

“FILHO É PRA SEMPRE” (?): ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS DE DESISTÊNCIA DE ADOÇÃO SOB O PRISMA HERMENÊUTICO.¹

Flávia Liziane Gonzales Bandeira²

Dar à luz

*Dar à luz uma criança
é iluminar seus dias,
dividir suas tristezas,
somar suas alegrias,
é ser o próprio calor
naquelas noites mais frias.*

[...]

*É conhecer o amor
maior que se pode amar,
é a escola da vida
que insiste em ensinar
que pra dar à luz um filho
não é preciso gerar.
É entender que o sangue
nesse caso é indiferente.*

Duvido o DNA

*dizer o que a gente sente.
É gerar alguém na alma
e não biologicamente.*

*Pois não tem biologia
nem lógica pra explicar,
amor de pai e de mãe
não se resume em gerar,
quem gera nem sempre cuida,
mas quem ama vai cuidar... Vai
cuidar independente
da cor que a pele tem,
da genética, do sangue,
o amor vai mais além.
O amor tem tanto brilho
que quem adota um filho
é adotado também.*

Bráulio Bessa, “Poesia que transforma”

Resumo

O direito brasileiro é vasto e específico ao tratar de questões relacionadas às famílias e principalmente às crianças e/ou adolescentes - porém, quando as peculiaridades dos casos concretos ultrapassam as possibilidades das normas jurídicas, de resolução adequada, é preciso servir-se de alternativas. Este é o cenário das ações sobre desistências das adoções, as popularmente chamadas de “devoluções”. Para resguardar os interesses e direitos dos adotandos/adotandas frente aos direitos dos adotantes e solucionar os conflitos existentes em cada contexto, a Hermenêutica Jurídica surge como o elemento apropriado.

Palavras-chave: Adoção – Desistência – Hermenêutica.

¹ Artigo apresentado para a disciplina de “Pesquisa em Direito”, requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito. Sob orientação da Prof. Dra. Raquel Fabiana Lopes Sparemberger.

² Acadêmica do Curso de Direito Diurno – FADIR/FURG.

1. INTRODUÇÃO

A palavra, seja falada ou escrita, possui a peculiar característica de se permitir moldar. O cordel trazido na epígrafe brinca com a expressão "dar à luz", oferece ressignificado e assim amplia o horizonte de representatividade possível da expressão. O direito, de certa forma, também possui a capacidade (e obrigação) de submeter-se a essa ressignificação e ampliação de seus horizontes - no cordel, isto ocorre pela criatividade amorosa do autor, enquanto no direito acontece quando o operador deixa-se interpelar pela Hermenêutica Jurídica.

O campo do Direito de Família sofreu diversas alterações conceituais e legislativas nas últimas décadas, especialmente em relação ao instituto da Adoção. A família passou a ser compreendida como ponto de origem da sociedade (ambiente no qual se desenvolvem as primeiras interações sociais, noções de cidadania e identidade, bem como a construção de valores) e o direito não apenas como conjunto de normas, mas como garantidor dos “direitos” de uma sociedade.

Nesse sentido, o presente trabalho apresenta como tema a ação da hermenêutica jurídica nos casos de “devolução” de crianças e/ou adolescentes. Dentro de um recorte, o problema que se apresenta é: como a hermenêutica jurídica interfere no ato dos julgadores(as) sobre os casos de devolução dos (as) adotandos(as) pelos (as) adotantes?

A indagação apresentada perpassa a curiosidade científica da autora. Tendo sua formação inicial no campo da História nutriu interesse pelos modos socioculturais com que foram construídas e compreendidas as relações filiais ao longo do tempo. Mais tarde, ao decidir migrar da observação acadêmica para o conhecimento empírico, viu-se mãe de um filho esperado, planejado e socioafetivo. Sob a insegurança jurídica da guarda de um filho ainda não destituído de seu antigo poder familiar viu-se, também, gestando biologicamente uma segunda filha.

A cada momento de dificuldade e superação no longo processo de se apossar do “estado de mãe” de ambas as maternagens e ver surgir lentamente a posse do “estado de filho”, pensava sobre o que tornava uma filiação diferente da outra, quais motivos atribuíam juridicamente insegurança à primeira e segurança à segunda. A premissa de ambas não seria a escolha? Convivendo com outras famílias percebia, infelizmente, que a expressão ouvida cotidianamente nos GAA dos quais frequentava: “Filhos são para sempre!”, não possuía verossimilhança.

A partir disso, as inquietações foram trazidas novamente para o universo acadêmico, resultando no presente artigo. Assim, tem-se como objetivo geral analisar a problemática dos reflexos do olhar hermenêutico sobre as decisões dos julgadores(as) diante de casos concretos, especificamente onde ocorre a desistência da adoção, popularmente conhecida como

“devolução”, de crianças e/ou adolescentes pelas famílias substitutas. E motivada pelas vivências pessoais de quem escreve, surgem as indagações mais específicas:

- identificar casos concretos de devolução de crianças e/ou adolescentes;
- classificar os diferentes posicionamentos dos magistrados em casos concretos de experiências com fatores comuns;
- analisar a contribuição da hermenêutica diante dos julgados;

Como hipótese inicial é considerada a existência de uma relação constituída entre os posicionamentos - motivados pela abrangência da Hermenêutica Jurídica - adotados pelos julgadores(as) nos casos concretos analisados, e o contexto jurídico das relações familiares contemporâneas.

A observação de casos concretos, focados no campo do Direito de Família e seus efeitos, possibilita correlacionar a abrangência da hermenêutica jurídica à interferência de mudanças e alterações sociais, dialogando com o fazer jurídico decisório, e diferenciando-se, assim, das decisões de preservação de certo formalismo jurídico.

Neste contexto de estudo, o método hipotético-dedutivo surge como o mais adequado para a área do conhecimento trabalhada na pesquisa e o traçado do conhecimento citado, pois segundo a apresentação de Marconi e Lakatos:

1. O problema surge, em geral, de conflitos ante expectativas e teorias existentes.
 2. A solução proposta consiste numa conjectura (nova teoria); dedução de consequências na forma de proposições passíveis de teste.
 3. Os testes de falseamento são tentativas de refutação, entre outros meios, pela observação e experimentação.
- Se a hipótese não supera os testes, estará falseada, refutada, e exige nova reformulação do problema e da hipótese que, se superar os testes rigorosos, estará corroborada, confirmada provisoriamente. (MARCONI e LAKATOS, 2017, p. 109).

As autoras utilizam o método desenvolvido por Karl Popper e finalizam refletindo que a ciência não parte da observação, mas sim de um problema - e da existência deste decorre a observação e então a confirmação ou refutação, e finalmente, uma nova indagação.

2. ARGUMENTAÇÃO E HERMENÊUTICA: ENTRE O DISCURSO E A REALIDADE

O tema abordado no presente artigo não encontra fundamentação expressa no corpo das leis brasileiras; não é possível prosseguir com o debate sem se valer do olhar plural, historicamente consciente, dialético e argumentativo da Hermenêutica Jurídica - para tanto, faz-se necessário estabelecer uma breve conceituação.

A Palavra “Hermenêutica” tem sua origem intimamente ligada à interpretação, fazendo referência ao deus grego Hermes, o qual

levava a mensagem dos deuses aos homens. Significava trazer algo desconhecido e ininteligível para a linguagem dos homens. O verbo *hermeneuein*, usualmente traduzido como “interpretar”, e o substantivo *hermeneia*, como interpretação, significavam transformar aquilo que ultrapassa a compreensão humana em algo que essa inteligência consiga compreender. (CAMARGO, 1999, p. 21)

Ao longo da história ocidental a hermenêutica foi adquirindo concepções diferentes, conforme demonstram Lixa e Sparenberger (2016, p. 45-47): as autoras trazem a teoria de Jean Grondin e discorrem acerca de três concepções principais formuladas ao longo dos anos sobre a hermenêutica.

A primeira destas abrange um sentido clássico que a trataria como uma arte de interpretar textos - a arte teria o sentido de virtude, que seria relacionado aos campos do conhecimento de uma hermenêutica *teológica*, tratando o sagrado; uma hermenêutica *profana*, tratando o campo da filologia; e uma hermenêutica *iuris*, abrangendo os campos jurídicos.

A segunda etapa, dentro do contexto histórico de concepção da hermenêutica, a tornaria importante instrumento para que as ciências humanas conseguissem “enfrentar a lógica instrumental positivista imperante no século XIX”, tratando-a como um fundamento metodológico.

A terceira fase histórica assumida pela hermenêutica ocorre no século XX, no qual ela passa de uma “hermenêutica dos textos para uma hermenêutica da existência”; seus métodos não serviriam apenas para os processos das ciências humanas, mas para todos os processos fundamentais da vida humana. (Lixa e Sparenberger, 2016, p. 46)

A partir de então a hermenêutica passa a ocupar um espaço de debate, questionando qual seria o seu papel na sociedade. No século 20, com a mudança da filosofia para a ontologia e existencialismo, ganha espaço o “ser no seu acontecer”: a ciência trilha um novo caminho, pautado no pluralismo, intersubjetividade e experiência histórica. (CAMARGO, 1999)

Em anuência às ideias de Camargo, são trazidas as palavras de Lixa e Sparenberger (2016), as quais afirmam que

Sob tal perspectiva, o presente é um universo de questionamentos e de superação de limites, sendo a compreensão não um fenômeno que existe por si só e independente da historicidade, uma vez que, seu pressuposto é a interpelação daquele que está situado. A atitude hermenêutica é, portanto, uma tomada de consciência que pressupõe questionamentos. É algo mais do que a mera reprodução de conceitos ou concepções alheias. É um compreender o presente a partir das condições de sua superação." (LIXA; SPAREMBERGER, 2016, p. 51)

A superação do presente ocorreria por meio de um horizonte não limitado de questionamentos, porém inclinados ao “possível”. Nesta elaboração de possíveis verdades, vêm à tona verdades já existentes na formação do hermeneuta: ao traçar seu horizonte de novas perspectivas, ele o faz com base em antigos parâmetros para conseguir separar quais

possibilidades são possíveis ou não. Destarte, para avançar sobre o novo é preciso buscar impulso na tradição, superando-a. Aplicando tal conceito ao Direito, temos que

De fato, a concretização da norma é feita mediante a construção interpretativa que se formula a partir *da* e em direção *à* compreensão. Podemos definir interpretação como ação mediadora que procura compreender aquilo que foi dito ou escrito por outrem. Como ação responsável e não aleatória, procura-se, por meio da interpretação, um significado que seja aceito ao menos por aqueles a quem interessa ao intérprete, adotando-se, para tanto, técnicas de argumentação. (CAMARGO, 1999, p.17-18)

A argumentação pode ser entendida como o próprio fazer jurídico, sendo que a atividade fundamental, seja do(a) advogado(a) ou julgador(a), é argumentar para alcançar a aceitação da sua tese e da sua decisão.

O raciocínio jurídico, porquanto eminentemente vinculado ao caso concreto, ao contexto social, espacial e temporal em que está inserido, depende antes de uma demonstração argumentativa para ser comprovado que de uma demonstração lógica (nos moldes da lógica tradicional), de caráter puramente matemático, abstrato genérico e objetivo. (CARNEIRO; SEVERO; ÉLER, 2003, p. 145)

Desta forma, podemos observar a influência da hermenêutica na construção do raciocínio jurídico, por meio da argumentação espaço/temporal, histórica e socialmente plural.

3. A FAMÍLIA E FILIAÇÃO

No contexto social atual, conceituar *família* é tarefa árdua. O primeiro Código Civil brasileiro, de 1916, traz de maneira subentendida o seu conceito: no Livro I “Do Direito de Família”, abrindo a sessão do capítulo está o art. 180, trazendo os predicados para habilitação ao casamento³. A família partiria de uma relação estabelecida entre homem e mulher, consagrada pela união jurídica, e no art. 229 fica exposto que esta é condição para legitimar a união e os filhos, sendo legítimos apenas se precedidos desse contrato.

Dessa versão de família decorria a concepção de parentalidade e filiação - era presente a figura do filho legítimo, do ilegítimo e do adotado. Tais conceitos trazem noção da hierarquização na qual viria primeiro o filho legítimo e por último, o adotado; estas relações eram fundamentadas pelas noções de moral e consanguinidade contemporâneas à época do código de 1916.

Conforme a sociedade foi tomando novas formas, as concepções de família e filiação acompanharam. as configurações passaram a ser diversificadas abrangendo núcleos heterossexuais e afetivos, homossexuais e afetivos, monoparentais e multiparentais. Para entender como essas novas formulações devem ser recepcionadas no Direito, toma-se as palavras de Dias (2015)

Em sede de direito das famílias não dá para moldar a vida à norma. Mais do que buscar regras jurídicas é necessário que sejam identificados os princípios que regem a situação posta em

³ Destaca-se que o Título o qual trata do “Direito de Família” ainda inicia com um artigo sobre o casamento.

juízo, pois a decisão não pode chegar a resultado que afronte o preceito fundamental de respeito à dignidade humana. O processo deve ser informado por normas jurídicas e normas de conduta, sem perder de vista a necessidade de impor atitudes que respeitem a ética. (DIAS, 2015, p. 63)

De mesma forma é utilizada essa ciência para se pensar e aplicar o direito, como afirma Francisco Gonçalves (2012)

Em suma, os princípios – hermenêuticamente apreendidos, diretamente a partir dos valores, ou da decantação destes últimos a partir das normas vigentes – são uma das passagens possibilitadoras da ligação entre direito e ética; sendo sempre reelaborados pela hermenêutica, são importantes instrumentos para a própria interpretação das normas presentes no ordenamento, porquanto traçam contornos da conexão entre valores e normas. (GONÇALVES, 2012, p.292)

São os princípios que permitem ao aplicador do direito encontrar o ponto de equilíbrio entre a aplicação da norma e a adequação às características do caso concreto; desta análise surgem os princípios que protegem os sujeitos que aparecerão ao longo do trabalho, consistindo em crianças e/ou adolescentes e suas famílias. Nesse pensar, é retomada a necessidade de se compreender e aplicar adequadamente princípios fundamentais aos direitos das crianças e adolescentes, sob o olhar da Hermenêutica Jurídica.

3.1. Infância e proteção

Na formação do Brasil colonial a estrutura familiar era baseada no poder patriarcal. A figura do pai detinha o controle sobre a vida de todos os demais membros. Especificamente crianças e adolescentes eram vistos, como “adultos em corpos infantis”. Entre os séculos XVI ao XIX, “as crianças e adolescentes eram tratados, na maioria das vezes, como seres sem relevância”. Não havia previsão legal para qualquer tratamento diferenciado ou protetional. Eram entendidos como objetos, sem exercer suas liberdades individuais; estavam sujeitos às vontades de seus responsáveis e, na ausência destes, ficavam sob a “proteção” do estado. O percurso para que chegassem ao reconhecimento de “sujeitos de direitos, detentores de direitos e garantias fundamentais” foi longo e gradualmente construído. (LIMA, POLI e JOSÉ, 2017, p. 315-319).

O contexto brasileiro era reflexo das alterações normativas ocorridas no restante do mundo. Esse movimento evolutivo teve marcos históricos definidos e alguns teóricos, como apontam os autores,

reconhecem quatro fases ou sistemas na transformação histórica do tratamento jurídico conferido à população infanto-juvenil: a fase da absoluta indiferença, em que não existiam normas relacionadas a essas pessoas; a fase da mera imputação criminal, em que as leis tinham o único propósito de coibir a prática de ilícitos por aquelas pessoas; a fase tutelar, conferindo-se ao mundo adulto os poderes para promover a reintegração sociofamiliar do infanto-juvenil, com tutela reflexa de seus interesses pessoais; e a fase da proteção integral, em que as leis reconhecem direitos e garantias às crianças, considerando-as como pessoas em desenvolvimento. (GODOY, WAQUIM, COELHO, 2018, p. 12)

Este artigo se desenvolve dentro do recorte temporal do último sistema, também chamado de

Doutrina da Proteção Integral.

A Doutrina se consolidou no Brasil com a promulgação da Constituição Federal de 1988, e em 1989 com o Brasil se tornando signatário da Convenção Sobre os Direitos da Criança. Andréa Amin (2018) conceitua afirmando que ela

é formada por um conjunto de enunciados lógicos, que exprimem um valor ético maior, organizada por meio de normas interdependentes que reconhecem criança e adolescente como sujeitos de direito. A doutrina da proteção integral encontra-se insculpida no artigo 227 da Carta Constitucional de 1988, em uma perfeita integração com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. (AMIM, 2018, p. 44)

Como forma de efetivar a implementação do novo ordenamento, foi criado o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Foi resultado “da articulação de três vertentes: o movimento social, os agentes do campo jurídico e as políticas públicas.” (AMIM, 2018, p. 41).

O ECA trouxe em seu texto princípios afetos à proteção de crianças e adolescentes e “Três são os princípios gerais e orientadores de todo o ECA: 1) princípio da prioridade absoluta; 2) princípio do superior interesse; 3) princípio da municipalização” (AMIM, 2018, p. 49). Neste texto o foco se dará sobre os dois primeiros princípios elencados, visto a pertinência ao tema central do estudo.

A prioridade absoluta é calcada no Art. 227⁴ da Constituição Federal e no Art. 4º⁵ do ECA. De maneira prática significa dar a criança e ao(a) adolescente a prioridade de atendimento em qualquer setor público e privado, e que o Estado deve criar ações as quais garantam o seu pleno desenvolvimento. Esse princípio visa garantir a efetivação dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes. Todos são responsáveis por garantir sua concretude: comunidade, Estado e família; este último indifere se natural ou substituta. (AMIM, 2018, p. 50).

O segundo princípio esboçado é o do superior/melhor interesse da criança. Ele deve ser o ponto de partida do(a) julgador(a) em cada caso concreto. Precisa se sobrepor independente da circunstância fática e jurídica, também como garantidor dos direitos fundamentais da criança e do(a) adolescente. (AMIM, 2018, p. 56)

Ainda sobre o Princípio, Camila Colucci (2014) sustenta que a partir de um viés hermenêutico, ele deve ser observado como “clausula genérica traduzida nos direitos

⁴ 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.

⁵ Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

fundamentais constitucionais de crianças e adolescentes”. (p. 30). Afirma a abertura da possibilidade do(a) julgador(a) decidir diferente das normas, desde que perceba a eminente afronta aos interesses da criança e do(a) adolescente, se opondo inclusive a família da/do mesma/mesmo.

Ratificando a afirmação da autora são vistos alguns dos exemplos trazidos na análise deste texto, situações em que ocorreram destituição do poder familiar, retirada da guarda da família substituta e imposição, aos antigos guardiões, de medidas ainda não previstas no código brasileiro.

Dos princípios destacados deriva parte do tema trabalhado aqui, o direito de estar em família e por conseguinte a filiação. Como exposto no Art. 4º / ECA é direito da criança e do(a) adolescente a “convivência **familiar** e comunitária”. Esta convivência deve ser prioritariamente em sua família de origem e excepcionalmente em família substituta. Dentre as formas de colocação esta o instituto da adoção.

Art. 39. A adoção de criança e de adolescente reger-se-á segundo o disposto nesta Lei.

§ 1 º-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.

A adoção ocorre por meio de um processo legal, no qual pretendentes previamente habilitados⁶ e cadastrados tem seus dados registrados assim como o de crianças e adolescentes aptos(as) à adoção.

O cruzamento dos dados dos perfis ocorre por meio do Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento – SNA. Após a indicação do sistema a equipe técnica de cada comarca realiza a aproximação entre adotandos/adotandas e pretendentes, e posteriormente a concessão da guarda. Dentro deste período – entre concessão da guarda e adoção – está o *estágio de convivência*⁷.

O período citado se fundamenta na necessidade de acompanhamento e observação, pelos órgãos competentes, se tal adoção se apresenta vantajosa para a criança e o (a) adolescente e se está ocorrendo adequadamente a criação de vínculo familiar entre os envolvidos. A legislação prevê a possibilidade de desistência da guarda – e futura adoção – durante este período sem acarretar responsabilização aos pretendentes. Esse fato é popularmente conhecido como *devolução*. É utilizada a mesma expressão em casos nos quais ocorrem após a conclusão do processo de adoção - entretanto, o procedimento jurídico é outro e estas situações não serão abordadas neste artigo.

Mais do que um processo, composto por procedimentos jurídicos próprios, a adoção possui delineados específicos e delicados atribuídos pelo caráter essencialmente humano do ato.

⁶ Art. 197-A ECA.

⁷ Art. 46 ECA.

(VILLELA, 1979). Em consonância Galdino Bordallo conceitua:

A adoção transforma a criança/adolescente em membro da família, o que faz com que a proteção que será dada ao adotando seja muito mais integral. Por meio da adoção será exercida a paternidade em sua forma mais ampla, a paternidade do afeto, do amor. A paternidade escolhida, que nas palavras de Rodrigo da Cunha Pereira é a verdadeira paternidade, pois a paternidade adotiva está ligada à função, escolha, enfim, ao desejo. Só uma pessoa verdadeiramente amadurecida terá condições de adotar, de fazer esta escolha, de ter um filho do coração. (BORDALLO, 2018, p. 237)

Nas palavras do autor estão presentes expressões as quais perpassam a norma escrita. Elas atraem para o(a) julgador(a) a necessária utilização de seus conceitos previamente formulados sobre família, afeto, amor e filiação. Exigem um olhar atento ao contexto de cada caso concreto. Estas e outras possibilidades encontradas na Hermenêutica Jurídica, com a finalidade de garantir a preservação dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes.

3.2. A Construção do Discurso jurídico sobre a relação entre família e afeto

Em 1979, João Baptista Villela já trazia em seu artigo “Desbiologização da Paternidade” a conceituação de que para existir uma verdadeira paternidade (maternidade) era necessário existir afetividade. O autor afirma que a paternidade surge de uma realização cultural, que não pressupõe nem é determinada pelo vínculo biológico, sendo intimamente ligada à liberdade e escolha.

Se se prestar atenta escuta às pulsações mais profundas da longa tradição cultural da humanidade, não será difícil identificar uma persistente intuição que associa a paternidade antes com o serviço que com a procriação. Ou seja: ser pai ou ser mãe não está tanto no fato de gerar quanto na circunstância de amar e servir. (VILLELA, 1979, p 407-408)

Villela ainda segue, afirmando que a relação entre filhos e pais biológicos só se estabelece, se após o nascimento, houver escolha dos pais de atenderem as demandas e assim estabelecer o vínculo psicológico, concluindo que toda paternidade deve ser afetiva.

Nessas relações interpessoais o afeto se torna um “elemento identificador dos vínculos familiares” (DIAS, 2022, p. 30); afirma-se que conforme a sociedade e por conseguinte, o direito, foram sofrendo mudanças estruturais e conceituais, a definição de família também se alterou. Principalmente após o advento da Constituição Federal de 1988, “família” passou a ser vista como “entidade familiar”, não mais constituída pela visão patriarcal de “legitimidade” ligada ao casamento. E “no momento em que o conceito de família desatrelou-se do conceito de casamento, é indispensável reconhecer que a Constituição conferiu tutela jurídica ao afeto”. (DIAS, 2022, p.33).

A autora Maria Berenice Dias se associa a outros doutrinadores os quais defendem o afeto enquanto “princípio jurídico fundamental”, elemento norteador das relações “familiares, conjugais e parentais” e, portanto, obrigacional. O suposto princípio se apresenta com duas faces: uma na qual existe o dever jurídico vinculado à relação entre pessoas já possuidoras de um

vínculo familiar reconhecido, e a outra que abrange a noção da “posse de estado”. Este seria aplicado entre pessoas que não possuem um vínculo afetivo reconhecidamente aceito pelo sistema jurídico, porém a existência da afetividade na sua relação compõe um vínculo familiar. (DIAS, 2022, p. 33-35)

Quando este vínculo ocorre genuinamente, acontece a supracitada “posse do estado”. Segundo Dias (2015, p. 405) este estado seria o nascimento do parentesco psicológico que caracteriza a filiação socioafetiva. É a manifestação de uma situação fática, embora não juridicamente real: a “posse do estado de filho” não subsiste sem necessariamente a existência da “posse do estado de pai” - a reciprocidade da relação estabelecerá a vinculação e constituição familiar pela via afetiva.

Para Farias e Rosa (2022) o afeto possui outro espaço no ordenamento jurídico. Segundo os autores, este não pode ser entendido como princípio pois não existe previsão no ordenamento jurídico e não pode ser exigido do indivíduo; diferentemente do que se pensa corriqueiramente, seria impossível obrigar alguém a ter um sentimento, um querer amoroso por outro alguém. O exigível é que exista atendimento das obrigações parentais e manutenção das garantias legais. Ainda, os autores defendem que apenas pode ser cobrado ou indenizado aquilo que enseja obrigação/ilicitude.

Nessa ótica o *afeto* seria uma *via interpretativa*, um *postulado* para o direito.

Como se vê, as definições da afetividade apresentadas convergem no sentido de que se trata do elemento estruturante da interpretação e aplicação das normas jurídicas norteadoras das relações familiares. Ou seja, é um postulado aplicativo das normas, e não uma norma em si. É o meio, e não o fim colimado.

Com essa compreensão, inclusive, será possível reconhecer a sua presença em todas as atividades hermenêuticas, uma vez que se trata de um instrumento hermenêutico, e não do resultado a ser alcançado.

Em uma didática operação hermenêutica, as normas-regras do Direito das Famílias devem ser interpretadas (=compreendidas) a partir da finalidade e do estado de coisas pretendidos pelos princípios, utilizada a afetividade como a estrutura (meio) necessária para a atividade. (FARIAS; ROSA, 2022, p.369)

Tal compreensão não retira a importância do afeto durante a elaboração dos julgados, apenas requer que sejam seguidas as classificações das regras e princípios, para não acarretar uma “grave subversão hermenêutica” (FARIAS; ROSA, 2022, p.372). Primando pelo correto fazer científico, não se pode ceder às preocupações semânticas e nem às de ampliar sua valoração, forçando – erroneamente – sua fixação na categorização dos princípios.

Para elucidar o debate teórico realizado foram trazidas quatro jurisprudência: em dois casos os réus são eximidos das responsabilidades frente aos adotandos/adotandas, enquanto em outras duas são condenados a algum tipo de prestação ou indenização.

O intuito de trazer ações com resultados diferentes é demonstrar o quão subjetivo se torna a atuação do(a) julgador(a) em casos como estes, nos quais a legislação expressa falha diante da nova realidade enfrentada pelo direito - especialmente nos casos cujos interessados são crianças e/ou adolescentes.

4. A HERMENÊUTICA E O DISCURSO À LUZ DOS CASOS CONCRETOS

Para seleção dos materiais a serem analisados foram utilizados critérios pré-estabelecidos. Quanto ao recorte temporal foi definido um período de 05 (cinco) anos, compreendido entre os dias 01/01/2017 e 01/01/2022, escolha justificada pela hodiernidade das jurisprudência. Os tribunais foram selecionados apenas os de segunda instância e na esfera Cível e as buscas foram feitas através da plataforma *jusbrasil.com.br*, utilizando as palavras-chave *adoção*, *desistência* e *devolução*.

Os resultados relevantes da pesquisa consistiram em recursos que discutiam alguma forma de imputação punitiva aos adotantes desistentes; destes foram selecionados quatro textos, sendo dois em que foram imputadas penalidades aos réus e duas em que não foram.

Para o processamento dos documentos foi utilizada a Análise de Texto, técnica a qual implica em um exame sistemático de elementos previamente determinados visando

(a) poder efetuar um estudo mais completo, encontrando o elemento-chave do autor; (b) determinar as relações que prevalecem nas partes constitutivas, compreendendo a maneira pela qual estão organizadas; (c) estruturar as ideias de maneira hierárquica. (MARCONI e LAKATOS, 2017, p. 39)

E deste modo obter melhor compreensão do texto em análise. Assim, foram selecionados para a sistematização prévia à análise questões ligadas direta ou indiretamente a/ao (s):

- pedidos apresentados no recurso;
 - quais condenações imputadas aos demandados foram reformadas e quais foram mantidas;
- perfil;
 - caracterização dos(as) adotandos(as) e o tempo em que permaneceram na família substituta;
 - e se estas características aparentaram influenciar nas decisões;
- caracterização dos (as) adotantes;
- como foi entendido o período do estágio de convivência;
- argumentos apresentados pelo(a) julgador(a) em cada caso concreto.

A seguir são apresentadas as decisões selecionadas.

4.1. Apelação Cível 00197931020208190004

Recurso em que casal heterossexual apela de decisão a qual inicialmente imputou a eles o pagamento de “4 (quatro) salários-mínimos a título de dano moral, e os excluiu do cadastro de adotantes.” (fl. 04). A decisão foi reformada quanto ao valor compensatório, diminuído para R\$ 2.000,00.

A criança que os demandados obtiveram a guarda ficou sob suas responsabilidades pelo período de 03 meses e 04 dias. Uma menina de 08 anos de idade à época inicial do processo e com histórico de vitimização de violência sexual e privação de acesso a escola, fatos destacados pela Desembargadora no momento da decisão, pois reforçou o contrassenso das alegações dos pretendentes, os quais justificavam a ruptura abrupta do processo pelo suposto comportamento da menina que “se insinuou para o réu” e havia “rabiscado um livro da escola”.

A julgadora reconheceu a previsão legal permitindo a desistência durante o estágio de convivência - compreendido por ela como o período antes do trânsito em julgado da sentença de adoção - porém, fazendo uso dos argumentos de que os réus não investiram na criação de vínculos afetivos com a criança, realizaram a “devolução” de forma abrupta, submeteram a menina a sofrimento físico e psicológico, afrontando sua dignidade, manteve a condenação inicial.

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. RESPONSABILIDADE CIVIL. GUARDA PARA FINS DE ADOÇÃO. DESISTÊNCIA DO CASAL NO CURSO DO ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS. INCONFORMISMO DOS RÉUS QUE MERECE, EM PARTE, PROSPERAR. REPROVABILIDADE DA FORMA COMO SE DEU A DESISTÊNCIA. DANO MORAL CONFIGURADO. QUANTUM COMPENSATÓRIO QUE DEVE SER REDUZIDO PARA R\$2.000,00, ANTE AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO. RECURSO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA-RJ, 2021)

4.2. Agravo De Instrumento 00826391220198190000

Recurso em que casal heterossexual apela de decisão a qual inicialmente imputou a eles o custeio de tratamento psicológico/psiquiátrico, fixação de alimentos provisionais no percentual de 30% dos rendimentos de cada um dos réus, custeio de todas as despesas escolares da criança e plano de saúde, benefícios particulares ofertados à criança durante os seis meses em que esteve sob guarda da família substituta. Tais penalidades foram revistas pelo Desembargador, mantendo apenas a obrigação de “custear integralmente as despesas da criança na unidade de ensino em que se encontrava estudando até a manifestação da desistência da adoção”, entretanto, restringiu o custeio ao período equivalente de encerramento do ano letivo ou até o final da ação.

Os pretendentes alegaram estarem sob estágio de convivência com a menina, de seis anos

à época dos fatos, e, portanto, estariam amparados pela legislação vigente, afastando a incidência de dano ou qualquer dever para com a criança. Em oposição, o desembargador utilizou da literalidade da lei, marcado pelo art. 46 caput e § 2º - A do ECA.

Art. 46. A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo máximo de 90 (noventa) dias, observadas a idade da criança ou adolescente e as peculiaridades do caso.

[...]

§ 2º o -A. O prazo máximo estabelecido no caput deste artigo pode ser prorrogado por até igual período, mediante decisão fundamentada da autoridade judiciária.

Alegou a incoerência dos apelantes, pelo fato de terem ajuizado ação de destituição do poder familiar c/c adoção e depois requererem o benefício da precariedade da guarda estabelecida durante o estágio de convivência. Ainda, subsidiou a penalidade no princípio do superior interesse da criança, ao preservar os laços afetivos criados entre ela e a comunidade escolar, e “minimizar os danos causados à menor pela mudança abrupta de sua rotina”.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESPONSABILIDADE CIVIL POR DESISTÊNCIA DE ADOÇÃO APÓS ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA. DECISÃO QUE, EM TUTELA DE URGÊNCIA, DETERMINOU O CUSTEIO DE TRATAMENTO PSICOLÓGICO, DE PLANO DE SAÚDE E DE TODOS OS GASTOS ESCOLARES DA MENOR, ALÉM DO PAGAMENTO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA NO PERCENTUAL DE 30% DA RENDA DOS RECORRENTES. DECISÃO QUE SE REFORMA EM PARTE, PARA QUE SEJA MANTIDA SOMENTE A OBRIGAÇÃO DE CUSTEAR INTEGRALMENTE AS DESPESAS DA MENOR NA UNIDADE DE ENSINO EM QUE SE ENCONTRAVA ESTUDANDO ATÉ A MANIFESTAÇÃO DA DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO, PORQUANTO EVIDENTE O PREJUÍZO EXPERIMENTADO PELA CRIANÇA, DE APENAS 6 ANOS DE IDADE, AO, DE MANEIRA TOTALMENTE INESPERADA, TER DE DEIXAR A ESCOLA QUE FREQUENTAVA DESDE AGOSTO DO ANO PASSADO, QUANDO PASSOU A ESTAR SOB A GUARDA PROVISÓRIO DOS RECORRENTES, E À QUAL SE ENCONTRAVA BEM ADAPTADA, TENDO FEITO AMIZADES E DESENVOLVIDO AFEIÇÃO PELA PROFESSORA. OBRIGAÇÃO QUE, CONTUDO, DEVE SE RESTRINGIR AO CORRENTE ANO LETIVO OU ATÉ QUE SOBREVENHA DECISÃO DEFINITIVA NOS AUTOS DA AÇÃO ORIGINÁRIA, O QUE OCORRER PRIMEIRO, FICANDO, ADEMAIS, A CARGO DA INSTITUIÇÃO ACOLHEDORA, POR MEIO DE SEU CORPO TÉCNICO, AVALIAR A PERTINÊNCIA DO SEU CUMPRIMENTO, TENDO EM VISTA O MELHOR INTERESSE DA INFANTE. DEMAIS PROVIDÊNCIAS EM RELAÇÃO ÀS QUAIS NÃO VISLUMBRA PERIGO DE DANO QUE AMPARE A SUA CONCESSÃO EM CARÁTER DE URGÊNCIA, ESPECIALMENTE CONSIDERANDO QUE A CRIANÇA SE ENCONTRA SOB OS CUIDADOS DA INSTITUIÇÃO ACOLHEDORA COMPETENTE E QUE NÃO HÁ NOTÍCIA NOS AUTOS DE QUE ESTIVESSE PASSANDO POR TRATAMENTO MÉDICO OU QUE TENHA SIDO RECOMENDADA PELA EQUIPE TÉCNICA RESPONSÁVEL PELO SEU ACOLHIMENTO A REALIZAÇÃO DE TRATAMENTO PSICOLÓGICO ALÉM DO SUPORTE QUE JÁ É PROMOVIDO PELOS PROFISSIONAIS ATUANTES NAQUELA INSTITUIÇÃO. RECURSO AO QUAL SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA-RJ, 2020)

4.3. Apelação Cível 00001897720178260229

Recurso em que casal homossexual apela de decisão a qual inicialmente imputou a elas o custeio de tratamento psicológico em rede particular a criança, colocada sob guarda das rés aos 09 anos. Também fora fixada a obrigação de prestar “alimentos a favor dele. Mensalmente, no importe de meio salário-mínimo nacional, até que seja definitivamente inserido noutra família

substituta, ou atinja a maioria civil.”

Para recorrer da sentença as demandadas se fundamentam no argumento de “não disporem das melhores condições psicológicas” para assumirem os cuidados parentais frente às necessidades do infante, temerem por suas integridades físicas frente o comportamento violento dele e não conseguirem “acolher nem encontrar estratégias de superação das experiências traumáticas do menor”.

Em sua alegação o Relator apoia a decisão primária do caput do artigo 492 do Código de Processo Civil: “Art. 492. É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.”. Entretanto, o relator expõe que mesmo se não existisse o impedimento apontado pelo CPC, julgaria procedente o apelo eximindo-as das penalidades que lhes foram impostas, e isso merece destaque nesta análise.

Segundo ele, se possível fosse, (teorizando a partir de hipotética desconsideração do art. 492 CPC) não poderia condená-las pois o adolescente (no momento do apelo já com 13 anos) não estava mais sob guarda das demandadas, estando em casa de acolhimento e “*a transferência da guarda para terceiros, faz cessar a obrigação de assistência material*”. Estende informando que não há relação de parentesco entre elas e o menor, cabendo apenas a improcedência da ação de adoção, embora pontue que de acordo com o estudo psicológico “*o infante recebeu grande investimento afetivo das apelantes*” e que a criança permaneceu por sob a guarda das demandadas “*decorrido mais de um ano do estágio de convivência*”.

APELAÇÃO. AÇÃO DE ADOÇÃO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. CONDENAÇÃO DAS POSTULANTES A CUSTEAR TRATAMENTO PSICOLÓGICO E A PRESTAR ALIMENTOS. REACOLHIMENTO. MENOR ENTREGUE AO JUÍZO DURANTE O ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA COM AS PRETENDENTES. IMPOSSIBILIDADE DE IMPOR, NESTE FEITO, A CONDENAÇÃO DAS RECORRENTES. PEDIDO FORMULADO QUE VISAVA TÃO SOMENTE À ADOÇÃO DO MENINO. INOBSERVÂNCIA DO LIMITE OBJETIVO DA DEMANDA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ADSTRIÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ART. 492 DO CPC. CONDENAÇÃO DAS ANTIGAS GUARDIÃS. TRANSFERÊNCIA DO MÚNUS À INSTITUIÇÃO DE ACOLHIMENTO. CESSADA A GUARDA, INEXISTE OBRIGAÇÃO À PRESTAÇÃO DE ASSISTÊNCIA MATERIAL, MORAL E EDUCACIONAL À CRIANÇA OU ADOLESCENTE. INTELIGÊNCIA DO ART. 33, CAPUT, DO ECA. INEXISTÊNCIA, ADEMAIS, DE QUALQUER VÍNCULO DE PARENTESCO. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA-SP, 2020)

4.4. Apelação Cível 70080332737

Recurso interposto pelo Ministério Público contra casal homossexual que deteve por dois meses a guarda de duas crianças de idade não informadas. Os guardiões levaram as crianças para residirem com eles após quatro meses de vinculação, compreendendo um período total de seis meses de convivência.

O MP requereu reforma da sentença que negou a condenação dos apelados ao pagamento de indenização por danos morais em favor das crianças (re)institucionalizadas; os desembargadores decidiram por unanimidade negar o recurso. No relatório foi apresentado que as crianças foram recolocadas em lar institucional após laudo do Conselho Tutelar, visto o sofrimento a que elas estavam sendo submetidas enquanto estavam sob a guarda do casal.

O casal justificou sua inconformidade com a premência da guarda nos supostos comportamentos desrespeitosos dos irmãos. Entretanto, o conselho tutelar verificou por meio de observação e depoimento de testemunhas que as crianças eram submetidas a castigos exacerbados, xingamentos, ameaças de devolução e declarações mentirosas sobre seus comportamentos escolares - afirmações que vieram amparadas por laudo do Conselho Tutelar e posteriores testemunhos transcritos durante o processo.

Nenhuma das provas apresentadas foi suficiente para sustentar a indenização pelos danos causados às crianças frente ao direito legal dos adotantes de desistirem durante o *estágio de convivência* - este foi o argumento utilizado, sendo inclusive destacado o caráter etéreo do período.

Assim, a função do estágio de convivência é buscar a adaptabilidade dos menores ao casal e deste às crianças, sendo que, quando tal adaptação não ocorre, não há óbice à desistência da adoção no decorrer do estágio de convivência e isso não configura qualquer ato ilícito ensejador de dano moral ou material.

Demonstrando possível equívoco interpretativo, pois desconsidera que o indivíduo central da proteção é a criança e o(a) adolescente e seus interesses.

APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MENORES EM ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA COM CASAL ADOTANTE. DEVOLUÇÃO DAS CRIANÇAS. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, EM SEU ART. 46, PREVÊ QUE A ADOÇÃO SERÁ PRECEDIDA DE ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA, QUE, NADA MAIS É DO QUE UM PERÍODO DE ADAPTAÇÃO DA CRIANÇA COM A NOVA FAMÍLIA E DESSA FAMÍLIA COM A CRIANÇA. NO CASO, O ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA RESTOU FRUSTRADO, SEJA PELO COMPORTAMENTO DAS CRIANÇAS, ENTENDIDO COMO INADEQUADO PELOS ADOTANTES, OU MESMO POR ESTES NÃO ESTAREM REALMENTE PREPARADOS PARA RECEBER NOVOS MEMBROS NA FAMÍLIA. CONTUDO, NÃO HÁ VEDAÇÃO LEGAL PARA QUE OS FUTUROS PAIS, ORA RECORRIDOS, DESISTAM DA ADOÇÃO QUANDO ESTIVEREM APENAS COM A GUARDA DOS MENORES. E A PRÓPRIA LEI PREVÊ A POSSIBILIDADE DE DESISTÊNCIA, NO DECORRER DO PROCESSO DE ADOÇÃO, AO CRIAR A FIGURA DO ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA- RS, 2019)

4.5. O argumento construído

A partir da análise dos recursos foi possível elaborar algumas considerações: a matéria dos recursos transitava entre prestação de alimentos provisionais, indenização por danos morais e custos de tratamentos psicológicos/psiquiátricos e outros serviços, visando a qualidade de vida

dos infantes. Todos os pedidos de prestação alimentar foram negados, sendo reformadas as sentenças. Quanto à existência de danos morais, uma sentença foi mantida e reformada quanto ao valor, ajustado à realidade econômica dos réus.

Umas das condenações (subitem 4.1.) se mostrou contrária à norma expressa. De acordo com o artigo 197-E, § 5º da Lei 8.069/1990 (ECA):

§ 5º A desistência do pretendente em relação à guarda para fins de adoção ou a devolução da criança ou do adolescente depois do trânsito em julgado da sentença de adoção importará na sua exclusão dos cadastros de adoção e na vedação de renovação da habilitação, salvo decisão judicial fundamentada, sem prejuízo das demais sanções previstas na legislação vigente.

Na sentença, e posteriormente mantido no recurso, foi determinada a exclusão dos pretendentes dos cadastros de adoção - embora não exista previsão legal para tanto -, argumentando a necessidade de tal ação frente à situação especial como ocorreram os fatos.

Ficou evidenciado que a configuração familiar não se mostrou como fator relevante para as decisões, nem o perfil dos adotandos/adotandas, sendo todas crianças à época dos processos de guarda; também o tempo de convivência entre adotantes e adotandos/adotandas não pareceu interferir no parecer do(a) julgador(a). Em alguns casos de pouco tempo de convivência foi considerada existência de vínculo, enquanto em outros casos com maior período das crianças e/ou adolescentes sob guarda foi desconsiderada a existência de vínculo afetivo com a família substituta ou que houvesse danos psicológicos.

Todos(as) os(as) julgadores(as) reconheceram a existência do período do estágio de convivência previsto no art. 46 do ECA, entretanto, houve a relativização de sua compreensão: em alguns casos foi utilizado como argumento a literalidade da lei, embora com interpretações diferentes. No item 4.2. foi dado ênfase ao caput do art. e ao §2º, considerando que passado o prazo de 90 dias, sem determinação expressa do juiz que prorogue tal prazo, é considerado esgotado o estágio de convivência, demonstrando materialmente a intenção de concluir a adoção.

Em outras situações foi exaltado o caput do art. 46 e 47, sob interpretação de que *estágio de convivência* seria todo o período anterior à adoção e esta só se concretiza após sentença judicial. Dessa forma foram identificados lapsos temporais maiores de um ano, como no subitem 4.3., ainda considerados como *estágio de convivência*. Também foi identificada a força de tal interpretação baseada exclusivamente na norma, que fez com ela se sobrepusesse até sobre situações de exposição das crianças a tratamentos que beiravam maus tratos, desconsiderados como no subitem 4.4.

Nas apelações e agravo os(as) julgadores(as) estabeleceram suas decisões sobre o amparo legal que garantiria o período de *adaptação* anterior a adoção, na preservação do melhor interesse

dos adotandos/adotandas e na existência ou não de vínculos afetivos entre as crianças e os pretendentes a mães/pais.

Embora não fique demonstrado de forma direta, em diversos pontos expressões como: *adequada, melhores, apropriadas, que satisfaçam, que atendam, corretas e suficientes*, permitem identificar o *princípio do melhor interesse da criança* como fundamento norteador para as manifestações dos desembargadores, figurando para isentar os réus, como no subitem 4.3. ou para condenar, como no subitem 4.2.

Processos nos quais foi reconhecido o “grande investimento afetivo” dos pretendentes para as crianças, como no item 4.3, com duração superior a um ano, ainda assim não tiveram considerada a existência de parentesco ou relação afetiva suficiente para gerar prejuízos aos infantes. Em outras, com períodos de aproximadamente três meses, como no subitem 4.1., foram aceitos como suficientes para gerar vínculo afetivo e consequente dano moral - característica especial e interessante do “afeto”, pois seja para inocentar ou para condenar, ele está presente nas decisões.

Tais observações levam a reflexão de que as demandas apresentadas pelo mundo contemporâneo não podem mais serem resolvidas apenas fazendo uso do formalismo jurídico.

Nas palavras de Camargo

Como toda obra que corresponde a uma criação, o direito tem a sua marca humana. Por conseguinte o direito tem como sentido não só a intenção ou a vontade do sujeito que faz a lei, mas também a tradição histórica na qual se insere e isso encontra a referência tanto na vontade do autor quanto na vontade do intérprete, enquanto seres históricos pertencentes a épocas distintas. O direito no momento de sua criação, pelo ato originário do legislador ou pelo ato decisório do juiz, aplica-se às necessidades práticas de todos aqueles que direta ou indiretamente se encontrem envolvidos na tarefa de interpretar a lei, ganhando um significado de natureza volitiva o que faz com que ele deva ser compreendido. (CAMARGO, 1999, p. 44)

Esta interpretação ocorre (e deve ocorrer) por meio da hermenêutica jurídica. O operador do direito deve buscar, através de princípios, postulados, da tradição e dos anseios atuais da sociedade, realizar seu fazer de forma que garanta a proteção daqueles que mais precisam - neste estudo, crianças e/ou adolescentes (re)vitimizados pela “devolução”.

O direito, através da hermenêutica jurídica, deve se adaptar às necessidades que a sociedade apresenta. Não existe previsão no ordenamento jurídico atual de imputação de dever de prestar alimentos ou de pagamento ressarcitório sobre pretendentes que desistam da adoção durante o período do estágio de convivência; porém, é preciso regular o resultado da relação pretendida como filial nos casos em que ela não prospera devido às ações de pretendentes imprudentes e/ou levianos.

Ao longo dos séculos foi construído o conceito de perpetuidade do vínculo filial. A

expressão “filho é pra sempre” foi fixada por meio de músicas, ditados populares e corroborado pela legislação⁸. O jargão utilizado entre apoiadores e frequentadores de Grupos de Apoio a Adoção, surge como forma de demonstrar aos pretendes a seriedade da escolha que foi/será feita. A ocorrência - cada vez mais frequente⁹ - de desistências/devoluções durante diferentes fases do processo, relativiza o caráter permanente da filiação. Assim, é exigido do direito brasileiro o mesmo processo. O(a) operador(a) do direito precisou perpassar o formalismo jurídico e repensar quando é ou não estabelecida a filiação e quais suas consequências jurídicas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Hermenêutica Jurídica permite ao doutrinador e ao(a) julgador(a) - através do seu horizonte ampliado propulsionado a partir das tradições - um olhar plural e atento sobre as questões que afrontam o direito contemporâneo. Diariamente novas relações interpessoais e familiares suscitam novas problemáticas e muitas destas acabam buscando resolução diante dos tribunais.

Casos nos quais estão envolvidos os interesses de crianças e/ou adolescentes merecem atenção especial, como os apresentados neste artigo, resultantes das tentativas frustradas de colocação em família substituta. Nestas situações é preciso estabelecer com clareza as bases para tais decisões, no presente estudo identificadas como o *princípio do superior/melhor interesse da criança* e o postulado do *afeto*. Este último, embora não configure obrigação ou princípio, pode e deve servir como linha de partida para a análise de cada caso.

No que tange às hipóteses estabelecidas inicialmente acerca da possibilidade de os(as) julgadores(as) fazerem uso do enfoque hermenêutico em suas decisões, restaram confirmadas, conforme demonstrado no item 4. Por vezes a atuação do(a) julgador(a) é guiada por forte formalismo jurídico, enquanto em outras ocasiões existe interpretação e adaptação das normas aos casos concretos. Quando o(a) profissional opta por utilizar a ciência hermenêutica em suas decisões, ele(a) permite que sejam respeitados mais do que “as leis”, mas a história, trajetórias e

⁸ “A adoção é medida excepcional e irrevogável” (Art. 39, § 1º, Lei 8.069)

⁹ “Posso garantir que aumentou o número de devoluções”, diz promotora sobre crianças e adolescentes adotados na Capital”

<https://gauchazh.clicrbs.com.br/comportamento/noticia/2022/06/posso-garantir-que-aumentou-o-numero-de-devolucoes-diz-promotora-sobre-criancas-e-adolescentes-adotados-na-capital-cl46407i7002k0167pl1gmwx.html>

“‘Devolução’ de crianças adotadas é mais comum do que se imagina”

<https://veja.abril.com.br/brasil/devolucao-de-criancas-adotadas-e-mais-comum-do-que-se-imagina/>

particularidades dos indivíduos mais vulnerabilizados nestes casos, que são as crianças e/ou adolescentes.

Quando o direito retira de si o caráter humano ele submete as relações interpessoais às relações jurídicas. A relação filial não pode ser definida apenas pelo ordenamento: não é possível categorizar partindo apenas de conceitos previamente estabelecidos sobre quem é filho/filha, quem é pai/mãe e quando ambos se (des)tornam família. Como visto nas discussões entre autores e no cordel da Epígrafe, quando se trata de relação familiar, é preciso escolha - iniciando pelo ato de escolher a via adotiva como forma de paternidade, passando pelo ato de permanecer ou prosseguir com a filiação e finalmente na ação do(a) julgador(a) em se permitir ir além do que lhe é imediatamente posto à frente, ampliando seu horizonte pelo viés hermenêutico.

6. REFERENCIAIS

AMIM, Andréa Rodrigues. Doutrina da Proteção Integral. In: **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. Coordenação MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. – 11. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. (p. 36-43)

AMIM, Andréa Rodrigues. Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente. In: **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. Coordenação MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. – 11. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. (p. 49-59)

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. Coordenação MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. – 11. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. (237-302)

BESSA, Bráulio. **Poesia que transforma**. - 1. ed. - Rio de Janeiro: Sextante, 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em: 20 mai. 2022.

BRASIL. [Código Civil dos Estados Unidos do Brasil (1916)]. Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm . Acesso em: 20 mai. 2022.

BRASIL. [Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990]. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm . Acesso em: 20 mai. 2022.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CARNEIRO, Maria Francisca; SEVERO, Fabiana Galera; ÉLER, Karen. O papel da argumentação na ciência do direito. In: **Teoria e Prática da Argumentação Jurídica**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2003.

COLUCCI, Camila Fernanda Pinsinato. **Princípio do melhor interesse da criança**: construção teórica e aplicação prática no direito brasileiro. 2014. 261 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-25022015-083746/pt->

[br.php#:~:text=Na%20primeira%20parte%2C%20te%C3%B3rica%2C%20estudou,que%20res%20valam%20no%20melhor%20interesse](https://seer.atitus.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1680/1587#:~:text=Na%20primeira%20parte%2C%20te%C3%B3rica%2C%20estudou,que%20res%20valam%20no%20melhor%20interesse). Acesso em: 20 mai. 2022.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias I**.- 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Filhos do Afeto**. 3 ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes; WAQUIM, Bruna Barbieri; COELHO, Inocência Mártires. A história constitucional da infância no Brasil à luz do caso do menino Bernardino. In: **Revista Brasileira de Direito**, v. 14, n. 1 (2018). Disponível em: <https://seer.atitus.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1680/1587#:~:text=O%20caso%20do%20menino%20Bernardino%20se%20encontra%2C%20cronologicamente%2C%20na%20passagem,Menores%20do%20Brasil%20foi%20promulgado> . Acesso em: 20 mai. 2022.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSA, Conrado Paulino da. **Teoria Geral do Afeto**. 3. ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

GONÇALVES, Francysco Pablo Feitosa. Os princípios numa perspectiva hermenêutica: novos diálogos com Nelson Saldanha. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 49 n. 194 abr./jun. 2012. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496590/000952707.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 20 mai. 2022.

LIMA, Renata Mantovani de; POLI, Leonardo Macedo; JOSÉ, Fernanda São. A Evolução Histórica dos Direitos da Criança e do Adolescente: da insignificância jurídica e social ao reconhecimento de direitos e garantias fundamentais. **Rev. Bras. Polít. Públicas** (Online), Brasília, v. 7, nº 2, 2017 p. 313-329. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/4796/pdf> . Acesso em: 20 mai. 2022.

LIXA, Ivone F. M.; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. Hermenêutica Jurídica: uma reinvenção da modernidade. In: **Direito e Hermenêutica**: elementos para uma revisão crítica descolonizadora. Blumenal: Edifurb, 2016. P, 45 – 64.

MARCONI, Marina de Nadrade. LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 8. ed. – São Paulo: Atlas, 2017.

VILLELA, João Baptista. Desbiologização da Paternidade. In: **Revista da Faculdade de Direito UFMG**. V. 27, N. 21, 1979. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1156> . Acesso em: 20 mai. 2022.

TJ-RJ - AI: 00826391220198190000, Relator: Des (a). HELENO RIBEIRO PEREIRA NUNES, Data de Julgamento: 02/07/2020, QUINTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 06/07/2020 <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rj/871194381>

TJ-RJ - APL: 00197931020208190004, Relator: Des(a). MARCIA FERREIRA ALVARENGA, Data de Julgamento: 14/10/2021, DÉCIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 18/10/2021 <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rj/1299448308/inteiro-teor-1299448325>

TJ-RS - AC: 70080332737 RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Data de Julgamento: 28/02/2019, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 13/03/2019 <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rs/685081280/inteiro-teor-685081290>

TJ-SP - AC: 00001897720178260229 SP 0000189-77.2017.8.26.0229, Relator: Sulaiman Miguel, Data de Julgamento: 15/06/2020, Câmara Especial, Data de Publicação: 18/06/2020 <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/887173495/inteiro-teor-887173574>

