

**FUNDAÇÃO EDUCACIONAL MACHADO DE ASSIS
FACULDADES INTEGRADAS MACHADO DE ASSIS
CURSO DE DIREITO**

GABRIELE CRISTINA STEFFLER

**A RESPONSABILIDADE CIVIL POR DESISTÊNCIA DE ADOÇÃO DE CRIANÇAS
E ADOLESCENTES
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

Santa Rosa
2017

GABRIELE CRISTINA STEFFLER

**A RESPONSABILIDADE CIVIL POR DESISTÊNCIA DE ADOÇÃO DE CRIANÇAS E
ADOLESCENTES
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

Monografia apresentado às Faculdades Integradas Machado de Assis, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof.º Ms. Marcos Costa Salomão

Santa Rosa
2017

GABRIELE CRISTINA STEFFLER

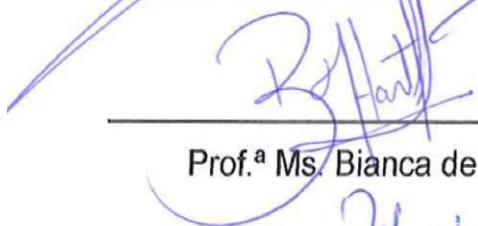
**A RESPONSABILIDADE CIVIL POR DESISTÊNCIA DE ADOÇÃO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

Monografia apresentada às Faculdades Integradas Machado de Assis, com requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

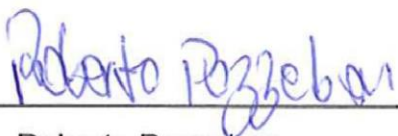
Banca Examinadora



Prof. Ms. Marcos Costa Salomão – Orientador



Prof.ª Ms. Bianca de Melo Hartfil



Prof. Ms. Roberto Pozzebon

Santa Rosa, 21 de novembro de 2017.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho, primeiramente, a minha querida família, que esteve sempre ao meu lado, incentivando e apoiando.

Dedico também, à todas as crianças e adolescentes que foram abandonadas.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pela força e fé a mim concedidas. A minha amada filha Helena, pela paciência ante os momentos de ausência, quando tive que deixá-la para me dedicar aos afazeres pedagógicos. Ao meu querido marido Rodrigo, pela compreensão, companheirismo e apoio nessa trajetória de cinco anos. A minha afável mãe Márcia, por todo o carinho, incentivo e auxílio. Aos meus avós Vilma e Augusto, por serem tão prestativos e motivadores. Ao meu pai Jorge, por todos os ensinamentos passados, que onde quer que esteja, está sempre me protegendo. Ao meu pai de coração, Élio, por todo incentivo. E, ao Prof. Marcos, que com seu vasto conhecimento, me orientou e mostrou o caminho certo a seguir.

E de repente, num dia qualquer, acordamos e percebemos que podemos lidar com aquilo que julgávamos maior que nós mesmos. Não foram os abismos que diminuíram, mas nós que crescemos.

Fabíola Simões

RESUMO

O tema do presente trabalho de conclusão de curso trata da Responsabilidade Civil no processo de adoção, tendo como delimitação temática a análise da indenização por dano moral na ocorrência de desistência de adoção ou na devolução da criança adotada, quando iniciado o estágio de convivência, por meio da investigação jurisprudencial, junto ao TJRS, TJPR, TJMG, TJSC e TJMS, com processo de pesquisa entre os anos de 2009 e 2017. O problema de pesquisa indaga em que medida é possível a Responsabilização Civil dos pretendentes à adoção que praticam a devolução da criança, durante o estágio de convivência? Tendo como objetivo geral analisar o entendimento doutrinário e jurisprudencial, no tocante à possibilidade da indenização por dano moral em face da desistência da adoção, quando já iniciado o estágio de convivência, compreendendo o instituto da adoção e da Responsabilidade Civil Subjetiva. O presente estudo é importante, uma vez que aborda uma problemática atual, inquietante e pouco debatido, pois normalmente as crianças que são encaminhadas para integrarem a lista de adoção vêm de um ambiente familiar traumático, e ao serem devolvidas quando já inseridas na família pretendente à adoção, lhes passa a imagem de uma nova rejeição, que certamente causará sérios prejuízos psicológicos. O estudo do presente trabalho tem fundamentação teórica, com geração de dados por meio do método qualitativo, tendo caráter exploratório e fins explicativos. Sendo utilizada a documentação indireta, primárias e secundárias. Para a análise e interpretação dos dados, o método a ser abordado é o hipotético dedutivo. O primeiro capítulo prevê a evolução das leis protecionistas ao menor, no tocante ao instituto da adoção, sendo dividido em três tópicos, o primeiro trata dos princípios constitucionais do direito de família; o segundo da progressão histórica das leis protecionistas à criança e ao adolescente; e o terceiro versa sobre o instituto da adoção e seu procedimento. Já o segundo capítulo aborda a Responsabilidade Civil no direito brasileiro por desistência de adoção durante o estágio de convivência, também estando dividido em três tópicos; onde o primeiro narra a Responsabilidade Civil Subjetiva: a conduta culposa, o nexo causal e o dano; o segundo retrata a violação da confiança e o dano sofrido pelo menor; e, por fim, o terceiro fala da obrigação de indenizar na ocorrência de desistência de adoção, quando iniciado o processo de convivência. Em suma, com a pesquisa concluiu-se que, além de ser cabível, a indenização por danos morais serve como medida a coibir ações como a desistência da adoção, bem como para proteger o direito da criança ou adolescente, em atenção aos princípios da proteção integral e do melhor interesse da criança e adolescente.

Palavras chave: adoção – abandono – estágio de convivência – Responsabilidade Civil.

ABSTRACT

The subject of this final paper deals with Civil Responsibility in the adoption process, the subject delimitation the analysis of compensation for moral damages in the occurrence of withdrawal from adoption or in the return of the adopted child, when the stage of coexistence begins, through study of case law, from TJRS (Rio Grande do Sul State Court of Law), TJMG (Minas Gerais State Court of Law), TJSC (Santa Catarina State Court of Law) and TJMS (Mato Grosso do Sul State Court of Law), with a research process among years 2009 and 2017. The research problem asks to what extent it is possible the Civil Responsibility of the adoption applicants practice the return of the child, during the stage of coexistence? The general aim is analyzing doctrinal and case law understanding, associated with the possibility of compensation for moral damages in the face of the abandonment of the adoption, when already begun coexistence stage, including the institute of adoption and Civil Subjective Responsibility. This study is important, since it approaches a current problematic, worrying and not much discussed topic, thus normally children who are referred to the adoption list come from a traumatic family environment, and when they are returned when already enrolled in the adoption, gives them the image of a new rejection, which will certainly cause serious psychological damage. The study of this paper has theoretical basis with data generation through qualitative method, having exploratory character and explanatory purposes. Indirect, primary and secondary documentation are used. For the analysis and interpretation of data, the method to be approached is the hypothetical deductive. The first chapter foresees the evolution of minor protection law, in relation to the institute of the adoption, it will be divided in three topics, the first deals with family law's fundamental constitutional principles; the second one is about the historical progression of children and adolescents protectionist laws; and the third one attends about the institute of adoption and its procedure. The second chapter deals with Brazilian law Civil Responsibility for adoption abandonment during the coexistence stage, it also will be divided into three topics; which the first one tells about the Civil Subjective Responsibility: culpable conduct, causal nexus and the damage; the second depicts breach of trust and the damage suffered by the minor; and, finally, the third focus on the indemnification obligation in the occurrence of adoption abandonment, when the process of coexistence has begun. In short, the research concluded that, besides being applicable, compensation for moral damages serves as a measure to curb actions such as the abandonment of adoption, as well as to protect the child or adolescent's right, according to integral protection and the best interest of the child and adolescent principles.

Keywords: adoption – abandonment – coexistence stage – Civil Responsibility.

LISTA DE ABREVIações, SIGLAS E SÍMBOLOS

Prof. – Professor

Ms. – Mestre

TJRS – Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

TJMG – Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

TJSC – Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

TJPR – Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

TJMS – Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul

CF/88 – Constituição Federal de 1988

CC/2002 – Código Civil de 2002

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

art. – artigo

ONU – Organização das Nações Unidas

SAM – Secretaria de Amparo ao Menor

nº - número

REsp – Recurso Especial

STJ – Superior Tribunal de Justiça

CONANDA – Conselho Nacional

CPF – Cadastro de Pessoas Físicas

inc. – inciso

§ - parágrafo

Dr. – Doutor

ed. – edição

DF – Distrito Federal

p. – página

rev. – revista

atual. – atualizada

ampl. – ampliada

TJ – Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 EVOLUÇÃO DAS LEIS PROTECIONISTAS A CRIANÇA E AO ADOLESCENTE, NO TOCANTE AO INSTITUTO DA ADOÇÃO	13
1.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO DIRETO DE FAMÍLIA	14
1.2 PROGRESSÃO HISTÓRICA DAS LEIS PROTECIONISTAS A CRIANÇA E AO ADOLESCENTE.....	22
1.3 O INSTITUTO DA ADOÇÃO E SEU PROCEDIMENTO	26
2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO POR DESISTÊNCIA DE ADOÇÃO DURANTE O ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA	34
2.1 RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA: A CONDUTA CULPOSA, O NEXO CAUSAL E O DANO	34
2.2 DA VIOLAÇÃO DA CONFIANÇA E O DANO SOFRIDO PELA CRIANÇA OU ADOLESCENTE	40
2.3 A OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR NA OCORRÊNCIA DE DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO, QUANDO INICIADO O ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA.....	44
CONCLUSÃO	52
REFERÊNCIAS.....	55

INTRODUÇÃO

A adoção concretiza-se com a sentença final, entretanto, antes disso, existem vários passos a serem seguidos tanto pelo adotante quanto pela criança adotada, sendo um desses passos o estágio de convivência.

O objetivo das leis direcionadas às crianças e adolescentes é, justamente, salvaguardar sua integridade, bem como tornar todo o processo o menos doloroso possível para a criança que está aguardando na lista de adoção, considerando que já provém de uma relação familiar biológica desestruturada.

Sabe-se que a adoção se trata de procedimento irrevogável e irretroatável uma vez que efetivada. Ocorre que, por não haver vedação legal que proíba os pretendentes a devolver a criança durante o estágio de adaptação, está prática vem se tornando corriqueira. Seja por justificativa de inadequação da criança a nova família, ou outros motivos banais, como mau comportamento.

E esse justamente é o tema a ser trabalhado no presente estudo, que visa analisar a possibilidade de responsabilizar civilmente o pretende a adoção que devolver a criança ou adolescente em estágio de convivência. Nesse contexto, almeja-se avaliar a partir do problema de pesquisa se é cabível a Responsabilidade Civil na desistência de adoção quando implementado o estágio de convivência.

Outrossim, tem-se por objetivo geral analisar, por meio de entendimento doutrinário e jurisprudencial, com pesquisa junto ao TJRS, TJSC, TJPR, TJMS e TJMG, durante os anos de 2009 e 2017 se é possível a indenização por dano moral em face da desistência da adoção, quando já iniciada a implementação da criança à família adotante.

Os anseios a serem alcançados com a pesquisa, pressupõe a existência de princípios constitucionais, estando entre eles os princípios da proteção integral e do melhor interesse da criança que devem ser respeitados para a concretização de uma sociedade justa e igualitária, seja para fortificar as relações familiares ou seja para advertir possíveis pais adotantes de que a conduta da desistência é extremamente prejudicial à criança ou adolescente e seu desenvolvimento pessoal.

À vista disso, os objetivos peculiares giram em torno do estudo da evolução histórica do processo de adoção e os princípios constitucionais de direito de família. Assim como, pesquisar acerca do instituto da Responsabilidade Civil e a possibilidade de sua aplicação na desistência da adoção, com a conseqüente devolução da criança durante o processo de adoção, demonstrando, por fim, o entendimento doutrinário e jurisprudencial do TJRS, TJSC, TJPR, TJMS e TJMG.

Estruturalmente, o primeiro capítulo que trata da evolução das leis protetoras da criança e ao adolescente, no tocante ao instituto da adoção, será dividido em três subcapítulos. Em um primeiro momento, realiza-se um estudo sobre os princípios constitucionais atinentes ao direito de família. A partir disso, buscou-se verificar a progressão histórica das leis protetoras da criança e ao adolescente, com uma retrospectiva do direito nacional e internacional. Ainda, no terceiro subtítulo, há uma explanação sobre o instituto da adoção, com o seu procedimento, permeando os caminhos da destituição do poder familiar até a efetiva adoção.

O segundo capítulo aborda a Responsabilidade Civil no direito brasileiro por desistência de adoção quando já implementado o estágio de convivência, estando também dividido entre três itens. Em uma primeira ocasião, serão analisados os requisitos da Responsabilidade Civil Subjetiva, dentre eles a conduta culposa, o nexo causal e o dano. Posteriormente, em uma segunda oportunidade, será estudada a violação da confiança e o dano sofrido pela criança ou adolescente. E, por fim, tratar-se-á da obrigação de indenizar na ocorrência de desistência de adoção, quando iniciado o processo de convivência, colacionando ementas de decisões dos Tribunais Estaduais.

Ainda, importa mencionar que para a efetivação da investigação sobre o tema, será utilizado como meios metodológicos a pesquisa teórica, com a leitura de doutrinas, artigos, revistas, notícias e jurisprudências atinentes ao tema. Como método de abordagem será utilizado o método hipotético dedutivo, que trata da união do dedutivo com o indutivo, onde parte-se de um problema ou necessidade presente na sociedade, buscando-se uma resposta junto à doutrina e jurisprudência, baseada em hipóteses que visam solucionar a controvérsia. Depois se volta ao problema e se aplica as hipóteses aferidas com o estudo.

O presente estudo representa grande importância, pois sua análise ressalta a compreensão e entendimento pela sociedade da criança como sujeito de direitos, os quais devem ser preservados tanto pelo Estado como pela comunidade em geral. Isto

porque, ao ser devolvida, cria-se na criança um sentimento de uma nova rejeição, um novo abandono, ferindo assim, um de seus direitos mais fundamentais, sua dignidade.

1. EVOLUÇÃO DAS LEIS PROTECIONISTAS A CRIANÇA E AO ADOLESCENTE, NO TOCANTE AO INSTITUTO DA ADOÇÃO

A sociedade passa por uma fase de grandes inovações no tocante ao direito da criança e do adolescente. À proporção que as crianças e adolescentes deixaram de ser apenas objetos de proteção, passando a ser sujeitos de direitos, contando com a proteção integral a seu favor (MACIEL, 2014).

A proteção integral, tida como preceito constitucional por encontrar-se expressa no art. 227, da Constituição Federal de 1.988, foi fundamental para a afirmação do melhor interesse da criança/adolescente, os quais após o advento da Carta Maior passaram a ser entendidos como sujeitos de direito, sendo colocados em prioridade dentro do sistema jurídico pátrio (BRASIL, 1988).

Para tanto, fez-se necessária a confecção de diploma legal que abordasse especificadamente a matéria, o que, culminou com o surgimento, em 13 de julho de 1990, da Lei nº 8.069 (Estatuto da Criança e do Adolescente), que visa afirmar a doutrina da proteção integral, destinada a criança/adolescente, salvaguardando seu desenvolvimento físico, mental, social, moral e espiritual, observada a dignidade e a liberdade (PEREIRA, 2015).

Cabendo a família, sociedade e Estado o dever de prestar todo o suporte e zelar por este desenvolvimento, “[...] dando absoluta prioridade à efetivação dos direitos inerentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.” (PEREIRA, 2015, p. 319).

Da mesma maneira, o Código Civil de 2002 contém um capítulo próprio destinado à organização familiar, instituindo regras e diretrizes para bem desempenhar a função incumbida aos pais, filhos e demais familiares (MADALENO, 2011). Já, em relação à adoção o legislador optou por abordá-la no ECA, fazendo menção a isso no CC/2002, no art. 1.618 (BRASIL, 2002).

Nesse interim, indispensável a compreensão histórica dos direitos da criança e do adolescente, permeando os princípios constitucionais que enraizaram o direito de família, bem como a influência externa do direito internacional na ascensão dos direitos conferidos às crianças e adolescentes até se chegar as garantias de hoje, previstas na CF/88, no ECA e no CC/2002. Para, ao fim do terceiro item, adentrar no tema da adoção, com seus requisitos e

particularidades, em alusão a Lei Nacional de Adoção nº. 12.010/2009, responsável em alterar o ECA, o CC/2002, a Lei 8.560/1992 e a antiga Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) (BRASIL, 2009).

1.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO DIREITO DE FAMÍLIA

Precipualemente, a Constituição Federal de 1988 provocou uma verdadeira revolução no sistema jurídico brasileiro, implementando diversas inovações no que diz respeito às relações interpessoais (BRASIL, 1988).

Com isso, o Direito de Família passou a ter mais atenção do legislador, deixando de ser engessado e hierarquizado, como outrora. O que garantiu alguns direitos que antes eram cerceados.

Em verdade, o Direito de Família, assim como os demais previstos em nossa Magna Carta, passou a ter uma sistematização para sua aplicação, por meio de princípios, regras gerais e conceitos, que por vezes permitem uma interpretação extensiva da Constituição (MADALENO, 2011).

Por muito tempo os princípios foram considerados fontes secundárias do direito, com o fim de suprimir omissões da legislação. A Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB) tratou a matéria em seu art. 4º, tendo a seguinte redação: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” (BRASIL, 1942).

Verifica-se que, com o advento da CF/88 houve uma verdadeira transformação na aplicabilidade dos princípios, uma vez que se tornaram fundamentais à interpretação do direito, integrando o topo da lista normativa. Conforme ensina Pereira:

A constitucionalização dos direitos, contudo, promoveu verdadeiro giro de Copérnico, pois elevou os princípios ao topo da pirâmide normativa, como fundamentos de toda a ordem jurídica. Constituem a fonte, por excelência, da unidade do direito privado, configurando um sistema aberto. No mundo contemporâneo, os princípios, em razão de sua ductilidade e adaptabilidade, são os instrumentos jurídicos apropriados para lidar com as mutações sociais, contribuindo para o avanço da sociedade e para a afirmação dos valores de justiça. (PEREIRA, 2015, p. 105-106).

Logo, o sistema jurídico brasileiro é formado por regras e princípios. Na medida em que as primeiras são taxativas e imperativas. Já os princípios são

flexíveis, podendo o mesmo princípio ser aplicado de forma distinta, em casos análogos (LENZA, 2013).

Neste caso, salienta-se o modelo criado por Robert Alexy acerca da sobreposição de regras e princípios. Na medida em que, conceitua regras como imperativas, pois “Se uma regra vale, então, deve-se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos.” (ALEXY, 2008, p. 90).

Por conseguinte, para Alexy princípios são “[...] mandados de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.” (ALEXY, 2008, p. 90).

E existindo colisão entre princípios, aplica-se o conceito de precedência condicionada, no qual um princípio cede ao outro. (SAPUCAIA, 2011). Nesse sentido, narra Alexy:

[...] um dos princípios terá de ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face de outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão de precedência pode ser resolvida de forma oposta.” (ALEXY, 2008, p. 93-94).

Diferentemente, havendo colisão entre regras a solução parece mais razoável, uma vez que não sendo exequível a inserção de uma cláusula de exceção em uma das regras contraditórias, uma delas deve ser declarada inválida, pois não é aceitável existirem dois juízos diversos acerca da mesma contenda (SAPUCAIA, 2011). Este também é o entendimento de Pereira, na medida em que afirma:

Quando um princípio entra em colisão com outro (e.g.: dignidade de uma pessoa versus integridade física de outra), para que um seja prevalecente, resolvendo-se a aparente antinomia, o caso concreto é que indicará a solução, mediante a utilização pelo intérprete do instrumento hermenêutico de ponderação dos valores em causa, ou do peso que o caso concreto provocar em cada princípio. Um deles tem de ceder para o outro, mas sem perder a validade. (PEREIRA, 2015, p. 106).

Com efeito, para compreendermos a origem dos princípios, imperiosa a compreensão do conceito de direito fundamental, do qual derivam as premissas

principiológicas e que difere em muito da consideração dada à expressão “direitos humanos”, que por vezes se confunde com o primeiro instituto (SARLET, 2012). Nessa perspectiva explica SARLET:

Em que pese sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional). (SARLET, 2012, p. 29).

Ultrapassada a questão da efetivação principiológica alusiva, passa-se ao enfrentamento dos preceitos expressos e implícitos inerentes ao direito de família, previstos em nossa Constituição e intrínsecos nos dispositivos legais ordinários.

Porquanto, em primeiro plano, verificamos os princípios fundamentais, dentre eles a dignidade da pessoa humana e a solidariedade. E em segundo plano constatam-se os princípios gerais, encrustados em nosso direito pátrio, sendo eles a igualdade, liberdade, afetividade, convivência familiar, e por fim, o melhor interesse da criança (PEREIRA, 2015).

Previsto no art. 1º, inciso III, da CF/88, o princípio da dignidade da pessoa humana é tido como o norte dos demais princípios. Para o Direito de Família, o aludido princípio está previsto expressamente no art. 226, §7º, da CF/88, o qual discorre que o planejamento familiar é de livre decisão do casal, observados os princípios da dignidade da pessoa e da paternidade responsável (BRASIL, 1988).

Para Sarlet a dignidade da pessoa humana é algo intrínseco a natureza do homem, isto é, está inteiramente ligado ao ser humano e sua consideração por parte da sociedade e principalmente pelo Estado Democrático. O que implica em uma série de direitos e deveres, que visam resguardar a pessoa de qualquer ato degradante ou desumano, bem como objetivam garantir condições existências mínimas de bem estar social (SARLET, 2012).

No que concerne ao princípio da dignidade da pessoa humana, especificamente à criança ou adolescente, menciona-se o art. 227 da CF/88, o qual tem a seguinte redação:

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

Com o advento da CF/88 a família passou a ser um espaço de amparo e garantia à dignidade da pessoa humana, de modo que o direito privado deu espaço a solidariedade e preocupação com o bem-estar social, em especial uma maior proteção às minorias (MADALENO, 2011). Pereira também compartilha deste entendimento:

A Constituição proclama como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito e da ordem jurídica “a dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III). No Capítulo destinado à família, o princípio fundamenta as normas que cristalizaram a emancipação de seus membros, ficando explicitados em algumas (art. 226, §7º; art. 227, caput; art. 230). A família, tutelada pela Constituição, está funcionalizada ao desenvolvimento da dignidade das pessoas humanas que a integram. A entidade familiar não é tutelada para si, senão como instrumento de realização existencial de seus membros. (PEREIRA, 2015, p. 110)

Além da CF/88 o princípio da dignidade humana está previsto no ECA (Lei nº 8.090 de 1990), expressamente nos arts. 3º, 4º, 15 e 18. E embora não esteja exposto no CC/2002, tendo em vista sua redação originária ter surgido antes da CF/88, o aludido princípio, assim como os demais, deve ser aduzido como fundamental às normas infraconstitucionais, considerando a primazia constitucional (PEREIRA, 2015).

Nesse sentido, com o surgimento da CF/88 tem-se que a família foi remodelada com base no princípio da dignidade humana, enraizando-se para as demais legislações infraconstitucionais que tratam de Direito de Família, “[...] configurando um único sistema e um único propósito, que está em assegurar a comunhão plena de vida, e não só dos cônjuges, dos unidos estavelmente, mas de cada integrante da sociedade familiar.” (MADALENO, 2011, p. 42).

Para Pereira, “No sistema jurídico brasileiro, o princípio da dignidade da pessoa humana está indissolúvelmente ligado ao princípio da solidariedade.” (PEREIRA, 2015, p. 110). Segundo princípio basilar das relações familiares, uma vez que a criação de vínculos afetivos está condicionada a reciprocidade de compreensão e cooperação entre seus membros (MADALENO, 2011).

Destarte, o princípio da solidariedade é facilmente verificado na Constituição, no inciso III, do art. 3º, como um dos objetivos fundamentais da República, e, principalmente no capítulo destinado à organização da família (arts. 226, 227 e 230), impondo à sociedade, ao Estado e à família à proteção do grupo familiar, à criança e ao adolescente e às pessoas idosas (PEREIRA, 2015).

Para Dias, o princípio a solidariedade é um dever espiritual e material, sociedade, conferido primeiramente à família, e em segundo plano à sociedade e ao Estado, ao passo que narra:

[...] é atribuído pelo artigo 227 da Constituição Federal, por primeiro à família, depois à sociedade e finalmente ao Estado, e assim sucede por ser a família o núcleo primeiro de proteção, não devendo a sociedade se esquivar dessa obrigação e tampouco o Estado, mesmo porque vale lembrar ser a família a base da sociedade, merecendo a proteção do Estado. Seria impensável pudessem os cidadãos em formação ser relegados ao abandono e jogados à própria sorte, não permeasse como direito fundamental o *princípio da solidariedade*. (DIAS, 2015, p. 21).

O CC/2002, por sua vez, abordou de forma implícita o princípio da solidariedade nos arts. 1513 (cooperação na vida familiar), 1566 e 1724 (mútua assistência moral e material entre cônjuges e companheiros), 1567 (colaboração dos cônjuges na direção da família), 1568 (auxílio no sustento familiar), 1618 (adoção oriunda do sentimento de solidariedade), 1630 (o poder familiar como exercício de ambos os genitores), 1640 e 1725 (do regime de bens), 1694 e 1704 (o dever de prestar alimentos), 1700 (o dever de prestar alimentos e a sucessão) e 1707 (irrenunciabilidade dos alimentos) (BRASIL, 2002).

Por conseguinte, impera o princípio da igualdade, responsável pela maior reviravolta no direito de família. Considerando que, na antiguidade o homem reinava na relação familiar, a ele cabia o exercício do poder sobre a família e a chefia da sociedade conjugal, sendo substituído pela mulher apenas quando faltasse ou estivesse impedido. Mesmo com o surgimento do Estatuto da Mulher

Casada (Lei nº 4.121/1962) o marido exercia a supremacia do poder familiar, e se, caso houvesse divergência entre ambos, prevaleceria a decisão do pai, podendo a mulher recorrer ao judiciário para solucionar o conflito (MADALENO, 2011). Assim, bem descreve Rezende:

Ao filho cabia simplesmente se sujeitar ao poder paterno que se expressava, não raro, em punições severas e inclusive em castigos corporais. Somente o Estatuto da Criança e do Adolescente é que, na esteira de valores constitucionais, mudou esse estado de coisas transformando o filho (antes mero objeto) em protagonista do próprio processo educacional. (REZENDE, 2014, p. 84).

Outra afirmação da igualdade ocorreu na filiação, pois antes da CF/88 apenas eram considerados filhos legítimos aqueles concebidos na unidade familiar matrimonial. Os concebidos fora da família constituída pelo casamento eram considerados ilegítimos. A Carta Maior foi responsável em igualar de modo geral os cônjuges, os companheiros, companheiros aos cônjuges, os filhos de qualquer origem, biológicos ou não (PEREIRA, 2015).

Para Madaleno a igualdade prevista na CF/88 é meramente formal, sendo que os índices de violência ocorrida dentro dos lares brasileiros, bem como a realidade social do país demonstram a dificuldade em equiparar-se as pessoas dentro da relação familiar, sejam elas esposas, companheiras, filhos ou outros. Para o autor a sociedade não acompanhou a evolução do direito, no tocante à igualdade, visto que as pessoas ainda são controladas pela supremacia econômica, que normalmente é exercida pelo homem (MADALENO, 2011).

Pereira compartilha de tal entendimento, ao passo que afirma

O Direito de Família avançou de modo revolucionário na viragem do século XX para o século XXI, como nenhum outro ramo do Direito, mas não podemos subestimar as resistências culturais ancoradas nos resíduos do modelo patriarcal, no Brasil e na América Latina. Magistrados e Membros do Ministério Público latino-americanos, em colóquio patrocinado pela ONU, em 2005, concluíram que há obstáculos reais para a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, em virtude da “persistência do sistema patriarcal que gera desequilíbrio de relações de poder entre a mulher e o homem”, dominado principalmente pela concepção tradicional da família nuclear influenciada por fatores religiosos e culturais. (PEREIRA, 2015, p. 115).

Outrossim, observa Roudinesco que existem várias maneiras de interpelar o vínculo entre homem e mulher. Dentre eles, primeiramente a origem

biológica do corpo e em segundo a posição social que ocupam. Fazendo essa distinção, entende a autora que a desigualdade entre os gêneros (o que é extremamente presente nas entidades familiares), está ligada ao conceito de inferioridade do sexo feminino e ao preconceito da sociedade, que infelizmente é carregado até hoje (ROUDINESCO, 2003).

Com isso, verifica-se que a igualdade prevista no sistema jurídico brasileiro é algo formal, pouco praticada ou eficaz diante às relações familiares. Entretanto, a afirmação do princípio da igualdade em nossa CF/88 ainda é um enorme avanço para a concretização de uma sociedade democrática de direito, considerando a estrutura familiar antiga, contida no Código de Bevilacqua, de 1916 (REZENDE, 2014).

Outro princípio intrínseco na CF/88 é o princípio da liberdade, o qual prevê o livre poder de escolha e autonomia da família, garantindo que, em regra, não haverá intervenção de terceiros, da sociedade ou do Estado na administração familiar (REZENDE, 2014).

Assim também assenta Pereira

O princípio da liberdade diz respeito ao livre poder de escolha ou autonomia de constituição, realização e extinção de entidade familiar, sem imposição ou restrições externas de parentes, da sociedade ou do legislador; à livre aquisição e administração do patrimônio familiar; ao livre planejamento familiar; à livre definição dos modelos educacionais, dos valores culturais e religiosos; à livre formação dos filhos, desde que respeitadas suas dignidades como pessoas humanas; à liberdade de agir, assentada no respeito à integridade física, mental e moral. (PEREIRA, 2015, p. 116).

Em contrapartida, Madaleno ressalta que o princípio da liberdade pode sofrer restrições, imposta muitas vezes por outros princípios, como o melhor interesse da criança, por exemplo. É o que ocorre nos casos de destituição do poder familiar, na medida que o Estado intervém na autonomia familiar, em defesa dos direitos da criança/adolescente (MADALENO, 2011).

O princípio da afetividade, por sua vez, apesar de abordado em 1988, pela Lei Maior, é facilmente verificado após as últimas décadas do século XX, quando teve sua ascensão dentro dos Tribunais brasileiros. O aludido princípio está interligado ao meta princípio da dignidade da pessoa humana, e da solidariedade, bem como aos princípios da igualdade e da convivência familiar (PEREIRA, 2015).

Como bem menciona Pereira, a afetividade passou a ter maior relevância nas relações familiares, mais até que a própria linhagem biológica (PEREIRA, 2015). O que também compreende Madaleno, uma vez que os laços consanguíneos não se sobrepõem aos afetivos, pelo contrário, normalmente prevalecerá a afetividade (MADALENO, 2011). Nesse sentido afirma o autor:

O afeto é a mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para ao fim e ao cabo das sentido e dignidade à existência humana. (MADALENO, 2011, p. 95).

Diretamente ligado com a afetividade está o princípio da convivência familiar, o qual prioriza a harmonia e o contato entre os membros da família. Desse princípio deriva a necessidade da convivência dos filhos com ambos os genitores, mesmo que residentes em locais diversos, como frequentemente ocorre no divórcio e dissolução de união estável (MACIEL, 2014).

Segundo Pereira “A convivência familiar é a relação afetiva diuturna e duradoura entretida pelas pessoas que compõem o grupo familiar, em virtude de laços de parentesco ou não, no ambiente comum.” (PEREIRA, 2015, p. 121).

Por conseguinte, tem-se o princípio do melhor interesse da criança, incluído aqui também o adolescente (segundo a Convenção Internacional dos Direitos da Criança). Tal preceito estabelece que os direitos da criança/adolescente sempre serão tratados com prioridade, tanto pela família, quanto pelo Estado e sociedade, sendo colocados à salvo de qualquer tipo de ameaça ou lesão (PEREIRA, 2015).

A criança/adolescente passa a ter uma posição de destaque, de protagonista dentro do seio familiar, por estar em situação de desvantagem e vulnerabilidade, se comparada aos demais integrantes da família, merecendo, portanto, uma proteção especial por parte do Estado (MACIEL, 2014).

Por fim, nota-se o princípio da responsabilidade, que novamente enlaçasse com o princípio anterior, melhor interesse da criança. Vem expresso nos arts. 227 e 229 da CF/88, o qual incumbe à família, sociedade e Estado o dever de bem zelar, cuidar, educar, proteger, alimentar e salvaguardar a criança/adolescente (PEREIRA, 2015).

Destarte, o estopim das transformações sociais no tocante ao Direito de Família ocorreu após a promulgação da CF/88, que consagrou os princípios

fundamentais acima referidos, bem como afirmou direitos antes cerceados. Resultando, assim, em uma mutação significativa no direito privado, que abandonou suas feições patrimonialistas e assumiu características personalistas (REZENDE, 2014). Dessa forma, finda a questão principiológica, pode-se passar a análise histórica da afirmação dos direitos inerentes à criança/adolescente.

1.2 PROGRESSÃO HISTÓRICA DAS LEIS PROTECIONISTAS À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE

Desde o início do século XX vêm ocorrendo mudanças referentes a esse assunto, primeiramente com a Declaração de Genebra de 1924, que conferiu às crianças uma proteção especial; após a Declaração Universal de Direitos do Homem de 1948, o Pacto de São José da Costa Rica de 1960 e, por fim, a Declaração Universal de Direitos da Criança de 1959, que disseminou a política do Melhor Interesse da Criança (DEL'OLMO, 2015).

Nos meados de 1900 não existia no Brasil qualquer menção a políticas sociais que envolvessem às crianças ou adolescentes e como resquício do sistema europeu, junto aos conventos era mantido um sistema de Rodas das Santas Casas, que buscava a obtenção de donativos e também receber crianças abandonadas. Essa roda era feita de madeira, um cilindro oco que girava em torno de seu próprio eixo, onde, primeiramente eram colocados em uma pequena abertura os donativos e posteriormente os bebês abandonados (LONDOÑO, 1991).

O sistema de Rodas das Santas Casas foi proibido em 1927, com o surgimento do Código de Menores (Decreto nº. 17943-A de 12 de outubro de 1927), conhecido como Código Mello Mattos, uma compilação de leis esparsas que abordavam o tema. O aludido código tutelava o “menor” em situação irregular, sendo ele “menor” abandonado ou delinquente. Também é criado e regulamentado o Juizado de Menores e todas as suas instituições auxiliares, bem como o Estado assume a responsabilidade pelas crianças órfãs e abandonadas, as quais ficavam institucionalizadas (LONDOÑO, 1991).

Já em 1943 surge uma lei de emergência (Decreto-lei nº. 6.026), alterando o Código de Menores, no tocante ao “delinquente”, hoje menor infrator, para regulamentar um critério de periculosidade na imputação da prática de um delito

(ato infracional). O critério dizia que os adolescentes de 14 a 18 anos responderiam de acordo com seu grau de periculosidade para a sociedade (MACIEL, 2014).

Em 1942 foi criado o Serviço de Assistência ao Menor – SAM, órgão ligado ao Ministério da Justiça, com funcionamento semelhante às penitenciárias, pois visava a orientação repressiva e correcional ao adolescente autor de ato infracional. Todavia, este local não cuidava apenas de autores de atos infracionais, mas também de crianças abandonadas, impondo a ambas o mesmo tratamento, sem distinção (SILVA; POZZER, 2014).

Com o golpe militar de 1964 brota um novo Código de Menores, precisamente em 1979, mediante Decreto-lei nº. 6.697, que inovou muito pouco, em consideração ao antigo Códex de 1927 (MACIEL, 2014).

Após a promulgação da CF/88 o Brasil, em 1989, adere a Convenção sobre os Direitos da Criança, da ONU, sancionada por meio do Decreto nº. 99.710/90. A partir de então, é revogado o Código de Menores de 1979, com o surgimento, em 13 de julho de 1990, da Lei nº. 8.090, intitulada como Estatuto da Criança e do adolescente (DEL'OLMO, 2015).

Inicialmente, o direito civil brasileiro pautava-se no Código de Bevilacqua, que trazia como pilares fundamentais o contrato, a família e a propriedade. Contudo, com a evolução dos tempos e o aumento da complexidade das relações humanas, o direito teve de passar por várias modificações importantíssimas e, em face da discrepância nítida entre o Código de Bevilacqua e a Constituição Federal de 1988, foi necessária a recodificação do Direito Civil, no tocante a reafirmar as feições constitucionais já postas. Editando-se, em 2002, o novel Código Civil, que exteriorizou novos aspectos para o contrato, a família e a propriedade (REZENDE, 2014).

Logo, tamanha a preocupação do legislador com o instituto da família, que reservou um capítulo inteiro à sua disciplina, abordando temas como o casamento, a pluralidade das entidades familiares, o princípio da paternidade, dentre outros assuntos. Assim, a família assumiu um contorno eudemonista, passando a ser concebida como um organismo para a promoção e proteção da dignidade de seus membros (REZENDE, 2014). Nesse sentido, ensina a Ministra do Egrégio Tribunal de Justiça, Nancy Andrighi:

Somo todos filhos agraciados da liberdade do ser, tendo em perspectiva a transformação estrutural por que passa a família, que hoje apresenta molde eudemonista, cujo alvo é a promoção de cada um de seus componentes, em especial da prole, com o insigne propósito instrumental de torná-los aptos de realizar os atributos de sua personalidade e afirmar a sua dignidade como pessoa humana. (REsp 1008398/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/10/2009, Dje 18/11/2009).

A família, anteriormente estabelecida sob o paradigma patriarcal, com a ascensão da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, é remodelada, notadamente quanto a concepção da pluralidade das entidades familiares, a igualdade entre os cônjuges e, sobretudo, o tratamento isonômico dos filhos concebidos ou não do casamento (PEREIRA, 2015).

Percebe-se, portanto, que com a ascensão da Constituição Federal de 1988 houve uma descentralização das políticas protetivas à criança e adolescente. Em a edição do art. 227 e art. 228 da CF/88 surge a doutrina da proteção integral, já ressaltada pela Convenção Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (SILVA; POZZER, 2014).

Em complementação às disposições legais citadas acima advém, em 1990, a Lei nº. 8.090, intitulada como Estatuto da Criança e do Adolescente trazendo uma gama de direitos e garantias inerentes às crianças e adolescentes, quais sejam o direito à vida e à saúde, à liberdade, ao respeito e à dignidade, o direito à convivência familiar e comunitária, o direito à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer, à profissionalização e à proteção no trabalho (BRASIL, 1990).

Além de instrumentalizar a proteção especial às crianças e adolescentes, o ECA também objetiva orientar os entes federativos, entre eles a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, no sentido de como proceder para executar políticas públicas para zelar pelo segmento (MACIEL, 2014).

Dito isto, calha mencionar os principais instrumentos de aplicabilidade previstos no ECA, onde destaca-se os Conselhos de Direitos, os Conselhos Tutelares e os Fundos da Criança (BRASIL, 1990).

Os Conselhos de Direitos são a efetivação da participação popular na formação das políticas especializadas destinadas à criança ou adolescente, com fundamento no art. 204 da CF/88 e art. 88 do ECA. Conforme preceitua o ECA os Conselhos devem ser criados e efetivados nas três esferas federativas, federal, estadual e municipal. Tem a competência de formular, vistoriar e avaliar

políticas públicas destinadas à criança e adolescente. São compostos por membros do governo e por representantes da sociedade, ambos devem estar envolvidos na temática. O mandato é de dois anos e não remunerado (MACIEL, 2014).

Em âmbito nacional existe o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA, incluído pela Lei nº. 8.242 de 12 de outubro de 1991. Adstrito à Secretaria Especial de Direitos Humanos, tem como principal finalidade é deliberar e controlar a implementação de políticas de promoção dos direitos da criança e do adolescente (MACIEL, 2014).

Por sua vez, os Conselhos Tutelares são órgãos regionalizados nos municípios, tendo autonomia funcional, devendo zelar e fiscalizar a efetivação dos direitos da criança e do adolescente. Sendo composto por cinco membros, escolhidos pela comunidade municipal (BRASIL, 1990).

Existe ainda os Fundos da Criança e do Adolescente, também instituídos pela Lei nº. 8.242 de 12 de outubro de 1991. Esses Fundos têm a função de angariar receitas junto a entes governamentais, que serão destinados às crianças e adolescentes (MACIEL, 2014).

Outro marco histórico fundamental para a afirmação dos direitos da criança e do adolescente, foi a definição da igualdade entre os cônjuges na chefia da unidade familiar, que só restou consagrada com a promulgação do artigo 226, § 5º, da Carta Magna. E depois, com a égide do artigo 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente, e, posteriormente, pelo artigo 1.631 do Código Civil, onde aos pais é conferido o exercício do poder familiar conjuntamente, cabendo o exercício por um deles, somente na ausência ou impedimento do outro. Havendo divergência entre eles, é assegurado a qualquer dos pais acionar o judiciário para solucionar o litígio (MADALENO, 2011).

Sabe-se que antes mesmo da ascensão da Constituição Cidadã, que consagrou a igualdade entre homem e mulher, a ambos os genitores era conferido o exercício do cuidado para com os filhos. O que levantou questões acerca da utilização da expressão “pátrio poder”, conferida apenas ao pai e só na sua falta à mãe, como dispunha o Código de 1.916 (PEREIRA, 2015).

Diante disso, a expressão “pátrio poder”, ainda constante no ECA, deve ser entendida como “poder familiar”, sendo conceituado por pereira como:

[...] o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais em relação aos filhos menores, para criação, formação e administração de seus bens, não importando a origem do parentesco nem se os filhos nasceram dentro do casamento, da união estável ou de relacionamento afetivo de outra ordem. (PEREIRA, 2015, p. 310).

Nesse sentido, também prescreve Rezende afirmando que a terminologia poder familiar veio com o fim de substituir a expressão pátrio poder, que na época incumbia exclusivamente ao pai a chefia da família. O que agora, passou a ambos os pais, tendo em vista a declaração da isonomia entre os cônjuges (REZENDE, 2014).

Outro conceito utilizado é a “autoridade parental”, normalmente verificada na legislação estrangeira. No Brasil essa denominação é verificada na Lei nº. 12.318 de 26 de agosto de 2010, que trata sobre a alienação parental, que utilizou o conceito em substituição ao poder familiar, alvo de críticas na atualidade, por ainda remeter ao antigo “pátrio poder”. (PEREIRA, 2015).

Gonçalves também compartilha do entendimento de Pereira, na medida em que declara ser inapropriada a utilização da expressão “pátrio poder”, entretanto a mais adequada também não seria “poder familiar, visto que remete ao sentido de exercício de poder. Ainda, refere a utilização do termo “autoridade parental” por países estrangeiros, sendo que o aludido conceito se encaixaria melhor ao exercício da função. (GONÇALVES, 2009).

Vencida a breve retrospectiva histórica das disposições legais atinentes ao direito da criança e do adolescente, bem como entendida a conceituação do termo poder familiar, verifica-se que houve uma gradativa evolução em nosso ordenamento jurídico pátrio, no tocante a aplicabilidade dos direitos no segmento, que foi fundamental para se chegar a atualidade.

Sendo incumbência da sociedade, do Estado e da família o cuidado e zelo pela criança ou adolescente, possível a análise das garantias e do procedimento para quando esses direitos são esquecidos ou violados.

1.3 O INSTITUTO DA ADOÇÃO E SEU PROCEDIMENTO

Com a modificação da estrutura familiar e no intuito de afirmar os direitos inerentes aos filhos e garantir o cumprimento destes preceitos, nos termos do

artigo 227 da Constituição Cidadã, incluído pela Emenda Constitucional nº 65/2010, o constituinte confere

À família, à sociedade e ao Estado o dever de assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, saúde, educação, alimentação, ao lazer, à profissionalização, cultura, dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988).

O descumprimento destes deveres simultaneamente ou em separado pode ensejar aos pais diversas consequências, que vão desde a advertência, suspensão ou até a extinção do poder familiar, nos termos do artigo 129 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Nesse sentido, Madaleno ensina que “Existem três distintas figuras reguladas pelo Código Civil com relação à perda do exercício do poder familiar, a saber: a extinção, a suspensão e a perda do poder familiar.” (MADALENO, 2011, p. 669).

A implicação excepcional de caráter extremo é a destituição do poder familiar, que é aplicável aos pais ou responsáveis que incorrerem nos artigos 1.635, V e 1.638, do Código Civil (BRASIL, 2002). Rezende narra que:

[...] ainda que decline a lei causas de suspensão e extinção do poder familiar, são elas apresentadas de forma genérica, dispondo o juiz de ampla liberdade na identificação dos fatos que possam levar ao afastamento temporário ou definitivo das funções parentais. (REZENDE, 2014, p. 87).

O Estatuto da Criança e do Adolescente também regula a perda ou suspensão do poder familiar, em seu artigo 24, quando os pais deixarem de cumprir os deveres determinados no artigo 22, do mesmo diploma legal. (BRASIL, 1990). Madaleno explica que:

O procedimento para a perda ou a suspensão do poder familiar, pode ser proposto pelo Ministério Público ou por quem tenha legítimo interesse, e está regulado pelos artigos 155 e 163 do Estatuto da Criança e do Adolescente [...] (MADALENO, 2011, p. 613).

Normalmente, quando destituídos do poder familiar, os responsáveis os são por descumprirem reiterada ou severamente os deveres atinentes a sua condição, como por exemplo, quando mau-exercerem a guarda, sustento,

educação, ou outros cuidados básicos com alimentação e higiene dos filhos (REZENDE, 2014). Nesse sentido, vem a calhar o entendimento abaixo colacionado:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. Verificado que a apelante não apresenta condições de cumprir com os deveres de sustento, guarda e higiene da filha, é de ser mantida a sentença que a destituiu do poder familiar. Apelação desprovida. (RIO GRANDE DO SUL, 2016).

Em regra, os menores destituídos do poder familiar passaram por experiências traumáticas com seus pais biológicos, que, inobstante, os regramentos que aconselham o fiel cumprimento dos seus deveres como responsáveis, deixaram de exercer as incumbências inerentes ao poder familiar (DIAS, 2015).

Não bastasse o sofrimento vivido no seio familiar, a criança ou adolescente afastado da família natural, é o mais afetado quando da destituição do poder familiar, uma vez que muitas vezes acaba acolhido ou institucionalizado em lares e a partir de então perde suas referências biológicas, afetivas e familiares (SILVA;POZZER, 2014).

Ao invés de ser abrigado o menor também pode ser colocado em família substituta, o que pode ocorrer de três maneiras distintas, com a guarda, tutela ou adoção, nos termos do artigo 28 do ECA, sempre se levando em conta a impossibilidade de manter a criança ou adolescente, mesmo que momentaneamente, em sua família natural (BRASIL, 1990). Nessa toada, Madaleno declara que:

A colocação da criança ou adolescente em família substituta é medida de proteção para afastar o infante de uma situação de risco de lesão a seus fundamentais direitos, pela ação ou omissão de seus pais. É medida a ser aplicada para a proteção do infante, independentemente de sua situação jurídica, podendo ser acautelados os interesses do menor com as medidas provisórias de guarda ou de tutela, porquanto a adoção depende de inexistência ou destituição do poder familiar. (MADALENO, 2011, p. 613).

A inserção do menor em família substituta será precedida de sua gradativa preparação e acompanhamento por equipe profissional, e como informado anteriormente, pode ocorrer por três modalidades diversas. Primeiramente por meio da concessão da guarda, que busca a prestação de assistencial moral,

material e educacional à criança ou adolescente. A guarda confere ao guardião a posse de fato da criança e tem caráter provisório, enquanto que se providencia a reintegração do menor a sua família natural, ou quando improvável a recuperação, se encaminhe para adoção (MADALENO, 2011).

A segunda maneira de inserção do menor em família substituta ocorre através da tutela, quando a criança ou adolescente possuir bens em sua posse. Este instituto também confere ao tutor a posse de fato do menor e o exercício do direito de representação. (GONÇALVEZ, 2009).

Por fim, surge o instituto da adoção, como medida excepcional e irrevogável. A esta modalidade só será recorrida quando forem esgotadas as tentativas de manutenção do menor em sua família natural (GONÇALVES, 2009). Sendo este último a ser aprofundado no presente trabalho.

O termo adoção tem origem no latim, da palavra *adoptio*, que significa tomar alguém como filho. Em linhas gerais

[...] a adoção é o ato jurídico pelo qual uma pessoa recebe outra como filho, independentemente de existir entre eles qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afinidade. (MADALENO, 2011, p. 603).

Semelhante é o entendimento de Silva e Pozzer, que classificam o instituto da adoção como filiação civil, pois não deriva de uma afinidade biológica, mas sim de uma manifestação da vontade. Assim, a adoção seria um ato meramente jurídico, com bases relativamente afetivas, fazendo com que o adotante passe a gozar do estado de filho, independente da conexão biológica (SILVA; POZZER, 2014).

Além disso, as referidas doutrinadoras ensinam que no princípio a adoção remetia ao conceito de escolha por pais que não podiam conceber filhos biológicos. E com o advento da Constituição Federal de 1988, da Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e da Lei nº 12.010/2009 (Lei Nacional da Adoção) tal entendimento sofreu uma inversão de valores, em que se prioriza a criança, seu bem-estar e interesses (SILVA; POZZER, 2014).

A Constituição Federal, em seu artigo 227, § 5º, previu a adoção. No entanto, só com a emissão do Estatuto da Criança e do Adolescente, do Código Civil e da Lei Nacional da Adoção é que este instituto foi regulamentado, com requisitos e regras específicas à sua disciplina (BRASIL, 1988; 1990; 2002;

2009), dando ênfase ao princípio da proteção integral, que visa “[...] possibilitar melhores condições de vida aos mais fracos; o objetivo desses direitos é igualar situações sociais desiguais.” (SILVA; POZZER, 2014, p. 14). As doutrinadoras Silva e Pozzer discorrem o seguinte:

O Estatuto da Criança e do Adolescente, desde sua criação, prevê, em termos de direito material, sobre o instituto da adoção, deixando a desejar apenas no que tange ao seu procedimento. Com a intenção de tratar o instituto da adoção de maneira mais específica e em lei própria, foi apresentado o Projeto de Lei nº 1.756/2003 pelo Deputado João Matos, que levou o nome de Lei Nacional de Adoção, que contava com 75 artigos e retirava expressamente a adoção do Estatuto da Criança e do Adolescente. (SILVA; POZZER, 2014, p.15).

Ocorre que, o aludido Projeto de Lei não ensejou os efeitos esperados, o que resultou na promulgação da Lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009, conhecida popularmente como a Lei Nacional da Adoção, a qual incluiu sete artigos no Estatuto da Criança e do Adolescente, revogou dez artigos do Código Civil, do 1.620 ao 1.629 e alterou a redação de outros dois artigos, o 1.618 e 1.619, todos relativos à adoção (MADALENO, 2011).

Com a exceção do disposto no §13, do art. 50, do Estatuto da Criança e do Adolescente, é imprescindível a prévia inscrição do interessado em adotar, no Cadastro Nacional de Adoção, incluído pela Resolução nº 54/2008 do Conselho Nacional de Justiça, correspondidos os requisitos previstos no artigo 197-A/E, da aludida legislação (REZENDE, 2014). Rezende continua, ao passo que afirma o seguinte:

Para além da obrigatoriedade de apresentação de todos os documentos previstos na legislação de regência, e eventualmente portarias judiciais, é obrigatória a participação dos postulantes em programa oferecido pela Justiça da Infância e Juventude que incluía preparação psicológica, orientação e estímulo. (REZENDE, 2011, p. 89).

Logo, nota-se que o ato de adotar é revestido de diversas formalidades e elementos necessários para sua fiel adequação, o que demonstra a preocupação do legislador em avaliar a aptidão do pretende, e, sobremaneira, provocar no postulante uma reflexão acerca da importância e seriedade da ação (REZENDE, 2014).

O procedimento para a adoção é dividido em seis básicos passos, a petição inicial de habilitação, a etapa de preparação dos pretendentes a adotantes, o deferimento do pedido de habilitação e inscrição no Cadastro Nacional de Adoção, o requerimento de adoção, e, por fim, o estágio de convivência, com posterior sentença final (SILVA; POZZER, 2014). Ainda, Silva e Pozzer advertem:

O processo de adoção inicia-se de forma unilateral pelo pretendente a adotante e, independente de qualquer norma jurídica, trata-se de uma decisão pessoal em que os interessados em adotar se autoanalisam para que conheçam seguramente a real motivação que os leva a esse compromisso. É uma fase de conscientização da responsabilidade e complexidade deste ato. (SILVA; POZZER, 2014, p. 16).

Ultrapassada esta fase pré-processual, inicia-se com a petição inicial de habilitação dos pretendentes à adoção, endereçada ao Juízo da Infância e Juventude. Neste requerimento preambular constarão todos os documentos dos aspirantes a adotar, quais sejam, qualificação completa, dados familiares, cópias autenticadas de certidão de nascimento ou casamento, declaração de união estável, se for o caso, cópias da identidade e CPF, comprovantes de renda e domicílio, atestados de sanidade física e mental, certidão negativa de antecedentes criminais e cíveis (BRASIL, 1990).

Antes de ser analisado o pleito de habilitação, os requerentes passarão por uma preparação em programa oportunizado pelo Juízo competente, que segundo Silva e Pozzer,

[...] visa a preparar psicologicamente os pretendentes a adotantes, oferecendo-lhes orientação e estímulo à adoção inter-racial de crianças maiores ou de adolescentes com necessidades específicas de saúde, [...] e se possível tal etapa incluirá ainda o contato dos postulantes com crianças e adolescentes em regime de acolhimento institucional. (SILVA; POZZER, 2014, p. 16-17).

Ultrapassada a fase preparatória, será emitido estudo social e avaliação pelo setor Técnico do judiciário, posteriormente os autos serão encaminhados ao Ministério Público, para apresentação de parecer, sobrevindo decisão acerca do pedido de habilitação. Sendo deferida a habilitação, os solicitantes serão inscritos e habilitados junto ao Cadastro da Comarca e Cadastro Nacional de Adoção (BRASIL, 1990).

Com a inscrição nos referidos cadastros, é provável que apareça uma criança ou adolescente com o perfil pretendido pelos adotantes; quando isso ocorrer, é necessário que os adotantes apresentem novo requerimento. Nessa etapa, trata-se de requerimento de adoção de determinada pessoa. (SILVA; POZZER, 2014, p. 18).

Ao ser confeccionado o requerimento de adoção realiza-se audiência com os pretendentes, chamada de audiência de preposição, e em seguida são iniciadas as visitas, a fim de aproximar o casal pretendente à criança/adolescente. Posteriormente, é expedido o termo de guarda provisório, que dá responsabilidade aos adotantes até o fim do processo. O período de adaptação em que os pretendentes figuram como guardiões, até o ultimato do processo adotivo, é conhecido como estágio de convivência (MADALENO, 2011).

Um dos passos mais importantes no processo de adoção é o estágio de convivência, onde os reais interesses dos adotantes restam demonstrados. Outrossim, é neste período que o adotando inicia sua adaptação à nova realidade, sendo este o momento de consolidação das vontades e dos vínculos afetivos. Estando previsto no art. 46 do ECA, que o tornou obrigatória (BRASIL, 1990).

Destarte, é necessário ressaltar que no decorrer do estágio de convivência pode ocorrer a devolução da criança à instituição de acolhimento, uma vez que a adoção ainda não foi perfectibilizada, não incidindo ainda os efeitos da irrevogabilidade. Nesse sentido dissertam Silva e Pozzer, ao passo que afirmam “[...] não estando os pretendentes a adotantes sujeitos à irrevogabilidade prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente.” (SILVA; POZZER, 2014, p. 19).

Embora a relação ainda não esteja submetida à irrevogabilidade, essa devolução é sentida pela criança como um segundo abandono, considerando que o menor já vem de uma rejeição pela família natural, o que se repete pelos pais adotivos (REZENDE, 2014). É o que relatam Silva e Pozzer:

Desta forma, a desistência de adoção durante o estágio de convivência não é uma ilegalidade, pois a lei não proíbe este comportamento, porém a “devolução funciona como uma bomba para a autoestima da criança, sendo melhor que ela nunca seja adotada a ser adotada e devolvida. (SILVA; POZZER, 2014, p. 21).

Nessa senda, destaca-se que o intuito da adoção é a busca de uma família a criança ou adolescente que não a possui, e não a busca de filhos para pais que, por algum motivo, não os têm. Sempre levando em consideração o melhor interesse da criança, em consonância com o princípio da proteção integral, bem afirmado pela Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988).

Assim, tendo sido estudada a adoção e o seu procedimento, possível a análise da Responsabilidade Civil quando da ocorrência de desistência da adoção quando iniciado o estágio de convivência.

2. DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO POR DESISTÊNCIA DE ADOÇÃO DURANTE O ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA

Feita a retrospectiva histórica da afirmação dos direitos da criança e do adolescente, ultrapassando os princípios constitucionais trazidos pela Carta Magna de 1988, bem como entendido o instituto da adoção e as sanções previstas para a violação à direitos das crianças e adolescentes, se passa a análise do cabimento da indenização por dano moral, em face da desistência da adoção quando iniciado o estágio de convivência.

Observa-se neste capítulo os requisitos da Responsabilidade Civil Subjetiva, que perpassa a conduta, o nexo de causalidade e o dano, com a conseqüente violação da confiança. E por fim, analisar-se-á decisões dos Tribunais de Justiça dos Estados que trataram do tema.

2.1 RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA: A CONDUTA CULPOSA, O NEXO CAUSAL E O DANO

Ao adentrar no tema da Responsabilidade Civil, precipuamente é necessária à sua conceituação. Cavalieri entende que existem espécies de responsabilidade, no entanto, todas elas têm o mesmo elemento nuclear, qual seja a conduta ilícita, com a ressalva de que devem ser enquadradas de acordo com o dever violado e o elemento subjetivo da conduta violadora (CAVALIERI FILHO, 2012).

A própria palavra responsabilidade, derivada do latim *respondere*, já demonstra o conceito do instituto, que nada mais é do que a necessidade de responsabilizar alguém por algum evento danoso por ela praticado. Assim, Stoco:

Essa imposição estabelecida pelo meio social regrado, através dos integrantes da sociedade humana, de impor a todos o dever de responder por seus atos, traduz a própria noção de justiça existente no grupo social estratificado. Revela-se, pois, como algo inarredável da natureza humana. (STOCO, 2007, p. 114).

Para Rodrigues “A responsabilidade civil é a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam [...]”. (RODRIGUES, 2003, p. 06).

Atualmente, a tendência da sociedade e, por consequência, dos Tribunais, tem sido a indenização monetária da suposta vítima do evento danoso, a fim de minimizar ou atenuar seu sofrimento. Já em 1.994, pelo doutrinador Bittar era disciplinada a responsabilização do autor do dano e com o passar do tempo, a discussão da matéria se intensificou. Dessa forma, conforme ensina Bittar:

O lesionamento a elementos integrantes da esfera jurídica alheia acarreta ao agente a necessidade de reparação dos danos provocados. É a responsabilidade civil, ou obrigação de indenizar, que compele o causador a arcar com as consequências advindas da ação violadora, ressarcindo os prejuízos de ordem moral ou patrimonial, decorrente de fato ilícito próprio, ou de outrem a ele relacionado. (BITTAR, 1994, p. 561).

A Responsabilidade Civil está inteiramente ligada com a ideia de uma contraprestação, um ônus e encargo (SANTOS, 2012). O instituto difere da obrigação, “A obrigação é sempre um dever jurídico originário; responsabilidade é um dever jurídico sucessivo consequente à violação do primeiro.” (SANTOS, 2012).

De outro norte, Diniz conceitua o instituto como:

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal. (DINIZ, 2014, p. 51).

Primeiramente, o instituto vem regulado pelo art. 5º, inc. X, do CF/88, ao passo que dispõe: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.” (BRASIL, 1988).

Por sua vez, os artigos 186, 187 e 927 do Código Civil disciplinam a matéria em questão, asseverando a obrigação de reparar o dano causado por ato ilícito (BRASIL, 2002). Contudo, a doutrina é responsável em dispor sobre os seus pressupostos.

Sendo o ato ilícito, conforme já assinalado, o conjunto de pressupostos da responsabilidade, quais seriam esses pressupostos na responsabilidade subjetiva? Há primeiramente um elemento formal, que é a violação de um dever jurídico mediante conduta voluntária; um elemento subjetivo, que pode ser o dolo ou a culpa; e, ainda, um elemento causal-material, que é o dano e a respectiva relação de causalidade. Esses três elementos, apresentados pela doutrina francesa como pressupostos da responsabilidade civil subjetiva, podem ser claramente identificados no art. 186 do Código Civil, mediante simples análise do seu texto [...] (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 19).

Em verdade o art. 927 do CC faz alusão a obrigação de reparar o dano, uma vez que dispõe: “Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.” Entretanto, só o art. 186 caracteriza o ato ilícito, especificando as condutas que se encaixam na violação (BRASIL, 2002).

É consabido que a Responsabilidade Civil se divide em subjetiva e objetiva, sendo a primeira causada por conduta culposa *latu sensu*, que envolve a culpa *stricto sensu* e o dolo. Neste caso, a culpa caracteriza-se quando o agente pratica o ato eivado de imprudência ou negligência e o dolo caracteriza-se pela vontade do agente em atingir determinado resultado (SANTOS, 2012).

A Responsabilidade Civil objetiva surge com a evolução da sociedade e a necessidade de conceder maior segurança às relações humanas, sendo reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência que o modelo anterior, subjetivo, não era suficiente para solucionar todas as contendas existentes, em especial às trabalhistas, que surgiram com o crescimento da indústria (SANTOS, 2012). Nesse contexto esclarece Stoco:

A necessidade de maior proteção a vítima fez nascer a culpa presumida, de sorte a inverter o ônus da prova e solucionar a grande dificuldade daquele que sofreu um dano demonstrar a culpa do responsável pela ação ou omissão. O próximo passo foi desconsiderar a culpa como elemento indispensável, nos casos expressos em lei, surgindo a responsabilidade objetiva, quando então não se indaga se o ato é culpável. (STOCO, 2007, p. 157).

Assim, surge a Responsabilidade Civil objetiva, onde abstém-se a culpa. Como bem menciona Cavalieri, “Todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou independente de ter ou não agido com culpa.” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 138).

No ponto, o presente trabalho monográfico abordará o dano moral, decorrente do arrependimento durante o estágio de convivência, aplicando-se

no caso a Responsabilidade Civil Subjetiva, que decorre de um ato ilícito, diferentemente da objetiva que se baseia apenas no risco (SANTOS, 2012).

Para melhor compreendermos a Responsabilidade Civil Subjetiva imperiosa a análise dos seus requisitos. Inicialmente, tem-se a conduta, que nada mais é que, o comportamento humano voluntário, exteriorizado por meio de uma ação ou omissão objetiva. Restando para a vontade, o caráter subjetivo (CAVALIERI FILHO, 2012).

Com isso, na ação ou omissão, o agente deve agir com dolo ou culpa. O dolo é a figura facilmente caracterizada, pois trata da vontade livre e consciente de exteriorizar determinada conduta, é intencional. Todavia, a culpa tornou-se algo intangível, dificilmente mensurável, uma vez que seu significado é mais amplo, pois compreende qualquer comportamento contrário ao Direito de forma tencional (DINIZ, 2014).

Muitos doutrinados entendem que não há pertinência na distinção entre dolo ou culpa na Responsabilidade Civil, porque o agente violador responderá igualmente pelas consequências de sua conduta, sendo ela planejada ou não, diferentemente do que ocorre na esfera Penal. O que interessa aqui não é a vontade do agente, mas sim a gravidade dos danos sofridos pela vítima, podendo o juiz “[...] reduzir equitativamente a indenização se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano (art. 944, parágrafo único).” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 31).

Tanto no dolo como na culpa há conduta voluntária do agente, só que no primeiro caso a conduta já nasce ilícita, porquanto a vontade se dirige à concretização de um resultado antijurídico – o dolo abrange a conduta e o efeito lesivo dele resultante -, enquanto que no segundo a conduta nasce lícita, tornando-se ilícita na medida em que se desvia os padrões socialmente adequados. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 32)

Em atenção a conceituação de culpa, imperativo o estudo do dever de cuidado, inerente a este assunto, haja vista que a culpa deriva da violação deste dever, quando o agente podia conhecer e observar, ou quando se manteve silente diante de diligências exigíveis (DINIZ, 2014).

Nessa perspectiva, Cavalieri estabelece que “[...] pode-se conceituar a culpa como conduta voluntária contrária ao dever de cuidado imposto pelo

Direito, com a produção de um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível.” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 36).

Ainda, em relação ao instituto da culpa, extraem-se alguns elementos, como a conduta voluntária com um resultado involuntário; previsão ou previsibilidade; e falta de cuidado, cautela, diligência ou omissão. Depois, a culpa também se divide em graus, como grave, leve e levíssima (CAVALIERI FILHO, 2012).

O segundo pressuposto da responsabilidade civil é o nexu causal, que trata do elemento referencial entre a conduta e o resultado. Ou seja, a consequência lesiva deve ter advindo da ação ou omissão. “Tal nexu representa, portanto, uma relação necessária entre o evento danoso e a ação que o produziu, de tal sorte que esta é considerada como sua causa.” (DINIZ, 2014, p. 131).

Para Cavalieri Filho:

O conceito de nexu causal não é exclusivamente jurídico; decorre primeiramente das leis naturais. É o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado. A relação causal estabelece um vínculo entre um determinado comportamento e um evento, permitindo concluir, com base nas leis naturais, se a ação ou omissão do agente foi ou não a causa do dano; determina se o resultado surge como consequência natural da voluntária conduta do agente. Algo assim como: se chover fica molhado. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 49).

Isto é, o nexu de causalidade é a relação entre a causa e o efeito e a conduta praticada com o resultado. Não basta que o autor pratique uma conduta ilícita, esta conduta deve causar algum dano/prejuízo a vítima. Assim, é imperioso que a conduta ilícita do agente esteja ligada ao resultado final (SANTOS, 2012).

Existem várias teorias que visam explicar o nexu de causalidade, dentre elas encontram-se a causalidade adequada, a teoria dos danos diretos e imediatos e a teoria da equivalência dos antecedentes (SANTOS, 2012).

Conhecida como *conditio sine qua non*, isto é, teoria da equivalência dos antecedentes, adotada pelo Código Penal brasileiro, quer dizer que toda e qualquer circunstância que tenha por ventura contribuído para o resultado final, deve ser considerada como causa. Para Cavalieri Filho a aludida teoria não pode

ser aplicada ao direito civil, visto que seus efeitos podem levar a uma regressão infinita (CAVALIERI FILHO, 2012).

Por sua vez, a teoria da causalidade direta ou imediata, em suma, aduz que a causa é o antecedente fático, estando diretamente ligada ao resultado, que, por fim, é sua consequência. A terceira teoria é a da causalidade adequada, que leva em consideração os princípios da razoabilidade e proporcionalidade (SANTOS, 2012).

A doutrina é divergente, no sentido de determinar a teoria adotada pelo CC/2002, uma vez que o dispositivo não deixa claro qual seu posicionamento. Parte da doutrina diz que a teoria prevalecente é a do dano direto e imediato. Já os demais afirmam ser a teoria da causalidade adequada, conforme o que se verifica na prática (CAVALIERI FILHO, 2012). Nesse diapasão calha mencionar as considerações de Stoco quanto às teorias:

Enfim, independente da teoria que se adote, como a questão só se apresenta ao juiz, caberá a este, na análise do caso concreto, sopesar as provas, interpretá-las como conjunto e estabelecer se houve violação do direito alheio, cujo resultado seja danoso, e se existe um nexu causal entre esse comportamento do agente e o dano verificado. (STOCO, 2007, p. 152).

Assim, analisar-se-á o dano, último requisito inerente a Responsabilidade Civil Subjetiva, que deve ser constatado caso a caso, pois se não houve o dano não seria possível se falar em indenização. E para tanto, para que seja indenizável, primeiramente, deve haver a conduta violadora, de um direito patrimonial ou extrapatrimonial (DINIZ, 2013).

O dano patrimonial é facilmente identificado e aferido, uma vez que versa sobre a destruição ou diminuição de um bem de valor econômico. Podendo ser dividido entre danos emergentes e lucros cessantes. Por seu turno, o dano extrapatrimonial, ou moral, como popularmente conhecido, é que aquele que não possui caráter econômico aferível, é imensurável e está interligado com os direitos de personalidade, sendo de difícil reparação (SANTOS, 2012).

Por fim, o dano moral será analisado sob a óptica da desistência da adoção quando já implementado o estágio de convivência, o que nas decisões dos Tribunais aqui estudadas é incontestável, uma vez que a criança ao ser devolvida já está estruturalmente abalada, por vir de uma família natural,

normalmente problemática, e com uma nova devolução, ressurgem no menor o sentimento de abandono, de rejeição.

2.2 DA VIOLAÇÃO DA CONFIANÇA E O DANO SOFRIDO PELA CRIANÇA AO ADOLESCENTE

Como já mencionado anteriormente, a adoção, via de regra, é irreversível. Para tanto, antes de homologada a adoção, segundo previsão do ECA, às partes envolvidas passam por um período de convivência, adaptação, para justamente verificar a compatibilidade da família adotante e da criança/adolescente a ser adotada. Tal procedimento visa prevenir possível constrangimento posterior, como um futuro arrependimento (GHIRARDI, 2008). Conclui ainda a estudiosa que:

Na maioria dos casos, a devolução acontece quando o adotante detém a guarda provisória, mas o processo de adoção não está finalizado. Mas depois de encerrado o processo, ainda que rara, ela também pode acontecer. Não há estatísticas oficiais, no entanto, a Comissão Estadual Judiciária de Adoção de Santa Catarina revelou, em 2011, que cerca de 10% das crianças abrigadas em situação de conflito familiar no estado seriam oriundas de adoções que não deram certo. (GHIRARDI, 2008).

Assim como Ghirardi, a escritora Goulart acredita que, apesar de não existirem dados concretos acerca de desistências de adoção de crianças e adolescentes, a prática infelizmente é corriqueira. Geralmente o arrependimento ocorre no período de convivência, quando os adotantes possuem a guarda provisória da criança/adolescente. Entretanto, apesar de incomum, também acontece a devolução após encerrado o processo de adoção (GOULART, 2010).

O período de convivência tem como função evitar possíveis traumas aos adotantes e principalmente à criança/adolescente que está sendo adotada, uma vez que proporciona a ambas as partes a familiaridade, a oportunidade de se conhecerem e se adaptarem a nova rotina (GOULART, 2010).

Consoante afirma a psicanalista Denise Mondejar Molino, o ser humano busca seu reconhecimento e aceitação por parte da sociedade e “Quando essa estrutura não é reconhecida, com grande frequência há o comprometimento da identidade e da autoestima.” (MOLINO, 2010).

Ademais, o sentimento brotado de ter sido novamente abandonado gera um trauma enorme na criança/adolescente, ao ponto de comprometer seu comportamento, desempenho escolar e social. E o trabalho para reverter esse quadro é árduo e dispendioso, com “[...] atendimento especializado, amor e acolhimento para que seja devolvida à criança a sensação de enraizamento.” (MOLINO, 2010).

A devolução chama muito mais nossa atenção porque se constitui como uma experiência que reedita o abandono. É desse ângulo que se enfatiza que as consequências para a criança podem ser intensificadas em relação aos seus sentimentos de rejeição, abandono e desamparo. (GHIRARDI, 2008).

Para elucidar os danos sofridos pela criança, vem a calhar trecho citado pela a colunista Goulart, onde ressalta a história de uma criança adotada pela empresária Margarita Jacby. A menina encontrava-se esquecida em um abrigo para menores, tendo advindo de uma adoção infrutífera, onde um casal havia obtido a guarda provisória dela e de suas duas irmãs, tendo o casal permanecido com as irmãs e devolvido apenas a menina (GOULART, 2010).

Em seu depoimento Margarita menciona que:

Ela sentia-se, literalmente, abandonada mais uma vez, muito triste, apática e desacreditando no papel dos adultos. As consequências psicológicas iam mais além. A enorme pressão pela qual passou no processo de devolução fez com que ela desenvolvesse comportamentos de autopunição, e quando a revi me assustei, pois ela arrancava os cabelos, do topo da cabeça, numa atitude de automutilação [...]. (GOULART, 2010).

Certo é que a criança após ser adotada fixa-se à nova família e cria expectativas, sentindo-se protegida e muitas vezes apega-se imediatamente ao novo lar, com o desejo de se sentir querida e por muitas vezes vivenciar situações de afeto diversas da que estava habituada. Sendo assim, ao presenciar o arrependimento dos novos pais em tê-la no seio familiar, é tomada por um sentimento de frustração (MESSIAS, 2015).

A criança/adolescente, nesta fase, está passando por diversas mudanças, sejam elas afetivas, sociais e de ambiente habitacional, tendo que adaptar-se a novas rotinas e certamente não sabe lidar com tantos sentimentos brotados, considerando que ainda não foi preparada para isso, em face de sua tenra idade.

E ao ser devolvida é incontestável o renascimento da sensação de abandono (MESSIAS, 2015).

Sendo assim, ao habilitar-se perante o Cadastro Nacional de Adoção e buscar concretizar a adoção, o casal deve ter em mente que a criança lhes trará desafios e dificuldades, da mesma forma que um filho biológico, com a particularidade de vir de uma relação familiar conturbada, quanto por tratar-se de um ser em desenvolvimento (GHIRARDI, 2008).

Para Ghirardi o que geralmente frustra às adoções é a falta de entendimento de que se está lidando com uma criança, e não com um objeto fácil de manipular, é a supervalorização da relação, a expectativa de perfeição pelos novos pais. Não se admitindo as dificuldades, corriqueiramente comuns nas relações, o que leva a uma decepção (GHIRARDI, 2008). Nesse sentido também disserta Goulart:

[...] a falta de preparo dos adotantes para discernir entre o filho possível – aquele que está ali com você – e o idealizado – aquele que você gostaria de ter – é um dos grandes entraves no sucesso das adoções. (GOULART, 2010).

Entretanto, existem várias formas de se trabalhar com essa frustração, antes de se optar pela devolução da criança, tanto os pais quanto às crianças podem ser trabalhadas psicologicamente para enfrentar as dificuldades juntos, uma vez que se espera dos adultos uma maior compreensão e discernimento para lidar com os problemas (REZENDE, 2014).

Acontece que ao concretizar a adoção a criança/adolescente deposita sua confiança nos novos pais, bem como a esperança de ter uma família e com a desistência da adoção e devolução da criança ao abrigo, essa confiança depositada pela criança é desfeita, bem como as expectativas de viver em uma família (SILVA; POZZER, 2014).

Conforme narra Luhmann a confiança é um dos pilares básicos da vida. Em sua obra cita como exemplo a outorga de uma procuração, o que se caso não houvesse confiança não ocorreria. Para o pensador ao demonstrar confiança, de certa forma, estar-se-á antecipando o futuro (LUHMANN, 1996).

Em linhas gerais, aplicando a ideia de Luhmann ao presente trabalho, para a criança é como se fosse certa a adoção. Ela não cogita a hipótese de que será rejeitada por aqueles que a escolheram como filha (LUHMANN, 1996).

Existem determinadas situações em que a pessoa é obrigada a honrar as expectativas que criou na outra. Com fundamento no princípio da boa-fé objetiva, a confiança exige que os indivíduos sejam protegidos quando, em termos justificáveis, tenham sido levados a acreditar na manutenção de certo estado de coisas e não sejam surpreendidos por um comportamento totalmente inesperado da contraparte. (SILVA; POZZER, 2014).

A conduta adotada em uma relação deve ser coerente às expectativas criadas, ainda mais quando estar-se-á tratando da vida de uma criança/adolescente, com direitos prioritários aos nossos. Assim dispõe Reale, quanto a boa-fé e a confiança:

[...] apresenta-se como uma exigência de lealdade, modelo objetivo da conduta, arquétipo social pela qual impõe o poder-dever que cada pessoa ajuste sua própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria uma pessoa honesta, proba e leal. (REALE, 2003).

Então, com a quebra da confiança por parte dos adotantes, verifica-se o dano que, neste caso, equipara-se a violência psicológica, sendo tal tema abordado pelo Ministério da Saúde, em sua cartilha nº 08, ao passo que afirma:

Os efeitos morais da desqualificação sistemática de uma pessoa, principalmente nas relações familiares, representa uma forma perversa e cotidiana de abuso cujo efeito é tão ou mais pernicioso que qualquer outro, já que pode promover distúrbios graves de conduta na vítima. Não encontrando recursos para se proteger, a vítima estará exposta a respostas cada vez mais violentas por parte do agressor. (BRASIL, 2012).

O dano se manifesta de maneiras diversas em cada pessoa, mas sua existência é incontestável, considerando a desmaterialização de ideais e expectativas criadas no íntimo da criança/adolescente. Diante disso, sua constatação também se torna difícil, devendo ser avaliado caso a caso (SILVA; POZZER, 2014).

No entanto, a jurisprudência brasileira tem entendido que o dano, nesses casos, é presumido, visto que com a devolução da criança há prejuízo à sua integridade psicológica, interferindo sobremaneira em seu comportamento,

equilíbrio emocional e em sua qualidade de vida, uma vez que a criança/adolescente não tem capacidade cognitiva para lidar com a situação que se apresenta (MINAS GERAIS, 2014).

Além disso, oportuno mencionar que o estágio de convivência já é etapa avançada do processo de adoção, isto é, as chances de concretização da adoção são grandes, bem como a ansiedade da criança/adolescente em estar dentro de uma família tende a aumentar. E com a desilusão da desistência, todos os seus sonhos, de fazer parte da família, restam desapontados, segundo o que mencionam Silva e Pozzer:

Nesse contexto, o estágio de convivência é um período que, embora seja anterior à sentença, proporciona à criança ou ao adolescente, na maioria das vezes, um sentimento de confiança de que a adoção irá se efetivar – afinal, o estágio de convivência só acontece por vontade dos adotantes, que, com essa atitude, transmitem confiança à criança ou adolescente envolvido no processo de adoção, tendo para com este um dever de lealdade; logo, a desistência da adoção acaba por violar a confiança anteriormente transmitida. (SILVA; POZZER, 2014, p. 23).

Sendo, portanto, inquestionável a existência do dano na desistência de adoção, quando iniciado o processo de convivência, supridos estão os três requisitos da Responsabilidade Civil Subjetiva. Diante disso, possível a análise do cabimento da indenização, bem como de julgados que abordam o tema.

2.3 A OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR NA OCORRÊNCIA DE DESISTÊNCIA DE ADOÇÃO, QUANDO INICIADO O PROCESSO DE CONVIVÊNCIA

A adoção é ato jurídico que visa gerar uma família com todos os direitos e deveres assegurados pelo CC/2002 e pela CF/88. Sendo assim, ao candidatar-se para adotar uma criança ou adolescente, deve-se ter consciência da principal finalidade do instituto, que é assegurar, por meio da família, o princípio da proteção integral, bem como o melhor interesse da criança e adolescente (MESSIAS, 2015).

Outrossim, sabe-se que a adoção gera um parentesco entre as partes, adotantes e adotado, igual ao consanguíneo. Extinguindo-se a relação familiar anterior, mantida somente quanto aos impedimentos matrimoniais, assim escrevem Farias e Rosenvald:

[...] a adoção implica a completa extinção da relação familiar mantida pelo adotando com seu núcleo anterior, conferindo segurança à nova relação jurídica estabelecida e garantindo a proteção integral e prioritário do interessado. (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 931)

Para os doutrinadores o desligamento do vínculo adquirido pela adoção só ocorrerá por meio de um novo processo de destituição do poder familiar, observados os preceitos previstos em lei e o devido processo legal (FARIAS; ROSENVALD, 2010).

Sendo assim, apesar de incomum, é possível a devolução da criança quando já efetivada a adoção, entretanto, tal situação acontecerá observando os requisitos previstos em lei, para a destituição do poder familiar. E além do processo da destituição, os novos pais ficam sujeitos a outras medidas, como ação em busca de pensão alimentícia em favor da criança e até mesmo indenização por danos morais e materiais, visando custear possíveis tratamentos psicológicos (MESSIAS, 2015).

Apesar de também ser raro, mas pouco mais comum que a devolução da criança quando já concretizada a adoção, têm-se a desistência da adoção quando já iniciado o estágio de convivência, quando os novos pais possuem a guarda provisória da criança, que, por sua vez, já está em convivendo no núcleo familiar.

O processo do estágio de convivência, trazido pelo art. 46 do ECA, justamente foi criado para abolir ou minimizar adoções infrutíferas, desastrosas. Visa proteger o adotando, seja ela criança ou adolescente, visto que é a parte mais vulnerável da relação, “[...] e não os adotantes, não podendo estes utilizar desta fase processual para novamente expor estas crianças ou adolescentes ao abandono.” (SILVA; POZZER, 2014, p. 30).

Diante do aumento de casos de desistência de adoção, quando iniciada a convivência, a teoria da proteção integral, prevista na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, promulgada pelo Decreto nº 99.710, de 21/11/1990, vem ganhando espaço e dando visão a ações intentadas pelo Ministério Público, buscando o ressarcimento por dano moral em razão da desistência da adoção e conseqüente abandono material e psicológico da criança ou adolescente (GRANATO, 2012).

Certo é que a indenização pecuniária não poderá recompor os danos sofridos pela criança ou adolescente, mas mesmo que em pequeno monte servirá para amenizar seu sofrimento, custeando tratamentos psicológicos e de reestruturação (REZENDE, 2014).

Se tem conhecimento de que o primeiro caso ocorreu no ano 2009, em Uberlândia/MG, onde o promotor de justiça, Epaminondas da Costa trabalhou em uma ocorrência de devolução injustificada de uma menina que se encontrava sob a guarda judicial de um casal por cerca de oito meses. A manifestação pela desistência ocorreu durante a audiência para concessão da guarda definitiva, posteriormente a menina foi devolvida aos cuidados do Estado (CARVALHO, 2009).

Com a aludida desistência, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais propôs uma ação a fim de que o casal indenizasse a criança no valor correspondente a cem salários mínimos nacionais pelos danos morais sofridos, bem como cobrava-se pensão alimentícia, até que a criança completasse vinte e quatro anos. A ação foi fundamentada no seguinte sentido, o Ministério Público alegava que os adotantes haviam criado esperanças para a criança prometendo-lhe um lar, além disso, alteraram seu prenome no meio social, o que deixou a criança confusa, pois ora identificava-se pelo seu nome legal, ora pelo nome dado pelo casal adotivo (CARVALHO, 2009).

Acolhendo o entendimento do Ministério Público, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais condenou os pais adotantes ao pagamento de pensão alimentícia mensalmente, correspondente a 15% do salário mínimo nacional, até a idade de 18 anos, 24 caso estudante, ou até a criança ser adotada, bem como condenou as adotantes ao pagamento de danos morais no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), consoante segue ementário:

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 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 irmãos, ferindo, assim, o princípio constitucionalmente assegurado, da dignidade da pessoa humana, cabe-lhes indenizar a

criança pelos danos sofridos. Apelação desprovida. (MINAS GERAIS, 2011).

Na cidade de Concórdia/SC, em ação ajuizada pelo Ministério Público estadual, também por desistência de adoção durante o estágio de convivência, em decisão liminar um casal ficou obrigado ao pagamento de pensão alimentícia mensal a criança devolvida, equivalente a 15% de seus rendimentos líquidos. Irrresignados com a decisão do juízo *a quo* o casal interpôs agravo de instrumento, com efeito suspensivo, alegando que o desconhecimento das condições da criança levaram ao insucesso da convalidação do estágio de convivência em adoção (SANTA CATARINA, 2011).

Em decisão editada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, a pensão alimentícia foi mantida, sendo apenas reduzida a 10% dos seus rendimentos líquidos até a criança atingir 25 anos de idade:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA PARA ADOÇÃO TARDIA ESTABELECIDO. CRIANÇA DEVOLVIDA. DANOS PSICOLÓGICOS IRREFUTÁVEIS. PENSÃO MENSAL CAUTELARMENTE FIXADA. NECESSÁRIA A REALIZAÇÃO DE TRATAMENTOS PSÍQUICOS. O estágio de convivência que precede adoção tardia se revela à adaptação da criança à nova família e, não ao contrário, pois as circunstâncias que permeiam a situação fática faz presumir que os pais adotivos estão cientes dos percausos que estarão submetidos. A devolução injustificada de criança com 9 anos de idade durante a vigência do estágio de convivência acarreta danos psíquicos que merecem ser reparados as custas do causados, por meio da fixação de pensão mensal. Recurso desprovido. (SANTA CATARINA, 2011).

Insta salientar também trecho do julgado onde o Desembargador fundamenta parte de sua decisão, visto que a criança teve seu estado psíquico alterado, o que pode desencadear danos futuros, precipuamente no que tange a sua inserção em nova família substituta.

Pois bem, o processo de adoção, pela inquestionável importância que repercussão social e individual que remonta, deve ser administrado por quem de direito/dever com absoluta cautela e em atenção aos princípios fundamentais que cercam a criança/adolescente, eis que se trata de pessoa em estágio de desenvolvimento, formação de conceitos, pensamentos e caráter. (SANTA CATARINA, 2011).

Outro julgado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina merece o devido destaque, na medida em os pretendentes a adoção gozavam do estágio de

convivência com irmãos biológicos, uma menina, Thais, e um menino, Mateus, e por deliberação buscaram a devolução de Mateus, visto que desde o princípio queriam apenas efetuar a adoção da menina, o que era inviável visto tratar-se de grupo de irmãos. Ainda, pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina foi argumentado que havia distinção de tratamento entre dos filhos adotivos, e destes para com o biológico (SANTA CATARINA, 2011).

APELAÇÃO CÍVEL. PODER FAMILIAR. DESTITUIÇÃO. PAIS ADOTIVOS. AÇÃO AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. ADOÇÃO DE CASAL DE IRMÃOS BIOLÓGICOS. IRRENUNCIABILIDADE E IRREVOGABILIDADE DA ADOÇÃO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA. RENÚNCIA DO PODER FAMILIAR. ADMISSIBILIDADE, SEM PREJUÍZO DA INCIDÊNCIA DE SANÇÕES CIVIS. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 166 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PERDA DO PODER FAMILIAR EM RELAÇÃO AO CASAL DE IRMÃOS ADOTADOS. DESCONSTITUIÇÃO EM FACE DA PRÁTICA DE MAUS TRATOS FÍSICOS, MORAIS. CASTIGOS IMODERADOS, ABUSO DE AUTORIDADE REITERADA E CONFERIÇÃO DE TRATAMENTO DESIGUAL E DISCRIMINATÓRIO ENTRE OS FILHOS ADOTIVOS E ENTRE ESTES E O FILHO BIOLÓGICO DOS ADOTANTES. EXEGESE DO ART. 227, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL C/C ART. 3º, 5º, 15, 22, 39, §§ 1º, 2º E ART. 47, TODOS DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE C/C ART. 1.626, 1.634, 1.637 E 1.638, INCISOS I, II E IV, TODOS DO CÓDIGO CIVIL. MANUTENÇÃO DOS EFEITOS CIVIS DA ADOÇÃO. AVERBAÇÃO DO JULGADO À MARGEM DO REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO DOS MENORES. PROIBIÇÃO DE QUALQUER ESPÉCIE DE OBSERVAÇÃO. EXEGESE DO ART. 163, § ÚNICO DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE C/C ART. 227, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DANO MORAL CAUSADO AOS MENORES. ILÍCITO CIVIL EVIDENCIADO. OBRIGAÇÃO DE COMPENSAR PECUNIARIAMENTE OS INFANTES. APLICAÇÃO DO ART. 186 C/C ART. 944, AMBOS DO CÓDIGO CIVIL. JUROS MORATÓRIOS. MARÇO INICIAL. DATA EM QUE A SEQUÊNCIA DE ILICITUDES ATINGE O SEU ÁPICE, MATIZADA, NO CASO, PELO ABANDONO DO FILHO ADOTADO EM JUÍZO E SUBSCRIÇÃO DE TERMO DE RENÚNCIA DO PODER FAMILIAR. EXEGESE DO ART. 398 DO CÓDIGO CIVIL EM INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA COM O ART. 407 DO MESMO DIPLOMA LEGAL. PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA. PERTINÊNCIA ENTRE O PEDIDO E O PRONUNCIADO. NECESSIDADE DE FLEXIBILIZAÇÃO E RELATIVIZAÇÃO DAS REGRAS PROCESSUAIS CLÁSSICAS EM SEDE DE DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. MITIGAÇÃO DA DISPOSIÇÃO CONTIDA NO ART. 460 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. VÍTIMAS QUE, NA QUALIDADE DE IRMÃOS BIOLÓGICOS E FILHOS ADOTIVOS DOS RÉUS MERECEM RECEBER, EQUITATIVAMENTE, A COMPENSAÇÃO PECUNIÁRIA PELOS DANOS IMATERIAIS SOFRIDOS. HIPOTECA JUDICIÁRIA. EFEITO SECUNDÁRIO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. APLICAÇÃO DO ART. 466 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. [...] Recurso desprovido. (SANTA CATARINA, 2011).

Ao final pela Primeira Câmara de Direito Civil os adotantes foram condenados ao pagamento de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) aos irmãos pelos danos por eles causados (SANTA CATARINA, 2011).

No Estado do Paraná, há notícia de que a Promotoria de Justiça de Toledo/PR ajuizou ação de indenização por danos morais em face de uma mulher que desistiu de adotar uma criança, de quem já havia obtido a guarda. Na ação, além da indenização a Promotoria buscava o pagamento do tratamento psicológico da menina, sob o fundamento de que se tratava de uma criança e não um objeto viciado, tendo violadas as expectativas da menina, conforme preceitua o art. 187 do CC/2002, excedendo os limites impostos pela boa-fé (MINISTÉRIO PÚBLICO, 2012).

Nessa ação, o Promotor de Justiça responsável pelo caso, Dr. Hugo Evo Magro Corrêa Urbano, menciona que o fundamento utilizado é o trauma gerado na menina, que sofreu uma enorme frustração pela quebra da confiança depositada, em razão de ter sido abandonada pela família substituta. No caso a menina conviveu durante o período de um ano com a família, passando inclusive as festividades de final de ano na casa da mulher que pretendia adotá-la. Ademais, a menina identificava-se como filha da mulher e irmã do filho da adotante. Passados alguns meses, a mulher busca o Ministério Público e manifesta interesse em devolver a criança, justificando animosidade entre seu filho biológico e a menina (MINISTÉRIO PÚBLICO, 2012).

Em outra notícia veiculada pelo Jornal Globo, uma menina e seu irmão foram encaminhados para adoção após perderem a genitora. A menina foi adotada por uma procuradora federal e o menino pelo filho da procuradora, sendo ambos levados para o Estado da Bahia. Cinco anos após efetivada a adoção, a adotante pediu a revogação da adoção, alegando mau comportamento da criança, bem como justificou que estava em idade avançada e não tinha condições de cuidar da criança. O processo foi julgado parcialmente procedente, sendo a adotante condenada ao pagamento de R\$ 100.000,00 por danos morais.

A Justiça do Distrito Federal mandou uma mulher indenizar em R\$ 100 mil uma garota adotada aos 6 anos de idade e que foi devolvida ao abrigo cinco anos depois por apresentar "mau comportamento". O valor, referente a danos morais, deve ser corrigido monetariamente e acrescido de juros de mora. (DISTRITO FEDERAL, 2015).

Já no Estado do Mato Grosso do Sul, em 2014, após várias tentativas de adaptação da criança à família pretendente, o casal optou por devolvê-la, sob o argumento de que o menino não se adaptava a filha biológica.

[...] Os agravantes, por mais de uma vez, pleitearam a adoção do menor R. da C., nascido em 1.9.2002, desde que possuía 3 anos de idade. O primeiro pedido deu-se em 26.7.2005 (f. 30-33), apresentando desistência com posterior intenção de prosseguimento da ação (f. 67, 71) e nova desistência em 20.10.2006 (f. 114-115), homologada em 3.10.2007 (f. 142), sob a alegação de animosidade com a filha maior (f. 115). O segundo requerimento de adoção foi formulado em 24.3.2009 (f. 149-153), afirmando-se estarem preparados para receber o menor e criá-lo como filho legítimo, tendo recebido a guarda provisória em 16.12.2009 (f. 203). (MATO GROSSO DO SUL, 2014).

Consoante depreende-se da decisão, as diversas tentativas de adoção infrutíferas geraram na criança um abalo enorme, tendo a necessidade de tratamento psicológico intenso para reestabelecer sua confiança.

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – TUTELA ANTECIPADA – DETERMINAÇÃO PARA PROMOÇÃO DE TRATAMENTO PSICOLÓGICO AO MENOR SUBMETIDO A SUCESSIVAS TENTATIVAS DE ADOÇÃO PELO MESMO CASAL, COM POSTERIOR DESISTÊNCIA – PRESENÇA DOS REQUISITOS PARA A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA – RECURSO IMPROVIDO. Há prova inequívoca das alegações de responsabilidade do casal adotante pelo tratamento psicológico do menor, submetido a pedidos de adoção, com longo estágio de convivência e posteriores desistências, ao longo de 5 anos, quando laudos psicológicos apontam os problemas da criança em razão das sucessivas devoluções à casa de acolhimento. Presentes os requisitos da verossimilhança das alegações, de perigo de dano irreparável ou de difícil reparação ao infante, caso não inicie o tratamento psicológico, e de possibilidade de reversão da decisão, necessários à antecipação dos efeitos da tutela, deve ser mantida a decisão agravada. Recurso improvido, com o parecer. (MATO GROSSO DO SUL, 2014).

Novamente vem à tona a idealização do filho perfeito feita pelos adotantes, pois cria-se o cenário do filho sonhado e do filho real, e por não atender as expectativas dos adotantes a criança é devolvida ao abrigo, como no caso citado, a criança ficou anos, mais precisamente cinco anos em estágio de convivência, criando vínculos afetivos com os novos pais, para depois ser abandonada.

[...] a família buscou a segunda adoção do menor ser considerar que passariam por situações que necessariamente demandariam cautela e maior esforço pra evitar ao infante uma nova expectativa frustrada de possuir uma família, e por não se desincumbirem satisfatoriamente do encargo que lhes era devido com a guarda do menor, devem ser responsabilizados pelos danos a ele causados, a fim de minimizar os efeitos sofridos. (MATO GROSSO DO SUL, 2014).

Ao fim, o casal foi condenado a pagar tratamento psicológico para a criança, sob pena de multa (MATO GROSSO DO SUL, 2014).

O assunto até o momento tem sido pouco discutido, pois gera dúvidas quanto a aplicação da Responsabilidade Civil, visto que a desistência normalmente ocorre durante o estágio de convivência, que serve exatamente como um período de adaptação, estando os adotantes apenas com a guarda provisória da criança ou adolescente. Nessa situação, não há previsão legal que vede a conduta da devolução, tampouco que garanta a essa criança ou adolescente algum direito (REZENDE, 2014).

O fato de crianças e adolescentes serem devolvidos à instituição acolhedora se dá porque anda não foi sentenciada a adoção, não havendo, portanto, qualquer vínculo com a família que o devolveu. (SILVA; POZZER, 2014, p. 32).

Contudo, o insucesso da adoção, com o conseqüente retorno da criança ou adolescente ao abrigo certamente causa danos imensuráveis em sua autoestima e comportamento. Existindo, portanto, pressuposto para o direito à reparação dos danos causados a essa criança ou adolescente, sendo esse dano de cunho patrimonial ou extrapatrimonial (REZENDE, 2014).

A devolução atinge a criança/adolescente como uma bomba, considerando que já foi deixada por sua família biológica e novamente está sendo rejeitada. Aos dizeres de Silva e Pozzer “[...] é melhor que ela nunca seja adotada a ser adotada e devolvida.” (SILVA; POZZER, 2014, p. 33). Pois ao ser iniciado o processo de adoção, cria-se uma expectativa de que a criança/adolescente ganhará uma família que lhe dará amor, carinho e atenção, o que não acontece em razão da desistência.

CONCLUSÃO

O procedimento de adoção no Brasil tem como bases legais a Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 2002, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.090/1990) e a Lei de Adoção (Lei nº. 12.010/2009). Sendo também norteado pelo princípio da proteção integral, que reconhece a criança como sujeito de direito, atribuindo-lhe políticas públicas e sociais a fim de afirmar seus direitos perante a sociedade.

O processo de adoção é orientado por critérios específicos, possuindo várias fases, sendo uma delas o estágio de convivência, que é primordial para a adaptação da criança ou adolescente ao novo lar, bem como dos adotantes a realidade de receber mais um ente a família, antes de se concretizar a adoção.

Durante o período de convivência podem surgir divergências de diversas formas entre a criança ou o adolescente com os pretendentes, o que também acontece com filhos biológicos. Entretanto, por não estar efetivada a adoção há a possibilidade da desistência, uma vez tal conduta não é vedada para ordenamento jurídico pátrio.

Apesar de não ser antijurídica, a desistência da adoção durante o estágio de convivência constitui conduta imoral, por quebrar a confiança depositada pela criança no adulto, causando danos imensuráveis em quem deveria ser objeto de proteção integral.

Nesse contexto, insta ressaltar que a criança já vem de uma relação familiar traumática, visto que sofreu processo de destituição familiar, sendo afastada de sua família biológica, de suas raízes, e muitas vezes deposita suas esperanças na adoção, por acreditar que na nova família receberá afeto, carinho e amor, o que não acontece ante a devolução, frustrando assim todos os sonhos que havia materializado.

Assim, o estágio de convivência tem como principal função a adaptação da criança ou adolescente ao ambiente familiar dos adotantes, sendo inconcebível que o aludido período sirva como um experimento aos adotantes,

que se não ficarem satisfeitos com a criança, a devolvem injustificadamente como se fosse um produto viciado. Por meio da Responsabilidade Civil não estar-se-á ensejando a proibição da desistência da adoção, até porque tal ato prejudicaria a criança ou adolescente, não lhe sendo favorável permanecer em uma família que não lhe deseja.

Todavia, é necessário a implementação de alguma medida que coíba a adoção impensada ou não trabalhada pelos adotantes, pois devem ter mente que as crianças que aguardam a adoção já advém de lares desestruturados, bem como tem particularidades que devem ser observadas, ensejando um tratamento especial por parte dos adotantes, bem como a criança ou o adolescente não tem maturidade suficiente para lidar com a situação, para trabalhar psicologicamente com um novo abandono.

Neste contexto, buscou-se a partir do presente estudo, responder ao problema de pesquisa indagando se é cabível a indenização por danos morais na desistência de adoção durante o estágio de convivência. E com o desenvolvimento do trabalho confirmou-se a hipótese anteriormente suscitada, de que analisando os princípios constitucionais, bem como os requisitos da Responsabilidade Civil Subjetiva e o dano experimentados pela criança, é cabível a reparação por dano moral por parte da família pretendente, quando da devolução do adotando na fase do estágio de convivência.

Além disso, a desistência é configurada como violação à dignidade e ao respeito da pessoa em desenvolvimento, interferindo no seu processo de estruturação emocional e afetiva, tendo repercussões significativas ao longo de sua via, tais como a insegurança e a baixa estima.

A infância é uma das fases mais importantes da vida, onde formamos nosso caráter e personalidade, pois estamos suscetíveis a todas as informações à nossa volta. É uma fase especial do desenvolvimento humano e a melhor maneira para evitar o crescimento de uma pessoa insegura é dar-lhe apoio e suporte familiar. Então, como uma criança, abandonada duas vezes, pode ter uma base familiar sólida? Afinal, o que une a família é o afeto, o carinho e a solidariedade entre seus membros, independente do vínculo biológico que possuem, e tal atitude por parte dos pretendes demonstra exatamente o contrário.

Assim, o tema desenvolvido não se esgota no presente trabalho, pois pode gerar futuros estudos significativos acerca da Responsabilidade Civil por desistência de adoção durante o estágio de convivência, bem como ainda é muito debatido na jurisprudência, que ainda não é pacífica no tema.

Por fim, conclui-se que a medida investigada no presente trabalho pretende reforçar os ideais da proteção à criança e ao adolescente e dos direitos fundamentais inerentes a elas, buscando assim, uma grande repercussão do tema, já que trata de questões fundamentais e preocupantes, que por ora assolam o Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BITTAR, Carlos Alberto. **Curso de Direito Civil**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

BRASIL. Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_05.10.1988/CON1988.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2017.

_____. Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 15 jul. 2017.

_____. Lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 03 ago. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm>. Acesso em: 15 jul. 2017.

_____. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 jul. 2017.

_____. Decreto-Lei nº. 4.657, de 04 de setembro de 1942. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 04 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 15 jul. 2017.

_____. Ministério da Saúde. **Violência intrafamiliar: orientações para prática em serviço**. Caderno de atenção básica nº. 08. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/%20cd05_19.pdf>. Acesso em: 31 out. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1159242/SP**. Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data do Julgamento: 24 abr. 2012, Terceira Turma, Data da Publicação: Diário de Justiça do dia 10 maio 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200901937019>. Acesso em: 22 mar. 2016.

CARVALHO, Cleide. Casal de Minas Gerais devolve criança adotada e Ministério Público vai à justiça por pensão até que complete 24 anos. **O Globo Minas**, Belo Horizonte, 27 mai. 2009. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/casal-de-minas-gerais-devolve-crianca-adotada-mp-vai-justica-por-pensao-ate-que-complete-3127267>>. Acesso em: 31 out. 2017.

CAVALIERI FILHO, SÉRGIO. **PROGRAMA DE RESPONSABILIDADE CIVIL**. 10. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. **Curso de Direito Internacional Privado**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, volume 7. Responsabilidade Civil. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direito das famílias**. 5. ed. amp. e atual. Salvador: Juspodivm, 2013.

GHIRARDI, Maria Luiza. **Devolução de crianças adotados**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/realidade-brasileira-sobre-adocao/devolucao-de-criancas-adotadas.aspx>>. Acesso em: 31 out. 2017.

GONÇALVEZ, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOULART, Nathalia. **'Devolução' de crianças adotadas é mais comum do que se imagina**. Brasil, mai. 2010. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/brasil/devolucao-de-criancas-adotadas-e-mais-comum-do-que-se-imagina/>>. Acesso em: 31 out. 2017.

GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção: doutrina e prática**. Curitiba: Juruá, 2012.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 17. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2013.

LONDOÑO, Fernando Torres. **A origem do conceito de menor**. São Paulo: Contexto: 1991.

LUHMANN, Niklas. **Confiança [Vertrauen]**. Tradução de Amanda Flores. Barcelona: Anthopos, 1996.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (organizadora). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MATO GROSSO DO SUL. **Agravo de instrumento Nº. 2011.037794-3**, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, Relator: Ruy Celso Barbosa Florence. Julgado em: 06 mar. 2012. Disponível em: <<https://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21394601/agravo-agv-37794-ms-2011037794-3-tjms/inteiro-teor-21394602>>. Acesso em: 31 out. 2017.

MESSIAS, Werlisa de Souza. **A Responsabilidade Civil do adotante decorrente do arrependimento na adoção**. 2015. 53f. Trabalho de Conclusão de Curso – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2015.

MINAS GERAIS. **Ação civil pública Nº 10024110491578002, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Relator: Vanessa Verdolim Hudson Andrade**. Julgado em: 15 abr. 2014. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/121112071/apelacao-civel-ac-10024110491578002-mg/inteiro-teor-121112122>>. Acesso em: 22 mar. 2016.

MINISTÉRIO PÚBLICO, do Estado do Paraná. **Desistência de adoção pode gerar indenização por danos morais à criança**. Toledo, set. 2012. Disponível em: <<http://www.mppr.mp.br/modules/noticias/article.php?storyid=2738>>. Acesso em: 31 out. 2017.

MOLINO, Denise Mondejar. **‘Devolução’ de crianças adotadas é mais comum do que se imagina**. Brasil, mai. 2010. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/brasil/devolucao-de-criancas-adotadas-e-mais-comum-do-que-se-imagina/>>. Acesso em: 31 out. 017.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (organizador). **Tratado de Direito das Famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.

REALE, Miguel. **A boa-fé no Código Civil**. Publicado em: 16 ago. 2003. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/>>. Acesso em: 31 out. 2017.

REZENDE, Guilherme Carneiro de. A responsabilidade civil em caso de desistência de adoção. **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná**, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 80-103, dez. 2014.

RIO GRANDE DO SUL. **Apelação cível Nº 70067775783**, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Jorge Luís Dall’Agnol. Julgado em 13 jun. 2016. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70067775783&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 22 mar. 2016.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: responsabilidade civil**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROUDINESCO, Elisabeth. **A Família em Desordem**. Tradução André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

SAPUCAIA, Rafael Vieira Figueiredo. **O modelo de regras e princípios de Robert Alexy**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10552> Acesso em: 15 jul. 2017.

SANTA CATARINA. **Agravo de instrumento Nº 2010.067127-1**, Câmara Especial Regional de Chapecó, Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Relator: Guilherme Nunes Born. Julgado em: 25 nov. 2011. Disponível em: <<http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do>>. Acesso em: 31 out. 2017.

SANTA CATARINA. **Apelação cível Nº 2011.020805-7**, Primeira Câmara de Direito Civil, Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Relator: Joel Figueira Júnior. Julgado em: 20 set. 2011. Disponível em: <<https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20441959/apelacao-civel-ac-208057-sc-2011020805-7>>. Acesso em: 31 out. 2017.

SANTOS, Pablo de Paula Saul. **Responsabilidade civil: origem e pressupostos gerais**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11875> Acesso em: 20 set. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SILVA, Maiara Patrícia da; POZZER, Milene Ana dos Santos. Responsabilidade Civil pela Devolução de Crianças e Adolescentes em Estágio de Convivência no Processo de Adoção. **Revista Síntese**, São Paulo, n. 83, p. 09-49, abr./maio. 2014.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

TJ manda mãe adotiva pagar R\$ 100 mil a menina devolvida a abrigo no DF. **G1 – O Portal de Notícias da Globo**, Distrito Federal, 11 jul. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2015/07/tj-manda-mae-adotiva-pagar-r-100-milmenina-devolvida-abrigo-no-df.html>>. Acesso em: 31 out. 2017.