

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO AMAZONAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**LUNA DE SOUZA FERNANDES**

**A MEDIAÇÃO NA ADOÇÃO DE CRIANÇAS INDÍGENAS NO ESTADO DO AMAZONAS: UMA  
PROPOSTA DESCOLONIAL PARA UM PROBLEMA REAL**

Manaus  
2022

**LUNA DE SOUZA FERNANDES**

**A MEDIAÇÃO NA ADOÇÃO DE CRIANÇAS INDÍGENAS NO ESTADO DO AMAZONAS: UMA  
PROPOSTA DESCOLONIAL PARA UM PROBLEMA REAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Amazonas, como requisito para obtenção do Título de Mestre em Direito.

**ORIENTADOR: PROFESSOR DOUTOR ROGER LUIZ PAZ DE ALMEIDA**

Manaus  
2022

## Ficha Catalográfica

Ficha catalográfica elaborada automaticamente de acordo com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

F363m Fernandes, Luna de Souza  
A Mediação na Adoção de Crianças Indígenas no Estado do Amazonas : Uma proposta Descolonial para um Problema Real / Luna de Souza Fernandes . 2022  
79 f.: 31 cm.

Orientador: Roger Luiz Paz de Almeida  
Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Amazonas.

1. mediação. 2. criança. 3. indígena. 4. adoção. 5. descolonial. I. Almeida, Roger Luiz Paz de. II. Universidade Federal do Amazonas III. Título

**LUNA DE SOUZA FERNANDES**

**A MEDIAÇÃO NA ADOÇÃO DE CRIANÇAS INDÍGENAS NO ESTADO DO AMAZONAS: UMA PROPOSTA DESCOLONIAL PARA UM PROBLEMA REAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Amazonas, como requisito para obtenção do Título de Mestre em Direito.

Aprovado em 23 de março de 2022.

**BANCA EXAMINADORA:**

---

**Prof. Dr. ROGER LUIZ PAZ DE ALMEIDA**  
Orientador  
Universidade Federal do Amazonas

---

**Prof. Dr. MATEUS DE MOURA FERREIRA**  
Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete  
Instituição de Educação Continuada (IEC/PUC MG)

---

**Prof. O Dr. ADRIANO FERNANDES FERREIRA**  
Universidade Federal do Amazonas

À minha família, pelo apoio incondicional nos meus mais diversos projetos.

## **AGRADECIMENTOS**

Aos meus pais Maria Lúcia e Gaspar, primeiros incentivadores na busca pelo conhecimento, única herança que me será deixada, pois “não se desperdiça qualquer oportunidade de estudo” e “sempre haverá orçamento para os livros”, pelo eterno acolhimento.

Ao Daniel, meu noivo e, em breve, esposo, a quem me introduziu na vida acadêmica e, hoje, é companheiro de vida e de profissão.

Aos professores da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas, a “Jaqueira”, que me acompanham desde a graduação até a pós-graduação, pelo estímulo à pesquisa “made in Amazônia”.

Ao Professor Doutor Roger Luiz Paz de Almeida, meu orientador nesta trilha pelo aperfeiçoamento acadêmico, pela paciência e incentivo ao sucesso desta pesquisa.

Aos colegas da 1ª Turma de Mestrado em Direito da UFAM, em especial, Daniel, Igo, Laura e Wagner, pelo apoio mútuo em impedir que a pandemia fosse um obstáculo em nossos planos.

À Luiza Helena, que me apresentou o Grupo de Apoio à Adoção Benquerer, a minha primeira causa de adoção de criança indígena em Tabatinga e me confiou a missão de ser madrinha de Eliza. Esta pesquisa deve-se a você, às crianças e aos adolescentes do Estado do Amazonas, que merecem encontrar o genuíno acolhimento em um novo lar.

Aos colegas da Agência Amazonense de Desenvolvimento Econômico, Social e Ambiental, pelo apoio diário no meu aprimoramento profissional e pela busca pelo desenvolvimento econômico, social e ambiental por todo o Estado.

Aos meus pequenos de quatro patas, Freddie e Chimichurri, por me mostrarem que existe afeto interespécies e jamais me fazerem sentir só, inclusive nas madrugadas.

## RESUMO

O Estatuto da Criança e do Adolescente brasileiro reconhece explicitamente as crianças de origem étnica diversa, como as indígenas e as quilombolas, e lhes assegura o respeito à sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, bem como suas instituições, desde que não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais reconhecidos por esta Lei e pela Constituição Federal. O objetivo geral da pesquisa consiste em analisar a proposta de mediação intercultural como alternativa efetiva para assegurar os interesses e direitos da criança indígena nos processos judiciais de adoção. Tem por primeiro objetivo específico discorrer sobre o sistema de proteção da infância e da juventude vigente no ordenamento jurídico brasileiro, em especial sobre o princípio da proteção integral nos procedimentos de adoção indígena. Como segundo objetivo, busca-se constatar a importância da reestruturação do sistema de justiça a partir do novo constitucionalismo latino-americano para propor soluções aos conflitos surgidos dentro dos processos de adoção que envolvem comunidades indígenas. Como terceiro objetivo específico, a pesquisa intenta demonstrar que o instituto da mediação intercultural pode ser aplicado à realidade amazônica como forma de garantir a participação de todas as partes envolvidas no processo judicial e a definição do melhor interesse da criança ou do adolescente indígena. Assim, através da coleta de dados primários de textos científicos concernentes à temática da descolonialidade e bibliografia relacionada, intenta-se incluir o viés intercultural na mediação em adoção indígena.

**Palavras-chave: Infância e juventude. Adoção. Indígena. Novo constitucionalismo latino americano. Mediação intercultural.**

## **ABSTRACT**

The Brazilian Child and Youth Statute explicitly recognizes the children of diverse ethnic origin, as indigenous and quilombolas, and assure them the respect of their social and cultural identity, their habits and traditions, also their institutions, as long as they are not incompatible with the fundamental rights established at the Statute or the Federal Constitution. The general aim of the research consists in analyzing the proposal of intercultural mediation as an effective alternative to assure the interests and rights of indigenous children at the judicial process of adoption. It has as its first specific objective write about the current protection of children and youth system at the Brazilian legal order, specially about the best interest of youth at indigenous adoption. As second aim, it tries to determine the importance of the restructuring of the justice system from the new latin american constitutionalism to propose solutions to the conflicts emerged in the adoption judicial process involving indigenous community. As a third specific objective, the research tries to demonstrate that the institution of intercultural mediation can be applied to the amazonic reality as a way to guarantee the participation of all parts involved at the judicial process and the definition of the best interest of children or youth indigenous. Therefore, using the gathering of primary data from scientific articles concerned to the descoloniality theme and related bibliography, it tries to include the intercultural bias at mediation in indigenous adoption.

**Keywords: Childhood and Youth. Adoption. Indigenous. New latin american constitutionalism. Intercultural mediation.**

## LISTA DE ABREVIATURAS

|         |  |
|---------|--|
| CNJ     | Conselho Nacional de Justiça                           |
| CRFB/88 | Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 |
| ECA     | Estatuto da Criança e do Adolescente                   |
| STF     | Supremo Tribunal Federal                               |
| STJ     | Superior Tribunal de Justiça                           |

## SUMÁRIO

|   |    |
|---|----|
| <b>INTRODUÇÃO</b> .....   | 09 |
| <b>1. A ADOÇÃO DE CRIANÇAS INDÍGENAS NO BRASIL</b> .....  | 14 |
| 1.1. História das Políticas Públicas sobre Infância.....  | 14 |
| 1.2. Família e Filiação.....  | 17 |
| 1.3. Histórico da Adoção no Brasil.....   | 20 |
| 1.4. Características da Adoção.....   | 22 |
| 1.5. Os Preparativos à Adoção.....  | 23 |
| 1.6. O Melhor Interesse da Criança.....   | 28 |
| 1.7. A Adoção de Crianças Indígenas.....  | 32 |
| <b>2. O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: INTRODUÇÃO DE<br/>OUTRAS COSMOVISÕES AO DIREITO</b> ..... | 40 |
| 2.1. A formação dos Estados Nacionais latinos.....  | 40 |
| 2.2. Teorias descolonizadoras.....  | 44 |
| 2.3. O novo Constitucionalismo Latino-americano e as experiências em nossos<br>vizinhos.....                | 48 |
| <b>3. A MEDIAÇÃO INTERCULTURAL COMO PROPOSTA DESCOLONIAL</b> .....  | 55 |
| 3.1. A crise de sentidos e as soluções adequadas de conflitos.....  | 55 |
| 3.2. Mediação e ecologia dos saberes.....   | 60 |
| 3.3. Crianças e Adolescentes Indígenas como protagonistas.....  | 65 |
| <b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....   | 70 |
| <b>Referências Bibliográficas</b> .....   | 73 |

## INTRODUÇÃO

Este trabalho gravita em torno de um problema central: como tornar a adoção de crianças/adolescentes indígenas a alternativa que representa o atendimento do seu melhor interesse de forma que não perca as suas raízes indígenas ao ser inserida em uma família de etnia diversa?

Tal inquietação partiu da prática profissional da pesquisadora, diante dos casos reais de crianças indígenas em situação de abandono. A estrutura deficitária de proteção às crianças e aos adolescentes nas cidades interioranas do Estado do Amazonas exige dos profissionais inseridos no sistema de proteção destes sujeitos um esforço criativo para lidar com episódios de violência intrafamiliar ou negligência.

O Estado do Amazonas possui dimensões continentais; contudo, o acesso a serviços públicos básicos concentra-se na capital e em algumas cidades esparsas, não alcançando o cotidiano de pessoas que habitam as comunidades mais longínquas, incluindo as comunidades indígenas.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990) reconhece explicitamente as crianças de origem étnica diversa, como as indígenas e as quilombolas, e lhes assegura o respeito à sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, bem como suas instituições, desde que não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais reconhecidos por esta Lei e pela Constituição Federal.

Em caso de adoção destas, o Estatuto estabelece que colocação familiar ocorra prioritariamente no seio de sua comunidade ou junto a membros da mesma etnia, bem como que haja a intervenção e oitiva de representantes do órgão federal responsável pela política indigenista, no caso de crianças e adolescentes indígenas, e de antropólogos, perante a equipe interprofissional ou multidisciplinar que irá acompanhar o caso.

Com estas regras, vê-se que as ações em favor de crianças/adolescentes indígenas demandam mais investimentos na órbita administrativa, de modo que a Fundação Nacional do Índio – FUNAI (órgão indigenista atualmente designada para

a função) e profissionais da antropologia devam participar da decisão de lhes garantir as necessidades básicas.

Contudo, a crônica carência de estrutura administrativa do sistema de proteção às crianças/adolescentes nos interiores amazonenses não pode ser um empecilho para a imediata cessação de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, por ser dever absoluto de todos (Estado, sociedade e família) a proteção integral a estes sujeitos de direitos em desenvolvimento.

A colocação de crianças indígenas em famílias substitutas não-indígenas é uma medida paliativa de neutralização da situação de risco que factualmente ocorre, em virtude da ausência de abrigos acessíveis para acolhê-las e afastá-las do mal que lhes importuna.

A ocorrência de situação de violência contra criança/adolescente deveria ser imediatamente acompanhada por todos os atores do sistema de justiça, quais sejam: os órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Defensoria Pública ou da advocacia particular, o Conselho Tutelar, os Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente e as entidades não governamentais que atuam na promoção, proteção e defesa dos direitos da criança e do adolescente.

Neste cenário de poucos recursos estruturais, humanos e financeiros, resta analisar as medidas práticas de proteção às crianças e aos adolescentes indígenas sem que estas se transformem em ações modernas de apagamento da história de sua cultura.

A pesquisa traz como hipótese a possibilidade de inserção da mediação intercultural nos processos judiciais de adoção de crianças indígenas no Estado do Amazonas, pois mostra-se uma proposta efetiva de análise e concretização do melhor interesse da criança ou do adolescente em situação de risco, de modo que concilie o dever de preservação de sua identidade indígena com o dever de proteção integral à criança/ao adolescente, com participação de todos os atores envolvidos.

Esta pesquisa se justifica a partir de dois pontos: um primeiro, de cunho pessoal, que impulsiona e desperta a vontade de contribuir com o sistema de justiça. A infância indígena é pouquíssimo explorada pelas obras jurídicas; todavia, é um

assunto contemporâneo e um problema a ser enfrentado na realidade prática, o qual não pode ser ignorado.

A segunda justificativa é de cunho científico: não se pode conceber que, em um contexto de Amazônia, permeada pela latinidade, a ciência jurídica está amalgamada a uma visão eurocêntrica das relações de poder, em que o sistema de justiça cumpre por dever o contido na abstração da lei sem considerar as nuances específicas de cada realidade prática, mormente as que envolvem os povos indígenas.

A presente pesquisa terá como linha epistemológica o materialismo histórico-dialético, desenvolvida pelo filósofo Karl Heinrich Marx. Trata-se de um processo de análise científica, como um método que vem explicar sobre a realidade social, a partir de posições filosóficas, visando entender todos os aspectos do desenvolvimento das forças que movimentam essa sociedade.

Destrinchando a concepção do “materialismo histórico-dialético”, o termo materialismo diz respeito à condição material da existência humana; o termo histórico parte do entendimento de que a compreensão da existência humana implica na apreensão de seus condicionantes históricos; e o termo dialético tem como pressuposto o movimento da contradição produzida na própria história. A dialética sob o prisma do materialismo histórico parte do conceito fundamental de que o mundo não pode ser considerado um complexo de coisas acabadas, mas sim um processo de complexos. Portanto, esta realidade sobre a qual a concepção materialista se debruça traz consigo todas suas contradições, conflitos e transformações evidenciando que as ideias são, de fato, reflexos do mundo exterior e objetivo vivenciado pelos sujeitos e, por isso, as ideias independem do pensamento, são representações do real (BENITEZ;SOUZA, 2014, p. 6-7).

Chagas (2011, p. 57-59) explica que o método dialético de Marx pressupõe dois momentos: a investigação e a exposição. A investigação seria o esforço prévio de apropriação das determinações do conteúdo do objeto no próprio objeto. Já a exposição configura a fase de exposição crítica do objeto com base em suas contradições, ou seja, uma exposição crítico-objetiva da lógica interna do objeto. O pensamento tem, na verdade, que se livrar de opiniões pré-concebidas, de conceitos externos ao objeto, de hipóteses que pairam sobre ele, para nele

mergulhar e penetrar, considerando apenas o seu movimento.

Para a concreção do objetivo geral proposto e confirmação da hipótese levantada, a pesquisa será exploratória e descritiva e, ainda, terá uma abordagem quali-quantitativa, eis que, se de um lado tem-se um chão teórico a ser demonstrado, que parte de teorias descoloniais e do direito positivo, de outro, existem dados do sistema de proteção à infância e juventude que devem ser trabalhados a partir de critérios objetivos, a fim de dar um panorama real da adoção de crianças indígenas no Estado do Amazonas.

O estudo do tema-problema será feito através de dados primários por meio de pesquisas bibliográficas aos textos científicos afetos à temática da descolonialidade, bem como estudo documental, no que tange à história e geopolítica indígena e de dados do sistema de proteção à infância e juventude do Estado do Amazonas, respectivamente.

Inicialmente, o primeiro capítulo da dissertação discorre acerca do sistema de proteção à criança e ao adolescente brasileiro, a partir das normativas vigentes, cuja premissa basilar é a proteção integral da infância, sendo um dever tanto da iniciativa pública como privada. Será feita uma análise histórica do princípio da proteção integral da infância, que hoje norteia as políticas administrativas e decisões judiciais sobre tais sujeitos. Nesse contexto, a adoção de menores de idade, objeto deste estudo, mostra-se a opção extrema de proteção à sua integridade, quando a sua inserção em família substituta é a única medida garantidora do atendimento às suas necessidades básicas, tornando-se uma decisão que o acompanhará ao resto de sua vida.

Em segundo capítulo, será trabalhada a importância da reestruturação do sistema de justiça sob enfoque das teorias descoloniais, vez que o reconhecimento da diversidade étnica no ordenamento jurídico brasileiro enseja uma revisão da forma como o Direito se portará diante dos conflitos interculturais. Nesse aspecto, utilizar-se-á da concepção do novo constitucionalismo latino-americano, desenvolvido por Boaventura de Sousa Santos, Antônio Carlos Wolkmer e Viciano Pastor e Rubén Martínez Dalmau, para explicar a tendência dos países da América de Sul de repensar o seu modelo de organização política para incluir a real composição populacional.

O novo constitucionalismo possui aspectos descolonizadores, como o reconhecimento da cosmovisão indígena e a proposição de outro projeto societário, que incluirá sujeitos e coletivos outrora silenciados. Parte-se da ideia de que a formação dos Estados Nacionais em terras latino-americanas foi produto de episódios de violência e repressão dos povos originários, em que se impôs um modelo de sistemática política eminentemente europeia, monocultural e individualista. Mesmo com o fenômeno da globalização, as culturas locais resistiram, e hoje cada vez mais reivindicam os direitos inerentes à sua manutenção.

Por último, o terceiro capítulo tratará do direito ao acesso à justiça e da inserção da mediação nos processos judiciais de adoção, como alternativa de resolução de conflito intercultural, visando garantir a participação de todas as partes envolvidas no processo judicial e a definição do melhor interesse da criança/do adolescente indígena.

Enquanto não há perspectiva de rompimento do atual modelo de Estado Democrático de Direito em prol de um Estado Plurinacional, uma vez reconhecido o dever de preservação da cultura e das práticas indígenas, a mediação é um modelo prático que representa uma nova forma de produção jurídica a partir de outras vivências, ao extrair diretamente dos envolvidos a solução para o destino de uma criança/adolescente.

Por fim, a mediação não se mostra o meio que esgota, por si, o conceito do melhor interesse da criança indígena, mas mostra-se uma técnica processual já prevista em lei que tem o condão materializar a tutela jurisdicional adequada em tempo razoável e evitar o fenômeno de apagamento cultural da criança/adolescente indígena.

# **1. A ADOÇÃO DE CRIANÇAS INDÍGENAS NO BRASIL**

## **1.1. História das políticas públicas sobre Infância**

O ponto de partida para que o Estado destinasse políticas de atendimento às crianças e aos adolescentes foi a tentativa de diminuir a delinquência e a criminalidade. No século XIX, quando houve um grande fluxo migratório de europeus e nordestinos para os grandes centros urbanos do Brasil (e, como isso, a criação de periferias, cortiços e favelas) fomentou-se a ideia de que a ausência de família estruturada gerava criminosos comuns e ativistas políticos, tendo o Estado chamado para si a tarefa de prover saúde, educação e os atos de punição aos menores de idade (Passetti, 2010, s.p.).

Inicialmente, as santas casas cristãs e as iniciativas filantrópicas particulares eram as alternativas de sobrevivência aos jovens abandonados pela situação de miserabilidade dos seus genitores. A assistência a eles tinha caráter caritativo, marcada pelo informalismo.

À época, usava-se das Rodas dos Expostos (ou Roda dos Enjeitados), seguindo os costumes portugueses. Consistia em um cilindro giratório no qual os bebês ficavam à mostra e os casais sem filhos o pegavam sigilosamente, desconhecendo a sua origem, para criá-los sob o título de “filho de criação” ou “agregados”.

Esse hábito era difundido por dois principais motivos: a caridade cristã estimulada pela Igreja Católica e o fato de os agregados serem uma forma de complemento de mão-de-obra gratuita. A situação dos “filhos de criação” detinha de uma ambiguidade, pois ao mesmo tempo em que eram considerados membros da família, exerciam papéis de seus empregados. A exploração do trabalho infantil estava maquiada pelo discurso de auxílio às crianças desamparadas (Paiva, 2004, p. 43-44).

No campo trabalhista, com as reivindicações de 1917, os protestantes alertavam para a situação das crianças e jovens trabalhadores, inclusive sobre as formas de sobrevivência das famílias trabalhadoras. Contudo, o Estado só veio a

esboçar algumas políticas sociais com o Decreto nº 16.272, de 20 de dezembro de 1923, o qual regulamentou a proteção aos menores abandonados e delinquentes, reconhecendo que esses status decorriam de sua situação de pobreza.

O Juiz de Menores da cidade do Rio de Janeiro, José Cândido de Albuquerque de Mello Mattos, inaugura a primeira compilação de normativas sobre infância e adolescência: o Decreto nº 5.083/1926. Em seguida, entra em vigor o Decreto nº 17.934-A, popularmente denominado Código de Menores.

O Código de Menores de 1927 atribuiu ao Estado possibilidade da internação, responsabilizando-o quanto à situação de abandono e criminalidade. A criança pobre passou a ser vista como potencialmente abandonada e perigosa, o que demandava uma política de educação para inculcar-lhe obediência, criando-se então os asilos, casas de educação e escolas de preservação (Passetti, 2010, s.p.)

Sob a ótica de Mello Mattos, era imprescindível o investimento em medidas disciplinares para atender à crescente demanda de “menores”. Entendia-se que os problemas assistenciais se resolveriam em curto prazo, porque o Poder Judiciário teria onde alocar os “menores”, exercendo controle e vigilância. Contudo, os institutos disciplinares ficaram superlotados, além de não atenderem às regiões periféricas (Lima et al., 2012, p. 33).

É introduzida, em 1964, a Política Nacional do Bem-Estar do Menor (PNBEM), com uma nova metodologia científica, fundamentada no conhecimento “biopsicossocial”. Cria-se um sistema que considera as condições materiais de vida dos abandonados, carentes e infratores, seus traços de personalidade, o desempenho escolar, as deficiências potenciais e as de crescimento. O ato gerou um leque de oportunidade aos profissionais de diversas áreas (psicólogos, sociólogos, assistentes sociais, etc.) e uma nova burocracia administrativa para abrigar os internos (Passetti, 2010, s.p.).

A Constituição de 1934 previu, pela primeira vez, a educação como um direito de todos, a ser ministrada pela família e pelo poder público. O referido direito foi reafirmado na Constituição de 1937, e assim seguiu como uma política estatal.

O Código de Menores de 1979 explicitou a estigmatização de crianças pobres como “menores” e delinquentes em potencial através da noção de “situação irregular”.

Com a abertura política pós-regime militar, diversos segmentos organizados exigiram a revisão imediata do Código de Menores. Adveio a Constituição Federal de 1988, afirmando a absoluta prioridade das crianças e adolescentes pela família, pela sociedade e pelo Estado. A promulgação da Constituição Federal propiciou a criação de uma nova sociedade política, assim como alargou o âmbito da proteção dos direitos sociais, como o direito à educação, à cultura, ao trabalho, ao lazer, à assistência social, à defesa do meio ambiente; o direito da família, da criança e do adolescente; o acesso à justiça, e outros.

O Art. 227 da Constituição Federal<sup>1</sup> consagrou a Doutrina da Proteção Integral no Brasil, contemplando uma forma de proteção compartilhada entre a família, o Estado e a sociedade.

Esta doutrina jurídico-protetiva para a infância e adolescência tem na sua base de estruturação duas premissas específicas: 1) o reconhecimento de crianças e adolescentes como sujeitos de direitos; 2) a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (Lima et al, 2012, p. 55). Trata-se de um modelo de proteção normativa que se sensibiliza com a aplicação nos casos concretos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), de 13 de julho de 1990, concretiza o dever de proteção dos jovens à família desestruturada e de eventuais maus-tratos, garantindo educação, políticas sociais, alimentação e bases para o exercício da cidadania. Na forma de seu Art. 86, a política de atendimento será feita através de um conjunto articulado de ações governamentais e não governamentais de todos os entes federativos (Passetti, 2010, s.p.).

O ECA teve sua legitimidade especialmente amparada pelo seu processo de criação. Segundo Paula (2020, p. 24), o Estatuto sofreu a mesma conformação cultural determinante da refundação do Estado e sua nação, pelo fato de advir logo após a atual Constituição Federal. Ademais, tem a essência eminentemente popular, resultante da mobilização de setores fundamentais da sociedade, que reivindicam um novo marco legal da infância e da juventude. O seu conteúdo, além de guardar

---

<sup>1</sup> Art. 227 – É dever da família, da sociedade e do estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988, Art. 227).

obediência à Constituição, estava em concordância com a Convenção dos Direitos da Criança de 1989, que apenas veio a ser ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 99.710/99.

## **1.2. Família e Filiação**

Dissertar sobre adoção é tratar de filiação. A relação paterno/materno-filial mostra-se um ponto crucial na formação da família.

A Doutrina da Proteção Integral, inaugurada pela Constituição Federal e consolidada no ECA, exige a corresponsabilidade do Estado, da família e da sociedade na proteção dos direitos da infância e da juventude. No catálogo normativo previsto no ECA, a entidade familiar é fundamental no âmbito da prevenção e promoção dos direitos de crianças e adolescentes, sendo inclusive responsabilizada se a sua ação ou omissão derem causa a violação dos direitos de seus filhos (artigo 98, II). Logo, o ordenamento jurídico brasileiro reconhece a importância do núcleo familiar para o desenvolvimento do indivíduo.

Portanto, é necessário perpassar sobre os aspectos históricos do conceito de filiação, que sofreu grande influência das leis portuguesas sobre o assunto, deixando de lado seus resquícios no atual tratamento jurídico da infância no Brasil.

Nos tempos primitivos, quando os agrupamentos eram eminentemente matriarcais, a filiação era atribuída às mulheres, em virtude da facilidade de determinar a linhagem feminina. O advento do sistema patriarcal, conectado a rituais de cunho religiosos, impõe que os filhos gerados no matrimônio sucediam legitimamente aos pais. No período romano, permaneceu a diferenciação entre filhos “legítimos” e os adúlteros, estes sendo os frutos de uma relação extraconjugal (Gesse, 2019, p. 86-88).

Outrora, a filiação era inerente à procriação e ao casamento. Os filhos eram aqueles a quem a “mãe” deu à luz, e o “pai” era presumidamente o homem que se encontrava casado com a “mãe”. Nesse contexto em que a filiação era vista somente sob um aspecto biológico, Gesse (2019, p. 83) aponta que ainda existia discriminação entre filhos, em relação à criança gerada fora do casamento, a qual se denominava “bastarda”.

O primeiro marco da filiação no Brasil ocorreu na época das Ordenações Filipinas, quando havia tratamentos diferentes para os filhos de nobres e os de plebeus. A estes, era possível o reconhecimento do filho biológico adulterino, e, na sucessão, se não houvesse filhos legítimos, os ilegítimos seriam herdeiros universais. Tal disparidade foi abolida pelo Decreto 463 de 1847, no qual se estendeu os direitos hereditários aos filhos de nobres, conquanto que o reconhecimento da paternidade estivesse registrado em escritura pública ou testamento.

O Código Civil de 1916 manteve a classificação discriminatória entre filhos, dividindo-os em legítimos, ilegítimos ou adotivos. Os filhos naturais poderiam tornar-se legítimos pelo casamento posterior de seus genitores; contudo, os demais não contavam com a mesma sorte, restando impossibilitados de manejar ação de reconhecimento de paternidade (Gesse, 2019 p. 95)

As divergências sobre as origens da filiação inviabilizaram um conceito absoluto, cabendo à doutrina defini-la. Tartuce (apud Gesse, 2019, p. 84) a descreve como a relação jurídica decorrente do parentesco por consanguinidade ou outra origem, estabelecida particularmente entre ascendentes e descendentes de primeiro grau.

A Constituição de 1988 afasta qualquer tipo de discriminação entre os filhos, eliminando classificações como “legítimo” e “ilegítimo”. Esse foi o ponto de partida para a ressignificação da filiação, a qual objetivamente passou a tratar-se da relação de parentesco pai/mãe e filho/filha.

Com o elastecimento do instituto da família, sob a ótica da autodeterminação privada, é livre a qualquer indivíduo escolher ter filhos. Contudo, uma vez estabelecida a relação de parentesco entre pessoas, esta não é uma decisão que caiba renúncia, diante de outros postulados axiológicos igualmente prevalentes no âmbito normativo, como a paternidade/maternidade responsável e o melhor interesse da criança ou adolescente. Gesse (2019, p. 85) ilustra que a filiação não advém exclusivamente de uma relação com vínculos amorosos, em outras palavras, de uma modalidade socioafetiva, pois a ausência de afeto, per si, não é capaz de dissipar uma filiação.

A filiação, para o campo do Direito, produz diversos efeitos. Como exemplo,

ela enseja a responsabilidade objetiva dos pais pelos danos dos filhos menores causados a terceiros; estabelece o direito-dever de assistência mútua assistência material, psicossocial e afetiva; gera impedimentos matrimoniais; define heranças.

As responsabilidades atribuídas no plano constitucional aos pais viabilizaram o reconhecimento do vínculo de paternidades aos adultos que agem socialmente e exercem as atribuições paternas e que não contém afinidades genéticas, traduzindo-se no vínculo socioafetivo. Nesse sentido, Gesse (2019) aponta três modos mais comuns de filiação socioafetiva: a posse de estado de filho, a adoção à brasileira e a reprodução assistida heteróloga.

A posse de estado de filho é extraída da expressão “parentesco de outra origem” do Art. 1.593 do Código Civil. Concerne a um conjunto de circunstâncias objetivas capaz de revelar que dois indivíduos se tratam como pai/mãe e filho(a), o qual, segundo Gesse, seria a aplicação da teoria da aparência ao direito de família e sucessório. Tal fenômeno serviu para afastar a concepção de que filiação está estritamente ligada à situação matrimonial dos adultos; bem como legitimar a relação de parentesco do “filho de criação”, em concretização aos princípios da igualdade dos filhos e da afetividade.

Já na adoção à brasileira, fenômeno em que se registra uma criança em nome de uma pessoa que não é seu genitor biológico, o estado de filiação socioafetiva é reconhecido para impedir o desfazimento do parentesco estabelecido na certidão de nascimento. A opção pela burla às regras de adoção gera responsabilidades aos pais, de modo que o arrependimento é amplamente criticado nas instâncias do STJ, seja porque o vínculo se deu de forma espontânea e sem vício de consentimento, seja porque a adoção, via de regra, é irrevogável.

A reprodução assistida heteróloga, ou seja, a partir do material genético de terceiros, também é considerada uma maneira de filiação socioafetiva. Diante da impossibilidade de reprodução de um casal, ao decidirem pelo uso do material de um desconhecido, a família que se forma é amalgamada pelo afeto, ocorrendo naturalmente uma adoção.

A Adoção é um instrumento de mão dupla: por um lado, atende as necessidades ou anseios de ter filhos como a máxima representação da família e continuidade das tradições familiares; por outro, atende às necessidades do

adotando, sob o aspecto de amparo, orientação e auxílio material e espiritual para o seu crescimento e desenvolvimento dentro do contexto social (Kusano, 2011, p. 53).

### **1.3. Histórico da Adoção no Brasil**

O Código Civil de 1916 foi o marco legal da adoção na legislação infraconstitucional, regulamentando-a em seus Art. 368 a 378. Nesse sistema, a adoção se dava através de escritura pública, ausente ainda a interferência judicial. O filho adotivo não rompia definitivamente o vínculo com a família biológica, mantendo seus direitos e deveres alimentícios com os pais consanguíneos.

A extinção da adoção poderia se dar no ano seguinte à maioria do adotado ou por resilição bilateral das partes, face o caráter contratualista do instituto (Sena, 2018, p. 83). Exigia-se que o adotante deveria ser maior de cinquenta anos de idade, devidamente casado, sem prole legítima ou legitimado. Sena explica que havia uma evidente valorização patrimonialista, pois diferenciava-se a partilha de bens entre filhos legítimos e adotados.

Com o advento da Lei nº 3.133/1957, houve modificações sutis, como a idade mínima do adotante passou a ser trinta anos e a diferença de idade do adotante para o adotando reduzida para dezesseis anos, podendo o adotante ter filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, além do limite temporal de cinco anos após o matrimônio do casal adotante. A Lei nº 4.655 de 1964 trouxe a legitimação adotiva ao detentor da guarda do menor de sete anos há pelo menos três anos.

O Código de Menores de 1979 introduziu a figura da adoção simples e da adoção plena. Consoante Sena (2018, p. 52-54), a adoção simples, civil, restrita ou comum ocorre quando o vínculo de filiação se origina de uma declaração de vontade entre adotante e adotado, com viés precário, através de escritura pública. Noutra feita, a adoção plena permitia a adoção de menores “em situação irregular”, com até sete anos de idade, com pelo menos um ano de convivência.

Nesse segundo modelo, a sentença concessiva teria efeito constitutivo, vedada qualquer observação sobre a adoção. Admitia-se a modificação do prenome, para igualar ao dos pais. Os estrangeiros que não tivessem domicílio no país não poderiam adotar. A adoção plena era irrevogável, ainda que os adotantes tivessem

filhos biológicos, os quais se equiparavam, diferentemente da adoção simples.

A Constituição Federal de 1988, fruto de diversas mobilizações sociais e marco de um novo ordenamento jurídico, instituiu, em seu Art. 227, o dever de assistência pelo poder público e a equiparação dos filhos naturais e adotivos quanto a todos os direitos. Tal regra foi minuciosamente tratada pela Lei nº 8.069/1990 (o ECA) e o Código Civil de 2002.

O ECA, enquanto instrumento de efetivação da proteção integral à criança e ao adolescente, elencou, dentre os diversos direitos e obrigações, o direito fundamental de ser criado no seio de uma família natural ou substituta (Art. 19). Dentre os modos de inserção da criança em família substituta, estão a guarda, a tutela e a adoção (Art. 28).

Adoção, na concepção legal, é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa (Art. 39, §1º). Seu efeito legal é a atribuição da condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais (Art. 41), ocorrendo apenas se apresentar reais vantagens para o adotando e fundando-se em motivos legítimos (Art. 43).

A Lei Nacional de Adoção (Lei nº 12.010/2009), já atualizada pela Lei nº 13.509/2017, surgiu para oxigenar e revitalizar o ECA, ampliando a aplicação de princípios e modernizando o sistema protetivo, para aproximar a norma da realidade fática (Sena, 2018, p. 86).

Paula (2020, p. 27-28), ao promover um balanço qualitativo do ECA, descreve que a disciplina do direito à convivência familiar sofreu várias alterações, pois, quando o legislador prescreveu regras de adoção internacional, findou por introduzir dispositivos explicativos para garantir a aplicada correção do ECA. Não obstante os câmbios terminológicos, Paula descreve os avanços:

“Avançou quando reforçou a prioridade da família natural sobre a substituta, colocando a família extensa também como destinatária de orientação, apoio e promoção; quando estabeleceu a necessidade de consentimento do adolescente para toda forma de colocação em família substituta, antes restrita à adoção; quando disciplinou a colocação de família indígena ou proveniente de quilombolas em família diversa da sua origem; quando regulamentou os cadastros de adotantes e de adotandos; quando, ao reordenar o abrigo como acolhimento institucional, exigiu planos de atendimentos individuais para o acolhidos e ação inibitória de guarda em relação aos pais ou responsáveis;

quando mandou aplicar as regras sobre adoção também aos maiores de 18 anos de idade, afirmando os desideratos éticos do ECA sobre os contratuais do Código Civil; quando arrimou a possibilidade de ações civis públicas na cobrança de ações, serviços e programas de amparo às famílias” (Paula, 2020, p. 27-28).

Logo, comparando o sistema de adoção em seus primórdios com o atual, conclui-se que este procedimento deixou de servir somente aos interesses dos adotantes, mas passou a ter por finalidade o melhor desenvolvimento pessoal do adotando. O acompanhamento de todo o procedimento pelo poder público, inclusive com a participação de profissionais de diversas áreas do saber e do Poder Judiciário, este o qual o legitimará através de uma sentença judicial, demonstra o comprometimento do Estado em prover aos indivíduos o direito fundamental de convivência familiar da forma que melhor os atende.

#### **1.4. Características da Adoção**

A primeira característica que se mostra é a excepcionalidade da adoção. Ela decorre do direito à convivência familiar e comunitária (Art. 19 do ECA), o qual define a excepcionalidade de colocação do jovem em família substituta. Nesse viés, o legislador define que a adoção de mostra excepcional e irrevogável, quando esgotados os recursos de manutenção na família natural ou extensa (Art. 39, §1º do ECA).

Nesse ponto, a lei é cristalina ao definir que a falta ou carência de recursos materiais não deve servir de justificativa única para a perda ou suspensão do poder familiar (Art. 23 do ECA). Com tais mecanismos, Digiácomo (2017, p. 58) alerta quanto à tentativa do legislador de reverter uma tendência de parte da doutrina e da jurisprudência de “demonizar” a paternidade biológica em favor da socioafetiva. Se é verdade que os vínculos afetivos são imprescindíveis ao desenvolvimento sadio de uma criança ou adolescente, e que a simples existência de um vínculo biológico não é garantia de que os pais irão exercer a contento seus deveres para com seus filhos, isto não daria ao Estado (*lato sensu*) o direito de tratá-los com preconceito e discriminação, e muito menos de deixar de perseguir - e com afincos, determinação e profissionalismo, a devida reestruturação sociofamiliar.

A destituição do poder familiar e posterior adoção jamais podem ser os objetivos da intervenção estatal quando da constatação de que uma criança ou adolescente se encontra em situação de risco, sendo a aplicação das medidas respectivas condicionada à comprovação, através de uma completa e criteriosa avaliação técnica interprofissional, de que o rompimento, em definitivo, dos vínculos com os pais e parentes biológicos é única a solução cabível no caso em concreto.

A segunda característica é a irrevogabilidade da adoção, também mencionada no Art. 39, §1º do ECA. Tem como consequência o fato de que a morte dos adotantes não restabelece o poder familiar dos pais naturais (Art. 49).

Em terceiro, temos o reconhecimento pleno do vínculo de filiação. O Art. 41 do ECA preleciona que a adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais. Tal dispositivo está em total consonância com o Art. 227, §6º da Constituição Federal.

Em adendo, após o trânsito em julgado da sentença constitutiva de adoção, o novo registro de nascimento não poderá conter qualquer observação sobre a origem do ato. Os efeitos da adoção não retroagem, salvo em caso de morte do adotante no curso do processo de adoção, quando há efeito “ex tunc” para o seu marco inicial ser a data do óbito.

Em quarto, a adoção deve representar reais vantagens para o adotando e deve fundar-se em motivos legítimos, consoante Art. 43 do ECA. Nesse sentido, motivos legítimos são o perfeito entrosamento entre adotante e adotado, imitando o que ocorre entre pais e filhos de sangue (Elias apud Sena, 2018, p. 99).

A quinta característica é a manutenção dos laços de afetividade com irmãos, consoante Art. 28, §4º do ECA. O legislador determinou a procura por evitar o rompimento definitivo dos vínculos fraternais ao priorizar os grupos de irmãos.

### **1.5. Os Preparativos à Adoção**

Para adotar-se uma criança, adolescente (Art. 39, do ECA), ou maior de 18 anos (Art. 1.619, Código Civil Brasileiro), no Brasil, a via única é a judicial, existindo dois procedimentos a serem seguidos, conforme as peculiaridades do caso

concreto: (1) habilitação para a adoção e (2) ação judicial de adoção. O ECA atribuiu ao Poder Judiciário uma ampla atuação na efetivação do direito à convivência familiar, delegando às autoridades judiciárias a decisão, dentro de um processo previamente instaurado, acerca do futuro de uma pessoa.

Contudo, o magistrado, na condução de tarefa tão valorosa, não atua sozinho. A efetiva operacionalização do sistema de garantia de direitos perpassa pelas diretrizes políticas adotadas pelo ECA referente a política de atendimento, com desempenho de outros órgãos, além do judiciário.

As diretrizes da política de atendimento estão dispostas nos seis incisos do artigo 88 do Estatuto da Criança e do Adolescente e que em síntese significa implementar: a) municipalização do atendimento; b) a criação de conselhos de direitos da criança e do adolescente nos três níveis de governo – federal, estadual e municipal, de caráter deliberativo e controlador das ações em todos os níveis, envolvendo a participação da sociedade civil por meio de organizações representativas; c) a criação e manutenção de programas específicos de atendimento à crianças e adolescentes e as suas famílias considerando o princípio da descentralização político-administrativa; d) a criação de fundos da infância e adolescência (FIA), nos três níveis de governo e controlados pelos conselhos de direitos, essencial para custear as políticas sociais; e) a integração operacional de órgãos do Judiciário, Ministério Público, Defensoria, Segurança Pública e Assistência Social que compõem o sistema de justiça, com a finalidade de agilizar o atendimento a crianças e adolescentes.

Segundo Lima et al (2012, p. 119), a municipalização no atendimento e a descentralização político-administrativas permitem que as políticas sociais se adaptem às peculiaridades regionais, potencializando e aprimorando a rede de assistência social, de atuação indispensável ao sistema de justiça.

O ECA previu a criação de Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente em âmbito federal, estadual e municipal, sendo órgãos autônomos e de caráter deliberativo. O que se pode pressupor que a sua atuação não é meramente consultiva, pois o órgão executivo deve se submeter às exigências do Conselho no investimento em políticas públicas (Lima et al, 2012, p. 120).

A Lei nº 8.242/1991 instituiu o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e

do Adolescente (CONANDA), composto por integrantes do Poder Executivo e de entidades não-governamentais de âmbito nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente. O CONANDA utiliza como instrumento formal de deliberação as resoluções normativas, que são mecanismos jurídicos, sem a mesma força vinculante de lei, mas que têm o condão de informar as diretrizes político-administrativas que devem apoiar toda a política de atendimento e a execução de ações; seja da sociedade civil organizada ou não e dos órgãos públicos, que visem consolidar os direitos de crianças e adolescentes no país (Lima et al, 2012, p. 121).

O Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária é resultado de um processo participativo de elaboração conjunta, envolvendo representantes de todos os poderes e esferas de governo, da sociedade civil organizada e de organismos internacionais, os quais compuseram a Comissão Intersectorial que elaborou os subsídios apresentados ao CONANDA e ao Conselho Nacional de Assistência Social – CNAS.

Constatado o afastamento da criança ou adolescente do núcleo familiar, ainda que de forma temporária, o fato deverá ser comunicado imediatamente ao Ministério Público e à autoridade judiciária. Segundo o Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa dos Direitos de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária, a decisão de afastamento deverá estar respaldada por uma recomendação técnica por uma equipe interdisciplinar de instituição pública ou, na sua falta, de outra instituição devidamente qualificada (Brasil, 2006, p. 39).

Segundo o Plano, se for detectada a indispensabilidade do afastamento da criança e do adolescente da família de origem, para a proteção da integridade física e psicológica, eles deverão ser atendidos em serviços que ofereçam cuidados e condições favoráveis ao seu desenvolvimento saudável, devendo-se trabalhar no sentido de viabilizar a reintegração à família de origem ou, na sua impossibilidade, o encaminhamento para família substituta.

Não obstante, nem sempre os casos de acolhimento institucional serão contenciosos, como quando a criança ou adolescente já estiver afastado do convívio familiar por tempo considerável (em situação de rua) ou quando se der por situação

excepcional ou temporária, sem que haja oposição dos pais.

Os primeiros acompanhamentos podem ser ofertados na forma de Acolhimento Institucional ou Programas de Famílias Acolhedoras.

O Acolhimento Institucional para crianças e adolescentes pode ser oferecido em mais de uma modalidade como: Abrigo Institucional para pequenos grupos, Casa Lar e Casa de Passagem. Independentemente da nomenclatura, todas estas modalidades de acolhimento constituem “programas de abrigo”, prevista no artigo 101 do ECA, inciso VII, devendo seguir os parâmetros dos artigos 90, 91, 92, 93 e 94 (no que couber) da referida lei.

As entidades que desenvolvem programas de abrigo devem registrar-se e inscrever seus programas junto aos Conselhos Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente e de Assistência Social e, para que essa inscrição seja deferida, devem cumprir uma série de recomendações do ECA acerca de suas atividades e instalações. Em suma, tais entidades executam um serviço público, de proteção e cuidados a crianças e adolescentes privados da convivência familiar, em ambiente institucional. Importante ressaltar que, em conformidade com o Art. 92, Parágrafo Único do ECA, “o dirigente da entidade de abrigo é equiparado ao guardião, para todos os efeitos de direito.”

O Plano delinea os principais aspectos defendidos para evitar a adoção, considerando tratar-se de medida extrema, assim sendo:

“a posição defendida neste Plano é de que: 1) todos os esforços devem perseverar no objetivo de garantir que a adoção constitua medida aplicável apenas quando esgotadas as possibilidades de manutenção da criança ou do adolescente na família de origem; 2) que, nestes casos, a adoção deve ser priorizada em relação a outras alternativas de Longo Prazo, uma vez que possibilita a integração, como filho, a uma família definitiva, garantindo plenamente a convivência familiar e comunitária; 3) que a adoção seja um encontro entre prioridades e desejos de adotandos e adotantes; e 4) que a criança e o adolescente permaneçam sob a proteção do Estado apenas até que seja possível a integração a uma família definitiva, na qual possam encontrar um ambiente favorável à continuidade de seu desenvolvimento e, que a adoção seja realizada sempre mediante os procedimentos previstos no ECA”. (BRASIL, 2006, p. 47).

Tão logo é feito o acolhimento, a equipe técnica do programa deverá elaborar um plano individual de atendimento, na tentativa de promover a reintegração familiar, salvo se proferida ordem escrita e fundamentada em oposição pela autoridade judiciária competente. No plano individual de acolhimento constam

os resultados da avaliação interdisciplinar, os compromissos assumidos pelos pais ou responsável, e a previsão das atividades a serem desenvolvidas com a criança ou com o adolescente acolhido e seus pais ou responsável, com vista na reintegração familiar ou, caso seja esta vedada por expressa e fundamentada determinação judicial, as providências a serem tomadas para sua colocação em família substituta, sob direta supervisão da autoridade judiciária.

Nesse ponto, já se observa, na prática, uma tendência de a decisão judicial ser tomada sem a realização de estudos de caso anteriores ao acolhimento ou se basear somente nos informes do Conselho Tutelar, homologando o acolhimento e legitimando intervenções precipitadas nas famílias. A indefinição de qual equipe realizará o estudo individual e a escassez de equipe técnica disponível causam a carência da avaliação das condicionantes sociais e a construção de uma solução que abarque toda a família de origem (Bernardi, 2020).

A Resolução CNJ n° 289/2019 instituiu o Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento (SNA), que mantém os dados em tempo real referentes ao acolhimento institucional e familiar, à adoção, incluindo as *intuitu personae*, e a outras modalidades de colocação em família substituta, bem como sobre pretendentes nacionais e estrangeiros habilitados à adoção. O SNA viabiliza o acompanhamento dos jovens desde a entrada no acolhimento até sua efetiva saída, integrando os cadastros municipais, estaduais, federais e internacionais de adotandos e pretendentes.

Todo acolhido terá sua situação reavaliada, no máximo, a cada 3 (três) meses, devendo a autoridade judiciária competente, com base em relatório elaborado por equipe interprofissional ou multidisciplinar, decidir de forma fundamentada pela possibilidade de reintegração familiar ou pela colocação em família substituta.

O ECA estabelece ainda a competência residual da autoridade judiciária caso o município não contenha conselhos municipais dos direitos da criança e do adolescente ou Conselhos Tutelares.

A garantia de direitos é atribuída a diferentes instituições: os legislativos dos entes federativos; as que estão inseridas no sistema de justiça (a promotoria, o Judiciário, a defensoria pública, o conselho tutelar); organizações governamentais e

não governamentais nas áreas de educação, saúde, trabalho, esportes, lazer, cultura e assistência social; as que, representando a sociedade, atuam na formulação de políticas públicas e controle das ações do poder público; e aquelas que têm potencial para ampliar o alcance do conhecimento e das discussões, como a mídia, o cinema e os diversificados espaços de saberes, como unidades de ensino e eventos acadêmicos.

A construção de um projeto político que possibilitasse a estruturação de um sistema de garantias tem por fim evitar as ações historicamente localizadas e fragmentadas. A efetividade do sistema de direitos depende de uma articulação lógica intersetorial, interinstitucional, intersecretarial e intermunicipal.

A transversalidade do sistema de garantia de direitos é o seu ponto fulcral. A articulação das instituições em rede apoia-se nos papéis definidos dos profissionais que nela participam, de forma que seus objetivos sejam alcançados com a contribuição e comunhão de propósitos de umas com as outras (BAPTISTA, 2012).

Assim, é exigido legalmente um aparato administrativo de atuação orquestrada para prover às crianças e adolescentes o direito à convivência comunitária, com objetivo de praticar o princípio do melhor interesse da criança.

## **1.6. O Melhor Interesse da Criança**

O princípio do melhor interesse da criança tem origem no instituto inglês do “*parens patriae*”, no qual atribuía-se à Coroa a autoridade para atuar como guardião de um indivíduo com limitações de discernimento e expressão, como as crianças, os loucos e os débeis. Nos Estados Unidos, o exercício do “*parens patriae*” está associado às atribuições do juiz nas leis referentes à guarda. Caberia às Cortes o dever de supervisionar a atuação dos guardiães e assegurar que atendam o melhor interesse dos seus pupilos (PEREIRA, 2000).

O Art. 3º da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, ao ser ratificada no Brasil pelo Decreto nº 99.710/1990, foi traduzida de forma a consagrar o interesse maior da criança, com viés quantitativo, o que é diferente do texto original em inglês da Convenção, que menciona “*the best interests of the child*”, com viés qualitativo. Todavia, não obstante este ruído de tradução, o conceito qualitativo

do princípio (melhor interesse da criança) está adequado ao conteúdo do tratado internacional, e foi adotado pela Constituição Federal e legislação infraconstitucional (PEREIRA, 2000).

O melhor interesse da criança e a doutrina da proteção integral influenciaram outras normativas, vez que diretamente interferem em institutos como definição de guarda, regulamentação de visitas, fixação de alimentos e declaração de paternidade da Lei nº 10.406/2002 (Código Civil), definição de trabalho infantil para as leis trabalhistas, a destinação prioritária de verbas públicas na Lei nº 4.320/1964 (Normas Gerais de Direito Financeiro) e representação ou assistência processual do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015).

Seu valor jurídico mais se aproxima de postulados normativos, ou normas de segundo grau, na definição de Ávila (2019), que são normas metódicas que instituem critérios de aplicação para outras normas, algo como metanormas. São distintas dos princípios e regras pois, a um, não se situam no mesmo nível, enquanto orientadoras de outras; a dois, porque não possuem os mesmos destinatários, sendo os postulados dirigidos ao intérprete e aplicador do Direito. Por fim, não se relacionam da mesma forma com outras normas, pois, estando num metanível, orientam a aplicação de princípios e regras sem conflituosidade.

Rossato e al (2021) posicionam-se que o interesse superior da criança e do adolescente é postulado normativo, na concepção de Humberto Ávila, por estar num plano distinto das normas cuja aplicação estruturam, não prescrevendo imediatamente comportamentos, mas modos de raciocínio e de argumentação às normas que assim os prescrevem. Dele derivam-se princípios como a responsabilidade primária e solidária do Poder Público, a intervenção mínima, a responsabilidade parental, prevalência da família etc.

Os conceitos jurídicos indeterminados, como é o caso do melhor interesse, estão intrinsecamente conectados ao fenômeno da aplicação da norma jurídica ao caso concreto. A indeterminação do significado da norma jurídica permanece especulativo se não for confirmada diante do caso prático (SADDY, 2009).

Isso se reforça com o Decreto-Lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro) que, em seu Art. 20, dispõe que nas esferas administrativa, controladora e judicial, as consequências práticas da decisão

deverão ser sopesadas para aplicação de um valor jurídico abstrato.

No que se refere à adoção, o melhor interesse significa que é mais relevante a felicidade da criança do que a mera situação jurídica alcançada pela verdade registral, desacompanhada de laços afetivos ou que esteja no interesse exclusivo do adotante (SENA, 2018). Em outro sentido, impõe-se àqueles em torno do infante o sacrifício de seus desejos pessoais em função da solução que represente o seu desenvolvimento integral e saudável.

A análise de precedentes do Superior Tribunal de Justiça exemplifica a aplicação do interesse da criança em episódios da vida prática.

Um menino havia sido entregue voluntariamente pelos pais biológicos aos cuidados de seus padrinhos por ser uma criança que carecia de cuidados médicos, pois nasceu com problemas respiratórios, tinha dificuldade de ganho de peso e recentemente havia sido diagnosticado com distopia testicular, a qual só poderia ser corrigida cirurgicamente. Os padrinhos pleitearam no Judiciário a regularização da guarda provisória para proceder aos tratamentos médicos, o que chamou a atenção do Ministério Público de São Paulo, que questionou uma possível burla aos cadastros de adoção.

Foi ordenado o acolhimento institucional do menino dias após a delicada cirurgia, o que, para o Ministro Relator da Terceira Turma do STJ, mostrou-se uma completa inversão de valores, ao balancear a medida diante do estado de saúde da criança e os laços mantidos com os padrinhos e demais familiares. O Ministro consignou, em sua decisão, que a carência de políticas públicas para facilitar a inclusão de crianças em famílias substitutas aptas a tanto e a inexistência de recursos destinados a ações conjugadas em todo âmbito federativo com intuito de facilitar a adoção legal acabam por estimular caminhos indubitavelmente questionáveis do ponto de vista formal, mas irrefutáveis do ponto de vista social.

Nos autos do Habeas Corpus nº 564.961-SP, o colegiado decidiu que a observância do cadastro de adotantes não é absoluta ao ser sopesada com o princípio do melhor interesse da criança, este fundamento de todo o sistema de proteção ao menor (STJ, 2020, on-line).

Em outro contexto, a Terceira Turma do STJ concedeu a adoção de uma criança em favor de seus avós biológicos, sob fundamento do prumo hermenêutico

do melhor interesse da criança, flexibilizando a regra do Art. 48 do ECA que proíbe a adoção por ascendentes.

A Ministra Relatora do caso, no voto que foi seguido à unanimidade pelos demais Ministros, asseverou que não é dado ao Judiciário imiscuir-se na ponderação de princípios quando o próprio legislador o fez. Todavia, o conteúdo do ECA outorgou ao Estado-Juiz a possibilidade de suplementar normas em nome do melhor interesse do menor, quando deparar-se com as inúmeras circunstâncias da dinâmica social, de modo a permitir retirar a peremptoriedade de qualquer texto legal atinente a crianças e adolescentes (STJ, 2018, on-line).

O melhor interesse também foi configurado quando restou ao STJ decidir sobre a ação judicial de inclusão de dupla paternidade em assento de nascimento de um bebê concebido por reprodução assistida sem que se destruísse o poder familiar do pai biológico (2019, STJ, on-line).

Um casal em união estável homoafetiva decidiu submeter a irmã de um deles em um programa de inseminação artificial, o que resultou na concepção de um embrião. A gestante renunciou, por meio de escritura pública, ao poder familiar do nascituro. O casal postulou judicialmente o registro do pai biológico e do pai socioafetivo, mantendo os campos dos dados da genitora em branco, tendo em vista que a concepção ocorreu mediante inseminação artificial heteróloga e a gestação por substituição.

A pretensão do “tio” de ter reconhecido a paternidade iria de encontro à redação do Art. 1.626 do Código Civil, o qual determina o desligamento de qualquer vínculo com os pais e parentes consanguíneos no ato de adoção. Todavia, utilizando-se da interpretação ampliativa da paternidade socioafetiva e a demonstração por laudo social de que a manutenção do bebê com o casal era uma circunstância favorável, a Terceira Turma do STJ negou o recurso especial do Ministério Público estadual contrário à situação.

O princípio do melhor interesse da criança, ainda que não tenha o seu sentido definido em lei, mostra-se um recurso hermenêutico que norteia a solução das ações judiciais nos casos de adoção, interligado às peculiaridades dos eventos fáticos.

## 1.7. A Adoção De Crianças Indígenas

Em consulta ao Sistema Nacional de Adoção<sup>2</sup> no dia 20 de setembro de 2021, foi possível identificar que, no total de 29.184 crianças acolhidas em todo o território nacional, existem 122 crianças de etnia indígena, o que representa 0,4% do total. Dessas, 66 concentram-se na região Centro-Oeste, 20 na região Sudeste, 19 na região Norte, 14 na Região Sul e 3 na região Nordeste. O maior número de crianças está no estado de Mato Grosso, que contém 63 acolhidas. No Estado do Amazonas, identifica-se apenas 1 criança indígena reportada. A individualização por etnia, especificamente a indígena, é um fator legalmente imposto, em razão das peculiaridades inerentes ao seu tratamento.

Todavia, esta informação está dissonante com a concentração territorial de indígenas e com outros dados sobre o quadro de vulnerabilidade social das crianças. Segundo o Censo Demográfico de 2010, há 896 mil pessoas que se declararam ou se consideravam indígenas<sup>3</sup> pertencentes a 305 etnias e falantes de 274 línguas e/ou dialetos diferentes. O Amazonas é o estado com a maior população indígena no país, sendo que, residindo na capital Manaus estão 168.680 indígenas.

Entre os municípios mais populosos, em números absolutos estão São Gabriel da Cachoeira (AM) com 22.017 indígenas, São Paulo de Olivença (AM) com 14.974 indígenas, Tabatinga (AM) com 14.855 indígenas, São Paulo (SP) com 12.977 indígenas, Santa Isabel do Rio Negro (AM) com 10.749 indígenas, Benjamin Constant (AM) com 9.833 indígenas, Pesqueira (PE) com 9.335 indígenas, Boa Vista (RR) com 8.550 indígenas, Barcelos (AM) com 8.367 indígenas e São João das Missões (MG) com 7.936 indígenas.

No ano de 2018, o UNICEF publicou a Agenda pela Infância e Adolescência

---

<sup>2</sup> Disponível em <  
<https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=ccd72056-8999-4434-b913-f74b5b5b31a2&sheet=e78bd80b-d486-4c4e-ad8a-736269930c6b&lang=pt-BR&opt=ctxmenu,currsel&select=clearall>>.  
 Acesso em 20. Set. 2021.

<sup>3</sup> Há de se registrar que o Censo Demográfico mais atualizado se trata do ano de 2010, há mais de uma década. O Censo Demográfico do ano de 2020, após ter sido remarcado para 2021, não pôde ser realizado devido à ausência de orçamento, conforme reportado no site Radioagência Nacional. Disponível em <  
<https://agenciabrasil.ebc.com.br/radioagencia-nacional/economia/audio/2021-04/censo-demografico-nao-sera-realizado-em-2021>>. Acesso em 19 de set. 2021.

na Amazônia, com dados obtidos da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad, 2015). Segundo dados colhidos pela instituição, as crianças na Amazônia têm maior risco de morrer antes de 1 ano de idade e de não completar o ensino fundamental. Ademais, a taxa de gravidez na adolescência é alta, e as meninas e os meninos na região estão vulneráveis às mais variadas formas de violência, incluindo o abuso, a exploração sexual, o trabalho infantil e o homicídio. Quando todas essas variáveis são avaliadas a partir de um recorte de raça e etnia, percebe-se que entre os grupos minoritários, como indígenas e quilombolas, o quadro é ainda mais grave.

Tomando por base dados de 2016, os nove estados da região norte estão com taxas de mortalidade infantil (até 1 ano) e na infância (até 5 anos) acima da média nacional. Entre as crianças indígenas da região, a taxa de mortalidade infantil permanece bem maior do que aquela de crianças não indígenas: 31,3 óbitos por 1.000 nascidos vivos. A maior parte das mortes de indígenas menores de 1 ano acontece nos primeiros 28 dias de vida. Grande parte das mortes ocorre por doenças evitáveis (leia-se remediáveis), como diarreias, infecções respiratórias agudas, tuberculose e malária (UNICEF, 2018).

Entre 1996 e 2006, a desnutrição crônica (medida pela baixa estatura da criança para a idade) cai 50% no Brasil, passando de 13,4% para 6,7% das crianças menores de 5 anos. Contudo, cerca de 30% das crianças indígenas são afetadas por desnutrição crônica. Os percentuais são maiores entre algumas etnias, de acordo com dados do Ministério da Saúde coletados nos Distritos Sanitários Especiais Indígenas (DSEI), em que a desnutrição infantil passa dos 65% entre crianças do Alto Rio Purus e ultrapassa os 80% entre os yanomamis (UNICEF, 2018).

O acesso à água potável e saneamento, ainda que na maior região hidrográfica da América Latina, é o maior problema a ser enfrentado, possuindo correlação direta com as altas taxas de mortalidade infantil. Os nove Estados da Amazônia Legal têm índices de atendimento de esgoto mais baixos do que a média do Brasil, à exceção do estado de Roraima. Enquanto, no Brasil, o índice de atendimento de esgoto é de 51,9%, no Amapá, Amazonas, Pará e Rondônia, esse valor não chega a 10%. Isso vale para o esgoto tratado, com 44,9% na média Brasil e menos de 10% em Pará e Rondônia (UNICEF, 2018).

Já o atendimento de água acontece de forma desigual na região. Enquanto Mato Grosso, Tocantins, Roraima e Amazonas têm um índice de atendimento de água próximo a 80%, Maranhão está próximo de 50% e Acre, Pará, Rondônia e Amapá atendem menos de 50% da população. Olhando apenas o atendimento urbano, Mato Grosso, Tocantins e Roraima possuem quase 100% de atendimento de água. Já Pará e Rondônia têm pouco mais de 50% e Amapá não alcança 40% (UNICEF, 2018).

No que tange às comunidades indígenas, essa parcela da população apresenta os mais baixos índices de acesso ao pré-natal, a mais baixa cobertura vacinal, muitos estão fora da escola ou em atraso escolar e, sobretudo nas zonas urbanas, muitos são expostos a altos índices de violência e discriminação (UNICEF, 2018). São sujeitos de direitos sem direitos, de fato.

Num cenário de empecilhos a serviços essenciais básicos e alta mortalidade infantil indígena, a única criança acolhida registrada no Sistema Nacional de Adoção no Estado do Amazonas representa a subnotificação desses casos. Soma-se à dificuldade na implantação de um sistema de garantia de direitos eficaz no maior estado do país, o que implica uma via de mão dupla: nem os problemas alcançam as instituições garantidoras, nem estas conseguem encontrá-los.

Os relatos mais antigos de adoção de crianças indígenas remetem ao século XIX, quando houve uma experiência missionária protestante na região do Rio Purus, com a participação de nove ingleses, a qual foi objeto de pesquisa de Link (2016). Ao reunir as cartas dos missionários, verificou-se que a tática deles de adotar crianças apurinãs seria uma maneira melhor sucedida de repassar os ensinamentos evangélicos.

A missão era patrocinada por uma entidade denominada *South American Missionary Society* (SAMS). A base do discurso civilizatório era darwinista, tendo, inclusive, o próprio Charles Darwin como membro da SAMS. O objetivo era estudá-los e tirá-los da “condição de barbárie”, condicionada ao estado de natureza.

Os missionários adotaram dezesseis crianças apurinãs com fins “civilizatórios”. Partiam da ideia de que quanto mais bem formadas estivessem, mais elas poderiam auxiliar outros missionários na tarefa de fazer mais discípulos. Procuraram distinguir-se dos mercadores e demonstravam ter cuidado com as

crianças, ensinando-as a ler e escrever, para assim ganhar a confiança dos indígenas adultos.

A influência religiosa nos internatos e escolas para indígenas também foi analisada por Wigiel (2006 *apud* Costa, 2016). Os missionários salesianos do Alto Rio Negro, convictos do atraso cultural dos povos indígenas, fundaram internatos com apoio do poder público. O objetivo era tornar o indígena um trabalhador cristão, cidadão e patriota, para que pudesse controlar política e economicamente a região.

Conforme os salesianos, o jovem índio deveria ficar totalmente recluso, em regime de internato, para que os educadores pudessem moldar a formação de cada aspecto da personalidade do novo brasileiro cristão.

A adoção “com fins civilizatórios” de indígenas não mais se coaduna com o hodierno quadro social, político e normativo. Em um país cuja Constituição assegura a pluralidade de identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, passaremos a desenvolver os critérios legais e usuais de reconhecimento de indígenas.

A definição de “índio” e “comunidade indígena” para o Direito é retratada no Art. 3º da Lei nº 6.001/1973<sup>4</sup>, denominada Estatuto do Índio. Sua definição é feita pelo critério genealógico, quando se refere à origem e ascendência pré-colombiana; sob critério cultural, ao mencionar as características culturais que o distinguem da sociedade nacional; e, por fim, o critério de pertença étnica, quando da identificação autodeclaratória e por outrem como pertencente a um grupo étnico (Barreto, 2014, p. 33).

O Art. 4º do Estatuto ainda classifica os indígenas em “isolados”, “em vias de integração” e “integrados”, sob uma conotação de que há estágios de evolução cultural, de acordo com o que viverão necessária e impreterivelmente.

Os critérios de identificação indígena ainda são mal-interpretados. As políticas educacionais trouxeram à tona novas dificuldades quanto à questão. Por

---

<sup>4</sup> Art. 3º Para os efeitos de lei, ficam estabelecidas as definições a seguir discriminadas:

I - Índio ou silvícola - É todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional;

II - Comunidade Indígena ou Grupo Tribal - É um conjunto de famílias ou comunidades índias, quer vivendo em estado de completo isolamento em relação aos outros setores da comunhão nacional, quer em contatos intermitentes ou permanentes, sem, contudo, estarem neles integrados.

ocasião do 1º foro dos povos indígenas do estado do Tocantins, Guarany (2006) relata que vários estudantes indígenas estavam descontentes com as políticas de cotas das universidades, definidas pelo critério da autoidentificação, sem que houvesse verificação com documentos, quer fossem expedidos pela FUNAI, quer fossem emitidos pelas lideranças comunitárias ou outro tipo de associação. Os estudantes tinham dificuldade de acompanhar os editais por falta de informação, além de as provas serem aplicadas somente em português, enquanto eles a tinham como língua secundária e dominavam duas ou mais outras línguas .

Ao tratar dos indígenas da atualidade, Guarany (2006) traz os seguintes pontos:

“Que há índios no Brasil totalmente sem contato com outros povos indígenas ou com o restante da sociedade brasileira. A FUNAI estima cerca de 50 povos vivendo dessa maneira.

Há outros povos com pouquíssimo contato, vivendo principalmente na região amazônica.

Há povos indígenas que habitam terras indígenas que já conhecem e que mantêm forte contato com outros povos. O tempo de contato, no entanto, pode variar de cerca de poucas décadas há até mesmo 500 anos atrás.

Muitos povos mantêm sua língua ou, quando não, mantêm parte de sua cultura e vivem coletivamente. São povos indígenas, mesmo com parte de sua gente misturada com outros povos ou etnias. Como já se disse antes, se a comunidade os aceita como índios, como sua gente, indígenas são.

Finalmente, há índios vivendo coletivamente, ou de forma individual, ou ainda em pequenos grupos familiares nos grandes centros urbanos. A população indígena urbana pode alcançar o patamar de no mínimo 300 mil pessoas, as quais se identificam como índios, e cuja maioria pode, de fato, ser reconhecida por um povo indígena. Na verdade, não importa onde vivem, pois continuam sendo índios. Não é, como querem muitos, que por não mais residirem nas aldeias tenham deixado de ser índios. Esta é uma idéia equivocada e preconceituosa, reflexo ainda de uma ideologia integracionista e assimilacionista. Seria o mesmo que um mineiro fosse morar em São Paulo e por isso deixasse de ser mineiro, tornando-se paulistano; ou que um brasileiro fosse morar no exterior e automaticamente deixasse de ser brasileiro, tornando-se americano ou europeu. Ou, no extremo, que se tornasse um apátrida, simplesmente pelo fato de não estar mais residindo em terras brasileiras.”

Jecupé (2020, p. 20) ensaia a definição de indígena pelos conhecimentos que lhe foram repassados por seus avós. O indígena é “um ser humano que teceu e desenvolveu sua cultura e sua civilização de modo intimamente ligado à natureza”. E sua interação com o meio ambiente pôde elaborar tecnologias, teologias, cosmologias e sociedades.

Os apelos dos povos indígenas e das organizações de seus interesses culminaram na ressignificação de seus direitos pela constituinte vigente. É garantido

os direitos originários às suas terras, os direitos de sua produção, preservação do meio ambiente e reprodução física e cultural. As terras tradicionalmente ocupadas, ainda que pertencentes à União Federal, são inalienáveis e não disponíveis e seus frutos não são submetidos à prescrição.

Juridicamente se rompe com o estereótipo de infantilidade às comunidades tradicionais, que poderão ingressar em juízo na defesa de seus direitos e interesses, com auxílio do Ministério Público para zelar e fiscalizar os atos processuais.

A Convenção dos Direitos das Crianças (1989), também ratificada pelo Brasil, traz em seu corpo a observação de que nos Estados-partes onde existam minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, ou pessoas de origem indígena, não seja negado o direito, em comunidade com os demais membros de seu grupo ter sua própria cultura, professar e praticar sua própria religião ou utilizar seu próprio idioma (Art. 30).

Os Direitos das Crianças e dos Adolescentes sofreram adequações às disposições constitucionais para efetivação do estado pluriétnico. O primeiro impacto adveio da Resolução nº 91/2003 do CONANDA, que positivou o zelo às peculiaridades socioculturais das comunidades indígenas à aplicação do ECA.

As leis nº 12.010/2009 e 13.509/2017 alteraram dispositivos do ECA, incluindo especificidades das crianças indígenas quanto à família substitutiva<sup>5</sup> e à perda e suspensão do poder familiar<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

§ 6º Em se tratando de criança ou adolescente indígena ou proveniente de comunidade remanescente de quilombo, é ainda obrigatório:

I - que sejam consideradas e respeitadas sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, bem como suas instituições, desde que não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais reconhecidos por esta Lei e pela Constituição Federal;

II - que a colocação familiar ocorra prioritariamente no seio de sua comunidade ou junto a membros da mesma etnia;

III - a intervenção e oitiva de representantes do órgão federal responsável pela política indigenista, no caso de crianças e adolescentes indígenas, e de antropólogos, perante a equipe interprofissional ou multidisciplinar que irá acompanhar o caso.

<sup>6</sup> Art. 157. Havendo motivo grave, poderá a autoridade judiciária, ouvido o Ministério Público, decretar a suspensão do poder familiar, liminar ou incidentalmente, até o julgamento definitivo da causa, ficando a criança ou adolescente confiado a pessoa idônea, mediante termo de responsabilidade.

§ 2º. Em sendo os pais oriundos de comunidades indígenas, é ainda obrigatória a intervenção, junto à equipe interprofissional ou multidisciplinar referida no § 1º deste artigo, de representantes do órgão federal responsável pela política indigenista, observado o disposto no § 6º do Art. 28 desta Lei.

Como exemplo de composição do sistema de garantia de direitos, compõem a Rede de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente Indígena, em Dourados/MS, o Conselho Tutelar, os órgãos municipais de assistência social, a Secretaria Especial de Saúde Indígena – SESAI, a Fundação Nacional do Índio – FUNAI, o Ministério Público Federal – MPF, a Vara da Infância e Juventude, a Promotoria da Infância e Juventude, além de outras entidades da sociedade civil.

Explica Brito e Faria (2013) que, na esfera federal, a Secretaria Especial de Saúde Indígena – SESAI, vinculada ao Ministério da Saúde, tem como missão principal o exercício da gestão da saúde indígena. Nos casos das crianças e adolescentes, a SESAI, por meio do Polo Base e sua equipe multidisciplinar, implanta ações preventivas e educativas, além de intervir nos casos de violência, vulnerabilidade e risco nutricional.

Já a Fundação Nacional do Índio – FUNAI, órgão indigenista oficial que, embora não tenha atribuição específica no que se refere às crianças e adolescentes, possui a missão de proteger e promover os direitos dos povos indígenas, garantindo a promoção dos seus direitos sociais, econômicos e culturais, bem como monitorando as ações e serviços de atenção à saúde desses povos.

Os Procuradores Federais integrantes da Advocacia-Geral da União atuam na orientação jurídica e defesa judicial de todos os direitos e interesses coletivos indígenas, nos ditames da Portaria nº 839/2010-AGU.

O Ministério Público Federal atua na sua função institucional de defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas, enquanto o Ministério Público Estadual atua nas ações cíveis do ECA, seja como parte ou como fiscal da lei, a depender do caso.

Os serviços culturalmente apropriados, no seu planejamento, devem considerar alguns parâmetros. Primeiramente, cabe assegurar a participação de lideranças, organizações, comunidades, famílias, crianças e adolescentes de Povos e Comunidades Tradicionais nos espaços de planejamento, nos processos de tomadas de decisões e na fiscalização dos serviços, respeitada a igualdade de gênero. Também, deve-se inserir profissionais de quaisquer áreas de formação com conhecimento das tradições e costumes dos Povos e Comunidades Tradicionais ou de profissionais oriundos de Povos e Comunidades Tradicionais na equipe técnica

das instituições do sistema de garantia de direitos.

É indispensável disponibilizar informações a esses povos sobre os serviços e os direitos de crianças e adolescentes em linguagem culturalmente acessível e, preferencialmente, nas línguas étnicas. Há de se promover a formação permanente dos profissionais do sistema de garantia de direitos sobre as histórias, as culturas e os direitos dos povos e comunidades tradicionais, assim como a forma de aplicação intercultural dos direitos dos jovens para propiciar a melhoria do atendimento e o respeito à diversidade cultural. Cabe, igualmente, o desenvolvimento de fluxos operacionais sistêmicos de atendimento do sistema de garantia que dialoguem com as instâncias internas de povos e comunidades tradicionais, reconhecendo suas práticas tradicionais e o aprimoramento da coleta de dados cadastrais do sistema voltados aos quesitos de cor e raça e inclusão do quesito etnia (ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2021).

A intervenção de equipe interdisciplinar e com conhecimentos aprofundados sobre cultura indígena nos processos que envolvem direitos de crianças ou adolescentes indígenas é um passo a mais de cumprimento obrigatório, cuja ausência é capaz de trazer a nulidade inteira de uma ação judicial.

Os precedentes judiciais sobre o assunto, no âmbito do STJ, são no sentido de exigir tal ato procedimental, pois imprescindível à análise da situação do menor. No julgamento no Recurso Especial nº 1.698.635 – MS, o órgão julgador decidiu que a intervenção não é formalismo processual exacerbado, mas, ao revés, é mecanismo que legitima o processo adotivo do menor oriundo de família indígena, na medida em que se pressupõe que, com a intervenção, maiores serão as chances de que tenham sido atingidos os melhores interesses do menor (STJ, 2020, on-line).

O envolvimento indispensável de muitos atores no sistema de garantias de direitos dos menores indígenas propiciam aos processos judiciais um espaço de diálogo que poderá ser revertido em políticas públicas destinadas às comunidades indígenas.

## **2. O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: INTRODUÇÃO DE OUTRAS COSMOVISÕES AO DIREITO**

### **2.1. A formação dos Estados Nacionais latinos**

Considerando a determinação constitucional do Art. 231 e seguintes, o Direito brasileiro não pode deixar de incluir mecanismos de compreensão da realidade indígena e, na análise dos conflitos sociais, perpetuar medidas que venham a obstar o exercício de suas culturas. Nesta perspectiva, interessa estudar a experiência da América Latina quanto à legitimação das demandas das comunidades tradicionais no direito positivo.

O conflito social é marcante na história da América Latina. Os países da região têm em comum as plataformas de exclusão e desigualdade crônicas como fator que desencadeia a conflituosidade social, o que cada vez mais se fragmentam e tornam-se complexo, dificultando a capacidade dos Estados onipresentes de processá-los.

Calderón e Castells (2021, p. 14), no livro “A Nova América Latina”, explicam que a globalização e a digitalização não produziram uma cultura local homogênea; ocorreu o fenômeno contrário:

“Do fundo da alma dos povos, ressurgiu com força uma constelação de identidades, feitas de cotidianidade que nunca foi subjugada, de conexão com uma natureza própria. De uma tradição oral preservada, de um modo específico. Humano, claro que sim, mais humano inclusive que os padrões de comportamento explícitos no mercado como forma de vida, e não apenas de economia; porém, com práticas enraizadas no compartilhamento secular, semeado de sofrimentos e esperanças” (Calderón; Castells, 2021, p. 14).

Os conflitos culturais latino-americanos almejam a qualidade de condições de vida para além das necessidades materiais básicas do desenvolvimento humano, mas inseridas em contextos subjetivos e valorativos próprios. Nessa esfera, destacam-se os conflitos de segurança cidadã, político-ideológicos, ecológicos e de relação de gênero. Têm por objetivo redefinir as relações sociais e conquistar convivência melhor e com segurança (CALDERÓN; CASTELLS, 2021, p. 232).

Os meios de comunicação, a profusão em massa das informações, as redes sociais, a virtualidade da vida, a pluralidade social, a mobilidade geográfica

possibilitada pelos meios de transporte, a impermanência das experiências profissionais, as alterações das estruturas familiares, a intranquilidade com o futuro, são exemplos de causas que impulsionam uma crise de sentidos para o Direito brasileiro (FERRAZ JUNIOR; BORGES, 2020, s.p.).

O processo de formação dos Estados no sul da América deu-se pela ocupação de colonizações europeias que, durante o século XIX, promoveram suas lutas pela independência. O modelo estatal foi construído para atender os descendentes de europeus, ignorando a maioria das populações que há tempos existiam no solo latino (GASPARINI; RODRIGUES, 2016, p. 27).

A formação de um imaginário jurídico e de toda uma teoria do direito no país foi feita por europeus e por brasileiros que recorreram às construções de matriz europeia mais bem elaboradas da época, e feita a serviço histórico, econômico e político condizente com a presença incomensurável do modelo de ciência e de vida europeu no país naquele momento (FERRAZ JUNIOR; BORGES, 2020, s.p.).

Os Estados nacionais, erigidos sob a filosofia moderna que exalta o direito de liberdade e de igualdade, iguala todos os indivíduos de maneira formal (NOGUEIRA, 2016, p. 81). Os liberais, defensores da propriedade privada, da decisão individual, não podiam aceitar a democracia majoritária, ou seja, que a vontade do coletivo majoritário prevalecesse sobre a vontade do coletivo minoritário e logo sobre a vontade de cada um (MAGALHÃES, 2012).

A cultura de Estado representa a concepção burguesa clássica de que não existem estamentos intermediários entre o cidadão e o Estado, ignorando corporações, coletivos, grupos homogêneos etc. O próprio Estado passou a ser percebido como um indivíduo, uma pessoa de natureza especial que tentasse incorporar a vontade de todos os seus habitantes localizados em um limite geográfico certo.

Assim, não seria concebível enclaves de grupos humanos com direitos próprios de coletividade, não reconhecidos nem integrados ao direito estatal. Os povos indígenas deveriam ser esquecidos para dar lugar a cidadãos livres, distintos de seu grupo, sua comunidade, sua tribo ou seu povo (SOUZA FILHO, 2018, p. 62).

A criação de Estados nacionais no século XIX na América Latina têm como característica fundamental a semelhança de seus antigos colonizadores: são

Estados únicos de Direito único, na tentativa de acabar privilégios e gerar uma sociedade igual, ainda que isso significasse, de maneira sutil, o silenciamento de diferenças culturais, étnicas, raciais, de gênero, estado ou condição. A ideia de que todos os indivíduos estariam automaticamente convertidos em cidadãos traduziu-se na assimilação, absorção ou integração dos povos culturalmente diferenciados.

A cultura constitucional procurou encerrar o universalismo no Estado: um Estado único, com uma única fonte de Direito, emanada diretamente da Constituição, com leis organizadas em códigos, que teriam o efeito de encerrar todas as possibilidades das relações jurídicas, em sistema sem lacunas. Esta organização social que não admite fissuras nem diferenças, não pode aceitar o indígena com uma vida e organização social fundada em outros princípios que não sejam os enunciados constitucionais que se efetivam pelo Direito Civil (SOUZA FILHO, 2018, p. 83).

Como consequência, uma gama de experiências subjetivas típicas da realidade multifacetada da cultura brasileira não foi em nenhum momento recepcionada pela institucionalização jurídica nacional, sendo apenas ignorada na construção de direitos (FERRAZ JUNIOR; BORGES, 2020, s.p.).

Os usos hegemônicos da linguagem desse constitucionalismo intentam eliminar a diversidade cultural e obter, não só homogeneidade, mas também a uniformidade cultural, por meio de sete características principais:

“a) identificar soberania e comunidade ou grupo de pessoas culturalmente homogêneo e, pois, onde o fator cultural não conta como importante; b) crer que as estruturas políticas são uniformes e centralizadas, nas quais os cidadãos são tratados de forma igual; c) entender que as culturas são uniformes e têm relação com graus de desenvolvimento econômico (em que as europeias são desenvolvidas, ao passo que as coloniais refletem um grau inferior de evolução socioeconômica), estabelecendo, com isso, um padrão único de avaliação das culturas; d) reconhecer costumes e tradições, mas de forma parcial, deixando, ao mesmo tempo, oculta a ideia de que as instituições, tradições e ideias modernas são superiores às demais; e) acreditar que o desenvolvimento da Europa moderna tem um conjunto de instituições políticas e jurídicas, que são as únicas capazes de representar a soberania popular e, portanto, todos os Estados devem estar baseados na separação de esferas públicas e privadas, império da lei (rule of law e suas variantes), separação de poderes e liberdades individuais (talvez o laicismo ou secularismo, também); f) associar cada Estado com uma nação; g) crer em momentos fundacionais das Constituições, que constituem a condição prévia para a vida político democrática e, assim, intocáveis e para todo o tempo (BALDI, 2012, p. 128).”

Desde as constituições fundacionais dos novos Estados independentes, a

América Latina carece de processos constituintes plenamente democráticos. Por outro lado, processos constituintes representativos das elites e distantes da natureza democrática essencial do poder constituinte foram produzidos em muitas ocasiões. O constitucionalismo crioulo, assim denominado por Pastor e Dalmau (2019, p. 341) baseava-se no nominalismo constitucional e portanto, na falta de uma presença efetiva da Constituição no sistema jurídico e na sociedade. Em geral, as constituições do constitucionalismo crioulo não cumpriam mais do que os objetivos que as elites haviam determinado: a organização do poder do Estado e a manutenção, em alguns casos, dos elementos básicos de um sistema democrático formal.

A diversidade étnico cultural da América Latina suscita a promoção de relações positivas entre distintos grupos culturais; o confrontamento da discriminação, do racismo e da exclusão; a formação de cidadãos conscientes das diferenças e capazes de trabalhar conjuntamente no desenvolvimento de uma sociedade justa, equitativa, igualitária e plural.

Aqui, utiliza-se do conceito de interculturalidade de Catherine Walsh, que significa “o contato e intercâmbio entre culturas em termos equitativos” (2009, p. 41), ou seja, em condições de igualdade, como objetivo precípua das constituições latino-americanas. Esse intercâmbio não deverá ser pensando tão somente em termos étnicos, mas a partir da relação, comunicação e aprendizagem permanente entre grupos, pessoas, conhecimento, valores, tradições, lógicas e racionalidades. A interculturalidade busca romper com a premissa de que há uma cultura dominante e outras subordinadas e, portanto, reforçar as identidades tradicionalmente excluídas para construir uma convivência de respeito e legitimidade entre todos os grupos, tanto para a vida cotidiana como para as instituições sociais.

O termo não se confunde com outras terminologias que aparentam serem sinônimos. A “multi,” a “pluri” e a interculturalidade coincidem de referir-se à diversidade étnica, mas possuem maneiras próprias de conceituá-la e de nortear políticas e práticas.

Segundo Walsh (2009, p. 42), a multiculturalidade é um termo descritivo que conceitua a multiplicidade de culturas dentro de um determinado espaço (local, regional, nacional ou internacional) sem que necessariamente haja uma relação

entre elas. Entende-se como um relativismo cultural, em outras palavras, uma separação demarcada e fechadas em si mesmas.

Nos contextos de Estado liberal, a multiculturalidade pressupõe que a tolerância ao outro é considerada suficiente para permitir que a sociedade nacional (homogênea) funcione sem resistência; ainda sob uma ótica de que uma cultura se sobrepõe à outra no plano das instituições sociais.

A interculturalidade é um projeto que vai de contraponto à multiculturalidade. Em sua prática, busca-se implodir as estruturas coloniais de poder, inclusive aquelas que querem controlar o saber, o ser e as relações complexas do meio ambiente. É a reconceituação e refundação de estruturas sociais, epistêmicas e de existências, abarcando modos diversos de pensar, atuar e viver.

Já a pluriculturalidade resgata uma pluralidade histórica e atual, em que várias culturas convivem no mesmo espaço territorial e juntas formam a totalidade nacional, sem uma profunda relação equitativa entre os grupos.

Walsh defende que a interculturalidade não pode ser reduzida a uma mera mistura de elementos, tradições, características ou prática culturalmente distintas; mas um processo dinâmico que pretende desenvolver solidariedades e responsabilidades compartilhadas, sem descaracterizar a identidade cultural de seus interlocutores.

Na democracia, nenhum ator social pode atribuir a si mesmo a representação da totalidade, pois o poder não poderá ser uma relação externa entre identidades pré-constituídas, mas ser o constituinte de identidades. O Direito, para atender os anseios da interculturalidade e pluriethnicidade, deverá moldar-se à democracia do pluralismo, onde os grupos realmente interferem na construção de identidades coletivas, num campo aberto para dissidências (FERRAZ JUNIOR; BORGES, 2020, s.p.).

## **2.2. Teorias descolonizadoras**

A crítica ao processo eurocêntrico de formação de um pensamento homogêneo e global, que viabilizou projetos políticos e econômicos de viés capitalista, foi o ponto crucial para o fortalecimento de uma corrente teórica que incentiva novas perspectivas e modelos de pensamento. A pretensão

descolonizadora volta-se sensível às formas de produção, reprodução e transformação de subjetividades (BRAGATO; CASTILHO, 2014).

No ano de 1998, formou-se o grupo Modernidade/Colonialidade, composto por intelectuais latino-americanos, a partir de eventos acadêmicos que propunham a fundação do pensamento crítico latino-americano. Arturo Escobar, Walter Dignolo, Enrique Dussel, Aníbal Quijano, Immanuel Wallerstein, Santiago Castro-Gómez, Ramón Grosfoguel, Edgardo Lander, Nelson Maldonado-Torres, Catherine Walsh, Zulma Palermo, Fernando Coronil e Boaventura Santos foram os primeiros membros, construindo os conceitos primordiais que viriam a ser desenvolvidos nas ciências sociais latino-americanas do século XXI (Ballestrin, 2013).

O projeto da descolonialidade posiciona-se num *locus* de enunciação histórico e geográfico dos subalternizados. Grosfoguel e Bernadino Costa (2016, p. 19 *apud* CARVALHO, 2021, s.p.) aventam que o *locus* do pensamento não está nas condições corpóreas de cor de pele de seus autores, mas na sua posição epistêmica.

Tais autores possuem como ponto harmônico a visão de que a modernidade possui uma face oculta e violenta: a colonialidade. Utilizando as ideias de Enrique Dussel, somente foi possível o desenvolvimento da economia capitalista e a construção de uma história mundial a partir de 1492, com a invasão e colonização das Américas, o que provocou o sistema-mundo moderno/colonial e capitalista (CARVALHO, 2021, s.p.).

Escobar (2013, p. 60) disserta sobre as noções-chaves do grupo Modernidade/Colonialidade:

“1) un énfasis en localizar los orígenes de la modernidad en la Conquista de América y el control del Atlántico después de 1492, antes que los más comúnmente aceptados mojones como la Ilustración o el final del siglo XVIII; 2) una atención persistente al colonialismo y al desarrollo del sistema mundial capitalista como constitutivos de la modernidad; esto incluye una determinación de no pasar por alto la economía y sus concomitantes formas de explotación; 3) en consecuencia, la adopción de una perspectiva planetaria en la explicación de la modernidad, en lugar de una visión de la modernidad como un fenómeno intra-europeo; 4) la identificación de la dominación de otros afuera del centro europeo como una necesaria dimensión de la modernidad, con la concomitante subalternización del conocimiento y las culturas de esos otros grupos; 5) una concepción del eurocentrismo como la forma de conocimiento de la modernidad/colonialidad —una representación hegemónica y modo de conocimiento que arguye su propia universalidad y que descansa en «una confusión entre una universalidad abstracta y el mundo concreto derivado de la posición europea como centro»”

Dentre elas, está o sistema-mundo moderno colonial, de Immanuel Wallerstein, como conjunto de processos e formações sociais que acompanham o colonialismo moderno e as modernidades coloniais; ainda que estruturalmente heterogêneo, articulam as principais formas de poder em um sistema.

A colonialidade do poder, concebida por Aníbal Quijano, é um modelo hegemônico global de poder, instaurado desde os tempos de conquista europeia, que articula raça e labor, espaço e gentes, de acordo com as necessidades do capital e para o benefício dos brancos europeus.

Walter Mignolo sugere a diferença colonial e a colonialidade global, que se referem ao conhecimento e às dimensões culturais do processo de subalternização efetuado pela colonialidade do poder. Nelson Maldonado-Torres cria o conceito de colonialidade do ser para descrever a dimensão ontológica da colonialidade.

Enrique Dussel e Aníbal Quijano elaboram o eurocentrismo como o modelo de conhecimento que representa a experiência histórica local europeia e, desde o século XVII, se tornou o conhecimento globalmente hegemônico.

A entrada dos europeus na América deu origem ao conceito de raça para justificar a fragmentação de identidades pelos aspectos de cor. Dessas identidades, foram atribuídas hierarquias, funções e lugares sociais específicos; as meras distinções pessoais passaram a ser critério de hierarquia entre si.

Quijano (2010, p. 120) discorre que, a partir da experiência do eurocentrismo na América Latina, a população mundial foi classificada em identidades “raciais”, dividindo-se entre dominantes/superiores em “raça branca” e os dominados/inferiores em “raças de cor”, sob pretensos critérios de natureza e geografia. Assim, nos países em que seus habitantes são vítimas de relações “racistas/eticistas” de poder, estes não conseguem sair da periferia.

Ainda que a colonialidade emergja no bojo das estruturas coloniais de poder, ela tem impactos mais profundos nas subjetividades e relações sociais, impregnando-se nas entranhas do poder, do saber e do ser.

Quijano (2002) delinea que o padrão de poder moderno foi caracterizado pela coexistência da dominação, da exploração e do conflito; elementos estes que impactaram a seara do trabalho (ascensão do capitalismo e propagação da ideia de

raça para legitimar hierarquias e escravidão), do espaço de autoridade coletiva (Estado-nação), do sexo (instituição da tradicional família burguesa) e da produção do conhecimento (hegemonia do paradigma eurocêntrico).

Dussel (2000) trabalha o mito da modernidade, que dissimula os efeitos perversos da colonialidade. A narrativa baseia-se na identificação da sociedade moderna como uma civilização mais desenvolvida, tratando os outros povos como “bárbaros” ou “primitivos”. Fixada esta posição hierárquica, os europeus assumem a missão de levar o progresso aos “primitivos”, empregando violência a quem oferecesse qualquer resistência.

Em se tratando de paradigma da modernidade, Magalhães (2014, p. 108) explica que este é fruto do projeto hegemônico e europeu que estabeleceu e reproduziu a lógica binária de subalternização do outro diferente (nós *versus* eles) para introduzir o estado moderno e o direito nos territórios colonizados. A continuidade do poder centralizado, hegemônico e hierarquizado deste estado moderno requer a uniformização de valores e comportamentos, que passa pela uniformização do direito de família e de propriedade, para validação do seu poder, instigando o discurso civilizatório ocidental.

A descolonialidade propicia o desfazimento da ideia de um pensamento universal e espacialmente transcendente, pois compreende que a modernidade e a colonialidade do poder é capaz de subjugar ou subalternizar o outro (SILVA, 2020, p. 198).

Esta linha acadêmica experimenta desvincular o pensamento de dualidades (sujeito-objeto, teoria-prática, natureza-cultural) para pensar termos desconstrucionistas para além das dualidades metafísicas, oportunizando que os movimentos sociais criem sua própria teoria e academia crie sua própria prática (SILVA, 2020 p. 203).

O direito reflete o contexto de colonialidade, tendo em vista que cria direitos e obrigações comprometidos com a visão de mundo e da sociedade europeia. A narrativa da modernidade representou a afirmação e legitimação de padrões eurocêntricos e valores liberais, com conseqüente exclusão de grupos e sujeitos que não estão no perfil “homem, branco, europeu, capitalista”.

### **2.3. O Novo Constitucionalismo Latino-Americano e as experiências em nossos vizinhos**

O novo constitucionalismo latino-americano se propõe a refundar a teoria constitucional sob o abandono das propostas totalizantes e uniformizadoras típicas de uma modernidade que se funda no plano da racionalidade e individualismo, além da aproximação de modelos caracterizados pela multiplicidade e pelo pluralismo.

O atual modelo de cientificidade que ampara a regulamentação estatal de viés liberal-positivista e a cultura normativa lógico-formal não mais consegue estabilizar a ordem social. O pluralismo clássico da modernidade, que emergiu do poder absoluto soberano e da negação radical de outra forma de arbítrio ou monopólio estatal, não digere os hodiernos conflitos do sistema-mundo capitalista.

Diante disso, a proposição de Wolkmer (2018, s.p.) é de construir uma alternativa pluralista que reformule a dependência estatal, adaptadas à forma de ser do latino-americano e seus novos valores assimilados e cultivados, como a democracia, a participação e a inter-culturalidade.

Avrizer (2017, s.p.) aponta alterações nas constituições latinas, do ponto de vista político, que vão além da concepção de estado plurinacional e práticas de baixo para cima de movimentos sociais. Primeiramente, o novo constitucionalismo amplia direitos, em especial, das comunidades tradicionais. Instaurou-se o reconhecimento das comunidades plurais e seus direitos à diversidade, à terra e à preservação do patrimônio cultural, ainda que sejam grupos minoritários.

Como exemplo está o pioneirismo da constituição colombiana, que adicionou os seus artigos 7 e 10, os quais reconhecem a diversidade étnica da nação colombiana e sua diversidade linguística. A constituição boliviana de 2008 firmou o princípio do Estado plurinacional, alcançando os aspectos jurídicos, políticos, culturais, econômicos e linguísticos.

A segunda consequência é a ampliação de direitos de participação popular nas políticas públicas. No Brasil, a constituição de 1988 gerou formas distintas de participação, como o plebiscito, o referendo, a iniciativa popular, os conselhos de políticas públicas nas áreas da saúde, assistência social e políticas públicas, os

planos diretores municipais e a possibilidade de audiências públicas nos trâmites legislativos federais e estaduais. A constituição boliviana, por outro lado, definiu outros institutos participativos, como a assembleia, a consulta prévia e a iniciativa legislativa cidadã.

Por fim, sucedeu-se à reformulação das funções do poder judiciário no sistema de decisão política, aumentando suas prerrogativas. O controle de constitucionalidade é o instrumento brasileiro que, com a constituição de 1988, sofreu ampliação do rol de legitimados a propô-lo voltados à inclusão de órgãos da sociedade civil.

As mudanças na relação Estado e povos indígenas, segundo Fajardo (2010), se deram em três ciclos de reformas constitucionais. O primeiro, denominado constitucionalismo multicultural (1928-1988), foi o momento em que as constituições introduzem o conceito de diversidade cultural, o reconhecimento da configuração multicultural e multilíngue da sociedade, o direito à identidade cultural e alguns direitos indígenas específicos. A Guatemala e a Nicarágua foram exemplos que buscam reconciliar a sociedade e dar uma resposta a demandas indígenas num contexto bélico. O Brasil entra neste primeiro ciclo.

O segundo ciclo, denominado constitucionalismo pluricultural (1989-2005), aconteceu quando as constituições desenvolveram o conceito de nação multiétnica/multicultural e Estado pluricultural, redefinindo os contornos de Estado. O pluralismo e a diversidade cultural converteram-se em princípios de ordem constitucional e possibilitam concretizar direitos indígenas, afrodescendentes e de outros coletivos. São direitos como a oficialização de idiomas indígenas, educação bilíngue intercultural, a consulta prévia e outras formas de participação. Incluem também o direito consuetudinário e funções jurisdicionais paralelas, quebrando o monismo jurídico de países como a Colômbia, o México, o Paraguai, o Peru, a Bolívia, a Argentina, o Equador e a Venezuela.

Este momento teve muita influência da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, a qual previu proteção especial à terra para os povos indígenas, destacando a sua relação intrínseca entre esta e seus valores culturais e espirituais. Determinou aos Estados a obrigação de proteção aos recursos naturais e concessão do direito de propriedade a esses povos

(GASPARINI; RODRIGUES, 2016, p. 35).

O terceiro ciclo, denominado constitucionalismo plurinacional (2006-2009), foi vislumbrado nos processos constituintes da Bolívia e do Equador, no contexto de aprovação da Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas. Nestes países, a refundação do Estado partiu do reconhecimento explícito das raízes milenares de seus povos. Os povos indígenas foram reconhecidos como nações originárias com poder de autodeterminação. Direitos oriundos da cosmovisão indígena foram alçados a direitos sociais, como o direito à água, ao “buen vivir”, à segurança alimentar, dentre outros.

O conceito de bem viver “Sumak Kawayay” traz o entendimento de que o desenvolvimento jurídico deve considerar a inter-relação e interdependência entre homem e natureza, considerando ainda a visão espiritual das populações tradicionais, concebendo de forma holística e integrada a relação entre homem e natureza (GASPARINI; RODRIGUES, 2016, p. 38-39).

O bem viver surge como uma pauta de matriz andina que se expande para a definição e a busca de “outras formas de felicidade”, derivadas de formações sociais e economias comunitárias e coletivistas, mostrando-se um postulado fruto de práticas históricas dos povos indígenas, resistentes à dominação colonial e as noções de progresso etnocêntricos (SEGATO, 2020, p. 56).

A agenda dos movimentos indígenas andinos inverteu a hegemonia branca-mestiça e, ao mesmo tempo, posicionou os povos indígenas local, regional e transnacionalmente como atores sociais e políticos. Tal formulação foi mais significativa no Equador porque a interculturalidade aplicada estava diretamente apontada para sacudir o poder da colonialidade e do imperialismo.

O “novo constitucionalismo” que surge na América do Sul traz consigo o conceito de democracia consensual não hegemônica para o qual as construções teóricas modernas dos direitos fundamentais sobre a necessidade de mecanismos contramajoritários e da existência de vitórias temporárias de argumentos debatidos, podem ser não aplicáveis (MAGALHÃES, 2012).

A proposta de uma democracia consensual deve ser compreendida com cuidado no paradigma do estado plurinacional. Primeiramente é necessário compreender que esta democracia deve ser compreendida a partir de uma mudança

de postura para o diálogo. Não há consensos prévios, especialmente consensos linguísticos, construídos na modernidade de forma hegemônica e autoritária. O estado moderno homogeneizou a linguagem, os valores, o direito, por meio de imposição do vitorioso militarmente. A linguagem é, neste estado moderno, um instrumento de dominação. Logo, o diálogo a ser construído entre culturas e pessoas deve ser despido de consensos prévios, construídos por esses meios hegemônicos (MAGALHÃES, 2012).

O reconhecimento de outra cultura jurídica, marcada pelo pluralismo do tipo comunitário-participativo e pela legitimidade construída através das práticas internalizadas de sujeitos sociais permite avançar para redefinição e afirmação de direitos humanos sob uma perspectiva da interculturalidade (WOLKMER, 2021, p. 22).

Pastor e Dalmau (2019, p. 339-340) explicam que o novo constitucionalismo latino-americano tem um duplo objetivo. Por um lado, recuperar e atualizar o conceito de poder constituinte democrático, garantindo a origem democrática da Constituição por meio de iniciativas populares de ativação desse poder e de seu exercício fundante por uma assembleia constituinte participativa e plural, assim como pela aprovação direta da Constituição pela cidadania, por meio de consulta popular. Por outro lado, gerar conteúdos constitucionais que permitam resolver os problemas de legitimidade do sistema que o constitucionalismo social de origem europeia não conseguiu resolver.

Este movimento ressignifica conceitos desnaturados pela teoria constitucional tradicional, como soberania popular e poder constituinte. No Estado constitucional, a soberania somente tem sentido de forma dependente da soberania do povo e, portanto, limitada por ela. Assim, o constitucionalismo democrático exige que a soberania do Estado somente possa ser concebida no âmbito da normatividade. Mas, o perigo de negar a soberania legitimadora do povo está em se negar à própria possibilidade de um constitucionalismo democrático. Ou, o que é equivalente, negar-se a possibilidade de avançar na emancipação dos povos por meio do Estado constitucional (PASTOR: DALMAU, 2019, p. 342).

Ainda que a CRFB/88 conferiu avanços com o reconhecimento e proteção da organização social, dos costumes, das línguas, das crenças das tradições e dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam os indígenas, ela

não atribuiu expressamente a eles autonomia e validade para suas normatividades que lhes são peculiares.

Este fator ficou evidenciado no julgamento acerca da demarcação da reserva Raposa Serra do Sol (STF, 2009), nos autos da Petição 3388 RR, em que o colegiado do Supremo Tribunal Federal decidiu no sentido de que a CRFB/88 não atribui validade ou eficácia à normatividade indígena, prevalecendo as normas estritamente estatais e advindas da União:

“6. NECESSÁRIA LIDERANÇA INSTITUCIONAL DA UNIÃO, SEMPRE QUE OS ESTADOS E MUNICÍPIOS ATUAREM NO PRÓPRIO INTERIOR DAS TERRAS JÁ DEMARCADAS COMO DE AFETAÇÃO INDÍGENA.

A vontade objetiva da Constituição obriga a efetiva presença de todas as pessoas federadas em terras indígenas, desde que em sintonia com o modelo de ocupação por ela concebido, que é de centralidade da União. Modelo de ocupação que tanto preserva a identidade de cada etnia quanto sua abertura para um relacionamento de mútuo proveito com outras etnias indígenas e grupamentos de não-índios. A atuação complementar de Estados e Municípios em terras já demarcadas como indígenas há de se fazer, contudo, em regime de concerto com a União e sob a liderança desta. Papel de centralidade institucional desempenhado pela União, que não pode deixar de ser imediatamente coadjuvado pelos próprios índios, suas comunidades e organizações, além da protagonização de tutela e fiscalização do Ministério Público (inciso V do art. 129 e art. 232, ambos da CF).

7. AS TERRAS INDÍGENAS COMO CATEGORIA JURÍDICA DISTINTA DE TERRITÓRIOS INDÍGENAS. O DESABONO CONSTITUCIONAL AOS VOCÁBULOS POVO, PAÍS, TERRITÓRIO, PÁTRIA OU NAÇÃO INDÍGENA.

Somente o território enquanto categoria jurídico-política é que se põe como o preciso âmbito espacial de incidência de uma dada Ordem Jurídica soberana, ou autônoma. O substantivo terras é termo que assume compostura nitidamente sócio-cultural, e não política. A Constituição teve o cuidado de não falar em territórios indígenas, mas, tão-só, em terras indígenas. A traduzir que os grupos, organizações, populações ou comunidades indígenas não constituem pessoa federada. Não formam circunscrição ou instância espacial que se orne de dimensão política. Daí não se reconhecer a qualquer das organizações sociais indígenas, ao conjunto delas, ou à sua base peculiarmente antropológica a dimensão de instância transnacional. Pelo que nenhuma das comunidades indígenas brasileiras detém estatura normativa para comparecer perante a Ordem Jurídica Internacional como Nação, País, Pátria, território nacional ou povo independente. Sendo de fácil percepção que todas as vezes em que a Constituição de 1988 tratou de nacionalidade e dos demais vocábulos aspeados (País, Pátria, território nacional e povo) foi para se referir ao Brasil por inteiro (STF, 2009, p. 8-9).”

Barcellos (2019, p. 177), ao analisar o referido julgado, conclui que o Brasil ocupa uma posição particular nos debates latino-americanos de seus vizinhos, não sendo possível incluí-lo no novo constitucionalismo latino-americano.

Todavia, nas jurisdições ordinárias de primeira instância, verifica-se a

ocorrência de decisões judiciais que abstiveram-se de aplicar sanção devido à circunstância de que os indivíduos já haviam sido penalizados pelos ilícitos dentro de suas respectivas comunidades, o que representa uma tendência tímida de reconhecimento de pluralidade jurídica.

Foi o caso do processo criminal Processo nº 0090.10.000302-0, tramitado no Tribunal de Justiça de Roraima, relativo a um episódio de homicídio praticado por um indígena contra outro de mesma etnia, dentro da Reserva Raposa Serra da Lua. Os procuradores federais, em defesa do réu, argumentaram que o art. 57 da Lei Federal nº 6.001 de 19 de dezembro de 1973 traz implícita a vedação à punição dupla, chamada de "bis in idem", "tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou difamante, proibida em qualquer caso a pena de morte".

Em segunda instância, os desembargadores da Câmara Única do Tribunal de Justiça de Roraima decidiram por afastar o "jus puniendi" estatal, reconhecendo que o crime em comento foi punido conforme os usos e costumes da comunidade indígena do Manoá, os quais são protegidos pelo art. 231 da Constituição, e desde que observados os limites do art. 57 do Estatuto do Índio, que deva penas cruéis, infamantes e a pena de morte, há de se considerar penalmente responsabilizada a conduta do apelado (TJRR, 2016).

Em outro, também no âmbito do Estado de Roraima, dois indígenas acusados de furtar a bolsa de uma mulher no município de Pacaraima foram absolvidos no poder judiciário, tendo em vista que o tuxaua da comunidade do Contão ordenou que capinassem a área do posto de saúde onde ocorreu o delito (JF/RR, 2014).

Sobre o tema da adoção no direito alienígena, tem-se como espelho o protocolo de adoção nacional da Bolívia. A Constituição política do Estado Plurinacional da Bolívia, em seu Art. 58, designa que "ninãs, niños y adolescentes" são sujeitos de direitos e titulares de direitos específicos inerentes ao seu processo de desenvolvimento, à sua identidade étnica, sociocultural, de gênero e geracional, bem como à satisfação de suas necessidades, interesses e aspirações (Bolívia, 2017).

O que se preconiza nesta pesquisa não é a ruptura total do atual modelo de Estado brasileiro. Averigua-se a utilização de conhecimentos e modos de vida que não compunham a formação do direito oficial para solucionar imbróglis cujas respostas a legislação não possuía de pronto.

### **3. A MEDIAÇÃO INTERCULTURAL COMO PROPOSTA DESCOLONIAL**

#### **3.1. A crise de sentidos e as soluções adequadas de conflitos**

As instituições (família, igreja, mercado, colégios, polícia, escolas de artes, direito etc.) exercem um papel nas experiências individuais de atenuar sentimentos de ansiedade, inquietação ou temor diante das vicissitudes da vida. Elas representam um catálogo organizado de saberes e sentidos, cuja função é de fornecer o esquema de ações que nortearão as condutas individuais para um resultado já conhecido.

Quando se percebe que as sociedades não contêm um único sistema de valores obrigatório, as crises emergem do choque de seus membros com a comunidade de sentidos. O bem comum se põe em contradição com as preferências subjetivas e o modo como parte da comunidade se reconhece existencialmente; isso acarreta que a própria noção de instituição garantidora de confiabilidade e durabilidade entra em crise. Segundo Ferraz Junior e Borges, “quanto mais complexas são as sociedades, maior a propensão a tais crises” (2020, s.p.).

O sentido é a consciência humana, que se tornou pessoa por meio de processos sociais. Consciência, individualidade, corporalidade específica, sociabilidade e formação histórico-social da identidade pessoal são características da espécie humana (BERGER; LUCKMANN, 2019, s.p.).

O conflito é o ponto que sustenta todas as estruturas e ações jurídicas; sendo, por excelência, o lugar de tensão entre o anseio por normatividade e lugar absoluto da liberdade. Ferraz Junior e Borges explicam que o conflito é “o fim a que se predestina o juiz, e é dele que se extrai a sua razão existencial” (2020, s.p.). Cabe à atividade jurisdicional a alcinha de lidar com um ambiente de pressão e inquietude entre os fatos e seus estados e a experimentação material do direito e seus institutos.

A evolução da crise do Estado, que afeta sobremaneira a forma de realização da justiça, revela novos arranjos jurídicos mais adequados para resolver as contradições sociais (PINHO, 2020, p. 115).

Existem problemas frutos da rapidez das mudanças culturais e sociais pelas quais as sociedades perpassam, de um lado, dado o amálgama cultural, o

sincretismo religioso, a ausência de qualquer padrão racial, a imensidão territorial e sua diversidade biótica, as influências estrangeiras, enfim, a pluralidade intrínseca à realidade doméstica; e de outro, a conformação dos estratos estatais autoritários e o saber científico nitidamente arrítmicos e estranhos a esta realidade. A conformação do saber jurídico e dos institutos dogmáticos jurídicos não guardaram orgânica relação com os atuais costumes e modos de ser do brasileiro (FERRAZ JUNIOR; BORGES, 2020, s.p.).

O direito, por muito tempo, se solidificou como instituição redutora da complexidade da vida pela superação e confirmação de expectativas normativas, afirma e reafirma sentidos através de uma operação de forma, indicando situações aceitas a partir de sua qualificação binária lícito-ilícito, e definindo identidades e diferenças recebidas no sistema jurídico (FERRAZ JUNIOR; BORGES, 2020, s.p.).

A norma jurídica, em sendo um juízo hipotético, mas com vistas a incidir diante de um fato trazendo consigo um valor escolhido previamente, apresenta uma parte destinada a dever-ser e outra, por fim, para prescrever eventual consequência no descumprimento do dever-ser (FERRAZ JUNIOR; BORGES, 2020, s.p.).

A estabilização dos sentidos encontra seu auge justo no instante em que as expectativas se frustram e o direito, como instituição, com sua carga autoritária e subtraído à avaliação de existência formal dos envolvidos, para a se sobrepor às agruras subjetivas, escolhendo, fundamentando, decidindo o valor, a moral, a técnica, enfim, o sentido prevalecente diante da ossatura do ordenamento jurídico estatal (FERRAZ JUNIOR; BORGES, 2020, s.p.).

A norma contida no inciso XXXV do art. 5º da CRFB/88 é um imperativo de efetivação da justiça, que objetiva conceder provimento adequado às demandas judiciais a partir do direito material correlato ao caso.

O acesso à justiça não está limitado à sua dimensão formal. Este princípio implica a mais ampla admissão de pessoas e causas ao processo, com garantia de observância das regras que materializam o devido processo legal, para que possam participar do formação do convencimento do julgador, figura imparcial, em diálogo cooperativo, para fornecer uma decisão justa e apta a afastar qualquer resíduo de insatisfação (JÚNIOR, 2018, s.p.).

O problema do acesso à justiça não pode mais ser visto como uma questão

fechada, um dogma incontornável ou cláusula pétrea. As atenções se voltam à imprescindibilidade de uma redefinição atualizada e contextualizada, sobretudo diante da cifra indicativa de litigiosidade judicial, em que “a cada grupo de 100.000 habitantes, 10.675 ingressaram com uma ação judicial no ano de 2020” (CNJ, 2021).

Cappeletti e Garth (2002, p. 3) reconhecem a dificuldade na definição do conceito de “acesso à justiça”, contudo, conseguem determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico: ser o meio pelo qual pessoas podem reivindicar direitos e/ou resolver seus litígios sob os olhos do Estado; e ainda, produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.

O Estado brasileiro, ao reconhecer que o acesso à justiça não se limita ao âmbito jurisdicional, promoveu políticas de incentivo aos meios de autocompositivos de resolução de conflitos.

A exemplo, destaca-se a Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre a “Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências”.

A criação da Resolução 125 do CNJ decorreu da necessidade de se estimular, apoiar e difundir a sistematização e o aprimoramento de práticas já adotadas pelos tribunais. Desde a década de 1990, houve estímulos na legislação processual à autocomposição, acompanhada na década seguinte de diversos projetos piloto nos mais diversos campos da autocomposição: mediação civil, mediação comunitária, mediação vítima-ofensor (ou mediação penal), conciliação previdenciária, conciliação em desapropriações, entre muitos outros, bem como práticas autocompositivas inominadas como oficinas para dependentes químicos, grupos de apoio e oficinas para prevenção de violência doméstica, oficinas de habilidades emocionais para divorciandos, oficinas de prevenção de sobreendividamento, entre outras (CNJ, 2016, p. 37).

A Lei Federal nº 13.105/2015, popularmente denominada Código de Processo Civil, prevê em seus artigos principiológicos que o Estado “promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” (art. 3.º, § 2.º) e que a “conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial” (art. 3.º, § 3.º).

Analisando os obstáculos do acesso à justiça, os autores propõem três ondas renovatórias deste direito: (1) a assistência judiciária para os pobres, (2) a representação jurídica para direitos difusos e o (3) enfoque na amplitude do acesso à justiça, com a sugestão de métodos alternativos para decidir as causas.

O sistema multiportas é o complexo de opções que cada pessoa tem à sua disposição para buscar solucionar um conflito a partir de diferentes métodos, o que envolve métodos heterocompositivos e autocompositivos, com ou sem a participação estatal (TARTUCE, 2021, p. 69). Nos modelos gerenciados pelo Poder Judiciário, cabe a este indicar o meio mais adequado de gestão de conflito, incluindo a prestação jurisdicional ou não.

Nos Estados Unidos, observa-se uma ampla variedade de métodos de trabalho de solução de conflitos, como *mini-trial*, avaliação neutra de terceiro, *summary jury trial*, *private-judging* etc; é o chamado sistema de *multi-door courthouse* (GUERRERO, 2015, p. 36).

A mediação é um processo voluntário e flexível em que um terceiro, imparcial, é o facilitador da negociação entre as partes, auxiliando a encontrar soluções do conflito sem, contudo, interferir nas decisões tomadas entre as partes. Os conflitos que se ajustam a esse método, normalmente, são questões que envolvem sentimentos em relações contínuas e que atrapalham o diálogo entre as partes. Devido à autonomia das vontades utilizada pelos interessados, na mediação e na conciliação, a solução da lide é obtida em um ambiente de participação mútua e de soluções favoráveis para ambos os lados.

Existem inúmeras definições para Mediação Intercultural, mas uma que a entende como uma modalidade de mediação e que diferencia com precisão seu contexto de sua finalidade é a seguinte:

“Nós entendemos Mediação Intercultural ou mediação social em contextos multiétnicos e multiculturais como uma modalidade de intervenção de terceiros, em e sobre situações sociais de multiculturalismo significativo, orientado para o reconhecimento do outro e a abordagem das partes, comunicação e compreensão mútua, a aprendizagem e desenvolvimento da convivência, a regulação dos conflitos e a adaptação institucional, entre atores sociais ou institucionais étnico-culturalmente diferenciados. (GIMÉNEZ, 1997, p.142)”.

A mediação e a conciliação traduzem a Eco-Jurisdição Compartilhada (eco = casa e jurisdição = tutela do Estado para tratamento adequado do conflito), conceito

forjado por Costa, em que o juiz compartilha a casa da justiça com os auxiliares, propiciando o diálogo e a cooperação (2018, p. 6).

A eco-jurisdição é visualizável como uma casa contemporânea jurisdicional de formas retas e cubos com mesas redondas, para “facilitar o diálogo próximo e informal dos mediandos, sem hierarquia ou discriminação, onde reside a eco-cidadania, a igualdade, a confidencialidade e a cooperação de seus agentes” (COSTA; RIBAS, 2018, p. 7).

É um imóvel de muros de vidro que refletem a transparência na participação democrática das partes envolvidas; e de cor branca, que representa a paz na continuidade do cumprimento do acordo. Pode estar repleta de novas tecnologias, porém traduz o bem-estar necessário ao restabelecimento do equilíbrio das relações sociais.

Considerando que as partes do processo estão fragilizadas, envolvidas em um conflito, geralmente familiar, expostas diante dos outros, incumbe ao mediador explicar o processo de autocomposição, colocando-os em condições de igualdade, facilitando o diálogo e, de certa forma, ensinando aos envolvidos, utilizando-se de técnicas adequadas, como poderão futuramente continuar resolvendo por si mesmos os problemas. Dessa forma, as partes terão condições de igualmente e de comum acordo, se sentirem aptas a compor um acordo possível de ser cumprido.

Extrai-se de Wilke (2019, p. 142) que, com base nos princípios básicos da mediação, esta deve observar algumas etapas. Há uma sessão de abertura, quando o mediador se apresenta e apresenta a todos que estão na sala, explica a finalidade e as fases da mediação, as garantias e o seu papel no processo, fixa as regras que devem ser seguidas e se as partes concordam com o que foi dito. Após, tem-se a investigação do problema, sendo dada a palavra para as partes, explicando o tempo e as regras, para que cada um fale a sua versão. Nesse momento, o mediador realiza a escuta ativa, poderá fazer perguntas e anotações para mais tarde se orientar. No seguimento há a identificação dos interesses, fazendo um pequeno resumo da fala de cada um, com as palavras das partes, mas com as ideias organizadas.

A resolução se dará após todos os pontos acertados, o mediador fará a construção conjunta e um breve resumo sobre o acordo e pede a confirmação das

partes. A finalização da mediação se dará apenas após a concordância total, parcial ou a discordância das partes. Na concordância total, o mediador redigirá um termo final, se as partes assim o quiserem, com expressões claras, palavras de simples compreensão de acordo com o que foi declarado por elas. Na concordância parcial, da mesma forma, será redigido o termo final constando o que foi acordado entre as partes, naquilo em que não foi encontrada solução amigável poderá ser tratado em outra ocasião. Na discordância, será redigido o termo final constando que, as partes não chegaram a um consenso, o mediador resume as questões debatidas e encerra o processo de mediação.

### **3.2. Mediação e ecologia dos saberes**

A remoção de um indivíduo do seu núcleo familiar é a última medida a ser efetiva no contexto da proteção integral da criança/adolescente. O Art. 19 do ECA é expresso quanto ao direito de ser criado e educado no seio de sua família. A colocação em família substituta é excepcionalíssima, por ser uma ruptura com a família biológica, mas que resguarda o direito à convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.

O instituto da adoção, quando envolve uma criança/adolescente indígena, ganha contornos mais delicados. Não são desconhecidas as políticas etnocidas de integração que outrora incentivaram a adoção de crianças indígenas por “famílias brancas”, visando o “processo de civilização dos gentios”, assim como as ondas de evangelização que evoluíram e continuam a evoluir desde os tempos da chegada dos portugueses, destinadas à “conversão dos gentios à fé cristã” (VALENTE, 2019), sob uma perspectiva de inferiorização dos povos indígenas em face da sociedade.

Os adotantes jamais podem deliberar sobre a ruptura do vínculo do adotando com a sua origem étnica. Necessitam compreender as precisas lições do antropólogo Ribeiro (apud VALENTE, 2011), inobstante às ligeiras evoluções operadas pela antropologia contemporânea:

“O índio é irreduzível em sua identificação étnica, tal como ocorre com o cigano ou com o judeu. Mais perseguição só os afunda mais convictamente dentro de si mesmos. Tal não conseguem os serviços oficiais de proteção, geralmente entregues a missionários, e também não conseguem esses últimos. Povos há, como os Bororo, por exemplo, com mais de século e meio de vida catequética, que permanecem Bororo, pouco alterados pela ação missionária; ou os

Guarani, com mais de quatro séculos de contato e dominação” (2006, p. 131)

A pessoa indígena, vislumbrada a partir do conceito constitucional (que deve ter seu horizonte de significação preenchido a partir da realidade fática), é o sujeito em relação, o sujeito contextualizado, diferente, construído a partir da cultura. As sociedades indígenas, assim como as tradicionais, elaboram a noção de pessoa mediante pressupostos simbólicos internos e particulares; estas pessoas vinculam-se ao corpo social ocupando e pertencendo a um determinado lugar (DANTAS, 2011).

A absoluta impossibilidade de reintegração familiar ou da colocação da criança ou adolescente indígena em família substituta da sua comunidade, quando se encontra em situação de risco, implica que a sua introdução em família substituta não-indígena seja a única alternativa para garantia de sua integridade física e psíquica.

Nessas situações, a adoção, em razão do seu caráter de definitividade, é medida de excepcionalidade, sobretudo diante das práticas ultrajantes eleitas no passado em relação aos povos indígenas, inclusive na qualidade de políticas oficiais do Estado, e que ainda se mantêm vivas na intersubjetividade popular (VALENTE, 2011).

Ainda que os processos de adoção não envolvam, necessariamente, uma lide após a destituição do poder familiar, imprescindível se faz o sopesamento de interesses constitucionalmente previstos, que é o direito à convivência familiar e o direito à identidade cultural indígena.

Imaginar os direitos humanos como parte de um encontro de linguagens de dignidade implicaria partir de um profundo conhecimento das vozes (gritos e murmúrios), das lutas (resistências e levantes), das memórias (traumáticas e exaltantes), e dos corpos (feridos e insubmissos) daqueles e daquelas que foram subalternizados pelas hierarquias modernas baseadas no capitalismo, no colonialismo e no patriarcado (SANTOS; MARTINS, 2019, p. 9).

Os direitos humanos convencionais, enquanto parte da modernidade ocidental, têm como limite ontológico a impossibilidade de reconhecer a plena humanidade dos sujeitos que se encontram abissalmente excluídos. Isto porque ser

entendido de forma relevante ou compreensível significa, antes de mais, ter o poder de representar o mundo como seu, no seus termos. A compreensão ocidental da universalidade dos direitos humanos não consegue conceber que existam outros princípios diferentes sobre a dignidade humana e a justiça social (SANTOS; MARTINS, 2019, p. 15).

Santos e Martins propõem a tradução intercultural entre direitos humanos, onde estes serão convocados para o diálogo com outras culturas, teologias e agendas políticas que os movem para o Sul e para suas lutas pela existência (2019, p. 17).

O pensamento moderno ocidental é um pensamento abissal, que assenta em distinções visíveis e invisíveis. Sua característica principal é a impossibilidade de copresença dos dois lados da linha. O conhecimento e o direito modernos representam as manifestações mais bem conseguidas do pensamento abissal.

No campo do conhecimento, o pensamento abissal consiste na concessão à ciência moderna do monopólio da distinção universal entre o verdadeiro e o falso, em detrimento de dois conhecimentos alternativos: a filosofia e a teologia. A sua visibilidade assenta na invisibilidade de formas de conhecimento que não encaixam em nenhuma destas formas de conhecer (SANTOS, 2010, p. 33).

A linha visível que separa a ciência dos seus outros modernos está na linha abissal invisível que separa, de um lado, ciência, filosofia, e teologia e, de outro, conhecimentos ditos incomensuráveis e incompreensíveis. Do outro lado da linha não há conhecimento real; existem crenças, opiniões, magia, idolatria, entendimentos intuitivos ou subjetivos (SANTOS, 2010, p. 34).

A sociologia das ausências e das emergências é um instrumento central das Epistemologias do Sul. Esta proposta epistemológica parte da ideia de que o que não existe é, na verdade, ativamente produzido como não existente, isto é como uma alternativa não-credível ao que existe, e visa conhecer e credibilizar a diversidade das práticas sociais existentes no mundo face às práticas hegemônicas e pensar o futuro em função dessa dilatação do presente.

A ecologia de saberes é o instrumento mais forte. Assente na premissa de que todos os saberes são incompletos e que isso se aplica também à ciência, a ecologia de saberes propõe o confronto da monocultura da ciência moderna com o

reconhecimento da diversidade de formas de conhecimento que existem no mundo (Santos, 2006, 2007). O processo de reconhecimento de outros saberes, de outras formas de conhecer, envolve necessariamente as restantes ecologias, nomeadamente a rejeição da lógica do tempo linear, da hierarquia da classificação social, da desvalorização do que é local ou do que não encaixa na narrativa da produção capitalista.

A função primordial do direito oficial é canalizar as diferentes pretensões sociais para um mesmo lugar, e as relações de igualdade e desigualdade se institucionalizam, reduzindo sua complexidade e sua multiplicidade material, em grande parte, a questões dicotômicas, como “ter ou não ter propriedade”, “ser ou não ser possuidor”, “ser responsável ou ser isento” etc. (FERRAZ JUNIOR; BORGES, 2020, s.p.).

A hermenêutica diatópica de Baldi (2004), Khroling (2009), Panikkar (2004) e Santos (2006) é um método que visa atingir e potencializar a consciência de incompletude mútua das culturas para que se possa utilizar como ferramenta de diálogo tanto a ideia de que as incompletudes culturais geram possibilidades de complementações interculturais, quanto à de que, para que isso ocorra, priorize-se a necessária reflexão sobre o *topoi* (lugares, pontos fortes, idiosincrasias) de uma cultura. Igualmente, ao invés de intentar aproximar conteúdos similares ou comparáveis, intente-se alcançar equivalentes homeomórficos<sup>7</sup> para apontar funções equiparáveis.

Na área da infância, as alterações legislativas promovidas pela Lei nº 12.010/2009 e, após, pela Lei nº 13.010/2014, inseriram no Estatuto da Criança e do Adolescente a previsão, de forma mais clara, da necessidade a criação de mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos, no mesmo sentido do que também prevê a Lei nº 12.594/2012 (outra norma de referência em matéria de infância e juventude, que instituiu o chamado “Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - SINASE”, estabelecendo os parâmetros a serem observados quando do atendimento de adolescentes autores de ato infracional).

A amplitude da Lei nº 13.010/2014 permitiu que a mediação não seja cabível apenas em se tratando de conflitos *intrafamiliares*, mas também em outras situações

---

<sup>7</sup> Noções e símbolos equivalentes a um determinado tema em outras culturas (Oliveira, 2014, p. 78).

envolvendo a violação de direitos de crianças e adolescentes de um modo geral, desde que razoável é recomendável sua utilização no caso em concreto, observados os princípios e parâmetros normativos que orientam a atuação do Poder Público (assim como das entidades não governamentais que, por delegação e/ou convênio, executam ações próprias do Poder Público) em matéria de infância e juventude.

Verificada a imperiosidade da superação do paradigma jurídico materializado no Estado e visando um projeto de ordenação descentralizada e espontânea que nasça da própria sociedade, fundada na pluralidade das necessidades básicas e no consenso das diferenças, Wolkmer (2015, s.p.) propõe duas estratégias primordiais: (1) práticas ou mecanismos legais institucionais de produção alternativa existentes dentro do Direito positivo oficial do Estado e (2) práticas ou mecanismos legais não institucionalizados de produção alternativa fora da órbita do Direito Estatal positivo.

Dentre os mecanismos legais institucionais reconhecidos no direito oficial estão as soluções adequadas de conflito (conciliação, mediação, arbitragem e juizados especiais), capazes de promover uma Justiça menos ritualizada e burocrática, mais flexível, rápida e informal.

Magalhães (2014, p. 115) propõe ao Judiciário, para além de dizer o direito ao caso concreto, que priorize a busca permanente da mediação, como meio da construção de consensos provisórios e sempre democráticos, que objetivem o restabelecimento do equilíbrio perdido com o conflito.

Ferraz Junior e Borges (2020, s.p.) alvitraram caminhos dentro do direito oficial, em virtude do campo da culturalidade que o direito material manifesta, que possam dialogar com experiências jurídicas subalternas. Sugerem então o instituto processual da Escuta Étnica, em que uma fala marginalizada poderá guiar o vetor cognitivo do magistrado.

Com a Escuta Étnica, é possível extrair dos próprios indígenas, ribeirinhos, quilombolas e outras comunidades quais as suas formas de manifestação jurídica e, em casos de delitos culturalmente motivados, por exemplo, ouvir a manifestação da cultura jurídica não hegemônica.

As 100 Regras de Brasília sobre acesso à justiça das pessoas em condições de vulnerabilidade (2008) determinam que as pessoas integrantes das comunidades

indígenas podem encontrar-se em condição de vulnerabilidade quando exercitam os seus direitos perante o sistema de justiça estatal. Partindo dessa premissa, os países signatários deverão propiciar as condições destinadas a possibilitar que as pessoas e os povos indígenas o exercício com plenitude de seus direitos perante o dito sistema de justiça, sem discriminação alguma que possa ser fundada na sua origem ou identidade indígenas. Os poderes judiciais assegurarão que o tratamento que recebem por parte dos órgãos da administração de justiça estatal seja respeitoso com a sua dignidade, língua e tradições culturais.

Também restou pactuado, com fundamento nos instrumentos internacionais na matéria, o estímulo às formas próprias de justiça na resolução de conflitos surgidos no âmbito da comunidade indígena, assim como propiciar a harmonização dos sistemas de administração de justiça estatal e indígena baseada no princípio de respeito mútuo e de conformidade com as normas internacionais de direitos humanos.

GUERRA (2017, p. 201), utilizando dos ensinamentos de Luis Alberto Warat, descreve que a proposta de mediação waratiana almeja a “revalorização e a reaproximação dos saberes poéticos, poiéticos, criativos, criadores, transgressivos, críticos do status quo, dos saberes enlatados e domesticados”.

A mediação já é uma realidade nos conflitos fundiários agrários e de comunidades tradicionais. Como exemplo, o Tribunal de Justiça do Estado de Roraima criou quatro Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC), a partir do qual se criou o primeiro Polo de conciliação indígena do Brasil, dentro da Terra Indígena Raposa Serra Sol, especificamente na comunidade indígena do Maturuca.

### **3.3. Crianças e adolescentes indígenas como protagonistas**

Para Abramowicz (2020, s.p.), a criança é dois presentes: um presente a partir de seu ponto de vista, o qual o adulto não consegue mais ter; e um presente do qual todos fazemos parte, enfrentando os mesmos fatos. Mas também é um passado, marcado pela história de sua cor, seu gênero, sua etnia, num movimento em que concomitantemente é único. A criança é, de uma só vez, universal, singular

e individual. Não obstante, a criança é um futuro, um devir, a descontinuidade do que não sabemos, e que será inventado. Infância é o ocasional, o disruptivo, a descontinuidade, o que ainda não está e a inventividade.

A sociologia da infância visa caracterizar as crianças como “um grupo populacional, numa perspectiva estrutural”, analisando o impacto de questões políticas, econômicas, sociais, geográficas, históricas etc., que atingem crianças e adultos submetidos aos mesmos problemas, identificando-as como sujeitos contemporâneos (QVORTRUP apud NASCIMENTO, 2020, s.p.). Tal proposição altera o caráter universalizante da infância, posicionando-a na sociedade e revelando as desigualdades na distribuição de poder, de recursos e de direitos.

A infância, que, no passado, foi desinteressante aos adultos, não impede as crianças de serem atores sociais, dissociados do seu pertencimento às instituições “família” e “escola”. A nova concepção sociológica entende que estes são capazes de produzir mudanças nos sistemas onde se inserem, dialogando com o cenário social, político e cultural. Conforme Nascimento (2020, s.p.), crianças pertencem a diferentes classes sociais, gêneros, espaços geográficos, culturas de origem, etnias, em outras palavras, são concretas e contextualizadas, membros autônomos de uma sociedade.

A perspectiva da sociologia da infância tem sua relevância para as ciências jurídicas. A concepção do direito como uma experiência histórico-cultural permite fomentar a consciência de que o direito não é um presente, uma dádiva, mas o fruto maduro de uma experiência multimilenar (REALE, 1999, p. 219). Assim, a contribuição da sociologia da infância para a produção de normativas visa entender a experiência da infância, o que guiará políticas públicas voltadas a esse núcleo de sujeitos sociais autônomos.

Beltrão e Oliveira (2011) explicam que a fixação do ser criança representou a universalização intergeracional da condição de vulnerabilidade social, no sentido de enquadrá-la como sujeito suscetível a eventos externos que podem produzir lesões biopsicossociais graves relacionadas à própria trajetória de desenvolvimento humano e assunção da “dependência natural” como elemento intrínseco do percurso inicial da vida, indicando a inserção do grupo geracional num grau privilegiado de vulnerabilidade. Isso exigiu e, ao mesmo tempo, legitimou a institucionalização a

partir da criação e/ou modificação de aparelhos sociais, como a escola e a família, além de garantir atenção jurídica privilegiada para a proteção contra as múltiplas formas de violências e promoção de condições sociais que propiciem a melhoria da qualidade de vida.

Nascimento e Anzoategui (2020), em pesquisa sobre as experiências dos jovens do povo Kaiowá e Guarani em processos judiciais da Vara da Infância no Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, instigam o exercício de escuta desses jovens:

“Apresentar suas histórias de vida, trazendo à tona as suas próprias narrativas, os seus anseios, as suas necessidades e vontades. Ouvir e observar as crianças e jovens possibilita acessar os preconceitos e as formas que possuem de enfrentar, mas também problematizar a continuidade e a ruptura das relações que estabelecem com outros Kaiowá e Guarani a partir da permanência ou separação na mesma instituição de grupos de irmãos e do convívio com não parentes. Os estudos em antropologia da criança destacam a autonomia da criança indígena, característica está difícil de ser compreendida nas perspectivas de pessoas de segmentos médios e pelo formalismo processual. Quando a fala das crianças aparecem nestes documentos é envolto de outras vozes de autoridade, de psicólogas e de assistentes sociais, que tendem a trazê-las sem fazer o exercício de contextualização e interpretação nos termos do seu povo.”

Em dezembro de 2021, o Conselho Nacional de Justiça publicou o Manual de Depoimento Especial de Crianças e Adolescentes pertencentes a Povos e Comunidades Tradicionais. Trata-se de um compilado de orientações que deverão ser observadas para a implementação de atendimentos culturalmente adequados e tomada de depoimento especial de crianças e adolescentes vítimas de violência oriundas de povos e comunidades tradicionais.

O projeto piloto de depoimento especial de crianças e adolescentes oriundas de povos e comunidades tradicionais foi testado em quatro instituições: Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, Tribunal de Justiça do Amazonas, Tribunal de Justiça de Roraima e Tribunal de Justiça da Bahia. Coube a eles indicar as comarcas que acolheram o projeto e os povos e as comunidades tradicionais com quem desenvolver as experiências pilotos.

O objetivo da adaptação do depoimento especial aos universos culturais e sociolinguísticos dos povos e comunidades tradicionais, orientados por normas comunicativas e códigos de condutas particulares, é para permitir que a

comunicação seja efetiva, quanto para evitar que mais uma violência institucional seja perpetrada contra esses coletivos.

Parte-se do axioma que a criança vítima ou testemunha de violência que presta depoimento no âmbito de um processo judicial é duplamente vítima por fazer parte de povos e comunidades alvos de preconceito, discriminação e precarização de seus modos de vida instituídos ao longo do processo histórico de contato interétnico. Estas são as diretrizes do Manual (CNJ, 2021, p. 19):

- “1) diversidades dos povos e comunidades tradicionais: infâncias, modos de proteção e pluralismo jurídico;
- 2) consulta e participação dos povos e comunidades tradicionais;
- 3) identificação étnica e língua da criança ou do(a) adolescente vítima ou testemunha de violência oriunda de povos e comunidades tradicionais;
- 4) local para a coleta do depoimento especial dos povos e comunidades tradicionais;
- 5) planejamento da audiência de depoimento especial dos povos e comunidades tradicionais;
- 6) entrevistadores forenses;
- 7) intérpretes forenses e mediadores culturais;
- 8) adequação do Protocolo Brasileiro de Entrevista Forense de Crianças e Adolescentes Vítimas ou Testemunhas de violência oriundas dos povos e comunidades tradicionais;
- 9) perícia antropológica;
- 10) organização interna do Judiciário para a tomada de depoimento especial;
- 11) articulação do Judiciário com o sistema de garantia de direitos;
- 12) formação permanente;
- 13) povos indígenas isolados e de recente contato;
- 14) planejamento, monitoramento e avaliação”.

A novidade no Manual é a atribuição da mediação cultural aos intérpretes das audiências de depoimento especial de crianças e adolescentes de povos e comunidades tradicionais que falam suas línguas maternas é previsto pela Lei da Escuta Protegida. Segundo o Manual, o intérprete deverá adaptar as perguntas dos entrevistadores e operadores do direito para os termos da criança ou dos adolescentes oriundos dos povos e comunidades tradicionais e fazendo a interpretação linguística das respostas para o português e a tradução cultural dos significados que informam os enunciados e as categorias acionadas pelo depoente em seu discurso.

Foi incumbido aos Tribunais de Justiça o dever de criar um cadastro de intérpretes que pertencem aos povos e comunidades tradicionais para serem nomeados como peritos para atuar nas audiências de depoimento especial que envolvam crianças e adolescentes de povos e comunidades tradicionais.

Desta forma, verifica-se que há uma tendência à criação e aplicação de mecanismos processuais, pela legislação infracional e resoluções do CNJ, que possibilitam a construção do melhor interesse do jovem indígena com efetiva participação dos membros de sua etnia.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O cerne do presente estudo é analisar a possibilidade de inserção da mediação intercultural nos processos judiciais de adoção de crianças/adolescentes indígenas como instrumento capaz de promover dialogicamente a construção do seu melhor interesse.

Inicialmente, dissertou-se acerca do sistema normativo de proteção à criança e ao adolescente para ilustrar a importância da doutrina da proteção integral e qual o lugar do instituto da adoção.

Se, no passado, as políticas estatais sobre o tema eram no sentido de evitar a criminalidade e de controlar comportamentos subversivos, hoje há uma inversão nas finalidades destas, que visam fomentar um ambiente propício ao saudável desenvolvimento dos sujeitos de direitos.

O direito à convivência familiar e comunitária tem caráter fundamental, cabendo ao Estado e à iniciativa particular fomentar meios de exercício da paternidade responsável. Caso a convivência com a família biológica torne-se um risco à integridade física e psíquica do jovem, a adoção é a alternativa excepcional, por meio da qual será apresentada à criança ou ao adolescente uma nova família e um outro vínculo de filiação será chancelado.

A adoção é um procedimento judicial, que perpassa por uma análise multidisciplinar para, por fim, demonstrar ao magistrado que foi alcançado o melhor interesse do adotando. O Estatuto da Criança e do Adolescente definiu regras para garantir a segurança jurídica da adoção, dotada de definitividade e irrevogabilidade. Todavia, a prática judicial tem mostrado que é possível a flexibilização de tais regras, em prol do postulado normativo do melhor interesse do jovem e dos laços de afetividade.

No que concerne à infância e adolescência indígena, o ECA seguiu a tendência constitucional de preservação da sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, bem como suas instituições, atribuindo mecanismos de incentivo ao exercício destes direitos. Contudo, eles não exaurem a definição do

melhor interesse do jovem indígena, tampouco prevêem como se dará a manutenção dos aspectos culturais étnicos na adoção por pessoas de etnia distinta.

O segundo capítulo aborda o novo constitucionalismo latino-americano como teoria constitucional de origem andina que envolve a pluralidade de culturas dentro do mesmo espaço geográfico e legitima os seus modos de ser, com o fito de compreender as experiências jurídicas dos países vizinhos da América Latina e propor uma solução à problemática da pesquisa.

Os Estados Nacionais da região, formados após a emancipação de seus colonizadores, durante o século XIX, têm por característica a importação de modelos europeus liberais-positivistas que ocultaram uma gama de experiências subjetivas locais.

O pensamento homogêneo e universal que erigiu o Direito passou a ser questionado por filósofos. O discurso da modernidade, que propiciou a entrada dos europeus no continente americano, escondia uma outra face: a colonialidade. O poder moderno foi capaz de dividir as pessoas em raças, definindo graus de hierarquia a partir da origem destas. Assim, validou-se a exploração pelo uso da violência na seara do trabalho, do espaço de autoridade coletiva, do gênero e da produção do conhecimento. Mesmo após a desvinculação com os colonizadores, manteve-se o sistema de dominação.

As teorias descolonizantes refutam a ideia de um pensamento universal e transcendente para além da dualidade eu-outro. Busca-se a promoção da diversidade étnica e o alcance a uma sociedade intercultural.

O novo constitucionalismo latino-americano, vivenciado na Bolívia, no Equador e, mais recentemente, no Chile, é uma tendência de modelo estatal que preza pelo pluralismo, pela democracia real e pela participação. Tal movimento assegura direitos às comunidades tradicionais ao instituir como axioma princípios que traduzem outras cosmovisões, como o “buen vivir” e o “sumak kawsay”, sem prejuízo do direito positivo.

Nas ondas do constitucionalismo latino-americano, o Brasil estagnou no ciclo do Estado multicultural, em que ocorre o reconhecimento do direito à identidade cultural e alguns direitos indígenas específicos. À época do julgamento da demarcação da reserva Raposa do Sol, o colegiado do Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião da constituição, decidiu que as normativas indígenas não possuem validade ou eficácia, prevalecendo as normas estatais em conflitos étnicos; em outras palavras, negando a possibilidade de um pluralismo jurídico brasileiro. Todavia, em decisões de primeira instância, já se observa uma propensão ao reconhecimento de práticas normativas etnicamente inseridas.

No terceiro e último capítulo, observou-se que a crise de sentidos das sociedades plurais afeta o sistema da justiça, de modo que é criada uma expectativa sobre a resolução dos conflitos pela aplicação dogmática do Direito.

Quanto à temática do acesso à justiça, o Conselho Nacional de Justiça vem estimulando o uso de soluções adequadas de conflitos de interesse, como a conciliação, a mediação e a arbitragem. A mediação representa o exercício de uma eco-jurisdição.

Nos processos judiciais de adoção indígena, há uma preocupação legislativa em evitar o seu viés etnocida. O melhor interesse da criança, como objetivo de justiça, deverá passar por uma análise intercultural, assistida pela presença de todos os atores do sistema de proteção à infância e representantes das comunidades indígenas.

Assim, apresenta-se a hermenêutica diatópica como fundamento filosófico dotado de descolonialidade, rompendo a universalidade da infância/adolescência, para promoção da fase de mediação intercultural nos processos de adoção indígena.

Por fim, conclui-se pela pertinência da mediação intercultural nos processos judiciais de adoção, demonstrada pelo recente Manual do CNJ para assistir às crianças e adolescentes indígenas.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 19. Ed. Rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2019.

AVRITZER, Leonardo. **O novo constitucionalismo latino-americano: uma abordagem política**. In: **O constitucionalismo democrático latino-americano em debate: Soberania, separação de poderes e sistema de direitos**. Autêntica Editora, 1ª edição, 2017. E-book.

BALDI, César Augusto. **Do Constitucionalismo Moderno ao Novo Constitucionalismo Latino-Americano Descolonizador**. In: **Ensaio Crítico sobre Direitos Humanos e Constitucionalismo**. Enzo Bello. Caxias do Sul, RS: Educs, 2012.

BALLESTRIN, Luciana Maria de Aragão. **América Latina e o giro decolonial**. *Revista Brasileira de Ciência Política*, v. 2, p. 89-117. 2013.

BAPTISTA, Myrian Veras. **Algumas reflexões sobre o sistema de garantia de direitos**. *Revista Serv. Soc. Soc.*, São Paulo, n. 109, p. 179-199, jan./mar. 2012

BARRETO, Helder Girão. **Direitos Indígenas: vetores constitucionais**. Curitiba: Juruá, 2014.

BELTRÃO, Jane Felipe; OLIVEIRA, Assis da Costa. **Desafios e tensões da proteção plural de indígenas/crianças**. *Tellus*, ano 11, n. 20, p. 151-172, jan./jun. Campo Grande, MS, 2011.

BENITEZ, Silvio; SOUZA, Silvana Aparecida de. **O Materialismo Histórico Dialético enquanto enfoque metodológico para pesquisas sobre políticas públicas da educação**. 2014. Disponível em <<http://www.inscricoes.fmb.unesp.br/principal.asp>>. Acesso em 01 de dez. 2021.

BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. **Modernidade, pluralismo e crise de sentido: a orientação do homem moderno**. Tradução de Edgar Orth. Petrópolis: Vozes, 2019.

BERNARDI, Dayse Cesar Franco. **Medidas de proteção e o direito à convivência familiar e comunitária**. In: **ECA e a Proteção Integral de Crianças e Adolescentes**. Eunice Teresinha Favero, Francisca Rodrigues Oliveira Pini, Maria Liduína de Oliveira e Silva. São Paulo: Cortez, 2020.

BOLÍVIA. Ministerio de Justicia y Transparencia Institucional. **Protocolo de Adopción Nacional**. 2017.

BRAGATO, Fernanda Frizzo; CASTILHO, Natalia Martinuzzi. **A importância do pós-colonialismo e dos estudos descoloniais na análise do novo constitucionalismo latino-americano**. In: **O pensamento pós e descolonial no**

Novo Constitucionalismo Latino-Americano. Eduardo Manuel Val e Enzo Bello. Caxias do Sul, RS: Educs, 2014. p. 11-25.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 01 de ago. 2021.

BRASIL. Lei 8.462, de 12 de outubro de 1991. Cria o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda) e dá outras providências. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8242.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8242.htm)> . Acesso em: 01 de ago. 2021.

BRASIL. Lei 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm). Acesso em: 18 de ago. 2021.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 03 de dez. 2021.

BRITO, Antônio José Guimarães; FARIA, Bianca Pereira. **O direito multicultural e a Rede de Proteção dos Direitos da Criança e do Adolescente Indígena em Dourados (Mato Grosso do Sul)**. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, n. 58, p. 53-81, 2013.

CHAGAS, Eduardo. **O Método Dialético de Marx: Investigação e Exposição Crítica do Objeto**. Revista Síntese, Belo Horizonte, v. 38, n. 120, p.55-70, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002.

CARVALHO, Rayann K. Massahud de. **Colonialidade, decolonialidade e transmodernidade**. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021. E-book.

CNJ. **Manual de Depoimento Especial de Crianças e Adolescentes pertencentes a Povos e Comunidades Tradicionais**. 2021.

COSTA, Aline Guedes da. **“Crianças adoçadas”:** Um Estudo Sobre o Direito Humano a Ter um Povo. Dissertação (Mestrado). Brasília, 2016.

COSTA, Thaise Nara Graziottin; RIBAS, Lídia Maria. **A mediação de conflitos no novo ambiente para a jurisdição: a eco-jurisdição compartilhada**. Rev. de Formas Consensuais de Solução De Conflitos. Porto Alegre. Jul/Dez. 2018

DANTAS, Fernando Antônio de Carvalho. **Direito e Povos Indígenas no Brasil**. Disponível em:<<https://www.jfce.jus.br/images/esmafe/materialdidatico/2011/direitosPovosIndige>

nas01.pdf>. Acesso em 01 de ago. 2021.

DIGIÁCOMO, Murillo José. **1969- Estatuto da criança e do adolescente anotado e interpretado**. Murillo José Digiácomo e Ildeara Amorim Digiácomo.- Curitiba. Ministério Público do Estado do Paraná. Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, 2017. 7ª Edição.

DORNELLES, Ederson Nadir Pires et al. **Indígenas no Brasil: (in)visibilidade social e jurídica**. Curitiba: Juruá, 2017.

DUSSEL, Enrique. **Europa, modernidad y eurocentrismo**. In: LANDER, Edgardo (org.) La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales, perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: Clacso, 2000.

ESCOBAR, Arturo. **Mundos y conocimientos de otro modo: el programa de investigación de modernidad/colonialidad latinoamericano**. Tabula Rasa. Bogotá-Colombia, n° 1: 51-86, 2003.

FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. **El pluralismo jurídico en la historia constitucional latinoamericana: de la sujeción a la descolonización**. In: Seminário Pluralismo jurídico e multiculturalismo. Brasília: ESMUPE, 13 a 14 de abril de 2010.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; BORGES, Guilherme Roman. **A superação do direito como norma: uma revisão descolonial da teoria do direito brasileiro**. São Paulo: Almedina, 2020. E-book.

GASPARINI, Marcelo; RODRIGUES, Saulo Tarso. **Dignidade da Pessoa Humana na perspectiva do novo constitucionalismo latino-americano**. Curitiba: Juruá, 2016.

GESSE, Eduardo. **Família multiparental: reflexos na adoção e na sucessão legítima em linha reta descendente**. Curitiba: Juruá, 2019.

GIMÉNEZ, Carlos. **La naturaleza de la mediación intercultural**. Migraciones. Madrid. 1997.

GUARANY, Vilmar Martins Moura. **Desafios e perspectivas para a construção e o exercício da cidadania indígena**. In: Povos Indígenas e a Lei dos “Branços”: o direito à diferença. Ana Valéria Araújo et alii - Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006.

GUERRA, Paola Canterini. **Mediação em tempos de multiculturalismo à luz de uma teoria (mito)po-ética (e política) do direito**. In: Francivaldo Gomes Moura et al – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

GUERRERO, Luis Fernando. **Os métodos de solução de conflitos e o processo civil**. São Paulo: Atlas, 2015.

HILL, Flávia Pereira. **Desjudicialização e acesso à justiça além dos tribunais: pela concepção de um devido processo legal extrajudicial**. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. p. 379-4087. Rio de Janeiro, 2021.

JECUPÉ, Kaká Wera. A terra dos mil povos: história indígena do Brasil contada por um índio. São Paulo: Peirópolis, 2020.

JÚNIOR, João. 13. **Neoconstitucionalismo e o Acesso à Justiça no Estado Brasileiro Contemporâneo** - Capítulo I - Teoria Geral do Processo In: I, Volume; TRIBUNAIS, Revista. Doutrinas Essenciais – Novo Processo Civil. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2018. Disponível em: <https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina/1196959225/doutrinas-essenciais-no-vo-processo-civil>. Acesso em: 8 de Fevereiro de 2022.

KUSANO, Suely Mitie. **Adoção de Menores: Intuitu personae**. Curitiba: Juruá, 2011.

LANFRANCHI, Valdênia Aparecida Paulino. **Movimentos sociais na defesa dos direitos da criança e do adolescente**. In: ECA e a Proteção Integral de Crianças e Adolescentes. Eunice Teresinha Favero, Francisca Rodrigues Oliveira Pini, Maria Liduína de Oliveira e Silva. São Paulo: Cortez, 2020.

LEÓN, Lucas Pordeus. O Censo Demográfico não será realizado em 2021. Radioagência Nacional, 2021. Disponível em <https://agenciabrasil.ebc.com.br/radioagencia-nacional/economia/audio/2021-04/censo-demografico-nao-sera-realizado-em-2021>. Acesso em 19. Set. 2021.

LIMA, F.S. et al. **Os direitos da criança e do adolescente: a necessária efetivação dos direitos fundamentais**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. Pensando o Direito no Século XXI; v. 5.

LINK, Rogério Sávio. **A prática de adoção indígenas no final do século XIX: o caso do Apurinã**. Fronteiras: Revista de História. v. 18. n. 32. p. 268 – 285. Dourados, 2016.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. **A alienação da política nas democracias constitucionais modernas e as alternativas democráticas consensuais na América Latina**. In: O pensamento pós e descolonial no Novo Constitucionalismo Latino-Americano. Eduardo Manuel Val e Enzo Bello. Caxias do Sul, RS: Educus, 2014. p. 103-118.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. **802 - Reflexões sobre o novo constitucionalismo na América do Sul: Bolívia e Equador**. Disponível em <http://joseluizquadrosdemagalhaes.blogspot.com/2011/11/802-reflexoes-sobre-o-novo.html>. Acesso em: 07 jan 2022.

NASCIMENTO, Silvana Jesus; ANZOATEGUI, Priscila de Santana. **O “melhor interesse da criança”:** experiências com perícia antropológica no campo da

**infância e juventude em Mato Grosso do Sul.** Reunião Brasileira de Antropologia. Saberes Insubmissos: Diferenças e Direitos. 2020.

Disponível em <[https://www.32rba.abant.org.br/simposio/view?ID\\_SIMPOSIO=97](https://www.32rba.abant.org.br/simposio/view?ID_SIMPOSIO=97)>. Acesso em 01 de fev. 2022.

NOGUEIRA, Caroline Barbosa Contente. **A Autodeterminação dos povos indígenas frente ao Estado.** Tese (Doutorado em Direito Econômico e Socioambiental) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2016.

OLIVEIRA, Assis da Costa. **Indígenas Crianças, Crianças indígenas: Perspectiva para Construção da Doutrina da Proteção Plural.** Curitiba: Juruá, 2014.

PASSETTI, Edson. **Crianças carentes e Políticas Públicas.** In: História das Crianças no Brasil. Mary Del Priore. São Paulo: Contexto, 2010. E-book. Não paginado.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **ECA e suas mudanças em 30 anos de vigência.** In: ECA e a Proteção Integral de Crianças e Adolescentes. Eunice Teresinha Favero, Francisca Rodrigues Oliveira Pini, Maria Liduína de Oliveira e Silva. São Paulo: Cortez, 2020.

PEREIRA, Tânia da Silva. **O princípio do melhor interesse da criança: da teoria à prática.** Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, n. 6, 2000.

PINHO, Frederico. **Acesso à justiça, estado e cidadania.** Belo Horizonte, Editora Dialética, 2020.

QUIJANO, Aníbal. **Colonialidade, poder, globalização e democracia.** Revista Novos Rumos, 2002.

ROSSATO, Luciano Alves. **Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei n. 8.069/90 – comentado artigo por artigo.** 12. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

SADDY, A. **Discrecionabilidade administrativa nas normas jurídicas em abstrato: limites e técnicas de contenção.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa Santos; MARTINS, Bruno Sena. **O pluriverso dos direitos humanos: a diversidade pelas lutas de dignidade.** Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2019.

SANTOS, Boaventura de Sousa Santos. **O fim de um império cognitivo: a afirmação de epistemologias do sul.** 2. Ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2019.

SAUER, Sérgio; MARÉS, Carlos Frederico. **Casos emblemáticos e experiências de mediação: análise para uma cultura institucional de soluções alternativas de conflitos fundiários rurais.** Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2013.

SEGATO, Rita. **Crítica da colonialidade em oito ensaios: uma antropologia por demanda**. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2021.

SENA, Thandra Pessoa de. **Nova Lei de Adoção: à luz dos direitos fundamentais**. 2ª Edição. Curitiba, Juruá, 2018.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico [livro eletrônico]**. 2. ed. – São Paulo: Cortez, 2017.

SILVA, Diogo Bacha. **Desconstruindo o novo constitucionalismo latino-americano: o tribunal constitucional plurinacional e a jurisdição constitucional decolonial**. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2020.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de; BERGOLD, Raul Cezar. **Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desafios no século XXI**. – Curitiba : Letra da Lei, 2013.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos povos indígenas para o direito**. 1ª ed., 9ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2018.

STJ. HABEAS CORPUS N° 564.961-SP. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Data de Julgamento: 19/05/2020, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/05/2020. Jusbrasil, 2020. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/855192841/habeas-corpuz-hc-564961-sp-2020-0055858-0/inteiro-teor-855192851>>. Acesso em 22 de set. 2021.

STJ - REsp: 1608005 SC 2016/0160766-4, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Julgamento: 14/05/2019, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/05/2019. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/551749108/recurso-especial-esp-1635649-sp-2016-0273312-3>>. Acesso em 22 de set. 2021.

STJ - REsp: 1635649 SP 2016/0273312-3, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 27/02/2018, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/03/2018. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/551749108/recurso-especial-esp-1635649-sp-2016-0273312-3>. Acesso em 22 de set. 2021.

STJ - REsp: 1698635 MS 2017/0181594-0, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 01/09/2020, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/09/2020 RSDF vol. 122 p. 111. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1238713296/recurso-especial-esp-1698635-ms-2017-0181594-0/inteiro-teor-1238713302>>. Acesso em 24 de set. 2021.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2021.

TOSTES, Andréa Fabeni. **A Criança em situação de Abandono – Um diálogo entre a Psicanálise e o Direito**. In: Psicologia e justiça: infância, adolescência e

família. Maria Cristina Neiva de Carvalho. Curitiba: Juruá, 2012.

UNICEF. **Agenda pela Infância e Adolescência na Amazônia**. 2018. Disponível em <[https://www.unicef.org/brazil/media/1131/file/Agenda\\_pela\\_infancia\\_e\\_adolescencia\\_na\\_Amazonia.pdf](https://www.unicef.org/brazil/media/1131/file/Agenda_pela_infancia_e_adolescencia_na_Amazonia.pdf)>. Acesso em 15 dez de 2021.

VALENTE, Eduardo Raffa. **A Procuradoria-Geral Federal e os Menores Indígenas em Situação de Risco: O Papel De Promoção Da Pluralidade**. Publicações da Escola da AGU, 2019. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/article/view/2434>. Acesso em: 17 de jul. 2021.

VICIANO PASTOR, Roberto; MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. **Fundamentos teóricos y prácticos del nuevo constitucionalismo latinoamericano**. Gaceta Constitucional, n. 48, p. 307-328, 2011.

VIEIRA, Joice Melo. **Os filhos que escolhemos: discursos e práticas da adoção em camadas médias**. Dissertação (Mestrado). Campinas: UNICAMP, 2004.

WALSH, Catherine. **Interculturalidad crítica y pluralismo jurídico**. Seminario Pluralismo Jurídico, Procuraduría del Estado; Ministerio de Justicia, Brasília, 2010.

WALSH, Catherine. **Interculturalidad, Estado, Sociedad Luchas (De)Coloniales De Nuestra Época**. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar/Abya Yala, 2009.

WILKE, Janete da Silveira. **A mediação e a conciliação como acesso à justiça**. In: O direito e sua complexa concreção. Souza, Karoline Coelho de Andrade. Ponta Grossa: Atena Editora, 2019.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.