive isolado, sendo pertencente a um determinado grupo social. (ELIAS, 2005).

Conseqüentemente, pode-se afirmar que, em decorrência do princípio constitucional do respeito à dignidade da pessoa humana, “[...] qualquer desrespeito ao direito de viver em família é uma grave violação a um direito indisponível e deve ser imediatamente objeto de tutela por parte do Ministério Público e da Magistratura” (BITTENCOURT, 2008, p. 48).

Como já fora analisado, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Direito de Família teve que se adequar à nova ordem constitucional vigente, já que o fundamento de validade primário das relações familiares é extraído da Lei Maior, devendo-se encontrar nela as diretrizes para a aplicação de todas as normas do direito infraconstitucional⁶⁰.

⁶⁰ Esta ideia da constitucionalização do Direito de Família com a promulgação da Constituição Federal de 1988 é muito bem explorada por Gurgel (2009, p. 49) que afirma o seguinte: “de toda a

Nesta realidade, os princípios constitucionais fundamentais se irradiaram por todo o ordenamento jurídico brasileiro, ocasionando mudanças paradigmáticas no Direito de Família, que deve atender ao “espírito” da Lei Maior (PEREIRA, 2012).

Pode-se dizer, assim, que a proteção constitucional da família se dá não mais apenas por constituir uma célula social importante para a formação da sociedade e do Estado, mas também, e principalmente, por significar um núcleo funcional de formação e desenvolvimento da personalidade e dignidade de seus membros do grupo familiar.

Neste contexto, a família constitucionalizada é reconhecida pelo vínculo da afetividade existente entre seus membros. Vale dizer, ao se considerar que a família, ou entidade familiar, não tem mais uma forma singular, bem como se encontra em constante movimento, constata-se que os arranjos familiares são dos mais diversos, não mais se podendo pretender estabelecer um rol taxativo de espécies de famílias.

A rigor, a constituição de uma família deve ser norteadada pela presença do afeto, do amor e da solidariedade nas relações interpessoais, interpretando-se as leis que regem o Direito de Família em conformidade com a hermenêutica constitucional. Isto porque a família passou a ser um instrumento de realização de interesses afetivos e existenciais dos membros que a compõem (DIAS, 2011). É, pois, a institucionalização do caráter instrumental da família.

A partir de tais premissas, se, em um determinado núcleo familiar, não se vislumbrar a afetividade na convivência, restando, portanto, constatada a impossibilidade de reintegração de crianças ou adolescentes no seio de sua família biológica, juízes e promotores devem tomar as medidas cabíveis para a sua colocação em uma família substituta, garantindo-se o seu desenvolvimento sadio, digno e com amor no seio de uma família.

Infere-se que a adoção é, pois, este ambiente familiar estável e definitivo, propício ao afeto, amor, respeito e solidariedade, já que esta medida excepcional e irrevogável pressupõe o ato de vontade de ter um filho, de amar e ser amado.

sorte, a constitucionalização é o processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil, que passam a condicionar a observância, pelos cidadãos, e a aplicação, pelos tribunais, da legislação infraconstitucional”.

Nesta linha de intelecção, é relevante a análise a seguir de alguns princípios norteadores do Direito de Família, que, sob este enfoque, Gurgel (2009, p. 61) explica que, como estão baseados em valores fundamentais do sistema jurídico, os princípios “[...] direcionam e servem de substrato para toda a ordem jurídica e, em especial, para o Direito de Família, que, ao realizar a aplicação direta e imediata das diretrizes principiológicas, lhes garante significativa e necessária força jurídica”.

3.1.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana está elencada no art. 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 como um dos fundamentos e pilares de sustentação do Estado Democrático de Direito, sem, contudo, apresentar uma definição legal do que seja a dignidade.

A partir de uma reflexão ético-filosófica, baseada no pensamento de Immanuel Kant, ao desenvolver a teoria moral, houve a construção do conceito de dignidade humana, interligando-se sete conceitos em uma cadeia argumentativa, quais sejam: ser racional, *homo noumenon*, personalidade, fim em si mesmo, moralidade, autonomia e liberdade. Assim, o seu conceito desdobra-se em duas máximas, que são verdadeiros núcleos pétreos da vida humana: não tratar a pessoa humana como simples meio da vontade de outra pessoa, mas como tendo uma finalidade em si mesma; e assegurar as necessidades vitais da pessoa humana, para libertá-las da sujeição e da degradação (BARRETTO, 2010).

Pereira (2012, p. 114) define a dignidade como “[...] um macroprincípio sob o qual irradiam e estão contidos outros princípios e valores essenciais como a liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e alteridade. São, portanto, uma coleção de princípios éticos”.

O legislador constituinte de 1988 consagrou a dignidade da pessoa humana como dogma constitucional, antecedendo a todos os princípios, e sendo fundamento do Estado Democrático de Direito. Portanto, em uma sociedade democrática, não

mais mereciam prosperar quaisquer discriminações, seja em relação à família, seja em relação aos filhos (DIAS, 2011).

A este respeito, Gurgel (2009, p. 62) entende ser a dignidade da pessoa humana “[...] o conjunto de condições necessárias para a preservação e desenvolvimento da personalidade, sendo certo que todos os demais princípios de direito privado são decorrências deste princípio fundamental e supremo”.

Tem-se que, num um Estado Democrático de Direito em que se busca, de forma incessante, a efetivação de direitos fundamentais e garantias individuais, não há como cogitar direitos dissociados da ideia de dignidade.

Como a partir do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, consagrou-se a cláusula geral de tutela da pessoa humana, esta cláusula veda qualquer forma de exclusão de direitos e garantias, ainda que não expressos no mandamento constitucional, desde que decorrentes dos princípios constitucionais (TEPEDINO, 2004).

Ao explicar a importância da dignidade como fonte principiológica para aplicação prática do Direito de Família, Pereira (2012) correlaciona os conceitos de dignidade, direitos humanos e cidadania, defendendo que o Direito de Família está em conformidade com a dignidade e com os direitos humanos a partir do momento em que garantir a inclusão social de todas as formas de família, não deixando a margem do reconhecimento social qualquer forma de relação familiar e respeitando, assim, todos os vínculos afetivos e todas as diferenças.

É pertinente lembrar que, com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a partir da despatrimonialização da família e ênfase na pessoa humana, a preocupação do Direito Civil passou a centrar-se na preservação da dignidade da pessoa humana. Houve, pois, uma valorização do sujeito, que passou a ser o centro da família e da sociedade, em detrimento das relações patrimoniais. Sendo assim, a dignidade humana representou o reconhecimento do homem como sujeito de direitos.

A despatrimonialização e repersonalização das relações familiares decorreram exatamente do princípio da dignidade da pessoa humana,

possibilitando-se uma valorização dos aspectos existenciais e uma garantia dos direitos da personalidade de cada membro das entidades familiares.

Isto porque, nas constituições democráticas de direito, como a do Brasil, em que se defende a promoção de uma sociedade livre, justa e igualitária, deve-se considerar a autonomia privada dos sujeitos e a sua liberdade, atendendo-se aos anseios naturais da evolução do Direito de Família, que compreende uma realidade social dinâmica na formação e composição de seus arranjos familiares.

Dito de outro modo, afirma-se que “a dignidade humana é, principalmente, um direito do homem que surge em função da necessidade do reconhecimento de outros direitos da pessoa, que se situem para além dos individuais” (BARRETTO, 2010, p. 72).

No entendimento de Pereira (2012, p. 121), o princípio da dignidade da pessoa humana “significa, em primeira e última análise, uma igual dignidade para todas as entidades familiares. Neste sentido, podemos dizer que é indigno dar tratamento diferenciado às várias formas de filiação ou aos vários tipos de constituição de família”.

O respeito ao mandamento constitucional insculpido no art. 227 corresponde à dignidade da criança e do adolescente, pois “digno, do ponto de vista da Lei Maior, é viver em família” (BITTENCOURT, 2010, p. 32). Ou seja, é garantir o direito à convivência em família.

Deste modo, a determinação do afastamento de uma criança ou de um adolescente do convívio familiar é uma violação a este direito indisponível, devendo ser aplicada somente nos casos de efetiva necessidade e a favor da sua proteção integral.

Mas, imediatamente, este isolamento do convívio da família natural deve ser objeto de tutela por parte dos operadores de Direito para uma solução adequada aos direitos e interesses desta pessoa em condição peculiar de desenvolvimento, promovendo-se o quanto antes, se possível, a sua reintegração familiar ou, em último caso, inserindo-o numa família substituta.

Diante destas considerações, em face da valorização da pessoa humana e primazia da dignidade humana, promoveu-se uma releitura dos institutos jurídicos para a realização humana enquanto tal, de modo que a família contemporânea deve ser “[...] centro de preservação da pessoa, da essência do ser humano, antes mesmo de ser tida como célula básica da sociedade” (MONTEIRO E SILVA, 2010, p. 33).

Assim sendo, as relações jurídicas familiares devem orientar-se pela proteção da vida, da integridade física e psíquica dos seus membros, da defesa dos pressupostos mínimos de liberdade e de convivência igualitária e das condições materiais essenciais ao exercício da vida.

3.1.2 Princípio da paternidade responsável

A paternidade responsável, decorrente da dignidade da pessoa humana e da afetividade, está consagrada como princípio constitucional no art. 226, §7º, da CRFB, que combinado com o seu art. 229, revela o dever de cuidado recíproco entre pais e filhos. Também se encontra prevista nas legislações infraconstitucionais, nos arts. 1.565, 1.566, IV, e 1.634, II, do Código Civil; e nos arts. 3º, 4º, 22 e 33 do ECA (GONÇALVES, 2010).

Este princípio compreende a assistência material e a moral (ou afetiva). Não basta suprir a carência material dos filhos para atender ao princípio constitucional, é imprescindível a presença do sentimento de afeto, enquanto cuidado e ação, para um desenvolvimento sadio e digno de uma criança e de um adolescente. Como cuidado e amor, ao agir em conformidade com a função de pai e mãe, presume-se a presença do sentimento de afeto; e como ação e conduta, há o dever jurídico de criar, impor limites e dar afeto, podendo ser imposto o seu cumprimento pelo Estado, presente ou não o sentimento de amor (PEREIRA, 2012).

Bittencourt (2008, p. 55) assevera que a criança é “[...] credora do cuidado de sua família e de uma paternidade responsável, credora do cuidado do Ministério

Público, através da sua atuação personalizada, rápida e eficaz, credora do cuidado do Judiciário [...]”.

Imprescindível destacar que a família e o Estado assumem o papel de prestadores de cuidado às crianças e aos adolescentes, por não gozarem ainda de suficiente consciência e maturidade para suas decisões autônomas. Entretanto, os pais, no exercício do poder familiar, devem reconhecer uma autonomia gradativa aos seus filhos para organização da própria vida, de acordo com seu grau de maturidade (ALFAIATE, 2008).

O reflexo da paternidade/maternidade responsável na vida de um ser humano é incontestável. A existência de uma relação entre pais e filhos é fundamental para a estruturação psíquica destas pessoas em desenvolvimento, devendo aqueles assumirem a obrigação pela criação, educação, formação, companhia, guarda e pelo sustento de sua prole, planejada ou não.

Neste íterim, quando os pais não exercem com responsabilidade a paternidade/maternidade, os filhos “esquecidos” por quem deveria amá-los podem fazer escolhas por caminhos obscuros da criminalidade, da marginalidade, gravidez precoce, trazendo consequências sociais e econômicas para o Estado.

Daí porque se diz que este princípio interessa tanto às relações privadas como ao Estado, que deve propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício do planejamento familiar e impor o cumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar dos pais (PEREIRA, 2012).

Ao discutir a função do pai e da mãe, Pereira (2003, p. 117) afirma que o Estatuto da Criança e do Adolescente avançou ao referir-se aos “pais sociais”, pois “é na compreensão do papel social do pai e da mãe, desprendendo-se do fator meramente biológico, que esse estatuto vem ampliar o conceito de pai, realçando sua função social”.

Assim, a paternidade não se legitima pelo fator biológico, mas sim por sua função social. Um exemplo patente disto é o próprio instituto da adoção, comprovando que a paternidade decorre muito mais de um ato de vontade que da imposição de um laço consanguíneo.

Não há como obrigar alguém a amar outrem, a ter afeição por outrem, pouco importando se há entre eles algum parentesco ou não. Pereira (2003, p. 119) ratifica que “[...] a verdadeira paternidade só se torna possível a partir de um ato de vontade ou de um desejo. Assim, ela pode coincidir, ou não, com um elemento biológico”.

Há casos de pais que, ao dissolverem um casamento ou união estável, olvidam-se de que o rompimento da relação amorosa limita-se à relação conjugal ou de companheirismo, e os filhos jamais poderão ser prejudicados em seu direito à convivência familiar. O fim do amor entre os responsáveis não põe fim à condição de pais daquelas crianças ou daqueles adolescentes. Os pais não se divorciam de seus filhos.

É claro que estes adultos devem ter uma maturidade suficiente para superar as desavenças e os dissabores a favor dos filhos, buscando um diálogo amigável para não prejudicar na criação, educação e formação da prole comum.

Com isso, uma inovação do Direito Brasileiro fora a possibilidade de indenização por abandono afetivo, tendo como fundamentos o princípio da paternidade responsável, da dignidade da pessoa humana, da afetividade, da solidariedade, do melhor interesse da criança e do adolescente.

Trata-se, pois, de uma responsabilidade civil subjetiva, em que comprovado o nexo causal, a conduta ilícita de um dos pais em relação ao filho e o dano material e/ou psíquico, resta cabível a indenização por danos materiais e/ou morais. O Poder Judiciário não tem o condão de obrigar ninguém a amar outrem, nem a ser pai de verdade, mas o abandono afetivo é um desrespeito a uma função de ordem legal que é a de educar os filhos (PEREIRA, 2012).

Constata-se, pois, que, seja qual for a origem do filho (biológica, adoção, inseminação artificial heteróloga), a função paterna é fundamental para a constituição do sujeito. O verdadeiro pai não necessariamente será o genitor, mas sim aquele que se faz presente na vida do filho, dando o seu nome e interferindo na relação simbiótica mãe-filho para que se torne sujeito, o que implica dizer que “[...] o pai divide com a mãe os cuidados com as crianças e os afazeres domésticos; o pai que educa e sustenta não é necessariamente o pai biológico” (PEREIRA, 2003, p. 131).

Enfim, a família deve outorgar aos filhos, independentemente da origem de filiação, todos os meios necessários para o desenvolvimento de suas faculdades físicas, psíquicas e intelectuais.

3.1.3 Princípios da função social da família e da solidariedade familiar

É lícito asseverar que todo instituto do sistema jurídico brasileiro deve cumprir, quando da sua aplicação, uma finalidade, uma função, sob pena de perder a sua razão de ser. E essa função social dos institutos é compreendida a partir dos princípios constitucionais, desvendando-se a intenção do constituinte para cada um deles (FARIAS E ROSENVALD, 2013).

A solidariedade social, por sua vez, ganhou força normativa de princípio constitucional no ordenamento jurídico brasileiro a partir do art. 3º, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, consagrando-se como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil e da sociedade civil em “construir uma sociedade livre, justa e solidária”.

Deve-se ainda correlacionar este objetivo com o comando constitucional que estabelece ser dever da família, do Estado e da sociedade proteger a entidade familiar, a criança, o adolescente e o idoso. É desta ideia que se afirma que a solidariedade familiar decorreu do princípio da solidariedade social, em que “[...] incumbe ao poder público e à sociedade civil a realização de políticas de atendimento às necessidades familiares dos menos abastados e dos marginalizados” (LISBOA, 2009, p. 15). Traduz-se, portanto, como um dever civil e ético de cuidado ao outro.

Neste sentido, Pereira (2012, p. 232-233) argumenta que “solidariedade como princípio jurídico norteador do Direito de Família advém da ideia que traduz uma relação de corresponsabilidade entre pessoas unidas, inclusive por um sentimento moral e social de apoio ao outro”. Por tal razão, cada membro de uma entidade familiar deve cooperar, por meio de assistência material e imaterial, para fins de

concretização do mínimo necessário ao desenvolvimento físico e psíquico dos demais.

De outro modo, infere-se que o princípio da solidariedade é revelado por meio da imposição do dever à família, à sociedade e ao Estado de proteção à entidade familiar, à criança, ao adolescente e aos idosos. Apresenta uma feição de obrigatoriedade jurídica a ser exigida e aplicada nas relações familiares.

Portanto, o solidarismo é valor característico dos tempos contemporâneos, e as entidades familiares representam os espaços mais capazes e adequados para sua mais perfeita concretização, com alicerce nas ideias de cooperação, de assistência material e moral recíproca.

Não há dúvidas de que o cuidado como valor jurídico essencial nas relações familiares é o fundamento de diversas decisões envolvendo assuntos de Direito de Família, baseando-se na ideia de solidariedade familiar, já que a família deve ser vista como uma célula básica para prover o sustento especialmente dos filhos (ARAÚJO, 2008).

Como, a partir da Constituição Federal de 1988, a solidariedade familiar passou a orientar as relações entre os membros das entidades familiares e entre parentes, o dever de cooperação mútua passou a ser exigido nas relações jurídicas familiares, sendo a afeição e o respeito integrantes deste princípio.

Assim, o ambiente familiar é, por excelência, um lugar recíproco de cuidado, assistência, cooperação, colaboração, amparo, compreensão. Resumindo: lugar de solidariedade familiar.

Diante disto, a adoção, enquanto um dos institutos de Direito de Família, “[...] superou a fase individualista e egoísta para ser um instituto de solidariedade social, de auxílio mútuo, um meio de repartir por maior número de famílias os encargos de proles numerosas” (WALD E FONSECA, 2009, p. 318). Assim, os membros de uma entidade familiar devem cooperar entre si para a realização pessoal de cada um deles.

3.1.4 Princípios da proteção integral à criança e ao adolescente e do seu melhor interesse⁶¹

Em documentos internacionais, como na Declaração de Genebra de 1924, na Declaração Universal de Direitos Humanos das Nações Unidas de 1948, na Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959 e na Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (conhecida como Pacto de São José da Costa Rica de 1969), estabeleceu-se uma proteção especial à infância, tendo o Brasil ratificado a última Convenção mais de vinte anos depois da sua promulgação, por meio do Decreto 678 de 1992, bem como a Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989, por meio do Decreto 99.710 de 1990. Com a ratificação desta Convenção, incorporou-se definitivamente o princípio do melhor interesse da criança no ordenamento jurídico brasileiro (PEREIRA, 2008).

Quanto às doutrinas jurídicas de proteção da infância no Brasil, historicamente, apresentaram-se três correntes jurídico-doutrinárias: a do Direito Penal do Menor, a da Situação Irregular e a da Proteção Integral.

A Doutrina do Direito Penal do Menor, presente nos Códigos Penais de 1830 e 1890, centralizou-se na delinquência e adotou a teoria do discernimento para a imputabilidade, em que se imputava a responsabilidade ao menor de acordo com o seu discernimento sobre um ato criminoso. Posteriormente, com o advento do Código de Menores de 1979, passou a ter vigência no Brasil a Doutrina Jurídica da Situação Irregular. Consideravam-se como irregulares aquelas situações de perigo que poderiam conduzir o menor à marginalização, de modo que os juízes preocupavam-se tão somente em definir a “situação irregular” para aplicar a respectiva medida terapêutica, de acordo com sua avaliação do grau de irregularidade em que se encontrava o menor. Em razão de uma política assistencialista, era merecedor desta tutela o menor que fosse abandonado ou infrator. E somente eram considerados como objetos de direito (PEREIRA, 2008).

⁶¹ O princípio do melhor interesse da criança teve sua origem correlacionada ao instituto do *parens patriae*, “[...] utilizado na Inglaterra como uma prerrogativa do Rei e da Coroa a fim de proteger aqueles que não podiam fazê-lo por conta própria” (PEREIRA, 2008, p. 42).

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, consagrou-se no país a Doutrina Jurídica da Proteção Integral à criança e ao adolescente. Essa doutrina representou significativo avanço na tutela jurídica dos direitos e interesses dessas pessoas em pleno desenvolvimento humano, dado a situação especial de maior fragilidade e vulnerabilidade. Assim, justifica-se a adoção da doutrina da proteção integral por se encontrarem em uma condição peculiar de pessoa humana em desenvolvimento (PEREIRA, 2012).

Percebe-se que, diferentemente da doutrina jurídica da situação irregular que tutelava somente o menor em abandono ou infrator, a doutrina da proteção integral tutela a criança e o adolescente em qualquer situação, pois se tornaram sujeitos de direitos juridicamente protegidos, tanto os comuns aos adultos como os específicos à sua condição peculiar de pessoas em desenvolvimento (físico, mental, moral, espiritual e social), em conformidade com o art. 3º do ECA⁶².

A proteção integral consiste em garantir assistência material, moral e jurídica a toda criança e a todo adolescente para o pleno desenvolvimento de sua personalidade, abrangendo salvaguarda de todos os direitos fundamentais (à vida, à saúde, à liberdade, ao respeito, à dignidade, à convivência familiar e comunitária, à educação, à profissionalização, ao lazer e ao esporte), das medidas protetivas e socioeducativas e das garantias processuais nos casos de prática de ato infracional (ELIAS, 2005).

Inspiradas na doutrina da proteção integral, a Constituição Federal e a Lei Estatutária⁶³ determinam ser dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público (Estado) assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos fundamentais à criança e ao adolescente.

Portanto, a proteção, com absoluta prioridade, à criança e ao adolescente não é mais obrigação exclusiva da família e do Estado; é, pois, um dever social. Devem

⁶² Art. 3º do ECA: 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.

⁶³ Art. 4º do ECA: É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

ser protegidos em razão de serem pessoas em condição peculiar de desenvolvimento. Neste sentido, Costa (2012) frisa que, como as crianças e os adolescentes foram reconhecidos em sua dignidade pelo texto constitucional, como pessoas em desenvolvimento, necessitam de proteção especial e garantia dos seus direitos por parte dos adultos: família, Estado e sociedade.

De outro modo, esta proteção integral é exatamente o reconhecimento de que crianças e adolescentes não estão no mesmo patamar de igualdade dos demais seres humanos, pois se encontram numa condição especial merecedora de proteção enquanto pessoas em processo de desenvolvimento, o que traz consigo uma carga maior de fragilidade e vulnerabilidade. Logo, é imprescindível essa tutela diferenciada por parte do Estado, da sociedade e da família, no desempenho de seus papéis sociais, para buscar promover a igualdade jurídica material.

Neste sentido, consagrou-se a garantia da prioridade absoluta que tem intrínseca relação com a doutrina da proteção integral. A prioridade absoluta determina a tutela dos interesses da criança e do adolescente antes ou em detrimento dos interesses, mesmo que legítimos, dos demais sujeitos (BITTENCOURT, 2010).

Percebe-se, assim, que crianças e adolescentes são titulares de direitos, bem como de obrigações e responsabilidades, as quais são gradativas de acordo com o grau de desenvolvimento de cada um. Logo, a doutrina da proteção integral significou o reconhecimento de diferenças, que viabilizou as condições necessárias para o desenvolvimento pleno das potencialidades humanas (COSTA, 2012).

Quanto ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, implícito no texto constitucional⁶⁴, por concentrar todos os direitos fundamentais, inclusive os especiais à sua condição peculiar como pessoas em desenvolvimento, serve como instrumento eficaz e adequado para promoção da igualdade material, da dignidade da pessoa humana e da ação afirmativa do Estado, em prol da efetivação da proteção integral (BARBOZA, 2008).

⁶⁴ Interessante comentar que “o “princípio do interesse superior da criança” está positivado na Convenção Internacional dos Direitos da Criança, em seu art. 3º, 1, com a seguinte redação: “todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas e privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o melhor interesse da criança” (COSTA, 2012, p. 152).

Considera-se um instrumento eficaz pelo fato de colocar estas pessoas em formação em um patamar de superioridade jurídica quando seus interesses colidirem com os dos demais, mesmo que os adultos sejam seus genitores ou parentes (BITTENCOURT, 2010).

Com relação à adoção, o princípio do melhor interesse determina ser mais importante a felicidade da criança e do adolescente do que a situação jurídica advinda da verdade registral desvinculada de afeto. Ou seja, o instituto da adoção deve ser a favor dos interesses da criança e do adolescente, e não a favor de interesse exclusivo do adotante (RIBEIRO, SANTOS E SOUZA, 2012).

Oportuno destacar que, em face dos novos contornos da família contemporânea, por meio da valorização do sujeito e da preocupação com a dignidade de todos os membros da entidade familiar, foi que a criança e o adolescente passaram a ser mercedores de uma posição privilegiada nesta estrutura.

Quando se cogita o conteúdo do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, verifica-se que o seu teor é relativo, cujo mérito somente pode ser firmado no caso concreto pelo contexto sociocultural. Assim, este princípio pode atuar como limitador do exercício do poder-dever da família, da sociedade e do Estado em relação a crianças e adolescentes (COSTA, 2012).

Mas, pode-se afirmar que “zelar pelo interesse do menor é cuidar da sua boa formação moral, social e psíquica. É a busca da saúde mental, a preservação da sua estrutura emocional e de seu convívio social” (PEREIRA, 2012, p. 160).

Há que se destacar que a consagração da doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente (art. 227, *caput*, da CRFB e art. 1º do ECA) e a proibição de tratamento discriminatório quanto aos filhos (art. 227, §6º, da CRFB, art. 1.596 do Código Civil de 2002 e art. 20 do ECA) acarretaram profundas mudanças na adoção, invertendo-se o enfoque dado à infância e à adolescência, já que não mais se procura uma criança para uma família, e sim uma família para uma criança. Desde então, voltam-se os “olhares” para os interesses das crianças e dos adolescentes (DIAS, 2011).

O direito de ter uma família é assim compreendido, por Pereira (2012), como um direito fundamental por força do art. 5º, §2º, da Constituição Federal de 1988⁶⁵, que visa a atender ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, devendo-se ainda analisar o contexto social e axiológico no qual a criança ou o adolescente encontra-se inserido para se apurar o verdadeiro bem-estar destes vulneráveis.

Têm, pois, o direito fundamental de ter uma família para criá-lo, educá-lo e ampará-lo em suas necessidades vitais, materiais e imateriais. Atender-se-á ao melhor interesse da criança e do adolescente quando da sua colocação em uma família substituta que esteja disposta a lhes oferecer carinho, amor, afeto, cuidado e afago, do que deixá-los marginalizados a este direito por mero preconceito, discriminação, imposição racial e/ou cultural.

3.1.5 Princípio da prevalência da família natural

Frisa-se que família natural corresponde àquela comunidade formada pelos genitores ou qualquer deles e seus descendentes, tendo a Lei nº 12.010/2009, com a inclusão do parágrafo único ao art. 25 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ampliado a sua abrangência para alcançar os parentes mais próximos com os quais a criança ou o adolescente tenha vínculos de afinidade e afetividade (família ampliada ou extensa).

Constata-se que o legislador, com as alterações promovidas pela Nova Lei de Adoção, almejou primar a prevalência da criança e do adolescente num ambiente familiar, preferencialmente no seio da sua família natural. Não restam dúvidas de que a permanência destas pessoas em desenvolvimento nos acolhimentos institucionais (os antigos “abrigos públicos”) viola o direito à convivência familiar, o melhor interesse da criança e do adolescente e a sua proteção integral.

⁶⁵ Art. 5º, §2º, da CRFB de 1988: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Nesta contextualização, o art. 19, §2º, do ECA determina “a permanência da criança e do adolescente em programa de acolhimento institucional não se prolongará por mais de 2 (dois) anos, salvo comprovada necessidade que atenda ao seu superior interesse, devidamente fundamentada pela autoridade judiciária”. Neste íterim, o dilema enfrentado pelo Poder Judiciário é que, infelizmente, não há onde colocá-los, impossibilitando-se, em muitos casos, a efetivação da limitação da permanência institucional em dois anos (DIAS, 2011).

Até porque é dever do Estado, nos casos de abandono, de institucionalização, impossibilidade de manutenção da criança ou do adolescente no seio de sua família natural, tomar todas as medidas cabíveis para que estes tenham o seu direito à convivência familiar assegurado, inserindo-os em uma das formas de colocação de família substituta, sendo a adoção medida excepcional e irrevogável⁶⁶.

Pertinente destacar que, não desmerecendo os avanços trazidos pela Lei nº 12.010/2009, Dias (2011) entende que, ao tentar primar pela manutenção da criança ou do adolescente no seio da sua família natural ou extensa, devendo-se recorrer à adoção tão somente quando esgotados todos os recursos neste sentido, referida lei não atende à celeridade processual necessária para a garantia da absoluta prioridade dos seus interesses e direitos, principalmente diante daqueles casos em que se constate a impossibilidade ou inviabilidade da convivência com a família natural, que não deseja ou não pode criar e educar aquela criança ou aquele adolescente.

Defendendo ser a adoção um caminho a ser seguido diante da impossibilidade de reintegração familiar ou falta de família natural, Bordallo (2013) destaca como exemplos as situações de destituição do poder familiar, de pais em local incerto e não sabido e de crianças e adolescentes inseridos em programas de acolhimento familiar ou institucional por período superior a seis meses, sem indicação de possibilidade de reintegração familiar (art. 19, §1º, do ECA).

Como o direito à convivência familiar e comunitária é um mandamento constitucional, “[...] uma missão para todos os integrantes da rede de atenção à

⁶⁶ Art. 39, §1º, do ECA: A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009).

criança é mantê-la em família, seja a sua de origem, quando tem as condições de afeto e cuidado para garantir seu desenvolvimento, ou colocá-la em família substituta, através da adoção” (BITTENCOURT, 2010, p. 39).

Se, por ventura, os pais biológicos são os violadores dos direitos fundamentais de seus filhos menores, não se deve expor aquela criança ou aquele adolescente ao risco à integridade física ou psíquica ou à vida a favor da tentativa de esgotamento das possibilidades de reintegração familiar. A decisão acertada é a colocação em família substituta em nome da proteção integral, que tem como destinatários a criança e o adolescente.

Assim sendo, pelo princípio da prevalência da família natural, a reintegração à família de origem deve ser priorizada, desde que não venha a acarretar danos mais desastrosos⁶⁷ do que a sua inserção em família substituta por meio da adoção, possibilitando a sua criação e formação por pessoas preparadas para amar e cuidar de uma criança ou de um adolescente.

3.2 A QUESTÃO DA DIVERSIDADE ÉTNICO-CULTURAL ASSEGURADA CONSTITUCIONALMENTE ÀS CRIANÇAS E AOS ADOLESCENTES INDÍGENAS NOS CASOS DE ADOÇÃO

Com o advento da denominada Nova Lei de Adoção (Lei nº 12.010/2009), segundo o art. 28, §6º, do ECA, quando se tratar de criança ou adolescente indígena ou proveniente de comunidade remanescente de quilombo, obrigatoriamente devem ser respeitados seus costumes, suas tradições, bem como suas instituições, desde que não incompatíveis com os direitos fundamentais assegurados na Lei Maior e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Com isso, a sua colocação em família substituta deve-se dar prioritariamente no seio da sua comunidade étnica de origem ou de mesma etnia para preservação

⁶⁷ É certo que existem casos em que a reintegração familiar revela-se impossível, pois “Os dados do SIPIA (Sistema de Informação para a Infância e a Adolescência) demonstram que os principais violadores dos direitos fundamentais das crianças são seus próprios familiares” (BITTENCOURT, 2010, p. 41).

de suas raízes; com intervenção e oitiva de representantes do órgão federal responsável pela política indigenista (FUNAI) e de antropólogos, que devem acompanhar todo o processo de adoção envolvendo indígenas dado a peculiaridade do caso concreto, perante a equipe interprofissional.

Bochnia (2010, p. 240) argumenta que o referido dispositivo estatutário determina “[...] um tratamento diferenciado à criança indígena ou proveniente de comunidade remanescente de quilombo, respeitando a origem étnica e evitando situações de vulnerabilidade desses grupos”.

Simões (2012) relembra casos emblemáticos que marcam um repúdio à tradição cultural infanticida, já que, em situações como estas, as crianças indígenas, infelizmente, não têm os direitos à vida, à saúde, à convivência familiar e comunitária assegurados:

O caso da índiazinha Hakani, da tribo suruwahá na parte oeste a Região Amazônica, que foi salva da morte aos cinco anos quando desenterrada por seu irmão de nove anos e acolhida por um casal missionário hoje é símbolo da luta contra o infanticídio indígena.

A coragem da indígena Muwaji Suruwahá que lutou contra a tradição de seu povo que a ordenava matar sua filha Iganani portadora de deficiência cerebral hoje dá nome ao mencionado Projeto de Lei nº 1057/2007 que dispõe sobre o combate a práticas tradicionais nocivas e à proteção dos direitos fundamentais de crianças indígenas, em tramitação no Congresso Nacional.

De acordo com decisões jurisprudenciais, constata-se uma orientação no sentido de ser preferível sacrificar a preservação dos costumes indígenas para a conservação dos direitos fundamentais do índio, que antes de tudo é um ser humano. Assim, se, num caso concreto, a comunidade indígena não possui condições de emprestar os cuidados mínimos necessários a uma criança indígena a garantir o direito à vida, não deve a mesma retornar à comunidade⁶⁸.

Portanto, na inviabilidade de manutenção em família indígena, estende-se a sua colocação em família não indígena de modo a preservar e garantir o direito fundamental à convivência familiar.

⁶⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em <http://www2.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca_igualdade_10_4_5_2.php> Acesso em: 20 mai. 2013.

Sobre a proteção constitucional da identidade cultural dos povos indígenas e comunidades remanescentes de quilombos, sem, contudo, conflitar com os direitos e valores assegurados constitucionalmente, Ribeiro, Santos e Souza (2012, p. 122) defendem que:

A diversidade cultural não pode justificar a violação de direitos humanos e o descumprimento das normas da CRFB/88, que visam, em última análise, à proteção da dignidade humana. Como bem explica Ingo Wolfgang Sarlet, a noção de dignidade aponta para a necessidade de uma comunidade inclusiva, “necessariamente pautada pelo multiculturalismo mundivisional, religioso ou filosófico”, sendo inadmissível uma visão reducionista da dignidade.

Pertinente a observação de Barretto (2010, p. 257) no sentido de que não é preciso ignorar os direitos humanos para a aceitação das características entre diferentes culturas, pois a violação dos direitos humanos “significa rejeitar os próprios laços de solidariedade que fundamentam a sociedade”. Deve-se, pois, promover o desenvolvimento de uma cultura universal dos direitos humanos, com legitimação.

A Declaração Universal de Direitos humanos estabelece em seu art. 1º, *caput*, que “Todas as pessoas nascem livres e iguais em direitos e obrigações”, de modo que, sob o ponto de vista do universalismo, basta ter a condição de ser humano para que lhe sejam conferidos direitos humanos tais como a vida, a liberdade, a igualdade, a educação, a moradia, etc.

Por conseguinte, como os indígenas têm o direito de ter a sua cultura resguardada e até mesmo valorizada, tanto a Declaração Universal de Direitos Humanos como a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 asseguram a todos os direitos humanos universais, como o direito fundamental à vida, que a princípio, deve ser tutelado de forma incondicionada.

Cumprir observar que a inovação legislativa trazida pelo ECA visa proporcionar efetividade ao art. 231 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que reconheceu o direito à diversidade étnico-cultural aos índios. Mas, “a diversidade cultural não pode justificar a violação de direitos humanos e o descumprimento das normas da CRFB/88, que visam, em última análise, à proteção da dignidade humana” (RIBEIRO, SANTOS E SOUZA, 2012, p. 122).

Como já explicitado, desde que não haja violação aos direitos fundamentais, o legislador impõe o respeito à cultura e aos costumes dos povos indígenas quanto aos aspectos da vida comunitária. Tanto é que diversas comunidades indígenas realizam seu mecanismo peculiar de adoção dentro da própria comunidade sem seguir os parâmetros delineados pela legislação ordinária brasileira.

A criança e o adolescente indígenas merecem um tratamento diferenciado para terem resguardados a sua identidade étnico-cultural, e “a justificativa para tal situação é evitar adoções que desrespeitem a origem étnica dessas crianças, evitando colocá-las em situações de risco pessoal ou social” (FERREIRA, 2010, p. 86).

O ponto nodal abordado no presente estudo é a realização de uma reflexão acerca da ponderação de valores quando da análise de um processo de adoção indígena por não índio, haja vista que surge a discussão entre a preservação da identidade cultural e social da criança ou adolescente indígena a ser adotado por uma família não indígena ou a garantia do direito à convivência familiar a esta criança ou a este adolescente, independentemente de ser indígena ou não.

Ademais, não se almeja interferir nos costumes, nas tradições e culturas de cada comunidade indígena, até porque nenhuma cultura é superior à outra para se cogitar tal imposição de cultura do branco sobre a do indígena.

Discutem-se aqui aquelas situações em que as crianças ou os adolescentes indígenas são abandonados por seus pais, seja qual for a causa do abandono, ou até mesmo deixados nos hospitais quando do nascimento pelas mães indígenas que não os levam consigo, ficando-os a mercê da atuação do Poder Público para promover-lhe um amparo afetivo e garantir-lhe um ambiente familiar por meio de uma adoção.

É certo que, a rigor, “se a mudança de ambiente for muito acentuada, quer na condição socioeconômica e cultural, quer étnica, as dificuldades aumentam. [...]. Dar confiança, afeto, mostrar que ela é aceita com sua história de vida, que é protegida, é essencial” (SOUZA E CASANOVA, 2012, p. 23).

Indubitavelmente, quando da análise de um processo de adoção de crianças e adolescentes indígenas por não índio, é suscitada a discussão acerca das implicações da diferença étnica entre adotante e adotado, haja vista que, em algumas situações, há adotantes que revelam preferência por adotados de mesma etnia, preocupando-se tão somente em adotar alguém que possa parecer seu filho “verdadeiro” para a sociedade.

Entretanto, deve-se registrar que a finalidade da família moderna é a criação de um ambiente familiar em que o afeto seja vivenciado, voltando-se toda a atenção em especial à própria criança/adolescente indígena.

Trata-se de um tema socialmente delicado, mas que a sociedade brasileira tem por obrigação desprender-se de certos preconceitos para admitir a diversidade étnico-cultural sem, contudo, privar crianças e adolescentes, independentemente de sua origem étnica, ao direito à convivência familiar.

É de importante reflexão a opinião de Bordallo (2013, p. 283) ao enaltecer que qualquer modalidade de família, havendo amor, afeto, carinho, atenção, atende ao melhor interesse da criança e do adolescente:

Não resta nenhuma dúvida de que, qualquer que seja a modalidade de família que venha a se formar com a adoção, havendo afeto, havendo amor, havendo a formação do vínculo paterno-filial, havendo a integração da criança/adolescente na nova família e no grupo social com o qual conviverá, estarão atendidos os princípios norteadores do direito da criança e do adolescente, e a adoção atingirá todos os seus objetivos.

Indubitavelmente, a finalidade primordial da adoção é proporcionar um ambiente familiar adequado e saudável ao desenvolvimento destas pessoas em desenvolvimento, independentemente de sua etnia, oferecendo-lhes afeto, carinho, amor, sustento, educação, orientação, apoio, bem como os integrando neste seio familiar acolhedor e no meio social que os circunda, para que, assim, sejam atendidos os princípios norteadores do direito da criança e do adolescente, sejam indígenas ou não.

Deste modo, enfim, é que se estará garantindo a proteção integral à criança e ao adolescente, já que a legislação brasileira não faz distinção de tratamento em razão de etnia para restringir direitos e interesses, mas sim para tutelá-los.

3.3 A POSSIBILIDADE DE CONSTITUIÇÃO DE UMA NOVA CONCEPÇÃO DE FAMÍLIA: O AFETO COMO VALOR JURÍDICO DAS RELAÇÕES FAMILIARES

O Direito de Família contemporâneo atribuiu um valor jurídico ao afeto⁶⁹, possibilitando a superação das concepções arcaicas de famílias, abrindo-se um horizonte para a compreensão das novas concepções de entidades familiares fundadas no amor, no afeto, na solidariedade. Assim, “a atribuição de um valor jurídico ao afeto redimensiona a tábua axiológica do Direito e autoriza-nos a falar sobre uma ética do afeto como um dos sustentáculos e pilares do Direito de Família” (PEREIRA, 2012, p. 30).

Este espaço do afeto como valor jurídico na transformação da família fora uma conquista gradativa ao longo do processo de evolução da própria concepção de família. Na família tradicional, patriarcal, caracterizada como unidade de produção, a presença do afeto, enquanto elemento acessório, era presumida, de modo que as pessoas se uniam com vistas à formação do patrimônio. Ocorre que, com o declínio do patriarcalismo e conseqüente surgimento da família constitucionalizada, o afeto passou a ser a razão da própria constituição, desenvolvimento e sobrevivência de uma família. Assumiu, portanto, um papel jurídico essencial e fundante nas relações familiares (FERRARINI, 2010).

A família desloca-se da instituição para o sujeito, pois passou a centralizar-se na realização pessoal de seus membros para o desenvolvimento do ser humano⁷⁰, pois, como bem preceitua o art. 226, §8º, da CRFB, “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”.

⁶⁹ De acordo com Pereira (2012, p. 31), “no Brasil, o primeiro autor a traduzir e introduzir esse novo valor jurídico foi João Baptista Villela. Na década de 70, do século XX, seu texto “A desbiologização da paternidade” lançou as bases para a compreensão da paternidade socioafetiva. Depois, em “Liberdade e família” e em vários outros trabalhos, ele consolida essas noções, especialmente com sua frase “O amor está para o Direito de Família assim como a vontade está para o Direito das Obrigações”.

⁷⁰ “A família-instituição foi substituída pela **família-instrumento**, ou seja, ela existe e contribui tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes como para o crescimento e formação da própria sociedade, justificando, com isso, a sua proteção pelo Estado” (DIAS, 2011, p. 43).

Nos ensinamentos de Dias (2011, p. 55), a família identificada pelo envolvimento afetivo em busca da felicidade individual de seus membros é a denominada família eudemonista, cuja “busca da **felicidade**, a supremacia do **amor**, a vitória da **solidariedade** ensejam o reconhecimento do afeto como único modo eficaz de definição da família e de preservação da vida”.

Identifica-se hoje uma família pelo afeto, pelo amor, pela cooperação e pela comunhão de vida, fundada na liberdade, solidariedade, igualdade e responsabilidade recíproca. Neste caminho, “não é mais o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento existem para o seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade” (LÔBO, 2007, p. 155).

Neste sentido, Lôbo (2007), ao discutir o fenômeno da repersonalização das famílias, que buscam a satisfação da dignidade de cada um de seus membros, explica que a família patrimonializada, hierárquica, patriarcal e individualista não mais encontrou guarida na nova ordem constitucional democrática vigente, marcada pela família plural e eudemonista. Assim, o elemento agregador da família contemporânea instrumental é a afetividade.

A partir deste novo modelo de família, fundado no afeto, no cuidado e na valorização pessoal de seus membros, possibilitou-se um convívio mais acentuado entre pais e filhos, de modo que “a filiação não é um dado da natureza, mas uma construção cultural, fortificada na convivência, no entrelaçamento dos afetos, pouco importando sua origem” (DIAS, 2011, p. 484).

Com a intenção de enaltecer a importância da afetividade nas relações familiares modernas, especificamente na adoção, tem-se a tão conhecida adoção “à brasileira” ou afetiva, prática bastante comum no país em que alguém perfilha filho alheio e o registra como se fosse seu descendente.

Ocorre que, nos termos do art. 242 do Código Penal Brasileiro, tem-se a prática do crime contra o estado de filiação, mas, diante do afeto que norteou a conduta praticada pelo agente ao registrar aquele infante como se seu filho fosse, o exime de uma possível condenação por meio da concessão do perdão judicial.

Sobre esse assunto da adoção “à brasileira” ou ilegal, Dias (2011) argumenta ser inquestionável a vontade de quem assim age para assumir uma paternidade. Ocorre que não pode ser aceito o arrependimento posterior por parte daquele que assim optou, pois se trata de um “imperativo prestigiar a **posse de estado de filho** de que desfruta o registrado, na medida em que se configurou a filiação socioafetiva” (DIAS, 2011, p. 497).

Neste intento, o pai, uma vez tendo realizado o registro desta criança de forma voluntária, não poderá, posteriormente, requerer a anulação do registro de nascimento, ainda que tenha agido ilegalmente por meio de uma falsidade, já que tal alegação não pode ser levada a efeito pelo próprio pai registral, que é o autor do delito. Trata-se, pois, de ato irreversível quando da caracterização de uma paternidade socioafetiva incontroversa.

De outro modo, quando não restar caracterizada a filiação socioafetiva entre pai e filho, sendo a vontade do próprio filho a anulação de seu registro de nascimento, e não vontade exclusiva do pai para se eximir de obrigações alimentares, o reconhecimento do pedido de anulação do registro civil pelo próprio filho se torna contundente, dispondo de um direito de excluir do seu registro o nome de quem lá possa constar como seu genitor.

Assim, como o parentesco pode ser natural (decorrente de vínculo biológico) ou civil (proveniente de outra origem como adoção, inseminação artificial homóloga e a parentalidade socioafetiva), a partir dos Enunciados nº 103 e 256 do Conselho Nacional de Justiça⁷¹, constatou-se que a posse de estado de filho, enquanto filiação socioafetiva, é uma modalidade de parentesco civil, fundada no reconhecimento jurídico do afeto, como elemento agregador da família, a garantir a felicidade de cada um dos seus membros.

⁷¹ Enunciado nº 256 do Conselho Nacional de Justiça da III Jornada de Direito Civil: “art. 1.593: A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil”.

Enunciado nº 103 do CNJ da I Jornada de Direito Civil: “Art. 1.593: o Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade sócio-afetiva, fundada na posse do estado de filho.

Como a paternidade não se estabelece necessariamente pela biologização, podendo-se estabelecer este vínculo de paternidade pela adoção, Pereira (2003, p. 133) vai além afirmando que:

o elemento definidor e determinante da paternidade certamente não é o biológico, pois não é raro o genitor não assumir o filho. Por isso é que se diz que todo pai deve adotar o filho biológico, pois só o será se assim o desejar, ou seja, se de fato o adotar.

Quanto ao tema adoção homoparental, assim intitulada por Dias (2011, p. 499), tem-se que: “Negar a possibilidade do reconhecimento da filiação, quando os pais são do mesmo sexo, é uma forma cruel de discriminar e de punir. Há uma legião de filhos esperando alguém para chamar de mãe ou de pai”. O importante é a presença do afeto nos vínculos familiares, de forma que a filiação socioafetiva sobreponha-se a biológica.

Os julgados têm revelado um reconhecimento ao direito à adoção a pessoas de mesmo sexo, pois se deve analisar a existência de fortes vínculos afetivos entre a criança ou o adolescente a ser adotado e os que pretendem adotar, de modo a oferecer reais vantagens ao adotado. Ressalte-se que “a homoafetividade não é um obstáculo para adoção, a não ser que, comprovadamente, traga prejuízos para o adotando” (SOUZA E CASANOVA, 2012, p. 29).

Constatada a prevalência dos interesses do menor sobre quaisquer outros e fundada a adoção em motivos legítimos, a exclusão desta possibilidade de adoção e a manutenção do infante em acolhimento institucional, por mero preconceito e discriminação, resultariam um verdadeiro prejuízo a esta criança ou a este adolescente.

Neste caminho, é imprescindível a aceitação de uma visão pluralista da família, abrangendo os mais diversos arranjos familiares, desde que fundados essencialmente em laços afetivos, independentemente de sua conformação. “O desafio dos dias de hoje é achar o toque identificador das estruturas interpessoais que autorize nominá-las como família. Esse referencial só pode ser identificado no vínculo que une seus integrantes”, ou seja, na afetividade (DIAS, 2011, p. 43).

Com efeito, a família, como meio de realização da afetividade, acabou por exigir mecanismos de concretização e efetivação das novas diretrizes do Direito de família por parte dos responsáveis pela atividade jurisdicional.

Toda e qualquer entidade familiar que promova a dignidade de seus membros e a realização pessoal de cada um a favor da busca pela felicidade é merecedora de uma tutela jurídica especial pelo Estado. Nas sociedades democráticas, deve-se compreender como elo familiar a ligação duradoura de afeto, carinho, amor, cuidado, respeito, solidariedade, assistência entre as pessoas, havendo ou não vínculos biológicos.

A verdade é que, na convivência humana, “a família passou a ser, predominantemente, *locus* de afeto, de comunhão do amor, em que toda forma de discriminação afronta o princípio basilar do Direito de Família” (PEREIRA, 2012, p. 194). É uma instituição fundamental servindo como espaço de desenvolvimento das pessoas, em condições de igualdade e diversidade.

Para enfrentar a realidade dos diversos arranjos familiares, é de suma relevância despir-se de certos preconceitos e conceitos construídos para “compreender que o Direito tem de se adequar à vida e não a vida ao Direito. Eis os primeiros passos para que se tenha na família, antes de uma instituição jurídica, uma instituição social” (FERRARINI, 2008, p. 84).

Com base nas considerações esposadas no presente capítulo, chega-se à conclusão de que, com a consagração do princípio do respeito à dignidade da pessoa humana, como norma pétrea, pela Constituição da República Federativa de 1988, a qualquer espécie de vínculo que tenha o afeto como elemento constitutivo das relações jurídicas não se pode negar o *status* de família, e, como tal, merecedora de proteção pelo Estado. É o novo perfil da família constitucionalizada, da família eudemonista.

4 A ADOÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES INDÍGENAS NA JUSTIÇA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE DA COMARCA DE BOA VISTA-RR

De acordo com os dados do Censo Demográfico 2010, o Roraima é o Estado de maior população indígena do Brasil, proporcionalmente, onde, de uma população total de habitantes de 450.479 mil, 49.637 mil declararam-se indígenas, ou seja, 11,02% dos habitantes são índios (LIMA, 2013).

No país, atualmente registram-se 29.440 mil pretendentes à adoção, segundo dados atualizados do CNA em maio de 2013 (MONTENEGRO E BANDEIRA, 2013).

Existem 5.392 mil crianças e adolescentes no CNA, dos quais 1.758 mil são brancos, 1.018 mil negros, 2.568 mil pardos e 34 indígenas (FOLHA DE BOA VISTA, 2013).

Oportuno ratificar que a maioria dos pretendentes à adoção deseja adotar crianças brancas, sendo o menor percentual o de aceitação de crianças indígenas (SOUZA, 2012).

Deste modo, ao considerar que a adoção de crianças indígenas uma realidade do Estado de Roraima, verificou-se, em maio de 2013, um registro de 25 (vinte e cinco) casais e 06 (seis) pessoas solteiras habilitadas no cadastro (FOLHA DE BOA VISTA, 2013).

Com relação a crianças e adolescentes disponíveis à adoção, há um total de 10 (dez), sendo cinco crianças e cinco adolescentes, dos quais 02 (dois) são indígenas, 04 (quatro) brancas e 04 (quatro) pardas. De acordo com levantamento estatístico, nos últimos quatro anos, na Comarca de Boa Vista, cento e vinte e três (123) crianças foram adotadas judicialmente, estando, atualmente, em andamento 37 processos de adoção em andamento no Juizado da Infância e Juventude de Boa Vista (FOLHA DE BOA VISTA, 2013).

4.1 A ANÁLISE DE PROCESSOS DE ADOÇÃO INDÍGENA NO JUIZADO DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE DA COMARCA DE BOA VISTA

Preliminarmente, como se trata de processos que tramitam em segredo de justiça, será mantido em sigilo a identificação das partes processuais, analisando-se o trâmite processual, as peculiaridades de cada caso concreto e as decisões judiciais a favor do melhor interesse da criança e do adolescente indígena da Comarca de Boa Vista, no Estado de Roraima.

4.1.1 Adoção estatutária cumulada com destituição do poder familiar e pedido liminar de guarda provisória – Processo nº 0010.09.213384-1

Aos vinte e dois dias do mês de abril do ano de dois mil e nove, os requerentes A.N.L. e A.B.M.L. (adotantes) e J.Y. e C.Y (pais biológicos) ingressaram na Justiça da Infância e Juventude da Comarca de Boa Vista com o pedido de adoção da criança indígena L.G.Y. cumulada com a destituição do poder familiar.

Nas alegações fáticas da exordial, a requerente A.B.M.L. relatou que conheceu, em seu local de trabalho, a mãe biológica da criança em que esta fazia tratamento médico de câncer de colo de útero; e, quando ainda gestante do adotando, já demonstrava o seu desejo de dar à criança para adoção, pois já tinha seis filhos, não tendo condições financeiras para criar mais um, além de estar enferma.

Por questões culturais, a mãe biológica ainda afirmou à requerente que um filho gerado num período em que ela se encontrava doente, fatalmente, será doente, fato este que ocasionou a rejeição do recém-nascido pela genitora ao nascer na maternidade.

Como a requerente estava acompanhando o tratamento médico da mãe biológica, envolvendo-se emocionalmente com a situação da criança ainda quando

no ventre materno, decidiu acolher a criança recém-nascida rejeitada pelos genitores, por questões culturais, e buscar os meios legais para adotá-la.

Assim, a criança indígena fora entregue voluntariamente pelos pais biológicos aos requerentes, que, sendo pessoas de idoneidade ilibada, com uma família bem estruturada, acolheram a criança assim que nasceu e fora rejeitada, estando com 02 (dois) anos quando do pedido de adoção.

Compulsando-se os autos, verificou-se uma declaração acostada pelos pais biológicos da criança indígena em que afirmaram claramente não quererem ficar com filho recém-nascido pelo fato de já possuírem seis filhos e de a genitora não ter condições de criar o infante por estar doente.

Houve a concessão liminar da guarda provisória com o fito de regularizar a posse de fato dos requerentes, que a detinham desde o seu nascimento com a anuência dos genitores. Assim, evitaram-se maiores prejuízos e traumas à criança, permitindo aos requerentes assumirem as obrigações inerentes à guarda (assistência material, moral e educacional).

De acordo com parecer psicossocial acostado aos autos, os requerentes comprovaram estarem casados civilmente há vinte e dois anos e terem uma estabilidade familiar, sendo estes requisitos específicos para adoção conjunta. Ao final deste laudo, intrigante a observação transcrita pela equipe interprofissional, que opinou favoravelmente à adoção:

[...] relata que não tinha intenção de adotar, todavia, ao ver a situação de risco da criança, haja vista a rejeição materna declarada em razão de crença cultural de haver transmitido sua doença durante o parto normal, aliado aos comentários de funcionários “mais um bebê rejeitado...”, o que lhe motivou ao acolhimento [...] – fls. 46

Devidamente intimada, a FUNAI manifestou-se por sua ilegitimidade *ad causam*, pedindo a sua exclusão para atuar nos autos pelos seguintes fundamentos: fortes indícios de renúncia tácita dos pais biológicos indígenas ao exercício do poder familiar em relação à criança indígena por razões estritamente culturais; o processo de adoção em espeque não ofendia a tutela; exclusão étnica por parte dos pais e dos demais membros da comunidade indígena, que não reconheceram ao adotando a sua qualidade e condição de indígena – pressuposto exigido pelo princípio da

alteridade (o indivíduo deve identificar-se e ser identificado como pertencente a um grupo étnico diferente dos demais nacionais); ausência de reivindicações por parentes ou membros da comunidade indígena a que pertencem os pais biológicos do adotando.

Urge salientar o entendimento externado pela FUNAI acerca do reconhecimento da condição e qualidade de indígena, à luz do princípio da alteridade. Assim, quando se tratar de criança de pouca idade, impossibilitada resta a sua auto identificação como indígena, cabendo, portanto, aos pais biológicos tal identificação. Como, no processo em análise, os pais biológicos rejeitaram-no, não restou comprovada a sua condição étnica de indígena.

Aos doze dias do mês de maio do ano de dois mil e dez, quando da audiência de instrução e julgamento, foram colhidas oitivas dos adotantes, dos pais biológicos e de testemunhas. Em seguida, em ata de deliberação, o defensor público dos requerentes pugnou pelo deferimento do pedido de adoção, que somente trará reais vantagens à criança indígena e fundar-se em motivos legítimos; e o juiz deferiu o requerimento de apresentação de alegações finais no prazo de 05 (cinco) dias pelo Ministério Público, encerrando-se a audiência.

Em sua manifestação, o *parquet* opinou pelo deferimento do pedido, nos termos da inicial. Assim, conclusos os autos, a decisão do juiz foi pela procedência do pedido de adoção cumulada com destituição do poder familiar dos pais biológicos, determinando-se ainda o cancelamento do registro civil de nascimento anterior do adotando e feitura de um novo registro com as devidas alterações legais, inclusive do nome civil, sem fazer constar qualquer observação nesta certidão sob a origem deste ato, nos termos do art. 47, §3º, do ECA⁷².

⁷² Art. 47 do ECA: O vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão.

§1º A inscrição consignará o nome dos adotantes como pais, bem como o nome de seus ascendentes.

§2º O mandado judicial, que será arquivado, cancelará o registro original do adotado.

§3º A pedido do adotante, o novo registro poderá ser lavrado no Cartório do Registro Civil do Município de sua residência. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009)

§4º Nenhuma observação sobre a origem do ato poderá constar nas certidões do registro. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009)

§5º A sentença conferirá ao adotado o nome do adotante e, a pedido de qualquer deles, poderá determinar a modificação do prenome. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009)

Ao se analisar o caso em apreço, restou comprovado que o melhor interesse para a criança indígena é permanecer sob os cuidados dos adotantes, os quais já tinham conseguido liminarmente a guarda provisória do infante e comprovaram estabelecimento de vínculos afetivos.

De outro lado, os pais biológicos revelaram claramente não manter qualquer vínculo afetivo com o filho, rejeitando-o pelo simples fato de que, por motivos culturais, a doença que acometia a genitora estava diretamente relacionada ao feto.

Assim sendo, não há que se duvidar da existência de afeto entre os adotantes e o adotado, elemento agregador essencial para a colocação de uma criança indígena em uma família substituta, acolhendo-a e cuidando-a para um desenvolvimento pleno dada a sua condição de pessoa vulnerável.

Imprescindível ressaltar que se trata de um caso em que a criança fora acolhida num seio familiar desde tenra idade, não vivenciando a realidade dos acolhimentos institucionais. Tal fato deu-se pelo gesto de amor, de carinho, de cuidado por parte dos requerentes, que, diante de uma situação de risco da criança indígena rejeitada pelos pais ao nascer, sentiram-se motivados a tê-lo como filho.

Desta feita, incontestável que, no caso relatado, a adoção veio a assegurar o direito da criança indígena a uma família adequada para lhe assegurar todos os direitos e interesses necessários ao seu desenvolvimento saudável e digno, até porque o adotado já se encontrava totalmente inserido no contexto familiar dos requerentes que detinham sua guarda de fato desde o seu nascimento.

4.1.2 Adoção estatutária com dispensa de inscrição em cadastros prévios de adotantes e adotandos cumulada com destituição do poder familiar – Processo nº 0010.09.216079-4

Aos cinco dias do mês de agosto do ano de dois mil e nove, a requerente M.P.L. (adotante) ingressou na Justiça da Infância e Juventude da Comarca de Boa

Vista com o pedido de adoção da criança indígena A.L.Y. cumulada com a destituição do poder familiar, em face da requerida M.Y (mãe biológica).

Na exordial, a requerente relatou que a criança encontrava-se sob seus cuidados desde tenra idade (um ano e cinco meses de vida), possuindo inclusive a guarda provisória da criança, que, à época do pedido de adoção, contava com 02 (dois) anos.

Explicou ainda que a criança, proveniente de comunidade indígena, não estava recebendo os cuidados necessários de sua mãe biológica, a requerida, quando fora entregue voluntariamente pela mãe à requerente, a pedido da própria comunidade indígena a qual pertencia. Um fato importante é que a requerente, sendo funcionária da Fundação Nacional de Saúde em Boa Vista, Roraima (FUNASA), prestava serviços na Coordenação Indígena de um hospital local.

De acordo com laudo médico acostado aos autos, verificou-se que a criança é uma paciente portadora de encefalopatia crônica, decorrente de prematuridade e asfixia perinatal grave, cujo quadro agravou-se por maus-tratos e descaso da mãe biológica ao ser negligente com a saúde da filha, alegando ser de uma comunidade indígena de difícil acesso e já ter outra família, inclusive com criança de colo e grávida.

Portanto, a criança indígena necessitava de acompanhamento de saúde contínuo junto a vários especialistas, momento em que a requerente, sensibilizando-se com a sua situação especial, aceitou ficar com a pequena para dar continuidade ao tratamento.

Ademais, conforme documentos juntados aos autos, os líderes da comunidade indígena autorizaram a retirada da criança para tratamento de saúde e pediram que a mesma não retornasse ao seio da comunidade, afirmando que a mãe biológica não teria condições nem disponibilidade de cuidar de uma criança especial e que, segundo a cultura daquela comunidade, crianças em condições de saúde como a da adotada eram, geralmente, vítimas de infanticídio.

A requerida, mãe biológica da adotada, devidamente citada por edital, não apresentou contestação, sendo-lhe decretada a revelia sem efeitos e nomeado

curador especial. Na peça contestatória, o curador da requerida pugnou pela improcedência do pedido. Ocorre que, como a requerida não compareceu à audiência de instrução e julgamento designada, o curador especial requereu a procedência da ação dada a falta de interesse da mãe biológica em ficar com a filha.

De acordo com o laudo da equipe interprofissional, que acompanhou o caso, a adoção somente traria reais vantagens à adotada. Constatou-se que a criança vinha recebendo todos os cuidados, atendimentos e acompanhamentos necessários para seu desenvolvimento sadio e digno. Logo, a criança já estava de fato inserida no seio de uma família adequada às suas necessidades especiais, apresentando as requerente condições psicossociais satisfatórias ao interesse da adotada.

Aos vinte e um dias do mês de abril do ano de dois mil e dez, quando da audiência de instrução e julgamento, o defensor da requerente e o curador especial da requerida pugnaram pela procedência dos pedidos formulados na inicial, e o Ministério Público opinou pela procedência da adoção. Em seguida, o magistrado, em ata de deliberação, compulsando os autos, julgou procedente o pedido de adoção da criança indígena, já com 03 anos, a favor da requerente, com consequente destituição do poder familiar da requerida.

Devido à adoção, atribuiu-se à adotada a condição de filha da adotante, por trazer reais vantagens e fundar-se em motivos legítimos, determinando-se ainda a anulação do registro de nascimento anterior da adotada e feitura de um novo registro com as devidas alterações legais, inclusive do nome civil.

Oportuno destacar que, em decorrência do princípio da vedação de tratamento discriminatório entre filhos, nenhuma observação sob a origem deste ato pode constar nas certidões de registro da adotada, nos termos do art. 47, §3º, do ECA.

Assim, ao analisar toda a situação, iniciativa melhor não poderia existir que o pedido de adoção desta criança, pois o tratamento desta criança especial é permanente, e a sua comunidade indígena não mais a aceitava por questões culturais, visto que não admitem portadores de deficiência ao entender ser impossível a sobrevivência de crianças especiais em comunidades indígenas; e,

para agravar a situação, a mãe biológica ainda tinha mais um filho de seis meses, estando grávida de um terceiro.

Nesta linha de intelecção, indiscutivelmente comprovou-se a formação de laços afetivos entre a adotante e a adotada, sentimento essencial para a determinação de um vínculo parental, bem como tal medida colocou a salvo a vida e a integridade física e psíquica desta criança indígena, que, provavelmente, já teria tido sua vida ceifada pela comunidade indígena de sua origem.

Por se tratar de pedido de adoção de criança indígena, imprescindível destacar que a FUNAI fora devidamente intimada para manifestar-se no presente caso. Contudo, em sua manifestação, acolhendo o laudo pericial e afirmando não haver conflito que implicasse disputa de interesses ou direitos indígenas a requer segurança tutelar por parte desta pessoa jurídica de direito privado, entenderam não subsistir interesse de ação pela FUNAI.

No presente caso analisado, novamente, a criança indígena não foi, em momento algum, inserida em programas de acolhimento familiar ou institucional. Ao ser rejeitada pela mãe biológica que lhe negou os cuidados necessários à condição especial, e, posteriormente, a não aceitação pela própria comunidade indígena por questões culturais pelo fato de ser uma criança portadora de necessidades especiais, a criança fora colocada sob a guarda provisória da requerente. E, com a vontade de amar e prestar os cuidados necessários à pequena indefesa, a requerente procurou a Justiça para tê-la reconhecida na condição de sua filha pelo Direito, e não mais da requerida, por meio da adoção.

Neste caso, como já existia uma guarda provisória legal e um lapso de convivência suficientemente comprobatório do estabelecimento de laços de afinidade e de afetividade entre adotante e adotada, acatou-se o pedido de dispensa de inscrição em cadastros prévios de adotantes e adotados⁷³.

⁷³ Art. 50, §13, do ECA: Somente poderá ser deferida adoção em favor de candidato domiciliado no Brasil não cadastrado previamente nos termos desta Lei quando: (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)

I - se tratar de pedido de adoção unilateral; (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)

II - for formulada por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade; (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)

Como restou comprovado cabalmente nos autos processuais, o deferimento do presente pedido da adoção somente beneficiou a criança indígena, que fora entregue à requerente desde seus um ano e cinco meses de vida pela própria requerida, genitora. Ademais, verificou-se que não houve qualquer interesse por parte da mãe biológica em ficar com a filha, que, em momento algum, manifestou-se nos autos.

Diante disto, a adoção trouxe reais vantagens à criança indígena, não havendo que suscitar qualquer óbice à sua concessão, haja vista que foram atendidos os princípios fundamentais da criança, especialmente, da proteção integral, do seu melhor interesse, da dignidade da pessoa humana e da convivência familiar.

4.1.3 Adoção estatutária cumulada com liminar de guarda provisória e registro – Processo nº 0010.11.001939-4

Aos três dias do mês de fevereiro do ano de dois mil e onze, os requerentes N.C.L.J. e A.J.A. (adotantes) ingressaram na Justiça da Infância e Juventude da Comarca de Boa Vista com o pedido de adoção da criança indígena E.V.Y., cujos pais biológicos eram desconhecidos.

Nos fatos, os adotantes, civilmente casados, sustentaram estarem inscritos no cadastro de pessoas habilitadas à adoção, tendo recebido a criança indígena, com apenas 26 (vinte e seis) dias de nascido, para estágio de convivência no dia 30 de dezembro de 2010 pela equipe interprofissional do Juizado, que devidamente realiza o acompanhamento dos estágios de convivência.

Esclareceram ainda que se tratava de criança indígena de pais desconhecidos, pois fora abandonada ainda recém-nascida no hospital, não possuindo sequer registro civil de nascimento. Assim, acolheram-na com amor e

III - oriundo o pedido de quem detém a tutela ou guarda legal de criança maior de 3 (três) anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade, e não seja constatada a ocorrência de má-fé ou qualquer das situações previstas nos arts. 237 ou 238 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)

carinho no seio da sua família, prestando-lhe toda a assistência material e moral necessária ao seu desenvolvimento.

De acordo com documentos acostados à proemial, testemunhas alegaram que a recém-nascida abandonada fora vítima de tentativa de infanticídio (prática naturalmente aceitável por membros de sua comunidade indígena) pelos genitores, tendo o caso sido repassado à Casa de Saúde do Índio – CASAI, em Roraima, e à coordenação indígena do hospital em que a criança nascera.

Compulsando-se os autos, restou comprovado que o pai biológico tentou cometer infanticídio contra o filho, almejando atirá-lo num poço da fazenda na qual trabalhava, mas, fora impedido em tempo, tendo sido doado o recém-nascido aos caseiros desta fazenda.

Conforme relatório do setor interprofissional, diante da situação de risco pessoal e social em que a criança indígena se encontrava, a favor do seu melhor interesse, o infante fora encaminhado a uma família acolhedora, já devidamente habilitada no juízo, para tê-lo sob sua guarda e responsabilidade durante o estágio de convivência, com possibilidade ou não de adoção estatutária.

Percebeu-se, portanto, que os requerentes, cientes da situação jurídica da criança, prontamente aceitaram-na no seio familiar, submetendo-se a todos os procedimentos judiciais para possível adoção do infante.

Com relação ao pedido liminar de guarda provisória, naquele momento oportuno, opinou o Ministério Público por seu indeferimento. Isto porque, atendendo ao que preceitua o art. 28, §6º, II, do ECA, requereu a manifestação da FUNAI quanto à possibilidade de reintegração da criança indígena prioritariamente no seio de sua comunidade indígena de origem ou junto a membros de mesma etnia. Com isto, o juiz, acatando o parecer ministerial, indeferiu o pedido liminar de guarda provisória, requerendo a intimação da FUNAI em atenção ao parecer do *parquet*.

Devidamente intimada, a FUNAI manifestou-se pela impossibilidade de reinserção afetiva e comunitária da criança indígena em sua comunidade de origem, dada a resistência dos seus pais biológicos em reconhecê-lo como filho. Evidenciou-se, então, uma rejeição parental dos genitores para com o infante.

Conseqüentemente, a FUNAI não se opôs ao pedido de guarda provisória pelos requerentes como medida asseguradora dos direitos da criança indígena e dos próprios postulantes.

Posteriormente, o Ministério Público opinou pelo deferimento liminar da guarda provisória e pela produção do laudo antropológico. Seguindo este entendimento, o juiz deferiu o referido pedido exordial, expedindo-se um termo de guarda e responsabilidade provisória do infante aos pretendentes à adoção.

Em sede de relatório conclusivo de estágio de convivência, a equipe interprofissional, que acompanhou o caso, assim concluiu favoravelmente pela adoção, que somente traria benefícios psicológicos, morais, religiosos, cognitivos e sociais ao infante:

[...] o estágio de convivência teve resultados satisfatórios, amadurecendo, além da consciência das responsabilidades do ato de adotar, vínculos afetivos entre pais adotivos e criança adotiva. Até a presente data não houve nenhuma ação da Comunidade de origem diferente da inicial que culminou com a entrega (abandono) da criança na Casa do Índio – fls. 59.

Após ratificação dos pedidos da inicial pela Defensoria Pública do Estado de Roraima, o Ministério Público emitiu parecer opinativo pelo deferimento do pedido de adoção, afirmando restar comprovado que a concessão desta adoção indígena não só apresentava reais vantagens ao infante, como também se fundava em motivos legítimos, atendendo ao seu melhor interesse.

Dada à peculiaridade do caso concreto de não se vislumbrarem questões a serem dirimidas em juízo, fora dispensada a audiência de instrução e julgamento. E aos dez dias do mês de novembro do ano de dois mil e onze, o juiz decidiu pela procedência da presente ação de adoção da criança indígena, determinando-se ainda o cancelamento do registro civil de nascimento anterior do adotando e feitura de um novo registro com as devidas alterações legais, inclusive do nome civil, sem fazer constar qualquer observação nesta certidão sob a origem deste ato, nos termos do art. 47, §3º, do ECA.

Ao se analisar os autos processuais, constatou-se que os requerentes comprovaram ter estabilidade afetiva e financeira, bem como revelaram serem

peessoas idôneas e dispostas a proporcionar oportunidades à criança indígena, possibilitando-lhe um ambiente familiar sadio e digno.

Oportuno destacar ainda que, diversamente dos processos de adoção estatutária discutidos acima, o presente feito não fora cumulado com pedido de destituição do poder familiar porque, como preceitua o art. 45, §1º, do ECA, tratava-se de hipótese de pais biológicos desconhecidos, não se fazendo necessário nem mesmo o consentimento dos pais ou representantes legais da criança indígena.

Neste diapasão, a decisão mais acertada fora mantê-la no seio desta família acolhedora, pois a mesma já se encontrava perfeitamente integrada ao seio familiar dos requerentes, dos quais já recebia os cuidados e a assistência (material e moral) para o seu pleno desenvolvimento. Portanto, houve um bom relacionamento entre adotantes e adotado, constituindo-se os vínculos de afetividade no período de adaptação da criança indígena ao seu novo lar.

Não há que se falar em interferência da sociedade nacional na cultura, nos costumes e nas tradições dos povos indígenas, pois está cabalmente demonstrado o abandono, a rejeição parental dos pais biológicos em relação ao filho, inclusive revelaram resistência de reconhecê-lo como filho.

Consequentemente, diante da constatação da impossibilidade de reinserção à sua família de origem ou à comunidade indígena, a sua colocação em família substituta por meio da adoção é a alternativa mais justa e condizente com o direito de toda criança e de todo adolescente de ter uma família para lhe dar afeto, afago, amor, carinho, cuidado.

. Desta feita, este é mais um caso de adoção indígena em que a criança, ainda recém-nascida, fora acolhida por uma família desde tenra idade, não vivenciando a realidade dos acolhimentos institucionais. Ademais, todas as exigências legais previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente foram atendidas, estando satisfeitos os pressupostos e critérios legais que possibilitaram a concessão desta adoção a favor da criança.

4.1.4 Adoção estatutária com dispensa de inscrição em cadastros prévios de adotantes e adotandos cumulada com destituição do poder familiar e pedido liminar de guarda provisória – Processo nº 0010.09.203706-7

Aos onze dias do mês de fevereiro do ano de 2009, os requerentes A.C.G. e L.G. (adotantes) e E.E.M e O.T.R. (pais biológicos) ingressaram na Justiça da Infância e Juventude da Comarca de Boa Vista com a presente ação de adoção da criança indígena G.E.M., cumulada com destituição do poder familiar e pedido liminar de guarda provisória.

Na peça vestibular, os adotantes asseveraram que os pais biológicos entregaram-lhes, de livre e espontânea vontade, a criança indígena ao tomar conhecimento do desejo daqueles em adotar mais uma criança, alegando não terem condições financeiras, psicológicas e afetivas para criar e educar o infante, pelo fato de não possuírem emprego fixo e já terem mais quatro filhos biológicos.

Compulsando-se os documentos acostados aos autos, constatou-se que a criança indígena a ser adotada tem uma doença crônica conhecida como síndrome de kawasaki ou mal de kawasaki, que é uma doença infantil, ainda de causas desconhecidas, que ataca pele, boca e linfonodos. O agravante é que qualquer criança, vítima desta doença, não sendo tratada, poderá ter complicações graves que chegam a atacar o coração.

Urge destacar ainda que o pai biológico do adotando esclareceu que, no momento do ato da entrega do filho, mesmo sem a presença de representantes da FUNAI, fora advertido, por familiares, para que não procedesse à entrega, revelando-se o seu ânimo destituído de qualquer vício de vontade, bem como de pagamento ou promessa atentatória à moral e à dignidade.

Em sede recursal, deferiu-se a guarda provisória ao casal de adotantes, que já possuíam a posse de fato da criança indígena desde tenra idade, passando a criá-la como se filho fosse e suprindo todas as suas necessidades vitais, inclusive com fornecimento de atenção especial médica, já que a criança apresenta uma doença crônica conhecida como síndrome de kawasaki.

Importante frisar que, em qualquer processo de adoção de crianças e adolescentes, independentemente de origem étnica, tão somente a falta de recursos materiais não pode determinar a destituição do poder familiar, a fim de se conceder a adoção⁷⁴.

Assim sendo, no caso em análise, diante da decisão proferida no agravo de instrumento, fora tomado o termo de compromisso de guarda e responsabilidade provisória da criança indígena, já que, em decisão interlocutória, acatando o parecer ministerial, o juiz indeferiu liminarmente tal pedido, postergando a sua manifestação até a oitiva dos pais biológicos pela equipe técnica para esclarecimento das razões pelas quais entregaram o infante.

Ainda, conforme decisão exarada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Roraima, houve o sobrestamento do feito até decisão do juízo da Infância e da Juventude da Comarca de Boa Vista no procedimento de inscrição do adotando.

Portanto, em procedimento em apenso, para fins de colocação em cadastro de adoção, os atos processuais desenvolveram-se, fulminando nas manifestações favoráveis do Ministério Público e da FUNAI pela adoção da criança indígena pelos requerentes.

Pelo apurado em juízo, devidamente intimada, a FUNAI, após investigação social dos fatos, em parecer anexado ao procedimento de cadastro do adotando, manifestou-se, por escrito e em audiência, favoravelmente ao pedido de adoção pelos requerentes considerando as vantagens da adoção e a perda da condição social de indígena da criança. Neste mesmo sentido, fora o entendimento do Ministério Público.

Complementa-se ainda que, diante da entrega voluntária e sem vícios da criança por seus pais biológicos, além de acarretar a perda do poder familiar, resultou, concomitantemente, na rejeição parental e étnica quanto ao não reconhecimento institucional da condição e qualidade de indígena do infante, estando, pois, ausentes os pressupostos exigidos pelo princípio da alteridade.

⁷⁴ Art. 23 do ECA: A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar.

Neste contexto, pode-se afirmar que não havia mais a identificação cultural da criança com a sua comunidade indígena, de forma que possível arrependimento posterior dos pais biológicos não mais poderia reverter a situação, sob pena de graves prejuízos ao infante, que já se encontrava em um novo lar, recebendo carinho, amor, afeto e cuidados necessários a sua condição especial.

Assim, aos seis dias do mês de outubro do ano de dois mil e onze, o juiz decidiu pela procedência do pedido inicial concedendo a adoção da criança indígena aos requerentes, determinando-se ainda o cancelamento do registro civil de nascimento anterior do adotando e feitura de um novo registro com as devidas alterações legais, inclusive do nome civil, sem fazer constar qualquer observação nesta certidão sob a origem deste ato, nos termos do art. 47, §3º, do ECA. Ao final, assim destacou o Magistrado “[...] sem prejuízo de a criança ter acesso no futuro, de sua origem biológica e fazer uso dos direitos do indigenato, fundado no critério de raça”.

Acrescente-se aqui, então, que o juiz verificou que a presente adoção contemplou, de fato, reais vantagens/benefícios ao adotando, sem, contudo, desconsiderar o direito do infante de conhecer a sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo⁷⁵.

4.2 A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE RORAIMA A FAVOR DO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR A CRIANÇAS E ADOLESCENTES INDÍGENAS

O deferimento de pedidos de adoção indígena como os que foram relatados e analisados no presente capítulo retrata a finalidade precípua de uma adoção: garantir o direito de ter uma família àqueles que foram rejeitados, abandonados por

⁷⁵ Art. 48 do ECA: O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009)

Parágrafo único. O acesso ao processo de adoção poderá ser também deferido ao adotado menor de 18 (dezoito) anos, a seu pedido, assegurada orientação e assistência jurídica e psicológica. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)

sua família de origem por meio da sua colocação em uma família substituta, que os acolherá e cuidará com todo afeto, amor, carinho, cuidado e assistência. Em outras palavras, é o direito de crescer em um ambiente familiar repleto de amor, compreensão e felicidade.

Não basta simplesmente ser pai biológico. O fundamental é a criança e o adolescente, independentemente de sua origem étnica, terem uma criação e uma educação em um ambiente com aconchego, carinho e afeto, valores indispensáveis ao ser humano, sem os quais não é suficiente a assistência meramente material.

Todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana devem ser assegurados à criança e ao adolescente, além dos especiais à sua peculiar condição como pessoa em desenvolvimento, devendo a lei garantir-lhes 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, nos termos do art. 3º do ECA.

Para a efetivação de todos os seus direitos fundamentais, a família, a sociedade e o Estado são os responsáveis por assegurá-los com absoluta prioridade. Deste modo, as ações devem ser efetivadas como um verdadeiro compromisso social de todos, visando o melhor interesse da criança e do adolescente, merecedores de uma família acolhedora.

De outro modo, seja qual for a origem étnica, “nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais”, conforme o art. 5º do ECA.

Infere-se, assim, que a existência de vínculos afetivos entre pais e filhos é o essencial para se vislumbrar a constituição de família, sendo o afeto um elemento fundamental na condição humana e no desenvolvimento pleno da criança e do adolescente.

Então, a família, ainda que não possua laços consanguíneos, deve ser visualizada como um lugar de amor em que o ser humano em desenvolvimento se sinta protegido e amado e de onde é conduzido para viver em sociedade.

Nos casos específicos de adoção de crianças e adolescentes indígenas, deve sempre haver a manifestação da FUNAI enquanto órgão responsável pela política indigenista, de modo a contribuir para a decisão mais favorável aos interesses do menor (ELIAS, 2010).

Importante registrar que as regras específicas nos casos de adoção indígena almejam dar efetividade ao que determina os arts. 231 e 215, §1º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, quanto ao reconhecimento da organização social, costumes, tradições, línguas e crenças dos índios, bem como suas manifestações culturais. Com maior rigor, portanto, deve-se analisar o grau de parentesco e as relações de afetividade e de afinidade com o intuito de minorar ou evitar as consequências decorrentes desta medida excepcional e irrevogável.

Nesta linha de intelecção, o acompanhamento por equipe interprofissional, por meio de um estudo psicossocial e de manifestação acerca do estágio de convivência por prazo determinado pela autoridade judiciária entre adotante e adotado, auxiliará na concretização da medida cabível ao caso analisado (RIBEIRO, SANTOS E SOUZA, 2012).

Neste contexto, “o perfil dedicado do Magistrado é muito importante na condução dos trabalhos junto ao Juizado da Infância e da Juventude” (BOCHNIA, 2010, p. 134). Logo, pela análise do trâmite processual dos casos relatados, percebe-se que, na atuação do Magistrado, do Ministério Público, dos servidores e da equipe interprofissional da Infância e da Juventude da Comarca de Boa Vista, ainda que existam certas limitações de recursos e estrutura, são prestados esforços incansáveis por parte de todos na solução de cada caso concreto, buscando o amor, o afeto, a igualdade onde o desamor e a discriminação se faziam presentes.

Destaca-se, também, que há a manutenção dos processos de adoção em arquivo, como determina a lei estatutária, para fins de conservação de consulta processual, se necessária, a qualquer momento. Isto é, pois, uma forma de garantir o direito de conhecer a origem biológica a todos os adotados, tratando-se de um direito fundamental, bem como de obter acesso irrestrito aos processos, assegurando-se uma orientação e assistência jurídica e psicológica aos menores de dezoito anos, em conformidade com o art. 48 do ECA.

Há que se mencionar ainda a criação, implantação e manutenção dos cadastros estaduais e nacional de crianças e adolescentes em condições de serem adotados, bem como de pretendentes habilitados à adoção, com o fito de reduzir as dificuldades existentes na prática, cujo acesso integral a tais cadastros restringe-se às autoridades estaduais e federais em matéria de adoção.

É certo que os desafios existem e os obstáculos à adoção surgem a cada momento, de acordo com a peculiaridade do caso e os seus envolvidos – crianças, adolescentes, pais biológicos, pais adotivos e até o Estado. Portanto, a adoção deve despertar o interesse de toda a sociedade, e não somente daqueles que desejam adotar um filho.

Uma das críticas comuns aos processos em geral, não somente aos de adoção, é no que tange à morosidade do Poder Judiciário na sua tramitação. Certamente, deve-se dar uma prioridade absoluta nas questões envolvendo crianças e adolescentes privados dos seus interesses e direitos fundamentais, até porque a infância e a juventude passam rapidamente, não se podendo resgatar o tempo perdido nem as consequências da ausência de uma família para sua estruturação física e psíquica de um ser humano.

Nesta linha de intelecção, Bochnia (2010, p. 204) afirma que “sabe-se que o amor se constrói, inclusive com os filhos de sangue. O que se deve considerar é que, diante de um fato consumado, a criança deverá merecer o resgate de sua vida o mais rápido possível [...]”. Afinal, o vínculo afetivo é que torna a adoção legítima, devendo, portanto, sempre ser resguardado.

Conscientes desta realidade do processo jurídico-administrativo, o Juizado da Infância e Juventude da Comarca de Boa Vista tem-se revelado atuante e eficaz nas soluções dos problemas enfrentados, especialmente nos casos de adoção de crianças indígenas, reduzindo as situações de abandono ou rejeição destes infantes por parte dos pais biológicos, quando revelada a impossibilidade de sua reinserção na família de origem, muitas vezes, por questões culturais.

Desta feita, o Poder Judiciário do Estado de Roraima, na atuação envolvendo crianças e adolescentes, busca atender, com absoluta prioridade, os interesses e direitos fundamentais destas pessoas em desenvolvimento, concedendo os pedidos

de adoção àqueles que se revelam como possibilidade de cuidado e afeto na vida destes infantes, que não puderam usufruir desta assistência essencial para a formação de sua personalidade saudável.

A par de todas essas considerações, é certo que, findada a análise dos processos de adoção elaborada no presente capítulo, não houve a tentativa de se interferir nos costumes, nas tradições e culturas de qualquer comunidade indígena, até porque nenhuma cultura é superior à outra.

Pelo contrário, uma das preocupações dos agentes atuantes do Poder Judiciário é exatamente resguardar-se da acusação de estarem violando o reconhecimento constitucional da diversidade étnico-cultural aos povos indígenas.

Em suma, como se pode perceber, são levadas ao Judiciário aquelas situações em que as crianças e os adolescentes indígenas são abandonados por seus pais biológicos ou, até mesmo, rejeitados ao nascer pelas mães indígenas, que não os levam consigo, ficando-os a mercê da atuação do Poder Público para promover-lhe um amparo afetivo e garantir-lhe um ambiente familiar saudável e adequado ao seu desenvolvimento humano por meio da adoção.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Antigamente, antes do advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o que dava origem à família era o casamento, sendo definida como família ilegítima a não decorrente do matrimônio. Esta concepção de família acarretava na discriminação entre os filhos nascidos e os não nascidos na constância do casamento, em que estes eram denominados de filhos ilegítimos ou bastardos.

Com a consagração de princípios constitucionais informadores do Direito de Família, como o da dignidade da pessoa humana, o da igualdade jurídica entre cônjuges, o da proibição de discriminação quanto aos filhos, o da prevalência da família natural, o da função social da família, não mais se restringe a concepção de família ao matrimônio.

Diante das transformações sociais na sociedade moderna, constata-se a existência das mais variadas formas de famílias, pouco importando a denominação que lhes seja dada. O elemento jurídico agregador que deve ser vivenciado nas relações familiares é o afeto. O afeto é que determina a existência de uma família contemporânea.

A partir do momento em que as pessoas passaram a estabelecer vínculos familiares em razão do amor, a família foi deixando de ser, essencialmente, um núcleo econômico e reprodutivo, tornando-se o afeto um valor jurídico.

Assim, o princípio da afetividade estabelece que a finalidade precípua para o estabelecimento das relações familiares é o afeto, o amor, o cuidado, pouco importando há existência de outras razões ensejadoras da opção pela constituição de uma família, como sexualidade, crença, raça, cor, etnia.

O afeto deve ser vislumbrado como um valor jurídico das relações familiares para construção do conceito de família, embasando-se nos princípios fundamentais constitucionais do Estado Democrático de Direito. É, pois, um elemento agregador da família, estando implícito no texto constitucional.

A família, estruturada no afeto, no amor, na compreensão, possibilita a formação e o desenvolvimento de qualquer indivíduo como cidadão e membro de uma sociedade democrática de direito. Não há como negar que a família foi, é e continuará sendo o núcleo básico e essencial da formação do ser humano.

A família contemporânea é marcada pelo caráter eudemonista, que se justifica pela busca da felicidade e realização pessoal de cada membro da entidade familiar. Diz-se que a sociedade moderna presencia o fenômeno das famílias recompostas e reconstituídas, haja vista que são formadas por pessoas ligadas entre si pelo afeto, amor, cuidado.

Com isso, a filiação, antes pautada nos laços consanguíneos, acarretava um tratamento discriminatório e preconceituoso em relação aos filhos advindos fora da relação matrimonial, ou os adotivos, que, em muitos casos, eram marginalizados em seus direitos. Eram os filhos “bastardos”, “adulterinos”, “incestuosos”, “adotados”.

Neste íterim, tais expressões pejorativas não mais têm amparo legal diante da consagração do princípio da vedação de tratamento discriminatório entre filhos pela Lei Maior e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Portanto, a condição de filho é que o faz merecedor de todos os direitos e obrigações, independentemente da causa da filiação, seja biológica, civil, socioafetiva. O elemento estruturante das relações familiares e filiais no Direito Brasileiro é o afeto.

Indubitavelmente, as pessoas necessitam vivenciar o afeto, o carinho, o amor, o cuidado, a assistência e a compreensão na estrutura familiar para a realização pessoal de cada um de seus membros. Somente assim poder-se-á falar em felicidade, característica marcante da denominada família eudemonista.

Deste modo, não há que se preocupar com a intitulação das espécies de famílias ou entidades familiares, e sim com o conteúdo que vincula e mantém os indivíduos numa relação familiar. Se estão unidos por laços de afinidade e de afetividade, por que o ordenamento jurídico brasileiro deveria opor-se a esta realidade social?

O desejo de querer amar e cuidar de outrem não deve ser imposto, pois decorre de um ato volitivo. O fator biológico não é suficiente para estabelecer o afeto

entre pais e filhos, existindo muitos casos de crianças recém-nascidas que nunca chegaram a ter um lar pelo fato de terem sido rejeitadas e abandonadas ao nascer.

É sabido que a situação da institucionalização indiscriminada de crianças e adolescente no Brasil é aflitiva, encontrando-se privados de conviver com suas famílias naturais, de modo a comprometer o seu desenvolvimento físico e psíquico pela falta de afeto e de integração sociofamiliar. Para agravar o caso, algumas vezes, as possibilidades de serem acolhidos em uma família substituta por meio da adoção são remotas.

Agora, vislumbrem esta situação atual com relação a crianças e adolescentes indígenas que tenham sido rejeitados do seio de sua comunidade indígena. E pior, se se restringisse a possibilidade de estes indígenas somente poderem ser adotados por membros de uma mesma comunidade ou etnia: a qual futuro estariam, inevitavelmente, fadados?

A institucionalização de crianças e adolescentes é situação excepcional e transitória, somente devendo ocorrer nos casos emergenciais em que o afastamento destes do convívio familiar seja medida extremamente necessária. Contudo, infelizmente, ainda há casos de abandono de crianças e adolescentes por motivos econômicos, sociais e culturais, bem como por alcoolismo, uso de entorpecentes, criminalidade, etc.

E é exatamente por questões culturais que muitas crianças indígenas são rejeitadas por seus genitores ou pela comunidade indígena, não se olvidando das situações mais extremas em que há, por exemplo, violação ao próprio direito à vida de um recém-nascido, por ser portador de uma deformidade genética ou de uma grave enfermidade física ou mental.

Nestes termos, o respeito a etnias, identidades social e cultural, tradições e costumes é assegurado pelo mandamento constitucional, porém, isso não pode ser incompatível com os direitos fundamentais consagrados no referido texto constitucional e na legislação especial (Estatuto da Criança e do Adolescente).

De igual modo, é do conhecimento de todos que o art. 227 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagra o direito à convivência familiar e

comunitária como um direito indisponível da criança e do adolescente, de forma que a privação da convivência familiar por meio dos acolhimentos institucionais deve ser excepcional e transitória.

Em assim sendo, os direitos fundamentais pertinentes a crianças e adolescentes são integralmente assegurados quando da sua manutenção em um ambiente familiar que os acolha e lhes propicie afeto, amor, carinho, cuidado, assistência e compreensão para o seu pleno desenvolvimento físico e moral.

Ante o exposto, conclui-se que, quando existir ameaça a algum direito indisponível de uma criança ou de um adolescente, seja indígena ou não, deve ser o mesmo retirado do seio da família natural até que o risco cesse ou, na impossibilidade de sua reintegração familiar, seja reconhecido e assegurado o direito à convivência familiar por meio da adoção, em que exista o estabelecimento de fortes vínculos de afetividade.

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Antonio Armando Ulian do Lago. **Multiculturalismo e direito à auto-determinação dos povos indígenas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.
- ALFAIATE, Ana Rita. Autonomia e Cuidado. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- ALKMIM, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. Florianópolis: Conceito editorial, 2009.
- ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito civil: famílias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- ARAÚJO, Nadia de. O cuidado como valor jurídico e a cobrança de alimentos no plano internacional. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- AYRES, Lygia Santa Maria. **Adoção: de menor a criança, de criança a filho**. Curitiba: Juruá, 2009.
- BARBIERI, Samia Roges Jordy. **Os direitos constitucionais dos índios e o direito à diferença, face ao princípio da dignidade da pessoa humana**. Coimbra: Almedina, 2008.
- BARBOSA, Marco Antonio. **Direito antropológico e terras indígenas no Brasil**. São Paulo: Plêiade, 2001.
- BARBOZA, Heloisa Helena. O princípio do melhor interesse do idoso. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- BARRETO, Helder Girão. **Direitos indígenas: vetores constitucionais**. Curitiba: Juruá, 2008.
- BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 8. Ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- BITTENCOURT, Sávio. **A nova lei de adoção – Do abandono à garantia do direito à convivência familiar e comunitária**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BITTENCOURT, Sávio Renato. O cuidado e a paternidade responsável. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- BOCHNIA, Simone Franzoni. **Da adoção: categorias, paradigmas e práticas do direito de família**. Curitiba: Juruá, 2010.
- BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BRAGA, Mariana. **Norte concentra maior proporção de crianças com até cinco anos**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=21603:norte-concentra-maior-proporcao-de-criancas-com-ate-cinco-anos&catid=223:cnj&Itemid=583>. Acesso em: 24 abr. 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14 set. 2012.

_____. **Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em:

<http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/pesq_adocao_brasil.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2013.

_____. **Convenção nº 107 da OIT, de 05 de junho de 1957**. Concernente à proteção e integração das populações indígenas e outras populações tribais e semitribais de países independentes. Disponível em:

<<http://www.oas.org/dil/port/1957%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais.%20%28Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%C2%BA%20107%29.pdf>> Acesso em: 24 set. 2012.

_____. **Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004**. Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm>. Acesso em: 24 set. 2012.

_____. **Lei Federal nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre O Estatuto do Índio. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm>. Acesso em: 14 set. 2012.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 14 set. 2012.

_____. **Lei nº 9.459, de 13 de maio de 1997**. Altera os arts. 1º e 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, e acrescenta parágrafo ao art. 140 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9459.htm>. Acesso em: 27 set. 2012.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 14 set. 2012.

_____. **Os indígenas no Censo Demográfico 2010**: primeiras considerações com base no quesito cor ou raça. Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/indigenas/indigena_censo2010.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2013.

_____. **Projeto de Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973**. Aprova o Estatuto das Sociedades Indígenas. Disponível em: <http://www.pick-upau.org.br/mundo/carta_indio/projeto_lei.htm>. Acesso em: 14 set. 2012. _____.

Resolução nº 54, de 29 de abril de 2008, do Conselho Nacional de Justiça.

Disponível em: <

http://www.tjsp.jus.br/Download/Corregedoria/pdf/resolucao_cnj_54.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2013.

_____. **Resolução nº 304, de 09 de agosto de 2000**. Contempla norma complementar para a área de Pesquisas em Povos Indígenas. Disponível em:

<http://conselho.saude.gov.br/web_comissoes/conep/aquivos/resolucoes/resolucoes.htm>. Acesso em: 27 set. 2012.

_____. **Supremo Tribunal Federal. AÇÃO POPULAR. DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO- DEMARCATÓRIO. OBSERVÂNCIA DOS ARTS. 231 E 232 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, BEM COMO DA LEI Nº 6.001/73 E SEUS DECRETOS REGULAMENTARES. CONSTITUCIONALIDADE E**

LEGALIDADE DA PORTARIA Nº 534/2005, DO MINISTRO DA JUSTIÇA, ASSIM COMO DO DECRETO PRESIDENCIAL HOMOLOGATÓRIO. RECONHECIMENTO DA CONDIÇÃO INDÍGENA DA ÁREA DEMARCADA, EM SUA TOTALIDADE. MODELO CONTÍNUO DE DEMARCAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE. REVELAÇÃO DO REGIME CONSTITUCIONAL DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMO ESTATUTO JURÍDICO DA CAUSA INDÍGENA. A DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS COMO CAPÍTULO AVANÇADO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. INCLUSÃO COMUNITÁRIA PELA VIA DA IDENTIDADE ÉTNICA. VOTO DO RELATOR QUE FAZ AGREGAR AOS RESPECTIVOS FUNDAMENTOS SALVAGUARDAS INSTITUCIONAIS DITADAS PELA SUPERLATIVA IMPORTÂNCIA HISTÓRICO-CULTURAL DA CAUSA. SALVAGUARDAS AMPLIADAS A PARTIR DE VOTO-VISTA DO MINISTRO MENEZES DIREITO E DESLOCADAS PARA A PARTE DISPOSITIVA DA DECISÃO. 1. AÇÃO NÃO CONHECIDA EM PARTE. Decisão em Petição Pet 3388 / RR – RORAIMA. Relator(a): Min. CARLOS BRITTO. Julgamento em: 19 mar. 2009. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%EDndio%29&pagina=3&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 24 set. 2012.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Disponível em

<http://www2.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca_igualdade_10_4_5_2.php>. Acesso em: 20 mai. 2013.

_____. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Disponível em:

<<http://www.jusbrasil.com/jurisprudencia/busca?q=AUS%C3%8ANCIA+DE+INTERVEN%C3%87%C3%83O+DA+FUNAI>>. Acesso em: 20 mai. 2013.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Adoção e guarda**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

CHAVES, Antonio Marcos. **Os significados das crianças indígenas brasileiras (séculos XVI e XVII)**. Disponível em: <<http://www.abmp.org.br/textos/430.htm>>.

Acesso em: 14 out. 2012.

COSTA, Ana Paula Motta. **Os adolescentes e seus direitos fundamentais: da invisibilidade à indiferença**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

COSTA, Nelson Nery. **Direito civil constitucional brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DICIONÁRIO ON-LINE DE PORTUGUÊS. Disponível em:

<<http://webdicionario.com/acultura%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 14 set. 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 5.

ELIAS, Roberto João. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente: lei n. 8.069, de 13 de julho 1990**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. _____.

Direitos fundamentais da criança e do adolescente. São Paulo: Saraiva, 2005.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FERRARINI, Letícia. **Famílias simultâneas e seus efeitos jurídicos: pedaços da realidade em busca da dignidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. **Adoção: guia prático doutrinário e processual com as alterações da Lei n. 12.010, de 3/8/2009**. São Paulo: Cortez, 2010. FIGUEIREDO,

Luiz Carlos de Barros. **Comentários à nova lei nacional da adoção – Lei 12.010 de 2009**. Curitiba: Juruá, 2011.

FOLHA DE BOA VISTA. **10 crianças e adolescentes aguardam adoção em Roraima**. Disponível em: <<http://www.folhabv.com.br/noticia.php?id=152596>>. Acesso em: 04 jun. 2013.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **Direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: Atlas, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 6.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 6: direito de família.

GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção: doutrina e prática**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

GROFF, Paulo Vargas; PAGEL, Rogério. **Multiculturalismo: direito das minorias na era da globalização**. Disponível em:

<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=multiculturalismo%20e%20diversidade%20cultural&source=web&cd=29&cad=rja&ved=0CFUQFjAIOBQ&url=http%3A%2F%2Fseer.uscs.edu.br%2Findex.php%2Frevista_direito%2Farticle%2Fdownload%2F862%2F717&ei=XGmaUJ7rJITY9QS4hoHIAw&usq=AFQjCNHt9ZSq2EOCfQiNDjxtqf5Zyw4F8g>. Acesso em: 14 out. 2012.

GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. **Direito de família e o princípio da boa-fé objetiva**. Curitiba: Juruá, 2009.

IBGE, **Censo demográfico 2010**. Disponível em:

<<http://saladeimprensa.ibge.gov.br/noticias?view=noticia&id=1&idnoticia=2194>>. Acesso em: 24 abr. 2013

JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Direito constitucional: teoria da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

KUSANO, Suely Mitie. **Adoção de menores: intuitu personae**. Curitiba: Juruá, 2011.

LAMENZA, Francismar. A colocação da criança ou adolescente em lar substituto e a Lei de Adoção (Lei Federal Nº 12010/09). In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 81, nov 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8392>.

Acesso em: 24 mai. 2013.

LIMA, Vanessa. **Proporcionalmente, Roraima tem a maior população indígena do país**. Disponível em: <

<http://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/2013/04/proporcionalmente-roraima-tem-maior-populacao-indigena-do-pais.html>>. Acesso em: 24 abr. 2013.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 5.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A repersonalização das famílias**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, Síntese, IBDFAM, v. 6, n. 24, p. 155, 2007.

LUCIANO, G. dos S. **O índio brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje**. Brasília, DF: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade - SECAD em parceria com o Museu Nacional, Laboratório de Pesquisas em Etnicidade, Cultura e Desenvolvimento - LACED, 2006. 227 p. (Coleção Educação para todos, 12). (Vias dos saberes, n. 1). Obra com apoio da Fundação Ford e da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura - UNESCO. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0015/001545/154565por.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2013.

MACHADO, Maria Costa Neves. **Direito à diferença cultural**. Curitiba: Juruá, 2010.

- MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Direito fundamental à convivência familiar. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Direito das famílias**: amor e bioética. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- MELO, Verônica Vaz de. A efetividade da proteção do direito à diversidade cultural sob a perspectiva universalista e multiculturalista dos direitos humanos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2467, 3 abr. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14588>>. Acesso em: 14 out. 2012.
- MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares. **Curso de direito civil**: direito de família. 40. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 2.
- MONTENEGRO, Manuel Carlos; BANDEIRA, Regina. **Juízes debatem formas de melhorar a adoção e o acolhimento de crianças e adolescentes**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/24748-juizes-debatem-formas-de-melhorar-a-adoacao-e-o-acolhimento-de-criancas-e-adolescentes>>. Acesso em: 15 jun. 2013.
- OLIVEIRA, Eliane de; SOUZA, Maria Luiza de. **Multiculturalismo, diversidade cultural e direito coletivo na ordem contemporânea**. Disponível em: <<http://apps.unibrasil.com.br/revista/index.php/direito/article/viewFile/806/691>>. Acesso em: 14 out. 2012.
- OLIVEIRA, Elson Gonçalves de. **Adoção**: uma porta para a vida – em consonância com a lei nº 12.010/09. São Paulo: Servanda, 2010.
- OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades; LEAL JUNIOR, Cândido Alfredo. O direito na guerra entre culturas – tratamento judicial de conflitos entre grupos indígenas e agentes públicos. In: **Direitos fundamentais e contemporâneos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família**: uma abordagem psicanalítica. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- _____. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente** – uma proposta interdisciplinar. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- REZENDE, Guilherme Madi. **Índio** – tratamento jurídico-penal. Curitiba: Juruá, 2009.
- RIBEIRO, Paulo Hermano Soares; SANTOS, Vivian Cristina Maria; SOUZA, Ionete de Magalhães. **Nova lei de adoção comentada**. 2. ed. São Paulo: J. H. Mizuno, 2012.
- ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; SANCHES, Rogério. **Estatuto da criança e do adolescente**: comentado artigo por artigo. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- RUFINO, Silvana. **Uma realidade fragmentada**: a adoção inter-racial e os desafios da formação de uma família multirracial. Disponível em <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=ado%20C3%A7%C3%A3o%20inter-racial&source=web&cd=2&cad=rja&ved=0CDAQFjAB&url=http%3A%2F%2Fdialognet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F2928048.pdf&ei=3GyaUNr4K4am8gSnq4CABQ&usq=AFQjCNHv_MSLtREdJwJRfNanTMaLFh6qng>. Acesso em: 14 out. 2012.
- SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos**: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural. São Paulo: Peirópolis, 2005.

- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. **Apontamentos sobre o direito indigenista**. Curitiba: Juruá, 2006.
- SILVA, Ariadne de Fátima Cantú da. **Criança indígena não tem direito à família?** Disponível em: <<http://www.abmp.org.br/doutrina.php?n=4>>. Acesso em: 14 out. 2012.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- SILVA, Larissa Tenfen. **Multiculturalismo, diversidade e direito**. Disponível em: <<http://www.diritto.it/pdf/26925.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2012.
- SILVA, Maria de Fátima Afllen da. **Direitos fundamentais e o novo direito de família**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.
- SILVEIRA, Edson Damas da. **Meio ambiente, terras indígenas e defesa nacional: direitos fundamentais em tensão nas fronteiras da Amazônia brasileira**. Curitiba: Juruá, 2010.
- SIMÕES, Jonathas da Silva. **Infanticídio indígena em tribos brasileiras**. Disponível em: <<http://oabpb.org.br/artigos/infanticidio-indigena-em-tribos-brasileiras/>>. Acesso em: 14 out. 2012.
- SOUZA, Giselle. **CNA mostra perfil dos pretendentes**. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/18283-cna-mostra-perfil-dos-pretendentes>>. Acesso em: 24 abr. 2013.
- SOUZA, Hália Pauliv de; CASANOVA, Renata Pauliv de Souza. **Adoção: o amor faz o mundo girar mais rápido**. Curitiba: Juruá, 2012.
- SOUZA, Jadir Cirqueira de. **A efetividade dos direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: Pillares, 2008.
- SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 2009.
- STEFANINI, Luiz de Lima. **Código indígena no direito brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2011.
- TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil: direito de família**. 8. ed. São Paulo: Método, 2013, v. 5
- TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- VIEIRA, Isabela. **População indígena no país cresceu 205% em duas décadas**. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2012-08-10/populacao-indigena-no-pais-cresceu-205-em-duas-decadas>>. Acesso em: 24 abr. 2013.
- VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e povos indígenas**. Curitiba: Juruá, 2009.
- WALD, Arnoldo; FONSECA, Priscila M. P. Côrrea da. **Direito civil: direito de família**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 5.
- WEBER, Lidia. **Adote com carinho: um manual sobre aspectos essenciais da adoção**. Curitiba: Juruá, 2011.
- WELTER, Belmiro Pedro. **Teoria tridimensional do direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.