

UNIDADE DE ENSINO SUPERIOR DOM BOSCO-UNDB
CURSO DE DIREITO

LIDIANE BORGES COUTINHO

**A (IN)APLICABILIDADE DO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL AOS
ADOTANTES:** uma abordagem sobre a adoção frustrada frente ao ordenamento jurídico
brasileiro

São Luís

2018

LIDIANE BORGES COUTINHO

**A (IN)APLICABILIDADE DO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL AOS
ADOTANTES: uma abordagem sobre a adoção frustrada frente ao ordenamento jurídico
brasileiro**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação
em Direito da Unidade de Ensino Superior Dom
Bosco como requisito parcial para obtenção do
grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Esp. José Nijar Sauaia Neto.

São Luís

2018

**A (IN)APLICABILIDADE DO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL AOS
ADOTANTES: uma abordagem sobre a adoção frustrada frente ao ordenamento jurídico
brasileiro**

Monografia apresentada ao Curso de
Graduação em Direito da Unidade de Ensino
Superior Dom Bosco como requisito parcial
para obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Orientador: Prof. Esp. José Nijar Suaia
Neto.

Aprovada em: 26/11/2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Esp. José Nijar Suaia Neto (Orientador)
Unidade de Ensino Superior Dom Bosco - UNDB

Prof. Me. Bruna Barbieri Waquim
UNIDADE DE ENSINO SUPERIOR DOM BOSCO - UNDB

Prof. Me. José Murilo Duailibe Salem Neto
UNIDADE DE ENSINO SUPERIOR DOM BOSCO - UNDB

Coutinho, Lidianne Borges

A (in)aplicabilidade do instituto da responsabilidade civil aos adotantes: uma abordagem sobre a adoção frustrada frente ao ordenamento jurídico brasileiro./ Lidianne Borges Coutinho. __ São Luís, 2018.

98f.

Orientador (a): Prof. Esp. José Nijar Sauaia Neto.

Monografia (Graduação em Direito) - Curso de Direito – Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB, 2018.

1. Responsabilidade civil - adoção. 2. Devolução - adotando - Estado. 3. Proteção jurídica - criança e adolescente. 4. Adoção - ordenamento jurídico. I. Título.

CDU 347.633(81)

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, que ao longo desses vinte e dois anos estiveram ao meu lado, me apoiando em minhas decisões e cuidando de mim com seu amor incondicional. À mamãe, que dedicou integralmente seu tempo para cuidar de mim e de meus irmãos e sempre se preocupou em me fazer lanches quando eu estava ocupada demais estudando. Ao meu pai, que sempre se sacrificou para nos dar o melhor e apesar de todo o cansaço nunca reclamou de seus deveres de pai e marido. Obrigada por se fazerem presentes durante todos esses anos e por serem modelo de pessoas e pais.

Ao meu noivo, João, por esses quase cinco anos de companheirismo e amizade. Obrigada por ser esse homem que busca a Deus acima de todas as coisas e que, apesar das dificuldades, dá o máximo de si para, muito em breve, formar comigo uma família. Obrigada também por todos os encorajamentos que me deu desde o começo desta pesquisa e por sempre me incentivar a prosseguir quando eu quis desistir, nem que fosse apenas me tirando de casa para tomar um sorvete quando eu já não conseguia mais pensar em nada.

Aos meus amigos da igreja, por todas as orações e apoio durante este trabalho, especialmente à Jéssica, pelo suporte incrível que me deu com a bibliografia da pesquisa.

Aos meus amigos de graduação, em especial Larissa, Karol, Tharlane e Cláudia, por todos os risos e momentos felizes compartilhados. Ao lado de vocês essa jornada ficou muito mais leve e divertida.

À minha querida amiga de infância, Bruna, por todos os conselhos referentes a essa fase da vida e todo o apoio e companheirismo dispensados a mim.

À Amora, minha companheirinha de monografia, que esteve comigo durante todas as etapas deste trabalho, mesmo que seu apoio se resumisse a dormir serenamente ao meu lado enquanto eu escrevia estas páginas.

Ao meu orientador, José Nijar, pela dedicação empenhada nesta pesquisa. Obrigada por sua disponibilidade em me aconselhar e trabalhar para que tudo saísse da melhor forma possível. Você, com certeza, é um exemplo de professor e profissional para mim.

Por último e acima de tudo, a Deus, pai misericordioso e amoroso, que deu seu filho por mim na Cruz quando eu merecia apenas trevas. Sem Ele eu nada seria. Quão amáveis são os caminhos do Senhor e quão agradável é o caminhar neles!

RESUMO

A presente pesquisa apresenta uma reflexão ante a possibilidade de responsabilização civil do adotante que devolve o adotando aos cuidados do Estado durante o estágio de convivência, instituto pensado para avaliar a conveniência da medida, ou após este, quando a adoção já foi concretizada. No entanto, apesar da possibilidade jurídica de interromper-se a adoção no curso do estágio de convivência, há casos em que tal situação gera intenso abalo emocional e psicológico à criança ou adolescente devolvido, o qual passa a necessitar de acompanhamento especial para restaurar sua integridade moral. Assim, inicialmente serão delimitadas as particularidades da proteção jurídica conferida à criança e ao adolescente ao longo dos séculos, bem como o avanço das disposições referentes à adoção no ordenamento jurídico brasileiro no decorrer dos anos. Em um segundo momento, abordar-se-á a disciplina do instituto da responsabilidade civil no Código Civil, a fim de preparar o campo para sua aplicação no âmbito da infância e juventude. Por fim, serão examinados os motivos que os adotantes costumam apresentar ao devolverem o adotando e as consequências de um segundo abandono para este último, tal como serão identificados os parâmetros que vêm sendo utilizados pela doutrina e pela jurisprudência brasileira ao decidirem pela aplicação ou não da responsabilidade civil aos adotantes desistentes.

Palavras-chave: Adoção. Devolução. Responsabilidade Civil. Estágio de Convivência.

ABSTRACT

The current research presents a reflection before the possibility of civil responsibility of the adopter that returns the adopted to the care of the State during the stage of coexistence, this institute is thought to evaluate the convenience of the measure, or after that, when the adoption was already concretized. However, in spite of the legal possibility of interrupting adoption in the course of the coexistence stage, there are cases in which this situation generates an intense emotional and psychological shock to the returned child or adolescent, who needs to be given special supervision to restore his moral integrity. Thus, the specific features of the legal protection given to children and adolescents over the centuries will be outlined, as well as the advancement of provisions regarding adoption in the Brazilian legal system over the years. In a second moment, the discipline of the institute of civil responsibility in the Civil Code will be addressed, in order to prepare the field for its application in the scope of childhood and youth. Finally, the motives adopted by adopters and the consequences of a second abandonment will be examined, as will the parameters that are being used by Brazilian doctrine and jurisprudence when deciding whether or not to apply the civil responsibility to the quitters.

Keywords: Adoption. Devolution. Civil responsibility. Coexistence Stage.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AC	Apelação Cível
APL	Apelação
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CREAS	Centro de Referência Especializado de Assistência Social
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
FEBEM	Fundação Estadual para o Bem Estar do Menor
ONU	Organização das Nações Unidas
REsp	Recurso Especial
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJMG	Tribunal de Justiça de Minas Gerais
TJRJ	Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 ASPECTOS HISTÓRICOS DO INSTITUTO DA ADOÇÃO	13
2.1 Da idade antiga à era contemporânea	13
2.2 Disciplina da adoção no direito brasileiro: do direito do menor ao direito da criança e do adolescente.....	16
2.3 Das garantias constitucionais dispensadas a criança e ao adolescente	22
2.3.1 Doutrina da Proteção Integral	22
2.3.2 Direito à convivência familiar e comunitária: princípios da responsabilidade parental e da prevalência da família	25
2.3.3 Princípio da prioridade absoluta	27
3 DA DISCIPLINA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	30
3.1 Função reparatória da responsabilidade civil.....	31
3.2 Responsabilidade contratual x responsabilidade extracontratual.....	33
3.3 Da responsabilidade extracontratual subjetiva e seus pressupostos	35
3.3.1 Conduta culpável	35
3.3.2 Nexo de causalidade	38
3.3.3 Dano	39
4 DA ADOÇÃO FRUSTRADA	42
4.1 A adoção enquanto medida excepcional e irrevogável	42
4.2 Estágio de convivência e a possibilidade de desistência da adoção	43
4.3 Dos motivos que permeiam a desistência	47
4.4 Consequências para a criança/adolescente devolvido	49
5 DA RESPONSABILIDADE CIVIL APLICADA À ADOÇÃO FRUSTRADA	52
5.1 A teoria da perda de uma chance no plano das relações filiais.....	52
5.2 Danos morais à criança/adolescente vítima de novo abandono	58
5.3 Casos práticos analisados na comarca da Ilha de São Luís e na jurisprudência brasileira	61
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	69
REFERÊNCIAS	71
APÊNDICES	75
ANEXOS	94

1 INTRODUÇÃO

Durante muito tempo, crianças e adolescentes foram vistos como meros objetos, sujeitos à autoridade máxima de seu genitor, detentor do poder paterno, o qual poderia decidir sobre a vida e a morte de seus descendentes. A adoção, por sua vez, era encarada como uma forma de satisfazer os interesses dos adotantes quando estes não possuíam filhos, de modo que o filho adotivo daria continuidade àquela família infértil.

Com o avançar dos séculos, porém, a preocupação com a população infanto-juvenil começou a surgir e diversos direitos foram conferidos a crianças e adolescentes, os quais devem ser assegurados pela família, pela sociedade e pelo Estado com absoluta prioridade, conforme ditame da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Desta maneira, a adoção não mais é encarada como forma de solucionar o problema de infertilidade de um casal, mas como instituto responsável por garantir a crianças e adolescentes abandonados o convívio familiar, previsto na Constituição Federal, art. 227 (BRASIL, 1988), como direito fundamental, e permitir que estes tenham um pleno e sadio desenvolvimento.

Os pretendentes à adoção devem passar, então, por um processo de habilitação, no qual participarão de curso preparatório para adoção e serão ensinados acerca das diferenças entre a criança ideal, fantasiada pelos pais, e a criança real, encontrada nos abrigos, aprendendo também sobre como devem se preparar para sua chegada em casa.

No entanto, apesar de toda a preparação experimentada por estes pretendentes, há casos em que a adaptação é falha, e o adotante acaba por devolver o adotando aos cuidados do Estado, atitude capaz de causar à criança profundo sofrimento psicológico e sentimento de rejeição, tornando mais dificultoso novo processo adotivo.

Diante disto, e em virtude da ausência de previsão legal acerca do assunto, o estudo parte da seguinte problemática: é possível indenizar o adotado/adotando pelos danos morais e materiais sofridos pelo abandono?

Neste viés, como hipótese central, tem-se que a criança e o adolescente são pessoas em desenvolvimento, garantida a prioridade absoluta de seus interesses, de modo que devem ser indenizadas pelos danos sofridos quando são devolvidas ao acolhimento institucional.

A pesquisa tem como objetivo geral analisar a viabilidade de responsabilização civil dos adotantes frente à devolução do filho adotivo, tendo em vista o caráter irrevogável da

adoção, a qual tem por finalidade garantir a convivência familiar da criança e do adolescente em situação de abandono. Como objetivos específicos pontuam-se os seguintes: explorar a possibilidade de devolução do adotando à instituição de acolhimento durante o período de convivência; examinar os danos psicológicos sofridos pela criança/adolescente em virtude de seu retorno ao abrigo e; demonstrar a aplicação da teoria da perda de uma chance e da indenização por danos morais no plano das relações filiais.

A importância científica da presente pesquisa se dá pelo fato de que, em virtude de lacuna legislativa acerca do tema, diversas crianças e adolescentes têm seus direitos violados no curso do processo adotivo, sendo devolvidas à tutela estatal e não percebendo qualquer indenização moral ou material pelos danos sofridos, configurando-se assim desobediência ao artigo 927 do Código Civil, segundo o qual “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” (BRASIL, 2002).

Além disso, deve-se destacar que a CRFB/88 garantiu às crianças e adolescentes a posição enquanto sujeitos de direitos e atribuiu à família, a sociedade e ao Estado o resguardo a esses direitos, ficando evidenciada a importância social do estudo, uma vez que cabe a todos garantir à criança e ao adolescente a tutela de seus interesses com absoluta prioridade.

A importância pessoal, por sua vez, se dá pela afinidade da pesquisadora com o ramo do Direito da Criança e do Adolescente e com sua crença de que a convivência familiar é imprescindível para o sadio e harmonioso desenvolvimento da criança e do adolescente, sendo a família a base da sociedade, fonte de afeto e amor.

Desta maneira, o raciocínio foi construído principalmente através do método hipotético-dedutivo, visto que o tema em estudo possui lacuna legislativa e proceder-se-á a sua análise através de hipótese, que será verificada no transcorrer da atividade indagativa. (MEZZAROBÀ; MONTEIRO, 2017, p. 96).

No aspecto procedimental, a pesquisa caracteriza-se como bibliográfica, pois a partir da bibliografia utilizada se fez possível extrair os argumentos teóricos necessários ao desenvolvimento do tema e à solução do problema apresentado. É também de pesquisa de campo, uma vez que serão utilizadas gravações realizadas com técnico judiciário, assistente social e defensor público, a fim de levantar dados e fatos. A pesquisa é caracterizada como de abordagem predominantemente qualitativa, pois há preocupação quanto à complexidade da realidade social. (FREITAS; PRODANOV, 2013, p. 60).

No primeiro capítulo, busca-se compreender o avanço da tratativa jurídica conferida a crianças e adolescentes, mediante análise histórica das civilizações antigas, tais como as sociedades grega e romana, até as disposições modernas do ordenamento jurídico

brasileiro, o qual confere especial tutela a crianças e adolescentes, sujeitos em desenvolvimento, resguardados pela proteção integral a seus direitos.

No segundo capítulo, serão expostos os pormenores do instituto da responsabilidade civil, sua aplicabilidade ao sujeito que pratica ato ilícito e causa dano a terceiro, os pressupostos necessários para que se configure o dever de indenizar, e a função da responsabilidade civil, de forma a subsidiar sua aplicação no âmbito do Direito da Criança e do Adolescente.

No capítulo terceiro, questões pertinentes à adoção frustrada serão enfrentadas, de modo a explanar os motivos pelos quais os adotantes costumam desistir de concluir a adoção de criança ou adolescente que se encontra sob sua tutela, bem como as consequências dessa devolução ao acolhimento para a criança ou adolescente devolvido.

Por fim, no último capítulo será apresentada a problemática central, abordando-se a possibilidade jurídica de responsabilizar os adotantes que devolvem o adotando/adotado à tutela estatal, mediante a análise da forma como a devolução é realizada e das consequências desta para a criança/adolescente. Abordar-se-á ainda acerca de três casos de devolução de crianças ocorridos na comarca de São Luís/MA, a fim de elucidar o tema no âmbito prático.

2 ASPECTOS HISTÓRICOS DO INSTITUTO DA ADOÇÃO

A adoção é modalidade de colocação em família substituta e consiste em inserir criança ou adolescente no seio de um novo núcleo familiar, rompendo os laços que uniam essa criança ou adolescente a sua família biológica e conferindo ao(s) adotante(s) pleno poder familiar.

Através da adoção dá-se uma nova família para a pessoa em desenvolvimento, constituindo-se assim a paternidade escolhida, aquela que advém do desejo do(s) adotante(s) de ter(em) um filho, e é considerada a paternidade mais ampla, pois pauta-se em desejo real, canalizado por uma escolha madura. (BORDALLO, 2014, p. 264).

O instituto da adoção, portanto, tem como base a proteção integral da criança e do adolescente e sempre visará o melhor interesse destes, sendo um mecanismo que visa dar ao infante uma nova chance de viver em família e ser amada e respeitada.

Porém, nem sempre a adoção foi vista como forma de resguardar a criança e o adolescente, perpassando por muitas mudanças até chegar ao seu modelo atual, de forma que se faz necessário conhecer o histórico global de evolução da rede de proteção a criança e ao adolescente, como far-se-á partir de então:

2.1 Da idade antiga à era contemporânea

Nas civilizações antigas, a exemplo da sociedade romana, as famílias estabeleciam-se pelo culto à religião, de modo que, juridicamente, a família era uma associação religiosa, da qual o pai era a autoridade, exercendo o poder paterno (*pater familiae*) e tendo por cargo cumprir os deveres religiosos.

Dentro desse modelo de associação, o pai tinha total domínio sobre esposa e filhos, exercendo poder absoluto sobre estes e, inclusive, decidindo sobre a vida e a morte de seus descendentes. Os filhos não eram considerados sujeitos de direitos, mas meros objetos de relações jurídicas. (AMIN, 2014, p. 44).

Já na sociedade grega, marcada por um forte espírito guerreiro, eram mantidas vivas as crianças fortes e saudáveis, uma vez que apenas estas tinham potencial de se tornarem guerreiras quando atingissem a maturidade. Na cidade de Esparta, era transferido para um tribunal do Estado o poder sobre a vida dos filhos, pois este tinha o objetivo de preparar guerreiros, descartando as crianças que, seja por porte físico ou características psicológicas, não estivessem aptas para tal.

Em ambas as sociedades grega e romana, a adoção era marcada por um cunho religioso, uma vez que se acreditava que a tranquilidade dos mortos estava condicionada à prática dos cultos religiosos pelos seus descendentes. O pai transmitia não somente vida ao filho, mas também sua crença e o dever de oferecer o repasto fúnebre, unindo assim todas as gerações de uma família. Dessa forma, aquele que não possuía filhos homens poderia realizar a adoção, com o intuito de evitar a extinção da família e garantir a continuidade do culto doméstico, assegurando a tranquilidade dos mortos. (BARROS, 2014, p. 47).

Dentro dessa perspectiva, a adoção era realizada para satisfazer aos interesses do adotante, que, não possuindo descendência masculina, inseria o adotando em sua família através de sua iniciação ao culto religioso, mediante cerimônia sagrada. O vínculo do adotado com sua família biológica era extinto e este passava a ser o representante da continuidade dos pais e da família adotiva. (BARROS, 2014, p. 48).

Na Roma antiga, a adoção possuía ainda função de natureza política e econômica, de modo que o adotado obtinha a cidadania romana e poderia ser transformado de plebeu em patrício, como forma de se preparar para o poder, caso fosse suceder seu pai em função política. Já a finalidade econômica dava-se, por exemplo, para deslocar de uma família para outra eventual mão de obra excedente.

Por sua vez, nas sociedades antigas do Oriente, era cultural o sacrifício religioso de crianças, que eram consideradas puras. Estas também eram sacrificadas quando possuíam enfermidade, má formação ou deficiência, de modo a livrar a sociedade de um “peso morto”. Segundo Amin (2014, p. 44), os pais se livravam dessas crianças jogando-as de despenhadeiros.

O Código de Hamurabi, editado durante os anos 1750 e 1685 a.C, dedicou nove artigos para tratar das relações sociais estabelecidas pela adoção, o que revela a antiguidade do instituto. Os artigos 185 a 193 normatizavam a adoção, dispondo desde o rompimento dos vínculos familiares do adotado com a família biológica, até as punições impostas aos filhos adotivos que renegavam seus pais. (BARROS, 2014, p. 48).

Posteriormente, a preocupação com a população infanto-juvenil começou a surgir e a sociedade romana distinguiu menores púberes e impúberes, o que gerou um abrandamento nas sanções impostas a crianças e adolescentes que cometiam ilícitos. Nesse mesmo sentido, povos como lombardos e visigodos proibiram o infanticídio e os frísios restringiram os direitos do pai sobre a vida dos filhos. (AMIN, 2014, p. 44).

Já na idade média, a sociedade foi amplamente influenciada pelo cristianismo, uma vez que a Igreja Católica traduzia a vontade de Deus e o monarca seguia suas

determinações, impondo-as com força de lei a população. O cristianismo atenuou a severidade da relação entre pai e filho, retirando do primeiro o poder sobre a vida do último, uma vez que defendeu o direito à dignidade para todos, incluídas as crianças e adolescentes. (AMIN, 2014, p. 45).

Desta forma, a Igreja Católica outorgou proteção inédita às crianças e adolescentes, estabelecendo punições corporais e espirituais para pais que abandonavam ou expunham os filhos. Por outro lado, o casamento era considerado instituição sagrada e única forma legítima de constituir família, de modo que os filhos havidos fora da constância do matrimônio (fossem espúrios, adulterinos ou sacrílegos) permaneciam à margem do Direito, uma vez que representavam violação moral aos costumes da época. (AMIN, 2014, p. 45).

Sendo assim, a adoção não foi contemplada no Direito Canônico, uma vez que a Igreja a considerava como um instrumento para burlar o sagrado matrimônio e, assim, legitimar filhos de relacionamentos extraconjugais, o que ameaçava a filiação legítima oriunda do casamento. A Igreja considerava os filhos como benção divina para o casal, de modo que a esterilidade era um castigo pelo pecado e não devia ser compensada pela adoção.

Na Idade Média, houve então um declínio da adoção, pois, segundo o cristianismo, o homem não mais necessitava de um descendente para realizar os rituais fúnebres como condição para o descanso de sua alma. Ademais, o sistema de produção feudal vigente determinava a transmissão de bens e a constituição de classes essencialmente por meio da consanguinidade, e a criança era vista como um adulto em miniatura, que não necessitava de tratamento especial. As regras da adoção iam de encontro aos interesses da época, uma vez que se a pessoa falecesse sem herdeiros, seus bens seriam arrecadados pelos senhores feudais ou pela Igreja. Ela foi utilizada enquanto um instrumento cristão de paternidade e proteção, de modo que quase nenhum direito era conferido ao adotado. (BARROS, 2014, p. 48-49).

Após esse período de declínio, a adoção voltou a ganhar força na era moderna, sendo normatizada em vários Estados, tais como na Dinamarca, em 1683, e na Alemanha, no Código Prussiano, também conhecido como Código de Frederico e no Codex Maximilianus na Bavária, em 1756. Estas leis dispunham que a adoção deveria ser realizada mediante contrato escrito e deveria apresentar reais vantagens para o adotado, possuindo caráter irrevogável e devendo o adotante contar com, no mínimo, cinquenta anos de idade. (GRANATO apud BARROS, 2014, p. 49).

Estas legislações influenciaram o Código Napoleônico, elaborado na França, em 1804, que deu atenção especial ao instituto da adoção, uma vez que Napoleão e sua Imperatriz

não conseguiam ter filhos e este precisava de um sucessor. A regulamentação, porém, era rígida e determinava que o adotante precisava ter mais de cinquenta anos, ser estéril e ser pelo menos quinze anos mais velho que o adotado. Era necessário ainda que o adotando fosse maior de idade, sendo a maioria da época de vinte e três anos, e este não seria inserido no seio familiar do adotante, mas somente teria garantidos os direitos de sucessão. A adoção de pessoas menores de idade era possível somente por meio de testamento quando este tivesse sido criado pelo adotante por pelo menos seis anos antes de sua morte. (BARROS, 2014, p. 49).

O Código Francês foi de grande influência nas legislações modernas dos demais países ocidentais, os quais passaram a inserir o instituto da adoção em seus diplomas legais após o período de declínio na era medieval.

Após a 1ª Guerra Mundial, muitas crianças se tornaram órfãs ou abandonadas, o que gerou um grande problema social e fez com que a adoção deixasse de vislumbrar os interesses de pais sem filhos e se convertesse em solução para o bem-estar de crianças sem pais. Dessa forma, o instituto evoluiu de um caráter potestativo para um caráter social, que busca em primeiro lugar o melhor interesse da criança e do adolescente.

2.2 Disciplina da adoção no direito brasileiro: do direito do menor ao direito da criança e do adolescente

Durante a época colonial, no início do século XVI, a relação familiar assemelhava-se àquele primeiro modelo encontrado durante a idade antiga, sendo o pai a autoridade máxima da casa, o qual detinha o poder de decisão sobre a vida da esposa e dos descendentes. Era assegurado ao pai o direito de utilizar castigos físicos para educar os filhos e, caso este viesse a falecer ou sofresse grave lesão, não era imposta qualquer pena àquele cidadão, uma vez que agia ele em seu direito enquanto chefe de família.

Em 1551, deu-se início à política de recolhimento, quando foi criada a primeira casa de recolhimento de crianças no Brasil, a qual era gerida pelos jesuítas, que tinham por escopo recolher crianças índias e negras, a fim de isolá-las da má-influência dos pais, os quais eram tidos como bárbaros. (AMIN, 2014, p. 46).

Já no século XVIII, o país contava com alto índice de crianças abandonadas, que, em sua maioria, eram ilegítimas e filhas de escravos, o que levou a importação pelo Brasil do modelo europeu de recolhimento, intitulado Roda dos Expostos e mantido pelas Santas Casas de Misericórdia ou pelos Conventos. A Roda dos Expostos consistia em uma mesa giratória,

que ficava com sua abertura para a via pública. A criança era colocada na parte aberta da roda e a pessoa que a colocava girava a mesa, até que a criança parasse no interior do prédio. Nesse momento um sino era tocado e um funcionário ou uma freira retirava a criança da roda e a encaminhava para um orfanato. Esse modelo de Roda foi criado com o intuito de preservar a identidade dos pais da criança, que tinham dado um “mau passo” e eram, portanto, considerados pecadores, e de preservar a vida das crianças, que não poderiam ser responsabilizadas pelos erros de seus pais. (BORDALLO, 2014, p. 267).

No período republicano, houve intensa migração dos escravos recém-libertos para as cidades de São Paulo e Rio de Janeiro, provocando aumento na densidade populacional e diversos males sociais, tais como analfabetismo, doenças, pessoas sem-teto e inúmeras crianças abandonadas. Em virtude dessa situação, foram inauguradas casas de recolhimento, que tinham por intuito educar crianças e adolescentes em abandono, prevenindo situações de delinquência, e regenerar aqueles já em conflito com a lei.

Nessa época, tanto o Brasil, quanto outros países enfrentavam o problema do grande número de crianças e adolescentes abandonados e o pensamento social oscilava entre assegurar direitos ou se defender dessas crianças e adolescentes, de modo que, a influência externa levou à construção da Doutrina do Direito do Menor, fundada no binômio carência-delinquência. Era o início da Doutrina da Situação Irregular, segundo a qual o Estado teria o dever de proteger os menores, ainda que fosse necessário suprimir seus direitos. (AMIN, 2014, p. 46-47).

Em 1916, foi editado o Código Civil Brasileiro, Lei 3.071 de 01.01.1916, que entrou em vigor em 1917 e normatizou o instituto da adoção em seus artigos 368 a 378. Segundo esse Código, somente poderiam adotar, as pessoas maiores de cinquenta anos de idade, que não possuíssem descendência legítima. A adoção era revogável e, caso os adotantes possuíssem filhos biológicos, aos filhos adotivos não eram concedidos direitos sucessórios. Havia, portanto, clara discriminação de direitos entre filhos adotivos e filhos biológicos e o instituto da adoção visava tão somente os interesses dos adotantes, que, na ausência de filhos biológicos, poderiam adotar para garantir a estes a sucessão familiar.

Em 1926, foi publicado o primeiro Código de Menores do Brasil, Decreto n. 5.083, que tratava da proteção dos infantes expostos e menores abandonados. Eram consideradas expostas as crianças de até sete anos de idade e menores abandonados aquelas com idade superior a sete e menores de dezoito anos.

Pouco tempo depois, em 1927, o Código de Menores foi substituído pelo Código Mello Mattos, Decreto n. 17.943-A, que determinava caber ao Juiz de Menores decidir-lhes o

destino, uma vez que a família, independentemente de sua situação econômica, tinha o dever de suprir adequadamente as necessidades básicas de seus infantes, seguindo padrão idealizado pelo Estado. O campo de atuação do Juiz de Menores era restrito ao binômio carência-delinquência, de modo que todas as demais questões que envolvessem crianças e adolescentes eram discutidas na Vara de Família e regidas pelo Código Civil de 1916. Portanto, o Direito do Menor consistia em uma legislação paralela, destinada a tratar acerca daqueles que não se encaixavam no modelo familiar ideal concebido pela elite. (AMIN, 2014, p. 47).

Com a Constituição da República do Brasil de 1937, marcada pelas lutas pelos direitos humanos, foi dada ênfase ao horizonte social da infância e juventude, com destaque para o Serviço Social, que passou a integrar programas de bem-estar, sendo criado o Serviço de Assistência do Menor, pelo Decreto-Lei n. 3.799/41. Porém, a tutela da infância ainda era notadamente marcada pelo regime de internações, com afastamento da criança/adolescente de seu lar, a fim de adequá-lo(a) ao comportamento ditado pelo Estado. A preocupação com a criança e o adolescente da época não era afetiva, mas sim correccional. (AMIN, 2014, p. 47).

Houve, então, uma necessidade de incentivar a prática da adoção, de modo que a Lei 3.133 de 1957 trouxe novas diretrizes ao instituto. A idade mínima do adotante foi diminuída de cinquenta para trinta anos de idade, impondo como condição que os casais somente poderiam adotar após cinco anos de casados. Foi extinta ainda a exigência de o adotante não ter filhos biológicos como condição para a adoção, e diminuída a diferença de idade entre adotante e adotado, que de dezoito passou para dezesseis anos.

Em 1965, foi editada a Lei n. 4.655, que instituiu a legitimação adotiva, procedimento irrevogável e completamente diferente do estabelecido no Código Civil para a adoção. A legitimação adotiva era aplicada a crianças de até sete anos de idade que já vivessem na companhia dos adotantes, pois presumia-se que estas não possuíam qualquer lembrança de sua família biológica. Por meio da legitimação adotiva era emitida uma nova certidão de nascimento para a criança, tal como um registro tardio, e esta era efetivamente incluída na família adotiva, equiparando-se aos filhos biológicos que o casal eventualmente viesse a possuir, ressalvados os direitos sucessórios. (BORDALLO, 2014, p. 268).

A Lei 4.655 dispensou ainda o prazo de cinco anos de casamento, caso ficasse comprovado, por perícia médica, que um dos cônjuges era estéril, e que havia estabilidade da vida conjugal.

A legitimação adotiva subsistiu até 1979, quando foi revogada pelo Código de Menores, Lei 6.697, sendo estabelecida a adoção plena em seu lugar. A adoção plena, aplicada aos menores de sete anos de idade, era irrevogável e determinava o rompimento de

todos os laços do adotando com sua família biológica, transformando-o em membro efetivo da família adotiva. O novo Código de Menores garantiu também direito sucessório aos filhos adotados mediante adoção plena e determinou que estes deveriam ter seu registro de nascimento cancelado, sendo emitido novo registro por meio de mandado judicial, no qual constasse os nomes dos adotantes na filiação do adotado. (BARROS, 2014, p. 53).

O novo Código de Menores destinava-se a proteger menores de dezoito anos considerados em situação irregular, de modo que subsistiu a adoção simples, regulada pelo Código Civil no que fosse pertinente, quando se tratasse de adotando maior de sete anos de idade, a ser realizada mediante escritura pública.

O instituto da adoção plena foi então o responsável pela equiparação jurídica entre os filhos, vedada qualquer discriminação entre estes, direito que posteriormente foi inserido na CRFB/1988, diploma responsável por alterar a legislação referente à criança e ao adolescente, passando estes a serem sujeitos de direitos em situação peculiar de desenvolvimento. Esta nova tratativa dispensada às crianças e adolescentes culminou no artigo 227 da referida Constituição, que os reconheceu como sujeitos de direitos e atribuiu à família, a sociedade e ao Estado o resguardo a esses direitos, sendo imprescindível garantir à criança e ao adolescente a convivência familiar e comunitária.

O artigo 227, §6º da CRFB consagrou a igualdade jurídica entre todos os filhos quando dispôs que: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. (BRASIL, 1988).

Após dois anos da promulgação da CRFB, foi editada a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, denominada Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que previu nova sistemática para a adoção de crianças e adolescentes. A adoção regida pelo referido Estatuto ficou restrita a crianças e adolescentes e sua promoção deveria ser pela via judicial, enquanto a adoção de maiores de dezoito anos continuava a ser regida pelo Código Civil de 1916 e instrumentalizada mediante escritura pública.

O Estatuto da Criança e do Adolescente ratificou ainda a igualdade jurídica de todos os filhos, prevista na Constituição Federal, estabelecendo em seu artigo 41 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” (BRASIL, 1990), e em seu artigo 20 que “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” (BRASIL, 1990).

O ECA transformou a perspectiva da adoção, deixando esta de ser utilizada como solução dos problemas de casais sem filhos e passando a buscar, em primeiro lugar, o interesse da criança/adolescente, assegurando seu direito de viver em família e devendo realizar-se tão somente quando apresentar reais vantagens para o adotando. Essa nova perspectiva da adoção evidencia-se no artigo 19, segundo o qual “É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral” (BRASIL, 1990), e no artigo 43 do ECA, que dispõe que “A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos” (BRASIL, 1990).

Com a posterior edição da Lei 10.406 de 2002, que instituiu o novo Código Civil Brasileiro, a adoção passou a ter o regime judicial como regime jurídico único. Esse Código dedicava o Capítulo IV para tratar da adoção, o qual era formado pelos artigos 1618 ao 1629, posteriormente revogados pela Lei n. 12.010/2009, restando apenas os artigos 1618 e 1619, que tiveram sua redação alterada. O artigo 1618 determina que a adoção de crianças e adolescentes será regida pelas normas constantes no Estatuto da Criança e do Adolescente, e o artigo 1619 dispõe que a adoção de pessoas maiores de dezoito anos se dará mediante processo judicial e que serão aplicadas, no que couber, as regras do ECA. (BRASIL, 2009).

Destaca-se ainda o artigo 1.596 do Código Civil Brasileiro, que também previu a igualdade jurídica de todos os filhos e a vedação da discriminação entre estes, máximas já previstas na Constituição da República Federativa do Brasil e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Em 2009 foi sancionada a Lei 12.010, que normatizou a adoção, aperfeiçoou o sistema relativo ao direito à convivência familiar de crianças e adolescentes, alterou dispositivos do ECA, e revogou dispositivos do Código Civil Brasileiro e da Consolidação das Leis do Trabalho, com o objetivo de garantir o direito à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes e romper com a cultura do acolhimento institucional. (BARROS, 2014, p. 55).

A Lei 12.010/09 incluiu no ECA a seção VIII, intitulada “Da Habilitação de Pretendentes à Adoção”, que cuida do processo de habilitação dos pretendentes à adoção e estabelece como requisito obrigatório para a habilitação a participação dos pretendentes em programa de preparação, orientação e estímulo à adoção de crianças maiores/adolescentes, com necessidades especiais, deficiência, de grupos de irmãos ou inter-raciais oferecido pela Justiça da Infância e da Juventude. Essa lei alterou ainda a redação do artigo 48 do ECA,

determinando que o filho adotado tem direito de conhecer sua origem biológica e de acessar o processo que cuidou de sua adoção após completar dezoito anos. (BRASIL, 2009).

A Lei 12.010/09 determinou o direito da criança de ser ouvida e de ter sua opinião, sempre que possível, levada em consideração em se tratando de questão afetiva para a adoção. Tal princípio já era previsto na Convenção de Haia, entretanto não era comumente aplicado pelos operadores do Direito, o que mudou após a edição da Lei 12.010/09, que o converteu em exigência legal. (OLIVEIRA, 2014, p. 37).

Em 2017 foi editada a Lei 13.509/2017, que alterou o ECA e a Consolidação das Leis do Trabalho, no intuito de assegurar maiores direitos a crianças e adolescentes. Esta Lei determinou que toda criança ou adolescente inserido em programa de acolhimento familiar ou institucional terá sua situação reavaliada, no máximo, a cada 3 (três) meses (período que anteriormente era de seis meses), de forma que o juiz decidirá pela sua reintegração familiar ou pela colocação em família substituta, não podendo sua permanência no acolhimento ultrapassar 18 meses, salvo se para atender a seu superior interesse. (BRASIL, 2017).

A Lei 13.509/2017 definiu ainda que os recém-nascidos e as crianças acolhidas não procuradas por suas famílias no prazo de 30 (trinta) dias, contado a partir do dia do acolhimento, serão cadastradas para adoção e que os detentores da guarda possuem o prazo de 15 dias para propor a ação de adoção, o qual é contado do dia seguinte à data do término do estágio de convivência. É o disposto nos §§ 10º e 7º do artigo 19-A do ECA. (BRASIL, 2017).

Outra novidade trazida pela lei em comento é a prioridade no cadastro de pessoas interessadas em adotar criança ou adolescente com deficiência, com doença crônica ou com necessidades específicas de saúde, e grupo de irmãos, de modo a melhor assegurar os direitos destes infantes mais vulneráveis.

A partir do exposto nos parágrafos anteriores, evidencia-se que, nas últimas décadas a criança deixou de ser objeto de preocupação apenas no âmbito privado da família e Igreja, para tornar-se um sujeito de direitos, sendo sua situação questão de cunho social e de competência do Estado.

A antiga noção de infância distinguia as crianças e adolescentes entre “criança” e “menor”, sendo este último aquele representante da infância perigosa ou potencialmente perigosa à sociedade, que eram as crianças e adolescentes pobres. Nessa perspectiva, a tratativa do Estado consistia em institucionalizar esse “menor”, a fim de prevenir problemas sociais, manter a ordem e garantir o progresso da nação.

Com o advento da CRFB/88, passou-se então do modelo da situação irregular para

o sistema garantista da doutrina da proteção integral, alicerçado no princípio da dignidade da pessoa humana. Com a doutrina da proteção integral, crianças e adolescentes deixam de ser objeto de proteção assistencial e passam a ser titulares de direitos subjetivos, conforme assevera Andréa Rodrigues Amin:

Trata-se de um novo modelo, democrático e participativo, no qual família, sociedade e Estado são cogestores do sistema de garantias que não se restringe à infância e juventude pobres, protagonistas da doutrina da situação irregular, mas sim a *todas* as crianças e adolescentes, pobres ou ricos, lesados em seus direitos fundamentais de pessoas em desenvolvimento. (AMIN, 2014, p. 51).

Desta forma, o direito da criança e do adolescente perpassou por diversas mudanças até chegar ao seu modelo atual, deixando a criança de ser vista apenas como um menor delinquente que precisava ser institucionalizada, para ser enxergada enquanto titular de direitos subjetivos. Esta deve ser resguardada pela família, pela sociedade e pelo Estado, que garantirão seu direito à convivência familiar e comunitária, buscando para a criança órfã um novo lar, capaz de concretizar seu melhor interesse e constituído em seu real benefício.

2.3 Das garantias constitucionais dispensadas a criança e ao adolescente

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi promulgada em momento pós ditadura militar, no qual direitos fundamentais do homem foram restringidos e a sociedade firmava-se num modelo patrimonialista liberal.

Desse modo, o legislador constituinte primou por estabelecer novos paradigmas, dando ênfase ao aspecto coletivo-social e construindo um direito funcional, em prol da sociedade. A dignidade da pessoa humana passou então a embasar o ordenamento jurídico brasileiro, sendo imprescindível resguardar todos os cidadãos, inclusive as crianças e adolescentes, que passariam a ser vistas como pessoas em peculiar situação de desenvolvimento.

Surgia, portanto, o sistema garantista da doutrina da proteção integral, a prioridade absoluta dos direitos da criança e do adolescente e o direito fundamental à convivência familiar e comunitária, todos insculpidos no artigo 227 da CRFB/1988 e criados com o intuito de resguardar a criança e o adolescente.

2.3.1 Doutrina da Proteção Integral

No século XX, vigorou no Brasil, a doutrina da situação irregular, implícita no

Código Mello Mattos de 1927 e oficializada pelo Código de Menores de 1979. Essa doutrina destinava-se a tratar daquelas crianças e adolescentes que se enquadravam em modelo predefinido de situação irregular, estabelecido no artigo 2º do Código de Menores, *in verbis*:

Art. 2º Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor:
 I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de:
 a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável;
 b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las;
 II - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável;
 III - em perigo moral, devido a:
 a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes;
 b) exploração em atividade contrária aos bons costumes;
 IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;
 V - Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária;
 VI - autor de infração penal.
 [...] (BRASIL, 1979).

Portanto, este era o campo de atuação do Juiz de Menores, restrito ao binômio carência-delinquência, o qual centralizava as funções jurisdicional e administrativa e tinha seus limites de atuação indefinidos. O Juiz, em regra, atuava de forma segregatória e, apesar de o Código de Menores prever diversas medidas de assistência e proteção, as crianças e adolescentes eram comumente conduzidos para internatos ou, quando se tratava de infratores, para institutos de detenção mantidos pela Febem. A preocupação não girava em torno da criança/adolescente, mas sim do risco que este representava para a sociedade, de modo que a manutenção dos vínculos familiares não era objetivada, uma vez que a família era considerada a própria causa da situação irregular. (AMIN, 2014, p. 55).

A situação irregular consistia na infância pobre, abarcava, em sua maioria, as crianças negras e pardas, vindas da periferia ou do interior, que possuíam família empobrecida ou não possuíam qualquer família. Essa era a infância considerada ‘menor’, conceito estigmatizante, que levava o Direito a agir sobre essa criança/adolescente não de forma a protegê-lo enquanto sujeito de direitos, mas de encarcerá-lo e mantê-lo afastado da sociedade.

Em paralelo, organismos internacionais já primavam, há algum tempo, pelo reconhecimento de crianças e adolescentes enquanto sujeitos de direitos. Em 1924 foi promovida pela Liga das Nações a Declaração dos Direitos da Criança de Genebra, e, mais tarde, já em 1959, a Organização das Nações Unidas (ONU) adotou a Declaração Universal dos Direitos da Criança, reconhecendo as crianças como sujeitos de direitos, carecedoras de proteção e cuidados especiais. (AMIN, 2014, p. 53).

Em 1979, em virtude dos avanços sociais no campo dos direitos fundamentais, a

ONU montou um grupo de trabalho com o intuito de preparar o texto da Convenção dos Direitos da Criança, posteriormente aprovado em 1989 pela Resolução n. 44, subscrita pelo governo brasileiro em 1990, aprovada pelo Congresso Nacional pelo Decreto n. 28/90 e promulgada pelo Decreto Executivo n. 99.710/90.

A Convenção dos Direitos da Criança consagrou a doutrina da proteção integral, que se funda em três pilares: 1) reconhecimento da peculiar condição da criança e adolescente enquanto pessoa em desenvolvimento, titular de proteção especial; 2) crianças e adolescentes têm direito à convivência familiar; 3) as Nações subscritoras obrigam-se a assegurar os direitos insculpidos na Convenção com absoluta prioridade. (AMIN, 2014, p. 54).

Em virtude dessas mudanças ocorridas no plano internacional na última década, da busca pelo resgate à democracia e da implantação dos direitos humanos, o legislador constituinte, ao promulgar a “Constituição Cidadã”, previu a doutrina da proteção integral no artigo 227 da CRFB, substituta da doutrina da situação irregular e responsável por alterar todo o sistema destinado à proteção de crianças e adolescentes.

O mencionado artigo assegurou, com absoluta prioridade, aos jovens, crianças e adolescentes “[...] 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 [...]” (BRASIL, 1988) a ser garantido pela família, pela sociedade e pelo Estado, em corresponsabilidade e cogestão.

Coube, porém, ao Estatuto da Criança e do Adolescente, construir sistematicamente a doutrina da proteção integral, destinada a todas as crianças e adolescentes, respeitada sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. O ECA previu um conjunto de medidas governamentais aos três entes federativos através de políticas sociais básicas e programas de assistência social, adotando também o princípio da descentralização político-administrativa, materializado na esfera municipal através da participação da comunidade por meio do Conselho Municipal de Direitos e Conselho Tutelar. (AMIN, 2014, p. 56).

A responsabilidade pela garantia dos direitos da criança e do adolescente saiu então do âmbito privado da família e passou a abranger toda a coletividade e o poder público, especialmente o municipal, executor da política de atendimento, conforme ditame do artigo 88, I do ECA.

A doutrina da proteção integral modificou também a função do Juiz da Infância, que de jurisdicional e administrativa passou a ser apenas judicante e normativa, não prevista no Estatuto a atuação *ex officio*. Passou a ser da sociedade a atuação em proteção a criança e ao adolescente, que atua por meio do Conselho Tutelar, encaminhando à autoridade judiciária

os casos de sua competência e ao Ministério Público notícia de fato que constitua infração contra os direitos da criança e do adolescente.

Portanto, a doutrina da proteção integral rompeu profundamente com a antiga doutrina da situação irregular, elevando a criança e o adolescente à condição de sujeitos de direitos, amparados por Estatuto próprio e com absoluta prioridade assegurada aos seus interesses.

2.3.2 Direito à convivência familiar e comunitária: princípios da responsabilidade parental e da prevalência da família

Nas civilizações antigas romana e grega a família existia sob o modelo patriarcal, no qual o pai era o líder religioso e tinha poder sobre a vida da esposa e dos filhos. Esse modelo vigorou por muito tempo na sociedade ocidental, inclusive no Brasil, cujo modelo familiar tradicional retrata a organização institucional da família romana.

Apesar de ser a família a base da sociedade, esta instituição não foi prevista na Constituição Federal do Brasil Imperial de 1824, que silenciou acerca dos temas família e casamento. A Constituição Federal de 1891 tampouco versou sobre a instituição familiar, que ganhou previsão constitucional apenas em 1934, não gozando, porém, seus integrantes de proteção. (MACIEL, 2014, p. 118).

Foi somente em 1988, com a Constituição Cidadã, que todos os familiares foram elevados à posição de sujeitos de direitos, dotados de individualidade e direitos fundamentais. A nova concepção de família, trazida com a CRFB de 1988, tem esta como pautada no afeto, e inaugura a pluralidade das entidades familiares, deixando de ser família apenas o núcleo formado por pai, mãe e filhos.

A família encontra amparo ainda na Declaração Universal dos Direitos do Homem e no Pacto de San José da Costa Rica, segundo os quais a entidade familiar figura como núcleo da sociedade e deve ser resguardada e especialmente protegida pelo Estado e pela coletividade. (MACIEL, 2014, p. 119).

Desta forma, a família deixou de ser uma instituição religiosa dominada pelo pai para se transformar em uma entidade formada por laços de afeto e composta por sujeitos de direito. Essa entidade proporciona um ambiente de pleno desenvolvimento da personalidade e de promoção da dignidade de seus membros, que devem experienciar a convivência familiar de forma ampla e irrestrita, assegurada pelo Estado.

Seguindo o exemplo da CRFB/1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente

também deu especial importância à família, se dedicando a dispor acerca da família natural, extensa e substituta em suas Seções II e III.

A família natural está disposta no artigo 25, *caput*, e é aquela compreendida pelos pais e seus filhos e por qualquer um deles e seus descendentes. (BRASIL, 1990). Já a família extensa ou ampliada foi inserida no parágrafo único do artigo 25 pela Lei 12.010/2009 e vai além da unidade formada por pais e filhos, englobando também os parentes próximos com os quais a criança e o adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade. (BRASIL, 2009).

Segundo Maciel (2014, p. 122), a família extensa vai além: o vínculo de afinidade entre a criança e o familiar próximo pode existir independentemente de parentesco consanguíneo ou relação afim, advindo de uma identidade de sentimentos e semelhanças no pensar e agir por força da convivência diária, de forma que a referida autora defende essa amplitude da família extensa, em virtude de interpretação gramatical da expressão “vínculos de afinidade”.

A Seção III do ECA cuida das famílias substitutas, dentre elas a adoção, modalidade mais completa de família substituta, em que há a constituição integral do poder familiar para o adotante, de modo a suprir irrevogavelmente o vínculo de parentesco biológico na vida do adotado.

A CRFB/1988 deu especial proteção à família no artigo 226 e, no artigo 227, garantiu a criança e ao adolescente o direito à convivência familiar e comunitária a ser assegurado pela família, pelo Estado e pela sociedade. Em complementariedade a essa norma, o artigo 19 do ECA prevê que: “É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral”. (BRASIL, 1990).

Desta forma, a lei garante a criança e ao adolescente o direito de crescer no seio familiar biológico, ambiente de afeto, apoio e auxílio mútuo, que propiciará o seu sadio desenvolvimento. Somente em casos excepcionais a prioridade de se conviver com os pais naturais deve ser afastada, sob pena de se constituir lesão ao desenvolvimento da criança.

A proteção à família é percebida ainda nos incisos IX e X do parágrafo único do artigo 100 do ECA, que preceituam o princípio da responsabilidade parental e o princípio da prevalência da família. Segundo o princípio da responsabilidade parental, a intervenção estatal a fim de aplicar medidas de proteção deve ser efetuada de modo que os pais assumam os seus deveres para com a criança e o adolescente. Já o princípio da prevalência da família determina

que “[...] na promoção de direitos e na proteção da criança e do adolescente deve ser dada prevalência às medidas que os mantenham ou reintegrem na sua família natural ou extensa ou, se isso não for possível, que promovam a sua integração em família adotiva” (BRASIL, 1990).

Por sua vez, a convivência comunitária também é assegurada pela CRFB/1988 e pelo ECA, e consiste na vivência da criança e do adolescente em comunidade, devendo os pais incentivarem a convivência religiosa, escolar e recreativa dos filhos, auxiliadoras do incremento da personalidade e do caráter do infante.

Portanto, a família é instituto que ganhou ampla importância na Constituição da República Federativa do Brasil, assim como no Estatuto da Criança e do Adolescente, que promovem sua proteção pelo Estado, enquanto base da sociedade e ambiente necessário ao sadio desenvolvimento de seus membros infantes. As crianças e adolescentes possuem o direito fundamental à convivência familiar e comunitária, de modo a permanecerem em sua família biológica e, excepcionalmente, serem criadas em família substituta, a qual proporcione segurança e estabilidade para o desenvolvimento de uma pessoa em formação.

2.3.3 Princípio da prioridade absoluta

O princípio da prioridade absoluta extrai-se da Constituição da República Federativa do Brasil, que em seu artigo 227 preceitua um rol de direitos a crianças e adolescentes com absoluta prioridade, a serem assegurados pela família, pela sociedade e pelo Estado, entidades mais próximas da infância e da juventude.

Segundo Cunha, Lépre e Rossato (2014, p. 84), esse princípio configura-se enquanto *metaprincípio*, uma vez que representa postulado “[...] de interpretação para a extração de significado dos demais princípios e regras que compõem o sistema protetivo dos direitos da criança e do adolescente.”.

Apesar de gozar de previsão constitucional e possuir, portanto, aplicabilidade imediata, o princípio da prioridade absoluta também foi normatizado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que dedicou seus artigos 3º e 4º para versar acerca da absoluta prioridade de crianças e adolescentes perante a família, a sociedade e ao Estado.

O artigo 3º do referido Estatuto assegura a criança e ao adolescente “todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade”. (BRASIL, 1990). As garantias ao desenvolvimento físico e mental de crianças e adolescentes estão dispostas nos artigos 7º a

14º do ECA, já o asseguramento dos direitos de ordem moral, espiritual e social configura-se enquanto direito à convivência familiar e comunitária, uma vez que a família e a comunidade em que a criança se insere são as principais responsáveis por formar a personalidade desta. O desenvolvimento da infância e juventude deve ser ainda promovido em condições de liberdade e dignidade, uma vez que são as crianças e adolescentes sujeitos de direitos, possuidores do direito à cidadania e à dignidade da pessoa humana, fundamentos da República Federativa do Brasil.

Por sua vez, o artigo 4º do ECA traz em seu parágrafo único um rol exemplificativo de obrigações que devem ser realizadas em caráter prioritário. Esse rol é exemplificativo, uma vez que outras hipóteses não arroladas podem exigir manifestação em absoluta prioridade, não podendo o poder público exculpar-se de cumpri-las sob o argumento de não estarem previstas no rol do parágrafo único do artigo 4º.

O referido artigo previu não só a responsabilidade da família, da sociedade e do poder público em face da infância, mas também da comunidade, destacando-se os grupos sociais e formais existentes na sociedade, a exemplo das igrejas, clubes, Conselho Tutelar, associações civis, Organizações Não Governamentais, escolas, dentre outros, que participam ativamente do dia a dia da criança e do adolescente ou são constituídos com o fim de garantir-lhes proteção. (FONSECA, 2012, p. 21).

É garantida a criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, a primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias, a precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública, a preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas, e a destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude (BRASIL, 1990), de modo que incumbe ao poder público atender primeiramente a infância e a juventude na prestação de serviços administrativos ou de atendimento ao público. É válido ressaltar que a prioridade absoluta não fere a igualdade constitucional, uma vez que deflui da própria Constituição Federal e tem por intuito resguardar as crianças e adolescentes, pessoas em desenvolvimento, que, por sua situação peculiar, merecem tratativa diferenciada daquela conferida aos adultos.

A prioridade absoluta também se estende aos processos que envolvam interesses de crianças e adolescentes. Estes devem correr com celeridade, apartados dos demais e identificados em sua capa, com aviso de urgência na tramitação. O artigo 199-C do ECA também conferiu prioridade de tramitação aos recursos nos procedimentos de adoção e destituição do poder familiar. (FONSECA, 2012, p. 19, 21).

Em suma, a prioridade absoluta consiste em princípio que serve como norte para a

aplicação das demais regras e dispositivos referentes a criança e ao adolescente, de modo a priorizar a infância e a juventude. Ela está amplamente ligada a doutrina da proteção integral, ambas constituintes de princípios basilares do ECA, orientadoras de um direito que se preocupa com a infância e juventude e busca seu melhor interesse.

3 DA DISCIPLINA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O conceito de responsabilidade civil tem origem recente, mas denota um sentido estável desde o século XIX, ao portar a ideia de uma obrigação. Na esfera cível a responsabilidade é definida enquanto obrigação de reparar danos infringidos por culpa do agente, ou determinados pela lei. No âmbito penal essa definição muda para obrigação de suportar um castigo em virtude de ação ou omissão em desconformidade com o ordenamento jurídico.

Segundo Farias, Rosenvald e Netto (2016, p. 34), no campo da responsabilidade civil “Há uma infração, seguida de uma reprovação, que conduz o juízo de imputação a um juízo de *retribuição*”. É possível se falar então em duas espécies de obrigação: a de fazer, ou de agir em conformidade com a lei, violada pela infração, e a de reparar ou sofrer pena. Dessa forma, a primeira obrigação justifica a segunda e a segunda sanciona a primeira.

É necessário, porém, distinguir responsabilidade de obrigação. A ordem jurídica, em razão da convivência social, estabelece deveres positivos (de dar ou fazer) e deveres negativos (de não fazer ou tolerar algo), havendo o dever geral de não prejudicar a ninguém.

A violação a um dever jurídico gera o ilícito, o qual acarreta dano para outrem e gera um novo dever jurídico, que é o dever de reparar. Há, portanto, um dever jurídico originário, ou primário, cuja violação importa em um dever jurídico sucessivo, ou secundário, que é o dever de indenizar. A responsabilidade configura então o dever jurídico sucessivo, que tem por objetivo reparar o dano decorrente da violação a um dever jurídico originário. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 14).

O Código Civil traz a distinção entre responsabilidade e obrigação em seu artigo 389, ao dispor que “Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos [...]” (BRASIL, 2002), ou seja, não cumprido o dever jurídico originário (obrigação), responde o devedor pelo dever jurídico sucessivo (responsabilidade).

Evidencia-se ainda, que, atualmente, a responsabilidade objetiva tem ganhado campo no direito brasileiro, a qual independe de culpa e preconiza conceitos tais quais solidariedade, segurança e risco, que visam substituir a culpa, deslocando a ênfase do autor presumido do dano para a vítima, detentora do direito à reparação.

Este capítulo tem por objetivo discorrer acerca da disciplina da responsabilidade civil no direito brasileiro, analisando sua função e pressupostos, bem como tratar da diferenciação entre responsabilidade contratual e extracontratual. Frisa-se, no entanto, que o

presente trabalho não tem por objetivo esgotar o tema da responsabilidade civil, mas tão somente se ater àquilo que é relevante para o campo da responsabilidade civil decorrente da devolução do adotado pelo adotante.

3.1 Função reparatória da responsabilidade civil

Originariamente, a responsabilidade ocupava parcela residual no sistema do direito privado, atendendo situações não reguladas pelos institutos de contrato e propriedade. Ela tinha por função disciplinar a transferência das perdas sofridas pelo indivíduo, resultantes do ilícito cometido por outro indivíduo, protegendo o *status quo* do primeiro.

A responsabilidade civil possui como centro a ideia da lesão, tendo por função o reestabelecimento do equilíbrio econômico-jurídico desfeito pelo fato danoso. Desta forma, visa voltar ao passado através da reparação pecuniária ao sujeito lesado ou, caso se faça possível, da reintegração em forma específica, ou seja, da repristinação da situação existente. (FARIAS, NETTO, ROSENVALD, 2016, p. 63).

Assim, o instituto toma como base o princípio da reparação integral, o qual busca atingir a mais completa reparação dos danos sofridos pela vítima e tem como fundamento a Justiça denominada corretiva ou comutativa.

Tal princípio tem suas bases modernas no direito francês, mais especificamente no artigo 1.149 do *Code Civil*, segundo o qual a indenização pelos prejuízos advindos do inadimplemento de obrigação contratual abrange os danos emergentes e os lucros cessantes, norma esta que incide também sobre a responsabilidade extracontratual, em virtude de exigência fundamental de Justiça. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 27).

Já no direito brasileiro, o princípio da reparação integral está preconizado implicitamente na Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 1º, III, que estabelece a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental da República, de modo que todos os danos injustamente causados à pessoa humana devem ser reparados. O artigo 1.059 do Código Civil de 1916 já prestigiava o princípio da reparação integral ao dispor que as perdas e danos devidas ao credor não abrangem somente o que ele perdeu, mas também o que deixou de lucrar, e o Código Civil de 2002 foi ainda mais explícito em seu artigo 944, segundo o qual “a indenização mede-se pela extensão do dano” (BRASIL, 2002).

A doutrina francesa sintetizou a extensão do princípio da reparação integral em *tout le dommage, mais rien que le dommage*, ou seja, todo o dano, mas não mais que o dano, de modo que a soma devida a título de danos deve corresponder tão somente à perda sofrida

pelo lesado, sendo vedado o enriquecimento ilícito. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 27-28).

O autor Cavaliere Filho (2014), destaca três funções para o princípio da reparação integral, quais sejam: função compensatória, função indenitória e função concretizadora. Desse modo, a plena reparação dos danos deve corresponder ao prejuízo efetivamente sofrido pelo sujeito lesado (função compensatória), sendo ilegal ultrapassá-lo, a fim de que a responsabilidade civil não seja utilizada para causar enriquecimento ilícito (função indenitória), mas seja garantida a equivalência entre a indenização e os prejuízos sofridos, com avaliação em concreto pelo juiz (função concretizadora). (SANSEVERINO apud CAVALIERI FILHO, 2014, p. 28).

Faz-se necessário ressaltar que nem todo dano é apto a ensejar reparação civil, mas tão somente aquele dano injusto a partir de uma valoração comparativa dos interesses em conflito. Dessa forma, segundo o princípio da proporcionalidade, a alegação de mera perda patrimonial ou lucro cessante é insuficiente:

[...] afirmando-se a necessidade de que o dano seja injusto, portador de relevância no confronto intersubjetivo, entre ofensor e ofendido, legitimando-se em todas as situações jurídicas em que o balanceamento de interesses aponte violação de princípios. (FARIAS, NETTO, ROSENVALD, 2016, p. 64).

Em suas lições, Farias, Netto e Rosenvald (2016, p. 64) destacam três formas de tutela da função reparatória: restitutória, ressarcitória e satisfativa. A tutela restitutória destina-se a satisfação *in natura*, objetivando restituir o indivíduo lesado ao *status quo ante*, ou seja, reconstituir as condições em que este se encontrava antes da violação.

A tutela ressarcitória, por sua vez, tem por objetivo compensar o lesado pelo prejuízo econômico sofrido. Ela pode ser subsidiária em relação à tutela restitutória, quando esta não for viável, ou possuir caráter de complementariedade, quando a restituição do *status quo ante* não eliminar por completo o desequilíbrio econômico sofrido pelo lesado.

Por último, a tutela satisfativa ocorre quando o objetivo não é a restauração de uma estrutura de interesses, mas sim a satisfação *in natura* de uma posição subjetiva que não pode ser atuada, ou foi defeituosamente atuada.

A função reparatória, todavia, é passível de algumas críticas. O fato de haver ressarcimento não exclui a perda produzida pelo ilícito, sendo irreversíveis os eventos advindos daquele comportamento que gerou prejuízo ao sujeito lesado. O ressarcimento é apto tão somente a gerar uma alocação subjetiva de uma parte da riqueza monetária, transferida do lesante ao lesado, de modo que tal ressarcimento opera uma parcial compensação de caráter intersubjetivo.

Outra crítica conferida à função reparatória da responsabilidade civil, é o fato de

que esta opera tão somente a satisfazer o lesado, deixando a sociedade restar prejudicada. Vincenzo Roppo (apud FARIAS, NETTO, ROSENVALD, 2016, p. 65) exemplifica essa situação da seguinte maneira: A destrói o carro de B e restitui seu valor a este, de modo que B retorna a seu *status quo*, pois recupera em pecúnia o valor do objeto perdido, e fica satisfeito. Porém, a sociedade considerada globalmente, não retornará a seu status anterior, pois terá a sua disposição um automóvel a menos, restando prejudicada.

Conclui-se, portanto, que a função reparatória da responsabilidade civil, apesar de suportar críticas, cumpre com o importante papel de reparar consequências e efeitos de comportamentos ilícitos, restituindo ao sujeito lesado aquilo que lhe foi subtraído pelo sujeito lesante, seja *in natura*, seja em compensação pecuniária, de modo a educar este último e evitar a reiteração de condutas ilícitas prejudiciais a outrem.

3.2 Responsabilidade contratual x responsabilidade extracontratual

A responsabilidade civil decorre da violação a um dever jurídico, de que resulte dano a outrem, de modo que o sujeito infrator fica obrigado a indenizar. Por sua vez, o dever passível de violação pode ter por base uma relação jurídica obrigacional preexistente, ou seja, um contrato que impõe deveres às partes contratantes, ou uma obrigação imposta por preceito geral de Direito, ou pela própria lei.

O dever jurídico pode nascer da vontade dos indivíduos, que criam para si deveres jurídicos através de negócios jurídicos, revelados em contratos e manifestações unilaterais de vontade. Esses contratos e manifestações unilaterais de vontade geram obrigações aos contratantes, os quais restam vinculados ao disposto no negócio jurídico em questão.

A outra forma de imposição de deveres jurídicos é a própria lei, oponível a todos e independente da manifestação de vontade das partes para ter validade e eficácia nas relações intersubjetivas e sociais.

Assim, caso preexista um vínculo obrigacional e houver violação a dever jurídico, ou seja, houver inadimplemento, surge a responsabilidade contratual, também chamada de ilícito contratual. Ao contrário, se o dever legal for violado sem que preexista qualquer relação jurídica entre ofensor e ofendido, e houver lesão a direito subjetivo, estará configurada a responsabilidade extracontratual, também chamada aquiliana. (GONÇALVES, 2016, p. 44).

Portanto, quando um indivíduo transgredir um dever gerado em negócio jurídico por sua própria vontade é configurado o ilícito negocial, ou contratual. Por outro lado, caso a transgressão diga respeito a um dever jurídico imposto pela lei, o ilícito se reputa enquanto

extracontratual, vez que é gerado fora dos negócios jurídicos.

Assim, tem-se que nas duas espécies de responsabilidade – contratual e extracontratual – há violação a um dever jurídico preexistente. A distinção entre as duas reputa-se pela natureza do dever violado: haverá responsabilidade contratual quando entre ofensor e ofendido houver uma relação jurídica preexistente decorrente de negócio jurídico pactuado entre estes. Desse modo, no momento em que o ofensor infringir o dever jurídico derivado daquele negócio jurídico, nasce para ele a obrigação de indenizar o ofendido, ou seja, a responsabilidade contratual. Por outro lado, haverá responsabilidade extracontratual quando o dever jurídico violado estiver presente não em contrato, mas sim na lei ou na ordem jurídica.

No ordenamento jurídico brasileiro, a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual não são apartadas entre si. Em verdade, há uma espécie de vínculo entre elas, uma vez que as regras previstas nos arts. 393, 402 e 403 do Código Civil destinam-se à responsabilidade contratual, mas aplicam-se também à responsabilidade extracontratual.

Essa dicotomia entre os conceitos referentes às duas espécies de responsabilidade é passível de críticas pela teoria unitária ou monista, segundo a qual “[...] pouco importam os aspectos sobre os quais se apresente a responsabilidade civil no cenário jurídico, já que os seus efeitos são uniformes” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 31). Porém, apesar de seus efeitos serem uniformes, sua origem tem fontes diversas, de modo que nos Códigos dos países em geral e no Brasil é acolhida a tese dualista ou clássica.

Frisa-se, no entanto, que o Código de Defesa do Consumidor, Lei 8078/90, superou a distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual no tocante à responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços. O artigo 17 do CDC equiparou ao consumidor todas as vítimas do acidente de consumo, de modo que há um tratamento unitário para a responsabilidade do fornecedor. O fundamento dessa equiparação foi o dever de segurança do fornecedor, de modo que se ele infringir esse dever e lançar no mercado um produto ou serviço defeituoso, dando causa a um acidente de consumo, sua responsabilidade independe da existência de um contrato.

Portanto, conclui-se que, apesar de terem efeitos uniformes, a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual se diferem no tocante à natureza do dever jurídico violado. Em contrapartida, na responsabilidade contratual, o dever jurídico violado pelo ofensor tem por fonte a vontade dos indivíduos, ou seja, preexiste uma relação jurídica entre estes. Já a responsabilidade extracontratual surge da violação de um dever estabelecido

em lei ou na ordem jurídica, inexistindo relação jurídica preexistente entre as partes e tendo como maior exemplo o dever geral de não causar dano a ninguém.

3.3 Da responsabilidade extracontratual subjetiva e seus pressupostos

O Código Civil de 1916 tinha como regra a responsabilidade subjetiva, vez que a cláusula geral da responsabilidade, disposta no artigo 159 da referida lei, previa como pressuposto da responsabilidade civil, a culpa provada. Tal Código admitia a culpa presumida apenas especificamente em seu artigo 1.521, e a responsabilidade objetiva nos artigos 1.527, 1.528 e 1.529.

Essa realidade foi alterada com o Código Civil de 2002, responsável por prever um sistema de responsabilidade predominantemente objetivo, sem, contudo, excluir a responsabilidade subjetiva.

Contudo, a responsabilidade subjetiva subsiste como regra do ordenamento civil brasileiro, pois, apesar de o CC regular um grande número de casos de responsabilidade objetiva, o artigo 186 deste diploma erige o dolo e a culpa como fundamentos para a obrigação de reparar o dano. (GONÇALVES, 2016, p. 49-50).

O atual Código Civil, lei 10.406/2002, prevê então, uma cláusula geral de responsabilidade subjetiva, encontrada no artigo 927, conjugado com o artigo 186. O artigo 927 dispõe que “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” (BRASIL, 2002), ou seja, quem praticar ato ilícito, causando assim dano a outrem, será obrigado a indenizar.

O artigo 186, por sua vez, comporta o conceito legal de ato ilícito, ao prever que “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002).

Dessa forma, a responsabilidade subjetiva é aquela causada por culpa do agente, seja por ação ou omissão, que viola um dever jurídico, causando dano a outrem e gerando, assim, o dever de indenizar. A responsabilidade subjetiva possui como pressupostos a conduta culpável, o nexo de causalidade e o dano, que serão brevemente analisados nos tópicos seguintes.

3.3.1 Conduta culpável

O ato ilícito consiste em conduta humana voluntária, contrária ao Direito. Esta

conduta abrange tanto a ação quanto a omissão, constituindo-se como regra a conduta positiva, enquanto que para ser configurada a omissão é necessário haver um dever jurídico de praticar determinado ato, bem como a prova de que este não foi praticado. Deste modo, a conduta humana é causada por ação ou omissão voluntária ou decorrente de negligência, imprudência ou imperícia. (TARTUCE, 2015, p. 373).

No Direito há um dever geral de abstenção, que impõe às pessoas o dever de absterem-se da prática de atos que possam lesar outros indivíduos, de forma que a violação a esse dever caracteriza uma ação capaz de gerar responsabilidade subjetiva extracontratual. Assim sendo, a ação é a forma mais comum de exteriorização da conduta.

Porém, há também a omissão, que adquire relevância jurídica, tornando o omitente responsável, quando este tem o dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado e não o faz. Esse dever pode advir da lei, de um negócio jurídico ou de uma conduta anterior praticada pelo próprio omitente, que criou o risco da ocorrência do resultado, devendo, assim, agir para impedi-lo. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 38).

A conduta, para caracterizar a responsabilidade subjetiva, exige o elemento da culpa, devendo haver um nexó psicológico entre o fato e a vontade do agente. Essa culpa, por sua vez, divide-se culpa *lato sensu*, dolo e culpa *stricto sensu*, sendo a culpa *lato sensu* gênero que comporta as espécies dolo e culpa *stricto sensu*.

A culpa *lato sensu* configura-se enquanto elemento subjetivo da conduta humana, aspecto intrínseco do comportamento, ocupando o posto de questão mais relevante da responsabilidade subjetiva. Significa dizer que o agente violador do dever jurídico será responsabilizado subjetivamente quando sua conduta corresponder a um ato interno de vontade, ou seja, resulte de um querer íntimo livre. A culpa em sentido amplo abrange, então, todo comportamento contrário ao Direito, podendo este ser intencional, como no caso do dolo, ou tencional, como no caso da culpa.

Em ambos os casos – culpa e dolo – há conduta voluntária do agente, porém quando este age com dolo sua conduta já nasce ilícita, pois sua vontade se dirige à concretização de um fato antijurídico. Já quando há culpa a conduta nasce lícita, porém torna-se ilícita ao se desviar dos padrões socialmente adequados. Isto posto, dolo e culpa *stricto sensu* distinguem-se no sentido de que no dolo, o agente quer a ação e o resultado, enquanto na culpa, ele quer apenas a ação, atingindo o resultado em virtude de desvio acidental de conduta decorrente de falta de cuidado. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 45-46).

Frisa-se que, no Direito Civil, o dolo e a culpa possuem conceitos semelhantes a estes mesmos institutos do Direito Penal, porém os efeitos práticos são distintos. No Direito

Penal, uma conduta dolosa é severamente punida ainda que dela não resulte grave dano, e a conduta culposa é tratada de forma mais branda ainda que cause resultado gravíssimo. Por sua vez, no Direito Civil, leva-se em consideração a extensão do dano, sendo irrelevante se o sujeito queria ou não aquele resultado. Isso ocorre, pois a função da indenização é reparadora dos danos sofridos pelo lesado, e não punitiva da ação do agente infrator.

Tal conclusão extrai-se do disposto no artigo 403 do Código Civil, segundo o qual “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato [...]” (BRASIL, 2002). Ou seja, a responsabilidade civil tem por objetivo ressarcir o sujeito lesado, sem, contudo, gerar espécie de enriquecimento ilícito.

O autor Caio Mário da Silva Pereira define culpa como “[...] o desrespeito a padrões objetivos de comportamento exigíveis no caso concreto” (PEREIRA, 2012, p. 97). Dessa forma, a conduta culposa abarca três elementos: conduta voluntária com resultado involuntário; previsão ou previsibilidade; falta de cuidado, cautela, diligência ou atenção.

O primeiro elemento significa dizer que na culpa a vontade do agente não se dirige ao resultado, mas sim à conduta, que é voluntária, enquanto o resultado é involuntário. Não há intenção, apenas vontade de agir ou de se omitir, sendo a conduta tencional, desprovida de vontade de provocar aquele efeito.

Quanto ao segundo elemento, este diz respeito à possibilidade que o agente tem de prever aquele resultado danoso. O agente prevê o resultado, mas acredita sinceramente que ele não ocorrerá, caracterizando-se assim a culpa consciente. Caso o resultado não seja previsto, ele precisa ser ao menos previsível para caracterizar a culpa. Ocorre quando, embora não previsto, era razoável prever aquele resultado segundo as regras da experiência.

Toma-se como parâmetro o homem médio, de modo que é previsível aquele resultado capaz de ser previsto pelo cidadão comum, de atenção e diligência ordinárias. Porém, não se desconsidera as condições pessoais do agente, tais como idade, sexo, grau de instrução etc, para identificar se ele poderia prever o resultado danoso, conjugando-se assim os critérios objetivo e subjetivo de aferição da previsibilidade.

Não havendo previsibilidade restará presente o caso fortuito ou a força maior, casos excludentes do nexos causal, de modo que não haverá culpa, muito menos responsabilidade civil.

Por fim, o terceiro elemento da conduta culposa é a falta de cuidado, cautela, diligência ou atenção, ou seja, a violação ao dever de cuidado. Sem esse elemento não há culpa, de sorte que não poderá haver responsabilidade civil subjetiva, mas, a depender do caso

concreto, pode restar configurada a responsabilidade objetiva. Essa falta de cautela é exteriorizada através da imprudência, da negligência e da imperícia. Enquanto a imprudência caracteriza-se pela falta de cautela por conduta comissiva, a negligência é a falta de cuidado por conduta omissiva. Já a imperícia configura-se pela falta de habilidade para o exercício de atividade técnica, exigindo-se, portanto, maior cautela do agente.

Posto isto, conclui-se que a conduta culpável abarca o dolo e a culpa, não possuindo grande relevância se o agente queria ou não provocar aquele resultado, mas sendo suficiente para ensejar responsabilidade civil que ele pratique, com falta de cuidado, a conduta cujo resultado danoso é previsível.

3.3.2 Nexo de causalidade

O nexo de causalidade é o segundo pressuposto da responsabilidade civil subjetiva, sendo responsável por estabelecer medida para a obrigação de indenizar, porquanto somente se indeniza aquele dano que é consequência do ato ilícito. É necessário apurar se o sujeito deu causa ao resultado antes mesmo de analisar sua culpa, pois ninguém pode responder por um dano que não causou.

Assim sendo, a relação causal não se confunde com culpabilidade. Enquanto a primeira consiste em imputação objetiva, pois será analisado se a conduta do sujeito deu ou não causa ao resultado danoso, a segunda se revela na qualidade de imputação subjetiva, pois destina-se a verificar se o agente tinha capacidade de entendimento e se poderia agir de maneira diversa.

O nexo de causalidade é, portanto, um elemento lógico-normativo, segundo o qual se faz necessário que o dano seja causado pelo ato ilícito e o prejuízo suportado pela vítima seja resultado desse ato. Caso inexistir essa relação de causalidade, não haverá responsabilidade civil a cargo do autor daquele ato.

Cavaliere Filho (2014, p. 62-63) ensina que a noção de nexo causal é ao mesmo tempo naturalista e jurídica. Em um primeiro momento, a relação causal configura-se no vínculo entre determinado comportamento e um evento (seu efeito), de modo a concluir, a partir das leis naturais, se a ação ou omissão do sujeito gerou aquele dano. Por outro lado, o elo jurídico ou normativo também se faz presente na análise do nexo de causalidade. Ao analisar o caso concreto, o juiz precisa eliminar os fatos irrelevantes para a efetivação do dano, a partir de um processo técnico de probabilidade. Após esse processo de eliminação, a causa será aquela revelada como a mais idônea para produzir o resultado.

Frisa-se que, diferentemente da culpa, o nexo de causalidade é pressuposto indispensável em qualquer espécie de responsabilidade civil, pois pode haver responsabilidade sem culpa, como no caso da responsabilidade objetiva, mas não pode haver responsabilidade sem nexo de causalidade entre conduta e dano provocado.

3.3.3 Dano

Por sua vez, o dano é o terceiro e último pressuposto da responsabilidade civil subjetiva e encontra-se no centro da obrigação de indenizar. Agostinho Alvim explica que dano em sentido amplo configura lesão a qualquer bem jurídico, enquanto dano em sentido estrito é a lesão ao patrimônio da pessoa, ou seja, do conjunto de suas relações jurídicas apreciáveis em dinheiro (ALVIM apud GONÇALVES, 2016, p. 366).

Isto posto, não há obrigação de indenizar sem dano, sendo insuficiente a mera conduta ilícita e o risco de dano. Os artigos 927 e 186 do Código Civil são claros quanto à necessidade de haver uma consequência concreta, lesiva ao patrimônio do ofendido, para que seja configurado o dever de indenizar. O artigo 927 determina que “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), **causar dano a outrem**, fica obrigado a repará-lo.” (BRASIL, 2002, **grifo nosso**), e o artigo 186, no mesmo sentido, dispõe o seguinte: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e **causar dano a outrem** [...]” (BRASIL, 2002, **grifo nosso**).

Essa exigência da existência de um dano para que seja configurada a responsabilidade civil ocorre porque o objetivo da indenização é reparar o prejuízo sofrido pela vítima. Ora, não havendo prejuízo não há o que reparar, de sorte que a indenização configuraria enriquecimento ilícito para quem a recebesse e punição para quem a pagasse, desviando-se o instituto da responsabilidade civil de seu objetivo primário, que é a reparação.

Deste modo, o dano reputa-se não apenas enquanto fato constitutivo, mas também determinante do dever de indenizar, sem o qual não há obrigação de ressarcir.

Passado isto, é necessário analisar as modalidades de dano, o qual divide-se em dano patrimonial e dano moral, subdividindo-se o primeiro em danos emergentes e lucros cessantes.

O dano patrimonial é aquele que resulta da efetiva diminuição do patrimônio do sujeito ofendido, seja este patrimônio um bem corpóreo ou um bem incorpóreo. Vale dizer que há um dano quando o agente ofensor lesiona o bem corpóreo de outrem, como, por exemplo, seu automóvel ou sua casa, bem como quando ele lesiona um bem incorpóreo,

como, por exemplo, os direitos de crédito, os direitos autorais etc.

Esse tipo de dano é passível tanto de reparação direta, através de restauração natural ou reconstituição específica da situação anterior à lesão, quanto de reparação indireta, ou seja, mediante indenização pecuniária quando não for possível reconstituir a situação anterior.

No que concerne ao dano patrimonial, destaca-se ainda que este se subdivide em dano emergente e lucro cessante. Enquanto o dano emergente importa efetiva e imediata diminuição do patrimônio da vítima, o lucro cessante caracteriza-se pelos seus efeitos mediatos ou futuros.

O artigo 402 do Código Civil dispõe acerca do dano emergente e do lucro cessante ao ordenar que “[...] as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.” (BRASIL, 2002).

Deste modo, a indenização concernente ao dano emergente é de fácil mensuração, uma vez que importará na efetiva diminuição do patrimônio da vítima. O lucro cessante, por sua vez, comporta maior complexidade em sua mensuração, pois diz respeito àquilo que o sujeito lesado deixou de ganhar por consequência do ato ilícito. É a perda do ganho esperado, a frustração da expectativa de lucro, o que razoavelmente se deixou de lucrar. (TARTUCE, 2015, p. 409).

Assim sendo, tendo por base o artigo 402 do CC/2002, para auferir o montante indenizatório a título de lucro cessante é necessário que o julgador se utilize do critério da razoabilidade. É preciso analisar, no caso concreto, aquilo que a vítima razoavelmente deixou de lucrar, ou seja, aquilo que, segundo o bom-senso, ela lucraria, com base num juízo de probabilidade, de acordo com o normal desenrolar dos acontecimentos. O lucro cessante não pode, portanto, ser algo meramente hipotético, requerendo por base uma situação fática concreta.

Por sua vez, o dano moral pode ser conceituado em dois aspectos distintos: em sentido estrito e em sentido amplo. O dano moral em sentido estrito diz respeito à violação do direito à dignidade, de modo que qualquer agressão à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, corolários do direito à dignidade, constitui dano moral, sendo portanto, indenizável. É a disposição expressa do artigo 5º, X da CRFB/1988, segundo o qual “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.” (BRASIL, 1988).

O dano moral em sentido amplo, por seu turno, caracteriza-se enquanto violação

de algum direito ou atributo da personalidade, sendo esta o conjunto de caracteres da pessoa humana, tais como a imagem, a reputação, os sentimentos, as aspirações, os hábitos etc. Os direitos da personalidade ocupam posição supraestatal, dos quais são titulares todos os seres humanos nascidos com vida.

Uma vez que o dano moral consiste em agressão à dignidade da pessoa humana e aos seus direitos da personalidade, este possui natureza imaterial, sendo insusceptível de avaliação pecuniária. Deste modo, o julgador precisa utilizar-se dos critérios de razoabilidade para quantificar o dano moral, tomando por paradigma o cidadão que está a igual distância do homem frio e insensível e do homem de extrema sensibilidade.

Cavaliere Filho ensina em sua doutrina que qualquer contrariedade não é suficiente para caracterizar o dano moral. Segundo este autor, a conduta deve atingir o bem-estar do indivíduo: “[...] só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar.” (CAVALIERE FILHO, 2014, p. 111).

É necessário, portanto, analisar em cada caso concreto se houve agressão à dignidade do sujeito, ou se algum bem integrante de sua personalidade foi atingido, de modo que, se não estiverem presentes nenhuma das duas situações não poderá ser configurado o dano moral.

Há ainda outra espécie de dano, denominada como perda de uma chance (*perte d'une chance*). Esta ocorre quando, em virtude do ato ilícito, a vítima perde a oportunidade de obter uma situação futura melhor, perde a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro para si. A perda de uma chance, porém, será analisada em momento oportuno, no capítulo 4 deste trabalho monográfico.

4 DA ADOÇÃO FRUSTRADA

A adoção consiste no instituto pelo qual é estabelecido vínculo de filiação, mediante decisão judicial, quando não se faz possível que a criança ou adolescente continue a viver com sua família biológica ou extensa.

Tal impossibilidade pode se dar pelos mais diversos fatores, como pobreza, estado de dogradiação, abusos cometidos pelos pais, estado puerperal da mãe, dentre outros. Nestes casos haverá destituição do poder familiar e a criança ou adolescente ficará disponível para ser colocada em família substituta mediante o instituto da adoção.

Ocorre que a criança acolhida carrega consigo um dolorido passado de rejeição e abuso, muitas vezes externando seus traumas para os adotantes, que, por não saberem como lidar com a situação, acabam desistindo da adoção e entregam a criança de volta ao acolhimento no decorrer do estágio de convivência.

Contudo, essa devolução fragiliza ainda mais a criança, vítima de uma nova rejeição por aqueles que pretendiam adotá-la, tornando-a depressiva, arisca e antissocial, o que acabará por dificultar novo processo adotivo.

Cumprido ao presente capítulo, portanto, tratar acerca da devolução de crianças e adolescentes adotados, sua possibilidade durante o estágio de convivência, bem como os motivos que permeiam essa devolução e suas consequências para a criança/adolescente.

4.1 A adoção enquanto medida excepcional e irrevogável

Estabelece o artigo 39, §1º do ECA, que a adoção consiste em medida excepcional, devendo-se primar pela manutenção da criança ou adolescente em sua família de origem, em cumprimento aos princípios da intervenção mínima e da prevalência da família. (BRASIL, 2009).

O parágrafo em comento foi acrescido ao Estatuto pela Lei 12.010/2009 e é de suma importância, pois destaca a necessidade de trabalhar, nas famílias, a reintegração e a reabilitação de seus membros, no intuito de promover seu resgate social.

Diniz destaca que: “A adoção é irreversível, entrando o adotado definitivamente para a família do adotante; por isso só se deve recorrer a essa medida excepcional apenas quando esgotados todos os recursos de manter a criança ou adolescente na família natural ou extensa” (DINIZ, 2014, p. 590).

Por sua vez, o legislador, ao editar a Lei 12.010/2009, se preocupou em criar

mecanismos destinados à orientação, apoio e promoção social das famílias, de modo a reverter a tendência preconceituosa de parte da doutrina e da jurisprudência de “demonizar” a paternidade biológica em detrimento da socioafetiva, fato que gerou diversas ações de destituição do poder familiar de forma prematura, sem a prévia realização de qualquer trabalho junto àquela família. (DIGIÁCOMO, 2013, p. 193)

Neste contexto, o legislador objetivou por priorizar a manutenção da criança ou adolescente em sua família biológica, a partir da atuação do Estado em reabilitar os pais relapsos e fortalecer os vínculos familiares, evitando assim a ruptura dos laços parentais em definitivo.

Uma vez constituída a adoção, esta não pode ser revogada, impossibilitando-se, assim, a retomada do poder familiar pela família de origem. O adotado será elevado à condição de filho do adotante, sendo proibida qualquer discriminação relacionada à sua filiação, tendo este os mesmos direitos e deveres dos filhos biológicos.

Nesta lógica, Tartuce colaciona o seguinte: “[...] a adoção deve ser encarada como a *ultima ratio*, sendo irrevogável assim como o reconhecimento de filhos.” (TARTUCE, 2017, p. 490).

No entanto, apesar de seu caráter irrevogável, é possível que os adotantes percam o poder familiar em decorrência de grave violação aos direitos dos filhos, tal como ocorre na filiação biológica. (DIGIÁCOMO, 2013, p. 194).

Desta forma, tendo em vista o caráter irrevogável da adoção, não é possível que os pais devolvam seus filhos após concluso o processo de adoção. Nesse caso haverá, portanto, destituição do poder familiar, pois o vínculo filial já havia sido estabelecido, figurando a criança ou adolescente como filho da pessoa que resolveu entregar-lhe aos cuidados do Estado.

Por outro lado, há a possibilidade de devolução da criança ao acolhimento quando os adotantes ainda estão em período de convivência, conforme será abordado no tópico seguinte.

4.2 Estágio de convivência e a possibilidade de desistência da adoção

O estágio de convivência está previsto no artigo 46 do ECA e tem por finalidade avaliar a conveniência da adoção, a partir da análise do comportamento do adotante e adotado ao testarem maior aproximação. Venosa (2009, p. 288), assevera que: “Esse estágio tem por finalidade adaptar a convivência do adotando ao novo lar. O estágio é um período em que se

consolida a vontade de adotar e de ser adotado.”.

O estágio de convivência objetiva, portanto, não só avaliar se o adotante está apto a construir uma nova família com aquela criança, mas também analisar a adaptação da própria criança à família, uma vez que a medida é tomada visando sua proteção integral.

O artigo 46 do ECA estabelece que a adoção será, em regra, precedida pelo estágio de convivência, período no qual a criança será confiada à guarda do adotante, de forma a concretizar o disposto no artigo 28, §5º do mesmo diploma, segundo o qual a colocação em família substituta ocorrerá de forma gradativa e será acompanhada por equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude. (BRASIL, 2009).

O §4º do artigo 46 reforça a necessidade de acompanhamento da medida durante o estágio de convivência, determinando que a equipe formada pelos técnicos responsáveis pela execução da política de garantia do direito à convivência familiar tem o dever de apresentar relatório minucioso acerca da conveniência do deferimento da medida. (BRASIL, 2009). Tal acompanhamento é imprescindível para garantir a proteção integral e o melhor interesse do adotando, pois a simples aplicação da medida não é suficiente, sendo necessário um compromisso efetivo da Justiça da Infância e da Juventude a fim de assegurar à criança a melhor situação possível.

Esse acompanhamento deve ser composto por programas de atendimento e serviços públicos intersetoriais, articulados entre si e executados pelo Poder Público, bem como devem ser criados programas e serviços destinados à orientação, apoio e promoção social das famílias. (DIGIÁCOMO, 2013, p. 215).

Apesar de sua relevância, o estágio de convivência pode ser dispensado em casos nos quais o adotando já esteja sob a tutela ou guarda legal do adotante durante tempo suficiente para que seja possível avaliar a conveniência da constituição do vínculo. É a disposição do §1º do artigo 46 do ECA, dada pela Lei 12.010/2009.

Anteriormente a essa lei, o ECA dispunha que o período de convivência podia ser dispensado caso o adotando tivesse menos de um ano de idade ou já estivesse na companhia do adotante pelo tempo necessário para assegurar a conveniência do vínculo. (TARTUCE, 2017, p. 500).

Tal disposição foi substituída por opção do legislador em prestigiar a regularização da guarda da criança ou adolescente, visto que pela disposição antiga premiava-se a informalidade, pois, uma vez que o infante já estava na companhia daquela pessoa, mesmo que de maneira ilegal, era dispensado o estágio de convivência, o que dava margem para situações atentatórias aos direitos infanto-juvenis e à moralidade do instituto da adoção.

(DIGIÁCOMO, 2013, p. 213-214).

Neste sentido é a disposição do §2º do artigo 46: “A simples guarda de fato não autoriza, por si só, a dispensa da realização do estágio de convivência.” (BRASIL, 2009).

Portanto, de acordo com a disposição atual, o estágio de convivência somente pode ser dispensado caso haja regularidade na tutela ou guarda do adotando pelo adotante e esta seja suficiente para atestar a conveniência da adoção.

Frisa-se ainda que o estágio de convivência para adoção nacional não possui uma duração mínima predefinida, devendo ser fixado de acordo com a idade da criança ou adolescente e com as peculiaridades do caso.

Alteração legislativa realizada pela Lei 13.509/2017 fixou como prazo máximo para o estágio de convivência o de noventa dias, que podem ser prorrogados por igual período mediante decisão fundamentada da autoridade judiciária. Anteriormente não havia prazo máximo estabelecido, de modo que o período de convivência poderia prolongar-se em excesso e causar sérios danos à criança ou adolescente caso este fosse devolvido ao acolhimento.

Por sua vez, a adoção internacional, realizada por pessoa ou casal residente ou domiciliado fora do País, tem fixado como período mínimo para o estágio de convivência o prazo de trinta dias, que não pode ser reduzido pelo juiz.

Anteriormente à Lei 12.010/2009, havia distinção desse prazo em virtude da idade do adotando. Para crianças de até dois anos de idade o prazo era de, no mínimo, quinze dias e, quando se tratasse de criança maior de dois anos de idade, esse prazo subia para, no mínimo, trinta dias. (GONÇALVES, 2017, p. 399).

A fixação de prazo mínimo para o estágio de convivência na adoção internacional, no entanto, é passível de críticas, dado que tal regra pode vir a dificultar a adoção, prejudicando ainda mais as crianças mais velhas, uma vez que estas consistem nos maiores alvos da adoção internacional, sendo, preponderantemente, rejeitadas por adotantes brasileiros. De acordo com Bordallo: “Dificultar-se esta modalidade de adoção é quase uma condenação para as crianças mais velhas e para os adolescentes em permanecer, até a idade adulta, abrigados, o que é contrário às novas regras das políticas sociais.” (BORDALLO, 2014, p. 319).

Em contrapartida, a fixação desse prazo mínimo é importante, pois é possível que haja dificuldade de adaptação da criança ou adolescente à família substituta, seja por questões culturais, linguísticas, afetivas, dentre outras, o que poderá ser contornado com a aproximação entre adotando e adotante. (DIGIÁCOMO, 2013, p. 214).

No mesmo sentido, Becker defende o estágio de convivência na adoção

internacional:

Trata-se de um cuidado especial em relação à medida excepcional de confiar a estrangeiros uma criança brasileira. A exigência do período de convivência em território nacional impede a interferência de intermediários no trato com a criança e permite uma observação do modo como se estabelece o vínculo com os pais adotivos. O contato com a realidade social e cultural do país de origem é útil para os futuros pais, a quem caberá, no futuro, conversar com a criança sobre suas origens: não se estará falando de uma pessoa misteriosa, miraculosamente aparecida, mas de uma criança concreta. (BECKER, 2013, p. 216-217).

A despeito disso, o legislador fixou ainda prazo máximo para o estágio de convivência na adoção internacional, que será de 45 dias, prorrogável por até igual período mediante decisão fundamentada da autoridade judiciária.

Esse estágio de convivência será cumprido no território nacional e, antes de transitada em julgado a sentença que defere a adoção internacional, o adotando não terá autorização para deixar o território brasileiro.

No que tange à desistência da adoção, esta é possível no decorrer do estágio de convivência, visto que este foi pensado justamente para avaliar a conveniência da medida.

Diversos são os motivos pelos quais o estágio de convivência é interrompido, assim como são diversas as consequências desta interrupção para a criança ou adolescente devolvido. Somente se pode aceitar como normal a devolução do adotando quando esta ocorre no início do estágio de convivência, em razão de não ter havido adaptação entre os membros da família que estava se formando. Haverá então avaliação por parte da equipe do juízo e, constatado que o vínculo de fato não se formara, a devolução ocorrerá, sem que haja condenação civil para os adotantes. (BORDALLO, 2014, p. 319).

Por outro lado, quando o período de convivência é longo e a devolução do adotando se dá por motivo fútil, Bordallo (2014, p. 319) entende que há ato ilícito por parte dos adotantes, excedendo estes os limites de seus direitos e devendo, portanto, ser civilmente responsabilizados.

Sustenta o autor:

Quanto mais tempo passa, mais se forma no adotando o sentimento de amor e carinho e a sensação de estar sendo aceito em um núcleo familiar, passando a sentir a segurança de ter uma família; a passagem do tempo forma, mais e mais, o senso de segurança e de estar sendo aceito no novo núcleo familiar. Quando ocorre a devolução do adotando, após longo decurso de tempo, sem motivo justo, está sendo cometida grande violência contra aquele, que está sendo rejeitado mais uma vez (sendo a primeira por sua família natural), ocorrendo abuso de direito por parte dos adotantes, que não estão lidando com uma coisa que não tem mais utilidade, mas com uma pessoa, detentora de sentimentos e expectativas. A devolução destrói o amor próprio do adotando. (BORDALLO, 2014, p. 320).

Portanto, a devolução pode ocorrer durante o estágio de convivência, pois este tem por objetivo verificar a conveniência da medida, de modo que se for melhor para o adotando,

este deverá voltar para o abrigo e esperar por nova chance de ser adotado. Porém, se esta devolução ocorrer de maneira negligente e infringir os direitos da criança ou adolescente, causando-lhe perturbação e sofrimento, deverá ser proposta ação de indenização pela prática de dano moral e material, de forma que os adotantes sejam condenados a indenizar o adotando, custear os tratamentos psicológicos que este venha a precisar, e, possivelmente, pagar pensão alimentícia.

4.3 Dos motivos que permeiam a desistência

Vários são os motivos que levam os adotantes a desistirem da adoção. Em sua maioria, o insucesso da medida se dá em virtude da falta de perseverança destes para com os adotandos, que desistem após os primeiros sinais de dificuldade e mau comportamento surgidos com a convivência.

Geralmente, as pessoas habilitadas para a adoção são aquelas que descobriram não poder ter filhos, tendo passado por diversos tratamentos de fertilidade, até que decidem, por fim, recorrer à adoção. Por conta disso, esses pretendentes costumam optar por crianças pequenas, para que seja possível fabricar uma maternidade biológica, vivenciando todas as fases do desenvolvimento do bebê, desde a primeira troca de fraldas até o crescimento dos dentinhos e as primeiras palavras. (BARROS, 2014, p. 114).

Esta preferência por crianças menores ocorre também em virtude do medo que os pretendentes à adoção têm de que crianças mais velhas apresentem traumas em decorrência de um longo período de institucionalização. Camargo (2005, p. 80-81) assevera que o receio em adotar crianças maiores de dois anos se dá por conta do pensamento equivocado de que essas crianças, por já estarem se desenvolvendo em abrigos, não se adaptarão à nova família e trarão consigo maus hábitos impassíveis de correção, que impossibilitarão o alcance daquele sonho de criar um filho adotado como se biológico fosse.

No entanto, para não ficar muito tempo na fila, muitos adotantes aceitam uma criança diferente do seu perfil almejado, sem estarem, porém, prontos para os desafios que a criação de uma criança mais velha exigem.

Desta forma, muito comum é a devolução dessas crianças sob a justificativa de mau comportamento, maus hábitos, indisciplina e desobediência, o que revela o despreparo dos adotantes para lidarem com a chegada de um filho e evidencia a necessidade de acompanhamento da medida por equipe interprofissional que possa auxiliar esses pais a superar as dificuldades que envolvem a adaptação.

Dentre os motivos que ocasionam a desistência, há também o fato de que a chegada de uma criança demanda atenção e dedicação, o que pode levar os pais a perderem um pouco do tempo que tinham um para o outro, gerando, assim, crises conjugais que afetam diretamente a criança. Os pais, agora, terão que se dedicar a atividades como banhar e vestir a criança, ficar sem dormir, e, por vezes, não possuem maturidade para tanto, há a falta da construção emocional do que é ser pai ou mãe. (SOUZA, 2012, p. 30).

Há casos em que a religião é uma barreira para o sucesso da adoção, uma vez que certas instituições são mantidas por entidades de cunho religioso e inserem as crianças na prática denominacional que seguem. Quando são adotadas, porém, por pessoas de outra denominação religiosa, pode haver um choque, causando a inadaptação da criança àquela família ou dos pais à criança.

Outro fato que leva à devolução da criança ou adolescente é quando estes são hiperativos ou são acometidos por patologias que não estavam visíveis no momento da adoção. Mais uma vez fica evidenciado o despreparo dos adotantes, uma vez que seus eventuais filhos biológicos também poderiam desenvolver doenças e não seriam “devolvidos” por isso. (SOUZA, 2012, p. 32).

Há ainda aqueles casais que já possuem filhos e resolvem adotar mais uma criança. Nesse caso, o novo membro da família será capaz de causar desconforto pelo seu comportamento, vez que não saberá se comportar como os demais e poderá ser uma má influência para os filhos biológicos do casal. Esta criança poderá também apresentar relatos de seu passado difícil aos seus irmãos, causando medo e confusão nestes, situação possível de assustar os adotantes.

É também apresentada como queixa pelos pais que devolvem, a acusação de a criança ou adolescente usar a mentira no diálogo familiar. Souza (2012, p. 28), explica que a mentira pode ser uma experiência adquirida pela criança quando seus pais naturais a deixaram no abrigo, prometendo voltar para buscá-la e nunca o fizeram, o que a levará a desconfiar de todos os adultos e mentir para se proteger, ocultando situações e inventando respostas sobre o que não entende.

A referida autora menciona ainda que outro motivo do insucesso da adoção é a falta de diálogo com a família extensa. Por vezes os adotantes não compartilham a decisão de adotar e inserem bruscamente a criança em seu núcleo familiar, o que pode causar rejeição daquela criança, por exemplo, pelos avós, gerando sofrimento não somente aos adotantes, mas principalmente à criança, novamente rejeitada. (SOUZA, 2012, p. 29).

Neste sentido, muitos dos pretendentes que se mostravam perfeitos para criarem e

educarem acabam por se revelar completamente inaptos, sendo muitos os casos em que essas pessoas revelam total inaptidão para a paternidade ou maternidade ao enfrentarem situações de dificuldade com a criança ou adolescente que pretendiam adotar, daí extraíndo-se a importância do estágio de convivência. (BORDALLO, 2014, p. 316).

Souza exemplifica alguns comportamentos citados na devolução:

Entre os comportamentos citados na devolução está a desobediência, o vocabulário errado, abrem gavetas, vasculham a casa, pegam objetos, são grosseiros, respondem, comem fora de hora, não sabem usar garfo e faca, choram na hora do banho, não querem pentear o cabelo, têm atraso escolar. Quebram a mobília, riscam o carro, fazem fofoca, batem no cachorro, mordem a empregada. Estão apenas pedindo socorro... pedindo que 'olhem para mim'... Os pais se irritam com este comportamento 'selvagem', se envergonham frente aos familiares. (SOUZA, 2012, p. 33).

À vista disso, crianças mais velhas possuem bagagem emocional, são ávidas de afeto e atenção, de modo que utilizarão de testagens e provocações para verificarem se são aceitas. Esse mau comportamento será, portanto, fruto inconsciente de uma sondagem da criança para verificar se aqueles adotantes realmente a desejam e se não vão abandoná-la, assim como o fizeram seus pais biológicos.

Isto posto, conclui-se que a adoção frustrada configura novo abandono da criança. Diversos são os motivos que permeiam a desistência e, apesar de alguns serem legítimos, a maioria se revela como despreparo dos adotantes para lidar com as dificuldades existentes numa adoção. Deve-se atentar, portanto, para a realidade fática daquele contexto em que se deu a desistência, a fim de proporcionar adequado tratamento psicológico para a criança rejeitada e pensar numa possível responsabilização dos adotantes desistentes.

4.4 Consequências para a criança/adolescente devolvido

A criança inserida em acolhimento institucional é uma criança em situação vulnerável, fragilizada pelas situações que já vivenciou. Na maioria das vezes é uma criança vítima de maus tratos, abusos e traumas psicológicos que culminaram com seu abandono pelos pais biológicos.

Desta forma, a criança institucionalizada sofre com o sentimento de rejeição e ausência de pertencimento a uma família, enquanto cresce rodeada por outras crianças que compartilham dos mesmos traumas.

Visto que esta criança já sofre sentimento de rejeição, o fato de seus adotantes a devolverem para o abrigo a prejudicarão ainda mais, pois reforçarão sua noção de que não é boa o suficiente para uma família, gerando queda na autoestima e, muitas vezes, levando até a

um quadro de depressão.

A criança devolvida poderá apresentar confusão mental, sofrimento, dor emocional e vergonha dos outros acolhidos por não ter ficado com a família que a levou, de modo que Souza defende: “Estas crianças se tornam tristes, desiludidas, perdem a confiança em si e no outro, sofrem muito sem terem o entendimento do que está realmente acontecendo. A indignação, decepção e angústia se transformarão em indiferença.” (SOUZA, 2012, p. 38).

Acontecerá uma perda da identidade, pois a criança passa de uma família para outra, intercalando a passagem pelo acolhimento institucional. De sua família biológica para o abrigo, do abrigo para a família substituta, da família substituta novamente para o abrigo e do abrigo para uma nova família substituta: são muitas referências para a criança e esta se sentirá perdida e acuada, desenvolvendo dificuldade de formar laços, visto que estes podem ser quebrados a qualquer momento.

Pior ainda é quando os pais adotivos passam a chamá-la por outro nome e depois desistem da adoção. Esta criança passará por verdadeira crise de identidade, não sabendo quem realmente é, nem quem são seus pais.

Nas palavras de Souza:

Depois do abandono pela família biológica, passa a viver entre os muros da instituição; segue para uma nova família com regras desconhecidas pois vem de outra realidade. Daí será rejeitado, volta para o acolhimento e se desespera. Se afoga nas mágoas não tendo para quem reclamar, dar opinião ou pedir ajuda. (SOUZA, 2012, p. 38).

Souza afirma ainda que a criança devolvida desenvolve um comportamento hostil como meio de defesa, tornando-se indiferente, preguiçosa e fria, pois reviverá o trauma da separação de seus pais biológicos. Acabará por apresentar baixo desenvolvimento físico e cognitivo, não confiará mais nos adultos e aprenderá a fingir para disfarçar seus sentimentos, fazendo recorrente uso da mentira. (SOUZA, 2012, p. 38).

Muitos casos de devolução ocorriam após longo período de convivência, o que era ainda mais prejudicial à criança, que se acostumava à rotina dos adotantes e desenvolvia sensação de pertencimento àquele núcleo familiar, sofrendo profundamente ao ter que se separar de “seus novos pais”. Souza (2012, p. 37), menciona que nesses casos a volta para a instituição é um pesadelo, ficando a criança sem raízes e referências e construindo rupturas na sua história de vida.

Em vistas de promover a proteção integral à criança e ao adolescente, o legislador, através da Lei 13.509/2017, fixou como prazo máximo para o estágio de convivência o de 90 dias, de modo que esse período não se prolongue em demasia e gere danos ainda mais graves

à criança devolvida.

Infere-se, portanto, que a desistência da adoção gera profundos danos à criança ou adolescente, capazes de comprometer seu desenvolvimento psíquico. Muitas destas crianças poderão perder a chance de serem adotadas posteriormente, pois seu histórico as acusará como “criança problema”, sendo relegadas a crescerem no acolhimento, sem raízes e sem referências. Por isto, é de extrema importância que haja constante acompanhamento da medida por equipe interprofissional, com vistas a contornar as dificuldades encontradas no convívio diário entre adotante e adotando, a fim de proteger a criança de um novo abandono, bem como analisar a possibilidade de responsabilizar civilmente estes adotantes que geram danos aos infantes.

5 DA RESPONSABILIDADE CIVIL APLICADA À ADOÇÃO FRUSTRADA

Consoante já abordado no primeiro capítulo deste trabalho, por muito tempo as crianças e adolescentes foram considerados como meros objetos de cuidado e correção, sujeitos aos desígnios de seu genitor, visto que vigorava a noção de pátrio poder, ou seja, o pai era quem mandava nos demais membros da família, possuindo, até mesmo, poder sobre a vida e a morte dos filhos.

No entanto, com o advento da Constituição Federal em 1988 e do ECA em 1990, essas crianças e adolescentes passaram de objetos de proteção a sujeitos detentores de direitos próprios, de sorte que o artigo 227 da CRFB impõe à família, à sociedade e ao Estado o dever de assegurar a essas pessoas em desenvolvimento direitos concernentes à vida, à saúde, à educação, à dignidade e à liberdade, sendo-lhes assegurada a convivência familiar e comunitária.

Desta forma, na sociedade atual, a família traduz-se no “[...] mais importante espaço dinâmico de realização existencial da pessoa humana e de integração de gerações” (LÔBO, 2011, n.p.), possuindo, portanto, os familiares, responsabilidades uns para com os outros no trato de suas relações.

Isto posto, o presente capítulo se prestará a abordar o tema da responsabilidade civil aplicada às relações filiais, mais especificamente aos adotantes que devolvem o adotando aos cuidados do Estado, a partir da observação das situações que permeiam essa devolução e possibilitam a condenação dos primeiros ao pagamento de indenização, seja por danos materiais ou por danos morais.

5.1 A teoria da perda de uma chance no plano das relações filiais

A perda de uma chance (*perte d'une chance*), teoria originária do direito francês, caracteriza-se quando há a frustração de uma oportunidade da pessoa obter vantagem futura ou de evitar um prejuízo em virtude da prática de um dano injusto. Tartuce (2015, p. 460) assevera que a perda de uma chance ocorre “[...] quando a pessoa vê frustrada uma expectativa, uma oportunidade futura, que dentro da lógica do razoável, ocorreria se as coisas seguissem o seu curso normal.”

Frisa-se que essa chance deve ser séria e real, não configurando-se a perda de uma chance quando há meramente uma esperança subjetiva daquela oportunidade futura por parte do sujeito lesado. Nesse sentido, quando uma pessoa é privada de uma chance séria e efetiva,

esta sofre lesão em sua legítima expectativa, possuindo direito à reparação, tal como ocorre nos danos emergentes, lucros cessantes e nos danos morais. (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2016, p. 265).

Deste modo, apesar de o benefício ser incerto, o dano é certo, sendo concedida a indenização não pela vantagem perdida, mas sim pela perda da possibilidade de conseguir esta vantagem. Tal dano consiste, portanto, na destruição da possibilidade de ganho, que, embora incerta, reputa-se como plausível e razoável.

O dano da perda de chance pode ser definido como um dano real, pois, certo é que foi frustrada a oportunidade, anteriormente existente, de fazer algo para obter a vantagem ou evitar o prejuízo, possuindo esse dano um valor determinável, podendo, ou não, ser econômico. (NORONHA, 2013, p. 697-698).

No tocante à verificação da obrigação de indenizar decorrente da perda de chance, parte da doutrina sustenta que para que se configure essa responsabilidade por parte do sujeito lesante é necessário que a probabilidade de conseguir a vantagem esperada fosse igual ou superior a 50%, configurando-se assim a existência da dívida.

Todavia, Noronha (2013, p. 700-701) defende que essa exigência de porcentagem quantitativa vigora em países adeptos ao *common law*, como, por exemplo, os Estados Unidos, os quais utilizam-se da regra de “ou tudo, ou nada”, segundo a qual o fato deve ser considerado provado se houver mais de 50% de chance de ser real/verdadeiro. Deste modo, segundo o autor, no Brasil não se exige a comprovação de um percentual superior a 50% para que se repute a indenização por perda de uma chance, de forma que, havendo um fato antijurídico causador de um dano reconhecido, este enseja reparação, pois, do contrário significaria uma liberação de responsabilidade.

No mesmo sentido é o entendimento de Cavalieri Filho (2014, p. 99), segundo o qual a chance deve ser encarada como a perda da possibilidade de conseguir um resultado, não se exigindo a certeza do dano, mas tão somente a certeza de sua probabilidade, competindo ao juiz, em cada caso, realizar um prognóstico sobre as possibilidades concretas que o sujeito tinha de conseguir aquele resultado.

Neste seguimento, Farias, Netto e Rosenvald (2016, p. 268), elucidam que a jurisprudência acolhe o posicionamento dos autores supracitados, admitindo a fixação de percentuais apriorísticos para a configuração do dever de indenizar por perda de chance.

No *leading case* relativo à matéria, tratou-se de situação ocorrida no programa televisivo “*Show do Milhão*”, no qual houve má formulação das questões decisivas para a participante alcançar o prêmio final. Esta já havia conquistado R\$ 500.000,00 e deveria

responder a uma questão de múltipla escolha com quatro alternativas para alcançar o prêmio de R\$ 1.000.000,00. Todavia, nenhuma das alternativas era verdadeira, de modo que a participante optou por não responder à pergunta e ingressou com ação pleiteando R\$ 500.000,00 do programa, pois caso houvesse uma alternativa correta esta teria conquistado o prêmio. Todavia, o Superior Tribunal de Justiça concedeu-lhe a quantia de R\$ 125.000,00, pois entendeu ser a perda de chance estimada em 25%, em virtude de possuir a pergunta quatro alternativas. (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2016, p. 268).

Esse caso elucida a dispensabilidade da condição de verificação de percentual igual ou superior a 50% para que seja caracterizada a obrigação de indenizar, de modo que Farias, Netto e Rosenvald defendem o seguinte:

[...] melhor será compreendermos que na perspectiva de uma lesão a um interesse concretamente merecedor de tutela, a perda de uma chance será ressarcível na ponderação entre a situação jurídica do lesante e do lesado, ao se concluir que o interesse violado será digno de proteção não em abstrato, mas face ao interesse que se lhe contrapõe. (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2016, p. 269).

Isto posto, infere-se que para restar configurada a responsabilidade do lesante de indenizar a perda de uma chance do sujeito lesado, prescinde a probabilidade de conseguir a vantagem esperada em porcentagem superior a 50%, sendo suficiente que haja a certeza da probabilidade que aquele sujeito tinha de conseguir um resultado favorável.

Quanto à indenização da chance perdida, necessário se faz ressaltar que esta se dará não pela perda da própria vantagem, mas pela perda da oportunidade de obter uma vantagem. Desta maneira, o valor da indenização será fixado de modo equitativo pelo juiz, que atenderá ao princípio da razoabilidade, considerando “[...] o grau da probabilidade que havia, no processo aleatório que estava em curso, de ser alcançada a vantagem em expectativa [...]” (NORONHA, 2013, p. 700).

À vista disso, o valor da indenização nunca será correspondente ao valor da vantagem que se esperava, pois a chance de vitória possui valor menor que a vitória futura. Desta forma, o grau de probabilidade nunca poderá ser igual a 100%, pois nesse caso não se falaria em perda de uma chance, mas em certeza do dano final.

No que diz respeito à classificação dos danos gerados na perda de uma chance, a doutrina não é pacífica. Farias, Netto e Rosenvald (2016, p. 273-274) sustentam que a perda de uma chance reputa-se enquanto dano patrimonial. Os autores entendem que o dano injusto configura ofensa a interesse econômico, podendo, excepcionalmente, repercutir em situações jurídicas existenciais do ofendido ou de seus familiares. Todavia, eventual dano moral será consequência do dano patrimonial, a ele se agregando, de forma a não admitir-se a

classificação da perda de uma chance como um dano exclusivamente moral.

Elucidam os autores:

A perda de uma chance será invariavelmente um dano patrimonial, pois o dano extrapatrimonial, se houver, será representado pela ofensa a qualquer outro bem jurídico que traduza um *plus* à privação da propriedade de um bem por um dano injusto. (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2016, p. 274).

Em posicionamento contrário, Noronha (2013, p. 700) defende que as vantagens almejadas podem ser patrimoniais ou extrapatrimoniais, e no mesmo sentido posicionou-se a jurisprudência do STJ ao julgar caso envolvendo a responsabilidade de advogado e postular que a perda da chance aplica-se tanto aos danos materiais quanto aos danos morais:

PROCESSUAL CIVIL E DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE DE ADVOGADO PELA PERDA DO PRAZO DE APELAÇÃO. TEORIA DA PERDA DA CHANCE. APLICAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. NECESSIDADE DE REVISÃO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7, STJ. APLICAÇÃO.

[...]

- Ao perder, de forma negligente, o prazo para a interposição de apelação, recurso cabível na hipótese e desejado pelo mandante, o advogado frustra as chances de êxito de seu cliente. Responde, portanto, pela perda da probabilidade de sucesso no recurso, desde que tal chance seja séria e real. Não se trata, portanto, de reparar a perda de “uma simples esperança subjetiva”, nem tampouco de conferir ao lesado a integralidade do que esperava ter caso obtivesse êxito ao usufruir plenamente de sua chance.

- **A perda de chance se aplica tanto aos danos materiais quanto aos danos morais.**

[...]. (BRASIL. STJ – Resp: 1079185MG2008/0168439-5, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI. Data de Julgamento: 11/11/2008, T3 - TERCEIRA TURMA. Data de Publicação: DJe 04/08/2009) (**grifo nosso**).

A doutrina diverge também no que tange à autonomia da perda de uma chance em relação aos danos emergentes e aos lucros cessantes. Farias, Netto e Rosenvald (2016, p. 274) classificam a perda de uma chance como subespécie de dano emergente. Os autores defendem haver clara distinção entre a chance perdida e os lucros cessantes, pois, no caso destes últimos, o lesado pleiteará valores que deixará de ganhar em virtude do dano, sendo estes valores certos e comprovados mediante as regras de experiência. Já no caso da perda de uma chance a vantagem é incerta, trata-se de probabilidade, não podendo ser comprovada através das regras de experiência.

Por outro lado, os danos emergentes dizem respeito à quantia necessária para eliminar as perdas econômicas decorrentes da lesão. Deste modo, para os autores aludidos, tanto o dano emergente como a indenização pela perda de uma chance se refere a um bem jurídico efetivamente perdido, pois a chance detém conteúdo patrimonial que se encontra na

órbita econômica da pessoa, de modo que “[...] o valor econômico dessa chance será indenizado como uma espécie de dano emergente, afinal, ele ‘efetivamente perdeu (a chance)’.” (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2016, p. 275).

Noronha, por sua vez, defende que o dano decorrente da perda de uma chance não é necessariamente um dano emergente, pois, além de poder configurar-se enquanto extrapatrimonial, pode reputar-se vez como frustração de um ganho, vez como efetiva redução no patrimônio. Neste sentido, quando a perda de uma chance gerar a reparação relativa a percentual da vantagem outrora esperada ela se configurará como lucros cessantes. Por outro lado, quando gerar a reparação por uma percentagem do prejuízo ocorrido, será classificada como dano emergente. (NORONHA, 2013, p. 704).

Nessa seara, Cavalieri Filho sustenta que a indenização deverá guardar estrita correspondência com a própria chance e não com o lucro ou com a perda dela decorrente, porém, assim como a doutrina, a jurisprudência ainda não firmou entendimento sobre essa questão, conferindo a indenização pela perda de chance ora a título de dano moral, ora a título de lucros cessantes, ora pela perda da própria vantagem, o que acaba por transformar a chance em dano concreto. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 102).

A despeito das discussões doutrinárias supramencionadas, cabe passar para a análise da teoria da perda de uma chance no plano das relações filiais.

A Lei 8.069/90 (ECA) dispõe acerca da proteção judicial dos interesses individuais, difusos e coletivos da criança e do adolescente preconizados pela Constituição e pelo ECA, de maneira que ações relativas à violação a tais interesses podem gerar responsabilidade civil ao sujeito lesante. (DINIZ, 2014, p. 692).

No mesmo sentido, no plano das relações familiares podem ocorrer situações em que a prática de determinada conduta por um dos entes familiares subtraia do outro chances futuras, as quais podem, ou não, ser patrimoniais. (BARRETO, 2010, p. 13).

Destaca-se, no entanto, que para restar configurado o dever de indenizar por perda de chance nas relações filiais é necessário estarem presentes os pressupostos da responsabilidade civil, quais sejam, o fato antijurídico, o dano da perda de chance e o nexo de causalidade entre fato e dano, dependendo estes de prova durante o curso da ação.

Noronha elucida a questão ao citar o exemplo de um caso julgado no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no qual uma criança de um ano e meio de idade foi colocada em lar de acolhimento em virtude de terem sido seus pais destituídos do poder familiar. Por erro técnico, seu processo foi indevidamente arquivado e assim permaneceu durante os oito anos seguintes, sendo descoberta a falha quando a criança já contava com nove anos de idade,

período muito difícil de encontrar pretendentes interessados à adoção. Em virtude disso, concedeu-se a criança a indenização pela perda de chance, pois, apesar de não ser possível afirmar que ela teria sido efetivamente adotada, certo era que esta havia perdido a chance de ter uma família e ser criada dentro de um seio familiar capaz de lhe proporcionar amor e carinho e uma vida muito diferente da experimentada no acolhimento. (NORONHA, 2013, p. 698).

Conforme já explanado no capítulo anterior, ao ser devolvida ao abrigo, a criança experimenta profundo abalo psicológico, sofrendo um novo período de rejeição e, muitas das vezes, enfrenta dificuldades em novas possibilidades de adoção, pois desenvolve resistência para se apegar aos novos pretendentes, a qual é desencadeada em virtude dessas frustrações sofridas na adoção frustrada.

Casos analisados na jurisprudência e na comarca de São Luís, que em momento oportuno serão trazidos à baila no tópico 5.3 deste trabalho, demonstram que muitas adoções frustradas ocorrem por culpa dos adotantes, que devolvem a criança sob a mera justificativa de inadaptação e mau comportamento, o que revela seu despreparo para a adoção, pois a criança adotada (principalmente aquela adotada tardiamente, que traz consigo experiências dolorosas já vividas) é uma criança real, detentora de comportamentos por ora desagradáveis, que eventuais filhos biológicos dos adotantes também poderiam apresentar, e que, mediante necessária disciplina e educação, podem vir a ser contornados.

Tais casos de adoção frustrada acabam por ferir a dignidade da criança, devendo ser colocado em prática o disposto no artigo 18 do ECA e na segunda parte do artigo 227 da CRFB, segundo os quais inadmite-se toda forma de violência, negligência e crueldade cometidas contra a criança e o adolescente, sendo dever da família, da sociedade e do Estado zelar pela dignidade infanto-juvenil, com absoluta prioridade. (BRASIL, 1988).

Nessa perspectiva, Maciel (2014, p. 185-186), assevera o seguinte: “A drástica interrupção do vínculo afetivo, por fato exclusivo dos pais adotivos, acarreta a perda da chance da criança de desenvolver-se material e emocionalmente no seio familiar”, de forma que “Além do dano moral suportado pelo filho, não se pode deixar de considerar o evidente dano material decorrente da privação da criança em tela à oportunidade de ter uma família, conforme estabelece a teoria da responsabilidade pela perda da chance ou oportunidade”.

Desta maneira, conclui-se que o ato ilícito cometido pelo adotante configura-se no ato de, injustificadamente, entregar à criança ao Poder Judiciário ou à instituição de acolhimento, ainda que durante o período de convivência, pois frustra-se a chance da criança desenvolver-se naquele seio familiar e, possivelmente, em outro, em virtude dos traumas

gerados por aquele novo abandono, infringindo-se assim a dignidade daquela criança e seu direito à convivência familiar e comunitária.

Isto posto, a teoria da perda de uma chance pode ser aplicada à adoção frustrada nos casos em que, por culpa do adotante, a criança é devolvida ao acolhimento, gerando nesta a perda da oportunidade de desenvolver-se em um seio familiar, além de amplo abalo psicológico. Esta responsabilização coloca em prática a função reparatória e preventiva da responsabilidade civil ao obrigar o lesante a reparar o dano causado, desestimulando assim a reiteração de tais condutas.

5.2 Danos morais à criança/adolescente vítima de novo abandono

Diferente da teoria da perda de uma chance, os danos morais encontram maior aceitação no que tange à responsabilização civil dos adotantes em virtude da devolução do adotando ao acolhimento.

Conforme já elucidado no tópico 3.3.3 deste trabalho, os danos morais consistem em lesão aos direitos da personalidade da pessoa ou à sua própria dignidade, valores dos quais todos os seres humanos nascidos com vida são titulares.

Noronha (2013, p. 590), define os danos morais ou extrapatrimoniais como “[...] aqueles que se traduzem na violação de quaisquer interesses não suscetíveis de avaliação pecuniária”, de modo a afetarem exclusivamente a esfera dos valores espirituais ou afetivos.

Diniz, por sua vez, explana que os danos morais consistem na lesão a um interesse que tem por objetivo a satisfação de um bem jurídico extrapatrimonial contido nos direitos da personalidade, tais como a integridade psíquica e os sentimentos afetivos, abrangendo também a dignidade da pessoa humana. (DINIZ, 2014, p. 112).

Tais danos, porém, não se traduzem na dor, na angústia, nos abalos emocionais e na humilhação experimentados pela vítima do evento danoso: estes, na verdade, são consequência do dano. Desta forma, pontua-se que o direito não é responsável por reparar a dor e o abalo, mas tão somente compensar o sofrimento decorrente da lesão a um bem jurídico de titularidade do sujeito lesado.

No entanto, nem sempre o dano moral foi objeto de tutela jurídica. Em um primeiro momento negava-se a ressarcibilidade deste sob a justificativa de seu caráter inestimável, de modo que era considerado imoral estabelecer um preço para a dor. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 109).

Neste sentido, várias são as objeções à reparação dos danos morais, tais como:

efemeridade do dano moral, incerteza de um verdadeiro direito violado e de um dano real, impossibilidade de rigorosa avaliação pecuniária do dano, imoralidade da compensação da dor com o dinheiro, dentre outros. (DINIZ, 2014, p. 113-117).

Todos esses obstáculos não se sustentam, pois, a despeito de não ser possível quantificar a dor de uma pessoa, a responsabilidade por danos morais não objetiva pagar a tristeza, mas proporcionar ao lesado uma sensação de bem-estar, suavizar os males que este sofreu através das vantagens que o dinheiro é capaz de proporcionar, ou seja, compensar aquela situação.

Por esse ângulo, afirma Noronha acerca da função da reparação por danos morais:

[...] a reparação de todos os danos que não sejam suscetíveis de avaliação pecuniária obedece em regra ao princípio da *satisfação compensatória*: o quantitativo pecuniário a ser atribuído ao lesado nunca poderá ser equivalente a um 'preço', será um valor necessário para lhe proporcionar um lenitivo para o sofrimento inflingido, ou uma compensação pela ofensa à vida ou à integridade física. (NORONHA, 2013, p. 593).

Desta forma, a responsabilização por danos morais difere-se da reparação por danos materiais no que tange ao seu objetivo: enquanto os danos patrimoniais buscam reestabelecer a situação originária do lesado ou restituir seu patrimônio em equivalência monetária ao que fora perdido, os danos morais não são capazes de restituir a pessoa ao *status quo*, pois o sofrimento não é reparável, mas tão somente são aptos a compensá-lo pela perturbação sofrida.

Quanto à fixação do montante indenizatório, esta competirá ao prudente arbítrio do magistrado, que estabelecerá indenização equitativa, tendo por base a culpa do agente, a extensão do prejuízo causado e a capacidade econômica do responsável. Dessa forma, o juiz deverá pautar-se pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, observando o bom senso e a moderação e procedendo ao exame da gravidade do fato e a dimensão do dano moral configurado.

A reparação pecuniária dos danos morais é um combinado de pena e satisfação compensatória. Possui função penal, pois impõe sanção ao lesante, visto que este não pode ficar impune frente à violação do bem jurídico do lesado, e função satisfatória ou compensatória, pois a reparação consiste não em uma indenização à dor do ofendido, mas em uma compensação à injustiça sofrida, de modo a atenuar, em parte, seu sofrimento. (DINIZ, 2014, p. 129).

Deste modo, a verba indenizatória deve obedecer a três parâmetros: caráter compensatório para a vítima, caráter punitivo para o causador do dano e caráter exemplar e pedagógico para a sociedade, de forma a desestimular aquele comportamento.

Nessa seara, cabível é a reparação em danos morais ao adotando devolvido que experimenta abalos psicológicos, pois este sofre lesão em seus direitos da personalidade. Segundo Oliveira (2014, p. 106) “as consequências geradas por um novo rompimento são muito mais fortes à criança ou adolescente, sendo muitas vezes irreparáveis as seqüelas geradas por tal ato”. Em virtude disto, o referido autor defende o dever de indenizar o dano moral sofrido pela criança ou adolescente alvo da nova rejeição.

Oliveira menciona ainda que a adoção é um ato de amor, gerando expectativas aos envolvidos, especialmente na criança ou adolescente que já vivenciou uma situação de abandono, por isso o ato adotivo deve ser encarado como uma filiação definitiva, apesar de todas as dificuldades possíveis de ser encaradas durante o estágio de convivência. (OLIVEIRA, 2014, p. 105).

É justamente por conta dessas dificuldades que os Grupos de Apoio à Adoção trabalham bastante com os pretendentes a noção da criança idealizada em contraposição à criança real, de modo a prepará-los para os momentos difíceis advindos da convivência.

Tendo em vista toda a preparação realizada com os pretendentes à adoção e os cursos que estes devem realizar antes de levarem a criança para casa no estágio de convivência, não se deve admitir que estes devolvam o adotando sob a mera justificativa de “mau comportamento” ou “inadaptação”, decorrente, na verdade, de uma frustração com a criança real, portadora de comportamentos e experiências anteriores ao processo adotivo. Tal situação gerará para a criança um abalo psicológico e ensejará a reparação por danos morais por parte dos adotantes que lesaram sua integridade psíquica.

Nesse sentido decidiu a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, ao conceder danos morais ao adotando devolvido em virtude de negligência e imprudência dos adotantes:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM OCORRENTE. GUARDA PROVISÓRIA. DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO DURANTE O ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA. NEGLIGÊNCIA E IMPRUDÊNCIA DOS ADOTANTES CARACTERIZADA. DANO MORAL CONFIGURADO. DEVER DE INDENIZAR PRESENTE. VALOR DA INDENIZAÇÃO MANTIDO. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. O art. 201, IX, da Lei nº 8.069, de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente confere legitimidade ativa extraordinária ao Ministério Público para ingressar em juízo na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis afetos à criança e ao adolescente. 2. Assim, o Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública, cujo objetivo é responsabilizar aqueles que supostamente teriam violado direito indisponível do adolescente. 3. **Embora seja possível desistir da adoção durante o estágio de convivência, se ficar evidenciado que o insucesso da adoção está relacionado à negligência e à imprudência dos adotantes e que desta atitude resultou em comprovado dano moral para o adotando, este deve ser indenizado.** 4. O arbitramento da indenização pelo dano moral levará em conta as consequências da

lesão, a condição socioeconômica do ofendido e a capacidade do devedor. Observados esses elementos, o arbitramento deve ser mantido. 5. Apelação cível conhecida e não provida, mantida a sentença que acolheu em parte a pretensão inicial, rejeitada uma preliminar. (BRASIL. TJ-MG – AC: 10702140596124001 MG, Relator: Caetano Levi Lopes, Data de Julgamento: 27/03/2008, Data de Publicação: 06/04/2018) (**grifo nosso**).

Portanto, apesar de ser o estágio de convivência o período determinado para a adaptação entre adotante e adotando e de ser possível a devolução do último durante este período, deve-se considerar cabível a indenização por danos morais sofridos pela criança em decorrência de violação aos atributos de sua personalidade ou à sua própria dignidade, com vistas a concretizar a proteção integral e o melhor interesse da criança.

5.3 Casos práticos analisados na comarca da Ilha de São Luís e na jurisprudência brasileira

Para o desenvolvimento do presente tópico a autora realizou entrevistas no setor psicossocial da 1ª Vara da Infância e Juventude e no Núcleo de Defesa da Criança e do Adolescente. Cumpre ressaltar, no entanto, que as expectativas da autora restaram frustradas em virtude da ausência da manutenção de dados por estas instituições no tocante a crianças e adolescentes devolvidos em processo de adoção.

Contudo, a autora conseguiu obter alguns relatos de caso, os quais serão abordados a seguir, juntamente com jurisprudências esparsas. Para a pesquisa jurisprudencial foram utilizadas como chave as palavras “Desistência da adoção. Danos morais”, separadas com ponto, sendo encontrados 10.954 resultados. Filtrando-se a pesquisa entre os Tribunais de Justiça, esse número diminuiu para 8.140, sendo que destes, 194 são oriundos do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, outros 408 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, e os remanescentes distribuídos entre os demais tribunais do Brasil. A autora concentrou sua pesquisa no TJMG e TJRJ, por entender terem sido os resultados mais pertinentes a seu trabalho.

Conforme relatado por Tatiana Machado, assistente social, entrevistada 2, apêndice D, os pretendentes à adoção passam por amplo processo de habilitação antes de obterem a guarda da criança ou adolescente que pretendem adotar, sendo composto este processo por três fases.

Primeiramente há a fase da documentação, quando são reunidos os documentos daqueles pretendentes. Posteriormente, os pretendentes passarão por um curso preparatório para a adoção e, por fim, serão submetidos à avaliação psicossocial.

Passado este processo, o Ministério Público analisará a situação dos pretendentes e o juiz proferirá sentença, tornando os pretendentes partes do Cadastro Nacional de Adoção, sistema do CNJ, no qual estes permanecerão numa lista de espera até surgir uma criança dentro do seu perfil desejado.

Em virtude desse extenso processo preparatório ao qual os pretendentes à adoção se submetem, Luciana Moreira, entrevistada 1, apêndice B, explica que as devoluções do adotando são situações excepcionais, ocorrendo, em regra, o sucesso das adoções realizadas:

Assim, a taxa de devolução é muito pequena. Não é uma taxa alta. Nós tivemos esses dois casos ano passado e foram assim, excepcionais mesmo, porque há muito tempo que a gente não tinha uma devolução, não é algo que é rotina, entendeu? Até mesmo porque antes dos pretendentes é.. darem a confirmação, iniciarem, na verdade, propriamente, o processo de adoção, a gente senta, dá todo o perfil da criança né, tanto a questão social, psicológica, médica, então pra eles entrarem bem seguros no processo de adoção. Nós tivemos só esses casos realmente pontuais.

No entanto, conforme evidenciado em sua fala, de fato, há casos em que os pretendentes devolvem a criança ainda durante o estágio de convivência (o que não é vedado pelo ordenamento jurídico, pois esse estágio foi pensado justamente para testar a adaptação daquela família), ou mesmo a entregam ao Estado após a sentença de adoção já ter transitado em julgado, o que acarreta na perda do poder familiar daqueles pais.

A entrevistada 2 forneceu o relato de dois casos bastante marcantes ocorridos em São Luís, nos quais os pais conduziram os filhos até a 1ª Vara da Infância e Juventude e o entregaram ao Poder Judiciário:

Caso 1

[...] E aí vamos supor como nesse casal que eu posso citar né, tudo correu bem durante o processo de convívio e tudo mais e aí quando a gente pegou, entregou o processo, foi feita a sentença, tudinho, saiu, e eles começaram a enfrentar dificuldades com essa criança lá no convívio deles. Entretanto, apesar de a gente ter colocado pra eles ‘olha, se surgir alguma dificuldade, alguma coisa (que a gente coloca pra todos os casais) você pode procurar a gente, a gente te atende, orienta né, se você precisar de um apoio...’ a gente colocou essa situação, entretanto, quando a gente soube eles já tavam aqui era pra entregar a criança, já foi “ah, não aguento mais” e foi uma surpresa pra gente né, e foi uma situação bem complicada, dolorida, e da feita que eles disseram que vinham entregar e no outro dia já entregaram, a gente conversou com o juiz, o juiz “como assim vai entregar?”, mas foi exatamente assim que aconteceu. E eu lembro que foi numa quinta, eles falaram que iam entregar, que vinham trazer na sexta, e na sexta a mãe não veio, veio só o pai, entregou a criança. A criança tava até calma, a gente conversou, falou que ela ia retornar pro abrigo e tudo, ela ficou até calma né, porque a gente já teve um outro caso de entrega que a criança fez um escândalo, que gritava, um menino até... enfim, e é traumático mesmo. Quando ocorre uma situação dessa a gente trabalha no sentido de amenizar, né, de conversar com aquela criança, mas é difícil, é dolorido, né, então a criança sofre, porque ela não entende.

Em relação ao supracitado caso não houve qualquer ação movida no que tange à reparação dos danos sofridos por essa criança. Conforme já analisado nos tópicos anteriores, esta poderia fazer jus a danos materiais em virtude da perda de chance de desenvolver-se no

seio familiar, e também a danos morais, pois seu retorno ao abrigo caracteriza revitimização, atingindo sua própria dignidade, restando, assim, violados os artigos 15 do ECA e 227 da CRFB, dispondo o primeiro da seguinte maneira: “A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis” (BRASIL, 1990).

Nesse sentido, a entrevistada 2 defende ser cabível a responsabilização civil dos adotantes, tendo em vista a amplitude do sofrimento gerado na criança em decorrência daquela devolução, havendo a necessidade de seu acompanhamento psicológico, o que poderia gerar a responsabilidade dos adotantes em arcarem com as custas desse tratamento:

O que eu acho que caberia mesmo [...] é o acompanhamento psicológico da criança, porque o dano emocional é enorme, e a gente acaba buscando apoio nisso né, nas equipes interdisciplinares, seria mais um trabalho terapêutico, eu acho que caberia sim.

Davi Rafael, entrevistado 3, defensor público, apêndice F, por sua vez, adota um posicionamento mais cuidadoso. Segundo este, é preciso ter extremo cuidado no tocante ao tema, de modo a não criar um “gatilho”, no qual a devolução do adotando gere automática responsabilização do adotante, pois isso iria de encontro ao próprio objetivo do estágio de convivência e poderia acabar por desestimular a prática da adoção.

No entanto, este não descarta a possibilidade de responsabilização do lesante, desde que analisadas as situações do caso em concreto. Em referência ao caso 1, no qual já havia sentença transitada em julgado, o entrevistado 3 defende que pode-se conceder tanto indenização por danos morais, quanto obrigação de pagar alimentos:

[...] Aí vamos supor que o processo de adoção ocorra, ou seja, passe toda essa fase, passou o processo e ocorra, durante já a situação toda, vínculo já estabelecido, processo já encerrado, lá na frente ocorra essa devolução. A gente tem que tratar essa situação também como uma situação como se fossem pais, que também fazem isso, porque tem pai e mãe que faz isso também, por alguma situação vai e entrega a criança pro abrigo, entendeu? E aí sim existe uma estrutura de você dizer assim: olha, você pode sim responsabilizar, como você pode responsabilizar um pai ou uma mãe negligente, né. Com uma ação de responsabilização por danos morais, por exemplo, obrigar a pagar os alimentos... [...]

Passando-se para a análise jurisprudencial, notou-se que a Jurisprudência do Rio de Janeiro já se posicionou a favor da concessão de danos morais em decorrência da devolução do filho adotado, ao julgar um caso em que a ré, mãe adotiva da criança, a devolveu aos cuidados do Estado, após aproximadamente sete anos de convivência com a filha, a qual experimentou profundo sofrimento devido à ausência da mãe:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, EM BENEFÍCIO DE CRIANÇA, QUE FOI ENTREGUE POR SUA

MÃE ADOTIVA AOS CUIDADOS DO ESTADO. ABANDONO. DANO MORAL. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. IRRESIGNAÇÃO DA RÉ. No caso em tela, é fato incontroverso que a ré, mãe adotiva da menor L.C., solicitou o acolhimento da mesma em março de 2010, entregando-a aos cuidados do Estado. A detida análise dos autos, especialmente dos documentos e dos depoimentos das testemunhas, indica que, **apesar de apresentar problemas financeiros e de saúde, o fator preponderante, para que a ré solicitasse o acolhimento da filha, foi sua dificuldade em relação ao comportamento da criança, o que não justifica o abandono.** Dever de cuidado. Isonomia filial. Artigo 227 da CRFB. Artigos 18 e 22 do ECA. Proteção integral da criança. Demonstrada nos autos a violação dos deveres e responsabilidades parentais. Abrupto afastamento. Dano moral à criança, tendo em vista que a mesma foi abandonada pela mãe adotiva, depois de aproximadamente sete anos de convivência, sendo certo que a menor sofreu profundamente pela ausência da ré, a qual afirmou não querer mais contato com a filha. Entendo que, apesar da gravidade da situação analisada, a quantia fixada pelo Juízo a quo no valor de R\$ 20.000,00 deve ser reduzida para R\$ 10.000,00 diante das peculiaridades do caso concreto, a fim de atender aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO. (BRASIL. TJ-RJ – APL: 00004663420118190024 RIO DE JANEIRO ITAGUAI VARA FAM INF JUV IDO, Relator: ANDRE EMILIO RIBEIRO VON MELENTOVYTCH, Data de Julgamento: 05/06/2013, SETIMA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 11/06/2013) (grifo nosso).

Por sua vez, a jurisprudência de Minas Gerais também se posicionou pela concessão de danos morais à criança/adolescente devolvido, além de danos materiais na forma de alimentos, em caso no qual os pais de um adolescente adotado o devolveram à instituição de acolhimento sob o argumento de não aguentarem mais seu comportamento, privando-o de seu convívio com sua irmã biológica, também adotada pelo casal.

O caso demonstrou grave violação à dignidade do adolescente ao privar-lhe de oportunidades que lhe facultassem o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade, conforme preceituado no art. 3º do ECA (BRASIL, 1990), pois foi adotado tão somente em razão de sua irmã, desejada pelos adotantes e que não poderia ser separada do irmão.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. ADOÇÃO. DEVOLUÇÃO DO MENOR. RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS ADOTIVOS CONFIGURADA. Tendo os pais adotivos abandonado o menor, devolvendo-o ao abrigo, não tendo demonstrado sequer um mínimo de esforço para se reaproximarem da criança, patente o dever de indenizar, não só porque o filho foi privado do convívio de seus pais, mas, primordialmente, de sua irmã de sangue, de quem sente muita saudade. Negligenciando os requeridos na criação e educação do adotado, mormente, por terem ciência de que a adoção somente foi concedida para possibilitar o convívio dos irmãos, ferindo, assim, o princípio constitucionalmente assegurado da dignidade da pessoa humana, cabe-lhes indenizar a criança pelos danos sofridos. (BRASIL. TJMG, 8ª Câm. Civ., Apelação 1.072.09.568648-2/002, Rel. Teresa Cristina da Cunha Peixoto, j. 10-11-2011).

Posto isto, cumpre passar para a análise do segundo caso relatado pela entrevistada 2, no qual houve a devolução da criança durante o estágio de convivência e profundos abalos psicológicos puderam ser notados no comportamento da mesma:

Caso 2

[...] teve um outro caso de um menino, que ele foi devolvido e que ele foi adotado, pra você ver, ele foi adotado pela professora dele. Ele era uma criança que tava disposta pra adoção e ele se afeioou a professora e a professora se afeioou a ele, e ela entrou com pedido pra adotá-lo e aí fez todos esses procedimentos que eu tô te dizendo, porque não são simples. Levou a criança pra casa na convivência. Durante o estágio de convivência não demorou pouco tempo, ela simplesmente veio entregar a criança aqui, porque a mãe dela não aceitou aquela adoção e ela não suportou. São situações bem complexas, ela fez todo o processo, ela omitiu essa questão que a mãe não concordava, ela não falou durante o processo e aí quando ela levou a criança pra casa eu acho que ela imaginou que a mãe ia ceder e a mãe não cedeu, a mãe rompeu, parou de falar com ela e ela não suportou e veio e entregou a criança. Essa criança gritava nessa vara, entendeu, chorava, foi traumático. E aí teve todo aquele trabalho, as psicólogas entram em ação pra trabalhar, pra acalmar. Depois ele voltou pro abrigo, foi muito difícil, mas ele conseguiu.

Pode-se dizer que o caso em comento foi notadamente marcado pela negligência da adotante em relação ao adotando, visto que omitiu do processo situação essencial no que tange ao sucesso daquela adoção e acabou por cometer ato gerador de profundos danos psicológicos à criança.

Desta forma, poder-se-ia aplicar ao caso o artigo 186 do CC, de modo a responsabilizar a adotante pelos danos morais causados à criança, podendo condená-la também a arcar com as custas do seu tratamento psicológico.

Não houve, contudo, proposição de ação com vistas à indenização a essa criança, o que evidencia um descuido do Ministério Público para com o melhor interesse do garoto devolvido à instituição de acolhimento.

Nesse sentido, o entrevistado 3 afirma que a responsabilização poderia ter se verificado caso houvesse documentos probatórios que comprovassem que a adotante omitiu essa informação sobre sua mãe do Poder Público. Caso restasse comprovado que, de fato, ela agiu de forma negligente ao levar essa criança para seus cuidados apesar de sua situação familiar complicada, gerando, assim, danos psíquicos à criança, esta poderia ser responsabilizada pelos danos acarretados àquela.

Neste seguimento, o entrevistado 3 explica o porquê de a responsabilização civil não estar sendo aplicada no âmbito da comarca de São Luís:

[...] na prática ela não tem sido aplicada, primeiro: porque nós não temos recebido, por exemplo, instrumentalidade suficiente de documentos pra responsabilização. 2. Contextos familiares não podem se resumir e se concentrar no simples ato da entrega se não houve o acompanhamento da família, se não houve a devida adequação das dificuldades que o processo de adoção implica. Mas sim, é possível, identificado todo o contexto de uma violação e uma responsabilização, que isso se reverta em documentos [...].

Por mais uma vez resta evidenciado o descuido dos órgãos protetores da criança e do adolescente em tratar da situação dessas crianças devolvidas em processo de adoção, visto que não há sequer estudo social acerca das situações que permearam tais devoluções, nem

dados catalogados no que tange à matéria.

Novamente, ao recorrer ao TJMG, encontra-se caso análogo, em que uma criança foi devolvida pelos adotantes durante o estágio de convivência, sob a justificativa de ausência de amor e afeto, sendo um dos motivos o fato de a criança possuir a pele branca e os adotantes serem negros.

Os adotantes apelaram da decisão que condenou-lhes a pagar danos morais à criança, ante o argumento de que ainda se encontravam no estágio de convivência, podendo a guarda ser revogada a qualquer tempo, conforme ditame do artigo 35 do ECA.

No entanto, tendo em vista que o ECA objetiva a proteção integral da criança e do adolescente, tal dispositivo não deve ser suscitado para resguardar os interesses dos pais que querem ter a guarda revogada, mas do infante, sujeito detentor de direitos, que não pode ser considerado um mero objeto capaz de ser devolvido ao Estado quando observado mínimos sinais de mau comportamento.

Segue a ementa do caso em comento:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – I. ADOÇÃO – GUARDA PROVISÓRIA – DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO DE FORMA IMPRUDENTE – DESCUMPRIMENTO DAS DISPOSIÇÕES DO ART. 33 DO ECA – REVITIMIZAÇÃO DA CRIANÇA – REJEIÇÃO – SEGREGAÇÃO – DANOS MORAIS CONSTATADOS – ART. 186 C/C ART. 927 DO CÓDIGO CIVIL – REPARAÇÃO DEVIDA – AÇÃO PROCEDENTE – II. QUANTUM INDENIZATÓRIO – RECURSOS PARCOS DOS REQUERIDOS – CONDENAÇÃO INEXEQUÍVEL – MINORAÇÃO – SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. – A inovadora pretensão do Ministério Público, de buscar o ressarcimento civil com a condenação por danos morais daqueles que desistiram do processo de adoção, que estava em fase de guarda, de forma abrupta e causando sérios prejuízos à criança, encontra guarida em nosso direito pátrio, precisamente nos art. 186 c/c arts. 187 e 927 do Código Civil. – **O ilícito que gerou a reparação não foi o ato em si de desistir da adoção da criança, mas o modus operandi, a forma irresponsável que os requeridos realizaram o ato, em clara afronta aos direitos fundamentais da criança, bem como ao que está disposto no art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim, pode haver outra situação em que a desistência da adoção não gere danos morais à criança, no entanto, não é este o caso dos autos.** (BRASIL. TJ-MG – AC: 10702095678497002 MG Relator: Vanessa Verdolim Hudson Andrade, Data de Julgamento: 15/04/2014, Câmaras Cíveis / 1ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 23/04/2014) (grifo nosso).

Cumpre-se ressaltar que, assim como a criança da referida jurisprudência, as crianças do caso 1 e caso 2 foram posteriormente adotadas por outras famílias. Contudo, não é possível levantar este argumento para impedir a incidência da responsabilidade civil aos adotantes, vez que “[...] os danos morais não precisam gerar prejuízos perpétuos para serem indenizáveis [...]” e “[...] o fato da criança ter sido adotada novamente após um ano não apaga o sofrimento emocional que esta, de forma amplamente constatada, teve com a conduta dos apelados.” (BRASIL. TJ-MG – AC: 10702095678497002 MG Relator: Vanessa Verdolim

Hudson Andrade, Data de Julgamento: 15/04/2014, Câmaras Cíveis / 1ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 23/04/2014).

Há ainda um terceiro caso ocorrido em São Luís, relatado pelo entrevistado 3, no qual um casal adotou uma criança deficiente e posteriormente esta teve que ser retirada de sua convivência em virtude de brigas familiares, que tornaram insustentável a permanência da mesma com aquelas pessoas:

Caso 3

Nós já tivemos, por exemplo, uma experiência muito difícil de um casal homoafetivo que adotou uma criança com deficiência. E aí, durante esta relação, elas entraram numa situação de conflito, que não tinha a ver com a criança, e aí [...] começou uma briga terrível com a guarda desse menino, a tal ponto que a justiça pegou o menino de volta, colocou no abrigo a criança com deficiência que não tinha possibilidade nenhuma de ser acolhido, porque ele tinha transtorno, déficit de desenvolvimento né, tinha paralisia cerebral, enfim.

Esse caso é notadamente marcado pela infração do direito da criança ao saudável e harmonioso desenvolvimento, insculpido no artigo 7º do ECA, tendo a referida criança perdido a chance de desenvolver-se em ambiente familiar e tornando ainda mais dificultoso novo processo de adoção, dada sua situação peculiar de saúde.

Acerca da responsabilização nesse caso, Cahali defende que ela pode ocorrer em razão de danos morais ou materiais cometidos pelos pais contra o filho:

Em muitas situações, contudo, a negligência de que trata o art. 186 do Código Civil de 2002 pode estar presente. Nesses casos e somente neste, é defensável o dever dos pais de indenizar o filho por dano pessoal ou material [...]. A título de exemplo, no entanto, podem ser destacadas algumas delas: [...] Situação 3. Ocorrendo a separação dos pais, a um deles é conferido o dever de guarda e ao outro o dever de visita e pagamento de pensão alimentícia. Este último paga regularmente a verba alimentar, mas falha relativamente ao dever de visita, deixando de prestar assistência moral e de exercer o dever de fiscalização relativamente às decisões do outro genitor quanto à educação e à formação escolar da criança ou pensão alimentícia, deixando o filho enfrentar dificuldades financeiras desnecessariamente. O prejuízo ainda é maior [...] Situação 6. Não raro, nas separações, os pais se envolvem em situações de grande litigiosidade e transferem aos filhos as mágoas e os rancores cultivados em relação ao ex-parceiro. Os danos morais sabem-se podem ser tão ou mais graves do que os danos materiais (CAHALI apud BRASIL, 2011, p. 185).

Dessa forma, em relação ao caso 3, mais uma vez não foi concedida à criança a indenização por danos morais e materiais, perdendo-se a chance de obrigar esses pais ao pagamento de alimentos e de tratamento psicológico em razão dos traumas sofridos pelo infante ainda no ambiente familiar marcado por brigas e, posteriormente, no retorno a situação de acolhimento institucional.

Assim sendo, conclui-se que o tema encontra divergências e dificuldades no que tange à sua aplicação, visto ainda não haver entendimento jurisprudencial firmado no sentido de responsabilizar os adotantes pelos danos causados a crianças e adolescentes devolvidos em

processo de adoção, muito menos legislação específica a tratar do assunto.

Cumpra-se ressaltar que é necessário agir com cautela quanto à aplicação da responsabilização, vez que esta deve ter função compensatória e preventiva, porém não pode desestimular a prática da adoção ao mecanizar a aplicação da responsabilidade. Do contrário: caso a caso deve ser analisado em concreto a fim de que se responsabilize aquele adotante que de fato lesou o interesse da criança ou adolescente, com vistas a resguardar seu melhor interesse e cumprir a proteção integral prevista na Constituição Federal.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo desta pesquisa buscou-se responder à seguinte indagação: é possível indenizar o adotado/adotando pelos danos morais e materiais sofridos pelo abandono?

Para respondê-la, primeiramente analisou-se a tratativa dada à adoção pelo ordenamento jurídico brasileiro ao longo dos anos, através das disposições elencadas no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Nessa ocasião, identificou-se que, em um primeiro momento, a adoção era encarada como forma de dar filhos a casais que não podiam tê-los, ou seja, uma série de exigências, tais como idade mínima de cinquenta anos do adotante e ausência de filiação biológica deste, eram impostas às pessoas que desejavam adotar.

Verificou-se também que, com o passar dos anos, organismos internacionais passaram a reconhecer as crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, de modo que a Constituição Federal de 1988 e o ECA dispensaram especial tratamento a estas pessoas em desenvolvimento, garantindo-lhes proteção integral e a prioridade absoluta de seus interesses. Essa nova tratativa conferida a crianças e adolescentes rompeu com a ideia da adoção enquanto instituto que visava os interesses dos adotantes, passando este a ser utilizado para salvaguardar o melhor interesse da criança/adolescente vítima de abandono.

Na sequência, procedeu-se à explicação de aspectos básicos da responsabilidade civil, tais como sua função e pressupostos, de modo a melhor compreender como esta pode ser aplicada no plano das relações filiais.

Ademais, abordaram-se os motivos que costumam levar os adotantes a desistirem da adoção de criança/adolescente sob sua guarda, demonstrando-se como essa nova rejeição pode gerar danos psicológicos à criança/adolescente devolvido e prejudicar seu desenvolvimento sadio, podendo, até mesmo, frustrar nova tentativa de adoção por outros casais, uma vez ser possível que o infante desenvolva resistência para se apegar aos novos pretendentes.

Por último, discorreu-se acerca da possibilidade de aplicar a teoria da perda de uma chance à criança/adolescente devolvida em processo de adoção, visto que, ao retornar ao abrigo, esta perde a chance de desenvolver-se dentro de um seio familiar, sendo privada do direito à convivência familiar, insculpido no artigo 227 da CRFB. Verificou-se também a possibilidade de indenizar a criança/adolescente por danos morais decorrentes do abandono, quando restar evidente que esta sofreu violação aos atributos de sua personalidade ou à sua própria dignidade, tendo os adotantes agido de forma negligente.

Na oportunidade, destacou-se três casos de devolução do adotando ocorridos na comarca de São Luís-MA, e alguns casos esparsos da jurisprudência do Rio de Janeiro e de Minas Gerais, a fim de demonstrar que ainda não há entendimento jurisprudencial firmado no tocante à questão, no entanto, tendem os julgadores a decidirem pela aplicação de danos morais à criança/adolescente vítima de abandono, quando demonstrado que o adotante agiu com negligência e violação do dever de cuidado, subsidiando sua decisão nos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil.

Por fim, cumpre-se concluir ser possível indenizar a criança/adolescente pelos danos decorrentes do abandono, quando, de fato, há violação aos atributos de sua personalidade, à sua dignidade ou perda de chance de desenvolver-se em núcleo familiar, obrigando-se os adotantes desistentes a arcarem, a depender do caso, tanto com danos materiais, quanto com danos morais, podendo estes servirem como base para custear tratamento psicológico que a criança/adolescente venha a necessitar, ou sendo prestado, por exemplo, na forma de pensão alimentícia. Frisa-se, contudo, que cada caso deve ser analisado em concreto, a fim de que a responsabilização civil não seja automática, evitando-se que ocorra o desestímulo da prática da adoção. De outro modo, deve este instituto ser sempre aplicado a fim de concretizar sua função reparatória e preventiva, tendo em vista a proteção integral e o melhor interesse da criança e do adolescente.

REFERÊNCIAS

AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da Proteção Integral. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos teóricos e práticos**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 52 – 58.

AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos teóricos e práticos**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 43 – 51.

BARRETTO, Fernanda Carvalho Leão. A responsabilidade civil pela perda de uma chance, sua intersecção com o direito das famílias e o estabelecimento das relações parentais: investigando possibilidades. In: Fabíola. S Albuquerque; Marcos. E. Jr; Catarina. A de Oliveira. (Org.). **Famílias no Direito Contemporâneo - Estudos em homenagem ao prof. Paulo Luiz Netto Lôbo**. Salvador: JusPODIVM, 2010, v. 1, p. 148-189. Disponível em: < <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1935/1471>>. Acesso em: 11 out. 2018.

BARROS, Rosana Maria Souza de. **Adoção e família: a preferência pela faixa etária – certezas e incertezas**. Curitiba: Juruá, 2014.

BECKER, Maria Josefina. Subseção IV: DA ADOÇÃO. In: CURY, Munir (coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: Comentários jurídicos e sociais**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2013. p. 216 – 217.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Decreto-lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 set.1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm> Acesso em: 22 out. 2018.

_____. Código de Menores. Lei n. 6.697, de 10 de outubro de 1979. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 10 out. 1979. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm>. Acesso em: 16 out. 2018.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 out. 2018.

_____. Estatuto da Criança e do Adolescente. Decreto-lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 jul.1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 16 out. 2018.

_____. Lei da Adoção. Lei n. 12.010, de 03 de agosto de 2009. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 03 ago. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm> Acesso em: 16 out. 2018.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 10 jan. 2002.

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 16 out. 2018.

_____. Lei n. 13.509, de 22 de novembro de 2017. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 22 nov. 2017. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2015-2018/2017/Lei/L13509.htm#art1> Acesso em: 17 out. 2018.

_____. STJ. Recurso Especial nº 1079185MG2008/0168439-5, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI. Data de Julgamento: 11/11/2008. Terceira Turma. Data de Publicação:

DJe 04/08/2009. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6062205/recurso-especial-resp-1079185-mg-2008-0168439-5-stj/relatorio-e-voto-12198515>> Acesso em: 11 out. 2018.

_____. TJMG. Apelação Cível nº 10702095678497002. Relatora: Vanessa Verdolim Hudson Andrade. Data de Julgamento: 15/04/2014, Câmaras Cíveis / 1ª CÂMARA CÍVEL,

Data de Publicação: 23/04/2014. Disponível em: < <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/121112072/apelacao-civel-ac-10702095678497002-mg/inteiro-teor-121112123?ref=juris-tabs>> Acesso em: 12 out. 2018.

_____. TJMG. Apelação Cível nº 10702140596124001. Relator: Caetano Levi Lopes.

Data de Julgamento: 27/03/2008, Data de Publicação: 06/04/2018. Disponível em: < <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/563950327/apelacao-civel-ac-10702140596124001-mg>> Acesso em: 11 out. 2018.

_____. TJMG. Apelação Cível nº 1.072.09.568648-2/002. Relatora: Teresa Cristina da Cunha Peixoto. Data de Julgamento: 10/11/2011. Disponível em: <

<https://bd.tjmg.jus.br/jspui/handle/tjmg/1563>> Acesso em: 12 out. 2018.

_____. TJRJ. Apelação Cível nº 00004663420118190024. Relator: Andre Emilio

Ribeiro Von Melentovytch. Data de Julgamento: 05/06/2013, SETIMA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 11/06/2013. Disponível em: < <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/382683469/apelacao-apl-4663420118190024-rio-de-janeiro-itaguai-vara-fam-inf-juv-ido/inteiro-teor-382683476>> Acesso em: 12 out. 2018.

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos teóricos e práticos**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 264 – 345.

CAMARGO, Mário Lázaro. **Adoção tardia**: representações sociais de famílias adotivas e postulantes à adoção (mitos, medos e expectativas). Assis, 2005. Disponível em: <

https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/97679/camargo_ml_me_assis.pdf?sequen ce=1> Acesso em: 18 out. 2018.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

CUNHA, Rogério Sanches; LÉPORE, Paulo Eduardo; ROSSATO, Luciano Alves. **Estatuto**

da Criança e do Adolescente: Comentado artigo por artigo – Lei 8.069/1990. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda., 2014.

DIGIÁCOMO, Murillo. Subseção IV: DA ADOÇÃO. In: CURY, Munir (coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado:** Comentários jurídicos e sociais. 12ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2013. p. 190 – 195.

DIGIÁCOMO, Murillo. Subseção IV: DA ADOÇÃO. In: CURY, Munir (coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado:** Comentários jurídicos e sociais. 12ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2013. p. 214 – 216.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 5:** Direito de Família. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 7:** Responsabilidade Civil. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto Braga; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil:** Responsabilidade Civil. 3. ed., rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **Direitos da Criança e do Adolescente.** 2 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FREITAS, Ernani Cesar de; PRODANOV, Cleber Cristiano. **Metodologia do Trabalho Científico:** Métodos e Técnicas da Pesquisa e do Trabalho Acadêmico. 2ª ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 4:** Responsabilidade Civil. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 6:** Direito de Família. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil:** Famílias. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Direito fundamental à convivência familiar. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente:** Aspectos teóricos e práticos. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 117 – 133.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Poder familiar. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente:** Aspectos teóricos e práticos. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 134 – 213.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito.** 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações.** 4ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

OLIVEIRA, Hélio Ferraz de. **Adoção – aspectos jurídicos, práticos e efetivos**. 1ª ed. São Paulo: Mundo Jurídico, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva; atualizador Gustavo Tepedino. **Responsabilidade Civil**. 10ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012.

SOUZA, Hália Pauliv de. **Adoção tardia**: devolução ou desistência de um filho? A necessária preparação para adoção. Curitiba: Juruá, 2012. *E-book*.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, volume 2**: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil. 10ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2015.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, volume 5**: Direito de Família. 12ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil, volume 6**: Direito de família. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

APÊNDICES

APÊNDICE A – Questionário aplicado à entrevistada 1

Q1. Como está a lista de adoção no município de São Luís em números? Contraste de número de adotantes na fila com número de crianças postas para adoção.

Q2. Quando há devolução do adotado, qual é o perfil do adotante e da criança/adolescente? Como é feito o acompanhamento do adotado devolvido?

Q3. Como o direito intervém nessa responsabilização do adotante que devolve o adotado? Há facultatividade ao aplicar a responsabilização?

Q4. Qual a fundamentação fática para que seja aplicada a responsabilização?

APÊNDICE B – Entrevista 01

Entrevistada: Luciana Martins de Melo Moreira – Gestora do CNA

Local: Fórum Desembargador Sarney Costa

Data: 17/05/2018, 10h30min

Aplicação do Questionário I

Luciana: Ah... primeiro quesito: como está a lista de adoção no município de São Luís em números? Queres saber a quantidade de pessoas, né isso?

Lidiane: Isso, quero a quantidade de crianças.

Luciana: Então, atualmente né, hoje, dia 17 de maio, nós temos 99 pretendentes é... habilitados em São Luís. No Maranhão nós temos 233.

Lidiane: Tá.

Luciana: Tá bom? Em relação às crianças, né, pra fazer esse contraste, hoje nós temos na... liberadas pra adoção 20... 23 crianças.

Lidiane: em São Luís?

Luciana: em São Luís. Tá bom?

Lidiane: Tá.

Luciana: Então assim, tu queres em relação à questão de idade? Te interessa?

Lidiane: Não não.

Luciana: Não? Tá. Então o primeiro quesito tá ok?

Lidiane: Sim.

Luciana: Tranquilo? Quando há devolução do adotado qual é o perfil do adotante e da criança/adolescente e como é feito o acompanhamento do adotado devolvido? Em relação ao perfil, não existe um perfil específico de criança que fo... que é ado... que é devolvida. Qualquer um deles pode ser devolvido. Casos que nós já tivemos de devolução, nós tivemos uma menina de três anos e meio, parda, é... ela foi devolvida uma vez. Né, uma pretendente iniciou o estágio de convivência e após cerca de 20 dias devolveu. E nós tivemos uma outra menina menor, de dois anos mais ou menos, também parda, que iniciou o estágio de convivência, mas nem chegou a sair da instituição de acolhimento. Durante o estágio de convivência na instituição de acolhimento eles desistiram.

Lidiane: e você sabe mais ou menos o ano que foi?

Luciana: Ano passado, as duas foram ano passado, tá bom? Foram em 2017. Então pelo que eu me recorde, ano passado foram esses dois casos. Tá bom? Nós tivemos um outro caso, se eu não me engano foi em 2015... ou 2015 ou 2016, de uma criança maiorzinha, era um menino que tinha por volta de seis, sete anos. Então ele foi pra casa dos pretendentes, passou cerca também de 10, 20 dias e eles devolveram. Todas essas três crianças já estão em famílias substitutas. Então, assim, não existe um perfil específico, nós tivemos esses três casos. Ah, nós tivemos um quarto caso. Que a adoção, inclusive, já tinha sido concretizada, já tinha sentença, então não ocorre uma devolução.

Lidiane: Perda do poder familiar.

Luciana: Eles tiveram que ser destituídos do poder familiar, porque já tinha transitado em julgado, então eles já eram pais, então eles não devolveram, eles entregaram o filho.

Lidiane: Sim.

Luciana: É diferente. Né? E a criança tinha... era uma menina, por volta de sete anos.

Lidiane: Foi em que ano esse caso?

Luciana: 2015, final de 2015. Ela passou cerca de seis meses com os pretendentes, morando com os pretendentes, né. Então, assim, como tu podes ver, não existe um perfil específico, né, por motivos diversos. Problema de saúde da mãe foi um caso, tivemos problemas de afinidade com relação aos pais, a criança não se afeiçãoou. Isso no imaginário dos pais, né, porque a criança se afeiçoa só que as vezes os pais, por problemas mesmo, questões deles, eles não se afeiçoam muito à criança. Então, assim, não existe um motivo específico, cada um vai apresentando uma demanda diferente. Tá bom?

Lidiane: Tá bom.

Luciana: É... como é feito o acompanhamento do adotado que foi devolvido? Seria outra pergunta. Na verdade, quem vai fazer esse acompanhamento mais é a parte de psicologia da própria instituição de acolhimento. Né. Então eles que vão fazer esse acompanhamento da criança. Eu não sei te dizer como se dá esse acompanhamento, porque como isso ocorre no âmbito da instituição que a criança se encontra eles que poderiam te responder, né. Mas assim, em relação às crianças, elas precisam passar pelo luto desses pais pra eles iniciarem num novo processo de adoção. Então eles precisam encerrar aquele momento pra iniciar um novo. Então, assim, geralmente é se dado um prazo pra que seja feita uma nova busca. Então, assim, a criança foi devolvida, uma semana depois já tem outros pretendentes. Não, é dado um prazo. É... uma dessas crianças foi dado um prazo de três, quatro meses pra ela elaborar todo esse luto. Então quando o psicólogo da casa né, da instituição, já olha, já tá tranquilo, a gente inicia um novo procedimento de adoção.

Lidiane: Uhum.

Luciana: Tá bom?

Lidiane: Tá.

Luciana: Quesito 3, como o direito intervém nessa responsabilização do adotante que devolve o adotado? É... aqui especificamente eu não sei te responder quais foram as... as responsabilizações que os adotantes tiveram. Na sentença de adoção específica tivemos o pedido de reavaliação. Então foi solicitado um prazo pra que esses pretendentes ficassem com o cadastro suspenso pra ser feita uma nova reavaliação. Nesses dois casos que nós tivemos das meninas do ano passado, agora, por meados de maio, junho, é que essas habilitações vão estar sendo reavaliadas. Então eles estão com o cadastro suspenso pra eles serem reavaliados, tá bom?

Lidiane: Não teve uma responsabilização civil? Tipo assim, eles não tiveram que ficar pagando?

Luciana: Na sentença não houve, tá bom? Isso não exclui a possibilidade do Ministério Público solicitar. Então, por exemplo, é... dependendo do caso, é... pedir que os adotantes arquem com o tratamento psicológico ou, então, dependendo do caso, poderia pagar tipo uma pensão até que a criança seja colocada numa outra família. Mas nesses casos específicos aqui nós não tivemos esse pedido. Eu também não sei te dizer se, por fora, como seria uma ação autônoma, não correria dentro do processo de adoção, eu sei que na sentença que extingue o processo de adoção não foi solicitado. É... nem Ministério Público, nem é... Defensoria Pública solicitou nesse sentido. Mas isso não exclui que numa ação autônoma eles tenham solicitado, tenham entrado com pedido. Então eles podem solicitar sim. Inclusive teve um caso, eu não me lembro se foi São Paulo ou Rio, que teve uma... que saiu até em rede nacional, de uma criancinha, eu acho que era dois, três anos, que ela era maltratada, eu acho que era uma procuradora, não me recordo, passou no jornal, acho que talvez pesquisando na internet tu consigas, em que ela foi condenada a pagar um tratamento psicológico e pagar uma pensão, né, ela retornou pro abrigo. Só que logo depois, pela grande repercussão que teve, a criança foi adotada por uma outra família. Então, se eu não me engano ficou somente com o tratamento psicológico. Mas isso aí eu não te dou certeza porque são informações de mídia. Então seria interessante tu buscares realmente na mídia né, o que que realmente aconteceu. Tá bom, eu só tô te dando dados que foram divulgados e a gente sabe que esses dados nem sempre são confiáveis.

Lidiane: Sim.

Luciana: Tá bom? Hmm, mas alguma dúvida em relação a esse terceiro quesito?

Lidiane: Não.

Luciana: Não? Tá tranquilo? Ah... qual a fundamentação fática para que seja aplicada a responsabilização? Seria o próprio... o próprio disposto no ECA, né, a questão do princípio da proteção integral à criança, né. Então assim, a fundamentação vai tá toda na questão do ECA, que a criança precisa ser resguardada em todos os seus direitos, né. Isso engloba, inclusive a questão psicológica, os pretendentes, de alguma forma vão precisar arcar com os abalos psicológicos que eles tiveram. Né, então, a fundamentação a gente vai encontrar toda no ECA. Tá bom?

Lidiane: Tá.

Luciana: É... queres mais alguma coisa em relação a esse quarto quesito?

Lidiane: Não.

Luciana: Não? Tá tranquilo? Eu te dei dados de quatro crianças que foram devolvidas. Nesse tempo que eu tô trabalhando aqui talvez tenha sido devolvida mais uma... Assim, a taxa de devolução é muito pequena. Não é uma taxa alta. Nós tivemos esses dois casos ano passado e foram assim, excepcionais mesmo, porque há muito tempo que a gente não tinha uma devolução, não é algo que é rotina, entendeu? Até mesmo porque antes dos pretendentes é.. darem a confirmação, iniciarem, na verdade, propriamente, o processo de adoção, a gente senta, dá todo o perfil da criança né, tanto a questão social, psicológica, médica, então pra eles entrarem bem seguros no processo de adoção. Nós tivemos só esses casos realmente pontuais.

APÊNDICE C – Questionário aplicado à entrevistada 2

Q1. Em que situação se deram as devoluções de crianças adotadas na comarca de São Luís?
Qual a justificativa dada pelos adotantes ao requererem essa devolução?

Q2. Por que não foi aplicada responsabilidade civil a esses adotantes?

Q3. Como o direito intervém nessa responsabilização do adotante que devolve o adotado? Há facultatividade ao aplicar a responsabilização?

Q4. Qual a fundamentação fática para que seja aplicada a responsabilização?

APÊNDICE D – Entrevista 02

Entrevistada: Tatiana Carvalho Machado – Analista Judiciário, assistente social

Local: Fórum Desembargador Sarney Costa

Data: 28/05/2018, 13h

Aplicação do Questionário II

Tatiana: Eu não tenho conhecimento de nenhuma situação dessa, de que a pessoa foi responsabilizada civilmente por ter devolvido, caso, porque a gente, como é divisão psicossocial talvez essas questões não passem por aqui, como responsabilizar civilmente alguém por isso. Entretanto, já houve casos de devolução de crianças aqui nesta vara, inclusive teve uma criança que ela foi devolvida, já tinha sentença e tudo. Uma menina, acho que de uns seis, sete anos e que eu lembro que na época houve essa especulação, que a Defensoria Pública ia entrar né, solicitando que fosse feita essa responsabilização, até no sentido de pagar o tratamento psicológico que a criança ia precisar.

Lidiane: Isso foi em que ano?

Tatiana: Se eu não me engano foi há dois anos atrás. Então, houve isso. Entretanto, eu acredito que não houve processo né, eles não deram entrada no pedido, eu acredito nisso, porque assim, eu não ouvi falar depois, entendeu? Então, acho que não foi aplicada né, responsabilidade civil. Eu acho assim, do ponto de vista do serviço social, que que eu vejo. Aqui, antes da criança ser adotada é feito um processo de habilitação para adoção e esse processo tem três fases. É uma documental, que ela entrega uma documentação. Depois ela participa do curso preparatório pra adoção. Depois ela é feita uma avaliação psicossocial. Daí é mandado pro Ministério Público, depois o juiz dá uma sentença, essa pessoa ou casal faz parte do Cadastro Nacional de Adoção, entra no sistema, que é o sistema do CNJ e a partir daí ele fica numa lista de espera até que surja aquela criança dentro do perfil desejado dele. Essa lista de espera é por ordem de entrada no sistema, então quanto mais tempo você está, né, mais próxima tá sua vez de ser chamado. Da feita que é, chega a vez dessa pessoa ser chamada, o que que acontece. É... a gente faz um trabalho aqui que chama essa pessoa, conversa, apresenta teoricamente essa criança pra ela, diz quem é a criança, fala do histórico de saúde, psicológico, educacional da criança, então todas as informações que a gente tem relativas a essa crianças são passadas pra esse pretendente, né, então há uma reunião pra isso.

Em que a gente chama o pretendente, é feita com assistente social e psicólogo, normalmente os mesmos que cadastraram ele. E aí, da feita que a gente faz essa apresentação, mostrar uma foto da criança e tudo. Aí, a pessoa vai pra Defensoria Pública ou pro advogado particular, faz o pedido da adoção e entrando esse pedido de adoção o juiz vai liberar o estágio de convivência, a gente cumpre esse estágio de convivência durante o prazo determinado, faz o acompanhamento, né... a criança não é liberada de pronto, primeiro o casal visita a criança no abrigo. Depois que ele fica familiarizado com a rotina da criança e a criança se sente segura é que ela vai pra casa do casal ou da pessoa. E aí, acompanhado, e a gente avalia até o desligamento, que a gente pede o desligamento, tudinho né, a avaliação final e a gente coloca no relatório nosso parecer, se a gente concorda que aquela adoção seja feita ou não. E aí vamos supor como nesse casal que eu posso citar né, tudo correu bem durante o processo de convívio e tudo mais e aí quando a gente pegou, entregou o processo, foi feita a sentença, tudinho, saiu, e eles começaram a enfrentar dificuldades com essa criança lá no convívio deles. Entretanto, apesar de a gente ter colocado pra eles “olha, se surgir alguma dificuldade, alguma coisa (que a gente coloca pra todos os casais) você pode procurar a gente, a gente te atende, orienta né, se você precisar de um apoio...” a gente colocou essa situação, entretanto, quando a gente soube eles já tavam aqui era pra entregar a criança, já foi “ah, não aguento mais” e foi uma surpresa pra gente né, e foi uma situação bem complicada, dolorida, e da feita que eles disseram que vinham entregar e no outro dia já entregaram, a gente conversou com o juiz, o juiz “como assim vai entregar?”, mas foi exatamente assim que aconteceu. E eu lembro que foi numa quinta, eles falaram que iam entregar, que vinham trazer na sexta, e na sexta a mãe não veio, veio só o pai, entregou a criança. A criança tava até calma, a gente conversou, falou que ela ia retornar pro abrigo e tudo, ela ficou até calma né, porque a gente já teve um outro caso de entrega que a criança fez um escândalo, que gritava, um menino até... enfim, e é traumático mesmo. Quando ocorre uma situação dessa a gente trabalha no sentido de amenizar, né, de conversar com aquela criança, mas é difícil, é dolorido, né, então a criança sofre, porque ela não entende. Conversando contigo eu lembrei de outro caso, porque eu falei “até que essa menina ficou calma”, mas teve um outro caso de um menino, que ele foi devolvido e que ele foi adotado, pra você ver, ele foi adotado pela professora dele. Ele era uma criança que tava disposta pra adoção e ele se afeioou a professora e a professora se afeioou a ele, e ela entrou com pedido pra adotá-lo e aí fez todos esses procedimentos que eu tô te dizendo, porque não são simples. Levou a criança pra casa na convivência. Durante o estágio de convivência não demorou pouco tempo, ela simplesmente veio entregar a criança aqui, porque a mãe dela não aceitou aquela adoção e ela não suportou. São situações bem

complexas, ela fez todo o processo, ela omitiu essa questão que a mãe não concordava, ela não falou durante o processo e aí quando ela levou a criança pra casa eu acho que ela imaginou que a mãe ia ceder e a mãe não cedeu, a mãe rompeu, parou de falar com ela e ela não suportou e veio e entregou a criança. Essa criança gritava nessa vara, entendeu, chorava, foi traumático. E aí teve todo aquele trabalho, as psicólogas entram em ação pra trabalhar, pra acalmar. Depois ele voltou pro abrigo, foi muito difícil, mas ele conseguiu. E hoje essas duas crianças que eu tô te falando, elas estão bem e elas estão adotadas, foi feito esse trabalho por esta equipe aqui e pela equipe que trabalha nos abrigos, porque não existe equipe só na vara da infância, nos abrigos que elas estão também tem, então fizeram todo esse trabalho de acompanhamento. Então, todas essas duas crianças posteriormente elas foram adotadas e estão bem graças a Deus. Teve uma outra criança também que no estágio de convivência foi rompido, não chegou a ser adotada, foi rompido, e aí depois parou o estágio de convivência e tudo mais, por uma questão que a mãe não conseguiu e aí foi complicado esse caso também, porque durante o estágio de convivência o pai se vinculou e a mãe não, e eles começaram a divergir né, e aí um queria e o outro não, são situações humanas sabe...então, assim, eu acho que, adotar, as pessoas às vezes, teoricamente, acham que estão preparadas, mas uma coisa é a teoria e outra é quando a coisa realmente acontece. Então eu acredito até na boa-fé dessas pessoas, eu acho que quando elas vieram pra adotar, porque é burocrático, fizeram a habilitação, participaram do curso, fizeram tudinho, vieram, entraram com toda a documentação, e quando aquilo se concretizou na vida delas, depois apareceram demandas que elas achavam que estavam prontas, mas na realidade não estavam, e elas não deram conta, e acabou que de fato prejudicou as crianças, isso aconteceu.

Aí a pergunta que tu faz aqui, “por que não foi aplicada a responsabilidade civil aos adotantes?” Não posso te responder, mas eu acredito que deve ter sido dentro dessa perspectiva de terem acreditado que não houve má-fé, que foi situações que de repente fugiram do controle, eu acho que mesmo psicológico, delas acharem que estavam né, e de repente a moça lá nunca pensou que ia ser tão dolorido pra ela a mãe, ela não suportou a rejeição da mãe, ela preferiu devolver aquela criança, tá entendendo. Então eu acho que é isso, eu acho que não houve essa questão da responsabilização civil porque quando eles foram analisar o caso concreto né, eles entenderam, e essas pessoas também sofreram, talvez elas tivessem que ter esperado mais, não sei. A gente não tem essas respostas, tem coisas que só aparecem lá na frente, tá entendendo, que a gente não tem como ter essa previsão antes, são coisas que essas respostas ou essas demandas só vão aparecer naquela situação concreta e é aí que a gente vai ver se aquela pessoa consegue lidar com aquilo ou não consegue. Mas eu

acredito que essa questão da responsabilidade né, eu acho que seja uma interpretação nesse sentido. Então eu acho que seria um posicionamento que eles adotaram de não fazer, então eu não posso responder por eles, mas, enquanto assistente social, eu, pelo menos o que eu observei foi nesse sentido né, não observei intenção de querer realmente. Eu acho que a intenção era justamente oposta, acho que era pessoas realmente que queriam ter esses filhos, que queriam naquele momento e depois não deu certo infelizmente né. O que eu acho que caberia mesmo, independente de ter dolo ou não, é o acompanhamento psicológico da criança, porque o dano emocional é enorme, e a gente acaba buscando apoio nisso né, nas equipes interdisciplinares, seria mais um trabalho terapêutico, eu acho que caberia sim.

A entrevistada não respondeu às duas últimas perguntas por não ser de sua esfera de atuação.

APÊNDICE E – Questionário aplicado ao entrevistado 3

Q1. Visto que as devoluções de crianças adotadas na comarca de São Luís se deram em diferentes situações, porém infringindo igualmente o interesse do adotando e a proteção integral à criança, por que não foi aplicada responsabilidade civil a esses adotantes?

Q2. Como o direito intervém nessa responsabilização do adotante que devolve o adotado? Há facultatividade ao aplicar a responsabilização?

Q3. Qual a fundamentação fática para que seja aplicada a responsabilização?

APÊNDICE F – Entrevista 03

Entrevistado: Davi Rafael Silva Veras – Defensor Público do Núcleo de Defesa da Criança e do Adolescente

Local: Defensoria Pública do Estado do Maranhão

Data: 05/10/2018, 9h30

Aplicação do Questionário III

Davi Rafael: Assim, uma criança em situação de adoção é uma criança muito fragilizada. Fragilizada porque ela foi vítima de uma violação, não é? E isso levou ela a uma situação de acolhimento, ela pode ter sido vítima de uma situação de violação sexual, de uma situação de maus tratos, de uma situação de abuso, de uma situação de negligência, né. Só que falar em adoção também é tocar em outros temas, então assim, eu posso dar uma resposta objetiva ou uma resposta sistêmica. Pra te dar uma resposta um pouco mais objetiva a gente precisa entender que o próprio processo de adoção ele tem uma fase específica, que é uma fase de convivência, né. Existe todo um procedimento de aproximação desta criança com os pretendentes à adotar, né. Existe uma vinculação formal pelo cadastro, mas, além disso, é necessário a construção de um vínculo. É... é preciso que se compreenda que essa construção desse vínculo pode não acontecer. Dos dois lados. Não só pelos pretendentes, como pela própria criança. Então, como que funciona isso na prática? Quando a criança fica vinculada a um casal pretendente na lista a equipe do abrigo começa a fazer todo um processo de aproximação. Primeiro mostra pra criança um book de livros com fotos da família pretendente e tudo isso também vai depender da idade da criança, obviamente, né. Mas é feita uma tentativa, um primeiro contato depois dentro da instituição de acolhimento, e aí, vendo-se a situação é... vai para esse momento de, esse estágio de convivência propriamente dito. Mas pode acontecer de que esse vínculo não se estabeleça. Nas duas vias, porque a adoção é uma via de mão dupla. Não só pro casal como pra criança. Então assim, quando esse vínculo não é formado nessa fase e a criança retorna, não há como você assim, buscar juridicamente uma responsabilização se é uma fase já prevista, uma fase de amadurecimento de relação, entendeu? Aí vamos supor que o processo de adoção ocorra, ou seja, passe toda essa fase, passou o processo e ocorra, durante já a situação toda, vínculo já estabelecido, processo já encerrado, lá na frente ocorra essa devolução. A gente tem que tratar essa situação também

como uma situação como se fossem pais, que também fazem isso, porque tem pai e mãe que faz isso também, por alguma situação vai e entrega a criança pro abrigo, entendeu? E aí sim existe uma estrutura de você dizer assim: olha, você pode sim responsabilizar, como você pode responsabilizar um pai ou uma mãe negligente, né. Com uma ação de responsabilização por danos morais, por exemplo, obrigar a pagar os alimentos... até mesmo uma criança que está no abrigo, porque a destituição do poder familiar permite isso, né, e aí você vai passar por um longo processo de destituição familiar. Por óbvio que essa situação de retorno da criança pra uma instituição é extremamente prejudicial pra ela, né, a gente vivencia isso, quando a gente experimenta isso de uma criança que retorna isso vai criando nela uma situação de rejeição, porque ela não consegue se firmar com ninguém, porque ela se sente toda hora recusada. Agora assim, essas situações que envolvem crianças pretendentes a serem adotadas são situações que o ideal é que ela não seja catalogada, do tipo: “olha, devolveu: pena, responsabilização.” Até porque é um dos princípios das medidas de proteção o princípio da intervenção mínima, não é assim o art. 100? Tá lá dizendo um dos princípios de todas as medidas de proteção que o ECA disponibiliza. É... a gente também tem que ter cuidado, porque a gente tá trabalhando com afeto e existem várias condicionantes pra isso, né? Então, é por isso que essa questão da responsabilização é deixada pra um segundo plano, porque, assim, muitas das vezes a devolução ocorre num momento de estágio de convivência. Então são essas situações, né.

Voltando pra as perguntas: visto que as devoluções das crianças adotadas na comarca de São Luís se deram em diferentes situações, ou seja, realmente diferentes situações, que situações são essas? Desde situações que a criança não se adapta ou situações em que os pais, os pretendentes, também, por alguma situação, não correspondem. Infringe o interesse do adotando? Infringe. E a proteção integral? Pois é, aí essa questão, porque como tá nesse processo não tenho como penalizar né, porque é uma fase prevista.

Como o direito intervém nessa responsabilização? A partir do momento que a adoção já está estabelecida, passa da fase de convivência e já está estabelecida, aos pais compete todos os deveres inerentes à responsabilidade parental, né. Então o poder de cuidado, de orientação, de auxílio material, né. E quando ele infringe isso ele é passível de responsabilização, como qualquer pai, como qualquer genitor biológico. É facultada essa aplicação de responsabilização? Então, se você identifica uma violação de um dever de cuidado, não, o certo é que as autoridades competentes, Defensoria, Ministério Público, promovam as ações, então se aquela criança foi, às vezes não só devolvida, mas foi levada pro abrigo por um conselho tutelar porque viu que esses pais abusavam, por exemplo, né, uma pessoa que adotou

e violentava a criança sexualmente. Ele vai incidir toda aquela sistemática de poder ser responsabilizado civilmente, perder o poder familiar, e criminalmente, né. Ter que pagar uma indenização, ter que pagar alimentos, perder o poder familiar e responder criminalmente por uma situação, entendeu? É... de abuso, de maus tratos, de abandono, que também há previsão no Código Penal.

Então, qual é a fundamentação fática para que seja aplicada a responsabilização? Aí vai depender do tipo, do fator que gerou essa violação. Foi uma situação de abandono? Foi uma situação de violação à integridade da criança física? Ai isso vai gerar responsabilização. O ECA estabelece em alguns momentos multa pra alguns deveres familiares, ausência de prestação de cuidado, mas também pode ter responsabilização criminal ou perda do poder familiar, como eu te falei, então vai depender da situação e do grau de violação, que é essa terceira pergunta: “qual a fundamentação fática para que seja aplicada a responsabilização. Ai vai depender da violação: que tipo de violação é essa que a criança sofreu? Entendeu? E aí vai depender do caso concreto.

Lidiane: Essa primeira pergunta aqui, eu tô trabalhando mais em cima dela com relação a dois casos que eu peguei com a Tatiana, que é a assistente social lá do setor psicossocial do Fórum. E ela me contou um caso de uma menina que foi adotada, a sentença transitou em julgado e, seis meses depois, mais ou menos, o pai devolveu ela no Fórum mesmo, disse que não aguentava mais, não tava estabelecendo vínculos, a mãe não tava aceitando. E aí essa criança foi devolvida no Fórum e ela me disse que essa criança ficou até calma, ela tinha mais ou menos seis anos. E o outro caso é de um menino de mais ou menos três anos, que tava em estágio de convivência com a professora, que ele tinha uma professora, ele se afeiçãoou a essa professora, a professora se afeiçãoou a ele e resolveu adotar. E aí, no estágio de convivência ela acabou devolvendo, porque a mãe dela não tava aceitando que ela adotasse uma criança. E aí, a Tatiana me contou que foi uma situação muito difícil pra essa criança, que ele ficou, foi um trauma mesmo, ele chorava muito no Fórum, foi muito difícil pra ele voltar pro abrigo, teve que ter todo um acompanhamento psicológico, mas essas duas crianças já foram adotadas e já estão bem.

Davi Rafael: Teve o estágio de convivência com elas antes? Isso foi durante o estágio de convivência, esses dois casos?

Lidiane: Não, o da menina maior tinha transitado em julgado e ele devolveu seis meses depois que a adoção já tinha sido estabelecida, então nesse caso foi perda do poder familiar. E a outra criança que foi adotada pela professora tava em estágio de convivência. E aí, nesses dois casos não foi aplicada nenhuma responsabilidade com relação a ajudar na questão

psicológica.

Davi Rafael: É... a responsabilização ela não vai satisfazer a questão psicológica da criança, o dano já tá feito né, não é uma coisa que compensa outra, até porque pra criança isso nem importa: “ah, e foi responsabilizado, eu psicologicamente tô melhor”. O estágio de convivência ele tá previsto como um momento de aproximação e a pessoa que se habilita a adotar, ela passa por todo um processo de habilitação, ou seja, vamos supor que você se pretende colocar à adoção, ou seja, você vai passar por um primeiro momento de habilitação, por um cadastro, entrega de documentos, entrevistas, é... estudo psicossocial, que a própria equipe da Vara faz, e, depois, palestras. A equipe pode identificar um problema no início, nessa habilitação, um casal que, por exemplo, fantasia ou que tem uma expectativa muito alta ou que não tem uma estrutura familiar adequada para adotar, e pode, inclusive, se manifestar contra essa habilitação, ou seja, é feito uma tentativa de controle pra aquelas pessoas que vão entrar no cadastro, certo? Mas isso não quer dizer que isso é infalível. Porque é uma análise dentro dum contexto familiar que é dinâmico. Às vezes uma pessoa se cadastra um tempo atrás, depois de um ano aquele contexto familiar muda, porque o casal não se dá mais bem. Nós já tivemos, por exemplo, uma experiência muito difícil de um casal homoafetivo que adotou uma criança com deficiência. E aí, durante esta relação, elas entraram numa situação de conflito, que não tinha a ver com a criança, e aí, minha irmã, começou uma briga terrível com a guarda desse menino, a tal ponto que a justiça pegou o menino de volta, colocou no abrigo a criança com deficiência que não tinha possibilidade nenhuma de ser acolhido, porque ele tinha transtorno, déficit de desenvolvimento né, tinha paralisia cerebral, enfim. Nessa questão da convivência, do estágio de convivência é como eu tô te falando, tem que identificar especificamente o problema. Foi por que que ela devolveu mesmo no segundo caso?

Lidiane: No segundo caso, porque a mãe dela não aceitou. Na verdade, a mãe dela já dizia desde sempre que não queria que ela adotasse, só que ela omitiu essa situação do setor psicossocial. E aí, ela pensava que quando pegasse o menino a mãe ia se afeiçoar também, ia ceder, mas acabou que a mãe não cedeu, ela cortou relações com ela.

Davi Rafael: É, se isso ficou identificado, se essa fala dela foi formalizada de que: “ah, eu sempre soube, minha mãe sempre teve essa negativa e tudo mais”, é possível que a gente possa trabalhar, pensar numa responsabilização, né. Mas se foi uma situação de “ah, não teve vínculo, retorna”, aí tem que ver o caso a caso. Agora podem ser tomadas várias medidas, por exemplo, retirar ela do cadastro. Já que foi identificada essa situação de inadequação, retire ela do cadastro para que ela não possa adotar outras crianças, para que não haja nova vinculação, entendeu? O que eu te confesso que eu tenho receio é somente de se criar um

mecanismo automático de “ah, devolveu? Responsabiliza”. Isso não só desestimula, mas existe uma complexidade de relações que não vão estar previstas. Por exemplo, uma adoção tardia, que é hoje uma das maiores dificuldades que nós temos. Ou seja, uma criança acima de três anos, a gente chama de adoção tardia porque é uma criança que já tem uma idade um pouco mais alta e que ela tem uma probabilidade menor de ser adotada. Ora, é uma criança que já começa a externar o que viveu. É uma criança que já começa a aparentar e, infelizmente, colocar no comportamento as situações de violação. Crescer no abrigo é, extremamente, não só frustrante, mas danoso. Porque no abrigo você não tem sensação de pertencimento, você não tem um vínculo estabelecido, porque são cuidadores que, uma hora sai, uma hora entra. Ela vê criança entrando, criança saindo toda hora, entendeu. Ela lida com outras crianças com outros traumas, com outras dificuldades. Uma criança que, por exemplo, é vítima de violência sexual, que pode reproduzir a violência nos outros menininhos, entendeu. Então, assim, vamos lá, e aí, uma criança que tem essa dificuldade, que, por conta disso, é muito resistente, né, agressiva, e, às vezes é uma etapa de adaptação, entendeu? Mas pode chegar da criança não se adaptar, e aí? Aí vai responsabilizar? Não. Então, é complicado, é muito difícil a gente às vezes querer responsabilizar e o processo, que trata, por exemplo, de uma destituição do poder familiar, vamos lá, não pode se transformar num processo de punição. Embora no julgamento dele final possa gerar destituição, que é uma resposta a uma violação, o certo é que naquele processo se trabalhe e se oportunize possibilidade de reatar os vínculos. Só que reatar os vínculos, a gente fala e é muito aberto, isso demanda política pública. Que política pública? Aparelho específico do estado que promova essa aproximação. Que aparelho? CREAS. CREAS é uma política municipal prevista no sistema público de assistência social, que busca dar esse aparato de sustentação para as famílias. Ou seja, se ocorre uma destituição, não tem necessariamente que haver uma destituição. Deveria haver uma estrutura pra que aquela família fosse acolhida e trabalhasse vínculos, trabalhasse relações. Especificamente, vou ser mais específico: um pai que agride a criança e passa da medida, bate no menino excessivamente. “Absurdo, responsabiliza, destitui!” Não, calma lá. Qual é a história desse pai? Às vezes ele pode ser um pai da roça, um cara que aprendeu com o pai dele que: “saiu da reta mermão, é cipoada”. Né? E esse pai não pode ter um acompanhamento, palestras, visitas? Pra ele ressignificar essa relação? Pode. Vamos pegar um caso mais grave ainda, que a gente tem que pensar: um pai comete um abuso sexual com seu filho. É doloroso, dá vontade de quê? De destituir. Só que você percebe que você causa dupla violação? A criança sofreu a violência e vai sair do lar que ela ama. E que pai é esse? Será que não foi um pai que sofreu um abuso? Que é doente? Que ama o filho, mas pode... tá

entendendo? Não é simples. Então, assim, uma pessoa que sofre de drogadição, que abandona porque é viciada em crack. Que estrutura nós temos de saúde pra ajudar aquela pessoa? Então, é só o receio da gente criar esse gatilho: “entregou: responsabiliza”.

A situação de devolução tem que ser avaliada, mas tem que ter uma política pública de amparo a essas famílias, a política que já existe, que é o fortalecimento dessa estrutura da assistência social, como o CREAS, por exemplo, entendeu? Pra acompanhar aquela família e fomentar um vínculo que foi rompido. Por quê? Porque o ECA fala o seguinte: todas as medidas, um dos princípios do artigo 100 é a prevalência da família, que vai dizer o seguinte: qualquer medida de proteção utilizada deve sempre priorizar o reestabelecimento da criança para a família de origem. Ou seja, passou o estágio de convivência, já houve o processo, juridicamente é uma família. Houve alguma dificuldade nesse meio desse caminho? Temos que ter estrutura pra poder intervir e como auxiliar aquela situação, pra que não só se resolva com a devolução. Agora, claro que eu também não estou descartando a responsabilização, mas eu só tenho muito cuidado, porque, veja, a gente tem que ter esse cuidado pro processo na infância não se transformar em um processo de intervenção e de mera punição. Claro que a punição não está descartada e que ela deve sim ser aplicada. Mas se for ver, o sistema do ECA já tem esse cuidado de dizer que: “olha, a intervenção é mínima, a prevalência é da família” e esses mecanismos têm que ser operacionalizados e concretizados. Nós não podemos partir simplesmente de uma resposta: violação, responsabilização.

E, assim, sempre na infância quando a gente quer aplicar uma responsabilização, nós temos que ter um elevado grau de materialidade. Ou seja, se eu vou responsabilizar alguém num contexto desse que, como eu disse, não está descartado, eu tenho que ter um alto grau de prova formada.

Lidiane: E aí essa responsabilização seria pra questão, como o senhor falou no início, de dano moral, pensão também?

Davi Rafael: Pode ser dano moral, responsabilização inclusive criminal por uma situação de abandono e aí você vai pegar dependendo do grau de violação, que tipo de violação, foi uma situação de abandono? Existe crime de abandono de incapaz. E aí, como foi essa violação? Foi um cara que chegou e deixou a criança no abrigo? Ora, aí o crime de abandono de incapaz não é. Por quê? Porque eu vi que não tenho condições, eu vou lá e entrego. Abandono é: eu vi que não tenho condições, eu largo o menino em casa, deixo ele sistematicamente em casa, ou, muito pior que em casa, eu deixo ele na rua, situação de mendicância, o menino começa a sair pra pedir, eu não tô nem aí, né. Então, é difícil, não é fato típico, antijurídico e culpável, não é mera subsunção da conduta à norma, é outra pegada.

Lidiane: Então, de fato, em São Luís não tem se aplicado esse instituto da responsabilidade civil por conta do próprio disposto no ECA, na sistemática do ECA?

Davi Rafael: Ela não está descartada, mas na prática ela não tem sido aplicada, primeiro: porque nós não temos recebido, por exemplo, instrumentalidade suficiente de documentos pra responsabilização. 2. Contextos familiares não podem se resumir e se concentrar no simples ato da entrega se não houve o acompanhamento da família, se não houve a devida adequação das dificuldades que o processo de adoção implica, mas sim, é possível, identificado todo o contexto de uma violação e uma responsabilização, que isso se reverta em documentos, por exemplo, aí vamos ser objetivos: um estudo social que identifique as falhas dessa mãe no ato da entrega, o que ela podia ou não podia ter feito. Identificação, por exemplo, documentalmente, da própria mãe dizendo: “olha, eu omiti essa informação no processo de escolha e existia alguém do meu contexto familiar que era contra”. Aí é possível você trabalhar nessa responsabilização. O que se precisa ter muito cuidado é em não tornar isso um gatilho, que não pode: entregou, responsabiliza. Não é assim, não pode ser assim. Até porque o ato da entrega pode não ser irreversível. Porque nós temos casos de mães aqui que entregaram no abrigo e pronto, passaram pelo estado puerperal. O estado puerperal, inclusive é uma excludente, a mãe que mata no estado puerperal... não é uma excludente, ele reduz a pena, não é assim? Mas estado puerperal pode levar a mãe a entregar a criança e depois a mãe: “não, me arrependi”, aí há quem diz: “não, entregou, então perdeu”. Não, calma lá, que questão de entrega foi essa de um pai que adotou? Vamos lá analisar, essa entrega não é necessariamente definitiva, pode ser trabalhada, entendeu? Mas, realmente, não tá descartado, se tiver elementos materiais de prova e que indiquem realmente, é possível.

ANEXOS

ANEXO A – Ofício para autorização de entrevista às entrevistadas 1 e 2

UNDB
Unidade de Ensino Superior Dom Bosco

Assinatura de [nome]
37/05/18

Ofício nº 001/DIR/2018.1

São Luís, 16 de maio de 2018.

À Excelentíssima Sra. Dra. Lícia Cristina Ferraz Ribeiro de Oliveira

Juíza Titular da 1ª Vara da Infância e Juventude da Comarca de São Luís-MA,

1ª Vara da Infância e Juventude da Comarca de São Luís-MA / Fórum Desembargador Sarney

Costa

Av. Prof. Carlos Cunha, s/n – Calhau, São Luís – MA. CEP: 65076-905

Assunto: Autorização. Pesquisa de Campo

*h. h. Depois o pedido de
ao, ante da sigla proces.
qual apeto aos processos
e respectivas informações.*

São Luís, 17/05/2018

Meritíssima Juíza,

[Assinatura]
Lícia Cristina Ferraz Ribeiro de Oliveira
Juíza Titular

A Coordenação do Curso de Direito da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco - UNDB serve-se do presente para solicitar a V. Ex.ª que autorize a aluna **Lidiane Borges Coutinho**, regularmente matriculada no 9º Período desta IES sob matrícula de nº 002-015560, a uma pesquisa de campo e coleta de dados, com aplicação de questionário e obtenção de documentos para contribuir na elaboração da Monografia intitulada: “Responsabilização civil dos adotantes decorrente da devolução de menores adotados na comarca de São Luís”, com finalidade exclusivamente científica, vinculada a esta Unidade de Ensino Superior, sob a orientação do Professor Esp. José Nijar Sauaia Neto.

Limitado ao exposto, ficamos à disposição para quaisquer esclarecimentos.

Respeitosamente,

[Assinatura]
Prof.º Me. Arnaldo Vieira Sousa
Coordenador do Curso de Direito - UNDB

Prof.º Me. Arnaldo Vieira Sousa

Coordenador do Curso de Direito – UNDB

ANEXO B – Ofício para autorização de entrevista ao entrevistado 3

Unidade de Ensino Superior Dom Bosco

Ofício nº 002/DIR/2018.1

São Luís, 16 de maio de 2018.

Aos Senhores Joaquim Gonzaga de Araújo Neto e Gabriel Furtado
Defensores responsáveis pelo Núcleo de Defesa da Criança e do Adolescente da Defensoria
Pública do Estado do Maranhão

Assunto: **Autorização. Pesquisa de Campo**

Ilustríssimos Senhores,

A Coordenação do Curso de Direito da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco - UNDB serve-se do presente para solicitar que os senhores autorizem a aluna **Lidiane Borges Coutinho**, regularmente matriculada no 9º Período desta IES sob matrícula de nº 002-015560, a uma pesquisa de campo e coleta de dados, com aplicação de questionário e obtenção de documentos para contribuir na elaboração da Monografia intitulada: **“Responsabilização civil dos adotantes decorrente da devolução de menores adotados na comarca de São Luís”**, com finalidade exclusivamente científica, vinculada a esta Unidade de Ensino Superior, sob a orientação do Professor Esp. **José Nijar Suaia Neto**.

Limitado ao exposto, ficamos à disposição para quaisquer esclarecimentos.

Respeitosamente,

Profº. Me. Arnaldo Vieira Sousa
Coordenador do Curso de Direito - UNDB

Profº. Me. Arnaldo Vieira Sousa**Coordenador do Curso de Direito – UNDB**

Keila Dantas Gomes
Mat. 1988241
Protocolo - DPE-MA
2018/05/16

ANEXO C – Autorização de utilização de dados da entrevista 1**TERMO DE COMPROMISSO DE UTILIZAÇÃO DE DADOS**

Eu, LUCIANA MARTINS DE MELO MOREIRA, cargo: TECNICO JUDICIARIO, CPF: 613.285.533-53, tenho ciência e autorizo a utilização de dados coletados para a pesquisa intitulada "A (in) aplicabilidade prática do instituto da responsabilidade civil aos adotantes: uma abordagem sobre a adoção frustrada frente ao ordenamento jurídico brasileiro", obtidos através de entrevista gravada, sob responsabilidade da pesquisadora Lidiane Borges Coutinho, que cursa o décimo período do curso de Direito do Centro Universitário Dom Bosco, matrícula 002-015560, inscrita no CPF sob o nº 060.854.053-67, com o objetivo de elaboração de trabalho de conclusão de curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, a qual compromete-se a obedecer às disposições éticas para assegurar a privacidade das pessoas citadas e preservar as informações coletadas, observando as disposições legais estabelecidas no artigo 5º, incisos X e XIV da Constituição Federal de 1988.

São Luís/MA, 05 de novembro de 2018.

Luciana Martins de Melo Moreira

Luciana Martins de Melo Moreira

ANEXO D – Autorização de utilização de dados da entrevista 2

TERMO DE COMPROMISSO DE UTILIZAÇÃO DE DADOS

Eu, Tatiana Carvalho machado, cargo: Analista Judiciário | Ampla Social CPF: 93254619391, tenho ciência e autorizo a utilização de dados coletados para a pesquisa intitulada "A (in)aplicabilidade prática do instituto da responsabilidade civil aos adotantes: uma abordagem sobre a adoção frustrada frente ao ordenamento jurídico brasileiro", obtidos através de entrevista gravada, sob responsabilidade da pesquisadora Lidiane Borges Coutinho, que cursa o décimo período do curso de Direito do Centro Universitário Dom Bosco, matrícula 002-015560, inscrita no CPF sob o nº 060.854.053-67, com o objetivo de elaboração de trabalho de conclusão de curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, a qual compromete-se a obedecer às disposições éticas para assegurar a privacidade das pessoas citadas e preservar as informações coletadas, observando as disposições legais estabelecidas no artigo 5º, incisos X e XIV da Constituição Federal de 1988.

São Luís/MA, 05 de novembro de 2018.

Tatiana Carvalho machado

Tatiana Carvalho Machado

ANEXO E- Autorização de utilização de dados da entrevista 3

TERMO DE COMPROMISSO DE UTILIZAÇÃO DE DADOS

Eu, DAVI RAFAEL SILVA VERAS, cargo: DEFENSOR PÚBLICO, CPF: 796.096.352-53, tenho ciência e autorizo a utilização de dados coletados para a pesquisa intitulada "A (in)aplicabilidade do instituto da responsabilidade civil aos adotantes: uma abordagem sobre a adoção frustrada frente ao ordenamento jurídico brasileiro", obtidos através de entrevista gravada, sob responsabilidade da pesquisadora Lidiane Borges Coutinho, que cursa o décimo período do curso de Direito do Centro Universitário Dom Bosco, matrícula 002-015560, inscrita no CPF sob o nº 060.854.053-67, com o objetivo de elaboração de trabalho de conclusão de curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, a qual compromete-se a obedecer às disposições éticas para assegurar a privacidade das pessoas citadas e preservar as informações coletadas, observando as disposições legais estabelecidas no artigo 5º, incisos X e XIV da Constituição Federal de 1988.

São Luís/MA, 21 de novembro de 2018.



Davi Rafael Silva Veras