

UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO RIO DE JANEIRO
INSTITUTO TRÊS RIOS
CURSO DE DIREITO

MONOGRAFIA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA DEVOLUÇÃO DE
CRIANÇAS E ADOLESCENTES COLOCADOS EM FAMÍLIAS
SUBSTITUTAS**

Uma análise dos aspectos sociais e jurídicos

Sandro Bittencourt Dias

2014



**UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO RIO DE JANEIRO
INSTITUTO TRÊS RIOS
CURSO DE DIREITO**

**A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA DEVOLUÇÃO DE
CRIANÇAS E ADOLESCENTES COLOCADOS EM FAMÍLIAS
SUBSTITUTAS**

UMA ANÁLISE DOS ASPECTOS SOCIAIS E JURÍDICOS

SANDRO BITTENCOURT DIAS

Sob a orientação da Professora

Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio Souza

Monografia submetida ao Departamento do
Curso de Direito da Universidade Federal
Rural do Rio de Janeiro – Instituto Três Rios
- como requisito para a obtenção de
graduação no Curso de Direito.

Três Rios, RJ
Novembro de 2014

UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO RIO DE JANEIRO
INSTITUTO TRÊS RIOS
CURSO DE DIREITO

SANDRO BITTENCOURT DIAS

Monografia submetida como requisito para obtenção de graduação no Curso de Direito em novembro de 2014

MONOGRAFIA APROVADA EM 26 DE NOVEMBRO DE 2014

Profª. Dra. Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio Souza
Orientadora

Prof. Ms. José Carlos Cardozo

Profª. Ms. Fernanda Gomes Ladeira

Dedico este trabalho, primeiramente, a todas as crianças órfãs ou que se viram rejeitadas pelos próprios pais e que, na esperança de se sentirem amadas novamente, se veem rejeitadas por aqueles nos quais depositaram seu amor e sua confiança. Em segundo lugar, dedico aos profissionais que, assim como eu, se dedicam a levar a correta prestação jurisdicional à sociedade, em especial àqueles com quem trabalhei na Vara de Família, Infância e Juventude da Comarca de Três Rios, no início de minha vida profissional no Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro.

AGRADECIMENTOS

A todo o corpo docente do Curso de Direito da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Instituto Três Rios, que, com sua dedicação e competência, dividiu comigo seu conhecimento e sua experiência para que eu pudesse chegar até aqui preparado para esta nova etapa da vida.

Aos profissionais técnicos da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Instituto Três Rios, pela competência com que conduziram o *backstage* do Curso de Direito.

À professora Dra. Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio que, gentilmente, aceitou ser minha orientadora na elaboração deste trabalho de conclusão de curso, conseguindo clarear mesmo as reflexões que pareciam mais difíceis.

À equipe técnica da Vara de Família, Infância e Juventude da Comarca de Três Rios, RJ., representada pela Assistente Social Elaine Noly Barrocas e pela psicóloga Andréa de Almeida Silva pelo apoio material que me foi dado.

Ao recém aposentado Juiz Dr. Luiz Simões Cardoso, com quem trabalhei no início de minha vida profissional, na antiga Vara de Família e Menores de Três Rios, e que me apresentou o Direito de Família na prática, me convidando para trabalhar nas audiências a seu lado, exemplo de pessoa e cuja sensibilidade diante das causas que se apresentavam deveria ser parâmetro para todos os magistrados que atuam nesse ramo do Direito.

Aos meus pais que, mesmo após eu me graduar em Ciências Econômicas, sempre insistiram que eu deveria cursar Direito.

A minha esposa Elisângela e aos meus filhos, Vítor e Laura, pela compreensão pelas horas ausentes e a falta de paciência nas horas assoberbadas.

Aos colegas de curso pela caminhada lado a lado e pelas experiências compartilhadas.

Enfim, a todos que, de alguma forma, contribuíram para que eu alcançasse mais este objetivo na minha vida.

RESUMO

DIAS, Sandro Bittencourt. **A responsabilidade civil pela devolução de crianças e adolescentes colocados em famílias substitutas - uma análise dos aspectos sociais e jurídicos: Três Rios, RJ.** 2014. 67p. Monografia. Instituto Três Rios, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Três Rios, RJ, 2014

Este trabalho se reporta a um tema bastante atual e que vem gerando divergências no campo doutrinário jurídico brasileiro. Trata-se do cabimento, em certos casos, da reparação por dano moral e/ou material nas hipóteses de devolução de crianças ou adolescentes às instituições de acolhimento quando passam por um processo frustrado de adoção. Foram objeto de estudo desta pesquisa as relações que são vivenciadas no momento da colocação de crianças em famílias substitutas, o comportamento que a criança apresenta no momento de sua nova colocação, a dinâmica da família que devolve e os procedimentos legais que percorrem esse caminho. Os resultados indicaram que são vários os aspectos que predisõem a devolução: os conflitos internos das famílias substitutas, o processo de separação da criança de sua família de origem, os procedimentos para a concessão da guarda, o comportamento da criança opondo-se às expectativas da família que, normalmente, se encontra despreparada para a solução dos conflitos que se apresentam com a nova filiação e o relativo despreparo dos profissionais no manejo técnico com famílias em conflito com a criança. Tratou-se a questão da responsabilização dos pretendentes à adoção e do Estado em caso de processos adotivos mal sucedidos que acarretam um sentimento de rejeição e culpa nas crianças e adolescentes devolvidos, chegando-se à conclusão de que a extensão do dano é de difícil aferição, assim como a quantificação reparatória do dano. Concluiu-se, também, que nem todos os casos de devolução de crianças e adolescentes após um processo mal sucedido de adoção deve ser transformado em uma ação de reparação por danos morais em favor das crianças e adolescentes devolvidos, devendo essa possibilidade ser analisada a partir da ótica do abuso do direito.

Palavras-chave: Adoção, Devolução, Responsabilidade Civil

ABSTRACT

DIAS, Sandro Bittencourt. **Liability for return of children and adolescents placed in foster care - an analysis of social and legal aspects: Três Rios, RJ.** 2014. 67p. Monograph. Três Rios Institute, Federal Rural University of Rio de Janeiro, Três Rios, RJ, 2014

This paper reports the highly topical issue and been generating differences in the Brazilian legal doctrinal field. This is the appropriateness, in certain cases, redress for moral and / or property damage in the event of return of children or adolescents and receiving institutions when they pass through a failed adoption process. Were the object of this research relationships that are experienced at the time of placement of children in foster care, behavior that the child has the time of his new placement, the family dynamics that returns and legal procedures that traverse this path. The results indicated that there are several aspects that predispose to return: the internal conflicts of foster families, the process of separation of children from their family of origin, procedures for the award of custody, the child's behavior in opposition to the expectations of family usually are not prepared to resolve the conflicts that arise with the new affiliation and the relative unpreparedness of professionals in technical management with families in conflict with the child. It was the issue of accountability of the pretenders to the adoption and the State in case of unsuccessful foster processes that cause a feeling of rejection and guilt in children and adolescents returned, he came to the conclusion that the extent of the damage is difficult to measure as well as remedial on damage. Also, it was concluded that not all cases of returning children and adolescents after an unsuccessful adoption process should be transformed into an act of reparation for moral damages in favor of children and adolescents returned, this possibility should be analyzed from optics of abuse of rights.

Key words: Adoption, Return, Liability

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
CAPÍTULO 1 - CONSIDERAÇÕES ACERCA DO INSTITUTO “FAMÍLIA” E OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS QUE O REGEM	14
CAPÍTULO 2 - O INSTITUTO DA ADOÇÃO E A FAMÍLIA SUBSTITUTA.....	23
2.1 Adoção	23
2.2 O instituto da adoção, seu procedimento e os grupos institucionais.....	28
2.3 A família substituta	34
CAPÍTULO 3 - A DEVOLUÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM PROCESSO DE ADOÇÃO OU EFETIVAMENTE ADOTADAS	39
CAPÍTULO 4 - TEORIA GERAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL BRASILEIRA.....	46
4.1 Elementos essenciais da responsabilidade civil.....	46
CAPÍTULO 5 - RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA.....	52
CAPÍTULO 6 - DEVOLUÇÃO DE CRIANÇAS E SUA CONSEQUÊNCIA JURÍDICA.....	56
CONCLUSÃO.....	62
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	67

INTRODUÇÃO

Trata o presente trabalho de estabelecer uma análise sobre a possibilidade de se aplicar a responsabilização civil das pessoas que adotam crianças e que, por questões diversas (que serão abordadas), as devolvem para os abrigos ou famílias biológicas como se fossem simples objetos inanimados e incapazes de possuir sentimentos.

Abordar-se-á, ao longo do trabalho, o instituto e o processo da adoção e da responsabilização civil, e mais adiante serão analisados os motivos da negação do adotado ou adotando pelos adotantes e a possibilidade da reparação indenizatória a essas crianças ou adolescentes rejeitados.

Admitindo-se a possibilidade de reparação, far-se-á uma análise sobre como quantificar a dor do adotado ou adotando rejeitado, com vias de se mensurar o tamanho do dano sofrido por estas pessoas e transformá-lo em pecúnia. E, caso se alcance um valor em dinheiro, sendo a criança ou adolescente adotado ou adotando incapaz civilmente, a quem seria destinado o encargo de administrar ou usar o valor indenizado em favor daqueles que foram rejeitados e devolvidos aos abrigos ou família biológica?

Fato é que, com o crescimento dos processos de adoção no Brasil, maior a incidência de casos em que os adotados ou adotandos são devolvidos a seu *status quo*. E vários são os motivos alegados para ocorrer a devolução, porém os fatores que levam a esta atitude ainda carecem de estudos mais aprofundados. A verdade é que não há dados oficiais sobre as adoções sem final feliz. Contudo, especialistas afirmam que a ação de devolver uma criança é mais comum do que se imagina e que isso acontece, principalmente, no período de convivência – quando o adotante detém a guarda provisória, mas o processo de adoção ainda não está concluído. Durante esse período, a família é avaliada e monitorada por técnicos do Juizado da Infância e Juventude. No entanto, apesar de rara, a devolução depois de encerrado o processo de adoção também pode acontecer.

As razões que levam à desistência de uma adoção são variadas. Em geral os problemas começam com a convivência real e os problemas diários. Fato é que a adoção começa com a fantasia de um filho ideal, mas a criança adotada é real, cheia de hábitos e costumes que, muitas das vezes, não condizem com os hábitos e costumes dos adotantes. E esse aspecto é mais acentuado nas crianças mais velhas. O que se percebe

na maioria dos casos de devolução de crianças ou adolescentes em processo de adoção ou com a adoção já efetivada é a dificuldade de construção de um relacionamento sincero e duradouro. Nestes casos, o despreparo dos futuros pais acaba por minar a adoção.

O sentimento altruísta dos adotantes também é fator que não pode ser desprezado quando se estuda os motivos da devolução da criança ou adolescente adotado. Quando há motivação baseada em sentimento altruísta na hora da adoção, as chances de conflitos são maiores, ou seja, a adoção vista como forma de estar “salvando” o adotando ou adotado cria dificuldades em impor limites comportamentais e os conflitos dentro de casa se intensificam. Por outro lado, muitas vezes a criança é idealizada pelos adotantes, como aquela que vem para salvar as relações. Isso desencadeia muito facilmente nos pais um sentimento de fracasso, o que faz com que o desejo de devolução se intensifique.

Outro fator considerável nos casos de devolução é o relacionado à questão financeira do adotante. Quando se verifica um aumento substancial nas despesas da família com a integração de mais um indivíduo ao seio familiar, motivado por fatores diversos como problemas de saúde, tratamentos psicológicos, reforço na educação escolar etc., os adotantes costumam mensurar custos e benefícios da adoção e acabam por devolver o adotado como se fosse um objeto que gera prejuízo e, por isso, pode ser descartado.

Além destes fatores, outro bastante considerável é a demora do Judiciário na conclusão do processo de adoção, principalmente nas ações contenciosas, o que, muitas das vezes, obriga os adotantes a percorrer verdadeira *via sacra* para conseguir ver o processo concretizado. Nesse sentido, hodiernamente, o Judiciário brasileiro se vê na obrigatoriedade de otimização do processo adotivo. E esta otimização passa necessariamente e primordialmente pela eficiência dos profissionais que lidam com este processo, desde os funcionários dos abrigos, assistentes sociais, psicólogos, até o magistrado que dará a palavra final.

No Brasil, segundo dados de 2013 do Senado Federal¹ referentes à adoção, para cada criança ou adolescente inserido no Cadastro Nacional de Adoção (CNA), existem seis famílias autorizadas pelo Judiciário para adotar. Porém, outras trinta e nove mil crianças ou adolescentes espalhados por todos os Estados brasileiros aguardam uma família substituta e não têm sequer um programa de adoção eficaz que possa inseri-las efetivamente no cadastro de perfilhação. Especialistas apontam que a implementação de um cadastro unificado esbarra nas dimensões continentais do Brasil e, ainda, em aspectos culturais que variam de região para região e no abismo que separa as estruturas do Poder Judiciário dos diferentes Estados da Federação.

Só para se ter uma ideia, reportando aos dados do Senado Federal, no Brasil existiam, no ano de 2013, 5.465 crianças aptas à adoção contra 29.164 pretendentes cadastrados. Por outro lado, existiam 44.585 crianças abrigadas nos 2.624 abrigos existentes, a maioria delas sem perspectiva nenhuma de serem adotadas, justamente pela falta de um programa governamental eficaz que as levasse ao encontro do excedente de pretendentes acima demonstrado.

O governo se desculpa alegando que o Cadastro Nacional de Adoção foi criado em 2008 para mapear informações de todos os Tribunais de Justiça do país sobre processos de adoção e que por ser, de certa forma, recente, carece de ajustes².

Mas o que não se pode negar é que um programa de adoção mais eficaz, além de dar um lar para grande parte das crianças e adolescentes que se encontram em abrigos, tem o condão de conferir ao instituto da adoção a eficácia para a qual ele foi criado, assegurando àquelas crianças e adolescentes o direito constitucional à convivência familiar e que esta convivência não se transforme em rejeição, um *bis in idem* na vida dessas pessoas que já foram, de uma forma ou de outra, rejeitadas uma vez por seus pais ou famílias biológicas.

Nesse sentido, ainda que todas essas barreiras sejam superadas, para um número considerável de crianças e adolescentes a adoção não é a concretização do sonho de ter uma família, mesmo que, em termos legais, depois de concluída, a adoção se torna irreversível.

¹ Disponível em <http://www.senado.gov.br/noticias/jornal/emdiscussao/adocao/contexto-da-adocao-no-brasil.aspx>. Acesso em 30.06.2014.

² Disponível em <http://www.senado.gov.br/noticias/jornal/emdiscussao/adocao/realidade-brasileira-sobre-adocao.aspx> idem.

Por outro lado, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) prevê um período de adaptação justamente para que, estabelecido o contato entre as partes, seja avaliada a compatibilidade, prevenindo-se um futuro arrependimento, tanto por parte dos pais adotivos quanto da criança. Mas não há como negar que este período de adaptação cria laços e perspectivas, que na cabeça de uma criança se torna um sonho.

Como já dito, este trabalho acadêmico visa discutir se cabe a responsabilização civil dos adotantes caso decidam que não desejam mais ficar com os adotados ou adotandos e resolvam devolvê-los aos abrigos. E, se couber a responsabilização civil, não teria o Estado uma parcela de culpa? Poderia o Estado ser responsabilizado, neste caso, objetivamente?

E mais. Como mensurar o dano? O adotado, que teve todo o processo concluído, com novo registro civil, tem direito a uma indenização maior que o adotando que está em período de experiência ou sob a guarda provisória da nova família e, de uma hora para outra, sem justificativas, se vê devolvido ao abrigo sem que a adoção seja concretizada judicialmente?

Utilizando a metodologia da pesquisa documental, este trabalho partiu da leitura de dados estatísticos sobre adoção no Brasil e sobre os casos de interrupção do processo adotivo e consequente devolução da criança ou adolescente às instituições acolhedoras. Verificou-se, através de relatos de profissionais que trabalham com essa questão, as histórias das crianças que vivenciaram um novo abandono e os motivos que levaram à prática da devolução. As premissas abordadas neste trabalho foram baseadas nas pesquisas, artigos e livros publicados sobre o assunto em questão e nas informações das equipes técnicas das Varas da Infância e Juventude das Comarcas de Três Rios, RJ. e Paraíba do Sul, RJ. Os relatos de experiências clínicas com crianças devolvidas foram obtidos através de publicações de diversos autores que trabalham o tema.

Segundo a psicóloga Maria Luiza Ghirardi, “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”³.

³ GHIRARDI, Maria Luíza. *A devolução de crianças adotadas: ruptura do laço familiar*. Disponível em http://www.moreirajr.com.br/revistas.asp?fase=r003&id_materia=3988. Acesso em 30.06.2014.

Serão abordados ao longo do trabalho, nos capítulos subsequentes, os institutos da adoção e da responsabilidade civil para, mais adiante, se tentar entender os motivos que levam os adotantes a desistir da adoção e, conseqüentemente, se essa desistência é passível de responsabilização civil dos adotantes e, se positivo, quais seriam os critérios utilizados pelos magistrados e pelos operadores do Direito para mensurar o tamanho do dano sofrido pelo adotado ou adotando e a sua convolação em pecúnia.

Vale ressaltar que, na maioria dos casos, a devolução da criança ou adolescente acontece quando o adotante detém a guarda provisória, enquanto o processo de adoção não está finalizado. Todavia, mesmo que encerrado o processo de adoção, ainda que menos incidente, a devolução também pode acontecer. Quanto a isso 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 certo⁴.

Esse índice de 10% de devolução de crianças ou adolescentes adotados pode parecer pouco diante dos outros 90% de casos bem sucedidos de perfilhação, no entanto, para estes 10%, a decepção, a insegurança, o sentimento de rejeição, o complexo de inferioridade etc., são sentimentos que perdurarão por muito tempo, talvez para sempre.

Entender os motivos que levam muitos pais adotivos a devolverem seus filhos às instituições de origem é o primeiro passo para evitar que essas situações se repitam, bem como se faz necessária a adoção de mecanismos que diminuam os índices de rejeição após uma criança ou adolescente ser inserido no seio de uma família que pretende adotá-lo.

⁴ Fonte: <http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/realidade-brasileira-sobre-adocao/devolucao-de-criancas-adotadas.aspx>. Acesso em 30.06.2014.

CAPÍTULO 1 - CONSIDERAÇÕES ACERCA DO INSTITUTO FAMÍLIA E OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS QUE O REGEM.

A partir de seu nascimento o indivíduo se torna parte de uma sociedade natural, um organismo familiar e a essa entidade, se mantêm ou deveria se manter ligado, por toda sua existência, independente de constituir uma nova família futuramente.

Dentre todas as instituições sociais, a família é a que tem maior importância na vida do ser humano, é ela o alicerce, a base de sua formação, é a célula base de toda e qualquer sociedade.

O conceito de família vem se modificando ao longo dos tempos, sendo que, em um primeiro momento, era conceituada como uma organização constituída por um conjunto de pessoas que descendiam de um tronco ancestral comum, ou seja, ligadas consanguineamente.

Ainda nesse plano geral, acrescentava-se o cônjuge, aditavam-se os filhos do cônjuge (enteado) que porventura existissem, provenientes de outra relação conjugal anterior, os cônjuges dos filhos (genros e noras), os cônjuges dos irmãos e os irmãos dos cônjuges (cunhados).

Historicamente a família era vista, sob o ponto de uma organização natural, como um conjunto de pessoas ligadas consanguineamente e/ou afetivamente; uma ligação natural de indivíduos unidos por uma dupla relação biológica. De um lado a geração que dá os componentes do grupo, por outro as condições de meio que cuidam do desenvolvimento dos mais novos enquanto os adultos garantem a reprodução e a manutenção do grupo.⁵

Posteriormente passou-se a analisar a família como um grupo cultural, alegando que aquela não é um fato natural, mas sim cultural, pois mesmo um homem o qual não seja biologicamente pai de outro pode viver com este uma relação de paternidade criando-se, assim, uma família.⁶

⁵ Fonte: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8426/Uma-breve-analise-quanto-ao-novo-conceito-de-familia-um-avanco-ou-retrocesso-social>. Acesso em 24.09.2014

⁶ Fonte: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8426/Uma-breve-analise-quanto-ao-novo-conceito-de-familia-um-avanco-ou-retrocesso-social>. Acesso em 23.09.2014

Rodrigo da Cunha Pereira⁷, traz uma sistematização sobre o que seria família baseado em conceitos definidos por vários autores. Dentre eles, pode-se ressaltar a visão de Jacques Lacan que em seu texto “A família”, publicado no Brasil em 1938 com o nome “Complexos Familiares”, no qual vem expressamente mostrar que a família não é um grupo natural, mas sim cultural. Segundo Lacan, a família “não é constituída apenas por homem, mulher e filhos, é uma estruturação psíquica na qual cada um de seus membros tem uma função, sem a necessidade de ligação biológica”⁸.

A partir dessa concepção desenvolvida por Lacan percebe-se a existência do instituto da adoção, pois até mesmo aqueles que não possuem laços consanguíneos podem ser de maior valia à estruturação de uma família. É essa estruturação familiar que tem sido aceita.

A maioria das legislações, assim como a brasileira, consideravam serem válidas apenas as famílias constituídas pelo casamento, e mesmo admitindo que outras formas poderiam existir, tais não eram aceitas.

No Brasil, com a promulgação da Constituição de 1988, a concepção de família tornou-se mais ampla. Em seu artigo 226, § 3º, reconheceu-se a união estável como entidade familiar atribuindo a todos aqueles que moram juntos com ânimo de família, os mesmos direitos conferidos à família reconhecida pelo casamento.

No mesmo artigo, especificamente no § 4º, estabeleceu-se mais uma forma de família, que seria aquela constituída por qualquer dos pais e seus descendentes. Tal entidade familiar foi denominada de monoparental.

Observa-se que o legislador vem tentando diminuir as desigualdades entre as formas de composição das famílias, equiparando-as, visto que prega a igualdade entre todos.

Por outro lado, a intenção familiar muitas vezes é suprimida, pois alguns casais não conseguem dar continuidade ao tão sonhado grupo familiar por não poder ter filhos por algum fator biológico, mas ainda assim sentem a necessidade de mais alguém no

⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família: uma abordagem psicanalítica*. 3. ed rev. atual. ampl., Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

⁸ LACAN, Jacques. *Complexos familiares*, p. 13, apud Rodrigo da Cunha Pereira. *Direito de Família: uma abordagem psicanalítica*. 3. ed rev. atual. ampl., Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

seio familiar. É neste contexto que surge o instituto da adoção, amparado nos princípios regentes da família, como o da afetividade, do respeito à dignidade, da igualdade e do melhor interesse da criança etc.

Importante ressaltar que a Constituição Federal de 1988 provocou uma revolução no sistema jurídico brasileiro. O foco do legislador constituinte, sempre voltado para a organização do próprio Estado, desloca-se para o indivíduo e, mais ainda, para a coletividade, contemplando amplamente os direitos individuais sem repousar seu campo de abrangência sobre os direitos difusos e coletivos.

Nesta linha de raciocínio, o legislador constituinte deu especial atenção aos direitos e garantias fundamentais, pois abordou inicialmente estes temas, para depois pensar na organização do Estado. Por outro lado, a família foi reconhecida como base da sociedade e destinatária primeira da proteção do Estado, nos termos dos artigos 226 e seguintes da Constituição Federal de 1988.

Assim, a família como formação social é garantida pela Constituição não por ser portadora de um direito superior, mas por ser o local ou instituição onde se forma a pessoa humana. Nas palavras de Pietro Perlingieri⁹:

A família é valor constitucionalmente garantido nos limites de sua conformação e de não contradição aos valores que caracterizam as relações civis, especialmente a dignidade humana: ainda que diversas possam ser as suas modalidades de organização, ela é finalizada à educação e à promoção daqueles que a ela pertencem. O merecimento de tutela da família não diz respeito exclusivamente às relações de sangue, mas, sobretudo, àquelas afetivas, que se traduzem em uma comunhão espiritual e de vida.

A família teve o reconhecimento do legislador constituinte como base da sociedade, e a sua importância na formação das pessoas mereceu todo o aparato jurídico estatal, formado por normas e princípios como aqueles citados acima.

Reportando ao princípio do respeito à dignidade da pessoa humana, tem-se que este é fundamento precípua da nossa Constituição Federal de 1988, que deve ser obrigatoriamente respeitado em todas as relações jurídicas, sejam elas públicas ou privadas, incluindo-se aqui as relações familiares.

⁹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do Direito Civil*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 243.

Nesse sentido, preleciona Roberto Senise Lisboa¹⁰ que “as relações jurídicas privadas devem sempre se orientar pela proteção da vida e da integridade biopsíquica dos membros da família, consubstanciada no respeito e asseguramento dos seus direitos da personalidade”.

Nesse contexto, nota-se que a dignidade da pessoa humana é o bem maior do ordenamento jurídico brasileiro, posto que fora introduzida por nossa Carta Política e Jurídica de 1988 como cláusula pétrea, no inciso III do seu artigo 1º, objetivando salvaguardar a dignidade de todos os indivíduos, vez que, se assim não fosse, estar-se-ia ferindo o fundamento basilar da República Federativa do Brasil, mormente na seara do Direito de Família.

Assim, tal princípio deve, inevitavelmente, reger todas as relações jurídicas reguladas pela legislação infraconstitucional, de qualquer ramo do direito, e principalmente, do direito de família, já que, nas palavras de Silvio de Salvo Venosa¹¹ “é um ramo do direito civil com características peculiares, é integrado pelo conjunto de normas que regulam as relações jurídicas familiares, orientado por elevados interesses morais e bem-estar social”.

No que diz respeito ao princípio da igualdade absoluta de direitos entre os filhos, tem-se que a Carta Política de 1988 quando da instituição do artigo 227, § 6º, extinguiu por completo qualquer tipo de privilégio e/ou prioridade proveniente da origem da filiação, aduzindo, para tanto, que a filiação decorrente da adoção deverá ser tratada e respeitada nos mesmos moldes da filiação biológica.

Destarte, atualmente, segundo o mandamento constitucional só há duas classes de filhos, aqueles que são filhos e aqueles que não são, não havendo mais, portanto, qualquer expressão discriminatória atrelada à filiação, tendo sido os adjetivos legítimos, legitimados, ilegítimos, incestuosos, adulterinos, naturais, espúrios e adotivos totalmente abolidos do ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, tanto no campo patrimonial quanto no pessoal, não se admite mais qualquer forma de distinção jurídica entre filhos, ou seja, não importa se eles são

¹⁰ LISBOA, Roberto Senise. *Manual Elementar de Direito Civil: direito de família e das sucessões*. 5v. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 40.

¹¹ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 5 ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2005. p. 26.

advindos de um processo adotivo, por exemplo, para terem os mesmos direitos que um filho biológico.

Foi realmente válida a fixação de novos critérios para a determinação da filiação, com vistas à resolução de conflitos que antigamente não existiam e que há muito necessitavam de um estudo pormenorizado, o qual se embasou, sobretudo, na realidade social atual, quando então foram considerados especialmente os ideais de justiça e de igualdade, trazidos pela Constituição Federal de 1988, mormente quando se declarou o direito à filiação como sendo um direito comum a todos os filhos, indistintamente.

Assim sendo, pelo princípio da igualdade, não se admite distinção entre os filhos legítimos, naturais e adotivos, quanto ao nome, poder familiar, alimentos e sucessão; permitindo-se o reconhecimento a qualquer tempo de filhos havidos fora do casamento; proíbe que conste no assento do nascimento qualquer referência à filiação “ilegítima” e veda designações discriminatórias relativas à filiação.

No que tange ao princípio da afetividade, este está intrínseco no texto da Constituição Federal de 1988, mais precisamente em seus artigos 226, § 4º, 227, *caput*, § 5º c/c § 6º, os quais preveem, respectivamente, o reconhecimento da comunidade composta pelos pais e seus filhos adotivos como sendo uma entidade familiar constitucionalmente protegida.; o direito à convivência familiar como prioridade absoluta da criança e do adolescente; o instituto jurídico da adoção, como escolha afetiva, vedando qualquer tipo de discriminação a essa espécie de filiação; e a igualdade absoluta de direitos entre os filhos, independentemente de sua origem.

Ademais, ensina Paulo Lobo¹²:

Há que se abandonar esta maior ênfase atribuída ao biologismo da paternidade, tão comum nos países latinos, e considerá-la no âmbito da proteção e carinho dedicados a alguém que, por opção, escolheu como filho. Há que se considerar, sobretudo, a ‘paternidade social’, nitidamente configurada na relação familiar decorrente da inseminação artificial e da adoção.

Por outro lado, deve-se entender que o princípio da afetividade deve reger todas as relações familiares, haja vista o conceito atual de família não mais se restringir à filiação biológica, dando, pois, lugar à filiação sócio afetiva, que é aquela caracterizada essencialmente pelo afeto existente entre pai e filho.

¹² LOBO, Paulo. *Direito Civil. Famílias*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 42

Além do mais, através de simples análise dos dispositivos contidos na Constituição Federal, assenta-se que esta atribuiu, explicitamente, a este princípio, um valor incomensurável, de sorte que proporcionou reconhecimento legal e jurídico às relações de parentesco consubstanciadas no princípio jurídico da afetividade, ao passo que proporcionou a gradual mitigação da supremacia do vínculo genético.

Outro princípio bastante pertinente ao tema deste trabalho é o princípio da solidariedade familiar, que passou a reger as relações familiares a partir da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988. Tal princípio decorre do princípio da solidariedade social (artigo 3º, inciso, I, da CRFB) e pode ser observado sob seus ângulos interno e externo. Se for observado externamente, pode-se dizer que cabe ao Poder Público, assim como à sociedade civil, a promoção de políticas públicas que garantam o atendimento às necessidades familiares dos pobres e excluídos. Contudo, se for analisado internamente, percebe-se que cada membro componente de um determinado grupo familiar tem a obrigação de colaborar para que os outros membros da família obtenham o mínimo necessário para o seu completo desenvolvimento biológico e psíquico.

Saliente-se que o princípio em estudo é composto pela afeição e pelo respeito, os quais, nas palavras de Roberto Senise Lisboa¹³: “são vetores que indicam o dever de cooperação mútua entre os membros da família e entre os parentes, para fins de assistência imaterial (afeto) e material (alimentos, educação, lazer)”.

Importa ressaltar que o afeto deve ser entendido como sendo o vínculo emocional que se origina dos sentimentos que ligam os integrantes de uma família e que o respeito, por sua vez, deve ser compreendido como o valor que se atribui a um determinado parente, respectivamente.

Assim sendo, pode-se dizer que a solidariedade deve reger todas as relações jurídicas, sobretudo, as relações de família, já que é no seio familiar que se desenvolvem sentimentos de afeição e de respeito.

Com relação aos princípios voltados à criança e ao adolescente, pode-se citar, primeiramente, o princípio da proteção integral à criança e ao adolescente, previsto no

¹³ LISBOA, Roberto Senise. *Manual Elementar de Direito Civil: direito de família e das sucessões*. 5v. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 46.

artigo 227, *caput*, da Constituição Federal de 1988 assim como no artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90. O artigo 6º do mesmo Estatuto, esclarece que na interpretação desta Lei deverá ser levada em conta, dentre outras coisas, a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

Este princípio recebeu o status de prioridade absoluta, o que ocasionou o surgimento de uma vasta gama de meios de proteção a tal garantia constitucional.

Nesse sentido, aduz Eliane Araque Santos¹⁴:

Crianças e adolescentes são sujeitos especiais porque pessoas em desenvolvimento. O reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direitos, a serem protegidos pelo Estado, pela sociedade e pela família com prioridade absoluta, como expresso no art. 227, da Constituição Federal, implica a compreensão de que a expressão de todo o seu potencial quando pessoas adultas, maduras, tem como precondição absoluta o atendimento de suas necessidades enquanto pessoas em desenvolvimento.

O princípio da proteção integral da criança e do adolescente afirma seu valor intrínseco como ser humano; a necessidade de especial respeito à sua condição de pessoa em desenvolvimento; o valor prospectivo da infância e da juventude, como portadora da continuidade de seu povo e da espécie e o reconhecimento da sua vulnerabilidade o que torna as crianças e os adolescentes merecedores de proteção integral por parte da família, da sociedade e do Estado, o qual deverá atuar através de políticas específicas para promoção e defesa de seus direitos, sendo o ente estatal o maior responsável pela proteção integral da criança e do adolescente, de maneira que cabe principalmente a ele promover, constantemente, a execução de políticas públicas eficazes, capazes de propiciar o pleno desenvolvimento dessa parcela vulnerável da população. E, partindo deste pressuposto, deve-se atentar que ao Estado incumbe a implementação de práticas que assegurem às partes envolvidas em um processo adotivo, principalmente aos adotandos, um desfecho satisfatório e feliz.

Em segundo lugar, traz-se à tona o princípio do melhor interesse da criança e do Adolescente, princípio norteador dos processos de colocação de crianças e adolescentes em famílias substitutas. Tal princípio está insculpido na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, *caput*, e no Estatuto da Criança e do Adolescente em seus artigos 4º, *caput*, e 5º. O parágrafo único do artigo 4º do Estatuto da Criança e Adolescente, por sua vez, especifica, de forma meramente exemplificativa, quais as políticas públicas que

¹⁴ SANTOS, Eliane Araque. Criança e adolescente: sujeitos de direitos. 2006. p. 130. Disponível em: <<http://www.ibict.br/revistainclusaosocial/include/getdoc.php?id=303&303article=57&mode=pdf>>

podem ser efetivadas, visando alcançar a garantia constitucional de absoluta prioridade desta parcela da população, enquanto o artigo 6º classifica a criança e o adolescente como sendo pessoas em desenvolvimento, que têm garantido, de forma absolutamente prioritária, o seu melhor interesse.

Destaca-se que o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente possui *status* de direito fundamental, e, assim sendo, deve ser necessariamente observado pela sociedade como um todo, incluindo-se aí o Estado, os pais, a família, os magistrados, os professores, enfim, toda a sociedade em geral.

Assim, hodiernamente, os operadores do direito, ao tratar da filiação, têm que dar primazia ao interesse do menor, observando o que realmente é o melhor para a criança e/ou adolescente, de modo a favorecer sua realização pessoal, independentemente da relação biológica que tenha com seus pais.

Ademais, observa-se que o princípio da proteção integral à criança e ao adolescente, mais abrangente, além de ter confirmado a existência do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente como critério interpretativo, evidenciou sua natureza eminentemente constitucional, considerando-o como uma cláusula universal que se revela por meio dos direitos fundamentais da criança e do adolescente contidos na Constituição Federal de 1988.

Finalizando esta explanação sobre os princípios jurídicos norteadores das relações familiares, tem-se o princípio da paternidade responsável, princípio este que deve ser observado nos primeiros momentos da filiação, na biológica desde o ventre; na adotiva, desde o momento em que se decide adotar.

A Convenção Sobre os Direitos da Criança, de 1989, ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990, dispõe que toda criança terá direito, na medida do possível, de conhecer seus pais e de ser cuidada por eles. Além disso, reza o artigo 226, § 7º da Constituição Federal de 1988 que:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do estado: (...)

§ 7º. Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Registre-se que quando a Carta Magna instituiu o princípio em questão, objetivou, principalmente, resguardar a convivência familiar e, conseqüentemente, dar efetividade ao Princípio da Proteção Integral à Criança, vez que é dever da família, da sociedade e do Estado, com absoluta prioridade, assegurar à criança e ao adolescente, dentre outras coisas, a convivência familiar, colocando-os a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Assim, a Paternidade Responsável deve ser exercida desde a concepção do filho, a fim de que os pais, sejam eles biológicos ou afetivos, responsabilizem-se pelas obrigações e direitos daí advindos. Tal princípio possui estreita ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana e com o do planejamento familiar, o qual deve ser exercido de forma igualmente responsável.

Por seu turno, o princípio em estudo, juntamente com o princípio da dignidade da pessoa humana, é de grande valia para o Direito de Família atual, haja vista a necessidade de a responsabilidade ser considerada tanto na formação da família como em sua manutenção.

Por fim, saliente-se que o princípio em comento foi explicitamente estatuído pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, mais precisamente no artigo 27, o qual prevê que: “o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça”.

CAPÍTULO 2 - O INSTITUTO DA ADOÇÃO E A FAMÍLIA SUBSTITUTA

2.1 Adoção

Segundo Maria Helena Diniz, adoção é:

O ato judicial pelo qual, observados os requisitos legais, se estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha¹⁵.

Nesse sentido, a adoção configuraria uma “ficção legal” que constitui um vínculo de parentesco civil, em linha reta, estabelecendo entre adotante(s) e adotado um liame legal de paternidade e filiação civil. Essa nova filiação deverá ser definitiva ou irrevogável, desligando o adotado de qualquer vínculo com os pais biológicos. Ou deveria ser.

O instituto da adoção visa dar filhos àqueles que estão impossibilitados de tê-los, e, por outro lado, dar uma família àqueles que não as possui por negação familiar biológica ou por orfandade plena.

Nessa visão bilateral prevalece, ou deveria prevalecer, o bem estar do adotando em detrimento da vontade do(s) adotantes(s). Sendo assim, a adoção deverá ser deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos, baseando-se sempre nos termos do art. 227 da Constituição Federal que fundamenta o Estatuto da Criança e do Adolescente. Nesse sentido, como já abordado neste trabalho, os artigos 3º e 6º do referido estatuto determinam que as decisões que envolvam menores deverão buscar o seu bem estar, defendendo sempre o seu melhor interesse. A real vantagem para o adotando é que este seja criado por uma família que, acima de tudo, lhe ofereça um ambiente sadio, equilibrado e que lhe permita crescer física, espiritual, emocional e intelectualmente, ou seja, que lhe sejam disponibilizadas todas as condições para que se desenvolva plenamente como indivíduo e cidadão.

Anteriormente, no Direito Brasileiro, eram consideradas duas espécies de adoção. A simples, tratada no Código Civil de 1916 e na Lei nº 3.133 de 1957, e a plena, regulada nos artigos 39 a 52 da Lei 8.069 de 1990.

¹⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, Vol.5 – Direito de Família; 28. ed.; São Paulo. Saraiva, 2013, p. 567.

A adoção simples, também denominada restrita, estabelecia um vínculo de filiação entre o adotante e o adotado, podendo ser este maior de idade ou menor entre 18 e 21 anos, porém tal posição de filho não era definitiva ou irrevogável. Esta espécie de adoção era regida pela Lei nº 3.133 de 08 de maio de 1957.¹⁶

A adoção plena foi introduzida no Brasil pela Lei nº 6.697/79 para designar a legitimação adotiva, criada pela Lei nº 4.655/65, sem, contudo, alterar significativamente tal instituto. Com a revogação da Lei nº 6.697/79 pela Lei nº 8.069/90, a nomenclatura “adoção plena” foi mantida. Nesta espécie de adoção, o menor adotado passava a ser, irrevogavelmente, para todos os efeitos legais, filho dos adotantes, desligando-se completamente dos vínculos paterno-biológicos, não podendo haver qualquer menção dos pais biológicos e parentes na certidão de nascimento do adotado, sendo-lhe permitido, inclusive, mudar seu nome completamente, não somente excluindo o nome dos pais e avós biológicos e adicionando o nome dos pais adotantes e respectivos genitores destes.

Nesse sentido, a criança até 12 anos e o adolescente entre 12 e 18 anos de idade passavam a ter o direito de ser criados e educados no seio de uma família substituta, assegurando-se sua convivência familiar e comunitária (arts. 19 e 28, 1ª parte da Lei 8.069/90)

Pelo Código Civil vigente, em seus artigos 1.618 e 1.619, e pela Lei 8.069/90, em seus artigos 39 a 50, com redação dada pela Lei nº 12.010/2009, as espécies de adoção simples e plena deixam de existir, haja vista que passou a ser aplicada a todos os casos de adoção, independentemente da idade do adotando, passando a adoção a assumir caráter irrestrito com importantes reflexos nos direitos da personalidade e nos direitos sucessórios.

Todavia, não se pode deixar de considerar que, além dos aspectos legais acima tratados, no Brasil existem diferentes classificações doutrinárias acerca dos tipos de adoção, não nominadas no ordenamento jurídico, algumas delas amparadas legalmente e outras nem tanto, mas que, no âmbito deste trabalho não poderiam deixar de ser mencionadas pois, os efeitos de uma devolução do adotando à família biológica ou ao abrigo onde se encontrava geram os mesmos efeitos danosos no psicológico do

¹⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, Vol.5 – Direito de Família; 28. ed.; São Paulo. Saraiva, 2013, p. 569

adotando, não podendo, desta forma, deixar de ser tratada a questão da responsabilização civil dos adotantes neste caso. Deve-se assim, primeiramente diferenciar os tipos legais de adoção de procedimentos que, embora utilizados, podem gerar situações inusitadas, sem qualquer amparo legal.

Nesse sentido, pode-se se destacar alguns tipos legais de colocação da criança ou adolescente em família substituta, embora não nominadas no ordenamento, como a adoção casada ou direta, aquela originada de um acordo entre os pais biológicos e os pretendentes à adoção, com a formalização perante o Judiciário da Infância e Juventude. É uma adoção legal, porém mais sujeita ao arrependimento dos pais biológicos durante ou após a oficialização do processo. Outro fator que compromete a eficácia deste processo adotivo é o conhecimento que as partes têm entre si, dificultando ou impossibilitando a desvinculação total entre pais biológicos, adotando ou adotado e adotantes ou pais adotivos. Neste caso, há o risco de contatos frequentes entre os personagens envolvidos no processo, podendo ocorrer situações de alienação parental, chantagens etc., configurando-se um risco tanto para quem adota quanto para quem é adotado.

Este tipo de adoção, teoricamente, não se justifica se se considerar a previsão da implementação dos cadastros de adoção. Todavia, em virtude da falta de uniformização desses cadastros, aliada às dimensões continentais e diferenças culturais do Brasil, chega-se à conclusão de que a eficiência desses cadastros ainda não foi alcançada, o que faz com que a adoção casada seja muito comum no Brasil.

Soma-se a isso os “arranjos” praticados por profissionais que deveriam zelar pela aplicação transparente dos cadastros de adoção, dentro eles Juízes e o corpo técnico das Varas de Infância e Juventude, Conselheiros Tutelares, funcionários de abrigos etc., que, por motivos outros, não muito transparentes, privilegiam determinados adotantes em detrimento daqueles que estão na vez de serem chamados a adotar dentro da ordem estabelecida nos cadastros de adoção. A desculpa para esse tipo de comportamento pode residir no princípio do melhor interesse da criança, considerando-se que, ao não se respeitar a ordem do cadastro nacional de adoção, os profissionais ligados ao procedimento adotivo, ao inserir o adotando em família substituta que possui melhores condições de criar uma criança ou adolescente, seja no aspecto psicológico ou no aspecto financeiro, acreditam estar fazendo o melhor para o adotando com a

possibilidade de sucesso no processo adotivo, onde o adotando seja bem recebido pela família substituta em todos os sentidos.

Outro fato que encoraja determinados profissionais a não respeitarem a ordem do cadastro nacional de adoção se resume nos casos onde o respeito ao referido cadastro se transformou em um processo adotivo extremamente prejudicial para o adotando. Todavia, felizmente, na maioria dos casos, a ordem estabelecida no cadastro nacional de adoção é respeitada, mas há inúmeros casos em que o cadastro é suprimido.

Um exemplo do disposto acima ocorreu em uma Comarca do interior do Estado do Rio de Janeiro, que por motivo de ordem pessoal não me permito divulgar, considerando-se que tal caso se tornou notório, inclusive com divulgação da mídia em horário nobre sobre o caso. O caso concreto envolve duas famílias dispostas a adotar uma criança que estava institucionalizada. Uma das famílias, denominada, para melhor entendimento do caso, de família “A”, mesmo habilitada no cadastro nacional de adoção, não ocupava o lugar de preferência, que era ocupado por outra família habilitada, denominada aqui de família “B”. A família B, que ocupava o lugar de preferência foi acompanhada por toda equipe técnica da Vara da Infância e Juventude da Comarca onde residiam, sendo que a família A não residia na cidade, chegando até a alugar um imóvel de fachada na cidade onde o processo adotivo se desenrolava. A diferença na qualidade de vida das famílias envolvidas era muito grande, sendo a família A bastante abastada e a família B de menor capacidade financeira. No final, a equipe técnica da vara da Infância e Juventude opinou pela adoção a ser deferida para a família B, respeitando-se, assim, o cadastro nacional de adoção. Ocorre que, hodiernamente, já existem relatos de maus tratos sofridos pela criança adotada e testemunhos no sentido de que a família adotante se arrependeu da adoção. Daí surge o dilema no sentido de se respeitar o cadastro nacional de adoção ou inserir a criança ou adolescente em família substituta que, mesmo fora da preferência, possa levar à adoção um final feliz. Não se trata, neste caso, de defender que uma família mais abastada financeiramente possa ter melhores condições de oferecer o melhor para uma criança na qualidade de família substituta. Mesmo porque, ter dinheiro não é o mesmo que ter capacidade de dar afeto. Mas, neste caso concreto, o melhor para criança seria a adoção

ser deferida ao casal forasteiro, que muito desejava adotá-la, mas, em respeito à ordem estabelecida no cadastro nacional de adoção, não viu seu pleito atendido¹⁷.

Pormenorizando, a adoção formalizada a partir dos cadastros de adoção ocorre através da inscrição dos pretendentes, que passam a constar em uma lista de candidatos à adoção do Juízo, que deveria, em tese, ser um cadastro nacional, e cujo processo exige uma série de medidas preparatórias, que, em determinados casos, culminam na destituição do poder familiar dos pais biológicos ou a simples inserção do órfão em uma família substituta. Trata-se do método usado pela Justiça brasileira em que, após a emissão da nova certidão de nascimento, não há, em tese, possibilidade de devolução da criança por conta de arrependimento dos pais biológicos ou arrependimento por parte dos adotantes. É garantida a igualdade de direitos e deveres, salvo os impedimentos matrimoniais e é garantida a plenitude dos direitos sucessórios.

Por outro lado, existem outros procedimentos que foram muito utilizados até mais da metade do século XX e que, mesmo em menor número, ainda continuam sendo utilizados, à margem da lei e com a possibilidade de consequências negativas para o adotante.

Dentre esses procedimentos está a conhecida “adoção à brasileira”, nome sugestivo se levado ao encontro da fama, de certo ponto desabonadora, do brasileiro que sempre emprega o conhecido “jeitinho” para resolver as situações que se apresentam.

A adoção à brasileira não é um processo de adoção. Se traduz no registro em cartório de registro civil de pessoas naturais, do filho adotivo como filho biológico, com a ajuda de terceiros e, muitas das vezes, mediante a concordância dos pais biológicos, que em outras situações podem até não concordar com a “adoção” mas são coagidos a fazê-lo, inclusive por profissionais que deveriam impedir tal procedimento. É ilegal e, portanto, “crime”¹⁸.

Outro tipo de inserção de crianças e adolescentes em família substituta, que ocorre à margem da Lei, ocorre quando uma família ou indivíduo “adota” uma pessoa

¹⁷ O caso concreto narrado ficou notório ao ser veiculado em cadeia nacional, no programa dominical Fantástico da Rede Globo de televisão, todavia, tive acesso ao caso através das primeiras comunicações dos atos processuais feitas por mim, na qualidade de Oficial de Justiça lotado na Comarca onde se deu o caso.

¹⁸ Disponível em <http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/realidade-brasileira-sobre-adocao/adocao-a-brasileira-ainda-e-muito-comum.aspx>

para criá-la como se fosse filho. Neste caso não ocorre o registro em cartório de registro civil do filho adotivo como filho biológico. Tal conduta ocorre, geralmente, entre parentes e vizinhos, e, conforme dito, não chega a uma oficialização. As partes envolvidas convivem com o eterno risco de retorno da criança aos pais biológicos que mantêm o poder familiar e, muitas das vezes, o “filho” convive simultaneamente com as duas famílias¹⁹.

Feitas essas diferenciações, de certa forma existentes à margem do ordenamento jurídico brasileiro, fato é que em todos os tipos de colocação de um indivíduo em formação em família substituta, quando há rejeição posterior, com a consequente devolução do adotado à família biológica ou abrigo que o acolhia, é gerado um dano psicológico no indivíduo rejeitado que talvez o acompanhe por toda a vida, e esse dano pode ensejar a devida reparação.

2.2 O instituto da adoção, seu procedimento e os grupos institucionais

O caminho percorrido por um processo (em sentido *lato sensu*) de adoção envolve diversas instituições e atores sociais.

Construir vínculos com crianças que sofreram em idade precoce o abandono, a negligência, a perda dos pais ou algum tipo de violência que tenha acarretado a destituição do poder familiar não é tarefa das mais fáceis. Este constitui um dos grandes desafios experimentados pelos atores sociais envolvidos nos processos adotivos, que precisam atuar em diversas frentes como a preparação de crianças em vias de serem adotadas, por meio da capacitação dos profissionais da rede de proteção e garantia de direitos da criança e do adolescente; preparação dos postulantes à adoção encaminhados ao corpo técnico das Varas de Infância e Juventude e o acompanhamento das famílias em processo de adoção.

O processo de adoção no Brasil envolve regras básicas, mas ainda desconhecidas da maioria. Em uma pesquisa realizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), em 2008, apenas 35% dos entrevistados afirmaram que, caso desejassem adotar, buscariam uma criança por intermédio das Varas da Infância e Juventude, enquanto 66,1% recorreriam aos hospitais, maternidades ou abrigos. Ainda, segundo a

¹⁹ Disponível em <http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/realidade-brasileira-sobre-adocao/a-nova-lei-da-adocao-2009-desafios-ma-estrutura-cultural.aspx>

pesquisa, o prazo razoável para o processo de adoção de uma criança é de um ano, caso os pais biológicos concordem com a adoção. Se o processo for contencioso, pode levar anos, fato que desmotiva os pretendentes no decorrer do processo e que representa, muitas das vezes, fator preponderante na decisão de se devolver uma criança ao abrigo ou família biológica²⁰.

Ressalta-se que a convivência familiar é garantida às crianças e adolescentes, primeiramente, pela Carta Magna de 1988 em seu art. 227, assim como pela Lei de Adoção, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pelos tratados e convenções dos quais o Brasil é signatário, como, por exemplo, a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança. A preocupação maior do ordenamento e dos tratados e convenções é com a criação da criança e do adolescente no seio de uma família que proporcione a ela o respeito a todos os seus direitos como ser humano e lhe permita o total desenvolvimento como pessoa. Nesse sentido, a criança e o adolescente são credores das garantias legais listadas em tais legislações, cabendo à família, à sociedade e ao Estado efetivá-las.

Não é novidade que, no Brasil, inúmeras são as situações de famílias que não têm condições emocionais e/ou financeiras de amparar seus filhos, em virtude de uma gama de dificuldades pelas quais a família passa em seu cotidiano, motivadas pela perversa desigualdade social e por problemas sociais como, por exemplo, o uso excessivo de álcool e drogas por seus membros, necessitando, ela mesma, de atenção especial. É esse contexto que, em muitas das vezes, acaba por levar as crianças e adolescentes à institucionalização, além daquelas que são institucionalizadas por orfandade plena ou por abandono.

No caso da institucionalização motivada por desequilíbrios familiares, esta ocorre como forma de se preservar o melhor interesse da criança e do adolescente. Todavia, a definição desse “melhor interesse” é muito subjetiva, o que leva os profissionais que são decisivos para a tomada desse tipo de medida a opinarem e/ou decidirem de forma contrária ao verdadeiro interesse da criança e do adolescente. Nesse sentido, o “melhor interesse” deve ser entendido como “o certo a se fazer”, independentemente do interesse da criança e do adolescente, que, quase sempre, prefere

²⁰ Pesquisa “Percepção da população brasileira sobre adoção”. Disponível em <http://bit.ly/YqLmik>. Acesso em 04.10.2014

continuar entre seus familiares, mesmo que isso represente sério risco à sua saúde biopsíquica e a seu desenvolvimento como pessoa. Nesse caso, como as autoridades relutam em tomar decisões imediatas, no calor do problema que se apresenta, necessário se faz que se inicie imediatamente um programa de amparo à família desajustada, perseguindo, nessa fase, a reintegração da criança ou adolescente ao seio familiar, obedecendo-se, dessa forma, o princípio da preferência de permanência da criança ou adolescente na família de origem.

Na verdade, a política atual é a de que, ainda na comunidade, o Poder Público preste àquela família que não consegue se organizar com dignidade, o apoio e a atenção necessários através dos programas sociais e as medidas protetivas aos indivíduos em formação insculpidas no Estatuto da Criança e do Adolescente. O Estado, assim, deverá estar aparelhado de modo a oferecer serviços às famílias que incluam superação de vulnerabilidades sociais decorrentes da pobreza e privação, incluindo condições de habitabilidade, segurança alimentar, trabalho e geração de renda e de fortalecimento dos vínculos familiares.

No entanto, a insistência na reintegração precisa ser limitada, conforme aduz a Lei de Adoção, a fim de que não se comprometa peremptoriamente a colocação em uma família substituta que sepultaria o direito da criança e do adolescente ao convívio familiar, condenando-os a viver institucionalizados até completarem a maioridade, ferindo, dessa forma, o seu melhor interesse.

Quanto à institucionalização motivada por abandono, esta é mais observada nos primeiros anos de vida da criança. Geralmente, o abandono ocorre poucos dias após nascimento, mas existem casos nos quais crianças são abandonadas nos primeiros anos de vida. Com relação à institucionalização em virtude de orfandade plena, esta é mais ocorrente, também, nos primeiros anos de vida, posto que, quando a orfandade ocorre na adolescência, o órfão, em regra, é acolhido por famílias que viviam próximas a seus pais, com intuito de criá-lo, por já existirem laços de afetividade entre a nova família e o órfão.

Como forma de preservar a criança e o adolescente da institucionalização discriminada, foi instituído no Brasil o Plano Nacional de Convivência Familiar e Comunitária (PNCFC) que traz, como alternativa ao abrigo institucional, o programa de acolhimento por família (programa Família Acolhedora) que tem caráter

excepcional e provisório. Tais famílias, previamente trabalhadas, recebem as crianças e os adolescentes enquanto as equipes técnicas atuam no sentido da reorganização da família original, evitando-se, com isso, o período de abrigamento institucional. Este programa ampara principalmente as crianças e adolescentes que vivem em famílias desajustadas²¹.

Paralelamente ao trabalho com as famílias, ou em momento logo posterior, no caso de fracasso, estará tramitando o processo de destituição do poder familiar que é o que, ao final, conferirá à criança ou adolescente abrigado ou em família acolhedora a condição de adotá-lo, esgotando-se, assim, a chance de reintegração na família nuclear ou extensa, por determinação da autoridade judiciária que deverá estar acompanhado de todo o trabalho das equipes interdisciplinares do Judiciário e do abrigo. A partir daí inicia-se a busca pela família substituta que o receberá na qualidade de adotado através de um processo legal.

Até esse momento, a questão da criança e do adolescente integrante de uma família desajustada, que se encontra na iminência da destituição do poder familiar, se diferencia da questão da criança e do adolescente abandonado ou órfão, posto que, aqueles possuem uma família que deveria ter com os mesmos o dever de cuidado mas não tem, ao passo que aos abandonados e órfãos plenos só resta a institucionalização para, posteriormente, se tentar a colocação destes em famílias substitutas, não tendo que se falar, com relação a estes últimos, em destituição do poder familiar.

Após a institucionalização, como já dito, inicia-se a busca pela família substituta nas listas de pretendentes habilitados à adoção, de uma família que tenha perfil semelhante ao daquela criança ou adolescente já disponível para adoção.

O procedimento de habilitação à adoção tem início quando o pretendente, junto com seu companheiro ou sozinho, se dirige à autoridade judiciária requerendo declaração de sua aptidão à adoção, buscando sua inscrição no Cadastro Nacional de Adoção, que deverá ter como critério, em regra, a ordem da inscrição.

Vale ressaltar que o Cadastro Nacional de Adoção foi criado pelo Conselho Nacional de Justiça no ano de 2008, com base na Lei da Adoção, visando unificar as

²¹ LADVOCAT, Cynthia e DIUANA, Solange – *Guia de Adoção – No Jurídico, no Social, no Psicológico e na Família*. Ed. Roca. São Paulo: 2014, p. 263

informações sobre crianças e adolescentes disponíveis para adoção e habilitados de todo o país, a fim de agilizar as adoções.

Nesse sentido, quando se decide adotar, os pretendentes deve procurar a Vara de Infância e Juventude do município onde residem com seus documentos pessoais, além de atestado médico que comprove sua sanidade física e mental bem como com as certidões negativas provenientes dos Juízos Cível e Penal. Ressalta-se que a idade mínima para se habilitar à adoção é 18 anos, independentemente do estado civil do pretendente e sua condição de gênero.

Tal procedimento inicia-se, via de regra, através de petição – preparada por um defensor público ou advogado particular – para dar início ao processo de inscrição para adoção. Depois de aprovado, o nome do pretendente será habilitado a constar do cadastro nacional de pretensão à adoção.

Posteriormente à habilitação, o pretendente deve participar de um curso de preparação psicossocial e jurídica para adoção. Após comprovada a participação no curso, o candidato é submetido à avaliação psicossocial com entrevistas e visita domiciliar feitas pela equipe técnica interprofissional do Juízo. Algumas comarcas avaliam a situação socioeconômica e psicoemocional dos futuros pais adotivos apenas com as entrevistas e visitas. O resultado dessa avaliação será encaminhado ao Ministério Público e ao juiz da Vara de Infância e Juventude.

Durante a entrevista técnica, o pretendente descreverá o perfil da criança desejada. É possível escolher o sexo, a faixa etária, o estado de saúde, os irmãos etc. Quando a criança tem irmãos, a lei prevê que o grupo não seja separado, conforme aduz o art. 28, § 4º da Lei 8.069/90, acrescentado pela Lei nº 12.010/2009, ou seja:

Art. 28, § 4º: Os grupos de irmão serão colocados sob adoção, tutela ou guarda da mesma família substituta, ressalvada a comprovada existência de risco de abuso ou outra situação que justifique plenamente a excepcionalidade de solução diversa, procurando-se, em qualquer caso, evitar o rompimento definitivo dos laços fraternais.

A partir do laudo da equipe técnica da Vara e do parecer emitido pelo Ministério Público, o juiz dará sua sentença. Com seu pedido acolhido, seu nome será inserido nos cadastros, válidos por dois anos em território nacional. A partir daí o pretendente está automaticamente na fila de adoção e deverá aguardar até aparecer uma criança com o

perfil compatível com o perfil fixado pelo pretendente durante a entrevista técnica, observada a cronologia da habilitação.

Encontrada a criança ou adolescente passíveis de adoção, a Vara de Infância vai avisar o pretendente que existe uma criança com o perfil compatível ao indicado por ele. O histórico de vida da criança é apresentado ao adotante; se houver interesse, ambos são apresentados. A criança também será entrevistada após o encontro e dirá se quer ou não continuar com o processo. Durante esse estágio de convivência monitorado pela Justiça e pela equipe técnica, é permitido visitar o abrigo onde ela mora; dar pequenos passeios para que adotante e adotado se aproximem e se conheçam melhor.

Se o relacionamento correr bem, a criança é liberada e o pretendente ajuizará a ação de adoção. Ao entrar com o processo, o pretendente receberá a guarda provisória, que terá validade até a conclusão do processo. Nesse momento, a criança passa a morar com a família. A equipe técnica continua fazendo visitas periódicas e apresentará uma avaliação conclusiva.

Após todo esse procedimento, o juiz profere a sentença de adoção e determina a lavratura do novo registro de nascimento, já com o sobrenome da nova família. Como já dito, o adotante poderá trocar também o primeiro nome da criança. Nesse momento, a criança passa a ter todos os direitos de um filho biológico.

A adoção é tema, muitas vezes, cercado de tabus e, por isso, há a necessidade de discussões amplas e profundas tanto com a sociedade quanto com as pessoas que procuram, através do Judiciário, realizar o seu desejo de adotar uma criança. Nesse sentido, os grupos de apoio à adoção vêm realizando em muitas cidades brasileiras um trabalho de conscientização, apoio e reflexão sobre o tema. Contudo, a presença dos postulantes à adoção nestes programas não era obrigatória, porém a Lei nº 12.010/2009 alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente para tornar condição à habilitação a participação dos requerentes em programas oferecidos pela Justiça da Infância e Juventude, programas esses que incluem, além da preparação psicológica, orientação jurídica, pedagógica e estímulo aos habilitandos no que se refere às adoções inter-raciais, tardias, de crianças e adolescentes com necessidades especiais e grupos de irmãos, para que o pedido dos requerentes possa ser deferido.

2.3 A família substituta

O Estatuto da Criança e do Adolescente, no seu art.19, preconiza que toda criança tem o direito de ser criada e educada no seio de sua família natural e, excepcionalmente, em família substituta, porém, observa-se que a existência da possibilidade de uma nova família, significa que a família de origem, por algum motivo, não pode dar continuidade a essa relação familiar.

O art. 28, também do Estatuto da Criança e do Adolescente, dispõe que a colocação em família substituta pode ocorrer em três modalidades: a guarda, a tutela e a adoção. A guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança e ao adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais, constituindo-se na modalidade mais difundida, pois o guardião pode requerer a medida pessoalmente sem a contratação de advogado. A guarda não determina a destituição do poder familiar, inerente à família biológica, e é concedida em situações em que os requerentes aguardam a decisão judicial (tutela ou adoção), enquanto os pais biológicos são atendidos para um possível retorno ou destituição do poder familiar.

No art. 35 do mesmo estatuto, encontramos o seguinte: “A guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público”. A característica peculiar à guarda, é portanto, a possibilidade de que seja revogada, pois a qualquer momento poderá ocorrer a retirada da criança por determinação judicial.

A tutela é medida aplicada para encarregar aqueles que sucedem os pais no exercício do poder familiar, e implica a administração dos bens e o dever de guarda. Pode também ser conferida a estranhos ao grupo familiar e ser aplicada nos casos de perda do pátrio poder determinada pela autoridade judiciária. A tutela tem um caráter definitivo, podendo ser destituída apenas nos casos em que se prevê a destituição do poder familiar²².

A adoção, assunto mais afeito a este trabalho, por sua vez, por sua natureza jurídica, difere das outras duas modalidades de colocação em família substituta. É o instituto através do qual, alguém estabelece com outrem laços recíprocos de parentesco.

²² Nesse sentido os artigos 36 a 38 da Lei 8.069/1990 e arts. 1.728 a 1.766 do Código Civil Brasileiro.

A adoção é precedida de um estágio de convivência, estágio esse determinado pela autoridade judiciária, com o objetivo de avaliar o desenvolvimento dos laços afetivos entre o adotante e o adotado. Neste estágio, é que comumente se observa a ocorrência de devoluções, onde as manifestações das dificuldades no relacionamento são percebidas como impeditivas para a concretização da adoção. Este estágio deverá ser acompanhado por um profissional da equipe técnica, para melhor leitura das manifestações que advêm desse novo relacionamento.

Como já tratado neste trabalho, na adoção, o pretendente deverá preencher um cadastro junto ao Juizado da Infância e Juventude onde serão colocadas tanto informações da família pretendente como da criança desejada. Ocorre, também, durante esse processo o período de espera pela criança desejada, onde a família substituta, insatisfeita com a demora na solução de sua pretensão, se mostra inclinada a recorrer a meios ilegais de colocação como a “adoção à brasileira”, já tratada aqui, adoção essa caracterizada pelo registro ilegal da criança como sendo filho natural.

Com relação às motivações para adoção, uma pesquisa conduzida em 1994 e 1995 pela pesquisadora Lídia Weber²³, demonstra a satisfação de interesses próprios dos adultos através da adoção como: criança para resolver o problema de esterilidade; criança como substituta de um filho natural falecido; criança terapêutica ou remédio para preencher um vazio; criança como companhia de um filho único e criança de um determinado sexo; fatores esses determinantes na decisão de adotar.

As pesquisas de Lídia Weber mostram os preconceitos que aparecem nos discursos e nas ações dos pais e filhos adotivos como: as pessoas têm maior rejeição a adotar crianças mais velhas, de cor diferente, com problemas de saúde, com muito tempo de internação em orfanatos, e que tenham pais biológicos próximos que, porventura, possam requerer a criança de volta. Outras características observadas são que os adotantes têm certas restrições quanto às origens da criança; acreditam que mais cedo ou mais tarde a criança trará problemas; acreditam na adoção como recurso para desbloquear fatores psicológicos que impedem a gravidez; acreditam no segredo da adoção como uma maneira de evitar problemas e acham que as adoções no Juizado são demoradas e consideram os laços de sangue como fortes e verdadeiros.

²³ WEBER, Lídia N. D. *Aspectos psicológicos da adoção*. Ed. Juruá. Curitiba:2001.

Observa-se, nas afirmativas acima, a representação da criança como objeto de desejo dos pais, destinatário dos anseios e fracassos dos mesmos.

Numa outra pesquisa, retratada por Cynthia Ladvoat e Solange Diuana²⁴, observa-se que existem, hoje, no Brasil, mais de 26.600 pretendentes habilitados à adoção. Segundo a pesquisa, entre os habilitados, 10.129 aceitam adotar somente crianças brancas; 1.574 somente crianças pardas; 579 crianças negras; 345 adotariam crianças orientais; 343 adotariam crianças indígenas e pouco mais de 8.300 habilitados se posicionaram como indiferentes à raça da criança. Ainda, segundo a pesquisa, do total de interessados, quase 22.000 (82,4 %) não adotariam irmãos e pouco mais de 21.000 (81%) não aceitariam sequer irmãos gêmeos. Entretanto, conforme demonstra a referida pesquisa, a maior parte das crianças e adolescentes inscritos no cadastro nacional de adoção possuem irmãos, sendo que, destes, quase 1.400 (31,5 %) também estão inscritos no mencionado cadastro.

Em relação ao sexo das crianças a serem adotadas, pouco mais de 15.500 pretendentes inscritos no cadastro, deram-no como indiferente. Já, em relação à idade da criança, a predileção dos pretendentes varia entre o nascimento até dois anos de idade.

Paralelamente à pesquisa de Ladvoat e Diuana, para efeito de comparação, trago à colação outra pesquisa, realizada pelo corpo técnico do Juizado da Infância e Juventude da cidade de Florianópolis e retratada na dissertação de mestrado de Márcia Frassão. Na ocasião, foi feito um perfil dos pretendentes à adoção, bem como do adotando. Nela se constatou que entre o ano de 1995 e 1998 ocorreram 128 processos de pedido de adoção, sendo que 91,4% foram de processos de adoção aberta, isto é, não ocorreu o processo de habilitação para adotar, pois já existia um ligação pessoal entre adotantes e os pais biológicos da criança a ser adotada. Esse dado influencia outro que aparece nos resultados que é o período de guarda ser inferior a 4 meses, período que é maior no processo de habilitação, pois a criança já estava com a família e esta só procurava o juizado para regularizar a adoção²⁵.

²⁴ LADVOCAT, Cynthia e DIUANA, Solange – *Guia de Adoção – No Jurídico, no Social, no Psicológico e na Família*. Ed. Roca. São Paulo: 2014, p. 266

²⁵ Fonte: Dissertação apresentada por Marcia Cristina Gonçalves de Oliveira Frassão à Universidade Federal de Santa Catarina. Disponível em <http://labsfac.ufsc.br/documentos/dissertaçãoMarciaCristinaGdeOFrassao.pdf>

Com relação ao perfil dos adotantes 118 eram do sexo masculino e 109 do feminino, sendo que a figura da mulher aparece mais vezes como adotante sem companheiro (viúva, solteira e divorciada). Nenhum homem solteiro no período de 1995 e 1998 requereu a adoção.

Outro dado importante na discussão é de que 81,8% dos adotantes na cidade de Florianópolis, tinham a infertilidade como motivação, confirmando os dados da pesquisa de Lídia Weber. Mais de 50% dos requerentes possuíam entre 5 e 14 anos de relacionamento, o que poderia representar uma relação estável. Outro dado interessante é que verificou-se que as famílias com melhor situação financeira adotam mais do que famílias com menor renda. Foram adotadas neste período, 1995 a 1998, 135 crianças, e a preferência por um tipo específico de criança apareceu apenas em 19 casos de adoção, pois nas outras famílias as crianças já tinham sido escolhidas. A preferência, na pesquisa retratada, é de crianças até 1 ano de idade, do sexo feminino e cor branca. Dos processos estudados, 18%, dos adotantes tinham uma relação de parentesco com o adotado, sendo que nesses casos essas crianças foram adotadas com idade acima de 2 anos, isto é, trata-se de adoção tardia²⁶.

O motivo que aparece em maior número para que a criança estivesse para adoção, foi a pobreza dos pais biológicos, perfazendo 66,4% da população estudada. Encontramos na família substituta uma forma de colocação dessas crianças, porém observa-se que essa colocação está permeada por influências que dificultam o estabelecimento da relação verdadeira da qual a criança necessita.

No trabalho desenvolvido por Frassão, observou-se que é o desejo pela maternidade e paternidade, pela continuidade da família e o desejo de envolver-se afetivamente com outro ser humano que motivam tanto os pais biológicos como os adotivos, manifestando aí o desejo de transcendência no filho. Verificou-se que, no processo de adoção, prevalece o desejo de que os filhos preencham os requisitos do padrão de normalidade estabelecido pela nossa cultura, o que seria a idealização do filho. Além de se criar toda uma série de expectativas em relação ao filho, cria-se também, com frequência, um ideal a respeito de si mesmo como pai e mãe. Muitas

²⁶ Fonte: Dissertação apresentada por Marcia Cristina Gonçalves de Oliveira Frassão à Universidade Federal de Santa Catarina. Disponível em <http://labsfac.ufsc.br/documentos/dissertaçãoMarciaCristinaGdeOfrassao.pdf>

vezes os pais exigem muito de si mesmos, no sentido de não errar para criar um filho perfeito²⁷.

Nota-se que, nas pesquisas mencionadas, mesmo sendo realizadas em épocas distintas, as preferências e angústias dos pretendentes se assemelham, denotando pouca variação no processo intrínseco adotivo.

Nesse sentido, é imperativo que se conheça a dinâmica psíquica dos que adotam, o que para eles representa aquele que é adotado, antes que se busque compreender a adoção enquanto relação que os define e caracteriza enquanto pais e filhos.

²⁷ Fonte: Dissertação apresentada por Marcia Cristina Gonçalves de Oliveira Frassão à Universidade Federal de Santa Catarina. Disponível em <http://labsfac.ufsc.br/documentos/dissertaçãoMarciaCristinaGdeOfrassao.pdf>

CAPÍTULO 3 - A DEVOLUÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM PROCESSO DE ADOÇÃO OU EFETIVAMENTE ADOTADAS.

A partir da história da colocação de crianças em famílias substitutas, observou-se que esta prática, a devolução, era comum desde o período anterior à criação das leis. Roberto Senise Lisboa quando descreve a adoção na fase pré-romana, discute que o problema jurídico a respeito da adoção naquela época era o de saber se, e quando, o filho adotivo poderia retornar à casa paterna. Estabelecia-se que a adoção poderia ser revogada na hipótese de nascimento de filho legítimo do adotante, devendo o adotado receber justas indenizações. Em Atenas, o filho adotivo não retornaria à família natural, sem que deixasse descendentes na família adotiva. A ingratidão do adotado era causa da revogação da adoção. Na realidade, a adoção organizava-se para atender o caráter religioso da época, tendo como preocupação fundamental assegurar o culto doméstico como recurso extremo para eximir a família de sua extinção²⁸.

Após a Proclamação da República em 15 de novembro de 1889, é que o Brasil passou a ter uma legislação própria sobre a adoção. O Código Civil de 1916, preconizava a adoção com sérias limitações, como por exemplo, somente se permitia aos maiores de 50 anos a prática da adoção. Com a Lei 3.133 de 1957, foram introduzidas várias alterações como a diminuição da idade mínima para 30 anos e, com a introdução do artigo 374, que tratava da dissolução do vínculo da adoção, quando conviesse às duas partes e nos casos em que era admitida a deserdação. Esta lei veio modificar a lei anterior que preconizava que o vínculo da adoção se dissolvia quando para as duas partes era conveniente e quando o adotado cometesse ingratidão contra o adotante. O artigo admite a dissolução do vínculo quando ocorrer ofensas físicas, injúria grave, desonestidade da filha que vive na casa paterna, relações ilícitas com a madrasta ou o padrasto, desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade. Percebe-se aqui a adoção para satisfação dos desejos dos adotantes, fator bastante forte ainda em nossa cultura, não obstante a prevalência do princípio do melhor interesse da criança ou do adolescente.

Através dos relatórios do fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) e os estudos constantes da Organização Mundial da Saúde (OMS), o conceito de adoção foi sendo ampliado favorecendo principalmente as necessidades do adotado, sendo

²⁸ LISBOA, Roberto Senise. *Manual Elementar de Direito Civil: direito de família e das sucessões*. 5v. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

promulgada, assim, em 1965 a Lei 4.655 definindo a “Legitimação Adotiva”. O menor legitimado tem os mesmos direitos e deveres que o filho legítimo, sendo a adoção definida, neste caso, como irrevogável.

Com a promulgação do Código de Menores, Lei nº 6.697 de 1979, que entrou em vigor em 1980, foram definidas duas formas de adoção, a adoção simples e plena (legitimação adotiva). Com o pronunciamento do Estatuto da Criança e do Adolescente (1990) institui-se uma única espécie de adoção, que é irrevogável.

Simone Silva²⁹, tece algumas considerações sobre sua experiência com devoluções de crianças, afirmando que as “adoções prontas” chegam ao juizado com a vinculação afetiva já em andamento, e que a demora no trâmite dos processos e as “adoções à brasileira” são elementos facilitadores dessa devolução.

O termo “devolução” é aqui empregado para caracterizar situações em que ocorre a desistência da adoção. E tal desistência vem motivada pelas dificuldades dos pretendentes em superar os problemas de adaptação à nova filiação, os quais, invariavelmente, adotam uma postura de culpabilização dos adotados pelo fracasso da relação que denota que, apesar da convivência, o adotado não foi acolhido como filho.

Em um processo adotivo deve-se entender que o vínculo emocional entre pais e filhos não decorre do modo de filiação, e que as famílias adotivas também estabelecem vínculos com seus filhos tanto quanto as famílias biológicas. Todavia, tal premissa nem sempre é verdadeira, pois, apesar da convivência estabelecida, como dito, as crianças não foram acolhidas como filhos, ocorrendo uma desistência dos requerentes no processo de adoção em curso.

Ressalta-se que, no presente estudo, na revisão bibliográfica realizada, observou-se que o termo “devolução” tem sido empregado pelos autores brasileiros, e cujo significado remete a uma ótica de consumo, na qual o produto adquirido, uma vez que não atende às expectativas do consumidor, é devolvido. A título de informação, na literatura jurídica americana quanto ao assunto abordado, o termo empregado é “interrupção” e não “devolução”.

²⁹ SILVA, Simone R.M. (1998). *Rejeição e devolução*. Trabalho apresentado no III Encontro Nacional de Associações e Grupos de Apoio à Adoção em Florianópolis.

Segundo Lavocat e Diuana, “em um trabalho realizado pela área de psicologia em uma Vara da Infância, Juventude e do Idoso, na cidade do Rio de Janeiro, foi possível presenciar várias situações nas quais os adotantes, após se comprometerem subjetiva e objetivamente com a criança, procuraram a Vara da Infância para devolverem-na. As alegações eram muitas, mas sempre com a mesma tônica: os infantes apresentavam comportamentos descritos como inaceitáveis”³⁰.

A partir desse trabalho, Levy, Pinho e Faria observaram que as justificativas para a devolução de crianças apontavam, sempre, as dificuldades dessas crianças, sendo que os adultos não se mostraram capazes de solucionar a problemática apresentada. Apesar da diversidade das situações descritas na pesquisa em comento, as queixas alegadas referiam-se a comportamentos normais e esperados para aquelas crianças, não só pelas respectivas faixas etárias, mas também pelas circunstâncias de uma história de abandono. Certamente, aquelas situações indicaram a dificuldade dos adotantes em lidar com a criança real quando esta não correspondia à criança por eles imaginada³¹.

Conclui-se assim, que, mesmo passando pelo procedimento de habilitação para adoção, no qual os pretendentes passam por um período de preparação psicossocial e jurídica antes de ingressarem no cadastro nacional de adoção, todo este procedimento, narrado, inclusive, com mais detalhes em capítulo anterior, não se mostra completamente eficaz, posto que o fenômeno da idealização do adotado se mostra inatacável mesmo diante da preparação promovida por equipe especializada dos Juízos da Infância e Juventude.

O ideal seria que, mesmo antes da sentença de adoção ser prolatada, as crianças que se encontram sob a guarda provisória com fins de adoção, sejam percebidas pela família como filhos, mas o fenômeno da idealização do filho perfeito acaba por afastar essa possibilidade acabando por levar os pretendentes à desistência da adoção e, conseqüente, devolução da criança.

Nessas situações, um dilema se apresenta ao Judiciário: a criança deve ser imediatamente retirada da convivência daqueles que não a querem mais ou há espaço para alguma intervenção na tentativa de minimizar os conflitos e salvar a relação? De

³⁰ LADVOCAT, Cynthia e DIUANA Solange – *Guia de Adoção – No Jurídico, no Social, no Psicológico e na Família*. Ed. Roca. São Paulo: 2014, p. 534

³¹ LEVY, Lídia; PINHO, Patrícia G.R.; Faria, Márcia M. *Família e muito sofrimento: um estudo de casos de “devolução” de crianças*. Ed. Psico. Porto Alegre, PUCRS, v. 40, n.1. 2009, p. 58-63

um lado entende-se que deve-se implicar os adultos envolvidos na problemática apresentada, lembrando-os dos compromissos assumidos com aquela criança, mas, por outro lado, surgem os temores de que, ao permitir a permanência da criança em companhia dos pretendentes, essa possa ser alvo de, por exemplo, abusos psicológicos ou físicos, além de isolamento e exclusão. Nesse sentido, o ocorrido no caso concreto trazido ao corpo deste trabalho, onde a criança, após conturbado processo de adoção, com duas famílias pretendentes brigando por sua adoção, se viu numa situação abandono e exclusão pelos futuros pais adotivos com, inclusive, denúncias de maus tratos sofridos por ela e posterior arrependimento da adoção pelos pretendentes.

Ressalta-se que, na maior parte dos casos onde os pretendentes se manifestam pela devolução da criança ou adolescente, não há espaço para qualquer intervenção, haja vista que, ao se buscar o atendimento na Vara da Infância e Juventude, os pretendentes já se encontram firmes no propósito de desistência da adoção.

Segundo Ladvocat e Diuana “a postura dos adultos envolvidos, culpando as crianças pelo fracasso na relação estabelecida, parece ser o ponto central dos casos de devoluções. Percebe-se, também, uma tentativa de atribuir doenças psiquiátricas à criança como uma maneira de se distanciarem ainda mais da situação. Assim, passam a culpar não só a criança, como também as equipes técnicas das Varas e da instituição de acolhimento, sendo estas responsabilizadas pela indicação de uma criança problemática”³².

Nota-se, ainda, casos em que os pretendentes demoram em compartilhar com a equipe técnica as dificuldades enfrentadas pela família durante o processo de adoção, temendo a retirada da criança de forma precoce. Todavia, quando os problemas se agravam, os pretendentes optam pela desistência da adoção, ao passo que se houvesse uma intervenção antecipada da equipe técnica a família poderia aprender a lidar com a problemática existente.

Fato é que, durante a guarda provisória com fins de adoção ou depois da efetivação da adoção, alguns problemas podem surgir e com eles problemas sérios no desenvolvimento da criança. Tais problemas, que aparecem no andamento da relação, se

³² LADVOCAT, Cynthia e DIUANA, Solange – *Guia de Adoção – No Jurídico, no Social, no Psicológico e na Família*. Ed. Roca. São Paulo: 2014, p. 536

não forem trabalhados, poderão culminar na devolução. Existe uma tendência a enxergar as dificuldades rotineiras dos filhos naturais como anormais nos filhos adotados. Isto é reflexo de um problema emocional dos pais adotivos que podem inclusive tender a ver problemas onde não os há, e passar a rejeitar o filho adotado, sentindo-se justificados por tal atitude, chegando a declarar-se vitimizados e injustiçados.

Na ótica do adotado, este comportamento deflagra uma rejeição inconsciente, levando-o a sentir que não pertence àquela família, levando-o a identificar-se com seus pais naturais, trazendo para a nova relação de filiação problemas comportamentais futuros. Nesse contexto, os adotantes tendem a enxergar uma “herança ruim”, estereótipo de que a criança é “ruim” porque veio de “pais ruins”, processo que aumenta a rejeição, onde os pais adotivos procuram se livrar de seus próprios aspectos “negativos”, livrando-se da criança.

Em um levantamento estatístico realizado pelo Serviço de Psicologia e pelo Serviço Social da Vara da Infância, Juventude e do Idoso da Comarca do Rio de Janeiro, abrangendo adoções frustradas no período de janeiro de 2005 a junho de 2011 foram encontrados 26 casos, alguns deles retratados na obra Guia de Adoção de Ladvocat e Diuana³³.

De acordo com o levantamento, as situações de devolução analisadas advinham de processos de adoção, não tendo sido contabilizadas desistências em ações de guarda. Constatou-se que cada caso apresentava suas peculiaridades, porém algumas variáveis constantes e relevantes para a compreensão das situações analisadas foram observadas, dentre as quais o tempo de convivência com a criança antes da desistência da adoção, o fato de os pretendentes terem sido ou não habilitados, a idade da criança na época do início da convivência e a existência de filhos biológicos. Do total de 26 casos, Ladvocat e Diuana destacaram oito em que o tempo de convivência com a criança foi superior a um ano, variável adotada pelas pesquisadoras para obtenção de dados que passa-se a expor.

Em três desses casos, pode-se relacionar a desistência à gravidez da pretendente após o início do processo de adoção. Em outros três casos, a criança foi apontada como

³³ LADVOCAT, Cynthia e DIUANA, Solange. – Guia de Adoção – No Jurídico, no Social, no Psicológico e na Família. Ed. Roca. São Paulo: 2014, p. 536

portadora de traços de psicopatia, e em dois foi apontada como hiperativa. Em quatro desses oito casos já foi possível uma nova colocação da criança em outra família substituta. Em quatro desses casos, contrariando o sendo comum, houve a devolução de bebês com até 5 meses de idade, sendo que, após poucos dias de convivências com os adotantes, estas crianças retornaram à Vara da Infância e Juventude para serem realocadas imediatamente em nova família substituta. Nesses últimos casos, entende-se que, apesar das consequências negativas de mais uma ruptura na vida do bebê, tal dano pode ser considerado menor quando comparado com situações em que a convivência com a família adotante perdurou períodos maiores ou o adotado, mesmo em períodos menores da convivência, já contava com alguns anos de vida no início do processo adotivo.

Fato é que, na busca pelo filho tão desejado, as dificuldades da criança real, muitas das vezes, são vistas como intransponíveis. Na pesquisa de Lídia Weber³⁴, já mencionada neste trabalho, a autora, tratando sobre os preconceitos acerca da adoção, constatou que 15% de sua amostra de 410 entrevistados se mostraram favoráveis à devolução de um filho adotivo por questões de desobediência e rebeldia. Esses dados afirmam a ideia de que a criança deve gratidão aos pais adotivos e que, por gratidão, deveriam se moldar ao filho idealizado pelos adotantes, fato que, não ocorrendo, faz transparecer aos adotantes a ingratidão pelo seu ato de trazer a criança ou adolescente para seu meio familiar, gerando conflitos de relacionamento e o consequente desejo de devolução dessas crianças ou adolescentes.

Muito se tem discutido acerca da prevenção da devolução da criança ou interrupção da adoção. Nesse sentido, na busca por soluções preventivas, as equipes técnicas das Varas de Infância e Juventude vem se debruçando sobre alguns aspectos como a questão dos pais altamente habilitados devendo ser combinados com crianças que apresentam problemas emocionais, comportamentais ou físicos, enquanto que os pais menos habilitados deveriam adotar crianças que viessem ao encontro dos critérios desejados e que fossem mais facilmente adaptáveis, mas esse aspecto esbarra, de certa forma na ordem cronológica de habilitação empregada pelo cadastro nacional de adoção.

³⁴ WEBER, Lídia N.D. *Aspectos psicológicos da adoção*. Ed. Juruá. Curitiba: 2001

No entanto, quando se descreve os fatores relacionados ao sucesso ou fracasso em adoção, deve-se levar em conta três fatores, ou seja, as características dos pais adotivos; as características da criança adotada e o ajuste de integração entre eles proporcionado pela habilidade de cada um em satisfazer as necessidades do outro e aceitar suas limitações, fatores estes que levantam dúvida quanto a eficácia de um cadastro único de adoção e sua preponderância pela ordem de inscrição e habilitação.

Por fim, ressalta-se que é notória a necessidade do trabalho de pós-adoção, onde são acompanhadas as famílias em sua dinâmica, buscando assim evitar um novo abandono. No Brasil, porém, esse trabalho é dificultado pelo pequeno número de profissionais comprometidos com esta tarefa, e o número reduzido de produções científicas que discutam esse preparo. Desta forma, o levantamento dos motivos para a devolução e a busca de métodos de atuação profissional, com vistas à preparação das famílias pretendentes à adoção são desafios que se apresentam para os atores envolvidos em um processo de adoção, sem perder de vista a devolução de crianças colocadas em famílias substitutas. A probabilidade de sucesso na colocação da criança em família substituta será maior se ela puder participar dos planos que lhe dizem respeito e puder ser ajudada no sentido de compreender o que significa sua colocação e o porquê dela. É imprescindível entender a complexidade de se realizar um bom trabalho de colocação com crianças que foram retiradas da guarda dos pais pela justiça por motivo de negligência, pois não há tempo para prepará-las para a remoção, sendo difícil para elas compreenderem por que estão sendo retiradas de seus lares. Não é raro as crianças suporem que seu lar se desfez devido a seu mau comportamento, ou que foram mandadas embora como castigo. Estas crianças podem ficar ressentidas, e certamente não estarão prontas para aceitar os pais substitutos, nem tampouco estarão desejosas de fazê-lo. Estes fatos merecem maior atenção por parte dos responsáveis pelas decisões judiciais.

CAPÍTULO 4 - TEORIA GERAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL BRASILEIRA

Responsabilizar é imputar a alguém, por meio legal ou judicial, o dever de reparar ou indenizar alguma espécie de prejuízo sofrido por outrem em virtude de um dano sofrido. Nesse sentido, todo dano que uma pessoa causar, com ou sem intenção de lesionar a outrem, em regra, gera o dever de indenizar. Logo, a responsabilidade civil é fonte obrigacional.

Responsabilidade Civil trata-se da “aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal”.³⁵

Assim, o agente causador de um dano deve, necessariamente, repará-lo, propiciando, dessa forma segurança jurídica, ordem e paz social. Por outro lado, observamos na responsabilidade civil funções de apaziguamento social e de reparação da vítima.

Acerca do fundamento da responsabilidade civil, a ideia de que esta funda-se somente na noção de culpa resta esvaziada há bastante tempo. As necessidades impostas pelos tempos pós-modernos exigem soluções mais eficientes na busca pela justiça e segurança social e que não reside somente na aferição da culpa de um agente causador de dano.

4.1 Elementos essenciais da responsabilidade civil

Como bem anota Silvio de Salvo Venosa, “os princípios da responsabilidade civil buscam restaurar um equilíbrio patrimonial e moral violado”³⁶, e acrescenta que “um prejuízo ou dano não reparado é um fator de inquietação social”³⁷, razão pela qual os ordenamentos contemporâneos têm o propósito de alargar cada vez mais o dever de indenizar, de modo a que, cada vez menos, restem danos que não são ressarcidos.

³⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, Vol.7 – Responsabilidade Civil*; 28. ed.; São Paulo. Saraiva, 2013, p. 37.

³⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 1-2. (Coleção Direito civil; v. 4)

³⁷ Idem.

A responsabilidade civil apresenta-se sob diferentes espécies, conforme a perspectiva: quanto ao seu fato gerador, em responsabilidade contratual, se oriunda da inexecução de negócio jurídico bilateral ou unilateral, ou extracontratual, também chamada de aquiliana, se resultante do adimplemento normativo, isto é, da prática de um ato ilícito; em relação ao seu fundamento, em responsabilidade subjetiva, se encontrar sua justificativa na culpa ou dolo por ação ou omissão lesiva a determinada pessoa, ou responsabilidade objetiva, se fundada no fato de haver o agente causado prejuízo à vítima ou a seus bens, sendo irrelevante a conduta culposa ou dolosa do agente, desde que se verifique o nexa causal entre o prejuízo sofrido pela vítima e a ação do agente para que surja o dever de indenizar; e relativamente ao agente, em direta, se proveniente da própria pessoa imputada, ou indireta, conhecida igualmente como complexa, se derivar de ato de terceiro.

No âmbito legislativo, o Código Civil em vigor trata da responsabilidade civil, nos artigos 927 e seguintes, e no artigo 186 estabelece a definição do ato ilícito nos seguintes termos: “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Segundo Silvio de Salvo Venosa³⁸, o ato voluntário é o primeiro pressuposto da responsabilidade civil, relacionado, portanto, ao conceito de imputabilidade, uma vez que “a voluntariedade desaparece ou se torna ineficaz quando o agente é juridicamente irresponsável”. Assim, o ato ilícito é um comportamento voluntário que transgredir um dever, e o dever de indenizar depende na responsabilidade subjetiva do exame de transgressão ao dever de conduta que constitui o ato ilícito, e na responsabilidade objetiva, ele mostra-se incompleto, na medida em que é suprimido o substrato da culpa.

Para o mesmo autor, a culpa, em sentido amplo, é a inobservância de um dever que o agente devia conhecer e observar, enquanto o dano consiste no prejuízo causado pelo agente, podendo ser individual ou coletivo e moral ou material, isto é, não econômico e econômico. Silvio de Salvo Venosa ainda conceitua o nexa causal, também denominado nexa etiológico ou relação de causalidade, como “o liame que une a conduta do agente ao dano”, por meio do qual se conclui quem foi o causador do

³⁸ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 1- 2. (Coleção Direito civil; v. 4)

dano, considerado, por isso, elemento indispensável, que pode ser excluído pelo caso fortuito, a força maior e a culpa exclusiva da vítima, que eliminam o dever de indenizar.

Enfatiza-se, nesse ponto, que o artigo 188 do Código Civil relaciona hipóteses que, inobstante a ação voluntária do agente e a ocorrência de dano, não necessariamente haverá o dever de indenizar, quais sejam, os atos ilícitos praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido, ou a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente, desde que absolutamente necessária, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

Destaca-se, ainda, a responsabilidade civil por fato de terceiro, que pode exonerar o causador do dano do dever de indenizar, entendendo-se por terceiro, na hipótese sob análise, alguém além da vítima e do agente causador do dano, aqui desconsiderados filhos, empregados e prepostos, para incluir os atos desses terceiros que inculcam os pais, patrões e preponentes.

Por outro lado, tendo em vista o interesse central do presente trabalho, mister se faz aprofundar o estudo sobre o dano, notadamente para diferenciar o que afeta o patrimônio da vítima e o que ataca sua esfera íntima. Neste quadrante, Sergio Cavaliere Filho³⁹ afirma que o dano é “o grande vilão da responsabilidade civil”, haja vista que não haveria indenização ou ressarcimento se ele não tivesse sido causado. Segundo referido autor, na responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade do risco que lhe fundamente – risco profissional, risco-proveito, risco criado –, o dano constitui o seu elemento preponderante.

Dano, conceituado por Maria Helena Diniz⁴⁰, é “a lesão (diminuição ou destruição) que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral”.

Silvio Rodrigues⁴¹ apresenta o conceito de indenização. Para ele, “indenizar significa ressarcir o prejuízo, ou seja, tornar indene a vítima, cobrindo todo o dano por

³⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 24

⁴⁰ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, Vol.7 – Responsabilidade Civil*; 28. ed.; São Paulo, SP. Saraiva, 2013. p. 129

⁴¹ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 20. ed. rev. e atual. 5. tir. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 6. v. 4.

ela experimentado”, sendo esta “a obrigação imposta ao autor do ato ilícito, em favor da vítima”.

Acrescente-se ao acima exposto que o Código Civil, no artigo 402 estabelece que “salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”. O dano patrimonial, também chamado de dano material, nas palavras de Sergio Cavalieri Filho⁴², “atinge os bens integrantes do patrimônio da vítima, entendendo-se como tal o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis em dinheiro”. O autor ainda conceitua o dano emergente, também chamado positivo, que importa efetiva diminuição no patrimônio da vítima em razão do ato ilícito, que se caracteriza como sendo aquilo que a vítima efetivamente perdeu; e o lucro cessante, consistente na perda do ganho, esperável, na frustração da expectativa de lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima.

A definição de dano moral, por outro lado, pode partir do conceito negativo, segundo a qual seria aquele que não tem caráter patrimonial, ou seja, todo dano não material, ou de um conceito positivo, que considera dano moral dor, vexame, sofrimento, desconforto, humilhação, frustração, sentimento de impotência, seriam as popularmente conhecidas "dores da alma". Adentra-se, assim, na esfera dos princípios e garantias constitucionais – tendo em mente que a Constituição Federal, por ser de hierarquia superior, baliza a interpretação e aplicação de toda a legislação infraconstitucional –, partindo do inciso III da Magna Carta que consagrou a dignidade humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, que deu ao dano moral uma nova feição e maior dimensão, porque a dignidade humana nada mais é do que a base de todos os valores morais, a essência de todos os direitos personalíssimos.

Ao estudo ora empreendido, Maria Helena Diniz⁴³ acresce a classificação do dano moral em direto e indireto, sendo que o primeiro consiste na lesão a um interesse que visa a satisfação ou gozo de um bem jurídico extrapatrimonial contido nos direitos da personalidade; e o último é aquele que provoca prejuízo a qualquer interesse não patrimonial, devido a uma lesão a um bem patrimonial da vítima, derivando, assim, do fato lesivo a um interesse patrimonial. Nesta esteira, ainda que a Constituição Federal

⁴² CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. Cit.*, p. 24

⁴³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, Vol.7 – Responsabilidade Civil*; 28. ed.; São Paulo, SP. Saraiva, 2013. p.126

tenha estatuído a possibilidade de indenização por danos exclusivamente morais, a responsabilidade civil nas relações de família não é pacífica entre os doutrinadores, porém não há dúvida de que tais questões se incluem nas cláusulas gerais de responsabilização estabelecidas nos artigos 186 e 927 do Código Civil.

Pode-se dizer que toda a expressão da Teoria Geral da Responsabilidade Civil Brasileira vem descrita no art. 186 do Código Civil de 2002, no qual, ainda que não se leia um conceito de ato ilícito, nele se vislumbram seus elementos formadores. Nesse sentido, prevê o art. 186 do CC/2002 que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”⁴⁴.

Extraem-se, portanto, do artigo citado acima, todos os elementos essenciais da relação jurídica de responsabilidade civil, quais sejam, o agente, a vítima, a conduta culposa, o resultado danoso e a relação de causalidade.

Observa-se, ainda, no Código Civil de 2002, em seu artigo 187, uma dilatação da abrangência da verificação do ato ilícito, quando aduz que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Manifesta-se aqui que não se trata de anular qualquer direito de que o sujeito é titular, ou de individualizar a sua disposição, mas de impor limites à sua permitida conduta, impondo barreiras para delimitar o abuso do direito, com base em princípios gerais de conduta contemplados pela Constituição Federal de 1988.

Em vista da extensão do tema “responsabilidade civil”, far-se-á apenas uma rápida abordagem dos seus elementos de acordo com a análise a ser empreendida neste trabalho. Nesse sentido, o agente seria o pretendente à adoção que devolve a criança ou adolescente após um período de convivência. A vítima, por seu turno, seria a criança ou adolescente devolvidos. A conduta seria a devolução da criança ou adolescente após um período de convivência e o nexos causal a frustração das expectativas imposta ao adotado sem uma explicação plausível. E o dano, seriam as sequelas deixadas no psicológico da criança ou adolescente que se viu inserido em uma família substituta que

⁴⁴ PARODI, Ana C. *Responsabilidade Civil nos relacionamentos pós-modernos*. 1ª ed. Russel Ed. Campinas, SP: 2007, p. 136.

o acolheu em um momento, mas que em momento posterior se viu devolvido a seu *status quo*.

Outro aspecto que merece atenção remete à responsabilização do Estado quando um processo adotivo termina na devolução da criança ou adolescente após um período de convivência com os pretendentes. Neste caso, presume-se que o Estado, com todo seu aparato técnico e jurídico tem todas as condições de conduzir adotantes e adotados a um processo adotivo com final feliz e, se não o faz, negligente foi na conduta de tal processo, ensejando sua responsabilização civil, na modalidade objetiva, prescindindo de comprovação de culpa, nos termos do entendimento em voga. Todavia, o Estado responsabilizado objetivamente, mediante comprovação de culpa de seus agentes ou dos adotantes pelo insucesso da pretensão adotiva, poderia propor ação regressiva contra estes, como forma de ver sua responsabilização mitigada.

CAPÍTULO 5 - RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA

Com o advento da Constituição de 1988, novos entendimentos surgiram na esfera da responsabilidade civil, admitindo-se a sua imputação obrigacional ainda que em face, exclusivamente, de danos morais. A partir daí, novos paradigmas doutrinários passaram a orientar os valores éticos, morais e legais, autorizando ao lesionado pleitear a devida reparação, mesmo que o dano material não ficasse comprovado, baseando seu pedido somente no dano moral sofrido. Eis que a nova “teoria” também passa a permear o Direito de Família, autorizando àqueles que sofreram algum tipo de coação moral, pleitear ao Judiciário a devida indenização. Nesse sentido, a responsabilização civil passou a alcançar as relações familiares, visto que estendeu a essas relações a aplicabilidade de seus conceitos, influenciada pelo espírito constitucional de 1988.

Mediante esse novo enfoque constitucional-familiar, deu-se início à valorização do vínculo de afetividade e solidariedade entre as pessoas envolvidas (paternais, filiais ou conjugais), e passou-se a exigir responsabilidade entre esses entes por atos cometidos em detrimento de outros, em especial por dano moral.

Fernanda Pontes Pimentel⁴⁵ chama a atenção para a peculiaridade das relações familiares, uma vez que, apesar dos vínculos inerentes ao Direito de Família constituírem vínculos jurídicos, estas relações extrapolam o aspecto meramente legal, obviamente porque seus principais fundamentos calcam-se em laços afetivos, morais e éticos. Como explica a autora, as questões pertinentes à família, muitas das vezes, não podem ser exauridas pela aplicação da norma, haja vista que a lei, em regra, não aplaca paixões e sentimentos envolvidos nas relações familiares.

Não há como negar que as relações familiares estão diretamente ligadas ao aspecto da dignidade de seus membros, principalmente quanto ao crescimento dos infantes em condições dignas, motivo pelo qual os papéis exercidos nesse elo devem estar pautados na solidariedade e na responsabilidade, esta assumida pelos genitores ao optarem por dar origem a uma vida.

A responsabilidade civil aplicada aos vínculos interfamiliares e aos relacionamentos afetivos representa um tema ainda causador de muitas divergências

⁴⁵ PIMENTEL, Fernanda Pontes. *A responsabilidade civil no âmbito das relações familiares*. In: XVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 16, 2007. Anais do XVI Congresso Nacional do Conpedi. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 2673-2705.

doutrinárias. A interface das relações pessoais envolvidas no Direito de Família e na Responsabilidade Civil é fator que confere acentuada especialidade ao ramo, levando a discussões que, muitas das vezes, confrontam o amor com os interesses patrimoniais.

Em contrapartida, a hipótese indenizatória, situada de maneira ampla, inverte aos debates, questionando notadamente se eventuais danos de ordem moral, havidos em sedes familiares ou afetivas, poderiam ser pleiteados jurisdicionalmente, para a compensação das vítimas, transformando os abusos praticados em verdadeira fonte obrigacional reparatória.

Segundo Ana Cecília Parodi a questão da responsabilização civil no âmbito das relações familiares e afetivas está longe de ser pacífico⁴⁶. Aduz a autora que “correntes contrárias, fulcradas em um aparente esforço pela ética, clamam pelo descabimento indenizatório, arguindo, especialmente que a aceitação do pleito de dano moral entre familiares ou parceiros românticos negaria a natureza da instituição família, aviltando as bases morais da sociedade”. E completa afirmando que tal afirmação não pode prosperar no entendimento doutrinário brasileiro sob pena de se prejudicar toda a doutrina da família e da indenização. Afirma, ainda, que os entes que se considerarem lesados em reflexos de sua personalidade, devem buscar no Poder Judiciário a devida reparação, sendo inconstitucional que se exclua a reclamação da apreciação dos Tribunais⁴⁷.

Nesse sentido, frisa-se que é do espírito do constituinte originário de 1988 a expressa e ampla previsão à figura do dano moral, dando-lhe status de garantia fundamental (art. 5º, X da CF/88). Por outro lado, toda relação de afeto e amor gera efeitos jurídicos, ressalvadas minoritárias exceções, baseadas no dever de cuidado que, por sua vez, encontra-se embasado no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Ressalta-se, porém, que no âmbito do Direito de Família são muitos os posicionamentos contrários à indenização, na medida em que amor e convivência não podem ser pagos, sendo, então, impossível fixar um quantum indenizatório. Também

⁴⁶ PARODI, Ana C. *Responsabilidade Civil nos relacionamentos pós-modernos*. 1ª ed. Russel Ed. Campinas, SP: 2007, p. 167.

⁴⁷ PARODI, Ana C. *Responsabilidade Civil nos relacionamentos pós-modernos*. 1ª ed. Russel Ed. Campinas, SP: 2007, p. 167.

nas relações parentais, nas quais são vislumbrados deveres dos pais quanto aos seus filhos que, se descumpridos, acarretam danos de ordem extrapatrimonial, da mesma forma, as opiniões hoje divergem entre duas posições opostas: aqueles que continuam a sustentar uma postura de isenção, imunidade ou privilégio dos pais na relação intrafamiliar, e os que começam a se manifestar favoravelmente às reparações.

O que observa é uma tendência moderna de socializar o dano, fato observado também no Direito da criança e do Adolescente onde a responsabilidade vem sendo socializada, buscando evitar, prevenir ou apenas minimizar o dano que imediatamente recairá sobre a criança ou jovem, mas que de forma mediata seria suportado pelo grupamento social. Contudo, esta não parece ser a solução mais adequada à hipótese em análise no presente estudo, devendo-se responsabilizar, sim, quem de fato causou o dano, ou seja, o adotante que devolveu a criança.

No Brasil, Rolf Madaleno, tratando do abandono afetivo, apropriadamente ensina que⁴⁸:

A pretensão judicial de perdas e danos de ordem moral visa a reparar o irreversível prejuízo já causado ao filho que sofreu pela ausência de seu pai ou de sua mãe, já não mais existindo amor para tentar recuperar. A responsabilidade pela indenização deve ser dirigida a quem causou os danos ao filho, ao lhe frustrar o direito de ser visitado, podendo recair sobre um, ou sobre ambos os genitores, assim como o filho e o genitor que foram impedidos de se comunicar poderão ser as vítimas e postulantes ativos de uma ação de indenização.

Rolf Madaleno sustenta, ainda, que a indenização não é devida com fundamento no ato ilícito, mas no abuso de direito disciplinado no artigo 187 do Código Civil.

Com relação ao tema, Maria Berenice Dias⁴⁹ é favorável à indenização por abandono afetivo, o que fica muito claro quando afirma que “a indenização por abandono afetivo poderá converter-se em instrumento de extrema relevância e importância para a configuração de um direito das famílias mais consentâneo com a contemporaneidade, podendo desempenhar papel pedagógico no seio das relações familiares”⁵⁰.

⁴⁸ MADALENO, Rolf. Repensando o Direito de Família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 125.

⁴⁹ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das famílias. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 409.

⁵⁰ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das famílias. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 409.

Esse argumento encontra embasamento no fato de que o objetivo da indenização por dano moral nas relações entre pais e filhos é de ensinar os pais a cumprirem com os deveres a eles impostos por força da lei, e, para os que defendem que não se pode forçar o afeto, resta alegar que a Carta Política expressa como direito fundamental da criança e do adolescente ser resguardado de toda a forma de negligência, assim entendido o abandono afetivo.

No que diz respeito ao dever do Estado de assegurar à criança a responsabilização das famílias, escorado no que dispõe o artigo 227 da Constituição Federal, com as alterações promovidas pela Emenda Constitucional n.º 65, de 13/07/2010, destaca-se, neste quadrante, o direito fundamental à convivência familiar com o seu núcleo biológico e, na falta deste, com o seu núcleo afetivo.

Desta feita, a convivência em família é, sem dúvida, um porto seguro para a integridade física e emocional de toda criança e todo adolescente. Ser criado e educado junto aos pais biológicos ou adotivos deve representar para o menor de 18 anos estar integrado a um núcleo de amor, respeito e proteção.

Nesse sentido, vale enfatizar que ao Poder Público, em todas as suas esferas, é determinado o respeito e resguardo, com primazia, dos direitos fundamentais infanto-juvenis para que estes possam gozar do seu desenvolvimento pleno.

Por seu turno, a grande crítica que se faz quanto à possibilidade de se pedir reparação civil no âmbito do direito de família reside no fato de que é difícil qualificar e quantificar a extensão do dano sofrido pela vítima ao mesmo tempo que também é difícil se chegar a valores que possam satisfazer um dano moral-psicológico-afetivo. Outra crítica reside no fato de que não se pode obrigar alguém a sentir afeto ou amor para com o outro e, por isso, não caberia a indenização no caso de abandono afetivo por falta destes sentimentos em relação ao outro.

Porém, no tocante à devolução da criança ou adolescente que se vê devolvido após desistência do pretendente à adoção, sua causa, via de regra, não reside na falta de afeto, mas principalmente na idealização da criança como um filho perfeito que, na maioria das vezes não se concretiza. Via de regra, existe o afeto, porém, este resta corroído pelos conflitos que se apresentam durante o período de convivência.

CAPÍTULO 6 - DEVOLUÇÃO DE CRIANÇAS E RESPONSABILIDADE CIVIL

O ordenamento jurídico brasileiro, fundamentado na preocupação social, implementou medidas preventivas para evitar a devolução de crianças ou adolescentes. Nesse sentido, conforme prescreve o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069, de 13/07/1990), os aspectos jurídicos do processo de adoção visam proteger os direitos da criança ou adolescente à criação, à educação e à assistência, como também impõe deveres aos adotantes que, ao descumpri-los, podem ser destituídos do poder familiar e responder pelos danos psicológicos causados aos adotados.

Ressalta-se que, de acordo com a citada Lei da Adoção, esta é irrevogável, mas os pais adotivos estão sujeitos à perda do poder familiar pelas mesmas razões atribuídas aos pais biológicos. Nesta perspectiva, a adoção somente será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos, e nos casos da recusa intensa da família para com a criança, tornando inviável o convívio entre as partes, a devolução é aceita para evitar maiores sofrimentos, voltando a tutela para o Estado.

O artigo 39 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que a adoção é medida excepcional e irrevogável, a ela recorrendo-se somente após “esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa”. Visando prevenir a devolução da criança ou adolescente adotado, a Lei criou o estágio de convivência, que possibilita uma aproximação gradativa, tendo em vista que a adoção é um processo mútuo, que exige tanto uma despedida dos vínculos estabelecidos até então, quanto um tempo de construção de novas relações. O estágio de convivência é um período muito significativo em que se consolida a vontade de adotar e de ser adotado. É salutar para ambas as partes, e deve preceder a adoção, pois se no seu decurso ficar constatada a incompatibilidade ou a inconveniência, ela não se concretizará.

Mesmo assim, na sociedade contemporânea a adoção passou do campo privado para o público, por conta de conflitos recorrentes que envolviam a matéria e que demandavam mediação legal, dentre os quais se insere a devolução de crianças adotadas.

Conforme já mencionado neste trabalho, é justamente quando a criança mostra sua individualidade que vem à tona a rejeição pelo “diferente”, pelo “outro”. O que no filho biológico é visto e aceito como afirmação de uma personalidade própria, no “filho de criação” passa a ser visto como mostra de más tendências ou traços psicológicos ruins oriundos da família biológica.

Também a Justiça não reconhece o conceito de devolução, na medida em que, perante a lei, toda adoção é irreversível, e devolver um filho adotivo é crime equivalente a abandonar um filho biológico. No entanto, essa atitude é possível durante o chamado período de convivência, no qual o adotando está sob a guarda dos adotantes que, por ser esta revogável, legitima, de certa forma, o abandono durante aquele período, que, em alguns casos, pode durar mais de um ano. Nesse caso, a criança já inserida em família substituta, em virtude da demora na conclusão do processo adotivo, se vê desamparada diante da possibilidade de sua devolução ao abrigo, legitimada pelo ordenamento jurídico no que tange à guarda e sua revogabilidade.⁵¹

Como já mencionado, este trabalho trata sobre o cabimento, em certos casos, de reparação por dano moral e/ou material nas hipóteses de devolução à instituição de acolhimento ou à família nuclear, de crianças e de adolescentes entregues para fins de adoção, sem justificativa plausível.

Não se discute aqui a legalidade do ato de devolver crianças e adolescentes que foram entregues para fins de adoção enquanto estiverem em período de convivência e sob a guarda dos adotantes, mesmo porque o legislador, assim, fez admitir mediante a possibilidade da revogação da guarda. O que se discute é o número exorbitante de pretendentes à adoção que, de forma injustificada e desumana, simplesmente devolvem as crianças e adolescentes aos abrigos sem que tal atitude gere para estas pessoas qualquer responsabilidade.

Ocorre que, a criança a ser adotada não deve ser considerada para o adotante como um objeto “idealizado” e para ele preparado como um presente que lhe pudesse suprir todas as lacunas familiares, através da inserção, na sua família, de um filho educado, subordinado, carinhoso, estudioso, atencioso e dedicado.

⁵¹ Nesse sentido, os arts. 33 a 35 da Lei 8.069/90 e arts. 1.566, IV; 1.583 a 1.590 e 1.634, II do Código Civil Brasileiro.

Ressalta-se que muitos pais não estão preparados para adotar e, muito menos, são preparados adequadamente pelas equipes interdisciplinares das Varas da Infância e Juventude. Nesse sentido, quando tomam uma criança estranha à sua família com fins de adotá-la, não conseguem lidar com a rebeldia, a insubordinação, a carência e a tristeza, sentimentos característicos de muitas crianças e adolescentes que sofreram maus tratos.

O Judiciário deve atuar justamente contra esse despreparo, que, muitas vezes, leva os pretendentes à adoção a tomar atitudes cruéis contra muitas crianças e adolescentes, dentre estas a devolução ao abrigo, que pode se dar através do pedido de revogação da guarda, quando em período de convivência, ou através do abandono da criança ou adolescente que pode ensejar a destituição do poder familiar do adotante sobre o adotado (neste caso quando o processo de adoção já se encontra finalizado, com sentença transitada em julgado).

Desta feita, não há como negar que, ambos os casos acima mencionados, causam duplo trauma a inúmeras crianças e adolescentes.

Nesse aspecto, conforme notícia Ladvocat e Diuana⁵², já existe um movimento para o ajuizamento de novas ações na Justiça em razão da devolução de crianças e adolescentes, que no período de convivência ou mesmo após o processo adotivo estar finalizado, são devolvidos aos abrigos como se fossem meras mercadorias com defeito.

Em muitos desses casos, o réu das ações é o Estado, já que, na opinião dos autores das demandas, o ente público deve ser responsabilizado, haja vista ter sido ele o responsável pela má escolha dos pais adotivos. Em outros casos, os próprios pretendentes é que integram o polo passivo das demandas.

O que não se deve permitir é que crianças e adolescentes devolvidos aos abrigos cheguem à conclusão de que seu futuro lar se desmoronou por culpa exclusiva sua ou que foram obrigados a abandonar sua casa como forma de castigo, suportando todo o ônus do fracasso do processo adotivo, como se não bastasse esse segundo momento de rejeição ou abandono. Essas crianças podem não se recuperar deste segundo trauma e este fato merece atenção especial por parte dos responsáveis pelas decisões judiciais.

⁵² LADVOCAT, Cynthia e DIUANA Solange – *Guia de Adoção – No Jurídico, no Social, no Psicológico e na Família*. Ed. Roca. São Paulo: 2014. p. 123

Fato é que, em sede de pretensão para a adoção, é necessária a atuação de profissionais altamente qualificados, a fim de que o processo de colocação da criança ou adolescente no lar substituto termine com final feliz, já que, em muitos casos, os momentos vivenciados com a chegada da criança ou adolescente chegam a se mostrar tão tensos, que a dificuldade de separação das questões jurídicas das questões psicológicas se faz altamente presente.

A Lei da Adoção prevê prazos menores de permanência em abrigos, com o intuito de aumentar o número de crianças adotadas. Por esta lei, é obrigatório não só o estágio de convivência de 30 dias, exceto no caso de pessoas que já têm a guarda por tempo suficiente para se avaliar o vínculo afetivo, mas também que os candidatos a pais passem, obrigatoriamente, por preparação psicossocial e jurídica.

Torna-se imperativo determinar o que pode levar uma pessoa ou um casal a “devolver” um ser humano, como se fosse um objeto de pouco valor. Como já abordado neste trabalho, é no processo de guarda provisória para fins de adoção, ou no estágio de convivência, quando se estabelece o vínculo entre os pretendentes à adoção e as crianças ou adolescentes, que, não raro, são devolvidos ao Estado sem motivo justificável.

Nesse contexto, poder-se-ia afirmar que o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, em alguns aspectos, facilitou a prática da devolução das crianças, justamente porque o “estágio de convivência”, como uma forma de colocação de crianças nas famílias substitutas, favorece a característica provisória e revogável dessa relação.

Todavia, tal premissa não parece correta, haja vista que, em primeiro lugar, sem o estágio de convivência seria impossível a adaptação do adotando ao novo lar. Embora possa ser dispensado pelo juiz, conforme dispõe o § 1º do art. 6º do referido estatuto, é um período em que se consolida a vontade de adotar e ser adotado e, durante este período terão o juiz e seus auxiliares condições de avaliar a convivência entre os envolvidos e tomar a decisão mais salutar e adequada para a criança.

Traduz, dessa forma, o estágio de convivência como sendo um direito dos adotantes, no sentido de que eles possam avaliar a convivência da constituição do

vínculo, porém não lhes será legítimo que abusem no exercício desse direito, sob pena de reparação por dano moral e/ou material nos termos do art. 187 do CC/2002.

Nesse sentido, Epaminondas da Costa⁵³, Promotor da Vara da Infância e Juventude da cidade de Uberlândia, MG, assevera:

Ora, enganar uma criança, prometendo-lhe definitivamente um lar, inclusive com alteração de seu prenome no meio social e, repentinamente, depois de meses de intensa convivência familiar, “devolvê-la” sem qualquer justificativa plausível, além de deixá-la confusa em relação a sua verdadeira identidade, levando-a ainda a desenvolver o sentimento negativo de culpa pela forma imprópria com que agiram os adotantes, não há dúvida de que, em tal caso, houve extrapolação dos limites de boa-fé ou dos bons costumes por parte dos requeridos (teoria do abuso do direito).

É nesses casos que o instituto da responsabilidade civil deve ser aplicado no que tange à devolução de crianças e adolescentes colocados em famílias substitutas e devolvidos posteriormente sem qualquer explicação aceitável.

O que se deve pretender punir é o abuso do direito praticado pelos pretendentes à adoção. Nesse sentido não há que se falar em responsabilização do Estado, que deve ser responsabilizado sim, mas quando deixar de exercer seu dever de apoio, conscientização, informação e prestação jurisdicional adequada nos processos de adoção.

Tanto na responsabilização dos adotantes como na do Estado, a questão da demonstração da culpa é fator de inúmeras discussões doutrinárias, com correntes que defendem ser ela prescindível, devendo-se empregar, em ambos os casos, a teoria da responsabilidade objetiva e outras correntes que defendem que só a responsabilidade do Estado que é objetiva, sendo imprescindível a demonstração de culpa dos pretendentes à adoção (responsabilidade subjetiva) para que lhes seja imputada a responsabilização..

No que diz respeito ao valor da reparação, este deve ser apurado de acordo com o caso concreto, posto que é muito difícil se quantificar a extensão do dano moral e psicológico da criança ou adolescente devolvidos aos abrigos, devendo tal mensuração ser estipulada caso a caso.

Quanto aos valores da indenização e seu destino, deve-se adotar uma linha de aplicação desses recursos no próprio desenvolvimento da criança ou adolescente

⁵³ COSTA, E. *Estágio de Convivência, devolução imotivada em processo de adoção de criança e de adolescente e reparação por dano moral e/ou material*. Tese defendida e aprovada no XVIII Congresso Nacional do Ministério Público/CONAMP, XVIII, Florianópolis, SC, 2009.

enquanto abrigados, custeando suas necessidades de educação em escolas mais qualificadas e de saúde. Caso estes sejam inseridos em nova família substituta, o montante da indenização poderia ser aplicado em seguros-educação como forma de garantir seus estudos até o ensino superior.

Nesse sentido, tais valores, pertenceriam aos indenizados, porém, de acordo com o caso concreto, poderiam ser utilizados com educação e saúde dos mesmos ou colocados à disposição em conta judicial sob a fiscalização do Ministério Público para eventual utilização futura, prevalecendo sua utilização em educação e cultura dessas crianças e adolescentes.

É lógico que a indenização pecuniária aqui tratada não tem o condão de reparar o sentimento de rejeição e culpa que as crianças e adolescentes objeto de devolução aos abrigos depois de um período de convivência com família substituta. O que se pretende é minimizar os danos através da possibilidade de se oferecer a essas crianças e adolescentes uma possibilidade de se desenvolverem plenamente com acesso a melhores escolas, por exemplo. Da mesma forma que se pretende que os casos de devolução de crianças e adolescentes se tornem uma rotina no processo adotivo, obrigando os adotantes a repensarem suas atitudes bem como obrigando o Estado a tornar mais eficaz o processo adotivo.

Não é admissível que uma criança que deixa o abrigo, por exemplo, fique por longo período em lar substituto e, nesse lar, tenha um quarto com lindos brinquedos, boa alimentação, roupas de melhor qualidade, lazer, faça amigos, crie vínculos, se sinta segura pelo afeto que acredita estar recebendo e, depois de tudo isso, sem motivo plausível, seja devolvida ao abrigo.

Não é aceitável que o Judiciário fique de braços cruzados, sem reprimir atitudes desse porte, que causam duplo trauma a inúmeras crianças e adolescentes, que, primeiro experimentam o “doce” da vida para, dias depois, se verem obrigados a voltar a sentir o “amargo” de uma vida cheia de frustrações e incertezas.

CONCLUSÃO

Em virtude da precarização das relações intersubjetivas, são crescentes as discussões acerca da responsabilidade civil nas relações afetivas. De fato, os transtornos psicológicos provenientes da falta de solidez do seio familiar são capazes de implicar sequelas intransponíveis. Isto porque é sobretudo no âmbito mais próximo das pessoas que se assimilam valores primordiais para o saudável desenvolvimento humano, notadamente no que diz respeito à formação cidadã. Diante dessas questões, há de se avaliar a procedência da arguição de indenização em favor dos indivíduos que decidem intentar reconhecimento judicial do dever de reparar os danos causados em consequência da ausência de relação de fraternidade, de cooperação, de respeito recíproco, de acolhimento ao outro, no bojo da entidade familiar.

Muito embora seja compreensível que a auto estima da criança ou adolescente não possa ser reconstruída com o pagamento da indenização, vale o escopo de reparação de um dano, de fato, suportado com prejuízos na formação da personalidade e identidade da criança ou adolescente. De outro lado, deve ser considerado que a condenação dos pretendentes à adoção que abusam do direito de convivência com crianças e adolescentes que pretendem adotar e depois as devolvem aos abrigos, além da reparação indenizatória, deva assumir um cunho pedagógico na medida em que se torne capaz de não incentivar condutas dessa natureza

Fato é que a responsabilidade civil no âmbito do Direito de Família é questão que vem sendo amplamente debatida. Há exaltados discursos em torno da possibilidade de responsabilização por fatos provenientes das relações familiares, dentre eles a filiação.

O termo responsabilidade é utilizado para designar várias situações no campo jurídico. Em sentido amplo, encerra a noção em virtude da qual se atribui a um sujeito o dever de assumir as consequências de um evento ou uma ação. Nessa ocasião, importa encarar a responsabilidade como fato ou ato punível ou moralmente reprovável, que viola direitos de outrem e acarreta reflexos jurídicos.

No que tange à adoção, esta deve ser entendida como o caminho para a complementação do núcleo familiar e realização de sentimentos paternais e maternos dos adotantes e a possibilidade de reinserção de uma criança ou adolescente no seio de

uma família que poderá resgatar toda dignidade daquele ser humano em formação. Sendo assim, para que os processos adotivos terminem com um final feliz para adotantes e adotados, necessária se faz uma preparação moral e pedagógica dos pretendentes para que esta resulte bem sucedida, sendo imprescindível se perquirir seu universo psíquico, suas reais motivações, a fim de se evitar situações conflitivas no futuro que culminem com a devolução da criança ou adolescente à instituição acolhedora. Extrai-se daí a importância dos serviços especializados – equipes interdisciplinares – dos Juízos da Infância e da Juventude na elaboração dos estudos psicossociais das famílias adotantes e sua correta orientação.

No tocante ao caráter humanitário da adoção, o estudo identificou uma preocupação das equipes multidisciplinares na adaptação da criança aos pais adotivos, tendo em vista que a função destes profissionais é, depois das avaliações necessárias para a sua concessão, supervisionar a convivência com o propósito de evitar o duplo abandono, pelos efeitos psicológicos que causaria ao adotado.

Nesse sentido, mostra-se uma preocupação crescente do Estado com a edição frequente de normas, a partir da promulgação da Constituição de 1988, que explicita a proteção do adotando no ordenamento jurídico brasileiro, enfatizando o princípio da dignidade, aliado ao melhor interesse da criança e do adolescente. O ordenamento vem se aperfeiçoando na medida que novas situações se apresentem, como o caso crescente da devolução de crianças e adolescentes que, diga-se de passagem, sempre ocorreu, porém em épocas mais remotas, quando o Estado ainda adormecia para este tipo de problema.

O estudo também trouxe à baila os efeitos jurídicos e psicológicos da devolução de crianças adotadas, ressaltando que a adoção é irrevogável e que os estudos sobre o dano psicológico causado pela devolução ainda são escassos. Enfatizou-se a necessidade da discussão dessa questão, tendo em vista que a compreensão dos motivos que levam pais adotivos a devolverem seus filhos às instituições de origem é um passo importante para evitar que essas situações se repitam.

Quanto aos efeitos jurídicos, ficou demonstrado que o Estatuto da Criança e do Adolescente, no processo de adoção visa proteger os direitos da criança ou do adolescente à criação, educação e assistência, e, por isso, além de declarar a adoção irrevogável, impõe deveres aos adotantes, que devem estar sujeitos a responderem por

suas condutas prejudiciais ao desenvolvimento pleno da criança ou adolescentes colocados em família substituta.

Dessa forma, além da abordagem sobre a extensão dos efeitos psicológicos sobre as crianças e adolescentes que são abandonados uma segunda vez – a primeira pela família biológica, e a outra pelos pais adotivos -, abordou-se a legalidade de se aplicar a responsabilidade civil pelos danos causados a estes indivíduos em formação.

Conclui-se que os efeitos jurídicos para os pais adotivos que devolvem a criança ao Estado, após sentença de adoção transitada em julgado, deverá ser a perda do poder familiar, bem como a manutenção dos direitos de filho, cujas expensas deverão ser custeadas por eles, além da devida reparação civil. E, para aqueles devolvidos durante o período de guarda com fins de adoção, deve-se destinar, no mínimo, a devida reparação civil por todo constrangimento, frustração, sentimento de culpa etc. que irão carregar, talvez, por toda a vida.

No corpo do trabalho pode-se acompanhar as manifestações da colocação de crianças em famílias substitutas, numa relação direta com as questões legais que as determinaram. No aspecto da modalidade de família substituta, em que a criança foi colocada e devolvida, a guarda com fins de adoção mostrou-se como uma modalidade vulnerável, favorecida pela sua própria condição legal, isto é, ser revogável. A utilização da guarda como saída para a retirada da criança da instituição, nesse sentido, se mostrou bastante arriscada, porém a discussão não se fundamenta na função da guarda como forma de colocação, mas a sua utilização sem que sejam definidos parâmetros mais objetivos para a sua concessão, mesmo porque não se vislumbra num horizonte próximo outra possibilidade jurídica para o período de convivência e adaptação entre adotantes e adotados.

O fator encontrado na maioria das manifestações da família substituta como motivo da devolução, foi a dificuldade em lidar com o comportamento hostil da criança, onde os sentimentos de raiva e agressividade apareceram como componentes naturais da ambivalência na qual os dois lados estavam sendo submetidos, e quanto mais a criança se sentia insegura, mais ela manipulava esses pais substitutos, através de excessivas exigências e comportamentos arredios.

Todavia, deve-se exigir dos pais substitutos um esforço de adaptação, devendo estes vivenciar, com o apoio das equipes interdisciplinares das Varas da Infância e Juventude, as dificuldades na função materna e paterna na construção da subjetividade da criança sem que isto se torne um problema sem fim que culmine na devolução da criança ao abrigo.

Não se deve menosprezar o fato de que no processo de colocação em adoção, as observações da dinâmica familiar deverão ser mais cuidadosas, principalmente quando a criança já está no período de convivência familiar, onde nenhum obstáculo deverá ser deixado sem ser transposto, e é viável identificar e resolver qualquer sinal de perigo, desde o processo de colocação até os conflitos não resolvidos que produzem sintomas que podem ser ignorados ou, como nas histórias apresentadas neste trabalho, os sintomas não serem permitidos, isto é, afastados, “devolvidos”.

A família substituta pode vivenciar um momento diferenciado no transcorrer da colocação como apreensão acerca do comportamento da criança que venham de encontro aos valores familiares, alteração nas rotinas familiares causando ansiedade e em alguns membros até processos mais perturbadores, como a depressão. É de crucial importância que se discuta, que a família seja ouvida, acompanhada, por um período constante nesse momento de convivência e também no pós-adoção. No entanto, a habilidade em reconhecer carências e buscar apoio quando necessário, dependerá da personalidade e defesas dos pais substitutos, sendo que a tendência da família em negar o conflito é um risco para a relação, pois os conflitos ficam represados, gerando angústia que, por sua vez, geram novos conflitos que, na maioria das vezes, acabam na interrupção do processo adotivo, renegando-se a guarda, ou no caso do processo adotivo findo, renegando-se a adoção através do abandono, ambas as possibilidades motivadoras de nova institucionalização da criança ou adolescente.

Exsurge que para a solução desses conflitos se faz necessária a formação de profissionais cada vez mais qualificados que trabalhem com a colocação de crianças em famílias substitutas, em todas as áreas, jurídica, social e psicológica. Tal exigência se torna premente, tendo em vista que concepções pessoais ainda estão sendo utilizadas para fundamentar as decisões na colocação das crianças/adolescentes, o que representa um risco de insucesso nos processos adotivos. Por outro lado, da mesma forma que se propõe um acompanhamento de famílias substitutas, os profissionais também deveriam

passar por constantes reciclagens, e isso inclui os juízes das Varas da Infância e Juventude.

Conclui-se, dessa forma, que o sucesso que se pretende é o sucesso da adoção, com pais e filhos felizes, em uma convivência fraterna e equilibrada, cada qual cumprindo seu papel dentro do núcleo familiar. O sucesso aqui pretendido não é a reparação civil, posto que, se assim fosse, se estaria torcendo pela infelicidade das crianças e adolescentes que buscam um lar, em sentido *lato*, para chamar de seu e pelo fracasso do instituto da adoção, talvez o mais humanitário do ordenamento jurídico brasileiro. Afinal, dinheiro não compra a felicidade buscada por estas crianças e adolescentes que só querem uma família e nenhuma indenização é capaz de reparar o sentimento de decepção, angústia e falta de esperança que atingem essas crianças e adolescentes quando se veem rejeitados mais uma vez na vida por aqueles que supunham amá-los. Todavia, toda vez que esse sentimento se fizer presente pela conduta dos pretendentes à adoção a reparação civil deve ser pleiteada, haja vista que, hodiernamente, a possibilidade de seu cabimento já é amplamente aceita pela doutrina e pela jurisprudência pátria.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei nº. 8.069 de 13 de julho de 1990. São Paulo. Saraiva, 2014.

_____. Código Civil Brasileiro. Lei nº. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. São Paulo. Saraiva, 2014.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo. Saraiva, 2014.

CARDIN, Valéria S.G. Dano Moral no Direito de Família. São Paulo, SP. Saraiva, 2012.

COSTA, E. Estágio de Convivência, “devolução imotivada em processo de adoção de criança e de adolescente e reparação por dano moral e/ou material. Congresso Nacional do Ministério Público/CONAMP, XVIII, Florianópolis, SC, 2009

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das famílias. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, Vol.5 – Direito de Família; 28. ed.; São Paulo, SP. Saraiva, 2013.

_____. Curso de Direito Civil Brasileiro, Vol.7 – Responsabilidade Civil; 28. ed.; São Paulo, SP. Saraiva, 2013.

GHIRARDI, Maria Luíza. A devolução de crianças adotadas: ruptura do laço familiar. Disponível em http://www.moreirajr.com.br/revistas.asp?fase=r003&id_materia=3988

LADVOCAT, Cynthia e DIUANA, Solange – Guia de Adoção – No Jurídico, no Social, no Psicológico e na Família. São Paulo, SP. Roca, 2014.

LEVY, Lídia; PINHO, Patrícia G.R.; FARIA, Márcia M. Família e muito sofrimento: um estudo de casos de “devolução” de crianças. Ed. Psico. Porto Alegre, PUCRS, v. 40, n.1. 2009.

LISBOA, Roberto Senise. Manual Elementar de Direito Civil: direito de família e das sucessões.5v. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LOBO, Paulo. Direito Civil. Famílias. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PARODI, Ana C. Responsabilidade Civil nos relacionamentos pós-modernos. 1ª ed. Campinas, SP. Russel, 2007

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de Família: uma abordagem psicanalítica. 3. ed rev. atual. ampl., Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RODRIGUES, Silvio. Direito civil: responsabilidade civil. 20. ed. rev. e atual. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2008.

SANTOS, Eliane Araque. Criança e adolescente: sujeitos de direitos. 2006. Disponível em:<<http://www.ibict.br/revistainclusaosocial/include/getdoc.php?id=303&303article=57&mode=pdf>>

SCHIMITT, Cristiano H. Responsabilidade Civil. Porto Alegre, RS. Verbo Jurídico, 2010.

SILVA, Simone R.M. Rejeição e devolução. Trabalho apresentado no III Encontro Nacional de Associações e Grupos de Apoio à Adoção em Florianópolis, 1998.

TEPEDINO, Gustavo. Cidadania e os direitos de personalidade. Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe, Sergipe, n. 3. 2002.

VENOSA. Silvio de Salvo. Direito Civil: direito de família. 5 ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. Direito civil: responsabilidade civil. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

WEBER, Lídia N.D. Famílias adotivas e mitos sobre laços de sangue. X Congresso latino americano de psiquiatria da infância e da adolescência, Curitiba, PR. 1995. Cadernos de resumo.

_____. O que sentem as crianças institucionalizadas em relação a seus pais biológicos e ao futuro? XXVI Reunião Anual de Psicologia da Sociedade Brasileira de Psicologia. Caderno de Resumos. Ribeirão Preto, 23 a 27 de outubro de 1996.

_____. Laços de ternura: pesquisas e histórias de adoção. Curitiba, PR. Santa Mônica, 1998

_____. Aspectos psicológicos da adoção. Curitiba, PR. Juruá, 2001.

SITES CONSULTADOS

<http://www.senado.gov.br/noticias/jornal/emdiscussao/adocao/contexto-da-adocao-no-Brasil.aspx>. Acesso em 30.06.2014.

<http://www.senado.gov.br/noticias/jornal/emdiscussao/adocao/realidade-brasileira-sobre-adocao.aspx>. Acesso em 30.06.2014.

<http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/realidade-brasileira-sobre-adocao/devolucao-de-criancas-adotadas.aspx>. Acesso em 30.06.2014.

<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8426/Uma-breve-analise-quanto-ao-novo-conceito-de-familia-um-avanco-ou-retrocesso-social>. Acesso em 24.09.2014.