

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE DIREITO**

Kamyla Silva Garcia

A RESPONSABILIDADE CIVIL POR DESISTÊNCIA NO PROCESSO DE ADOÇÃO

**Juiz de Fora
2018**

Kamyla Silva Garcia

A RESPONSABILIDADE CIVIL POR DESISTÊNCIA NO PROCESSO DE ADOÇÃO

Artigo científico apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal De Juiz de Fora, como requisito parcial a obtenção do grau de Bacharel. Área de concentração: Direito.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Kelly Cristine Baião Sampaio.

**Juiz de Fora
2018**

Kamyla Silva Garcia

A RESPONSABILIDADE CIVIL POR DESISTÊNCIA NO PROCESSO DE ADOÇÃO

Artigo científico apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal De Juiz de Fora, como requisito parcial a obtenção do grau de Bacharel. Área de concentração: Direito.

Aprovada em:

BANCA EXAMINADORA

Professora Doutora Kelly Cristine Baião Sampaio - Orientadora
Universidade Federal de Juiz de Fora

Professora Mestre Marina Giovanetti Lili Lucena
Universidade Federal de Juiz de Fora

Bacharel Samuel Rodrigues de Oliveira
Universidade Federal de Juiz de Fora

RESUMO

O presente artigo objetiva analisar a possibilidade de responsabilização civil dos adotantes que desistem do processo injustificadamente durante o estágio de convivência. Devido a diversos fenômenos sociais ocorridos nas últimas décadas, a instituição familiar passou por uma severa transformação. A filiação deixou de se basear no casamento indissolúvel, e passou a se estabelecer pelo vínculo de socioafetividade entre os seus membros. Ainda, essas transformações contribuíram para a o reconhecimento da criança e do adolescente como sujeito de direitos e de seu papel prioritário diante da dinâmica familiar. Nesse contexto, a adoção é analisada como meio de efetivação das garantias fundamentais do menor, e é evidenciado o aumento de casos em que há desistência por parte dos adotantes no curso do processo sem que haja uma justificativa razoável. Como consequência, os menores que seriam adotados sofrem graves danos mentais, psicológicos e físicos, o que demanda uma investigação da possibilidade de responsabilizar civilmente aqueles que causam tal dano. Mediante revisão bibliográfica e análise da matéria no ordenamento jurídico brasileiro, é possível verificar a possibilidade de responsabilização civil, e a adequação desse entendimento à doutrina da proteção integral da criança e do adolescente.

Palavras-chave: Adoção. Responsabilidade civil. Dignidade da pessoa humana. Estatuto da Criança e do Adolescente.

ABSTRACT

The present article aims to analyze the possibility of attributing civil liability to the adopters who give up the process unjustifiably during the stage of coexistence. Due to several social phenomena that occurred in the last decades, the family institution underwent a severe transformation. Affiliation ceased to be based on indissoluble marriage and began to be established by the bond of socio-affectivity among its members. Likewise, these transformations contributed to the recognition of children and adolescents as subjects of rights and of their priority role before the family dynamics. In this sense, adoption is analyzed as a means of actualizing the fundamental guarantees of the minor, and it is perceived the increment of cases in which there the adoptive parents waive their intention of continuing the process during its course without providing a reasonable justification. As a consequence, the minors who would be adopted suffer serious mental, psychological and physical damages, which demands an investigation into the possibility of holding accountable those who cause such damage. Through bibliographic review and analysis of the matter in the Brazilian legal system, it is possible to verify the possibility of civil responsibility, and the adequacy of this understanding to the doctrine of the integral protection of the child and the adolescent.

Keywords: Adoption. Civil liability. Dignity of the human person. Child and Youth Statute.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
2 TRATAMENTO PÓS CONSTITUCIONAL DADO À ADOÇÃO: A TUTELA DA PROTEÇÃO INTEGRAL	8
2.1 A concepção de família democrática.....	8
2.2 A doutrina da proteção integral da criança e do adolescente	10
2.3 Filiação por adoção e seu procedimento.....	10
3 POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO ADOTANTE NO CASO DE DESISTÊNCIA DO PROCESSO	13
3.1 A desistência da adoção durante o estágio de convivência	13
3.2 A configuração da responsabilidade civil do adotante	18
3.2.1 Notas sobre o abuso do direito	19
4 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL E POSSÍVEIS MEDIDAS DE PREVENÇÃO À DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO	21
4.1 Análise de caso concreto de desistência	21
4.2 Prevenção da “devolução”	23
CONCLUSÃO	24
REFERÊNCIAS	27

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF Constituição Federal

ECA Estatuto da Criança e do Adolescente

CNJ Conselho Nacional de Justiça

INTRODUÇÃO

No atual contexto brasileiro, o número de casos de desistência dos adotantes no curso processo de adoção tem crescido, com conseqüente “devolução” do menor que seria adotado à instituição de acolhimento institucional. Esses casos ocorrem no período compreendido entre a obtenção da guarda para fins de adoção e o deferimento do pedido. Nesse momento ocorre o chamado estágio de convivência, em que a criança ou o adolescente é inserido no contexto familiar do pretendente à adoção. Contudo, ao contrário da adoção aperfeiçoada por sentença judicial, que é irrevogável, a guarda com essa finalidade pode ser revogada a qualquer momento. Isso pode ocorrer por faculdade do adotante, que possui liberdade para desistir do processo de adoção sem ter que prestar uma justificativa. Observa-se, porém, que tal ato gera conseqüências danosas ao menor que seria adotado, uma vez que este está inserido em um histórico de vulnerabilidade social, que já provocou o afastamento de sua família de origem e a sua inserção no contexto de acolhimento, sendo seu retorno à instituição percebido como mais uma rejeição sofrida por ele. Diante disso, na corrente conjuntura que confere especial proteção aos direitos da criança e do adolescente, surge a indagação a respeito da possibilidade de responsabilizar civilmente o adotante que acolhe um menor sob a pretensão de realizar a sua adoção, e desiste desta por motivos desarrazoados ou sem apresentar motivos, uma vez que não existe vedação legal dessa prática. Tal possibilidade deve ser considerada frente ao aumento da incidência de tais casos, bem como ao grave sofrimento causado ao adotando por mera arbitrariedade do adulto que pretendia adotá-lo.

Desse modo, para investigar a perspectiva de responsabilização civil do adotante que desiste injustificadamente do processo, pretende-se explorar a concepção de dever parental e familiar diante do direito da criança e do adolescente à convivência familiar, bem como a extensão das garantias conferidas ao menor e como se configura a responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro. Diante disso, a hipótese levantada por este trabalho sustenta a possibilidade de ocorrência de responsabilização nesses casos apesar de não haver expressa vedação legal nesse sentido.

Para desenvolvimento dessa hipótese, o artigo se divide em três partes. Primeiramente discute-se a transformação da concepção de família e qual o seu papel na formação de um indivíduo, bem como os seus reflexos no tratamento jurídico conferido à criança e ao adolescente, procedendo-se à análise do processo de adoção como efetivação do direito à convivência familiar. Em um segundo momento é realizada uma análise da ocorrência e efeitos da desistência da adoção, e como esta poderia ser causa para configuração da

responsabilidade civil do adotante face ao dano causado ao menor. Em uma terceira seção, é discutida a aplicação da hipótese levantada a partir de um julgamento realizado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, assim como as possíveis soluções para o problema da desistência em si, antes de qualquer dano ser causado à criança ou ao adolescente. Metodologicamente, a pesquisa realizada foi de caráter dogmático-instrumental, utilizando-se doutrina, jurisprudência e textos legais relevantes ao tema.

2 TRATAMENTO PÓS CONSTITUCIONAL DADO À ADOÇÃO: A TUTELA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

2.1 A concepção de família democrática

A partir da segunda metade do século XX a instituição familiar sofreu severas críticas, sendo considerada fonte de condicionamento e conformismo social, e acusada de estar em uma crise que culminaria em seu desaparecimento (COOPER, 1971, p. 24). Isso foi consequência da redução da taxa de fecundidade, bem como do declínio do casamento indissolúvel e da aceitação social do divórcio (SINGLY, 2007, p. 9). No entanto, o que se verificou nas últimas décadas foi o surgimento de novos modelos familiares, não a extinção da instituição. Substituiu-se o modelo familiar único, baseado na autoridade, por um modelo de família denominado “democrático”, com foco nos ideais de igualdade, liberdade e solidariedade (MORAES, 2005a, p. 2). Tais novidades tiveram reflexo no campo legislativo e jurisprudencial. Anteriormente, a organização familiar era estabelecida com base no casamento indissolúvel, caracterizava-se como hierárquica, e, também patriarcal, em que à mulher e aos filhos cabia respeito e submissão à autoridade absoluta do homem (PEREIRA, 2017, p. 55). Ao contrário, a partir de uma paulatina alteração na concepção de família, verifica-se, a partir dos anos sessenta, a valorização dos membros da família em detrimento da instituição; quanto aos filhos, não haveria poder-direito sem a presença do poder-dever. O papel dos pais deixa de ser apenas educar os filhos através de uma “educação retificadora” (corretora e moral), passando a ser reconhecida a necessidade de respeito à individualidade dos filhos, e de suporte para que haja o pleno desenvolvimento da personalidade destes, numa valorização da “pedagogia da negociação”. A autoridade é substituída pela negociação e diálogo, com direitos e responsabilidades mútuas (MACHADO, 2001, p. 11).

A partir de tais transformações, a família como organismo jurídico também sofreu modificação, sendo o advento da Constituição Federal de 1988 marco fundamental neste

processo. Isso porque, apesar da existência de marcos legislativos anteriores, como o Lei nº 4.121/1962 (Estatuto da Mulher Casada) e a Lei nº 6.515/1977 (Lei do Divórcio), foram os institutos constitucionais que promoveram o ingresso de uma nova concepção de família no ordenamento jurídico brasileiro. A Constituição Federal de 1988 considerou a família a base da sociedade (art. 226), definida como democrática a partir da afirmação do Estado brasileiro como Democrático de Direito (art. 1º). Neste sentido, a Carta Magna resolveu expressamente duas das desigualdades presentes na instituição familiar tradicional, prevendo a igualdade dos cônjuges no casamento (art.226, §5º), e a garantia de prioridade às crianças e aos adolescentes (art. 227), deslocando o centro de atenção do grupo familiar para eles (BRASIL, 1988).Ademais, a filiação passou a ser única, sendo abandonada a concepção de família baseada em uma função procriacional, e admitido o estabelecimento de filiação por diversas formas, dentre elas a adoção. Como consequência, a relação filiatória determinada pela adoção passou a deter os mesmos atributos e direitos que são assegurados aos filhos biológicos, não podendo o filho adotivo sofrer qualquer discriminação em relação aos outros filhos (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 907). Diante do reconhecimento constitucional do pluralismo de modelos familiares, a filiação deixa de se resumir ao estado de casado, tornando-se o filho o centro de irradiação de situações jurídicas, cujos interesses convergem para a tutela de sua proteção integral, e cujo vínculo, seja sanguíneo, adotivo, socioafetivo, se identifica ao se considerar o papel do filho e sua proteção.

Conforme a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, aprovada em 1989pela Organização das Nações Unidas (ONU) e ratificada no Brasil através do Decreto nº 99.710/1990, a família passou a ser considerada “grupo fundamental da sociedade e ambiente natural para o crescimento e bem-estar de todos os seus membros, e em particular das crianças”, sendo que a Constituição Federal de 1988 já havia consolidado a solidariedade familiar, atribuindo assistência a cada membro da família (art. 226, §8º), e não apenas à unidade familiar como um todo (BRASIL, 1990).A família, portanto, passa a ser compreendida como instrumento, e não mais como mera instituição, sendo superada a lógica patrimonialista presente por trás da função parental, que deu lugar a uma concepção de poder familiar relacionado ao interesse exclusivo do filho e à satisfação de suas necessidades existenciais (MORAES, 2005a, p. 16).Por conseguinte, as mudanças trazidas ao instituto jurídico familiar a partir da promulgação da Constituição Federal tiveram forte reflexo na legislação infraconstitucional, mais notadamente sobre a Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e sobre a Lei nº 10.406/2002 (Código Civil).

2.2 A doutrina da proteção integral da criança e do adolescente

O artigo 227 da Constituição Federal introduziu a doutrina da Proteção Integral da criança e do adolescente no direito brasileiro, que tutela a dignidade do menor de forma específica para além da tutela abstrata que já existe a partir da interpretação do art. 1º da Constituição¹. Foi atribuída à família, à sociedade e ao Estado a responsabilidade de assegurar “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). Neste dispositivo há clara atuação do princípio do melhor interesse da criança, que foi consolidado na já mencionada Convenção Internacional sobre os direitos das crianças (Resolução nº 77/25 da ONU) de 1989. De acordo com esse princípio, presente no art. 3º da resolução, “os pais, os responsáveis, as instituições, as autoridades, os tribunais ou quaisquer entidades, ao tomarem decisões acerca de crianças, devem optar por aquelas que lhes ofereçam o máximo de bem-estar” (MORAES, 2013, p. 604). Desse modo, esse conjunto de garantias e princípios fundamentais foi incorporado em um microsistema através do Estatuto da Criança e do Adolescente, que assevera a condição desses como sujeitos de direito e adota expressamente a doutrina da proteção integral em seu artigo 1º.

Consoante à correta interpretação civil-constitucional, é possível observar a expansão do conjunto de garantias aos menores de idade, bem como a atribuição de maior responsabilidade aos pais. Contudo, é importante observar que a relação entre pais e filhos é assimétrica, uma vez que o menor ocupa posição de reconhecida vulnerabilidade e a figura paterna mostra-se fundamental para o devido desenvolvimento da personalidade da criança (MORAES, 2005a, p. 20).

2.3 Filiação por adoção e seu procedimento

Conforme aponta Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 333), a primeira regulamentação sistemática da adoção no Brasil se deu a partir do Código Civil de 1916, em que o instituto tinha como finalidade proporcionar a continuidade da família, providenciando filhos para os casais estéreis. Por isso, a adoção era permitida apenas a pessoas de idade superior a 50 anos que não possuíssem filhos legítimos ou legitimados. Com a evolução do instituto, direcionada a um caráter mais humanitário, passou-se a considerar como novo foco

¹Art. 1º, Constituição Federal: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana” (BRASIL, 1988).

da adoção a reinserção de crianças e adolescentes desamparados em um novo lar. Foi nesse contexto que foram publicadas as leis de nº 3.133/1957, nº 4.655/1965 e nº 6.697/1979 (Código de Menores), que gradualmente construíram um conceito de adoção em que se admitia a formação de vínculo de parentesco de primeiro grau em linha reta entre adotante e adotado no Registro Civil, bem como a desvinculação do adotado da sua família de origem. Contudo, mesmo diante do progresso realizado na legislação, os filhos adotivos permaneceram em posição desigual em relação aos filhos biológicos, sendo discriminados em detrimento do vínculo de sangue (GONÇALVES, 2012, p. 334). Tal situação só foi alterada com a promulgação da Constituição Federal, que introduziu no ordenamento brasileiro diversos avanços no que diz respeito à adoção, sobretudo em seu artigo 227, §6º², que conferiu tratamento igualitário aos filhos, independente da origem da filiação, não sendo admitida qualquer distinção entre eles “quanto ao nome, direitos, poder familiar, alimentos e sucessão” (DINIZ, 2007, p. 21). A adoção é, portanto, um meio de filiação, que se tornou única com fundamento na socioafetividade, ética e dignidade das pessoas envolvidas (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 907). Ao inserir alguém em uma família substituta, o Poder Judiciário tem o dever de garantir seu melhor interesse e sua proteção integral, conforme já destacado. Além disso, foi afastada a visão de adoção como meio de conferir um filho a quem não poderia ter por meios biológicos, e passou-se à concepção de adoção como instrumento de efetivação do direito à convivência familiar e à proteção integral do adotado através de sua colocação em família substituta. Ressalta-se a importância da superação da antiga compreensão a respeito desse instituto, visto que a adoção passa a se basear na materialização de uma relação de filiação fundada por afetividade, convivência e amor. Decorre, portanto, de uma escolha mútua de adoção entre adotado e adotante, e não de um instrumento de seleção de filhos pelos pretendentes à adoção (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 908).

Logo, trata-se de um ato de natureza complexa, que exige uma série de atos jurídicos para que haja seu aperfeiçoamento. No ordenamento jurídico nacional, a adoção encontra-se disciplinada em sua base pela Constituição Federal, e de forma aprofundada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente em concomitância com o Código Civil. A incidência dos referidos diplomas legais foi esclarecida de forma definitiva pela Lei nº 12.010/2009 (Lei Nacional de Adoção), que introduziu diversos aperfeiçoamentos ao Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e estabeleceu que a adoção de crianças e adolescentes é regida pelas regras e princípios

² Artigo 227, §6º: “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).

contidos no ECA e na Constituição Federal. Desse modo, foi eliminada a hipótese de adoção de criança e adolescente por ato contratual, devendo haver, necessariamente, processo judicial. Ademais, o ECA exige certos requisitos para tal procedimento, merecendo destaque: o consentimento dos pais ou dos representantes legais de quem se deseja adotar; a concordância do menor, se possuir mais de 12 anos de idade (art. 28, 2º); processo judicial (art. 47); e efetivo benefício para o adotando (art. 43) (GONÇALVES, 2012, p. 347).

A respeito do consentimento dos pais ou representantes legais, verifica-se que tal manifestação não possui qualquer exigência formal, exceto a necessidade de sua ratificação diante de autoridade judiciária e do Ministério Público. Entretanto, de acordo com o artigo 45, §1º do ECA, tal consentimento é dispensável quando os pais são desconhecidos e não constam no registro civil, ou caso tenham sido destituídos do poder familiar. Ao contrário, se houver recusa de algum dos pais, para que a adoção ocorra será necessária destituição do poder familiar por procedimento judicial.

Cumprido emendar, ainda, que o procedimento de habilitação para adoção (art. 50 do ECA) tornou-se obrigatória. O referido procedimento prevê atuação da equipe técnica da Justiça da Infância e Juventude no sentido de orientar e preparar o adotante para o processo (art. 50, §4º). Diante disso, foram criados os cadastros estaduais e o cadastro nacional de adoção para crianças e adolescentes em condições de serem adotados e de pessoas habilitadas à adoção. Desse modo, o adotante deve ingressar com petição inicial de habilitação, passando por período de preparação, para que ao fim o pedido seja deferido e o candidato a adoção passe a integrar o cadastro (PEREIRA, 2017, p. 485). Entretanto, a habilitação pode ser dispensada nas hipóteses do art. 50, §13 do ECA: quando se tratar de adoção unilateral, quando o pedido for feito por parente com o qual o menor possua vínculos de afinidade e afetividade, e quando o pedido for feito por alguém que detém a guarda ou tutela judicial de criança maior de 3 anos de idade, desde que o tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade.

Ademais, deve ser verificado pelo juiz se a adoção contempla efetivo benefício para o adotando, não apenas de ordem objetiva, mas também subjetiva. Logo, é importante que o juiz examine os elementos de prova, ouvindo o adotante, o adotado e seus genitores, quando possível, e promova a realização de estudo psicossocial do caso. Nesse sentido, é de grande relevância o estágio de convivência previsto no art. 46 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Tal período era fixado pela autoridade judiciária de forma discricionária, mas a Lei nº 13.509/2017 alterou o art. 46 do Estatuto, de modo que atualmente há fixação de prazo máximo de 90 dias, que pode ser prorrogado por até igual período mediante decisão

fundamentada do juiz. Nesse período de convivência é realizado estudo psicossocial do caso para verificação das condições do adotante e da adaptação por parte do adotando, com conseqüente expedição de termo de guarda. Tal estado pode ser dispensado excepcionalmente se o adotando já estiver sob guarda ou tutela do adotante por tempo razoável e se verifique a existência do vínculo. Conforme art. 46, §2º do ECA, a simples guarda de fato não dispensa a realização do estágio de convivência. De acordo com Costa (2009, p. 6), tal período não constitui direito instituído em prol do adotante para que seja realizada experiência, mas instaura um momento em favor do adotado para que seja avaliada judicialmente a formação do vínculo socioafetivo, conforme indica o art. 46, §1º do ECA: “O estágio de convivência poderá ser dispensado se o adotando já estiver sob a tutela ou guarda legal do adotante durante tempo suficiente *para que seja possível avaliar a conveniência da constituição do vínculo*” (BRASIL, 1990, grifo nosso).

Após a etapa de convivência, será proferida sentença constitutiva de concessão da adoção. Verifica-se, a partir desse momento, a irrevogabilidade e irretratabilidade da adoção (art. 39, §1º do ECA), em conformidade com a proteção integral infanto-juvenil e com os princípios do Estatuto da Criança e do Adolescente. Desse modo, após o trânsito em julgado da decisão judicial que conferiu a adoção, o rompimento do vínculo estabelecido só será possível por uma nova decisão judicial em ação de destituição do poder familiar. Entretanto, em situações excepcionais e anômalas é possível o “cancelamento” da adoção, com a intenção de proteger os interesses fundamentais e a dignidade do adotado³.

3 POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO ADOTANTE NO CASO DE DESISTÊNCIA DO PROCESSO

3.1 A desistência da adoção durante o estágio de convivência

Como já exposto, a adoção é medida irrevogável. Entretanto, verifica-se que no período compreendido entre o momento de entrega da criança à família adotiva e o momento de conclusão do processo através de prolação de sentença definitiva de adoção é juridicamente possível que os adotantes desistam do feito, “devolvendo” a criança ou o adolescente perante o juízo da Infância e Juventude. Isso também pode se dar em casos de guarda ou de adoção de fato em que um longo período transcorre antes que seja tomada uma decisão a respeito da regularização do caso (FARIA; LEVY; PINHO, 2009, p. 59).

³ Cristiano Chaves Faria e Nelson Rosendal (2015, p. 933) mencionam exemplo de tal exceção, ocorrido perante o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em que foi autorizado o cancelamento da adoção para impedir a caracterização de relação incestuosa entre o adotado e a filha do adotante, inclusive porque o casal já possuía filhos (TJMG, Ap. Cív. 1.0056.06.132269-1/001(1), 2008).

Não existe levantamento estatístico oficial a respeito de casos de “devolução” de menores às instituições de acolhimento, inclusive porque, segundo a corregedoria do Conselho Nacional de Justiça, nem todos os juízes atualizam o cadastro de adoção nacional corretamente com essas informações (FERNANDES; FERREIRA, 2015). Contudo, é possível observar a dimensão do problema através de dados regionais:

Das 35 crianças e adolescentes disponíveis para adoção na Associação Maria Helen Drexel, na zona sul de São Paulo, 11% já passaram por esse drama. Em apenas uma das varas da infância da cidade do Rio de Janeiro, ocorreram oito devoluções no primeiro semestre deste ano. Três de cada dez crianças e adolescentes que estão em abrigos de Santa Catarina foram devolvidos ao menos uma vez. (AZEVEDO, 2011)

Desde 2008, quando foi criado o Cadastro Nacional de Adoção (CNA), 130 crianças entre as 5.561 cadastradas foram devolvidas por pais adotivos. [...] Só na 1ª Vara da Infância e Juventude do Rio foram devolvidas cinco crianças em 2014. (FERNANDES; FERREIRA, 2015)

Destaca-se a ocorrência cada vez mais frequente de casos de menores devolvidos às instituições de acolhimento sem que haja justificativa plausível ou razoável (SPECK; QUEIROZ, 2014, p. 3). Há de se ressaltar que tais casos ocorrem durante o estágio de convivência da adoção e envolvem, geralmente, crianças acima de cinco anos de idade ou adolescentes (KIRCH; COPPATI, 2014, p. 23). Conforme apontam Pereira e Costa (2005, p. 59) esses menores são encaminhados para o acolhimento porque foram abandonados tardiamente por sua família de origem, porque foram vítimas de maus tratos em casos de destituição do poder familiar ou porque permaneceram muitos anos em instituições de acolhimento, sem situação legal definida. Frente a isso, os profissionais das Varas de Infância e da Juventude atualizam periodicamente o cadastro de crianças e adolescentes, verificando quais menores devem ser preparados para colocação em família substituta. A partir de então, quando ocorrer compatibilização de perfis entre pretendentes à adoção e uma criança ou adolescente, o setor técnico judiciário realiza entrevista com o adotante, informando as “características e especificidades da criança/adolescente, sua história de vida, tempo de institucionalização, dificuldades apresentadas em sua vivência na instituição, dentre outras informações” (SILVA, 2008, p.25). Em seguida, o adotante é encaminhado para uma entrevista prévia com a equipe técnica do abrigo, que prestará informações a respeito do estágio de convivência, ocorrendo, em seguida, o primeiro contato com o adotando. À vista disso, é expedido termo de guarda e iniciado o período de convivência.

Entretanto, conforme redação do artigo 35 do Estatuto da Criança e do Adolescente, durante esse período “a guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público” (BRASIL, 1990). Diante disso, como explica

Ladvocat (2014, p. 125), o aspecto provisório e revogável dessa relação facilita a prática de “devolução” do adotando ao Estado, mesmo sem uma justificativa razoável. Além disso, é nesse momento em que se dá o confronto entre o menor imaginado pelos adotantes e o menor real, de modo que comportamentos que não condizem com personalidade, valores, princípios e formas de agir e pensar idealizados podem ocasionar conflito familiar, que, dependendo do indivíduo, pode gerar um grave fator de risco que contribui para a desistência da adoção (KIRCH; COPPATI, 2014, p. 24). Nesse contexto, Speck e Queiroz (2014) apresentam exemplos em que a justificativa familiar para desistência da adoção excede o que pode ser compreendido como razoável ou normal:

Alguns relatos de famílias adotivas se caracterizam por um discurso que atribui o fracasso da adoção unicamente à criança. A esse respeito, destacaremos alguns fragmentos que justificam, segundo a família, a devolução da criança: “ela só queria brincar com os brinquedos da irmã, meu marido ficou aperreado e eu resolvi devolver” – na ocasião a criança contava com apenas um ano e nove meses. [...] Em outro caso, segundo o relato da equipe da instituição, uma única família chegou a devolver três crianças, alegando as seguintes razões: para a primeira criança, a queixa foi que ela estava incomodando os seus filhos, “chega à porta do quarto deles e fica gritando o nome deles sem parar” – os filhos a que se referia, tinham na época 18 e 21 anos de idade -; a segunda criança devolvida por essa família teve por queixa que “a menina ficou pulando no colchão e derramou todo o Toddyinho que estava tomando” – esta criança permaneceu cerca de 20 dias com essa família-, e, por fim, a última devolução foi acarretada pelos motivos “eu disse que ela não levasse o celular para a escola e ela levou; ela estava gripada e não era para abrir a porta da geladeira e ela desobedeceu; e, por fim, a empregada estava passando o pano na casa e ela ficava passando, e eu já perdi empregada uma vez, eu não vou perder outra vez”. Essa criança ia fazer 5 anos e estava sendo deixada na calçada da instituição quando a mãe foi flagrada pela assistente social. (SPECK; QUEIROZ, 2014, p.7)

Situações como as descritas são motivos comuns utilizados pelo adotante para justificar a “devolução” da criança ou do adolescente (FRASSÃO, 2000, p. 80), existindo uma tendência a atribuir unicamente aos menores a responsabilidade pelos problemas na relação. Como apontado por Faria, Levy e Pinho (2009, p. 60), se o menor for integrado à família como filho, qualquer crise não será diferente das vividas com filhos biológicos. Nesse sentido, apontam que a “adoção de uma criança ou de um adolescente exige capacidade de adaptação e a realização de um trabalho de luto, assim como um descolamento da criança real em relação à criança imaginária” (FARIA; LEVY; PINHO, 2009, p. 60). Entretanto, esse aspecto não aparece expresso nos autos processuais, sendo relatado apenas que a criança não está se adaptando e está em conflito com algo já estruturado: a família (FRASSÃO, 2000, p. 80). Observa-se que casos de desistência de adoção como os relatados representam a perpetuação

da concepção secular de dever parental, baseada na existência de uma hierarquia no grupo familiar e no dever dos filhos perante a autoridade absoluta parental. Espera-se que os adotandos se adaptem às expectativas do adotante, e, caso isso não ocorra, tem início um processo de “coisificação” do menor, podendo ser descartado se não corresponder ao modelo relacional desejado pelos pais (FARIA, LEVY E PINHO, 2009, p. 62). Ocorre que a “devolução”, na maioria dos casos, gera consequências muito negativas à criança ou ao adolescente. Como relatado no estudo de Kirch e Coppati (2014), o retorno do menor à casa de acolhimento após período de convivência significa para ele mais uma perda, subsistindo sentimentos de rejeição, abandono e culpa pela experiência familiar frustrada, e ocasiona um quadro de baixa autoestima, problemas emocionais de revolta e de alta agressividade. Além disso, os efeitos traumáticos podem desencadear mecanismos de defesa que prejudiquem um novo investimento de adoção. Devido a isso, algumas crianças passam a manifestar desejo em permanecer na instituição de acolhimento por medo de uma nova experiência negativa (SPECK; QUEIROZ, 2014).

Como já apontado, porém, o estágio de convivência é um período necessário no curso do processo de adoção: o juiz e toda a equipe técnica envolvida poderão avaliar a conveniência de formação do vínculo (LADVOCAT, 2014, p. 125). Segundo a concepção do promotor de justiça Epaminondas Costa (2009, p. 5), a ausência de maior clareza por parte do legislador na redação do artigo 46⁴ do Estatuto da Criança e do Adolescente a respeito da natureza do estágio de convivência não pode ser utilizada como pretexto para adotantes utilizarem esse momento como uma mera experiência, efetuando a “devolução” do adotando se não se satisfizerem. Isso porque, em conformidade com o princípio da prioridade absoluta, expresso no artigo 227 da Constituição Federal, o interesse da criança e do adolescente prevalece sobre qualquer outro interesse. O promotor defende, ainda, que o período de convivência deve se pautar pela clara prescrição da parte final do art. 46, §1º do Estatuto, referente à avaliação da conveniência da constituição do vínculo, bem como pelo artigo 29, que determina a não colocação em família substituta se a pessoa responsável demonstrar incompatibilidade com a medida ou não oferecer um ambiente familiar adequado, e pelo artigo 43, da mesma lei, segundo o qual a adoção será deferida quando apresentar vantagens para o adotando e se fundar em motivos legítimos. Também, o artigo 50 do ECA estabelece em seus parágrafos:

⁴Artigo 46 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990): “A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo máximo de 90 (noventa) dias, observadas a idade da criança ou adolescente e as peculiaridades do caso”(BRASIL, 1990).

§3º A inscrição de postulantes à adoção será precedida de um período de preparação psicossocial e jurídica, orientado pela equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar.

§4º Sempre que possível e recomendável, a preparação referida no § 3º deste artigo incluirá o contato com crianças e adolescentes em acolhimento familiar ou institucional em condições de serem adotados, a ser realizado sob a orientação, supervisão e avaliação da equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude, com apoio dos técnicos responsáveis pelo programa de acolhimento e pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar. (BRASIL, 1990)

Com base nisso, afirma que o estágio de convivência não constitui mero direito do adotante, mas sim um direito-dever, em que se sobreleva o melhor interesse da criança e do adolescente. Ressalta-se que os pleiteantes são orientados por equipe multidisciplinar sobre o ato jurídico-social da adoção, status de filiação, responsabilidade parental. Há a manifestação da compreensão e do desejo de ser família. Por se tratar de uma pessoa em desenvolvimento, tutelar e proteger sua personalidade é essencial no processo de convivência. Portanto, em coerência com o sistema jurídico, e no caso de menor vulnerável, não há legitimidade para afirmar que a “devolução” do adotando é exercício regular de seu direito. Além disso, argumenta que mesmo que o período de coabitação fosse direito garantido em favor do adotante, a fim de que ele também possa avaliar a constituição do vínculo, não seria legítimo o abuso desse direito, na forma do artigo 187⁵ do Código Civil, sob pena de compensação moral ou material. De todo o modo, através do processo de habilitação os adotantes já se encontram plenamente cientes da complexidade do ato de se responsabilizar pelo adotado, principalmente quando considerada a situação de vulnerabilidade a que o menor já foi submetido anteriormente, que levou ao afastamento de sua família de origem e ao seu acolhimento institucional. Diante disso, ao iniciar o estágio de convivência e assumir a guarda do adotando, o adotante assume o compromisso expressamente previsto no artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente: “A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais” (BRASIL, 1990).

Nesse sentido, como já abordado, a descontinuidade da relação durante o período de convivência é a exceção, sendo possível argumentar que tal ruptura poderia ser considerada válida quando decorrente de previsão legal ou de constatação do setor técnico judiciário de que a situação não é benéfica ao menor. Ao contrário, quando o menor é “devolvido” sem

⁵Artigo 187 do Código Civil (Lei nº 10.406/2002): “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. (BRASIL, 2002)

justificativa razoável claramente há abuso por parte do guardião, que considera seu direito como absoluto, e relativiza o dever que o acompanha. Desse modo, ao invés de prover suporte para o desenvolvimento da criança ou do adolescente, acaba causando prejuízo emocional, psicológico e até mesmo físico, e contrariando os fins da adoção, bem como os princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse.

Isto posto, oportuna é a observação de que o próprio termo “devolver”, comumente utilizado nesses casos, é altamente inadequado, pois equivale a “não aceitar”, “recusar” e “rejeitar” coisa, remetendo à desconsideração do adotando como sujeito de direitos.

3.2 A configuração da responsabilidade civil do adotante

Considerando a discussão a respeito do dano sofrido pelo menor nesses casos, bem como a limitação do direito de desistência durante o estágio de convivência, é de extrema relevância a discussão sobre a possibilidade de responsabilização civil dos adotantes. Primeiramente, mostra-se relevante delinear a caracterização do dano moral. Como exposto por Maria Celina Bodin de Moraes, a doutrina nacional considera dano moral “todo sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária” (SAVATIER apud MORAES, 2005, p. 47). No entanto, a autora aponta que diante da importância que a reparação por danos morais apresenta no mundo atual é necessário que se busque edificar uma categoria teórica suficiente para demarcar as especificidades de tal instituto, pois a ausência de tecnicidade nesse sentido tem gerado obstáculos ao desenvolvimento e à justa aplicação da responsabilidade civil perante os jurisdicionados. Nesse sentido, a definição dos limites do princípio constitucional da dignidade humana mostra-se relevante, pois como esta justifica a proteção do ser humano por parte do ordenamento jurídico, alcança todos os ramos dessa ordem; e, por isso, alcança um grau de abstração que dificulta a sua aplicação. Conclui que o dano moral se caracteriza pela violação de algum dos aspectos que compõem e conformam a dignidade humana, quais sejam: liberdade, igualdade, solidariedade (familiar ou social) e integridade psicofísica da pessoa humana (MORAES, 2005b, p. 49).

Por fim, a autora defende que o conceito de dano moral não seja vinculado a disposições emocionais complexas, por serem aspectos subjetivos, intangíveis e inverificáveis; e sim a noções jurídicas consolidadas e tuteladas constitucionalmente pelo ordenamento jurídico e que dizem respeito aos direitos fundamentais. Ademais, aduz que, nesse contexto a discussão não se direciona à apuração do autor do fato danoso. De modo diverso, diz respeito à fixação de critério jurídico, estabelecendo quem, em que condições e

em que condições deve suportar o dano (MORAES, 2009, p. 154). Nesses termos, modernamente, mantém-se a distinção entre danos morais subjetivos e danos morais objetivos. Os de ordem objetiva se refeririam aos direitos de personalidade, e os de ordem subjetiva diriam respeito ao mal sofrido pela pessoa em sua subjetividade.

Quando se trata de vulnerável, de criança e adolescente, cabe a análise de que nas relações parentais o dano oriundo do descumprimento de deveres, como o de convivência, é *in re ipsa*. Isto porque, tratando-se de uma pessoa em desenvolvimento, os danos à sua integridade psicofísica são efetivados pela ausência na participação da formação de sua personalidade e integridade.

Como leciona Maria Celina Bodin de Moraes:

A responsabilidade civil, na atualidade, preocupa-se com a vítima e com os danos por ela sofridos, quase independentemente das razões de quem os causou. Ressarcíveis não são os danos *causados* mas sim os danos *sofridos* e o olhar do Direito volta-se totalmente para a proteção da vítima (MORAES, 2005b, p. 55).

Nesse sentido, deve ser analisado o abuso do direito advindo da mera “desistência” injustificada à adoção, ou seja, sob o paradigma da tutela protetiva da criança e do adolescente. Perpassando a concepção tradicional de ato ilícito subjetivo baseada na culpa, presente no art. 186⁶ do Código Civil, há previsão do ato ilícito objetivo, baseado no abuso do direito como fonte obrigacional, previsto pelo artigo 187: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. (BRASIL, 2002)

3.2.1 Notas sobre o abuso do direito

Ao se analisar o instituto do abuso do direito, faz-se necessária a reflexão acerca do direito subjetivo. Conforme a concepção de Pietro Perlingieri (2007, p. 121): “No ordenamento moderno, o interesse é tutelado se, e enquanto for conforme não apenas ao interesse do titular, mas também àquele da coletividade (situação subjetiva complexa)”. Contudo, a crença tradicional de que um interesse tutelado pelo ordenamento possui um fim em si mesmo incorre em vício metodológico, tendo em vista que o interesse é tutelado se, e enquanto for interesse não apenas do titular, mas também da coletividade. Diante disso, o autor critica a concepção de que a regra corresponde ao direito subjetivo como poder da

⁶Artigo 186 do Código Civil (Lei nº 10.406/2002): “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).

vontade exercido de forma absoluta e arbitrária, e que a exceção corresponde à sua limitação. Diversamente, o que existe é um interesse juridicamente tutelado que já em si mesmo compreende limitações para o seu titular, também devendo estar de acordo com o conteúdo das cláusulas gerais de ordem pública, boa-fé, lealdade, diligência e solidariedade. Desse modo, o abuso do direito não se dá por violação formal de uma norma, mas denota o desvio do agente às suas finalidades sociais⁷, através do exercício de uma conduta que afronta os limites materiais impostos pelo ordenamento jurídico. O abuso do direito se constitui pelo desrespeito ao interesse reconhecido e protegido (em que há que se considerar a sociedade, o coletivo), pelo desvirtuamento de sua função econômica e social, atingindo a esfera jurídica alheia.

Cumprе esclarecer, ainda, a figura do abuso de direito no ordenamento brasileiro. No Código Civil há previsão do ato ilícito como gênero que compreende duas espécies: a do artigo 186, que corresponde à violação do direito alheio; e a do artigo 187, que corresponde ao abuso do próprio direito. Dessa forma, cada espécie tem pressupostos próprios. Como aduz José Carlos Barbosa Moreira (2003, p. 104), para configuração da segunda figura é essencial verificar a presença dos pressupostos enumerados no artigo 187, não do artigo 186. Isso porque, de modo diverso, não haveria equiparação, e sim subsunção da figura do abuso de direito na do ato ilícito consoante artigo 186. À vista disso, verifica-se que para ocorrência de abuso de direito conforme o artigo 187, o sujeito deve violar os limites impostos pela finalidade econômica ou social do direito exercido, pela boa fé ou pelos bons costumes. Sua configuração, portanto, não requer comprovação de dano, tendo em vista que o artigo não faz referência a tal pressuposto. No ato ilícito, o sujeito viola diretamente o comando legal, pressupondo-se, então, que haja previsão expressa da tal conduta. Já no caso de abuso, o sujeito aparentemente age no exercício de seu direito, todavia há uma violação dos valores que justificam o reconhecimento desse mesmo direito pelo ordenamento (CARPENA, 2003, p. 377). Em adequação à estrutura propugnada no Código atual, dever-se-ia compreender o ato ilícito como gênero, que possui como espécie o abuso de direito e o ilícito em sentido estrito. Diversamente, os que equiparam o abuso de direito ao ato ilícito se atentam para a identidade de efeitos. Ou seja, ambos ensejam responsabilidade civil, e incorrem em identidade de sanção. Nesse sentido pode-se identificar abuso de direito em situações existenciais, como nos casos de “desistência” injustificada à adoção, posto que exorbita da

⁷Nesse sentido, o artigo 5º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942) prevê: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum” (BRASIL, 1942).

noção de direito subjetivo, atingindo a esfera jurídica de um menor. Enfim, sempre que houver desrespeito à finalidade econômica ou social do conteúdo da norma, como apresentado, haverá abuso do direito, dotado, portanto, de sanção. Sobre isso, defende Cavalieri:

Neste ponto a razão se coloca ao lado daqueles que entendem que o dano moral está ínsito na própria ofensa, decorre da gravidade do ilícito em si. Se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. Em outras palavras, o dano moral existe *in reipsa*; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso facto* está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis* ou *facti*, que decorre das regras de experiência comum; [...] decorre inexoravelmente da gravidade do próprio fato ofensivo, de sorte que, provado o ato, provado está o dano moral (CAVALIERI apud MORAES, 2009, p. 160).

Face ao exposto, tem-se que a atitude do adotante ao “devolver” o menor durante o estágio de convivência da adoção, utilizando-se de justificativas não dignas, constitui abuso de direito, e dá origem à obrigação de reparação prevista pelo artigo 927 do Código Civil, que dispõe: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” (BRASIL, 2002). Isso pois o adotante voluntariamente deu início ao processo de adoção e obteve a guarda do menor, e, em seguida, descontinuou abruptamente a convivência familiar a que expôs o adotando, sem motivo razoável para tal. A prática desse ato afronta a própria finalidade dos institutos presentes na Constituição e no Estatuto da Criança e do Adolescente, pois fere as garantias destes à dignidade, à convivência familiar e à não discriminação. Em face disso, o princípio da liberdade do adotante, que lhe conferiria a faculdade de desistir da adoção durante a convivência, é contraposto aos princípios da solidariedade familiar e do melhor interesse do menor (MORAES, 2005b, p. 54). Tendo em vista a condição de peculiar vulnerabilidade social do adotando e a responsabilidade assumida pelos adotantes durante o processo de habilitação e assunção da guarda, não é cabível que se valorize a sua liberdade em prejuízo da dignidade, proteção e integridade do menor, considerando a proteção constitucional

4 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL E POSSÍVEIS MEDIDAS DE PREVENÇÃO À DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO

4.1 Análise de caso concreto de desistência

Recentemente, a possibilidade de responsabilização civil dos adotantes por desistência imotivada durante o processo vem sendo mais acolhida pelos tribunais brasileiros. Apesar de

a jurisprudência ainda apresentar divergências quanto ao tema, é possível verificar que o julgador progressivamente tende a reconhecer a obrigação de reparação dos danos causados ao menor adotando. Diante disso, para verificação de tal conjuntura procede-se à análise do julgamento pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais de uma apelação que versa sobre o tema, publicada recentemente.

EMENTA: DIREITO PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL – PEDIDO DE JUSTIÇA GRATUITA REALIZADO NA CONTESTAÇÃO – AUSENTE PROVA DO DEFERIMENTO EM PRIMEIRO GRAU SOMADO À CONDENAÇÃO NA SENTENÇA AOS ENCARGOS DE SUCUMBÊNCIA – APELAÇÃO QUE SE REPORTA AO TEMA – PRELIMINAR REJEITADA – ADOÇÃO – DESISTÊNCIA PELOS PRETENSOS PAIS ADOTIVOS – ABUSO DE DIREITO – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA – DANO MORAL CONFIGURADO – RECURSO NÃO PROVIDO.

- Requerido o benefício na contestação e sendo o réu condenado na sentença ao pagamento dos encargos sucumbenciais, sem ressalva, resta claro o indeferimento do pedido.

- Na hipótese, renovado o pedido de gratuidade judiciária em sede de apelação, deve ser rechaçada a preliminar de deserção.

- O instituto da guarda é significativo e tem ampla repercussão na vida de crianças e adolescentes, em especial, quando antecede ao processo de adoção.

- Apesar de não haver vedação para que os futuros pais adotivos desistam da adoção, a interpretação legislativa das normas do Estatuto da Criança e do Adolescente é no sentido de sempre priorizar e resguardar os seus interesses, não podendo se permitir, pois, a revogação da adoção sob qualquer pretexto.

- Nas relações de família deve-se exigir dos envolvidos um dever jurídico consistente na manutenção de um comportamento ético e coerente, que se traduz na observância ao princípio da boa fé objetiva ou princípio da confiança, sob pena de se configurar o abuso de direito, passível de ser indenizado, com fulcro nos artigos 186 e 187 do Código Civil.

- Os danos morais devem ser arbitrados à luz do cânone da proporcionalidade, em que há relação de causalidade entre meio e fim, entre a ofensa e os objetivos da exemplaridade, e não, da razoabilidade, aplicável quando há conflito entre a norma geral e a norma individual concreta, entre o critério e a medida.

(TJMG, AP. CÍV. Nº 1.0194.12.007673-3/001, 2014)

No caso em questão, o casal adotante assumiu guarda provisória da menor quando ela tinha apenas cinco anos de idade. No curso dos três anos seguintes, verificou-se por meio da realização de estudos psicossociais a integração da adotanda na família, sendo demonstrado expressamente o interesse dos guardiões em efetivar a adoção, e, ainda, que o comportamento social, escolar e familiar da criança havia melhorado gradualmente com o tempo de

convivência em família. Todavia, no final do terceiro ano o casal demonstrou dúvidas a respeito do prosseguimento do feito devido ao nascimento de filha biológica e a crises conjugais. Passados alguns meses, reafirmaram seu interesse na adoção, mas ao final do terceiro ano de convívio com a criança a parte adotante afirmou não ter intenção de continuar com a ação, sob o argumento de que a menor havia retirado da carteira do pai o valor de R\$30,00 para gastar na padaria e depois havia mentido a respeito da origem do dinheiro restante. Nessa decisão, o relator admite a formação de vínculo familiar após o exercício da guarda por prazo superior a três anos, concluindo que os adotantes não agiram de boa-fé, uma vez que desistiram da adoção de maneira abrupta, sem motivação coerente e sem consideração pelos sentimentos da criança. Desse modo, apesar de não haver vedação à desistência da adoção, a guarda acarreta deveres aos pretensos pais adotivos. Aduz, ainda, que a previsão de revogação presente no Estatuto da Criança e do Adolescente atua no sentido de resguardar os interesses dos menores, beneficiando o filho adotado, e não os que desistem de adotar. Pela narrativa dos atos, verificou-se que o motivo alegado como justificativa para desistência não pode ser visto como grave a ponto de suscitar a atitude do casal. Ao contrário, a alegação de furto em casa seria motivo para a atuação dos pais, conforme artigo 33 do ECA, que obriga o responsável a prestar assistência moral, material e educacional ao menor. Porém, atitude dos adotandos diante do problema expôs a criança um novo momento de rejeição e aflição emocional.

Desse modo, como já exposto, o ato de rejeição da criança durante o processo de adoção sem motivo razoável ou situação anormal configura abuso de direito, por excederem os limites materiais impostos pela boa fé e finalidade da norma jurídica. Há incidência, portanto, dos artigos 187 e 927 do Código Civil.

4.2 Prevenção da “devolução”

Em face aos problemas enfrentados que culminam na desistência arbitrária e injustificada do processo de adoção, faz-se necessária intervenção anterior à ocorrência do dano, de maneira a proteger de forma mais efetiva a criança e o adolescente vulnerável. Nesse sentido, foi publicada a Lei nº 13.509/2017, que efetuou diversas mudanças no processo de adoção, incidindo sobre diversas partes do Estatuto da Criança e do Adolescente. Verifica-se que houve alteração nas disposições a respeito do estágio de convivência. Primeiramente, há fixação de prazo máximo de duração do estágio de convivência, que passa a ser 90 dias ao invés de ser estipulado pelo juiz a cada caso, conforme nova redação do artigo 46 do Estatuto.

Tal prazo poderá ser renovado por até igual período, sendo necessária decisão fundamentada da autoridade judiciária. Desse modo, o período de convivência poderá durar 180 dias caso seja necessário. Além disso, foi estipulado prazo de 15 dias, contados após o fim do estágio de convivência, para que o guardião proponha ação de adoção, conforme artigo 19-A do ECA. Houve, também, redução do prazo máximo no qual o menor permanecerá em programa de acolhimento institucional, de dois anos para um ano e meio, bem como estipulação de prazo para proposição de ação de adoção após receber guarda de menor para esse fim. Diante dessas alterações, questiona-se a eficácia da delimitação de prazos considerando a grande carga processual nas Varas da Infância e da Juventude, e a complexidade do trabalho desenvolvido pelo setor técnico, que é essencial para a tutela das garantias fundamentais dos menores envolvidos. Entretanto, como a alteração legislativa é recente, não é possível averiguar os efeitos produzidos no momento.

Destaca-se, também, o programa de apadrinhamento implementado na forma do artigo 19-B do ECA, que consiste em um estímulo no sentido de promover a formação de vínculos afetivos entre a criança ou adolescente que se encontra em acolhimento familiar ou institucional e pessoas da comunidade. Os voluntários para apadrinhamento são avaliados por meio de estudo psicológico, não podem estar na fila para a adoção nem detém a guarda do afilhado, de modo que ao ingressar no programa passam a ter a possibilidade de conviver em finais de semana, feriados, datas comemorativas, férias e afins com o menor. (CNJ, 2017). Este é um claro incentivo à formação de referências afetivas para os menores em situação de vulnerabilidade em acolhimento. Considerando essas possibilidades, é essencial a atuação do setor técnico judiciário no sentido de esclarecer as responsabilidades inerentes ao contato com o menor e a definição da natureza da relação para que a indefinição do adulto não acarrete danos para a criança e o adolescente envolvido, mas, ainda assim, preservando as suas possibilidades de reintegração afetiva e familiar.

CONCLUSÃO

O presente artigo visou demonstrar a transformação ocorrida na concepção de família durante as últimas décadas e a conseqüente valorização do vínculo socioafetivo como base de formação da filiação, que afetaram a dinâmica familiar no sentido de priorizar os interesses e necessidades dos filhos. Nessa acepção, foi analisado o reflexo que tais mudanças acarretaram na legislação, sendo identificada a adoção da doutrina da proteção integral no ordenamento jurídico brasileiro, bem como o reconhecimento do menor como sujeito de direitos

fundamentais. Em face disso, procedeu-se ao estudo do procedimento de adoção, tendo em vista as garantias à dignidade humana e à convivência familiar conferidas à criança e ao adolescente.

Em seguida, foi evidenciada a ocorrência cada vez mais frequente de desistências por parte dos pretendentes à adoção durante o estágio de convivência no processo. Em face disso, foi examinada a situação de vulnerabilidade dos menores propensos à adoção e o procedimento de preparação do adotando e do adotante antes de seu primeiro contato. A partir de então foram examinados casos de desistência e as justificativas apresentadas por adotantes para a “devolução” do menor à instituição de acolhimento, que foram consideradas desarrazoadas frente ao dever parental que estes se propuseram adempenhar e às garantias fundamentais do adotando. Isto posto, considerando as consequências que este ato acarreta na vida dos adotandos, mostrou-se necessária a definição da finalidade do estágio de convivência no processo de adoção para que seja esclarecido qual dos direitos contrapostos deve ser preferido no ato de desistência injustificada. Ao se identificar a proteção conferida ao menor pelos institutos do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Constituição, é possível aferir que os adotantes que se utilizam de sua liberdade nesse momento processual para realizar um período de experiência sem consideração aos deveres que assumiram estão, na verdade, abusando de seu direito, em oposição ao propósito das normas de adoção.

Diante de tal conclusão, foi investigado o instituto do abuso de direito, que ensejaria reparação cível por danos morais ao adotante. A partir disso, tornou-se relevante a definição do dano moral, bem como da dignidade humana, uma vez que este princípio é a base de todas as garantias fundamentais no ordenamento, chegando-se à conclusão que o dano moral deve ser aferido a partir da fixação de um critério jurídico de definição de quem deve suportar a consequência do ato. Observou-se que atualmente um interesse é tutelado juridicamente quando atende a uma finalidade social e comunitária, e não apenas à vontade individual de um sujeito, e, por isso, o direito decorrente desse interesse é acompanhado por limitações na forma de deveres. Nesse sentido, a realização de ato contrário ao interesse tutelado e que atinge a esfera jurídica alheia pode ser reconhecido como abuso de direito, considerado espécie de ato ilícito de ordem objetiva, não requerendo, por isso, comprovação de dano. Diante disso, o ato de desistência injustificada no processo de adoção pode ser percebido como abuso de direito por parte dos adotantes, que atuam contra as garantias e proteções fundamentais aferidas às crianças e aos adolescentes vulneráveis.

Por conseguinte, verificada a possibilidade de responsabilização dos pretendes à adoção nessas hipóteses, procedeu-se à análise da aplicação desse entendimento em um caso

concreto através de um julgado pertinente a uma apelação cível. Em seguida, algumas das propostas para prevenção da ocorrência da “devolução” foram examinadas, com especial enfoque a alterações recentes no tratamento jurídico da adoção pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que buscaram solucionar os problemas relatados neste trabalho, não sendo possível definir sua eficácia até o momento.

Por fim, conclui-se que pela possibilidade de responsabilização civil dos adotantes na hipótese de desistirem do processo injustificadamente, bem como pela conformidade desse entendimento com a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente. Contudo, verifica-se a necessidade de realização de mais estudos nesse campo, para que o processo de adoção seja aprimorado e venha a atender os interesses do menor vulnerável de forma mais eficaz.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Solange. **O segundo abandono**. In: Revista ISTO É, 18 out. 2011. Disponível em: <http://www.istoe.com.br/reportagens/168178_O+SEGUNDO+ABANDONO>. Acesso em 16 maio 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 abr. 2018.

_____. Decreto-lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 17 maio 2018.

_____. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 14 abr. 2018.

_____. Lei nº 3.133, de 08 de maio de 1957. Atualiza o instituto da adoção prescrita no Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1950-1969/L3133.htm>. Acesso em: 12 abr. 2018.

_____. Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962. **Estatuto da Mulher Casada**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm>. Acesso em: 10 abr. 2018.

_____. Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. **Lei do Divórcio**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6515.htm>. Acesso em: 10 abr. 2018.

_____. Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979. **Código de Menores**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6697-10-outubro-1979-365840-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 01 abr. 2018.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 01 abr. 2018.

_____. Lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nos 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências. **Lei Nacional de Adoção**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm>. Acesso em: 12 abr. 2018.

_____. Lei nº 13.509, de 22 de novembro de 2017. Dispõe sobre adoção e altera a Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13509.htm>. Acesso em: 10 abr. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0056.06.132269-1/001(1). Relator: Des. Nepomuceno Silva. Barbacena, MG, 06 de dezembro de 2007. **Diário de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte, 09 jan. 2008.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0194.12.007673-3/001. Ivanilda de Sales Barreto, Rodrigo Roberto Moreira da Silva e outros. Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Desembargador Luís Carlos Cambogi. Coronel Fabriciano, MG, 10 de setembro de 2014. **Diário de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Disponível em: <http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_peca_movimentacao2.jsp?numeroVerificador=101941200767330012>. Acesso em: 10 maio 2018.

CARPENA, Heloisa. O abuso do Direito no Código de 2002: relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo. (Coord.). **A parte geral do Novo Código Civil: estudos naperspectiva civil-constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

(CNJ), Conselho Nacional de Justiça, **CNJ Serviço: entenda a diferença entre adoção, apadrinhamento e acolhimento**. 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84494-cnj-servico-entenda-a-diferenca-entre-adocao-apadrinhamento-e-acolhimento>>. Acesso em: 14 maio 2018.

COOPER, David. **The death of the family**. California: Pantheon Books, 1971. 145 p.

COSTA, Epaminondas da. **Estágio de convivência, “devolução” imotivada em processo de adoção de criança e adolescente e reparação por dano moral e/ou material**. 2009. Tese aprovada por unanimidade no XVIII Congresso Nacional do Ministério Público/CONAMP, realizado na cidade de Florianópolis-SC, no ano de 2009. Disponível em: <https://www.mpma.mp.br/arquivos/CAOPIJ/docs/Art_9._Devolucao_imotivada_de_adotado_-_indenizacao_por_danos_morais_MPMG.pdf>. Acesso em: 10 maio 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 5. v.

FARIA, MásciaMoscon de; LEVY, Lidia; PINHO, Patrícia Glycerio. "Família é muito sofrimento": um estudo de casos de "devolução" de crianças. **Psico**, Porto Alegre, v. 40, n. 1, p.58-63, jan. 2009. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/revistapsico/article/view/3730/4142>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERNANDES, Letícia; FERREIRA, Paula. **Devolvidas após primeira adoção, crianças superam trauma e vivem felizes com novos pais**. 2015. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/devolvidas-apos-primeira-adocao-criancas-superam-trauma-vivem-felizes-com-novos-pais-17131243>>. Acesso em 16 maio 2018.

FRASSÃO, Márcia Cristina Gonçalves de Oliveira. **Devolução de crianças colocadas em famílias substitutas**: uma compreensão dos aspectos psicológicos através dos procedimentos legais. 2000. 156 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Psicologia, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2000. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/78106>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. São Paulo: Saraiva, 2012, 6v.

KIRCH, Aline Taiane; COPATTI, Livia Copelli. Criança e adolescente: a problemática da adoção e posterior devolução às casas de acolhimento. **Prisma Jurídico**, São Paulo, v. 13, n. 1, p. 13-36, jan./jun. 2014.

LADVOCAT, Cynthia. Devolução de crianças em guarda provisória: consequências jurídicas do rompimento. In: LADVOCAT, Cynthia; DIUANA, Solange. **Guia da adoção**: no jurídico, no social, no psicológico e nas famílias. São Paulo: Roca, 2014. p. 123-137.

MACHADO, Lia Zanotta. Famílias e individualismo: tendências contemporâneas no Brasil. **Interface (Botucatu)**, Botucatu, v. 5, n. 8, p. 11-26, fev. 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-32832001000100002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 17 maio 2018.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A família democrática. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5., 2005a, Belo Horizonte. **Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. 25 p. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/31.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2018.

_____. A nova família, de novo. Estruturas e função das famílias contemporâneas. In: *Pensar*, Fortaleza, v. 18, n. 2, p. 587-628, maio/ago. 2013.

_____. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil - constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. 356 p.

_____. Deveres parentais e responsabilidade civil. **Revista Brasileira de Direito de Família**, n. 31, p. 39-66. Ago./set. 2005b.

_____. MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 95, n. 854, p.11-37, dez. 2006. Disponível em: <https://www.academia.edu/13812801/Risco_solidariedade_e_responsabilidade_civil?auto=download>. Acesso em: 08 maio 2018.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Abuso de Direito. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 13, p.97-110, 2003. Edição de jan./mar. Disponível em: <http://www.coad.com.br/busca/detalhe_42/230/Doutrina>. Acesso em: 25 maio 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: direito de família. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 5, 2017.

PEREIRA, Juliana Maria Fernandes; COSTA, Liana Fortunato. Os desafios na garantia do direito à convivência familiar. **Journal Of Human Growth And Development**, São Paulo, v.

15, n. 1, p.19-31, abr. 2005. Disponível em:
<<https://www.revistas.usp.br/jhgd/article/view/19746/21811>>. Acesso em: 16 maio 2018

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. Tradução de: Maria Cristina de Cicco.

SILVA, Monik Fontoura. **“Devolvido ao remetente”**: uma reflexão sobre a devolução de crianças e adolescente adotados em Florianópolis. 2008. 70 f. TCC (Graduação) - Curso de Serviço Social, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/119332>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

SINGLY, François de. **Sociologia da família contemporânea**. Tradução Clarice Ehlers Peixoto. Rio de Janeiro: FGV, 2007. 208 p. Tradução de: Sociologie de la famille contemporaine.

SPECK, Sheila; QUEIROZ, Edilene Freire de. O sofrimento psíquico nos casos de devolução das crianças adotadas. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE PSICOPATOLOGIA FUNDAMENTAL, 12., 2014, Belo Horizonte. **Proposta de mesa redonda**. Belo Horizonte: [S.I., s.n.]. p. 01 - 09. Disponível em: <<http://docplayer.com.br/16532008-Xii-congresso-brasileiro-de-psicopatologia-fundamental-tema-pathos-e-saude-belo-horizonte-de-04-a-07-de-setembro-de-2014-proposta-de-mesa-redonda.html>>. Acesso em: 10 maio 2018.