

0 direito constitucional ao afeto

Maria Berenice Dias[\[1\]](#)

Marta Cauduro
Oppermann[\[2\]](#)

1. Fundamento constitucional do direito à felicidade

Mais do que qualquer cidadão brasileiro, crianças e adolescentes devem receber tratamento prioritário[\[3\]](#) em tudo o que diz respeito ao seu bem-estar e à sua felicidade. E para garantir que nossas crianças e adolescentes sejam felizes, não há como pensar em uma vida sem o afeto da família.

O direito à felicidade, embora ainda não expresso, está assegurado em diversos artigos da Constituição Federal. Já o Preâmbulo Constitucional prevê que o Estado Democrático estará destinado a assegurar o bem-estar da sociedade. O artigo 1º traz como princípio fundamental o da dignidade da pessoa humana. O artigo 3º destaca os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, dentre eles a promoção do bem de todos. Também está garantido um punhado de direitos ao indivíduo no artigo 5º, sendo que o extenso leque não é taxativo (art. 5º, §2º). O artigo 6º apresenta direitos sociais, chamados direitos de segunda dimensão, que nada mais são do que prestações positivas a serem implementadas pelo Estado, a fim de concretizar as condições necessárias para uma vida feliz.

O direito à felicidade consta no preâmbulo da Declaração de

Independência dos Estados Unidos do ano de 1776, que traz as palavras de Thomas Jefferson: *Consideramos estas verdades como evidentes por si mesmas, que todos os homens são criados iguais, dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a procura da felicidade.*

Também se encontra na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão do ano de 1789: *princípios simples e incontestáveis, que resultem sempre na manutenção da constituição e na felicidade de todos.* E diz a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, admitida pela Convenção Nacional Francesa de 1793: *O fim da sociedade é a felicidade comum. O governo é instituído para garantir ao homem o gozo destes direitos naturais e imprescritíveis.*

A criação da Organização das Nações Unidas, no ano de 1945, depois das atrocidades de duas guerras mundiais, buscou encontrar mecanismos internacionais de defesa global dos direitos humanos, os quais vêm sendo desdobrados em gerações com o fim de assegurar a todos nada mais do que o acesso a uma vida feliz.

Apesar de ter havido a constitucionalização dos direitos fundamentais, poucas são as constituições que formalmente preveem o direito fundamental à felicidade.

O direito à felicidade não está consagrado textualmente na Constituição da República e nem é referido na legislação infraconstitucional. Mas ninguém duvida que é um direito fundamental, materialmente constitucional. Talvez se possa dizer que a felicidade decorre do dever do Estado de promover o bem de todos e de garantir o respeito à dignidade.

Não foi por outra razão que, recentemente, o Senador Cristovam Buarque apresentou a chamada PEC da Felicidade – proposta de emenda à Constituição 19/10 -, a qual foi aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça em novembro de 2010.

Sustenta que os direitos deixaram de transmitir os sentimentos que deveriam representar, sendo necessário criar um novo paradigma na elaboração e na execução de políticas públicas. Afirma que o direito de ser feliz está atrelado aos direitos sociais e não ao subjetivismo de cada qual. Acredita o autor que a ideia vai gerar amplo debate na sociedade, bem como atrair o interesse dos movimentos sociais. A proposta visa inserir a expressão “essenciais à busca da felicidade” no art. 6º da Constituição Federal: São direitos sociais, essenciais à busca da felicidade, educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados.

O silêncio do legislador, no entanto, não inibe a Justiça de invocar o direito à felicidade. E, tratando-se de crianças e adolescentes, o direito à felicidade significa ter uma família, na qual o afeto seja elemento essencial da criação. Significa sentir-se amado e amar. Significa a possibilidade de receber limites e parâmetros de identificação. Significa ter acesso a condições de desenvolvimento sadias.

Não há qualquer justificativa para negar a crianças e adolescentes a possibilidade de ser feliz. Equivale a dizer que nada justifica manter crianças e adolescentes indevidamente abrigados. Equivale a dizer que nada justifica manter crianças e adolescentes no seio de famílias que não possuem mínimas condições para oferecer dignidade, respeito pela condição de pessoa em desenvolvimento e, muito menos, afeto.

A busca da felicidade, a supremacia do amor e a solidariedade ensejam o reconhecimento do afeto como único modo eficaz de definição da família e da preservação da vida.

2. Adoção, afeto e felicidade

Filhos que os pais não querem ou não podem cuidar sempre

existiram. Legiões de crianças abandonadas, jogadas no lixo, maltratadas, violadas e violentadas, escancaram esta realidade. A sorte é que existem milhões de pessoas que desejam realizar o sonho de ter filhos.

Daí o instituto da adoção, um dos mais antigos de que se tem notícia. No Brasil, é regulado pelo Código Civil e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que no ano de 2009 foram alterados pela chamada Lei Nacional de Adoção – Lei nº 12.010.

Embora esse diploma legal seja relativamente moderno, poucos avanços foram feitos. Perdeu-se a oportunidade de assegurar o que a Constituição da República determina: que crianças e adolescentes tenham garantidos com absoluta prioridade todos os direitos essenciais a uma vida feliz, ou seja, os direitos à convivência familiar, à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, além de serem colocados a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Além disso, o regramento da adoção vem recebendo uma interpretação fria, desvinculada da sua finalidade última, de propiciar afeto e felicidade a crianças e adolescentes.

Já que a solução não veio na Lei, indispensável que os operadores do direito, os profissionais do ramo da psicologia, da assistência social, da sociologia e todos aqueles que participam direta ou indiretamente do processo de adoção atentem para a realidade: há milhares de crianças e adolescentes ávidos para serem adotados; e eles não podem esperar até que todas as tortuosas etapas dos processos de destituição do poder familiar e de adoção sejam finalizadas.

3. A injustificável burocracia

Agilizar a busca de um lar aos que querem alguém para chamar

de pai e de mãe deveria ser a preocupação maior do Estado, pois não há solução pior do que manter crianças, adolescentes e jovens em abrigos.

Mas a onda fundamentalista e conservadora que vem tomando conta deste país tem gerado empecilhos de toda a ordem para solucionar grave problema social. Apesar de este ser um número que ninguém quer admitir, existem mais de 100 mil menores de idade literalmente depositados em instituições sobre as quais o Estado não consegue manter qualquer controle.

Essa realidade assustadora é mascarada, propositalmente, pelo Cadastro Nacional de Adoção, que indica um pequeno contingente de crianças disponíveis, pois contabiliza apenas as crianças e adolescentes já considerados aptos para serem adotados, por serem órfãos ou já terem finalizados os processos de destituição do poder familiar. Todas as demais crianças e adolescentes que aguardam uma nova família são solenemente ignoradas, como se não existissem.

Outrossim, a Lei Nacional da Adoção, na injustificável tentativa de manter a criança ou adolescente com a família biológica, se olvida de que esta é a pior solução.

Antes de se ingressar com o processo de destituição do poder familiar, tenta-se toda sorte de medidas de proteção à família, o que obviamente é correto e necessário. Ocorre que em grande parte dos casos, esta tentativa demora muito e acaba dando ensejo a novas situações de abuso e maus-tratos.

E a Justiça ainda precisará perquirir se há algum parente que deseje aquela criança ou adolescente; solução que nem de longe é a melhor. A primeira tentativa é entregar a criança aos avós. Como eles não podem adotá-lo, terão somente a guarda do neto, o que o deixa em condição das mais precárias. Ao depois, sempre será estigmatizado como o filho de quem não o quis, e assim se sentirá quando encontrar a mãe ou o pai nas reuniões de família.

Quando, então, as autoridades judiciárias iniciam o processo de destituição, normalmente já se passou um longo período. Durante o processo, novas tentativas de reinserção podem ser feitas. O trânsito em julgado das ações acaba ocorrendo depois de meses ou anos do ajuizamento da ação e, enquanto isso, crianças e adolescentes crescem sozinhas.

É tal a burocracia para disponibilizar crianças à adoção que, quando finalmente isso acontece, muitas vezes ninguém mais as quer. Os candidatos a adotá-las perderam a delícia de compartilhar da primeira infância do filho que esperaram durante anos na fila da adoção.

Fora isso, é tão perverso o cerco para impedir o acesso a crianças abrigadas, que os adotantes sequer são admitidos para realizar trabalho voluntário em instituições. O apadrinhamento afetivo, em alguns poucos Estados que abraçaram esta belíssima forma de aproximação entre pretendentes e crianças e adolescentes aptos à adoção, só é permitido em relação àqueles que não tiveram interessados na lista.

E quem não está cadastrado simplesmente não pode adotar, o que muitas vezes gera injustiças avassaladoras. Por medo de serem multados, juízes e promotores arrancam crianças dos braços dos únicos pais que elas conheceram para as entregar ao primeiro casal da lista, sem atentar que lhes estão impondo uma nova perda.

Tudo em nome do respeito aos malsinados cadastros, que deveriam servir para agilizar a adoção, e não para obstaculizá-la. Esquece-se ou ignora-se que é o melhor interesse das crianças e adolescentes que deve nortear a solução destes casos.

4. As soluções que a Lei de Adoção não trouxe

A consciência de que crianças e adolescentes têm o direito

constitucional de participar de uma família na qual encontrem afeto e felicidade torna imprescindível a busca por soluções, que infelizmente não se encontram na legislação atualmente em vigor.

Investir na manutenção de crianças e adolescentes em situação de risco com a família biológica nem sempre não é a melhor opção. Mas até quando se deve insistir na manutenção da criança na família natural ou extensa? Quando serão considerados esgotados todos os recursos impostos pela Lei?

Cada situação deve ser analisada com cautela e singularmente, mas não há dúvidas de que em certos casos este processo deve ser abreviado.

Basta pensar o que justificaria, por exemplo, manter dois irmãos junto aos genitores que comprovadamente os abusaram sexualmente? Seria o caso de manter os filhos abrigados na tentativa de auxiliar os pais para que não mais os violentassem?

A resposta não parece ser outra, senão a de que certos casos não possuem solução melhor do que a imediata entrega das crianças e adolescente a famílias habilitadas para exercer o poder familiar, as quais certamente procurarão, com afeto, contornar os problemas de ordem física e psicológica originados pelos abusos e maus tratos sofridos.

Essa solução não autoriza o esquecimento dos genitores, que deverão receber auxílio e proteção. O que não se pode aceitar é que crianças e adolescente sejam submetidos a esperar por uma mudança, que infelizmente não vem se mostrando viável na quase totalidade dos casos. Lamentável, é que em todos os abrigos deste país existem inúmeras crianças nessa situação, condenadas a perder sua juventude, sem a chance sequer de receberem o devido amparo para contornar a realidade cruel por que passaram.

Outro ponto sobre o qual a Lei poderia ter avançado diz

respeito a situações em que a prévia habilitação ou a ordem de classificação na lista deve ser excepcionada. A Lei apenas admite exceção à habilitação ou à lista nos casos de adoção unilateral, quando houver parentesco entre adotando e adotante ou quando se tratar de criança maior de três anos ou adolescente. É omissa quanto a crianças menores de três anos de idade, que convivem com aqueles que conhecem como pais por tempo suficiente para os laços de afinidade e afetividade serem estabelecidos.

Neste ponto, deveria ter a Lei atentado ao direito da criança ser adotada por quem já lhe dedica carinho parental, em vez de priorizar adultos pelo só fato de estarem incluídos no registro de adotantes.

Basta pensar que o melhor interesse de crianças e adolescentes sempre estará preservado quando os laços parentais formados forem preservados. Em outras palavras, sempre que os filhos adotivos reconhecerem como pai ou mãe aquele não habilitado, cadastrado ou não tão bem colocado na lista, não se poderá cogitar na quebra de vínculos parentais, sob pena de se criar um novo trauma àquele que já experimentou a rejeição.

Os cadastros servem, tão só, para organizar os pretendentes à adoção, isto é, para agilizar e facilitar a concessão da medida, e não para a obstaculizar. Estabelecido vínculo afetivo com a criança, é perverso negar o pedido realizado por parte dos verdadeiros pais, para entregá-la ao primeiro inscrito.

Impossível ignorar o vínculo de afeto já desenvolvido entre adotando e adotante. Deve-se atender toda a legislação familista, cujo desiderato é exatamente a manutenção da família e a proteção integral da criança e do adolescente.

5. A opção dos que não podem esperar

Os enormes percalços impostos à adoção vêm fazendo com que adotantes em potencial busquem outras soluções. Ao invés de se sujeitarem a anos de espera, quem deseja ter filhos está buscando as modernas técnicas de reprodução assistida.

O nascimento do filho do cantor Elton John e de seu marido David Furnish é um exemplo emblemático. Depois de terem tentado, sem sucesso, adotar um órfão ucraniano, portador do vírus HIV, fizeram uso da gestação por substituição, a chamada barriga de aluguel, que ocorreu nos Estados Unidos, por ser procedimento não aceito na Inglaterra.

Aliás, o documentário da HBO denominado "Google Baby" mostra a existência de uma verdadeira indústria que comercializa fertilizações e está sendo utilizada com enorme desenvoltura. Os candidatos escolhem via *internet* a mulher que se dispõe a vender seus óvulos. Ela se submete a um tratamento que multiplica o número de óvulos, que são extraídos, congelados e transportados para que a inseminação seja feita no país onde os contratantes residem. Depois da fecundação, o embrião é levado para a Índia, onde o procedimento é permitido e os custos são baixos. Implantado em mães gestacionais, elas ficam confinadas durante a gravidez. Após o nascimento, o filho é entregue a quem contratou o serviço, que o registra em seu nome.

Apesar de esta ser uma prática legítima, tem um efeito assustador, pois impede que as crianças abandonadas que se encontram espalhadas pelo mundo tenham a chance de conseguirem uma família. Muitas vezes perdem a única possibilidade que teriam de sobreviver.

Não tivesse o governo da Ucrânia, de forma para lá de preconceituosa, impedido a adoção homoparental, certamente a criança que o casal britânico havia escolhido estaria a salvo da morte por inanição, destino mais provável de milhões de crianças dos chamados países do terceiro mundo.

Mesmo diante de todo o avanço econômico que tem empolgado os brasileiros, a realidade por aqui não é diferente. A lei não proíbe, mas também não admite de forma expressa a adoção por casais homoafetivos, o que leva ainda alguns juízes a negar-lhes a habilitação conjunta.

A solução que vem sendo encontrada por quem só deseja concretizar o sonho de ter uma família com filhos é simplesmente gestá-los. Se seus, se adotados ou fertilizados em laboratório, não importa, muitos querem ter direito à convivência familiar.

6. Direito a um lar

Crianças e adolescentes têm o direito constitucional à felicidade, o que equivale a dizer, o direito de receber afeto.

Se não é possível assegurar o bem-estar de uma criança ou adolescente junto da família biológica, nada justifica não colocá-la o quanto antes em adoção.

Infelizmente, o processo de adoção vem se tornando lento, desgastante e, de modo geral, fadado a gerar injustiças das mais variáveis formas.

O Estado não pode esquecer que tem o dever de cumprir o preceito constitucional de dar proteção especial, com absoluta prioridade, a crianças, adolescentes e jovens. E, se o caminho da adoção é obstaculizado, sobra um contingente de futuros cidadãos a quem é negada a felicidade almejada por todos: o direito a um lar, doce lar.

[\[1\]](#) Advogada especialista em Direito das Famílias e das Sucessões; Vice-Presidente Nacional do Instituto Brasileiro de Direito das Famílias – IBDFAM.

[\[2\]](#) Advogada especialista em Direito das Famílias e das Sucessões.

[\[3\]](#) Artigo 227 da Constituição Federal: 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.