

Por um lar no mundo:
fundamentos jusfilosóficos do
instituto da adoção como direito
humano*

Finding a home in the world:
philosophical foundations of
adoption as a human right

*Paulo D. Barrozo***

Para M, V, J e L.

RESUMO

Este ensaio articula os fundamentos jusfilosóficos do direito humano e cosmopolita dos jovens privados de autêntica relação pais-filhos de serem adotados, tendo assim acesso à experiência de crescer como filhas ou filhos. Essa visão jusfilosófica da adoção como direito humano é contraposta

* Artigo recebido em 20 de dezembro de 2012 e aprovado em 21 de janeiro de 2013. Adaptado e consideravelmente modificado pelo autor de artigo originalmente publicado como BARROZO, Paulo. Finding home in the world: a deontological theory of the right to be adopted. *New York Law School Law Review*, 55, p. 701-731, 2010-2011. Tradução do original por Mila Gualhardo e Cecilia Vieira de Melo.

** Paulo Daflon Barrozo é professor na Boston College Law School. Possui doutorado em ciência política pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ) e doutorado em direito pela Harvard Law School. Ele agradece a Elizabeth Bartholet, Ruth-Arlene Howe e Sanford Katz por sua inspiração. Rebeca Ashby proveu excelente assistência na pesquisa, pela qual o autor é grato. O autor dedica o artigo a L, J, V e M.

à abordagem, até então predominante, consequencialista-filantrópica da adoção. Uma vez apresentados os fundamentos jusfilosóficos em questão, cinco principais distinções emergem entre a adoção como direito humano e a visão tradicional da adoção. Primeiro, a perspectiva da adoção como direito humano reconhece o fato de que negligência e abuso de jovens é proporcionalmente e em termos absolutos mais frequente no contexto da paternidade e maternidade biológica do que no da paternidade e maternidade adotiva. Segundo, a perspectiva dos direitos humanos não pensa que a solução para abusos na paternidade e maternidade adotiva ou biológica é alcançada através da suspensão ou proibição em massa e indiscriminada da paternidade e maternidade biológica ou adotiva. Terceiro, a adoção como direito humano enxerga violações aos direitos fundamentais por meio do véu dos discursos filantrópicos que escondem preconceito contra adoção sob o tapete da retórica preventiva, pois o deontologismo dos direitos humanos tem conhecimento da instrumentalização da adoção por interesses estatais, políticos, étnicos, raciais, religiosos e econômicos ou de concepções reducionistas do bem-estar da criança, tal como toma conhecimento da constante reinvenção dos preconceitos contra a adoção. Quarto, ao contrário do consequencialismo da adoção, a perspectiva da adoção como direito humano é a favor de proteção legal e de mecanismos de implementação que tratem os abusos no contexto da adoção sem causar violações sistemáticas dos direitos humanos fundamentais dos jovens sem pais. Por fim, a adoção como direito humano casa o direito de crescer como filho e filha com o dever dos estados e instituições internacionais, e seus agentes, de promover o acesso dos sem-pais ao instituto da adoção sem constrangimentos de fronteira, etnia, raça, tribo ou religião.

PALAVRAS-CHAVE

Adoção — adoção internacional — direitos humanos — deontologia

ABSTRACT

This article articulates the philosophical foundations of adoption as a human rights with cosmopolitan reach. This view is contrasted to the heretofore predominant conception of adoption in the consequentialism-cum-charity paradigm. Five principal distinctions emerge between the new and the traditional conceptions of adoption. First, adoption as a human rights acknowledges the fact that both proportionally and in absolute numbers biological parents commit more negligence and abuse against the young

than adoptive parents do. Second, the human rights approach to adoption does not believe that mass prohibition or moratorium of biological and adoptive parenting is the solution to the problem of neglect and abuse of the young. Third, the human rights approach to adoption sees human rights violations through the veil of charitable rhetoric. In fact, the rhetoric of charity hides prejudice against adoption under precautionary rationales. The human rights paradigm of adoption understands the long established instrumentalization of adoption by country, politics, ethnicity, race, religion, and economic interests as well as by reductionist conceptions of child well-being. Fourth, and contrary to what the consequentialism-cum-charity preaches, the human rights paradigm of adoption favors only legal solutions to problems of neglect and abuse in the context of adoption that do not lead to systematic violations of fundamental human rights. Finally, the human rights paradigm of adoption connects the right to grow as son or daughter with the duty of states and international organizations, including their agents, to promote access of the unparented to adoption without the restrictions of borders, ethnicity, race, tribe or religion.

KEY-WORDS

Adoption — international adoption — human rights — deontology

1. Introdução

A família é uma instituição política,¹ e assim o é de duas formas complementares. Em primeiro lugar, a família é política no sentido de que é normalmente no seio familiar que primeiro brotam e desenvolvem-se as capacidades maduras para engajamento político do indivíduo. Mas a família também é política porque escolhas políticas, seja na forma de decisões legislativas ou judiciais, de políticas econômicas, de políticas de adoção etc., atingem de forma profunda a família e a modelam. Quando se trata da instituição familiar, não há escolha política neutra — o que vale também para a escolha de simplesmente deixar as coisas como estão.

¹ Ver OKIN, Susan Moller. *Justice, gender and the family*. 1989. O termo família, como não poderia deixar de ser, significa a união de pelo menos duas pessoas. O direito humano do jovem a uma família é igualmente atendido quando ele ou ela torna-se filho ou filha de um pai, uma mãe, duas mães ou dois pais.

Por toda parte, é para essa instituição política, a família, que a lei e os costumes primeiramente alocam os deveres, por parte de gerações adultas, de zelar pelas capacidades humanas emergidas, expandidas e afiadas no curso da evolução e personificadas em cada nova geração de crianças. A humanidade evoluiu capacidades de aprender, criar, imaginar, julgar, fazer conexões interpessoais, comunicar-se, realizar ações visando metas e amar. Certamente, cada novo ser a juntar-se ao contingente da humanidade é dotado dessas capacidades de formas diferentes. Tragicamente, a dotação é por vezes insuficiente, pelo menos de início. Não obstante quaisquer aptidões que determinado indivíduo possua nos seus anos iniciais, a esperança, ou mesmo a presunção, é de que as famílias exercerão um papel central em nutrir essas aptidões tendendo às suas mais plenas expressões.

Podemos prontamente reconhecer que, em muitos casos, as famílias falham em cumprir esses deveres fiduciários, mas ainda assim a verdade amplamente confirmada pelas ciências sociais, do desenvolvimento e biomédicas, bem como pela experiência ordinária, é de que não há outro tipo de instituição que se compare a uma boa família quando se trata do cuidado e da criação dos jovens e da lapidação de suas capacidades.² A razão para isso tende a escapar a qualquer um que tome uma atitude materialista em relação aos requisitos para uma formação humana bem-sucedida, uma vez que muitas outras instituições, incluindo orfanatos bem financiados, oferecem melhor acesso a comida, abrigo, educação, saúde, segurança e variadas conveniências do que a família típica em muitas partes, senão na maior parte do mundo. O que parece diferenciar as boas famílias e explicar seu sucesso na educação dos jovens é que nelas uma verdadeira relação pais e filhos estabelece-se. Isso quer dizer que, no contexto das famílias típicas, as tarefas envolvidas na criação dos jovens são mediadas por amor. Como G. W. F. Hegel perspicazmente apontou, “a família (...) tem como sua determinação o sentimento do espírito (...) de sua própria unidade, que é o amor”.³

Um importante motivo pelo qual o amor tanto importa encontra-se em que ele contrabalança a relativa vulnerabilidade dos jovens em relação a estruturas de poder — como a própria família — que rotineiramente alocam recursos de que o jovem necessita para sobreviver e desenvolver-se. Em seu

² Ao longo deste ensaio emprego o termo “jovem” de modo a abranger crianças, adolescentes, e jovens adultos sujeitos do direito à adoção, dada sua condição de privação de real relação pais-filhos.

³ HEGEL, George Wilhelm Friedrich. *Elements of the philosophy of right* [1820]. Ed. Allen W. Wood, trad. H. B. Cambridge Univ. Press, 2003. p. 199.

importante livro sobre vulnerabilidade, Robert Goodin caracterizou relações de vulnerabilidade como aquelas nas quais (1) “a relação encarna um equilíbrio de poder *assimétrico*”, (2) “a parte subordinada *necessita* dos recursos providos pela relação para proteger seus interesses vitais”, (3) “a relação é a *única fonte* de tais recursos”, e (4) “a parte superior na relação exercita *controle discricionário* sobre tais recursos”.⁴ É bem verdade que as famílias não possuem absoluto monopólio discricionário sobre esses recursos para os jovens. O Estado, as organizações sociais e comunidades circunvizinhas à família em questão por certo rotineiramente pressionam e coagem famílias a cuidar de seus jovens ou, quando for o caso, suplementam ou substituem famílias, de ambas as formas quebrando seu monopólio relativo dos recursos vitais aos seus jovens. Por exemplo, o direito de família cria pisos abaixo dos quais famílias ou seus substitutos não podem recusar recursos às crianças e adolescentes. E, ainda assim, visto pelo prisma dos quatro critérios de vulnerabilidade, a típica existência dos jovens é marcada por uma profunda vulnerabilidade relativa. É de adultos próximos ou distantes — agindo em suas capacidades pessoais como pais e mães, parentes ou vizinhos, ou como agentes do Estado ou da sociedade em geral — que os jovens dependem. A menos e até que o amor intervenha, tudo o que resta para os jovens é a renovação diária de uma experiência não mediada de vulnerabilidade — uma situação psicológica esmagadora para qualquer um.

O argumento aqui não é que o amor simplesmente alivie essa dura realidade, apesar de certamente fazê-lo em algum grau. Mais importante ainda é que o amor altera essa realidade ao mudar, de um lado, as motivações e dinâmicas de alocação de recursos e, do outro, a maneira pela qual os jovens vulneráveis experimentam a assimetria de poder. Quando amados por uma boa família, a vulnerabilidade objetiva é subjetivamente vivenciada pelos mais jovens na forma de cuidado, proteção, confiança e afeto. E essa experiência subjetiva oferece o melhor ambiente para a expansão e desenvolvimento dos potenciais com os quais a criança é inicialmente dotada. Uma conquista nada desprezível para o amor.

Existe porém uma segunda razão, conectada à primeira, que explica por que o amor cria essa diferença entre o mero cuidado e uma real relação pais-filhos. O amor cria o tipo de conservatório no qual a parcela de capacidades humanas da qual toda pessoa é dotada pode ter uma chance justa de

⁴ GOODIN, Robert E. *Protecting the vulnerable: a reanalysis of our social responsibilities*. 1985. p. 195-196.

florescer. Esse é o papel que o amor interpreta no desenvolvimento humano. É na experiência de amor profundo e incondicional que os mais jovens ordinariamente encontram a terra firme que os assegura de seu lugar no mundo, e onde o seu próprio senso de limitação e vulnerabilidade é transmutado para autoconfiança e um voraz e destemido apetite para o futuro, visto como uma fronteira convidativa de possibilidades abertas.

Como mencionado, aspecto importante dos potenciais humanos confiados primariamente às famílias é a maneira pela qual esses potenciais condicionam o significado pessoal e o gozo de direitos humanos durante o tempo de vida do indivíduo. O verdadeiro gozo das liberdades positivas e negativas, dos direitos sobre parcelas de bens e serviços públicos e da fruição do respeito e consideração dos demais membros da sociedade possui uma pressuposição principal: que indivíduos tenham um mínimo das capacidades humanas para aprender, criar, imaginar, julgar, conectar, comunicar, agir e amar. Quando essas capacidades deixam de estar minimamente presentes para qualquer indivíduo, o próprio significado de direitos humanos muda para ele, e o gozo desses direitos pelo indivíduo torna-se profundamente desafiador.

Algumas vezes, a frugalidade da posse de capacidades humanas não é causada de modo significativo por pessoas ou instituições. Em outros casos, no entanto, essa frugalidade é resultado da ação e omissão humana. Quando a última acontece, constitui a primeira e mais profunda agressão desferida sobre os direitos humanos de uma pessoa.

Não é difícil conectar os argumentos expostos até aqui. Porque eles atuam como um amortecedor de amor entre os mais jovens e a dureza de um mundo de vulnerabilidade, famílias típicas são a melhor instituição para promover a expansão e a lapidação de qualquer porção das capacidades humanas que cada jovem indivíduo possua em diversos pontos de sua vida. Portanto, o fato de o jovem não crescer em boas famílias constitui potencialmente uma das mais sérias violações aos seus direitos humanos, tendo em vista seus possíveis, se não prováveis, efeitos a longo prazo.

Para o órfão, o abandonado ou o abusado, o único acesso a uma real relação pais-filhos é através da adoção. O corolário óbvio dessa realidade é que dar aos jovens privados de efetiva relação pais-filhos acesso a uma família adotiva é um dever imposto pelos direitos humanos, que obriga indivíduos, sociedade e instituições públicas e privadas.⁵ Essa é, em sua

⁵ Os direitos humanos dos jovens em geral e daqueles privados de real relação pais-filhos encontram, no Brasil, amparo constitucional. O art. 227 da Constituição estabelece que "É

expressão fundamental, a concepção deontológica da adoção como um direito fundamental. Sua mais eloquente defensora, Elizabeth Bartholet, propõe um mundo “no qual reconhecemos as crianças como cidadãs de uma comunidade global com prerrogativas básicas de direitos humanos”.⁶ Ela escreve que

princípios essenciais de direitos humanos dão às crianças o direito ao verdadeiro cuidado familiar. Crianças sem pais possuem o direito de ser incluídas na adoção internacional, se for nessa arena que verdadeiras famílias estiverem disponíveis. Elas possuem o direito de serem libertadas das condições que caracterizam os orfanatos, a vida de rua e a maior parte dos lares substitutos [*“foster care”*].⁷

Mas o que é a adoção? Trata-se de instituição por meio da qual uma pessoa se torna filho ou filha, e outra se torna o respectivo pai ou mãe por força de uma decisão deliberada proferida por autoridade judicial ou outra autoridade estatal. Por mais convincente que seja o paradigma deontológico da adoção articulado neste ensaio, passaram-se milênios antes que a adoção viesse a ser enxergada sob essa luz, e, mesmo hoje em dia, essa perspectiva está só gradualmente modelando o instituto da adoção. Durante a maior parte da história, a adoção em particular e o direito de família em geral se desenvolveram sob a influência de considerações consequencialistas (a adoção deve servir a interesses concretos do adotante), ocasionalmente moderados por impulsos caridosos (também se deve buscar o bem-estar do adotado), e, mais recentemente, pasmem, expressos mesmo na linguagem dos direitos humanos

dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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”. O dispositivo do art. 227, VII, § 6º acrescenta que “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”.

⁶ BARTHOLET, Elizabeth. International adoption: the human rights position. 1 *Global Pol'Y*, 91, 99, 2010. Para exposição sistemática, abrangente e quase exaustiva do direito internacional dos direitos humanos, veja-se TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: S.A. Fabris Editores. v. I-III.

⁷ Bartholet, International adoption: the human rights position, op. cit., p. 94. Ver também BARTHOLET, Elizabeth. *Nobody's children: abuse and neglect, foster drift, and the adoption alternative*. 1999; Idem. International adoption: the child's story. 24 *Ga. St. U. L. Rev.*, 333, 2007; Bartholet, nota supra 6; Idem. International adoption: thoughts on the human rights issue. 13 *Buff. Hum. Rts. L. Rev.*, 151, 2007.

(a adoção, se e quando permitida, deve respeitar os direitos humanos da criança).⁸

Devido à contínua predominância, sobretudo quando mascarados, de pontos de vista consequencialistas, o paradigma deontológico que emerge na forma de uma abordagem da adoção sob a ótica dos direitos humanos encontra dois grandes obstáculos, que estão parcialmente ligados. Primeiramente, e apesar do fato de a abordagem de direitos humanos contar com defensores convincentes, sua base jusfilosófica ainda não foi plenamente articulada. E, em parte por conta desta insuficiente teorização, a emergente visão deontológica da adoção está constantemente em risco de ser retórica e praticamente subsumida ou engolida pelo persistente paradigma consequencialista-filantrópico.⁹ Este artigo aborda esses dois obstáculos, expondo os fundamentos de uma teoria deontológica da adoção como direito humano daquele privado da relação pais-filhos.

A parte 2 deste ensaio explicita as bases jusfilosóficas e analisa o entendimento consequencialista-filantrópico da adoção. A parte 3 expõe elementos de minha teoria valorativa dos direitos fundamentais. A parte 4 articula os fundamentos jusfilosóficos deontológicos da adoção e do direito humano de ser adotado. Especialmente na parte 4, mas também ao longo do ensaio, a ênfase recai sobre a dimensão cosmopolita da adoção como direito humano e sobre a correspondente natureza intra e transfronteiras das medidas necessárias para a satisfação deste direito.

O leitor porventura pensará que este ensaio opera em um alto nível de teorização. Esta é a intenção, pois esse alto nível de teorização é necessário para dissipar a confusão intelectual e as contradições que contaminam análises e

⁸ São abundantes os exemplos de tentativa de moderar o consequencialismo com impulsos caridosos e travesti-lo de uma retórica de direitos humanos. Não é preciso ir além da Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional (Convenção de Haia sobre Adoção Internacional) para encontrá-los: “a criança”, lê-se no preâmbulo, “para seu completo e harmonioso desenvolvimento, deve crescer em um ambiente familiar, em uma atmosfera de felicidade, amor e compreensão.” Convenção sobre a Proteção de Crianças e Cooperação em Respeito à Adoção Internacional, Preâmbulo, concluída em 29 de maio de 1993, 1870 U.N.T.S. 167 (com efeito em 1º de maio de 1995) [aqui denominado IAC]. O Artigo 1º da Convenção, ao tratar dos objetos da convenção, começa com: “Estabelecer salvaguardas para garantir que adoções internacionais ocorram no melhor interesse da criança e em respeito aos seus direitos fundamentais conforme reconhecidos pelo direito internacional.” Id. art. 1º A Convenção, como se verá a seguir, na verdade é um instrumento dos estados para controlar o fluxo transfronteira de crianças como objeto de *dominium* estatal e não como sujeitos de direitos humanos.

⁹ Talvez nada ilustre esse risco de modo mais dramático do que a maneira pela qual as organizações internacionais, os governos, a mídia e o público tratam o tema da adoção internacional.

opiniões sobre o tema. Entretanto, enquanto a decisão de tomar o caminho teórico indica meus objetivos pessoais em relação a este ensaio, também demarca a atenção limitada que o trabalho pode dar a importantes detalhes. De toda forma, confio que outros irão retificar, suplementar e detalhar os fundamentos expostos neste trabalho.

2. Teoria da adoção consequencialista-filantropica

No início dos anos 1990, a Convenção de Haia sobre Adoção Internacional¹⁰ foi recebida como um documento de direitos da criança. Desde então, demonstrou-se incapaz de cumprir esse papel, sem surpresa, uma vez que não foi desenhada para ser um documento dos direitos da criança. Na verdade, a Convenção adota uma perspectiva de domínio, ou seja, de um soberano domínio de propriedade por parte dos Estados-membros sobre jovens privados de relação pais-filhos. A moldura do *dominium* fica clara quando se observa o emprego de analogias dos direitos dos contratos e da propriedade¹¹ e de jargões transacional e diplomático.

A Convenção de Haia sobre Adoção Internacional não está preocupada em como maximizar o cumprimento do direito humano daqueles privados da relação pais-filhos a serem adotados; a Convenção, ao contrário, demonstra desmedida obsessão com violações (por exemplo, sequestro, venda, contrabando, tráfico) do domínio monopolista dos Estados sobre suas populações, estas entendidas como recurso natural dos Estados.¹² Consequentemente, a Convenção foca predominantemente salvaguardas e policiamento. Essa é uma receita para o não cumprimento do direito humano de ser adotado, servindo aos interesses monopolistas dos estados sobre suas crianças nacionais como recursos naturais e peões políticos. E esse monopólio, de acordo com

¹⁰ Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional.

¹¹ Acrescento que isso não deveria causar surpresa. De fato, nos Preparatory Works for Hague's Sixteenth Session, lê-se que deveriam ser escolhidos dois entre três tópicos para possível redação pela convenção até a próxima sessão. Veja: Permanent Bureau, Proceedings of the Sixteenth Session 1988, Miscellaneous Matters, Hague Convention on Private Int'l Law, Tome I, 253, 1991. A adoção internacional era uma delas, e as outras duas eram tópicos relacionados a negócios. A Convenção mostra as marcas da proteção do domínio monopolista dos países sobre crianças órfãs por meio de categorias de direito privado.

¹² No Brasil, país signatário da Convenção, a Constituição trai esta visão monopolista do Estado mal disfarçada como preocupação de proteção no art. 227, VII, § 5º — A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

os termos da Convenção, pode ser exercido com absoluta discricionariedade pelos Estados.

Como então podemos explicar por que tantos que militam em favor dos direitos das crianças, à época do desenvolvimento da Convenção e até os dias de hoje, defendem a Convenção e suas categorias e mecanismos como promotores de direitos dos jovens? Para entender isso, precisamos nos voltar à história e à substância da teoria do instituto da adoção consequencialista-filantrópica.

A. “*Excursus*” histórico

A adoção é tão velha quanto a história registrada. Mas, como um estudo superficial de sua história revela, desde o início essa instituição foi vista e utilizada primariamente como um meio para beneficiar os interesses sociais, políticos e econômicos dos adotantes. Foi somente dentro dos limites demarcados por benefícios mundanos — econômicos ou de *status* familiar e social — para os adotantes que se permitiu que motivos filantrópicos fossem colocados em operação. Só gradualmente, e dificilmente antes do século XX, é que o bem-estar do adotado e os motivos sentimentais dos adotantes tornaram-se menos marginais como matéria tanto de tomada de decisão pessoal quanto de estruturação de políticas de adoção. Apesar disso, essas mudanças mais recentes continuam a operar dentro de um paradigma consequencialista temperado por filantropia ou, mais recentemente, vestido de uma retórica de direitos da criança.

Na Roma antiga, a adoção refletia a áspera cultura da civilização romana e raramente era feita por motivos filantrópicos ou por motivações sentimentais.¹³ Antes de tudo, era feita por questões de propriedade, financeiras ou políticas. De fato, somente cidadãos chefes de família do sexo masculino podiam adotar. O *pater familias*, dando ou recebendo em adoção, utilizava a instituição como mais um mecanismo para implementar estratégias de *status* social, perpetuação do sobrenome familiar e reestruturação da família, e também como uma maneira de lidar com questões de herança e com dificuldades ou oportunidades financeiras.

¹³ Para reflexões sobre os fundamentos culturais do Direito Romano, veja IHERING, Rudolf Von. *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement 1*. Tradução de O. de Meulanaere. Paris: A. Marescq, 1880; ver também WATSON, Alan. *The spirit of Roman law*. 1995.

À época, havia duas instituições similares, a ad-rogação e a adoção. A ad-rogação ocorria quando um indivíduo que era emancipado de uma família anterior era acolhido sob a *potestas* de outro *pater familias*. Se, no entanto, o indivíduo fosse diretamente transferido da *potestas* de um *pater familias* para outra, tal transferência caracterizaria adoção propriamente dita. Enquanto a ad-rogação era feita publicamente, a adoção era realizada de modo privado. A ad-rogação e a adoção não eram restritas a menores, embora Justiniano, em um esforço para coibir alguns dos abusos da instituição, tenha imposto o requisito de que o *pater familias* interessado em adotar deveria ser ao menos 18 anos mais velho que o adotado.

Importantemente, a adoção e a ad-rogação traziam todos os direitos possuídos pelo adotado para a *potestas* do adotante. Nos casos em que o adotado fosse ele mesmo um *pater familias*, sua propriedade e família eram submetidas a *potestas* do seu pai adotante.¹⁴

No contexto romano, as mulheres recebiam tratamento discriminatório tanto como adotantes quanto como adotadas. Elas precisavam de uma licença do imperador para adotar que, normalmente, somente era obtida por mulheres que não possuíam filhos sobreviventes para os quais deixar seu patrimônio. Ademais, as mulheres podiam ser adotadas, porém não estavam sujeitas à ad-rogação. De toda sorte, a adoção de mulheres era exceção, em parte porque não podiam dar continuidade ao sobrenome do adotante.

Dando um salto milenar, na Inglaterra do século XVIII Blackstone ainda escrevia sobre “crianças legítimas”, que seriam aquelas “nascidas do casamento legal”.¹⁵ “O dever dos pais de prover para a *manutenção* de seus filhos é um princípio de Direito Natural”, adicionou o autor.¹⁶ E “o poder dos pais sobre seus filhos deriva do (...) seu dever: essa autoridade lhes é concedida em parte para permitir que realize seu dever de maneira eficaz, e em parte como uma recompensa pelo cuidado e trabalho no fiel cumprimento desse dever”.¹⁷ A codificação e a memorialização do direito inglês por Blackstone demonstram uma tensão que informaria o paradigma da adoção consequencialista-filantrópica nos séculos seguintes, notadamente a tensão entre priorizar os interesses das crianças enquanto simultaneamente permitindo sua instrumentalização em favor dos interesses paternais.

¹⁴ Sobre adoção e direito de família em Roma, me baseei em GARDNER, Jane F. *Family and familia*. In: *Roman law and life*. 1998.

¹⁵ BLACKSTONE, William, *Commentaries*. Wayne Morrison ed., 2001. p. 343.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *Ibidem*, p. 347.

Outro salto adiante na história mostra que, no início do século XX, e em grande parte devido aos romances de Charles Dickens, a Inglaterra havia mudado o suficiente para passar a enxergar as crianças de modo geral, e em particular aquelas que necessitavam ser adotadas, com um olhar caridoso e não meramente instrumental. Essa mesma onda de mudanças também levou à regulamentação do trabalho infantil e outras reformas para o bem-estar das crianças no país. No entanto, na Inglaterra das Guerras Mundiais, a adoção era vista em parte, assim como métodos contraceptivos, como uma ferramenta de planejamento familiar disponível para potenciais adotantes.

Porém, mesmo enquanto a adoção na Inglaterra estava sendo reformulada pela cultura vitoriana e pós-vitoriana em um novo paradigma consequencialista-filantrópico, ela continuou a sofrer grande estigma. A lembrança de “fazendas de bebês” (do termo em inglês *baby farms*) ainda estava viva na memória vitoriana; tratava-se de verdadeiros depósitos para onde crianças indesejadas eram enviadas por seus pais, geralmente mães biológicas solteiras, para serem adotadas pelo “fazendeiro de bebês”, geralmente uma mulher, em troca de pagamento. As condições nas fazendas de bebês eram trágicas e as taxas de mortalidade muito altas. Nesse contexto, teria sido surpreendente se a combinação, de um lado, da instrumentalização para planejamento familiar e, do outro, da estigmatização não levasse a adoção a passar a ser feita em segredo na Inglaterra.¹⁸ E assim o foi. Faziam parte do estigma da adoção as mães biológicas desesperadas que abandonavam, assassinavam ou vendiam suas crianças.¹⁹

Somente ao longo do século XX é que impulsos caridosos em relação à adoção — apesar de continuar a enxergar jovens privados da relação pais-filhos como uma ferramenta de planejamento familiar — estenderam-se aos pais biológicos, sobretudo às mães biológicas, que eram cada vez mais também vistas sob uma ótica de vitimização.²⁰

Políticas públicas inglesas que tratavam do problema de crianças abandonadas incluíam sua emigração forçada para as colônias britânicas.

¹⁸ Ver KEATING, Jenny. *A child for keeps: the history of adoption in England, 1918-45*. 2009.

¹⁹ *Ibid.*, p. 30. Muitas mães solteiras eram consideradas imorais e podiam ser detidas indefinidamente em uma instituição, de acordo com o “Mental Deficiency Act” de 1913. *Ibid.*, p. 33.

²⁰ Para um útil sumário sobre a história da adoção na Inglaterra (e em outros lugares), bem como para uma articulação acadêmica da influência de considerações instrumentalistas no direito de família (incluindo seus aspectos relacionados ao bem-estar social), veja EEKELAAR, John. *Family law and personal life*. 2006. Para uma inovadora análise jurisprudencial da diferença entre direitos e utilidade no direito de família, veja PARKER, Stephen. Rights and utility in Anglo-Australian family law. 55 *Mod. L. Rev.*, 311, 319, 1992.

À época da Primeira Guerra Mundial, milhares de crianças já haviam sido “exportadas” para viver em servidão forçada no exterior. Entretanto, a guerra começou a mudar esse cenário. Famílias que perderam seus filhos por conta da guerra buscavam a adoção como um mecanismo de reconstituição familiar. A Associação Nacional de Adoção de Crianças (National Children Adoption Association, NCAA) e a Sociedade Nacional de Adoção (National Adoption Society, NAS), ambas datadas de 1917-18, tornaram-se protagonistas ativos de adoção, selecionando e compatibilizando adotados e adotantes. A eugenia, que estava sendo introduzida nas diversas culturas mundo afora, estendia a mentalidade de canil para o campo da adoção.²¹

Pouco depois, o Conselho Nacional para a Mãe Solteira e sua Criança (National Council for the Unmarried Mother and her Child, NCUMC) foi fundado para cuidar do bem-estar das mães biológicas e suas crianças. O NCUMC promovia a visão de que a adoção deveria ser vista como um último recurso, utilizada excepcionalmente.²² A NCAA, a NAS e o NCUMC fizeram campanha pela adoção legal, o que culminou no Adoption of Children Act de 1926, lei que concedeu aos tribunais poder discricionário sobre adoção, juridicizando-a, enquanto agências mantiveram suas licença e iniciativa para unir adotantes e adotados.²³ A maioria das agências de adoção tendia a analisar adotantes em potencial, pedindo referências, conduzindo entrevistas e estabelecendo períodos probatórios, que incluíam visitas domiciliares antes de as adoções serem finalizadas.²⁴ Algumas, no entanto, não faziam o mesmo, e o Adoption of Children (Regulation) Act de 1939, seguindo recomendações do Comitê Departamental de Sociedades e Agências de Adoção (Departmental Committee on Adoption Societies and Agencies), limitou o papel dos agentes privados. A informar essas mudanças estava a visão de que o bem-estar da criança deveria ser a utilidade principal à qual a adoção deveria servir.

Deste lado do Atlântico, programas de aprendiz, o lado oculto da servidão forçada de então, foram a forma tomada inicialmente pela adoção e pelo *foster care*. Os governos das colônias norte-americanas frequentemente agiam como *parens patriae*, intervindo em famílias em nome das crianças e inserindo crianças sem pais de maneira compulsória, juntamente com as muito pobres, na situação de aprendizes. Mais tarde, a urbanização e o aumento da pobreza

²¹ Veja Keating, nota supra 18, em 39-42, 47, 50-51, 55, 157-158.

²² *Ibid.*, p. 62, 74.

²³ *Ibid.*, p. 113-117.

²⁴ *Ibid.*, p. 136.

levaram a uma escalada no número de crianças colocadas em orfanatos, uma solução que requeria o uso dos “trens de órfãos”. Começando em 1854, os trens de órfãos eram utilizados para levar crianças do Leste para o Oeste dos EUA, a fim de serem colocadas em grupos de trabalho em áreas rurais.²⁵ Ademais, as fazendas de crianças ao estilo britânico ainda existiam nos Estados Unidos, com o mesmo histórico de negligência, abuso e taxas de mortalidade.²⁶

Em meados do século XIX, os estados do Mississippi e do Texas foram os primeiros a estabelecer registros para adoção, os quais seguiram o formato geral utilizado para registrar escrituras de propriedade. Em 1851, o estado de Massachusetts promulgou a primeira lei moderna de adoção no país, que identificava as necessidades e o bem-estar das crianças como a meta (utilidade) primária a ser servida pela adoção. Pouco tempo depois, vinte e cinco estados promulgaram leis de adoção modeladas a partir daquela de Massachusetts.²⁷ À época, a maioria das agências de adoção eram instituições religiosas, que buscavam catequizar as crianças desajustadas ou abandonadas.²⁸ As adoções tendiam a ser feitas mediante “combinação de fatores”, buscando semelhança de fenótipos e evitando “defeitos” para facilitar a manutenção do segredo.²⁹ Na verdade, a combinação de fatores era essencial para o chamado “design de parentesco”,³⁰ uma forma de engenharia familiar feita por entidades privadas e pelo governo. O parentesco por predefinição se apoiava em regulamentações e padrões detalhados, bem como na autoridade então emergente dos conhecimentos psicológico e científico.³¹

Um marco na política de assistência à criança nos EUA foi a fundação, em 1912, da Agência do Menor dos Estados Unidos (U.S. Children’s Bureau), criada pelo Congresso com a missão de “investigar e relatar” a respeito do bem-estar infantil no país. Subsequentemente, a Liga de Assistência à Criança dos Estados Unidos (Child Welfare League of America, CWLA), uma agência particular compreendendo todas as agências de adoção do país, foi fundada

²⁵ Veja CARP, E. Wayne. *Family matters: secrecy and disclosure in the history of adoption*. 1998. p. 5-8.

²⁶ HERMAN, Ellen. *Kinship by design: a history of adoption in the modern United States*. 2008. p. 32-36. Também são instrutivas as análises de HOWE, Ruth-Arlene W. *Parenthood in the United States*. In: *Cross currents: family law and policy in the US and England*. Sanford N. Katz, John Eekelaar & Mavis Maclean eds., 2000. p. 187-306, p. 187; e KATZ, Sanford N. *Dual systems of adoption in the United States*. In: *Cross currents*, op. cit., p. 279.

²⁷ Carp, nota supra 25, p. 11-12.

²⁸ Veja *ibid.*, p. 14.

²⁹ Herman, *supra* nota 26, p. 122-123.

³⁰ Veja *ibid.*, p. 9.

³¹ Veja *ibid.*, p. 2-3.

em 1921. Em 1938, a CWLA publicou regras de adoção, que incluíam a proteção de crianças, de pais adotivos e do país. O descumprimento de tais regras por parte de agências de adoção implicaria a suspensão desta como membro da CWLA.³²

Juntamente com a evolução da política de assistência, surgiram avanços nas ciências sociais, educacionais, psicológicas e das teorias de desenvolvimento, que conferiram ao assistencialismo infantil um caráter de ciência.³³ O papel da ciência em moldar a adoção era de postular quais meios alcançariam de forma mais eficiente os resultados desejados, seja o bem-estar social das crianças, os interesses de planejamento familiar dos adotantes ou o interesse do governo na gestão populacional. Certamente, todos eles estavam suficientemente interligados ao discurso humanitário ou filantrópico.

Os impulsos humanitários não são, no entanto, meramente dependentes de forças consequencialistas. Eles possuem sua própria dinâmica e impulso interno. Existe, de fato, na operação da razão prática comum, uma dialética da reflexão, pois “é um princípio essencial de todo o uso de nossa razão impulsionar a cognição para a consciência de sua necessidade”.³⁴ Este desdobramento reflexivo da razão sobre ela mesma na busca da racionalidade e da precisão de seu conteúdo é em si o elemento da transição de uma moralidade não crítica para a moralidade crítica. Em parte devido ao impulso de reflexão inerente ao humanitarismo subsequente à devastação causada pela Segunda Guerra Mundial, o humanitarismo ganhou um novo destaque na cultura ocidental. Isso levou, no campo da política ligada às crianças, a mudanças nas práticas de adoção que visaram aumentar a adoção de crianças com deficiências e de minorias. Isso foi seguido por um aumento, entre 1953 e 1962, do número de adoções transculturais e inter-raciais.³⁵ Juntamente com a questão da confidencialidade, a transculturalidade e a inter-racialidade se tornariam o centro do debate sobre a adoção nos Estados Unidos.

Ao longo de sua história, desde Roma, passando pela Inglaterra e chegando aos Estados Unidos, o instituto da adoção foi marcado por sua instrumentalização pelos adotantes em um cenário que subjuguava a filantropia e impulsos humanitários. A recente apropriação mimética do discurso de direitos da criança pelo consequencialismo da adoção cobre de maneira

³² Veja *ibid.*, p. 58.

³³ Veja *ibid.*, p. 98, 105, 156-157, 256.

³⁴ KANT, Immanuel. *Groundwork of the metaphysics of morals* [1785]. In: *Practical philosophy*, 108. Cambridge: Cambridge University Press, 1996. (destaque omitido).

³⁵ Carp, *supra* nota 25, p. 31-34.

insatisfatória o que de fato não pretende mudar. De onde vêm a força, o atrativo e a resiliência da visão de mundo consequencialista no âmbito do instituto da adoção? Para melhor explicar o poder dos fundamentos consequencialistas na evolução da adoção, recorro aos elementos mais fundamentais e gerais da visão de mundo consequencialista a informar o direito e as políticas públicas.

B. A estrutura do consequencialismo na lei e na política de adoção

O consequencialismo sempre dominou a lei e a política de adoção, conforme ilustrado pelo sucinto histórico traçado acima. Entender sua estrutura argumentativa elementar e a visão do mundo da qual se origina e que concomitantemente ajuda a sustentar é um passo fundamental para o enfraquecimento de seu domínio.

Não é excessivo insistir, muito está em jogo quando se trata de enfraquecer a ascendência do consequencialismo no campo da adoção. Nesse contexto, o consequencialismo rapidamente transforma-se em instrumentalização dos jovens em nome do governo, da política, da etnia, da raça,³⁶ da religião, de interesses econômicos ou de concepções minimalistas do bem-estar dos jovens, que, na prática, ficam satisfeitas quando condições materiais mínimas de sobrevivência são fornecidas. O quadro complica-se ainda mais quando a tradição interfere e impede iniciativas de reforma em nome da aversão ao risco, que beira, se é que não alcança, o irracional. É por isso que a esperança de clareza em relação à questão deve começar a partir do entendimento dos elementos básicos da visão consequencialista, incluindo sua tradicional aliança com o conservadorismo.

Pois bem, qual então é a estrutura elementar do consequencialismo que tem exercido poderes demiúrgicos na existência do instituto da adoção?

Devemos começar reconhecendo que todos nós somos consequencialistas, mas somente em parte. Nossos aparatos cognitivos, bem como os mundos culturais que habitamos, não podem prescindir do consequencialismo, ou pelo menos de uma versão dele. Mas até que ponto devemos nos apoiar em seu plano de ação no contexto da adoção?

³⁶ Nos Estados Unidos, a adoção inter-racial tem sido particularmente controversa. Ruth G. McRoy e Louis A. Zurcher Jr., apresentam muito bem um argumento cauteloso em *Transracial and interracial adoptees: the adolescent years*. 1983.

Na história das ideias, o consequencialismo baseia-se naquele tipo de teoria de conhecimento que confere supremacia heurística aos sentidos, confeccionados como são para capturar e processar o mundo material exterior às nossas mentes. Escondida sob o interesse consequencialista no mundo material está a crença de que a maximização de preferências ou do bem-estar é o bem básico da existência humana, e que qualquer hierarquia de cursos de ação deve ser estabelecida com base nas consequências esperadas e na promoção de tais preferências ou do bem-estar.

Enquanto os diversos tipos de deveres e a visão moral baseada em direitos chamada deontologismo tentam estabelecer uma lista e hierarquia de ações obrigatórias ou proibidas através de especulação principiológica, baseando-se, portanto, em um apriorismo de razão não relevantemente contaminado pelos interesses materiais e instrumentais da experiência sensorial, o consequencialismo traça o caminho inverso. As experiências vividas e os interesses materiais concretos e os riscos que os acompanham possuem o privilégio de estabelecer tanto a lista quanto a hierarquia das finalidades e dos cursos de ação que uma pessoa (ou instituições etc.) deve seguir. Essas finalidades, em vez de serem apresentadas como um dever descoberto ou construído pela razão especulativa, são determinadas pelas demandas de adaptação às circunstâncias presentes ou sugeridas por considerações assistencialistas hedonistas, por exemplo.

A operação mental básica implicada pelo consequencialismo é a análise da eficiência comparada de cursos de ação e dos benefícios comparados de objetivos contemplados. Através de cálculo estratégico de custo-benefício e de vantagens relativas, o consequencialismo busca detectar, baseado em observação empírica, os padrões comportamentais que melhor manifestam uma tendência para alcançar os fins mais eficientemente desejados. Observe com atenção o papel que a ideia de “tendência” desempenha para o consequencialismo; padrões de comportamento são considerados apropriados na medida em que “tendem” a produzir resultados almejados. Voltarei a tratar desse ponto mais adiante.

Por enquanto, voltemos nossa atenção aos fins da ação humana estratégica e a uma questão que o consequencialismo tem tido dificuldade de responder: sob quais critérios pode se definir um fim como bom ou desejável? No contexto de suas críticas aos niveladores (*levellers*), David Hume escreveu que “se analisarmos as leis específicas que direcionam a justiça e definem a propriedade, ainda assim chegaremos à mesma conclusão. O bem da

humanidade é o único objeto de todas essas leis e regulamentos.”³⁷ Isto obviamente leva ao questionamento do que de fato é o bem da humanidade. As respostas dadas pelos consequencialistas a essa questão tendem a circunavegar por pelo menos um de três pontos, quais sejam, as exigências gerais de que uma sociedade funcione bem (não necessariamente justa ou decentemente), e o desejo de maximizar o prazer e minimizar a dor dos indivíduos, ou, finalmente, alguma concepção assistencialista mais ampla de dor e prazer.

No campo da adoção, fica claro o quanto esses aspectos cognitivos, ontológicos e normativos do consequencialismo são interdependentes. Para a mentalidade consequencialista, não há bens em si além da sobrevivência da sociedade (ou de alguns grupos dentro da sociedade) e do prazer físico ou o bem-estar geral dos indivíduos.³⁸ A visão de mundo consequencialista não se preocupa com o florescimento das capacidades humanas, mas tão somente com a sobrevivência da sociedade e a manutenção hedonística da vida dos indivíduos. Estas duas preocupações — duas peças principais da cultura e da sensibilidade modernas — informaram e continuam a informar as concepções do instituto da adoção ao longo do tempo.

Dessa forma, a estrutura argumentativa consequencialista baseia-se, por um lado, na experiência individual de dor e prazer (e suas extensões assistencialistas) e, por outro lado, na experiência coletiva da vida em sociedade. Assim, a vida humana acontece entre o fisicalismo atomístico e a sociedade, entre a sobrevivência do indivíduo e a reprodução social. A importância especulativa e prática desse esquema de pensamento para a adoção não pode ser superestimada. Uma vez despida da retórica doce da caridade e dos direitos da criança, a realidade é que ao longo de sua história a adoção atendeu às necessidades básicas de sobrevivência das crianças e às aparentes necessidades da sociedade (como mecanismos de modificação de *status*, para esconder problemas reprodutivos ou erros morais, planejamento familiar e patrimonial, e gerenciamento da população como recurso natural dos governos, etnias, raças e religiões).

Quando se trata da escolha de políticas de adoção, hoje em dia, como no passado, a primeira análise é de custo-benefício, e não deontológica ou de direitos humanos. A política de adoções internacionais da Unicef é um exemplo

³⁷ HUME, David. *Enquiries concerning the human understanding and concerning the principle of morals* [1777]. 2nd ed. Ed. L. A. Selby-Bigge. Oxford Univ. Press, 1963. p. 192.

³⁸ Uma coisa em si é aquela que existe sem justificativa como referência a outra coisa.

disso. O número de jovens ao redor do mundo privados de real relação pais-filhos é estimado pelo Unicef na casa das dezenas de milhões. Esse número combinado ao fato de que privação da experiência de crescer como filho ou filha tem o impacto acima esclarecido sobre os direitos humanos presentes e futuros dos jovens levam à conclusão de que sua condição constitui a maior crise humanitária de nosso tempo. Pois bem, seria de se esperar que qualquer instituição comprometida com os direitos humanos dos jovens seria ardente defensora de pôr-se de lado fronteiras nacionais, étnicas, raciais ou religiosas em favor de agressiva campanha global para unir em adoção jovens e seus pais adotantes ao redor do mundo. Porém, em declaração publicada com o nome de *Unicef's position on inter-country adoption* (Posicionamento do Unicef sobre adoções internacionais), a organização considera, por um lado, a visão de que

Para crianças que não podem ser criadas por suas próprias famílias, deve-se buscar um ambiente familiar alternativo preferencialmente ao cuidado institucional, que somente deve ser utilizado como último recurso e como medida temporária. A adoção internacional é uma entre uma série de opções de cuidado que podem ser disponibilizadas às crianças, e para crianças que não puderem ser colocadas em um ambiente familiar definitivo em seus países de origem, pode ser a melhor solução.³⁹

Por outro lado, a organização se preocupa com o que considera riscos criados pelo “crescimento de uma indústria em torno da adoção, onde o lucro, ao invés dos melhores interesses das crianças, está em primeiro lugar. Os abusos incluem a venda e o sequestro de crianças, a coerção de pais e o suborno”.⁴⁰ Infelizmente, para milhões de crianças sem pais vivos ou efetivos

³⁹ UNICEF. *Unicef's position on inter-country adoption*. Disponível em: <www.unicef.org/media/media_41118>. Último acesso em: 10 jan. 2011.

⁴⁰ *Ibid.* O *Report on regular resources* estabelece que os gastos regulares da organização por país são baseados em três critérios: a taxa de mortalidade de crianças com menos de cinco anos do país, a renda bruta *per capita* nacional e a população infantil absoluta. UNICEF. Disponível em: <www.unicef.org/publications/files/UNICEF_RR_Report2009_091410.pdf>. O Relatório declara ainda que os gastos regulares vão para “países com prioridade”, determinados com base nos três critérios acima. “Esses fundos irrestritos são alocados para esses países com o maior índice de vulnerabilidade infantil.” *Ibid.*, p. 16. O foco de Proteção à Criança do Unicef é o que engloba crianças sem cuidados paternos. De acordo com o Unicef, ele assistiu 114 países em 2009 (observe que em 2008 foram 64) a tratar questões de separação familiar. UNICEF. *Thematic report 2009*:

ao redor do mundo, a Unicef resolveu desconsiderar a catástrofe humanitária de nossa era em favor de medidas policialescas conservadoras, causando a moratória de adoções transfronteiras em vários países.

O resultado deste tipo de análise de custo-benefício e a aplicação de princípios de precaução é garantir a violação do direito fundamental a ser adotado de milhões de jovens privados de autêntica relação pais-filhos. Mas, para diversos proponentes dessa abordagem, o atentado à violação em massa desse direito fundamental, direcionado a uma parte extremamente vulnerável da população, passa sem deixar qualquer vestígio de ofensa ou remorso. Levando em conta suas boas intenções, o que estou preparado para fazer, a razão pela qual eles parecem não serem atingidos pelas violações sistemáticas dos direitos humanos que diretamente cometem ou indiretamente consentem encontra-se na forma como o consequencialismo tende a equipar inadequadamente a visão moral daqueles que veem o mundo através dele.

Na lei e na política de adoção internacional, o consequencialismo filantrópico é uma venda poderosa que oculta a natureza e os vínculos do direito humano cosmopolita dos jovens sem pais vivos ou efetivos de serem adotados, tudo o mais sendo equivalente, pelo primeiro bom candidato a pai(s) e/ou mãe(s), a pronunciar-se pela adoção de um determinado jovem.⁴¹ Somente no efeito combinado do consequencialismo, do conservadorismo e do preconceito contra a adoção pode ser encontrada a explicação para a resistência à adoção internacional onde supostamente deveríamos encontrar apoio entusiasmado e comprometido com ela.

Voltando para a discussão da ideia de “tendência”, a análise de custo-benefício promovida pelo consequencialismo da adoção dá uma reviravolta interessante. Quando analisada cuidadosamente, ela revela-se, na verdade, uma ética de convicção disfarçada de ética de resultados. Isso requer

child protection from violence, exploitation and abuse 9. 2010. Disponível em: <www.unicef.org/protection/files/2009_Global_Thematic_Report_FINAL.pdf>. Considerando o histórico do Unicef em reduzir ou parar a adoção internacional, espera-se que a estrutura dos incentivos financeiros seja redesenhada para incentivar os escritórios do Unicef nos países a ativamente incentivar e apoiar os esforços de cumprimento do direito humano das crianças sem pais de crescer em boas famílias.

⁴¹ Para tentativas contemporâneas de especificar, na tradição kantiana, a essência e algumas das implicações institucionais do cosmopolitanismo, veja, por exemplo, BOHMAN, James; LUTZ-BACHMANN, Matthias (Ed.). *Perpetual peace: essays on Kant's cosmopolitan ideal*. 1997; CARENS, Joseph H. Aliens and citizens: the case for open borders. 49 *Rev. Pol.*, 251, 1987; GOODIN, Robert E. What is so special about our fellow countrymen. 98 *Ethics*, 663, 1988; HELD, David. Democracy: from city-states to a cosmopolitan order? 40 *Pol. Stud.*, 10, Supp. 1992; POGGE, Thomas. Cosmopolitanism and sovereignty. 103 *Ethics*, 48, 1992.

explicação, pois o consequencialismo define-se como oposição às convicções especulativas do deontologismo. A explicação é, todavia, simples, e encontra-se precisamente na ideia de tendência. Até onde sei, pela primeira vez na história do pensamento o consequencialismo do século XVIII concedeu *status* moral ao conceito de “tendência” operadora no universo social.⁴²

O consequencialismo nega a possibilidade de certeza sobre qualquer resultado futuro de ações tomadas no presente, e a substitui pela confiança na tendência de que as ações devem produzir determinados resultados. Ao fazer isso, o consequencialismo se alinha à atração moderna pelo probabilismo. O problema é que, ao olharmos para ela mais de perto, a dependência à tendência e sua elevação a um princípio moral não é nada mais do que uma autorização para agir de acordo com a convicção do agente em relação àquela tendência. A correção *ex post facto* do curso de ação selecionado como o melhor impacta somente sobre convicções similares no futuro, mas não colide com a qualidade moral do curso de ação que um agente escolheu racionalmente, porém fundamentalmente de maneira errada. Na verdade, para aprovação moral, o consequencialismo não exige que o resultado de uma ação de fato atenda à lista hierárquica de conveniências de indivíduos ou das sociedades. Tudo o que se exige para a aprovação é a escolha do que parece ser, sob determinadas condições ao tempo da escolha, o curso de ação com a maior tendência a produzir os efeitos desejados.⁴³

Quaisquer que sejam as situações, a incerteza sobre o futuro inerente à ideia de tendência pouco pode fazer para aplacar o medo e a angústia em relação ao futuro. Quando as leis e as políticas de adoção são abordadas com uma visão consequencialista, essa incerteza requer um processo delicado e frágil de vinculação constante ao *status quo*, que obviamente não se altera simplesmente porque o apelo pela estagnação da adoção pode tomar a forma discursiva de caridade e o melhor interesse de potenciais adotados. Quando se toma o consequencialismo como ponto de partida, inevitavelmente termina-se em conservadorismo.

⁴² O reaparecimento desse conceito pode ser encontrado na forma de estatísticas de ciências naturais e sociais do século XIX, como nos trabalhos de Laplace e Spencer, respectivamente. Veja, por exemplo, SPENCER, Herbert. *Social statics*. 1896; e LAPLACE, Pierre-Simon. *A philosophical essay on probabilities* [1886]. Tradução de Frederick Wilson Truscott e Frederick Lincoln Emory. Chapman & Hall, 1902.

⁴³ O leitor pode ver com surpresa o fato de que gerações de intelectuais, século após século, tentaram, e ainda tentam, justificar a ideia de que existe uma filosofia moral de resultados coerente.

Ancorado nos principais dogmas do consequencialismo, o consequencialismo na adoção é caracterizado por um conservadorismo que instrumentaliza os jovens em nome de princípios de precaução e de interesses nacionais, étnicos, raciais, religiosos ou de planejamento familiar. E a retórica da caridade ou do superior interesse das crianças não tem o poder de mudar tal realidade, embora tenha avançado bastante para torná-la aceitável e relativamente invisível.

3. Teoria dos direitos como incorporação de valores

Em contraste com o consequencialismo na adoção, a visão deontológica de mundo vê a adoção como um direito humano de jovens privados de verdadeira relação pais-filhos. Para entender a essência e os corolários do direito a ser adotado (que não deve ser confundido com o direito a adotar alguém), se faz necessária uma digressão sobre a natureza geral dos direitos fundamentais.

A. Elementos da teoria dos direitos como incorporação de valores

Ao redor do mundo, existe um poderoso e pervasivo consenso sobre a autoridade legal e moral dos direitos humanos. Isso não significa, é claro, um acordo universal acerca da essência dos direitos humanos. Ao invés disso, a questão sobre o que constitui essa essência está sujeita à controvérsia. Isso já era esperado devido ao papel central desses direitos na vida de seus detentores,⁴⁴ e considerando a longa lista de deveres, incapacitações e responsabilidades⁴⁵ impostas pelos direitos humanos a governos e outros atores sociais.

A especificação da essência dos direitos fundamentais não pode ser feita sem antes respondermos duas questões básicas. A primeira é se o direito em

⁴⁴ É corretamente dito que os direitos individuais evoluíram “da proteção das sensibilidades corporais para a proteção da sensibilidade de suas almas”. EHRlich, Eugen. *Fundamental principles of the sociology of law* [1936]. Tradução de Walter L. Moll. Transaction Publishers, 1992. p. 362.

⁴⁵ Veja HOHFELD, Wesley N. Some fundamental legal conceptions as applied to legal reasoning. 23 *Yale L. J.*, 16, 1913.

questão é mais bem entendido como protetor de uma vontade privilegiada,⁴⁶ de um interesse⁴⁷ ou de um valor.⁴⁸ A segunda busca identificar as condições de validade da natureza categórica das normas de direitos fundamentais. Tratarei ambas as questões separadamente, tendo sempre em mente o direito de ser adotado daquele privado de relação pais-filho.

Um direito fundamental protege uma vontade privilegiada quando cria no sistema legal uma esfera em que o indivíduo possui soberania decisória.⁴⁹ Um exemplo clássico no contexto norte-americano é o direito de liberdade de contrato baseado no devido processo legal do caso *Lochner*. No caso *Lochner v. New York*, a Suprema Corte definiu os interesses de liberdade na celebração de um contrato como um direito que exclui todas as interferências alheias com a vontade das partes, desde que dentro dos limites estabelecidos pelo voluntarismo.⁵⁰ Essa visão dos direitos fundamentais foi dominante no século XIX tanto no Brasil como nos Estados Unidos, vindo paulatinamente a perder sua autoridade à medida que concepções do papel social do direito começaram a ganhar força, sobretudo a partir dos anos 1930.

O poder explanatório da concepção de direito fundamental como vontade privilegiada é quase nulo em relação ao direito dos sem-pais de serem adotados. A principal razão para tanto repousa na dificuldade de resolver as questões relacionadas aos limites impostos pela neurologia à autonomia da vontade do jovem.

Concorrendo com a teoria dos direitos fundamentais como vontade privilegiada aparece a teoria dos direitos fundamentais como interesses privilegiados. Esta é a concepção dos direitos fundamentais que goza de dominância no mundo, explicando como privilegiados alguns interesses individuais em detrimento de interesses de estados ou de terceiros.⁵¹

Recorrendo a outro exemplo norte-americano, no caso *Lawrence v. Texas* a Suprema Corte reconheceu o interesse do autor em participar de determinada conduta sexual íntima como mais relevante que o interesse do estado do Texas de regulamentar a questão.⁵² Os direitos fundamentais

⁴⁶ Veja SAVIGNY, Friedrich Carl Von. *System of the modern Roman law* [1867]. William Holloway, Hyperion Press, 1979.

⁴⁷ Veja RAZ, Joseph. *The morality of freedom*. 1986.

⁴⁸ Venho formulando a teoria dos direitos como incorporação de valores ao longo dos últimos anos.

⁴⁹ Veja Savigny, nota supra 46.

⁵⁰ 198 EUA 45 (1905).

⁵¹ Veja Raz, nota 47 supra.

⁵² 539 EUA 558 (2003).

podem, nessa linha, ser descritos como mecanismos para alocação situacional de prioridade para alguns interesses que estão sempre competindo com interesses concorrentes. Apesar da elasticidade da concepção de direitos como interesses privilegiados e de sua afinidade com o consequencialismo, tal concepção falha em capturar a essência dos direitos humanos. Na melhor das hipóteses, a teoria dos direitos como interesses privilegiados sucede em dar conta dos direitos fundamentais somente quando um determinado interesse a ser protegido puder ser independentemente considerado bom. Faltando esta condição, como de fato costuma faltar, falha a teoria.

Como alternativa às duas teorias precedentes, a teoria dos direitos fundamentais como incorporação de valores fornece a caracterização mais sensível à rica estrutura e à essência jusfilosófica dos direitos fundamentais. A teoria dos direitos humanos como incorporação de valores percebe os direitos fundamentais como protetores de indivíduos como personificações ou agentes de valores. Tal teoria, que venho formulando nos anos recentes, vê na incorporação de valores a indivíduos a mais potente cidadela contra a instrumentalização e a objetificação dos indivíduos.

Os sistemas legais normalmente conferem iniciativa de ação judicial a tais indivíduos ou seus representantes para o fim de proteger os valores que aqueles personificam ou incorporam. O resultado é um sistema descentralizado de proteção aos direitos que vê cada ser humano como âncora e base ontológica de valores que transcendem cálculos estratégicos de meios e fins bem como a empiria cognitiva da busca por tendências causais que caracteriza o consequencialismo e sua irmã mais próxima, a saber, a teoria dos direitos fundamentais como interesses privilegiados. Além disso, a teoria de direitos como incorporação de valores superiormente explica o motivo pelo qual na falta da habilidade ou vontade do indivíduo de reivindicar o valor que personifica, a autorização ou a obrigação de fazê-lo pode ser transferida para outros.

É útil comparar a estrutura básica de direitos fundamentais judicializáveis conforme formulada pelas três teorias acima alinhavadas:

- (1) Estrutura básica de um direito fundamental conforme as teorias da vontade e do interesse, respectivamente:
 - (A) *A Norma de direito humano N confere a A o direito de formular e exercer sua vontade em relação a B sem a interferência de C.*
 - (B) *A Norma de direito humano N confere a A o direito de pleitear o interesse de B sem a interferência de C.*

- (2) Estrutura básica de um direito fundamental de acordo com a teoria da incorporação de valores⁵³
- (A) *A Norma de direito humano N protege o valor B delem A contra C.*
Onde a proteção de valores inclui:
- (B) *Encorajar A ou seu representante a promover B contra C.*

Em contraste com a teoria do interesse e a afinidade desta com o consequencialismo, a teoria de incorporação de valores é, como notado, deontológica por definição, pois se baseia na construção racional de valores fortes o suficiente para gerar deveres cognatos. Entendida como a proteção de valores incorporados aos indivíduos, tal teoria da natureza dos direitos fundamentais é uma manifestação de elevado racionalismo legal e moral. Enquanto no contexto da adoção o consequencialismo volta-se à instrumentalização do potencial adotado, o deontologismo surge na forma de uma articulação baseada em princípios da dignidade inerente a cada jovem privado da relação pais-filhos como uma pessoa independente e sujeito de direito pleno que possui o direito humano fundamental de ser adotado.

B. Elementos kantianos da teoria dos direitos como incorporação de valores

A matriz intelectual da teoria dos direitos fundamentais que os vê como mecanismo de incorporação de valores fundamentais em seus sujeitos remete ao deontologismo de I. Kant. Tal como na filosofia moral kantiana, o deontologismo desta teoria dos direitos se expressa em termos de normas categóricas, cuja validade é independente de sua eficácia e eficiência.⁵⁴

O argumento kantiano sobre a natureza das normas categóricas começa pela distinção entre dois tipos de normas: as técnico-pragmáticas e as categóricas. As normas técnico-pragmáticas incluem as leis relativas à arte e à tecnologia, bem como as relativas à prudência e ao bom senso. Tanto seu

⁵³ Em seção adiante detalho os elementos do direito humano à adoção.

⁵⁴ O argumento neste ponto não desconhece a necessidade prático-jurídica da composição *in casu* de conflitos dentre normas categóricas. Pelo contrário, soluções jurisprudenciais como a ponderação justificam-se exatamente porque não é possível resolver o conflito através da postulação de subserviência de um ou outro dos direitos fundamentais conflitantes. Para estudo erudito e de alta envergadura técnica sobre a ponderação, veja-se BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

conteúdo quanto sua exigibilidade estão relacionados às considerações empíricas e contextuais de eficiência, conveniência etc. Em contraponto, as normas categóricas são o produto da vontade legislativa livre, à medida que essa vontade legisla exclusivamente a partir da razão crítica.⁵⁵ Enquanto as normas técnicas evocam uma racionalidade do tipo instrumental, as normas categóricas são um produto do racionalismo idealista ou baseado em princípios e mantêm sua validade e exigibilidade independentemente de considerações instrumentais. De acordo com suas respectivas jurisdições, as normas técnicas são válidas somente no contexto em que se mantêm eficientes na produção dos resultados aos quais servem, enquanto as normas categóricas são válidas universal e incondicionalmente.⁵⁶

Ademais, e adicionalmente à autoridade a elas outorgada com base na possibilidade de justificação racional de suas proposições, as normas categóricas também recebem autoridade em razão do *status* moral do legislador e da dignidade individual que este lhes empresta.⁵⁷ A pedra angular da estrutura argumentativa do deontologismo é a forma como a ideia de *autonomia* — cada pessoa tem em princípio não apenas a faculdade, mas ainda mais a obrigação de gerar normas universalizáveis para sua própria ação no mundo: *auto-nomos* — combina os atributos de racionalidade e liberdade com a realidade dos indivíduos como seres empíricos e contextuais. Neste quadro de imanência existencial e transcendência racional, o exercício mundano diário de uma

⁵⁵ “A primeira ordem pode ser também chamada técnica (pertencente à arte), a segunda pragmática (pertencente ao assistencialismo), a terceira moral (pertencente à livre conduta como tal, ou seja, as morais).” Kant, *supra*, nota 34, p. 69.

⁵⁶ Kant esclarece: “Quando penso em uma ordem *hipotética* em geral, não sei de antemão o que ela irá conter, não sei isso até conhecer a condição. Mas quando penso em uma norma *categórica* sei de imediato o que ela contém. Isso porque a ordem contém, além da lei, somente a necessidade de que a máxima esteja em conformidade com tal lei, enquanto a lei não contém nenhuma condição à qual ela se limitaria, nada resta para que a máxima de ação tenha que se conformar além da universalidade de uma lei como tal. E essa conformidade por si só é o que a ordem propriamente representa como necessário. Existe, portanto, somente uma única norma categórica: *aja somente de acordo com a máxima através da qual você possa ao mesmo tempo desejar que se torne uma lei universal*. Agora, se todas as ordens de dever podem ser derivadas dessa única ordem, como a partir de seus princípios, então embora deixemos em aberto que o que é chamado de dever não é apenas um conceito vazio, devemos no mínimo ser capazes de mostrar o que pensamos sobre ela e o que o conceito quer dizer. Desde que a universalidade da lei de acordo com a qual os efeitos acontecem constitua o que é devidamente chamado de *natureza* no sentido mais amplo (de acordo com sua forma), isto é, a existência das coisas conforme determinado pelas leis universais, a norma imperativa de dever pode ser definida da seguinte forma: *aja como se a máxima de sua ação fosse se tornar por sua vontade uma lei da natureza*”. *Ibid.*, p. 73.

⁵⁷ Aqui legislador significa qualquer pessoa que postula para si mesma uma norma de conduta racionalmente gerada e capaz de validade transpessoal universal.

liberdade extraimanente resulta na afirmação do *status* moral distinto de cada pessoa com base exclusivamente na filiação à espécie humana.⁵⁸

Outro importante aspecto da teoria deontológica das normas é a distinção entre os critérios de validade para normas técnicas e categóricas. A validade das normas categóricas, como uma expressão da verdade ou da justificabilidade racional, é uma função da correção racional cognitiva e moral dos princípios que legislam. Assim, o critério de validade das normas categóricas é analiticamente distinto e empiricamente independente de sua eficácia (taxa de obediência geral) e eficiência (tendência de produção dos efeitos esperados). Tendo em vista que sua existência e operação completas se devem ao mundo empírico, o critério de validação de normas técnicas é coextensivo com a eficiência com a qual os cursos de ação tomados sob sua autoridade atingem os fins almejados. Por isso, se a validade no universo das normas categóricas é uma função da correção racional das normas e permanece absolutamente independente da eficiência das ações que determina para atingir essa ou aquela finalidade, como resultado o idealismo racionalista postula a impossibilidade de refutar seus projetos normativos por conta de incompatibilidade com a experiência concreta.⁵⁹ Na melhor das hipóteses, a experiência pode recomendar ajustes dos meios, mas não dos fins.

O comprometimento com a razão está, então, na essência da visão deontologista das normas, categóricas por definição, de direito fundamental.

⁵⁸ Além disso, Kant complementa: “O que é, então, que justifica uma disposição moralmente correta ou virtude em fazer reivindicações tão elevadas? Não é nada mais que a *porção* que suporta um ser racional na *concepção de leis universais*, através da qual ele se torna apto a ser membro de um possível reino de finalidades, que ele já destinou ser, por sua própria natureza, um fim em si mesmo, por essa razão, como legislar no reino das finalidades, livre com respeito a todas as leis da natureza, obedecendo somente àquelas às quais se doa e de acordo com as quais suas máximas podem pertencer a uma lei universal (à qual ao mesmo tempo se submete). Pois, nada pode ter valor além do conferido pela lei. Mas legislar, em si, que determina todo o valor, deve ter dignidade, ou seja, um valor incondicional e incomparável. E a palavra *respeito*, por si só, fornece uma expressão adequada de que um ser humano deve doar. *Autonomia* é, portanto, a base da dignidade da natureza humana e de toda natureza racional” (Kant, supra nota 34, p. 85).

⁵⁹ Mais adiante, Kant define: “A vontade é vista como a capacidade de determinar a si mesmo para agir em conformidade com a representação de certas leis. E tal capacidade pode ser encontrada somente em seres racionais. Agora, o que serve a vontade como a base objetiva de sua autodeterminação é um fim e esse, se dado somente pela razão, deve manter igualdade para todos os seres racionais. O que, por outro lado, contém meramente a base da possibilidade de uma ação cujo efeito é um fim chamado de meios. A base subjetiva do desejo é um incentivo, a base objetiva da volição é um motivo, por isso, a distinção entre os meios subjetivos, que se baseiam em incentivos e os fins objetivos, que dependem de motivos, que valem para todos os seres racionais. Os princípios práticos são formais se abstraírem de todos os fins subjetivos, e são materiais se os colocarem, e conseqüentemente certos incentivos, em sua base. Os fins de que um ser racional propõe a seu critério, como efeitos de suas ações (fins materiais), são todos somente relativos”. *Idid*, p. 78.

Mas o consequencialismo também postula ser racional. A diferença está no tipo de racionalismo que cada um defende. Como esclarecido acima, o consequencialismo baseia-se na razão de tipo instrumental, enquanto o deontologismo apoia-se na razão de tipo idealista e principiológica.⁶⁰

A partir do iluminismo europeu, o racionalismo moral e legal enxergou a razão como uma ferramenta para cavar um espaço para a autonomia e a dignidade humanas entre as forças usualmente opressoras da natureza, da tradição e da religião institucionalizada. Os direitos humanos é uma das mais proeminentes e encorajadoras conquistas da esperança na razão. Em reação, conservadores, predominantemente com um discurso baseado no paradigma consequencialista, chamaram atenção para a natureza sem propósito e descuidada da esperança na razão.

A razão, argumentam os conservadores ao longo da história, possui não mais do que uma existência espectral e acessória em nossas mentes, havendo provado desde Sócrates ter poder limitado e temporário, e sempre artificial e como impostora. Para a sensibilidade conservadora, uma vez desmitificada a razão deixa de merecer o prestígio que lhe é conferido, ficando claro que se trata, na melhor das hipóteses, de desperdício de tempo e, na pior das hipóteses, de inaceitável risco pessoal e social. Para conservadores, fora de sua aplicação instrumental, a razão é pouco mais que diversão intelectual ociosa reservada àqueles com as inclinações necessárias e poucas coisas importantes a fazer.⁶¹ O que dizer então daqueles que, mesmo confrontados por argumentos céticos

⁶⁰ Veja DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. 1977; HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discursive theory of law and democracy*. Tradução de William Rehg. MIT Press, 1996; veja também Idem. *The theory of communicative action: reason and the rationalization of society*. Tradução de Thomas McCarthy. Beacon Press, 1984 (oferece um relato poderoso da modernidade como um processo de racionalização progressiva da cultura da vida mundana contra a qual os agentes sociais engajam em prática comunicativa para reclamar explícita ou implicitamente a validade de suas asserções, validade esta a ser redimida com base no potencial racional das asserções).

⁶¹ Conforme escreveu David Hume: “Em uma palavra, a vida humana é mais governada pela fortuna do que pela razão, deve ser considerada mais como um passatempo chato do que como uma ocupação séria, e é mais influenciada por humor pessoal do que por princípios gerais. Devemos nos envolver com paixão e ansiedade? Não vale a pena tanta preocupação. Devemos ser indiferentes ao que acontece? Perdemos todo o prazer do jogo por causa de nossa frieza e falta de cuidado. Enquanto estamos racionalizando sobre a vida, a vida passa, e a morte, embora talvez seja percebida de maneira diferente por eles, ainda trata da mesma forma o tolo e o filósofo. Reduzir a vida a uma regra e método exatos é uma tarefa normalmente dolorosa e, muitas vezes, inútil: E não é também uma prova de que supervalorizamos o prêmio pelo qual competimos? Mesmo a racionalização tão cuidadosa sobre ela e definir com precisão sua ideia seria supervalorizá-la, se não fosse por isso, para alguns temperamentos, esta ocupação é uma das mais divertidas, em que a vida poderia possivelmente ser empregada”. HUME, David. *The sceptic*. In: *Essays moral, political, and literary*. Ed. T. H. Green & T. H. Grose. 1875. p. 321.

fulminantes e pelas lições da experiência, ainda mantêm fé na independência e no poder de razão idealista, utópica, conferindo-lhe não só o controle sobre existências individuais finitas, mas também sobre o destino potencialmente infinito da humanidade? A acusação conservadora contra o racionalismo legal e moral não é leve.

Em sua autocompreensão, o consequencialismo vê questões relativas à adoção como enxerga qualquer outra questão, como um *problema tecnicum*, pegando emprestado o vocabulário utilizado por Kant.⁶² Como um *problema tecnicum*, o desafio cognitivo enfrentado pela lei e pela política de adoção consequencialista-filantrópica era, e ainda é, o de descobrir meios eficientes que atingiriam as finalidades políticas, econômicas e culturais, entre outras, que se buscam promover através da adoção. Mais genericamente, e até hoje, os critérios do consequencialismo para a especificação de quais finalidades a serem buscadas permanecem delimitados por atributos da natureza humana (como a aversão à dor e às condições materiais suficientes para a sobrevivência), de estipulação interessada (como a de grupos religiosos ou étnicos), de interesses geopolíticos (como incentivos positivos ou negativos feitos por nações poderosas), e a lista continua. Por outro lado, para o deontologismo baseado em princípios, a questão da adoção é eminentemente um *problema morale*, irreduzível perante atributos naturais pré-reflexivos da espécie, interesses coletivos, geopolíticos e similares.⁶³ Trata-se, enfim, de uma questão que recai sob a jurisdição de normas categóricas indissociáveis da autonomia e dignidade de cada ser humano, jovem ou não.

⁶² KANT, Immanuel. *Toward perpetual peace*, em *practical philosophy*, nota supra 34, p. 311, 344. E isso é apesar do fato de que, estritamente falando, a raiz lógica do consequencialismo, conforme mostrada acima, é uma ética de convicção inconsistentemente disfarçada de ética de resultados.

⁶³ Em sua dissertação, *Toward perpetual peace*, Immanuel Kant escreveu: “Para que a filosofia prática seja consistente, é necessário decidir primeiro a questão se em problemas de razão prática deve-se partir de seu princípio material, o fim (como objeto de escolha), ou a partir de seu princípio formal, ou seja, o princípio (baseado apenas na liberdade em relações externas) de acordo com o qual se diz: Aja como possa desejar que sua máxima se torne uma lei universal (qualquer que seja o fim). (...) Este último princípio deve indubitavelmente vir antes, pois, como um princípio de direito, possui necessidade incondicional, onde o anterior necessita somente se as condições empíricas do fim proposto, sendo realizado, forem pressupostas. E mesmo se esse fim (*e.g.*, a paz eterna) também fosse um dever, ainda teria de ser derivado do princípio formal máximo de agir externamente. Já o primeiro princípio, o do moralista político (o problema do direito a um estado, o direito das nações e o direito cosmopolita), é um mero problema técnico (*problema technicum*), e o segundo, o do político moral, para quem é um problema moral (*problema morale*) está removido do outro em seu procedimento para levar à paz eterna, que agora é desejada não somente como um bem natural, mas também como uma condição que surge do reconhecimento do dever”. Kant, nota supra 62.

Na medida em que enfrenta problemas de ajuste entre meios e fins, a adoção deontológica nunca perde de vista a finalidade moral de proteger todos os jovens privados de autêntica relação pais-filhos. E o faz, por exemplo, com o melhor entendimento de um direito humano a ser adotado cujos sujeitos são jovens que em si incorporam plenamente o valor de uma dignidade inerente e irreduzível.⁶⁴ Por isso, sob esse paradigma da adoção, princípio e conveniência (quer seja dos adotantes, de Estados, de raças, de etnias, de religiões etc.) se contrapõem. Para deontologistas, o problema de jovens sem pais vivos, presentes ou cuidadosos não é de mera sobrevivência ou de como envolvê-los em uma causa política, cultural ou étnica maior. Pelo contrário, a permanência de jovens sem pais nas ruas, em instituições ou como apêndices em ambientes familiares em que não são filhos e filhas constitui potencial violação de seus direitos humanos.

Uma explicação sobre como o deontologismo da adoção foi capaz de escapar das concepções e usos da adoção que são tão profundamente enraizados na cultura, na sociedade e nas leis extrapolaria o alcance dos argumentos deste artigo. Aponto somente o fato intelectual-histórico de que a razão deontológica é crítica. Ao contrário da razão instrumental, que por definição insere-se no contexto em que opera, a razão idealista floresce ao distanciar-se da tirania dos contextos imediatos e suas muitas miopias, analisando-os à distância para só então ressurgir em contextos como uma força crítica e reformadora.

Os princípios autogerados pela razão devem, no paradigma deontológico em questão, reger a opinião sobre os méritos dos acordos e convenções sociais, ter preferência sobre conteúdos cognitivos recebidos irrefletidamente pela mente, bem como pairar soberanamente sobre meras relações estratégicas com o mundo. Submersa no tempo histórico, vivendo do primeiro ao último instante entre as coisas do mundo — e enredada em um corpo perecível somente com instrumentos sensoriais rudimentares para capturar o mundo exterior —, a condição humana pareceria ter pouco a recomendar a si mesma não fosse pelos poderes transcendentais da razão crítica e imaginativa. Sustentada por elas, a experiência humana é capaz de uma dissociação tripla da

⁶⁴ Quanto a teorias jurídicas da dignidade veja-se, por exemplo, BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011; e BARROSO, Luis Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

natureza, da tradição e da religião quando quer que estas se ponham entre a humanidade e todo o bem que esta pode realizar.

No molde kantiano, esta independência da razão crítica e imaginativa torna-se possível por meio de procedimentos mentais que assumem duas formas básicas: a da análise, purificação, sistematização e adjudicação de dados coletados a partir das experiências sensoriais e, segundo, a da criação autônoma de conteúdos normativos irreduzíveis a dados da experiência, incluindo as tradições herdadas.⁶⁵ Como adjudicadora e organizadora dos dados recebidos da experiência, a consciência corrige distorções e lima as dissonâncias representacionais. Como geradora dos conteúdos ideacionais prescritivos, a consciência alcança tal dignidade exatamente através de sua autonomia — quer dizer, através de normas autogeradas —, o que garante o *status* de obrigatoriedade a esses conteúdos ideacionais.⁶⁶ Para Kant, a partir da fundação criada por esta muralha contra a opressão pela natureza, tradição ou religião, a humanidade clama por controle mais amplo sobre sua própria evolução, um controle cujo principal mecanismo é encontrado na formatação deontológica da cultura, das instituições e das práticas sociais. Este compromisso de avaliar e prescrever para o mundo a partir de um ponto de vista de dissociação crítica permitiu à perspectiva deontológica no âmbito do instituto da adoção escapar do peso ideológico e retórico do consequencialismo filantrópico.

A crença na independência parcial da razão e em seu poder para mudar o mundo coloca o deontologismo sob grande pressão para abstrair do tempo biográfico em favor do tempo histórico. A pressão para focar em *longue durée* e não em conjunturas se relaciona à ênfase do deontologismo no universalismo moral e é composta por duas crenças: a primeira, de que os eventos surgirão adequadamente em rades evolucionários somente na linha do tempo da história, e a segunda, de que o ponto de vista da espécie é o único a partir do qual podemos falar de maneira inteligente sobre regresso ou progresso. Kant assim escreveu:

a natureza humana é tal que não pode ser indiferente até mesmo quanto à época mais remota que pode vir a afetar nossa espécie, desde que tal época possa ser esperada com certeza. E, no caso em questão, é

⁶⁵ Veja KANT, Immanuel. *Critique of pure reason*. Trans. J. M. D. Meiklejohn. Encyclopaedia Britannica, 1952; Kant, supra nota 30, em 37-108.

⁶⁶ As duas críticas iniciais são as fontes canônicas de ambas as formas de procedimentos autoabsorvidos da mente.

especialmente difícil ser indiferente, pois parece que podemos, através dos nossos próprios projetos racionais, acelerar a chegada desse período, que será bem recebido pelos nossos descendentes. Por esta razão, até os sinais mais fracos desta abordagem serão extremamente importantes para nós.⁶⁷

Não é portanto surpreendente que a adoção como direito humano pressuponha o ponto de vista das espécies, tanto nos contextos nacionais quanto global. Entretanto, apesar da pressão em favor de progresso moral a longo prazo, o deontologismo da adoção não se descuida do aqui e agora daqueles privados da relação pais-filhos. Não há mistério neste fato, já que grandes movimentos da história, bem como a implementação de conceitos universais, ocorrem a passos curtos e concretos, uma pessoa por vez. Além disso, a dignidade inerente a cada pessoa jovem e seu direito fundamental de ter pai(s)/mãe(s) amáveis interpostos entre ele e a vulnerabilidade esmagadora característica de suas vidas como jovens pessoas somente podem ser redimidos no nível biográfico de cada jovem.

Como, no entanto, na esfera mais íntima da consciência humana, o racionalismo utópico orquestra os diversos movimentos de aproximação e dissociação exigidos pelo, de um lado, fato de indivíduos pertencerem ao mundo animal e viverem em contextos concretos e, do outro, que, apesar disso, eles ainda reclamam uma especificidade suficiente para dar acesso a uma vida governada pela transcendência de normas categóricas e universais? Como podemos reconciliar a finitude da natureza e do contexto com o espírito humano que busca a infinitude? Talvez não exista em todo o *corpus* deontológico uma única passagem comparável à seguinte, onde Kant reconhece que o dilema existencial significa ser destinado a viver no limbo entre o físico e o suprafísico:

Duas coisas preenchem a mente com admiração e reverência cada vez mais novas e crescentes, quanto mais constante e frequentemente refletimos sobre elas: *o céu estrelado sobre mim e a lei moral dentro de mim*. Não preciso buscá-los e meramente conjecturá-los como se estivessem velados na obscuridade ou na região transcendental além do meu

⁶⁷ KANT, Immanuel. Idea for a universal history with a cosmopolitan purpose. In: *Political Writings* 41, 50. H. S. Reiss ed., H. B. Nisbet trad. Cambridge Univ. Press, 1970. [1784].

horizonte, vejo-os em minha frente e imediatamente os conecto com a consciência de minha existência. A primeira começa a partir do lugar que eu ocupo no mundo externo de sentido e estende a conexão com a qual eu me posiciono em uma magnitude sem limites com mundos sobre mundos e sistemas de sistemas, e mais importante ainda sobre os tempos infinitos de seus movimentos periódicos, seu início e sua duração. A segunda começa a partir do meu ser invisível, da minha personalidade, e me apresenta em um mundo que possui infinita verdade, mas que pode ser descoberto somente pelo entendimento, e eu percebo que minha conexão com esse mundo (e a partir daí como todos os mundos visíveis) não é meramente contingente, como no primeiro caso, mas universal e necessária. A primeira visão de uma multidão incontável de mundos aniquila, como era, a minha importância como uma *criatura animal*, que após ter sido por um curto período provida de força vital (não se sabe como) deve devolver ao planeta (um mero cisco no universo) a matéria da qual se originou. A segunda, pelo contrário, infinitamente eleva meu valor como uma *inteligência* pela minha personalidade, na qual a lei moral me revela uma vida independente da animalidade e até mesmo de todo o mundo sensível, pelo menos até que isso seja inferido da determinação intencional da minha existência por tal lei, uma determinação não limitada às condições e padrões desta vida, mas alcançando o infinito.⁶⁸

Contra a instrumentalização do consequencialismo na adoção, o deontologismo na adoção oferece a universalidade da ideação normativa produzida pela razão crítica e imaginativa. Contra a *physei* (ordem natural), o deontologismo afirma a *thesis* de uma ordem resultante da operação da razão crítica. Contra a expansão tradicionalista da jurisdição de normas sociais através da percepção de sua utilidade, o deontologismo postula o universalismo das normas deduzidas dos procedimentos autoabsorvidos da razão. Pois a razão por si só possui o poder de produzir — contra corpos em decomposição, inundação sensorial por dados físicos e formas ofuscantes de consciência — um universalismo normativo irresistível tal como o dos direitos humanos. Através dos direitos humanos, os particularismos socialmente construídos de soberania, partidarismo político, características étnicas/raciais/

⁶⁸ Kant, Critique of practical reason, nota supra 34, p. 133, 269-270.

religiosas, interesses econômicos e concepções reducionistas do bem-estar das crianças são postos sob imensas demandas justificatórias. Demandas que o consequencialismo filantrópico é incapaz de atender.

Sem dúvida, o paradigma da adoção como direito humano preocupa-se tanto quanto a perspectiva consequencialista da adoção com os riscos inerentes à adoção e, de maneira mais ampla, a todos os meios biológicos e adotivos de paternidade. Ambos condenam veementemente o tráfico humano e a transformação do ser humano em mercadoria, e nenhum deles advoga indulgência em relação aos que praticam tais atos. Existem, no entanto, pelo menos quatro diferenças no modo como esses paradigmas enfrentam os riscos de adoção e da paternidade de modo geral.

Primeiro, a perspectiva da adoção como direito humano está a par do fato de que negligência e abuso de jovens ocorrem, proporcionalmente, muito mais no contexto da paternidade biológica do que na paternidade adotiva. Segundo, a perspectiva dos direitos humanos não pensa que a solução para abusos na paternidade adotiva ou biológica é alcançada através da suspensão em massa da paternidade biológica ou adotiva. Terceiro, a adoção como direito humano consegue enxergar violações aos direitos fundamentais através do véu dos discursos filantrópicos e preventivos, pois o deontologismo tem conhecimento da instrumentalização da adoção por interesses estatais, políticos, étnicos, raciais, religiosos e econômicos ou de concepções reducionistas do bem-estar da criança, e também tem conhecimento da constante reinvenção dos preconceitos contra a adoção. Por último, ao contrário do consequencialismo da adoção, a perspectiva da adoção como direito humano é a favor de proteção legal e de mecanismos de execução que tratem os abusos no contexto da adoção sem causar violações ainda maiores aos direitos humanos dos jovens sem pais.

4. Adoção internacional e o direito de ser adotado

A. O direito fundamental de ser adotado

“As fronteiras possuem guardas e os guardas possuem armas”, escreveu Joseph Carens em um importante artigo fazendo a defesa moral da abertura das fronteiras nacionais.⁶⁹ Na legislação sobre adoção internacional, os países

⁶⁹ Carens, nota supra 41, p. 251.

têm o monopólio sobre sua população e espera-se que policiem contra “o sequestro, a venda ou o tráfico de crianças”.⁷⁰ Esta postura revela o poder do consequencialismo conservador no campo da adoção e ignorância dos fatos da adoção internacional. Sob a égide da Convenção de Haia sobre Adoção Internacional, os jovens privados de relação pais-filhos são objetificados e comoditizados, seus destinos vistos através das lentes do policiamento de fronteiras, do protecionismo, do orgulho nacional e do fetichismo cultural. Contrariamente, a adoção como direito humano vê na objetificação e na comodificação uma violação insanável de seus preceitos.

A estrutura do direito dos jovens sem pais de serem adotados pode ser assim detalhada nos termos da teoria dos direitos fundamentais como incorporação de valores:

O direito de crescer como filho ou filha em uma boa família protege a dignidade e o diapasão de potenciais humanos incorporados em cada jovem:

- (1) *Alocando aos jovens e seus defensores legitimidade para reclamar esse direito.*
- (2) *Criando a obrigação para que as organizações internacionais e os estados promovam de maneira séria, constante e ao máximo possível a garantia dos direitos, privilégios, poderes e imunidades que constituem a inteireza deste direito.*
- (3) *Criando a obrigação para que as organizações internacionais e os estados remediem, através da combinação de medidas compensatórias retrospectivas e esforços prospectivos, qualquer violação deste direito.*

Onde:

- (1) *A falta de acesso cosmopolita dos sem-pais ao instituto da adoção constitui uma grave violação da dignidade humana e do potencial para florescer que neles habita.*

Desse modo, a essência do direito dos sem-pais de serem adotados é redefinida como a proteção do valor da dignidade humana e o potencial para florescer personificado ou incorporado em cada jovem.

Preconceito considerável contra a adoção sempre existiu. Na era moderna, e até recentemente, a adoção, quando conhecida fora da privacidade da família, levava a uma confissão pública da incapacidade reprodutiva, e ser

⁷⁰ IAC, nota supra 8, art. 1º (b).

adotado carregava as marcas da rejeição e o estigma da condição de segunda classe. Mesmo no século XXI, o preconceito quanto à adoção marca presença nas leis e políticas de adoção. É claro, o preconceito contra a adoção esconde-se atrás de sensibilidades filantrópicas e da retórica dos direitos humanos, mas não resta dúvida de que continua a existir. Para dar um exemplo, não só é aceitável, mas é mesmo uma fonte de prestígio social para profissionais da medicina e empresas ligadas à saúde ao redor do mundo, lucrar bilhões de dólares a cada ano ao redor do mundo fornecendo serviços de reprodução biológica.⁷¹ No entanto, é considerada uma falha grave quando profissionais e empresas que fornecem serviços de adoção prosperam em suas atividades.

Também, historicamente, a população era vista como o recurso natural mais precioso para qualquer Estado-nação ou nação a se tornar Estado. Historicamente, Estados criaram soldados e trabalhadores com a maior população possível. Com a descolonização ao longo do século passado, esta instrumentalização de populações tomou novas cores, pois as sensibilidades pós-coloniais criaram novo conceito para essa abordagem de jovens como recurso natural e passaram a vê-los como portadores de raça, religião ou herança cultural.⁷² Isso levou tragicamente ao aprisionamento de jovens em instituições e em relações domésticas abusivas como preferível a serem adotadas por famílias residentes para além de suas fronteiras. Apesar do risco muito maior tanto em números absolutos quanto proporcionais de abuso no contexto da paternidade biológica, ninguém parece advogar contra a moratória da reprodução biológica como um modo aceitável de tratar os milhões de casos, todos os anos, de negligência e abuso dos jovens por seus pais biológicos. No entanto, uma manchete negativa é suficiente para levar o mundo a pedir pela moratória da adoção (sob o termo favorito “proteção”).

Jovens são sujeitos individuais e plenos de direitos humanos. Por serem silenciosos e, aqueles em orfanatos ou escondidos atrás das paredes de famílias abusivas, também invisíveis, muitos defensores autoindicados

⁷¹ De acordo com um analista de previsão de mercado, a indústria de reprodução tecnológica nos Estados Unidos estimou alcançar \$ 9,8 bilhões em 2009. Veja *Human reproductive technologies: products, markets and manufacturers, report highlights*. BBC Research. Disponível em: <www.bccresearch.com/report/HLC017C.html>. Último acesso: 17 mar. 2011. Veja também *The big business of fertility* (American Public Media broadcast Oct. 4, 2010). Disponível em: <http://marketplace.publicradio.org/www_publicradio/tools/media_player/popup.php?name=marketplace/pm/2010/10/04/marketplace_cast2_20101004_64&starttime=00:07:27.500&endtime=00:09:16.0>; DREIFUS, Claudia. An economist examines the business of fertility. *N.Y. Times*, 28 fev. 2006. F5.

⁷² Veja JACOBSON, Heather. *Culture keeping: white mothers, international adoption, and the negotiation of family difference*. 2008 (trazendo um estudo nuançado e cuidadoso dos modos como a assimilação pode ser um fenômeno ambíguo na adoção transcultural).

sentem-se livres para diminuir seu sofrimento. Esta atitude, quando expressada ou feita pelos estados e organizações internacionais, é ilegal sob a lei de direitos humanos como bem se sabe, e uma desgraça moral. Neste artigo eu critiquei, do ponto de vista da adoção como direito humano, a posição consequencialista-filantrópica adotada pelo Unicef, pela Convenção de Haia e várias organizações de cuidado e advocacia para jovens. Um estudo realizado pela Joint United Nations Programme encontrou mais de 16 milhões de órfãos tanto de pai quanto de mãe somente na África, Ásia e América Latina.⁷³ Apesar disso, o relatório de 46 páginas menciona a adoção somente duas vezes, e de maneira inadequada, na forma de substitutos locais improvisados à adoção.⁷⁴ No mesmo relatório, a institucionalização é chamada eufemisticamente de “Centro para Crianças Órfãs”, “Escola Comunitária”, “Creche”, “Centro para Crianças” e similares.

Já afirmei que condenar a visão da adoção internacional de instituições como o Unicef não é questionar as boas intenções ou a seriedade do propósito dessas instituições.⁷⁵ O problema é mais profundo, repousando nas visões apoiadas pela estrutura do pensamento consequencialista que confundem as concepções dos direitos humanos e a dignidade inerente e plena do jovem. Tais visões também traem um grande conservadorismo imaginativo e institucional.

Desde o século XV, batalhas para unificar e consolidar Estados-nação resultaram em esforços para criar exércitos e mão de obra grandes e substituíveis. Como notado acima, da perspectiva dos incipientes países de então, o primeiro e mais importante recurso natural era sua população e a maior prioridade política era a gestão populacional. “‘O objeto principal de minha política’, declarou Joseph II no século XVIII, era ‘a preservação e o aumento do número de súditos. ‘É’, acrescenta ele, ‘do maior número de súditos que se originam todas as vantagens do Estado.’”⁷⁶ Esta visão se tornou parte do

⁷³ JOINT UNITED NATIONS PROGRAMME ON HIV/AIDS et al. *Children on the Brink 2004. A Joint Report of New Orphan Estimates and a Framework for Action 11* (2004).

⁷⁴ *Ibid.*, p. 15, 20 (“Existe uma necessidade urgente de assegurar que um cuidado baseado na família seja disponibilizado para essas crianças, seja através do apoio aos familiares, lar substituto (*foster care*), adoção local ou organizações comunitárias integralmente interligadas à comunidade.... Para crianças que escapam da rede de proteção da família, soluções alternativas preferíveis ao cuidado institucional tradicional incluem a colocação em lares substitutos, adoção local, grupos familiares substitutos integrados às comunidades e cuidados residenciais em grupos menores, em ambientes similares a um lar.”)

⁷⁵ BARROZO, Paulo. The child as a person. 1 *Global Pol’y*, 228, 2010.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 228. Citado também em BLANNING, Tim. *The pursuit of glory: the five revolutions that made modern Europe 1648-1815*. 2007. p. 41.

DNA político dos Estados-nação e, após a Segunda Guerra Mundial, de suas criaturas: organizações internacionais como o Unicef. Na segunda metade do século XX, as ideologias de gestão populacional eram compostas pela inabilidade ou pela falta de vontade de transcender a resistência do bairrismo e do culturalismo em favor dos direitos humanos dos jovens como sujeitos plenos de direitos humanos. Não se pense que é fácil honrar mandatos tão importantes como os relativos aos direitos humanos dos sem-pais quando instituições se veem profundamente divididas entre valores e lealdades contraditórias, como é o caso do consequencialismo-filantrópico do Unicef. O resultado é tão claro quanto trágico, pondo atores como o Unicef como coadjuvantes na maior catástrofe humanitária de nosso tempo.

Por outro lado, por vários motivos, nunca foi melhor ser jovem do que hoje em dia, embora a evolução do *status* jurídico e moral dos jovens tenha sido lenta. Levou milênios para as crianças progredirem de pouco mais que mão de obra e recursos transacionais para suas famílias e recursos econômicos e militares para os estados. Mais tarde, os jovens passaram a ser vistos pela sensibilidade pós-colonial como entidades mediúnicas; como meros carregadores de etnias, raças, culturas e religiões.

Nos dias de hoje, porém, na maior parte do mundo, as crianças atingiram o *status* legal de objetos de proteção por parte das famílias, das sociedades e dos países relativamente recentemente. Vinte anos atrás, o arco desta evolução alcançou o ponto de considerar o jovem como um sujeito independente e individual de direitos humanos. Mas os estágios mais iniciais da evolução do *status* legal e moral dos jovens nunca foram totalmente substituídos. O resultado é a concepção truncada e ambígua dos jovens como sujeitos de direitos humanos ao mesmo tempo que instrumentos de interesses alheios à dignidade inerente deles. Esta concepção truncada e ambígua é encontrada no manto retórico e na visão de mundo do consequencialismo-filantrópico na adoção.⁷⁷

Ao longo da história, a adoção tem sido instrumentalizada dentro de um cenário em constante mudança e altamente adaptável de caridade ou humanidade, e contra o histórico de regulamentação que rastreia de perto as demandas da instrumentalização e da caridade em cada passo. Contra isso,

⁷⁷ Uma reflexão filosófica ainda mais sofisticada sobre a adoção tende a ceder à atração do paradigma consequencialista vestido com o discurso da adoção. Veja, por exemplo, SHANLEY, Mary Lyndon. *Toward new understandings of adoption: individuals and relationships in transracial and open adoption*. In: *Child, family, and state*. Stephen Macedo & Iris Marion Young eds., 2003. p. 15.

o paradigma deontológico da adoção proclama que a única forma de inserir o amor como amortecimento entre o jovem em sua vulnerabilidade e o duro mundo em que vivemos é reforçando o direito fundamental dos sem-pais de serem adotados.

Tese central deste ensaio é que, em razão da centralidade do crescer em boas famílias para poder plenamente desfrutar no presente e no futuro dos direitos humanos, a falta de acesso dos sem-pais a uma boa família através da adoção constitui uma grave violação da dignidade humana e do potencial de florescer que incorporam. Esta violação gera a obrigação por parte do Estado e de organizações internacionais de garantir o direito à adoção, e de remediarem, mediante uma combinação de remédios compensatórios retrospectivos e esforços prospectivos, qualquer violação dessa obrigação.

B. Violações positivas e negativas

Como os estados, as organizações internacionais e outras entidades cumpririam o direito daqueles privados de autêntica relação pais-filhos de serem adotados? Já que o ato de adotar é inerentemente voluntário, e assim deve permanecer, a obrigação por parte das instituições está em fazer tudo que está sob seu alcance para promover e facilitar a adoção, e quando o jovem encontra ou é encontrado por uma boa família que está disposta a adotar, as instituições devem apoiar sua reunião como família no menor período de tempo possível. Isso parece suficientemente óbvio, mas aqueles que estão familiarizados com a adoção de modo geral e a adoção internacional em particular sabem bem que a rotina diária da adoção é ter jovens sem pais institucionalizados e potenciais pais ansiosos e amorosos mantidos separados por burocracias, países, organizações internacionais e organizações de assistência à criança.

A razão pela qual essas instituições parecem capazes de escapar das consequências das violações em massa e generalizadas que perpetraram contra os direitos humanos possui três raízes conectadas. Primeiro, elas operam em um ambiente cultural dominado pela concepção consequencialista-filantrópica da adoção, uma concepção que, conforme discutido acima, esvazia os direitos dos sem-pais. Em segundo lugar, essas instituições empregam uma retórica assistencialista e de direitos humanos capaz de entorpecer os observadores já infectados pelo paradigma consequencialista-filantrópico. Finalmente, eles até o momento saíram impunes das violações cometidas contra os direitos

humanos porque sua atuação é percebida como indireta, o que significa que eles tendem a operar, tal como o Unicef, negativa e positivamente em nível estrutural.

As seções anteriores trataram das duas primeiras raízes da violação. Nesta seção final volto-me às estruturas positivas e negativas da violação.

Os deveres criados pelo direito humano dos jovens privados de pais — de pais presentes e efetivamente no exercício da paternidade — de serem adotados não são satisfeitos simplesmente pela pureza das motivações caridosas ou humanitárias, ou com o revestimento da retórica de direitos humanos. Especialmente no contexto da adoção internacional, deve-se prestar atenção aos modos positivos e negativos de violação do direito de ser adotado. Em um mundo permeado por tragédias causadas por boas intenções, é muito importante entender a operação das estruturas de violação que agem pelas costas ou por intermédio dos bem-intencionados. Argumentei no presente artigo que o jovem possui dignidade e potenciais centrais para a adoção deontológica. É exatamente o elemento deontológico desta ideia que permite a crítica aos cursos de ação, aos predicamentos individuais ou coletivos, às estruturas sociais e às escolhas políticas e legais que os orientam.

As causas estruturais ou as condições de violação do direito de ser adotado podem ser negativas ou positivas. As estruturas negativas funcionam através da restrição ou do filtro às oportunidades para escapar às violações dos direitos humanos, ou pela provisão insuficiente de condições favoráveis a tais violações. As estruturas positivas, por outro lado, põem em prática e em movimento as causas e as condições de violações de direitos, ou de outro modo forjam as próprias formas de engajamento coletivo nas quais tais violações desenvolvem-se.

A ideia de vulnerabilidade mencionada na parte 1 deste artigo está intimamente ligada às estruturas positiva e negativa.⁷⁸ A rejeição da vulnerabilidade assume duas expressões. A primeira rejeita a vulnerabilidade como um componente intrínseco da condição humana e responde a essa condição com *ataraxia* — tranquilidade e suspensão de julgamento nas antigas tradições pirrônicas e epicuristas —, voo mental e evasão prática. Em oposição direta a essa concepção, a segunda expressão da rejeição da vulnerabilidade engloba as alegrias e os riscos do engajamento humano intelectual, moral e prático, e foca na imaginação de estratégias do fortalecimento e emancipação dos

⁷⁸ Veja a nota 7 supra e o texto que a acompanha.

vulneráveis. É nessa segunda expressão que a preocupação com a vulnerabilidade é mais bem entendida no contexto dos dons e dignidade humanos que o direito humano de ser adotado busca proteger e promover.

Considere primeiro as estruturas negativas das violações. Em *The subjection of women*, J. S. Mill oferece a visão de que as instituições nunca surgem a partir de um ponto inicial totalmente isonômico para seus membros. Quando elas chegam à vida social, as instituições cristalizam acordos sociais e padrões distributivos preexistentes. Mill escreve que

as leis e os sistemas da política sempre começam por reconhecer as relações existentes entre os indivíduos. Eles convertem o que era apenas um fato físico em um direito, concedem a sanção da sociedade e, principalmente, visam meios públicos e organizados de garantir e proteger tais direitos em substituição aos conflitos irregulares e ilegais com base na força física. Aqueles que eram forçados a obedecer passam a ser juridicamente obrigados a fazê-lo.⁷⁹

Quando o regime atual de adoção internacional baseado na Convenção de Haia foi estabelecido, ele encontrou milhões de jovens sem pais ao redor do mundo e poderosos interesses políticos e culturais tentando posicionar-se entre esses jovens e os bons pais disponíveis no cenário global. Não resta dúvida que, pelo menos até o momento, o espírito e a implementação do sistema de Haia alinhado a poderosos interesses políticos e culturais prolongam e tornam permanentes a institucionalização, a colocação provisória ou a ausência de lar de dezenas de milhões de jovens sem pais. E os mecanismos utilizados para chegar a essa violação em massa dos direitos fundamentais são estruturas essencialmente negativas, na forma de estruturas jurídicas, escolhas de implementação, realocação de fundos e moratória parcial ou completa do instituto da adoção.

Mill também explica as sutilezas da interação entre estruturas e formas de consciência em sua dinâmica voluntária, uma interação que está sempre escondida atrás da opacidade de mecanismos de coesão social e padrões comportamentais. Falando ainda da situação das mulheres no século XIX, Mill aponta para o modo como a estrutura social em que elas estão inseridas negativamente influencia suas oportunidades de escapar do sofrimento,

⁷⁹ MILL, John Stuart. *The subjection of women*. 1869. p. 8-9.

tornando-as, ao contrário, mais vulneráveis à crueldade e à exploração. Conforme ele define de forma dramática o problema, “o sexo é uma exclusão peremptória para todas as mulheres”.⁸⁰ Uma forma de exclusão que, em razão da operação em grande parte furtiva e negativa de seus componentes estruturais, permanece não vista. Invisíveis, suas vítimas são então condenadas ao “sentimento de uma vida desperdiçada”⁸¹ e a sofrer sem a solidariedade do resto da humanidade. A condição de ser mulher representa para as mulheres o que a condição de não ter pai(s)/mãe(s) representa para os jovens, ou seja, uma exclusão peremptória.

A crítica de Mill chama a atenção para o modo como as estruturas negativas operam para manter o *status quo*. Ele fala sobre a “experiência cruel” daqueles que historicamente tentaram opor-se aos mecanismos da infelicidade humana, e sobre como sua insubordinação bateu de frente com a força da lei e com todo o aparato das normas sociais e dos preconceitos estabelecidos. Responsáveis por uma insurreição ideológica e prática contra os poderes da estrutura negativa, os rebeldes apareceram “aos olhos daqueles aos quais eles se opuseram... não somente culpados de um crime, mas do pior de todos os crimes”.⁸² Muitos defensores e atores da adoção doméstica e internacional continuam a sofrer o mesmo destino desses rebeldes do passado.

Com os mecanismos práticos e institucionais das estruturas negativas da violação — o mais importante deles, no contexto da adoção internacional, sendo o conservadorismo do consequencialismo filantrópico e de suas leis e políticas de adoção —, vem seu componente ideológico que influenciou a pergunta feita por Mill: “já existiu alguma dominação que não pareceu natural àqueles que a exerciam?”.⁸³ Essa questão para Mill referia-se ao “fanatismo com o qual os homens se voltam às teorias que justificam suas paixões e legitimam seus interesses pessoais”⁸⁴ e ao fato de que “o poder tem uma fala mansa e, àqueles que oprime, sempre finge fazê-lo para seu próprio bem”.⁸⁵ Não se poderia definir melhor a natureza e o efeito do bloco ideológico do consequencialismo filantrópico sobre as difíceis realidades de não ter pais.

A análise feita por Mill das estruturas negativas que impactam as mulheres no século XIX é prática e perfeitamente transferível à condição dos

⁸⁰ *Ibid.*, p. 187.

⁸¹ *Ibid.*

⁸² *Ibid.*, p. 13.

⁸³ *Ibid.*, p. 20-21.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 21.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 92.

jovens sem pais de nosso tempo. No caso dos sem-pais, assim como o das mulheres que Mill tinha em mente, os aparatos sociais e jurídicos são reforçados pela combinação da impossibilidade de ação coletiva causada pela dispersão dos agentes diretamente interessados com a proximidade com a qual estes mesmos agentes são mantidos dos microagentes das estruturas negativas de violações do direito humano de ser adotado. No caso da adoção, os microagentes são os muitos defensores e protetores putativos das crianças que surgem para defender sua objetificação e instrumentalização.

Já as estruturas positivas de violação causam o mesmo efeito através de outros meios. O ponto central aqui é o fato de que as estruturas positivas agem através da ação difusa dos arranjos macrossociais e estruturas legais que proativa e diretamente violam o direito humano dos jovens sem pais de serem adotados. Essa força causal de estruturas positivas já figurava em Platão, como ilustrado pelos diálogos iniciais em *Leis*.⁸⁶ Na operação das estruturas positivas, tais como o esquema de Autoridades Centrais na adoção internacional ou na campanha aberta e por trás dos panos feita pelo Unicef pela moratória da adoção, os complexos causais impessoais, muitas vezes inevitáveis e furtivos estabelecidos e levados adiante por essas estruturas, levam à violação dos direitos de milhões de jovens de crescerem em uma boa família. E tanto quanto as estruturas negativas, as positivas também atraem uma contrapartida ideológica na forma de mecanismos de racionalização, legitimação e dissimulação.

A razão crítica e deontológica é então instada a romper o nevoeiro ideológico e iluminar as bases materiais e ideacionais das estruturas positivas e negativas das violações do direito de ser adotado. Somente aqueles preparados para pagar um enorme preço intelectual podem deixar de ver a perversão dos mecanismos sociais impessoais de exclusão, exploração, pauperização e humilhação dos jovens sem pais. Infelizmente, existem muitos no campo da adoção que estão dispostos a pagar esse preço.

⁸⁶ PLATÃO. *The laws*. Tradução de Trevor J. Saunders. Penguin Books, 2004. p. 13. (350 AC) (“O legislador deve supervisionar essas pessoas em todos os estágios, e conferir-lhes marcas de honra ou desonra. Sempre que se associarem, eles devem observar suas dores, prazeres e desejos, e observar suas paixões em toda sua intensidade. Eles devem usar essas leis como instrumentos para a atribuição adequada de louvor e culpa.”).

5. Conclusão

Cada um de nós chega ao mundo como estruturas biológicas. Obviamente, isso é acompanhado de um tipo profundo de vulnerabilidade, ao qual os indivíduos e a sociedade atendem ao colocar as condições mínimas de manutenção da vida no topo de suas prioridades. Reconhecendo isso, é também essencial compreender que tudo o que somos não pode ser reduzido à estruturação biológica; existem capacidades humanas que podem e devem ser protegidas, cuidadas e orientadas para a vida. Quando isso ocorre, os indivíduos e a espécie como um todo vivenciam o tipo de transcendência que transborda as bases biológicas da vida. Por causa da importância que dão ao colocar o amor no centro da experiência da vulnerabilidade biológica e existencial, torna-se transparente a razão pela qual boas famílias ocupam uma posição privilegiada nas dimensões biográficas e sociológicas da vida da espécie humana.

Portanto, a ubiquidade do problema de jovens privados da relação filhos-pais e da universalidade do direito humano fundamental de crescerem como filha ou filho em uma boa família requer nada menos do que uma resposta igualmente ubíqua e universal, quer dizer, verdadeiramente cosmopolita. Crianças sem pais e pais potenciais ao redor do mundo devem encontrar-se, independentemente de país, raça ou cultura. A adoção global é o mecanismo institucional preeminente para fazer isso acontecer.

A adoção completa (ou a guarda permanente com adoção *de facto* onde as leis domésticas não permitirem que parentes próximos adotem formalmente) por membros da família é normalmente melhor que outros tipos de adoção, desde que as condições gerais da adoção sejam atendidas e que a adoção seja baseada na confiança, na lealdade, no cuidado e no amor já existentes ou em tangível estágio embrionário.

Porém, o limbo existencial de *status* incerto em que jovens frequentemente encontram-se ao serem alocados a parentes ou na comunidade não é um substituto para o relacionamento pais-filhos. Muito comumente, a colocação de crianças no lar de parentes ou de alguém da comunidade significa pouco mais que trabalho infantil doméstico gratuito sob a praticamente inapelável autoridade do tipo paternal. Isso não substitui a experiência de crescer como filha ou filho amado.

Em termos legais, morais e políticos faz portanto toda a diferença abordar a crise humanitária global da privação da relação pais-filhos a partir de uma perspectiva deontológica discernente, ao contrário do consequencialismo

filantrópico característico do paradigma hoje ainda dominante da adoção, que torna jovens privados da relação pais-filhos em instrumentalidades de sangue, raça, cultura, herança ou política.

Os direitos humanos do jovem rejeitam a vulnerabilidade, o sofrimento, a arregimentação institucionalizada, os limbos de *status* e o isolamento evitáveis dos jovens privados da relação pais-filhos. Já que os efeitos da institucionalização, do abandono e de *status* de segunda classe normalmente impedem as crianças de aproveitar a maioria dos seus direitos no presente e no futuro, o direito de crescer em uma família é uma precondição para o gozo pleno de seus demais direitos humanos.

Jovens privados da relação pais-filhos estão entre as minorias mais insulares e silenciadas de todo o mundo, constantemente sujeitas ao duto orfanato-abrigo-hospital-cadeia. Até que encontrem uma boa família para si, jovens fora da relação pais-filhos vivem sob vulnerabilidade e dependência esmagadoras em relação ao seu país e às instituições e organizações que alegam representá-los enquanto agarram-se à objetificação e instrumentalização de velhas concepções e preconceitos.

Quando amados como filhas e filhos por uma boa família, a vulnerabilidade objetiva da vida neófita é vivenciada subjetivamente pelo jovem na forma de cuidado, proteção, confiança e afeto. Esta experiência subjetiva comunica-se com a dignidade inerente a cada jovem como sujeito pleno de direitos humanos, e possibilita o melhor ambiente para a expansão e o desenvolvimento de suas capacidades e dotes humanos.

Uma vez apresentados os fundamentos jusfilosóficos da adoção de direitos humanos, cinco principais distinções emergiram entre a adoção como direito humano e a visão tradicional da adoção. Primeiro, a perspectiva da adoção como direito humano reconhece o fato de que negligência e abuso de jovens são proporcionalmente e em termos absolutos mais frequentes no contexto da paternidade e maternidade biológica do que no da paternidade e maternidade adotiva. Segundo, a perspectiva dos direitos humanos não pensa que a solução para abusos na paternidade e maternidade adotiva ou biológica é alcançada através da suspensão ou proibição em massa e indiscriminada da paternidade e maternidade biológica ou adotiva. Terceiro, a adoção como direito humano enxerga violações aos direitos fundamentais através do véu dos discursos filantrópicos que escondem preconceito contra adoção sob o tapete da retórica preventiva, pois o deontologismo dos direitos humanos tem conhecimento da instrumentalização da adoção por interesses estatais, políticos, étnicos, raciais, religiosos e econômicos ou de concepções

reducionistas do bem-estar da criança, tal como toma conhecimento da constante reinvenção dos preconceitos contra a adoção. Quarto, ao contrário do consequencialismo da adoção, a perspectiva da adoção como direito humano é a favor de proteção legal e de mecanismos de implementação que tratem os abusos no contexto da adoção sem causar violações ainda maiores aos direitos humanos dos jovens sem pais. Por fim, a adoção como direito humano casa o direito de crescer como filho e filha com o dever dos estados e instituições internacionais, e seus agentes, de promover o acesso dos sem pais ao instituto da adoção sem constringimentos de fronteira, etnia, raça, tribo ou religião.

O paradigma deontológico da adoção oferece uma concepção de adoção consistente com a promoção da dignidade e do desenvolvimento do potencial dos jovens como um direito humano de ser adotado. Até o momento este paradigma tem causado mais impacto sobre a retórica do paradigma consequencialista-filantrópico dominante do que sobre as leis e políticas concretas de adoção. O único conforto é saber que, enquanto a razão idealista tiver um lugar no futuro da humanidade, a adoção deontológica irá prevalecer e os jovens de todo o mundo privados da relação pais-filhos terão uma boa chance de superar as barreiras de fronteiras, etnias, raças, culturas e religiões para encontrar um lar no mundo e tornarem-se parte, como filha ou filho, de uma família. Ter de esperar por isso é uma tragédia; entretanto é confortante saber que o direito humano cosmopolita dos jovens de serem adotados como filhas e filhos um dia se tornará realidade.

Referências

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

_____. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BARROZO, Paulo. The child as a person. 1 *Global Pol'y*, 228, 2010.

BARTHOLET, Elizabeth. International adoption: the human rights position. 1 *Global Pol'Y*, 91, 99, 2010.

_____. *Nobody's children: abuse and neglect, foster drift, and the adoption alternative*. 1999.

BLACKSTONE, William. *Commentaries*. Wayne Morrison ed., 2001.

BLANNING, Tim. *The pursuit of glory: the five revolutions that made modern Europe 1648-1815*. 2007.

BOHMAN, James; LUTZ-BACHMANN, Matthias (Ed.). *Perpetual peace: essays on Kant's cosmopolitan ideal*. 1997.

CARENS, Joseph H. Aliens and citizens: the case for open borders. 49 *Rev. Pol.*, 251, 1987.

CARP, E. Wayne. *Family matters: secrecy and disclosure in the history of adoption*. 1998.

DREIFUS, Claudia. An economist examines the business of fertility. *N.Y. Times*, 28 fev. 2006.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. 1977.

EEKELAAR, John. *Family law and personal life*. 2006.

EHRlich, Eugen. *Fundamental principles of the sociology of law* [1936]. Tradução de Walter L. Moll. Transaction Publishers, 1992.

GARDNER, Jane F. Family and familia. In: *Roman law and life*. 1998.

GOODIN, Robert E. *Protecting the vulnerable: a reanalysis of our social responsibilities*. 1985.

_____. What is so special about our fellow countrymen. 98 *Ethics*, 663, 1988.

HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discursive theory of law and democracy*. Tradução de William Rehg. MIT Press, 1996.

HEGEL, George Wilhelm Friedrich. *Elements of the philosophy of right* [1820]. Ed. Allen W. Wood, trad. H. B. Cambridge Univ. Press, 2003.

HELD, David. Democracy: from city-states to a cosmopolitan order? 40 *Pol. Stud.*, 10, Supp. 1992.

HERMAN, Ellen. *Kinship by design: a history of adoption in the modern United States*. 2008.

IHERING, Rudolf Von. *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement 1*. Tradução de O. de Meulanaere. Paris: A. Marescq, 1880.

HOHFELD, Wesley N. Some fundamental legal conceptions as applied to legal reasoning. 23 *Yale L. J.*, 16, 1913.

HOWE, Ruth-Arlene W. Parenthood in the United States. In: *Cross currents: family law and policy in the US and England*. Sanford N. Katz, John Eekelaar & Mavis Maclean eds., 2000. p. 187-306.

HUME, David. *Enquiries concerning the human understanding and concerning the principle of morals* [1777]. 2nd ed. Ed. L. A. Selby-Bigge. Oxford Univ. Press, 1963.

HUME, David. The sceptic. In: *Essays moral, political, and literary*. Ed. T. H. Green & T. H. Grose. 1875.

JACOBSON, Heather. *Culture keeping: white mothers, international adoption, and the negotiation of family difference*. 2008.

JOINT UNITED NATIONS PROGRAMME ON HIV/AIDS et al. *Children on the Brink 2004. A Joint Report of New Orphan Estimates and a Framework for Action 11*, 2004.

KANT, Immanuel. *Critique of pure reason*. Trans. J. M. D. Meiklejohn. Encyclopaedia Britannica, 1952.

_____. Groundwork of the metaphysics of morals [1785]. In: *Practical philosophy*, 108. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

_____. Idea for a universal history with a cosmopolitan purpose. In: *Political writings* 41, 50. H. S. Reiss ed., H. B. Nisbet trad. Cambridge Univ. Press, 1970. [1784]

KEATING, Jenny. *A child for keeps: the history of adoption in England, 1918-45*. 2009.

LAPLACE, Pierre-Simon. *A philosophical essay on probabilities* [1886]. Tradução de Frederick Wilson Truscott e Frederick Lincoln Emory. Chapman & Hall, 1902.

MILL, John Stuart. *The subjection of women*. 1869.

OKIN, Susan Moller. *Justice, gender and the family*. 1989.

PARKER, Stephen. Rights and utility in Anglo-Australian family law. 55 *Mod. L. Rev.*, 311, 319, 1992.

PLATÃO. *The laws*. Tradução de Trevor J. Saunders. Penguin Books, 2004.

POGGE, Thomas. Cosmopolitanism and sovereignty. 103 *Ethics*, 48, 1992.

RAZ, Joseph. *The morality of freedom*. 1986.

SAVIGNY, Friedrich Carl Von. *System of the modern Roman law* [1867]. William Holloway, Hyperion Press, 1979.

SHANLEY, Mary Lyndon. Toward new understandings of adoption: individuals and relationships in transracial and open adoption. In: *Child, family, and state*. Stephen Macedo & Iris Marion Young eds., 2003.

SPENCER, Herbert. *Social statics*. 1896.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: S. A. Fabris Editores. v. I-III.

UNICEF. *Thematic report 2009: child protection from violence, exploitation and abuse* 9. 2010. Disponível em: <www.unicef.org/protection/files/2009_Global_Thematic_Report_FINAL.pdf>.

_____. *Unicef's position on inter-country adoption*. Disponível em: <www.unicef.org/media/media_41118>.

WATSON, Alan. *The spirit of Roman law*. 1995.