



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

RAÍZA DE JESUS ALMEIDA

ASPECTOS ATUAIS DA DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO

Salvador

2021

RAÍZA DE JESUS ALMEIDA

ASPECTOS ATUAIS DA DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado como requisito para obtenção de grau de Bacharel em Direito, pela Faculdade Baiana de Direito.

Orientador: Camilo de Lelis Colani Barbosa

Salvador

2021

RAÍZA DE JESUS ALMEIDA

ASPECTOS ATUAIS DA DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de grau de Bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ___/___/2021

A

Deus, pois, sem ele nada seria possível.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por ter me amparado e dado forças todos os dias em que cogitei desistir, o que não foram poucos. Por ser meu melhor amigo e meu alicerce, sem ele eu nada seria e não conseguiria chegar aonde cheguei.

Ao meu orientador, Camilo Colani, por toda sua dedicação em me orientar, pela paciência de ter tantas tardes comigo, em reuniões, ao longo dos meses que se seguiram até aqui. Pela sua atenção e pela preocupação em, a todo momento, me fornecer os recursos e ferramentas necessários para contribuir na elaboração desse trabalho. Não consigo imaginar um orientador melhor.

Ao meu pai e minha mãe por serem sempre as minhas bases, o que não seria diferente em um momento como esse. São vocês os meus maiores incentivadores nesse mundo e se hoje eu sou quem sou, devo isso a todos os esforços que fizeram por mim ao longo desses anos.

A minha pessoa nesse mundo, Maria Aparecida por nosso encontro de almas desde o início da faculdade, por ser a minha gêmea durante todo o curso ao ponto de toda a faculdade nos tratar como se fôssemos inseparáveis e quiçá a mesma pessoa. Essa trajetória e esse momento não seriam possíveis sem você, foram tantas noites perdidas em chamadas de vídeos, em meio a risadas e lágrimas de consolo, tantas viagens, para uma fazer companhia a outra nessa fase tão difícil que é a elaboração desse trabalho, ao ponto de até morarmos juntas só para uma olhar para cara da outra enquanto escrevia. Foi você que sentiu e viveu tudo ao meu lado, me apoiando e acreditando em mim até mesmo quando eu achei que não fosse possível. Eu nunca chegaria tão longe se nessa caminhada eu não tivesse você.

Aos irmãos que a vida meu deu, Lucas, Karla Juliana Carol e Iure por estarem sempre torcendo por mim e acreditando na minha vitória. Por terem tido toda paciência pelo meu sumiço ao longo desses meses e escutarem todos os meus momentos de desespero me fazendo acreditar que tudo seria possível.

A minha Gabi, o ser humano mais iluminado que eu tive o prazer de conhecer nessa vida. Por ter cedido seu lar para que eu tivesse um cantinho onde pudesse escrever da forma mais sossegada possível. Pelas palavras certas nos momentos em que mais precisei e pelos áudios de encorajamento todos os dias me lembrando do quanto eu sou capaz.

A Vick por sempre ter me recebido em sua casa de braços abertos nos momentos em que eu precisei. Por ouvir todas as minhas lamentações e inseguranças durante a elaboração desse trabalho e tentar a todo momento me acalmar e me fazer acreditar que tudo daria certo.

A minha irmã, Quel, por ser luz na minha vida e ter orado todos os dias para que eu tivesse força e determinação para conseguir concluir mais essa etapa na minha vida.

E por fim, a Matheus, meu namorado e companheiro de vida. Por ter sido tão compreensivo nesse momento ímpar. E por ser, além dos meus pais, quem mais acredita em mim. Obrigado por vivenciar meus sonhos como se fossem seus, por todo colo quando eu achei que fosse desistir e por todos os estímulos ao longo dessa trajetória.

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso tem como objetivo, a partir de uma abordagem de pesquisa de predominância qualitativa, realizada por meio de uma revisão bibliográfica e jurisprudencial, analisar a possibilidade de responsabilização civil dos pretendentes à adoção em razão da desistência imotivada, tanto durante o estágio de convivência, quanto após o trânsito em julgado da sentença que deferiu a medida. Tal pesquisa se justifica pela necessidade de reafirmar para a sociedade a importância de se zelar pela criança e adolescente, sendo este um dever não somente do Estado, mas de todos. Desse modo, busca-se compreender, em face da falta de legislação expressa, em quais casos o adotante desistente deve ser responsabilizado pelos danos morais causados ao infante, buscando suporte no abuso de direito e nos princípios da proteção integral, da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança e do adolescente, uma vez que a ruptura abrupta da relação do adotante para com o adotado pode vir a acarretar sérios problemas psicológicos, gerando até mesmo efeitos psicossomáticos na criança ou adolescente. Para isso, é realizado um breve apontamento sobre a adoção para melhor compreender a importância de tal instituto e qual o processo que deve ser perpassado para finalmente ser considerado habilitado para realizar tal ato, demonstrando-se que a todo momento os adotantes possuem acompanhamento multidisciplinar para estarem preparados para esta nova fase das suas vidas. Posteriormente, serão abordados alguns elementos básicos a respeito da responsabilidade civil para, finalmente, adentrar no tema. Assim, compreende-se que, apesar dos adotantes possuírem sim o direito à desistência durante o estágio de convivência, esse direito possui limites na medida em que fere a função principal da adoção, que é o bem-estar da criança e adolescente. Por isso, nos casos de desistência imotivada, há de se falar em responsabilização por abuso ao direito de desistir, havendo responsabilização pelos danos à personalidade sofridos pelo infante. Já quando a desistência acontece após o trânsito em julgado, fere-se diretamente o estabelecido no art. 39, §1º do ECA; em vista disso, além da responsabilização civil, pode haver, a depender do caso, o crime de abandono descrito no art. 133 do CP.

Palavras-chave: Adoção; desistência; responsabilidade civil; dano moral; abuso de direito.

ABSTRACT

This course completion work aims, from a predominantly qualitative research approach, carried out through a literature review and jurisprudence, to analyze the possibility of civil liability of applicants for adoption due to unreasonable withdrawal, both during the stage of coexistence, as after the final and unappealable decision that granted the measure. Such research is justified by the need to reaffirm to society the importance of taking care of children and adolescents, which is a duty not only of the State, but of everyone. In this way, we seek to understand, given the lack of express legislation, in which cases the withdrawing adopter must be held responsible for moral damages caused to the infant, seeking support in the abuse of rights and in the principles of full protection, of the dignity of the human person and in the best interests of the child and adolescent, since the abrupt rupture of the relationship between the adopter and the adopted person can lead to serious psychological problems, even generating psychosomatic effects on the child or adolescent. For this, a brief note is made about the adoption to better understand the importance of such an institute and what process must be passed through to finally be considered qualified to perform such act, demonstrating that at all times the adopters have multidisciplinary follow-up to be prepared for this new phase of their lives. Subsequently, some basic elements regarding civil liability will be addressed to, finally, delve into the theme. Thus, it is understood that, although adopters do have the right to withdraw during the coexistence stage, this right has limits insofar as it harms the main function of adoption, which is the well-being of children and adolescents. Therefore, in cases of unreasonable withdrawal, there is a need to speak of liability for abuse of the right to withdraw, with liability for damage to the personality suffered by the infant. When the withdrawal takes place after the final decision, the established in art. 39, §1 of the ECA; in view of this, in addition to civil liability, there may be, depending on the case, the crime of abandonment described in art. 133 of the CP.

Keywords: Adoption; giving up; civil responsibility; moral damage; abuse of rights

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	9
2	UMA FORMA DE CONSTITUIR FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO: ADOÇÃO.....	11
2.1	DO PODER FAMILIAR.....	12
2.2	DA ADOÇÃO.....	17
2.2.1	Processo de adoção no Brasil.....	20
2.2.2	Requisitos para ser considerado legítimo a adotar.....	21
2.3.2	Procedimento stricto sensu incorporado pela Lei Nacional da Adoção....	29
3	DA “DEVOLUÇÃO”	32
3.1	PRINCÍPIOS BASILARES DO INSTITUTO ADOÇÃO	32
3.1.1	Da dignidade da pessoa humana.....	33
3.1.2	Integral proteção à criança e ao adolescente.....	35
3.1.3	A isonomia e igualdade entre os filhos.....	38
3.2	IDEALIZAÇÃO DO ADOTANDO.....	39
3.3	CONSEQUÊNCIAS DA DEVOLUÇÃO PARA OS ADOTANDOS.....	43
4	A DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO E A RESPONSABILIDADE CIVIL.....	48
4.1	ENTENDENDO A RESPONSABILIDADE CIVIL: SIGNIFICADO, FUNÇÕES, ELEMENTOS, TIPOLOGIAS.....	48
4.2	CONSIDERAÇÕES INICIAIS: DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR À ADOÇÃO.....	56
4.3	A POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL NO ATO DE DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO: UMA ANÁLISE TÉCNICA, JURÍDICA E SISTEMÁTICA DA QUESTÃO.....	60
4.4	NATUREZA DOS DANOS E DA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO ADOTANTE DESISTENTE.....	62

4.5	LIMITES ENTRE O EXERCÍCIO REGULAR DO DIREITO E O ABUSO DE DIREITO.....	63
4.5.1	Desistência da adoção em momento anterior ao estágio de convivência.	65
4.5.2	Desistência da adoção quando já existe o estágio de convivência.....	65
4.5.3	Desistência da adoção quando já existe a guarda provisória.....	67
4.5.4	Desistência da adoção após o trânsito em julgado da sentença de adoção.....	70
4.6	PROJETO DE LEI N.º 1.048 DE 2020.....	71
5	CONCLUSÃO.....	75
	REFERÊNCIAS.....	79

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem a ambição de discutir a problemática envolvendo a possibilidade ou não de responsabilização civil nos casos em que há desistência do adotante no curso da adoção.

Dessa maneira, percebe-se que a temática se justifica pela necessidade de reafirmar para a sociedade a importância de se zelar pela criança e adolescente, sendo este um dever não somente do Estado, mas de todos, conforme preleciona a própria Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 226 (BRASIL, 1988). Ademais, é uma forma de elucidação do porquê de o processo de adoção ser levado a sério por todos os que o iniciam, e também um modo de defender a preservação da dignidade do menor.

Nessa linha de intelecção, a fim de buscar soluções para a problemática aqui discutida, será utilizada metodologia com predominância exploratória com nuances explicativas. O procedimento técnico metodológico utilizado aqui será o bibliográfico documental, pois é a partir da análise de obras já publicadas que se construirá o arcabouço teórico necessário para a elucidação do problema de pesquisa aqui proposto para além disso, cabe apontar que a abordagem da pesquisa terá predominância qualitativa hipotética dedutiva, em virtude da necessidade de análise e interpretação do que é proposto.

Na construção da narrativa científica, com o objetivo de desenvolver a discussão e os resultados explicitados, primeiro será apresentado um escopo sobre o conceito de família, sua evolução semântica e a importância de tal entidade (que é, ao mesmo tempo, um instituto jurídico) para o corpo social, bem como serão delineadas as possíveis “dimensões desse conceito”

Algumas considerações serão tecidas sobre o instituto do poder familiar e seu desenvolvimento histórico, perpassando pelo patriarcal conceito do pátrio poder, até a ideia atual que atribui como essência do poder familiar uma espécie de conjunto de direitos e deveres dados não somente ao pai, mas aos pais pois decorre da paternidade ou maternidade – biológica, adotiva ou social.

Em seguida, a adoção – enquanto instituto jurídico e procedimento judicial – será explorada. Nesse ínterim, pela necessidade do tema, serão abordados tanto o procedimento quanto os requisitos necessários para a legitimidade da adoção. Assim,

será demonstrada a relação do instituto jurídico “adoção” com os princípios específicos e não específicos de proteção da criança e do adolescente, consagrados pelo Estatuto da Criança e Adolescente e por outros diplomas jurídico-normativos (em especial, pela Constituição Federal de 1988).

Também será apresentado, no bojo da pesquisa, um estudo sobre a responsabilidade civil, a fim de servir de base para a discussão central. O significado terminológico e etimológico, os elementos essenciais, as funções e os tipos ou tipologias da responsabilidade civil serão abordados em tópicos específicos, a partir do diálogo estabelecido entre diversos autores que escrevem sobre o tema.

Em tópico final será desenvolvido o raciocínio de enfrentamento do problema e posterior conclusão, apontando que a desistência da adoção é capaz de gerar danos à criança ou ao adolescente envolvido no processo de adoção, em especial, danos a direitos da personalidade.

2 UMA FORMA DE CONSTITUIR FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO: ADOÇÃO

A família é um instituto que sofreu inúmeras mudanças até chegar ao conceito multifacetado atual, devido à necessidade de adaptação do direito às demandas sociais. Hoje, o conceito de família é muito mais amplo do que já foi outrora, mas, apesar de todas as mutações, uma coisa não mudou: a sua importância na vida de todo cidadão. De acordo com o art. 226 da CF/88, a sociedade possui sua origem no seio familiar, em que cada família é uma célula que compõe o que chamamos de comunidade, sendo ela política, social ou estatal (BRASIL, 1988). Desse modo, pode-se afirmar que a família é a base para a existência de qualquer sociedade e, por esse motivo, merece integral proteção estatal.

Para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2015), a Constituição Federal foi extremamente inovadora quando ampliou o conceito do instituto família, a fim de abarcar outros modelos além do conceito clássico. Assim, passaram a ser consideradas famílias as relações geradas não somente do casamento, sendo o conceito estendido à união estável e àquela oriunda do vínculo monoparental. O Estatuto da Criança e do Adolescente, influenciado pela Constituição Federal, incorporou em seu texto diferentes modelos de núcleos familiares, todos influenciados pelo pluralismo familiar (BRASIL, 1990).

O conceito de “família” é amplo, podendo ser definido através de vários vieses, tais como o sociológico, o costumeiro, o cultural, dentre outros. Rolf Madeleno (2018) discorre acerca da família em sentido amplo como um conjunto de pessoas que possuem, em virtude do vínculo consanguíneo, uma ligação, bem como aquelas ligadas por afinidade ou adoção, abrangendo, assim, os cônjuges ou companheiros, os parentes e os afins; já que, no sentido restrito, a família é definida como aquela formada pelo vínculo consanguíneo em linha reta e pelos colaterais até 4º grau, ou seja, unicamente os cônjuges e a prole. Ademais, é imprescindível citar que a família nos tempos atuais é aquela originada pelo afeto.

Já na concepção de Patrícia Jakeliny F. S. Moraes e Vicente de Paula Faleiros (2015, p. 35), a família “é como todo o grupo de pessoas com laços de consanguinidade e/ou de aliança e/ou de afinidade, cujos vínculos circunscrevem obrigações recíprocas, organizadas em torno de relações de geração e de gênero”.

Nesse sentido, Sérgio Resende de Barros, em seu artigo, *A Ideologia do Afeto*, leciona que,

o afeto é que conjuga. Apesar da ideologia da família parental de origem patriarcal pensar o contrário, o fato é que não é requisito indispensável para haver família que haja homem e mulher, nem pai e mãe. Há famílias só de homens ou só de mulheres, como também sem pai ou mãe. Ideologicamente, a atual Constituição brasileira, mesmo superando o patriarcalismo, ainda exige o parentalismo: o biparentalismo ou o monoparentalismo. Porém, no mundo dos fatos, uma entidade familiar forma-se por um afeto tal – tão forte e estreito, tão nítido e persistente – que hoje independe do sexo e até das relações sexuais, ainda que na origem histórica não tenha sido assim. Ao mundo atual, tão absurdo é negar que, mortos os pais, continua existindo entre os irmãos o afeto que define a família, quão absurdo seria exigir a prática de relações sexuais como condição *sine qua non* para existir a família. Portanto, é preciso corrigir ou, dizendo com eufemismo, atualizar o texto da Constituição brasileira vigente, começando por excluir do conceito de entidade familiar o parentalismo: a exigência de existir um dos pais. (BARROS, 2002, p. 9)

Nesse diapasão, quanto mais a sociedade evolui, mais o conceito de família se modifica e se amplia. Antes, família era somente uma questão de consanguinidade, ou seja, era composta pelo pai, a mãe e os filhos, mas, atualmente esse conceito se expandiu, já que família é a união de pessoas ligadas pelo afeto, podendo ter ou não parentesco, pois família é baseada em amor, respeito, reciprocidade, dentre outros adjetivos que fazem a convivência saudável no âmbito familiar.

2.1 DO PODER FAMILIAR

O Poder Familiar, anteriormente chamado de “pátrio poder”, trazia a ideia de patriarcalismo, do pai como centro familiar. Tal nomenclatura remete ao direito romano *pater potestas*, que era tido como o poder ilimitado e absoluto que detinha o chefe da família sobre seus filhos (ARRAES, 2019).

Assim, segundo Venosa (2017), este rigor excessivo que o pai exercia em relação aos seus descendentes era justificado na época, pois tinha como embasamento a religião. Entretanto, com o passar dos anos e com a evolução das relações familiares, a nomenclatura “pátrio poder” já não fazia jus ao que se tornou o direito/dever dos pais frente aos filhos, passando a ser denominado então como o poder familiar.

Atualmente, o poder familiar caracteriza-se como um conjunto de deveres inerentes aos pais e delegado pelo Estado, tanto em relação aos filhos menores de idade enquanto sujeitos de direito, quanto aos bens patrimoniais que lhes pertencem.

Tal delegação tem como intuito assegurar que os filhos possuam um bom desenvolvimento até se tornarem capazes de se proverem sozinhos. Ademais, em regra, o poder familiar não pode ser alienado, renunciado ou substabelecido. Desse modo, “qualquer convenção, em que o pai ou mãe abdicuem desse poder, será nula, salvo o caso elencado no artigo 166 do Estatuto da Criança e do Adolescente” (GONÇALVES, 2019, p. 415).

O único caso de exceção é a instituída pelo art. 166¹ do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990), em que se permite que os pais “abram mão” do poder familiar, a fim de colocar o menor em uma família substituta, havendo, assim, uma transferência da titularidade deste poder para que o menor ingresse em uma nova família (GONÇALVES, 2019).

É importante mencionar que, anteriormente, existia a ideia de que a mulher detinha o pátrio poder apenas como substituta do marido, o que foi trazido pela Lei n.º 4.121/62, o Estatuto da Mulher Casada (BRASIL, 1962). Entretanto, a partir da Constituição Federal de 1988, especificamente em seu artigo 226, §5º, juntamente com o artigo 21 do ECA, passou a ser definido que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal devem ser exercidos igualmente, tanto pelo homem, quanto pela mulher. Ademais, importante mencionar que, nos dias atuais, o poder familiar decorre não do casamento, mas da paternidade (ou maternidade), bem como da adoção (VENOSA, 2017).

Frente a esse poder-dever, o Estado atua como fiscalizador, averiguando se os genitores estão de fato cumprindo a sua obrigação frente ao papel de pais (DINIZ, 2010, p. 565), pois é de seu interesse assegurar a proteção das gerações novas, as quais representam o futuro da sociedade (GONÇALVES, 2011). Destarte, pode-se afirmar que o poder familiar é tido como um conjunto de obrigações e direitos dos pais, não para que possuam um papel hierárquico frente aos filhos, mas como uma forma de garantir que os direitos da criança, ainda indefesa e em fase de desenvolvimento, sejam protegidos e exercidos. Assim, os pais são uma espécie de “guardiões” da criança e adolescente, em seu aspecto físico, material e psíquico.

¹ “Art. 166: Se os pais forem falecidos, tiverem sido destituídos ou suspensos do poder familiar, ou houverem aderido expressamente ao pedido de colocação em família substituta, este poderá ser formulado diretamente em cartório, em petição assinada pelos próprios requerentes, dispensada a assistência de advogado (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009)” (BRASIL, 1990).

O poder familiar, atribuído pelo Estado aos pais, deve sempre ser exercido visando à efetivação do princípio constitucional de proteção integral da criança e do adolescente. Assim, em decorrência do grau de relevância que esse poder/dever possui, o legislador ordinário criou consequências jurídicas para os pais que não o exercem da forma correta. Dentre as sanções, é imprescindível destacar a perda do poder familiar, uma medida judicial gravíssima, considerando que é por meio dessa que os pais são proibidos de exercerem tal poder (RIZZARDO, 2019, p. 962).

Na destituição, a sanção aplicada aos pais tem caráter permanente tendo em vista o descumprimento por parte desses com os deveres que lhes são inerentes. O art. 1.638 do Código Civil traz as hipóteses da destituição do poder familiar:

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:
I - castigar imoderadamente o filho;
II - deixar o filho em abandono;
III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;
IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.
V - entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção.
(BRASIL, 2002).

O inciso I do artigo 1.638 do Código Civil de 2002, como elucidado acima, traz como um dos preceitos para a destituição do poder familiar o castigo imoderado dos pais para com o filho. Isso não significa dizer que os pais não podem punir os seus filhos – eles podem, entretanto, não de maneira imoderada ou excessiva, pois estariam ultrapassando os limites educacionais e, ao invés de educá-los, passariam a trazer consequências físicas e/ou psicológicas para os menores.

É importante destacar que, no ano de 2014, em 26 de junho, foi instituída a Lei n.º 13.010 (BRASIL, 2014), que implementou ao Estatuto da Criança e do Adolescente o artigo 18-A, que dispõe ser direito da criança possuir uma educação sem a utilização do castigo físico ou qualquer outro meio cruel e violento (ORLANDINI, 2018, p. 32). A violência não afeta somente o externo da criança, mas o tratamento cruel também gera também feridas psicológicas suscetíveis a desencadear problemas psíquicos no futuro.

Já o inciso II caracteriza-se pela ausência prolongada daqueles que detêm a paternidade e o dever de cuidar da criança ou adolescente, sendo definido pelo abandono físico, moral, afetivo e até mesmo intelectual (ORLANDINI, 2018). Tal ato, além de caracterizar uma violação direta ao direito à convivência comunitária e

familiar, enquadra-se ainda no denominado pelo Código Penal, em seu art. 244² (BRASIL, 1940), “como crime de abandono” (GONÇALVES, 2018, p. 206).

Já no que se refere à sanção decorrente de atos que vão de encontro à moral e aos bons costumes, busca-se evitar que as atitudes impróprias dos pais sirvam de exemplo para os filhos, vindo a prejudicar a formação da criança, dado que é na infância que se constrói a personalidade do indivíduo. Segundo Rizzardo (2019, p. 965), “no lar, eles adquirem os princípios que nortearão seu futuro, como a dignidade pessoal, a honestidade, a correção da conduta, o respeito pelo semelhante”.

O inciso IV faz referência às faltas elencadas no artigo 1.637 do CC, as quais geram a suspensão do poder familiar, sendo elas: o abuso de autoridade por parte dos pais, o não cumprimento dos deveres instituídos aos detentores do poder familiar, a ruína dos bens dos filhos e, por fim, a condenação criminal irrecorrível, com pena de prisão superior a dois anos (BRASIL, 2002).

O último inciso do artigo 1.638 do CC foi incluído pela lei n.º 13.509 (BRASIL, 2017), qual seja a perda do poder familiar, nesse caso, decorre da entrega do filho para a adoção, mas de forma irregular, ou seja, sem seguir os ditames legais descritos pela lei n.º 8.069/1990 (BRASIL, 1990). Este ato, apesar de ilícito, se tornou tão recorrente no Brasil, que ganhou o nome popular de adoção à brasileira. Essa nomenclatura coloquial faz referência ao jeitinho brasileiro de conseguir as coisas, é a prova de que, atualmente, “a simples obediência como princípio de disciplina parece uma fórmula caduca e impraticável” (BUARQUE, 1995, p. 39).

O correto, quando os pais querem entregar o filho para adoção, é estes se dirigirem ao Juizado da Infância e da Juventude mais perto, a fim de expor a sua vontade de colocar o filho para ser acolhido por uma nova família, assim, a criança será incluída na lista de espera para ser adotada. Este é o gatilho para se iniciar o

² “Art. 244. Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo: (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003)

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País. (Redação dada pela Lei nº 5.478, de 1968)

Parágrafo único - Nas mesmas penas incide quem, sendo solvente, frustra ou ilide, de qualquer modo, inclusive por abandono injustificado de emprego ou função, o pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada. (Incluído pela Lei nº 5.478, de 1968)” (BRASIL, 1940).

processo que gerará a destituição do poder familiar juntamente com o processo de adoção, quando uma família substituta receberá a criança para que cuide e zele dessa (RIZZARDO, 2019, p. 966).

A lei n.º 13.715 de 2018 acrescentou o parágrafo único no artigo 1.638 do CC, trazendo mais situações que, quando exercidas, acarretam a perda do poder familiar por meio de ato judicial. Veja-se:

Artigo 1.638 Parágrafo único. Perderá também por ato judicial o poder familiar aquele que: (Incluído pela Lei n.º 13.715, de 2018)
 I – praticar contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar: (Incluído pela Lei n.º 13.715, de 2018)
 a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher; (Incluído pela Lei n.º 13.715, de 2018)
 b) estupro ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão; (Incluído pela Lei n.º 13.715, de 2018)
 II – praticar contra filho, filha ou outro descendente: (Incluído pela Lei n.º 13.715, de 2018)
 a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher; (Incluído pela Lei n.º 13.715, de 2018)
 b) estupro, estupro de vulnerável ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão. (Incluído pela Lei n.º 13.715, de 2018). (BRASIL, 2018).

O artigo 23, da Lei n.º 8.069 de 1990, §2º, aumentou as hipóteses de perda do poder familiar, afirmando que ocorre sua destituição quando houver condenação criminal do pai ou mãe oriunda de crime doloso contra aquele que é titular do mesmo poder familiar, ou ainda, contra filho ou outro descendente (BRASIL, 1990). Em concordância com tal texto legal apresenta-se o artigo 92 inciso II³, do Código Penal (BRASIL, 1940). Nele, a legislação criminal traz expressamente uma pena acessória para os casos em que houver condenação de crimes que se enquadrem nos moldes anteriormente expostos, à título de exemplo, pode-se citar as situações em que “o pai estupe a própria filha, ou corrompa os filhos, ou instigue-os a praticarem crimes, como os de furto ou receptação” (RIZZARDO, 2019, p. 967). Desse modo, a condenação em si já acarreta a decretação da incapacidade para o exercício do poder familiar.

³ “Art. 92 - São também efeitos da condenação: (Redação dada pela Lei n.º 7.209, de 11.7.1984) II – a incapacidade para o exercício do poder familiar, da tutela ou da curatela nos crimes dolosos sujeitos à pena de reclusão cometidos contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar, contra filho, filha ou outro descendente ou contra tutelado ou curatelado; (Redação dada pela Lei n.º 13.715, de 2018” (BRASIL, 1940).

Ainda segundo Rizzardo (2019) é imprescindível ressaltar que os casos de perda do poder familiar anteriormente citados, mesmo que referentes a um só filho, estendem-se aos demais. Isso ocorre, pois o pai ou mãe que não está apto para cuidar de um dos filhos não possui condições de dar uma vida digna e de acordo com os ditames legais a nenhum outro filho. Essa situação não se aplica aos casos em que o filho não possui o mesmo pai ou mãe – salvo nas hipóteses em que a destituição do poder familiar envolver situações que por si só são a prova de que aquele indivíduo influenciaria de maneira negativa a vida e desenvolvimento de qualquer um dos seus filhos.

A intenção do legislador ao destituir o poder familiar dos pais é proteger as crianças e adolescentes de atos que são considerados nocivos ao seu desenvolvimento e que, provavelmente, acarretarão danos psicológicos e emocionais. Além disso, visa a garantir princípios como a dignidade da pessoa humana e a proteção integral e do melhor interesse da Criança e do Adolescente, respaldados tanto na Constituição Federal de 1988 como no ECA.

Desse modo, segundo o artigo 101 da Lei n.º 12.010, as crianças e adolescentes retirados do seu seio familiar por meio da destituição do poder familiar ou aqueles que são indesejados pelos seus genitores e abandonados são levados a lares de acolhimento institucional, onde são inseridos no Cadastro Nacional de adoção para que sejam novamente incluídos em um ambiente familiar (BRASIL, 2009). Entende-se que toda criança deve possuir uma família, a qual, como já demonstrado anteriormente, é imprescindível na formação e desenvolvimento do menor.

Assim, apesar de o Estatuto da Criança e do Adolescente priorizar o lar de origem do menor, está claro que existem situações em que a reinserção do filho neste local não é mais possível. Sendo, nesses casos, mais viável que a criança seja recolocada em uma nova família, dotada de amor e afeto, constituindo um ambiente mais propício a sua desenvoltura. Nesse sentido, faz-se importante destacar que a adoção gera a destituição do poder familiar originário, o qual ocorre em um único momento processual (MENDES; ROCHA, 2018).

2.2 DA ADOÇÃO

A adoção é um instituto amplamente regulamentado pelo sistema normativo brasileiro. Para melhor compreender se há ou não a possibilidade de ensejo de

responsabilidade civil aos adotantes, após transcorrido o estágio de convivência, faz-se imprescindível uma explanação acerca do procedimento e peculiaridades que envolvem esse instituto. A adoção *strictu senso*⁴ conceitua-se, de acordo com o que leciona Maria Helena Diniz (2010) como um ato jurídico solene, de modo que se desenvolve a partir de uma ação de vontade proveniente do adotante. O que, segundo Maria Berenice Dias (2015), faz com que seja constituído um parentesco eletivo que acarreta um vínculo por opção.

A solenidade desse ato está demonstrada no fato de que, para que a adoção ocorra e seja considerada válida, é necessário seguir um rito pré-estabelecido em lei (GONÇALVES, 2012). Assim, ainda que tal instituto necessite, como demonstrado acima, da vontade como seu percussor, é preciso que algumas formalidades sejam seguidas, as quais serão explanadas ao longo do capítulo.

Ainda acerca do tema, Maria Helena Diniz define que a adoção ocorre quando:

Observado os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo de fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que geralmente lhe é estranha. (DINIZ, 2010, p. 522)

Assim, a partir do exposto acima, entende-se que é por meio da adoção que a criança ou adolescente, mesmo não possuindo vínculo de consanguinidade⁵ ou de afinidade⁶ com o adotante, passa, aos olhos da lei, a ter os mesmos direitos que um filho concebido de forma biológica. Isso é o que preconiza o princípio da igualdade entre os filhos disposto no artigo 227 § 6 da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Assim, segundo Paulo Lobo (2015, p. 272), “desde o advento da Constituição Federal de 1988, não cabe mais falar em filho adotivo, mas em filho por adoção, sendo proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Em relação ao conceito de adoção, Laís Cornélio traz que:

Para o nosso ordenamento jurídico, adotar significa acolher, mediante processo legal e por vontade própria, como filho legítimo, uma pessoa desamparada pelos pais biológicos. [...] Adotar possui uma significância que vai além do que foi acima conceituado, adotar possui o significado do valor

⁴ Atos jurídicos lícitos que não sejam negócios jurídicos.

⁵ Ocorre quando as pessoas possuem em sua árvore genealógica ao menos um ancestral comum, fazendo com que elas sejam ligadas pelo gene (NEVES, 2011, p. 20).

⁶ Segundo o art. 1.595 do Código Civil de 2002, é quando as pessoas se tornam ligadas a outras por meio do vínculo matrimonial, ou seja, ao se casar o indivíduo se torna parente dos consanguíneos do seu cônjuge, tal parentesco ocorre tanto em linha reta, quanto colateral.

que representa na vida dos indivíduos envolvidos: pais e filhos. (CORNÉLIO, 2010, p. 01)

Assim, pode-se afirmar que este instituto é uma forma de garantir uma família àqueles que por desventura não a têm, ou não podem estar com ela devido ao risco que isso acarretaria ao seu próprio desenvolvimento, saúde ou até mesmo integridade física. Desse modo, passa a existir um laço de parentesco de primeiro grau em linha reta entre o adotante e adotado, o qual é irrevogável (DINIZ, 2010).

A adoção é uma ficção jurídica, embora possa ser dito que as sociedades sempre apresentaram a cultura do auxílio, que se revelava em uma forma primitiva, muitas vezes ao amparar crianças e adolescentes vulneráveis, atribuindo direitos similares aos filhos adotado e o biológico. De igual forma, pode-se dizer que eram impostos deveres aos adotantes.

Ou seja, ocorreu regulamentação, mais elaborada, de direitos que permitem a criança e ao adolescente se desenvolverem de forma digna e saudável. Portanto, os infantes que antes se encontravam em acolhimento institucional, munidos do sentimento de não pertencimento àquele lugar, passaram a ter esperança de um dia serem adotados e participarem de uma família.

Ademais, conforme leciona Fabio Ulhoa Coelho (2012), quando o novo vínculo de filiação é estabelecido, nem mesmo a morte dos adotantes tem o condão de reestabelecer o vínculo de filiação biológico. Assim, uma vez desfeito não pode ser restituído. Entretanto, há o vínculo para efeitos de impedimento matrimonial, o único que permanece entre o adotado e sua família biológica após a adoção. Dessa forma, não é possível casamento entre irmãos ou genitores de sangue ainda que o adotando, aos olhos da lei, não pertença mais à família biológica.

De acordo com o ECA (art. 25), a colocação da criança ou adolescente em família substituta é uma ação excepcional, devendo ser realizada sempre em última *ratio* (BRASIL, 1990). Por esse motivo, inicialmente, deve sempre buscar manter ao máximo o infante no seio da sua família biológica, sendo essa a opção mais favorável à criança em relação ao seu desenvolvimento psíquico. Contudo, sabe-se que, muitas vezes, tal manutenção não se faz possível. Nesses casos, busca-se a família extensa, ou seja, aquela formada por parentes próximos. Somente nas hipóteses em que ambas as situações forem frustradas é que a adoção passa a ser uma opção.

A adoção, conforme já anteriormente exposto, causa uma mudança substancial na vida tanto do infante, quanto de todo o novo ciclo familiar, trazendo inovações e obstáculos. Devido a isso, deve ser sempre voltada para que o adotando possua uma boa qualidade de vida, de forma a suprir as adversidades da melhor maneira possível. Ocorre que qualidade de vida não é sinônimo de mudança quantitativa, dessa forma, para adotar não se faz necessário que haja um acréscimo patrimonial ou econômico, basta que o novo aparato familiar seja considerado suficiente para se justificar a mudança.

Ademais, de acordo com Carlos Roberto Gonçalves (2019), o art. 1º, §1º, da Lei n.º 12.010 de 2009 é a efetivação do estabelecido no art. 226⁷ caput da Constituição Federal, na medida em que, antes de se iniciar o processo de adoção, é necessário que seja demonstrada, por decisão judicial fundamentada, a impossibilidade da criança ou adolescente permanecer com a família natural. Assim, entende-se que toda decisão envolvendo crianças e adolescentes no âmbito familiar deve ser voltada “à orientação, apoio e promoção social” da família de origem.

Segundo o artigo 41, *caput*, do Estatuto da Criança ou do Adolescente - ECA, adoção é o meio pelo qual é atribuída a condição de filho ao adotando, sendo um ato personalíssimo⁸ e exclusivo do adotante. Para Arnaldo Rizzardo (2019), não pode estar tal ato subordinado a qualquer encargo ou ser realizado a termo.

Acrescenta-se que a adoção deixou de ser um ato pautado em encontrar uma criança para compor a família dos adotantes e passou, na atualidade, a ser visto como um instituto que possui como foco principal o infante. Assim, “a adoção significa muito mais a busca de uma família para uma criança” (DIAS, 2015, p. 482), ou seja, é uma forma de garantir a efetivação dos direitos das crianças e adolescentes que por infortúnio do acaso não puderam ter sua família biológica como seu lar.

2.2.1 Processo de adoção no Brasil

Este item possui o intuito de demonstrar, com base na legislação vigente, como se permeia o processo de adoção no Brasil. Busca-se esclarecer passo a passo as premissas necessárias para a efetivação desse instituto, bem como demonstrar quais

⁷ “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. (BRASIL, 1988)

⁸ “Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”. (BRASIL, 2002)

são os requisitos essenciais para que determinado indivíduo possa ser considerado legítimo para adotar.

Antes de iniciar o tema, faz-se de extrema necessidade diferenciar o acolhimento familiar da colocação em família adotiva, mesmo que ambas ofereçam proteção integral em ambiente familiar e comunitário. No primeiro, a transferência dos poderes e direitos em relação a criança ou adolescente da família de origem para outro indivíduo ocorre somente por período temporário. Assim, são preservadas a identidade e o vínculo da criança ou adolescente com a família biológica, não havendo a transferência do poder familiar. Já na adoção, a transferência dos direitos e deveres parentais é irrevogável. Desse modo, passa a ocorrer uma transferência dos direitos e obrigações em face da criança ou adolescente a ser adotado, o qual assume a condição de filho.

2.2.2 Requisitos para ser considerado legítimo a adotar

Anteriormente, a adoção era regida pelo Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002) juntamente com os artigos 39 a 52 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei n.º 8.069 de 1990 (BRASIL, 1990). Entretanto, em 2009 foi instaurada a Lei n.º 12.010, denominada Lei Nacional da Adoção, a qual revogou os dispositivos do Código Civil que tratavam sobre o tema (BRASIL, 2009), permanecendo apenas os artigos 1.618 e 1.619 do referido código (TARTUCE, 2016). Além disso, o ECA veio a sofrer alterações tanto por parte da Lei nacional da Adoção, quanto por meio da Lei n.º 13.509 de 2017, a qual, como dito no próprio corpo do seu texto, abarca a proteção integral da criança e do adolescente (MADALENO, 2018).

De fato, as modificações citadas acima foram uma grande mudança no tratamento legal da adoção. As alterações ocorridas foram realizadas com o intuito de dar ao processo uma maior celeridade. Tal acontecimento enseja o questionamento se de fato uma maior rapidez no processo de adoção seria algo benéfico ao adotando ou se, em contrapartida, aumentaria o risco de devolução das crianças e adolescentes. Afinal, todas as etapas do processo de adoção foram pensadas de uma forma a garantir a proteção da criança e do adolescente, buscando a todo momento reafirmar aos adotantes a importância que a ação de adotar terá na vida de outro indivíduo, o qual está ainda em processo de formação e desenvolvimento.

Nesse sentido, entende-se que não seria possível realizar uma fiscalização adequada sem as devidas etapas do procedimento de adoção, destacando, em especial, as etapas da entrevista e de acompanhamento do estágio de convivência. Por esse motivo, a aceleração do processo de adoção de forma a suprimir qualquer etapa poderia erroneamente causar uma maior celeridade no processo a custo de ter alguma de suas fases negligenciadas. Isso possibilitaria a habilitação de indivíduos despreparados ou até mesmo inaptos, o que, conseqüentemente, geraria uma futura devolução do adotado (GALDINO, 2017).

Desse modo, é possível compreender a importância presente em cada etapa do processo de adoção. Em que cada procedimento possui um tempo necessário para que seja possível a obtenção de informações que servirão como forma de se verificar a real intenção do adotante, bem como instruí-lo sobre o que de fato é a adoção, explanando as possíveis mudanças que tal instituto pode acarretar e realizando aconselhamento sobre como superar certas dificuldades no convívio inicial com a criança ou adolescente adotado. Portanto, pode-se afirmar que cada fase tem como intuito atenuar as chances de um adotando ser devolvido para a instituição de acolhimento (GALDINO, 2017). Assim, segundo Hélio Ferraz de Oliveira (2020), a demora da qual tantos se queixam é necessária para o amadurecimento da adoção como um todo.

Em contrapartida, almejar a celeridade processual nem sempre é algo maléfico, uma vez que foi buscando uma maior celeridade que a Resolução 54/2008 do CNJ criou uma ferramenta capaz de revolucionar o cenário da adoção, o denominado Cadastro Nacional da Adoção – CNA. Este é um banco de dados, presente nos servidores do CNJ, que reúne informações de todas as Varas da Infância e da Juventude em âmbito nacional, tanto daqueles pretendentes que buscam adotar uma criança ou adolescente, quanto dos próprios infantes que estão disponíveis para a adoção. Sendo, também, um mecanismo auxiliar dos juizes na condução de procedimentos relacionados ao processo de adoção (BRASIL, 2019).

Como uma forma de complementação do CNA, surgiu em 27 de outubro de 2009, por meio da Resolução n.º 93 do CNJ, o Cadastro Nacional de Crianças Acolhidas – CNCA, que tem como finalidade realizar a concentração de informações a respeito de todas as crianças ou adolescentes em regime de acolhimento do país, permitindo que sejam informadas com exatidão as condições de atendimento desses

infantes e a quantificação de quantos infantes se encontram inseridos nessas instituições. Como uma forma de aperfeiçoamento dos bancos de dados utilizados no trâmite burocrático que é o processo de adoção, foi que surgiu, em 2019, o Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento – SNA.

O SNA, implantado pela Resolução do CNJ n.º 289, é uma ferramenta que reúne o Cadastro Nacional de Adoção – CNA, juntamente com o Cadastro Nacional de Crianças Acolhidas – CNCA, “permitindo que a guia de acolhimento ou desligamento seja expedida a partir do mesmo sistema, por meio de um único cadastro” (BRASIL, 2020). Assim, pode-se afirmar que tal sistema é o aprimoramento dos cadastros anteriores, que visa a realizar o controle dos infantes que integram os serviços de acolhimento, tanto por meio da adoção, quanto por reintegrações familiares.

Dessa forma, o gerenciamento desse sistema passa a ser mais detalhado em relação aos dados contidos na plataforma, permitindo uma melhor visualização das crianças e adolescentes institucionalizados. Além do mais, o novo sistema de cadastro possui “inédito sistema de alertas, com o qual os juízes e as corregedorias podem acompanhar todos os prazos referentes às crianças e adolescentes acolhidos e em processo de adoção, bem como de pretendentes” (BRASIL, 2021). Com isso, foi possível ter um maior controle dos infantes institucionalizados, gerando um acompanhamento minucioso do ingresso do infante no sistema até a sua saída.

Para que se possa iniciar o processo de adoção e fazer parte do sistema mencionado acima, é imprescindível que se cumpram determinados requisitos: tanto o adotante, quanto o adotando. Desse modo, faz-se necessário, antes de falar sobre o processo de adoção em sentido estrito e o seu procedimento, citar quais são os requisitos pré-estabelecidos pela legislação brasileira para se ingressar na adoção.

Antes de adentrar nos pressupostos da adoção, é importante frisar que estes precisam ser preenchidos de forma cumulativa. Desse modo, como estabelece o artigo 29 do ECA, não há de se falar em colocação de uma criança ou adolescente em uma família substituta, sem que esta seja compatível com o próprio sistema da adoção (BRASIL, 1990). Por isso, a simples vontade de adotar não torna um indivíduo qualificado para o ato, bem como a possibilidade do não preenchimento dos requisitos elencados abaixo, ou até mesmo a incompatibilidade da nova família com a essência do que é a adoção, qual seja, um meio de constituir um lar saudável efetivando os

direitos das crianças ou adolescentes, faz com que, segundo artigo 50, §2º, da referida lei, ocasione o não deferimento da inscrição daquele que almeja adotar.

A compatibilidade do adotante com a adoção é um requisito de extrema importância, pois busca efetivar o direito da criança e do adolescente de ser criado e educado em um ambiente livre da presença de dependentes de substâncias entorpecentes, bem como de não ser criada por aqueles que possuam histórico de maus tratos ou de abuso sexual, “a fim de garantir a dignidade e integridade física e moral daquele que está sendo adotado” (FEREIRA, 2013, p. 879). Frente a isso é que passou a ser uma exigência a apresentação da certidão de antecedentes criminais para que se possa dar início ao processo de habilitação da adoção, vide o art. 197-A⁹ do ECA. (BRASIL 1990)

Segundo Luiz Antônio Miguel Ferreira (2013, p. 879), a análise da compatibilidade do indivíduo com o instituto da adoção vai além da questão penal e deve ser realizada pela equipe técnica da Justiça da Infância e Juventude, desde o início do processo adotivo até o período em que de fato é concedida a adoção.

Dentre os requisitos, conforme o artigo 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente, destaca-se o fato de que, para um indivíduo ser considerado legítimo para adotar, é necessário que este possua capacidade absoluta para realizar atos da vida civil adquirida devido à maioridade, ou seja, maiores de dezoito anos (BRASIL, 1990). Mesmo nos casos de adoção em conjunta, é imprescindível que ambos os adotantes preencham o requisito mínimo da maioridade. Assim, caso a adoção aconteça e apenas um dos adotantes seja maior de dezoito anos, este ato será considerado nulo¹⁰ de pleno direito: não possuirá efeitos no âmbito jurídico e será como se os atos realizados nunca tivessem ocorrido (GONÇALVES, 2013, p.401)

A partir do exposto acima, é importante denotar que as situações que concedem a um menor de dezoito anos a capacidade civil, como a emancipação ou o casamento,

⁹ “Art. 197-A. Os postulantes à adoção, domiciliados no Brasil, apresentarão petição inicial na qual conste; I - qualificação completa; II - dados familiares; III - cópias autenticadas de certidão de nascimento ou casamento, ou declaração relativa ao período de união estável; IV - cópias da cédula de identidade e inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas; V - comprovante de renda e domicílio; VI - atestados de sanidade física e mental ;VII - certidão de antecedentes criminais; VIII - certidão negativa de distribuição cível”. (BRASIL,1990)

¹⁰ É uma forma de sanção imposta pela lei, ocorre nas hipóteses em que mesmo o ordenamento jurídico impondo requisitos essenciais que devem ser cumpridos para que determinado ato ou negócio jurídico seja considerado válido, estes não são seguidos, o que torna determinado ação inválida desde o início (GONÇALVES, 2012, p. 456).

não autorizam a adoção, uma vez que o legislador foi claro ao estabelecer, no artigo 42 do ECA, que o indivíduo só pode adotar quando for maior de dezoito anos. Assim, independe de possuir ou não capacidade civil, pois o marco inicial para que se tenha legitimidade para realizar o ato de adotar é a maioridade.

Por conseguinte, para que a criança ou adolescente seja posta em família substituta, nos casos em que a família natural ainda possua a detenção do poder familiar, é necessária a permissão de ambos os pais. Entretanto, tal consentimento pode ser revogado durante o curso do processo até a data da publicação da sentença constitutiva. Contudo, segundo Maria Berenice Dias (2015, p. 486), “a recusa de um dos genitores precisa ser justificada”, ou seja, ao impor a negativa frente a colocação da criança ou adolescente em família substituta, é preciso que seja explicado e motivado qual foi o porquê do pai ou mãe biológicos não concordarem com a adoção. Ainda segundo a autora, não há de se falar em exigência do consentimento dos pais naturais do infante nos casos em que o adotando já esteja convivendo com os adotantes, bem como nas hipóteses em que já exista um vínculo de filiação adotiva entre o infante e a nova família.

Outrossim, tratando-se da realização de adoção em que o adotando possua idade superior a 12 anos completos, é necessário que, de antemão, seja realizada uma audiência com a participação do Ministério Público, para que a concordância da criança ou adolescente seja colhida por autoridade competente. Segundo o artigo 28, §2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, a não anuência do infante, neste caso, consiste em causa para a improcedência da ação (BRASIL, 1990). Ressalvando que os pais naturais, nos casos de não ocorrência da destituição do poder familiar, também devem consentir. Entretanto, no caso de não consentimento, esse não acarreta a improcedência da ação.

Apesar de não ser obrigatório, como no caso acima, de acordo com o artigo 28, §1º, do ECA, a criança menor de 12 anos também deve ser ouvida para compreender se ela se sente confortável em ser colocada em determinada família substituta (BRASIL, 1990). Levando em consideração, a todo momento, o seu grau de compreensão e desenvolvimento, devendo a sua opinião ser considerada quanto a tomada de decisão a respeito da medida adotiva. De acordo com Luiz Antônio Miguel Ferreira (2013), em se tratando de pré-adolescente é conveniente que a oitiva também ocorra pelo juiz responsável pelo processo de adoção.

Ademais, segundo a adoção em conjunta, o requisito essencial para a sua efetivação é que os adotantes sejam casados civilmente ou possuam união estável¹¹, e, em ambas situações, é necessário a prova da estabilidade da família, pois a ideia da adoção é, justamente, inserir o infante em um meio que irá garantir a sua desenvoltura da melhor forma possível. Para isso, é necessário que o novo lar seja estruturado e com uma boa relação entre os pais, uma vez que estes serão o exemplo a ser seguido pelo adotando, vide ECA art. 42, §, 2^o¹² (BRASIL, 1990).

Existe, ainda, segundo o artigo 165 do ECA, a possibilidade de pessoa casada ou que vive em união estável adotar, não precisando necessariamente que seja uma adoção em conjunta (BRASIL, 1990). Isto ocorre pelo fato de a lei não possuir previsão expressa afirmando que é proibida a adoção realizada por apenas uma das partes do casal. Entende-se que para que a colocação da criança ou adolescente em família substituta possa ocorrer, basta a concordância do cônjuge ou companheiro (DIAS, 2015).

Por incompatibilidade com o instituto adoção, segundo o artigo 42, § 1^o, do ECA, não é possível que ocorra a adoção entre irmãos, bem como a adoção realizada pelo ascendente do adotando, uma vez que, na hipótese de serem irmãos, a ocorrência da adoção confundiria a relação de parentesco, pois o adotando seria irmão e filho do adotante ao mesmo tempo (BRASIL, 1990). Já em relação à adoção por meio dos ascendentes como, por exemplo, os avós, apesar da negativa em relação à adoção, existe a possibilidade de serem guardiões ou tutores do neto.

¹¹ É reconhecida pela Constituição Federal como entidade familiar, sendo um regime que impõe direitos e deveres semelhantes ao casamento. Para que ocorra, é necessária uma relação entre duas pessoas que seja: duradoura, pública e com o intuito de constituir família (GONÇALVES, 2012, p. 151).

¹² “Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil. § 1^o Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando. § 2^o Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família § 3^o O adotante há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho do que o adotando. § 4^o Os divorciados, os judicialmente separados e os ex-companheiros podem adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância do período de convivência e que seja comprovada a existência de vínculos de afinidade e afetividade com aquele não detentor da guarda, que justifiquem a excepcionalidade da concessão. § 5^o Nos casos do § 4^o deste artigo, desde que demonstrado efetivo benefício ao adotando, será assegurada a guarda compartilhada, conforme previsto no art. 1.584 da Lei n^o 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil. § 6^o A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença”. (BRASIL, 1990)

Dessa forma, pode-se afirmar que o artigo 42, §1º, do ECA, é totalmente justificável, na medida em que não existe a necessidade de se falar em adoção nos casos dito acima, pois, segundo a lei, tanto os ascendentes (avós), quanto os irmãos, no caso de falecimento, desaparecimento ou destituição do poder familiar em relação aos pais da criança ou do adolescente, já seriam considerados os sucessores responsáveis pela guarda do infante (BRASIL, 1990). Além de tudo isso, se essa adoção fosse possível, modificaria a questão patrimonial causando confusão, já que o pai passaria a concorrer com o próprio filho em relação à herança (PEREIRA, 2020).

Por conseguinte, em relação à adoção realizada conjuntamente, o Estatuto da criança e do adolescente, em seu artigo 42, §2º, preconiza que essa deve ocorrer somente por aqueles que possuam união estável ou que sejam civilmente casados (BRASIL, 1990). Ainda segundo o art. 42 do ECA, mais especificamente o § 4º, existe a possibilidade da adoção em conjunta nos casos em que os adotantes forem divorciados ou judicialmente separados (BRASIL, 1990). Entretanto, para que isso ocorra, é necessário o preenchimento cumulativo de determinados requisitos.

Desse modo, é indispensável que a fase da adoção denominada estágio de convivência tenha sido iniciada ainda enquanto o casal convivia com o intuito de constituir família, juntamente com o fato de que ambos os adotantes devem concordar entre si a respeito da guarda e do regime de visitas, e, por fim, aquele adotante que não possuir a guarda do adotando tem o dever de comprovar o vínculo de afinidade e afetividade existente entre ele e a criança ou adolescente.

É importante frisar que a adoção em conjunta, como a citada acima, é diferente de uma pessoa ser adotada simultaneamente ou sucessivamente, por duas ou mais pessoas. Dado que a adoção buscar imitar a ordem natural das coisas, do mesmo modo como biologicamente não é possível que uma pessoa possua dois pais ou duas mães provenientes de duas famílias distintas, na adoção também não existe essa possibilidade. Entretanto, caso os pais da criança ou adolescente venham a falecer, nada impede que o infante seja reinserido no sistema de adoção em busca de um novo lar (GONÇALVES, 2019). Ressalta-se que isso não faz referência ou analogia a

casais homossexuais¹³, visto que, apesar de não estar positivado, a jurisprudência já vem entendendo ao longo dos anos a possibilidade desse tipo de adoção.

Outro requisito essencial que deve preceder a adoção é a diferença de idade existente entre o adotante e o adotado, a qual, pelo artigo 42, §3º do ECA, deve ser de, no mínimo, dezesseis anos (BRASIL, 1990). Em relação a citada imposição, percebe-se que essa se faz necessária, pois é a forma que o legislador encontrou de evitar que a adoção acabe gerando, erroneamente, um sentimento de irmandade entre o adotante e adotado. Buscando, assim, preservar a percepção de paternidade e filiação, fazendo com que a relação a ser construída entre o infante e o adotante seja de respeito e hierarquia.

Ademais, sabe-se que, quando um infante faz parte do programa de adoção, esse já possui traumas decorrentes de sua família de origem. Por esse motivo, a lei n.º 13.509, de 2017, buscou tornar o processo de adoção para a criança ou adolescente institucionalizado o menos traumático possível (BRASIL, 2017). Frente a isto, estabeleceu que a permanência da criança ou adolescente em programa de acolhimento institucional não deve se prolongar por mais de 18 meses, salvo nos casos em que for comprovada a extrema necessidade da sua permanência, vide o ECA, art. 19, § 2º¹⁴ (BRASIL,1990).

Ainda sobre a criança ou adolescente, segundo Carlos Roberto Gonçalves (2019), a Lei Nacional da Adoção estabelece um limite máximo de dois anos para a permanência dos infantes em acolhimento institucional, podendo tal período ser prorrogado em caso de necessidade.

O já citado artigo menciona que a criança institucionalizada deve ter a sua situação reavaliada de três em três meses. No mais, aponta ainda que deve ser preenchido por uma equipe de profissionais multidisciplinar capacitados, desde psicólogos até agentes sociais, um relatório minucioso da situação de cada criança ou adolescente institucionalizado. Assim, a partir das informações colhidas pela

¹³ A possibilidade de adoção por casais homoafetivos ficou comprovada na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF e na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ.

¹⁴ “Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral. § 2º-A permanência da criança e do adolescente em programa de acolhimento institucional não se prolongará por mais de 18 (dezoito meses), salvo comprovada necessidade que atenda ao seu superior interesse, devidamente fundamentada pela autoridade judiciária”. (BRASIL,1990).

equipe interprofissional – uma autoridade competente – analisando cada caso de acordo com suas peculiaridades, haverá decisão em prol do melhor para a criança, se essa deve vir a ser recolocada em família substituta ou se deverá ser reintegrada a sua família de origem.

2.3.2 Procedimento *stricto sensu* incorporado pela Lei Nacional da Adoção

Para que a adoção seja realizada, como afirma Maria Berenice Dias (2015), é imprescindível que ocorra mediante intervenção jurisdicional. Assim, o primeiro passo para quem desejar adotar é o denominado processo de habilitação, o qual segue o rito estipulado pelo artigo 197-A do ECA com as alterações trazidas pela lei n.º 12.010 de 2009, como mencionado anteriormente.

Desse modo, pretendentes a adoção devem inicialmente se dirigir ao Fórum da Comarca de sua residência e procurar a Vara da Infância e Juventude, munidos de documentos estipulados como: qualificação completa; dados familiares; certidão de nascimento ou casamento; identidade; comprovante de renda e domicílio; atestado de sanidade física e mental; certidão de antecedentes criminais e, por fim, a certidão negativa de distribuição civil.

Para a realização do processo de habilitação não é necessária a presença de um advogado. Entretanto, em caso do adotante ser casado ou possuir união estável, é preciso que ambos compareçam. Posteriormente, será realizada uma análise psicossocial para aferir se o indivíduo possui mesmo a capacidade para adotar, sendo avaliados tanto os aspectos sociais quanto psicológicos pela equipe técnica interdisciplinar. Este estudo psicossocial é essencial, pois contém subsídios que permitem analisar se aquele indivíduo que deseja adotar possui, de fato, capacidade e preparo para o exercício de “uma paternidade ou maternidade responsável” (DIAS, 2015, p. 511).

Ademais, é um requisito legal para ser considerado habilitado que o adotante faça parte de programas de preparação como preconiza o art. 50 da lei n.º 12.010/2009, em que cada comarca define a quantidade de encontros que melhor proveja a necessidade de preparação dos candidatos para a adoção (BRASIL, 2009). Sendo assim, tais programas possuem o condão de oferecer àqueles que pretendem adotar um conhecimento efetivo do que de fato significa a adoção a partir tanto do aspecto jurídico quanto psicossocial, bem como ajudar os requerentes a decidirem,

depois de terem um melhor conhecimento sobre o processo, se de fato é isso que desejam (MORAES; FALEIROS, 2015).

Assim, são explanadas as possíveis dificuldades que tal processo acarreta e as que podem vir a serem enfrentadas durante a convivência com a criança ou adolescente. Busca-se, por meio desses programas, orientar da melhor forma possível como superar os obstáculos da convivência quando, de fato, desejar-se permanecer no processo de adoção (MORAES; FALEIROS, 2015).

Ulteriormente, “a partir do estudo psicossocial, da certificação de participação em programa de preparação para adoção e do parecer do Ministério Público” (ROSA, 2019, p. 01), será proferida sentença elaborada por juiz competente, habilitando ou não os pretendentes. Caso a sentença seja em favor da habilitação, esta será válida por um período de três anos podendo ser prorrogada por igual período. Desse modo, será realizada a inscrição do pretendente no Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento (SNA). Após a inclusão no SNA, os adotantes podem ser contatados por qualquer comarca informando a existência de uma criança com o perfil solicitado (ROSA, 2019).

A partir da contatação, inicia-se a nova fase do processo de adoção, disposta no artigo 46 do Estatuto da criança e do adolescente (ECA), denominado por Pablo Stolze Gagliano (2020) como estágio de convivência em sentido estrito. O adotante passará a conviver com o adotando no próprio local onde a criança ou adolescente se encontre em acolhimento institucional por meio de visitas, por uma duração de 14 a 90 (noventa) dias, podendo esse tempo ser prorrogado por uma única vez, por igual período, a depender das peculiaridades do caso em concreto (GANGLIANO; BARRETO, 2020)

Já nos casos de o adotante residir fora do país, esse período será de apenas 30 dias, podendo, também, ocorrer a prorrogação por igual tempo. Na fase de convivência, fica a equipe interprofissional da Vara de Infância e Juventude responsável pelo envio de relatórios que descrevam a interação familiar ocorrida, que serve como base para que o magistrado profira a decisão a respeito da concessão da guarda. (BRASIL, 1994).

É importante ressaltar que o parágrafo 1º do artigo 46 do ECA, permite a possibilidade de dispensa do estágio de convivência caso o adotando já esteja em

tutela ou guarda legal do adotante por um período que substitua a convivência entre adotante e adotando, o qual ocorreria no local onde o infante encontra-se em acolhimento institucional (BRASIL, 1990).

Após a superação da convivência em sentido estrito, ocorrerá a fase da guarda ou fase de convivência em sentido amplo. Com a decisão proferida pelo juiz, a guarda provisória da criança passará a ser do adotante até a sentença transitada em julgado, que irá conceder a guarda definitiva da criança ou adolescente (GANGLIANO; BARRETO, 2020).

Assim, entende-se que todo o processo de adoção se baseia em garantir uma família para o infante, que servirá como alicerce em seu desenvolvimento tanto psíquico como físico. O que se busca a todo momento é a garantia dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, sendo levado em consideração sempre o seu interesse. Desse modo, caso não ocorram eventuais complicações, o adotando passará a integrar definitivamente a família do adotante.

Entretanto, é importante frisar que, segundo o artigo 47 do ECA, a sentença da adoção será averbada por meio de um mandado judicial no registro civil, normalmente no município da residência dos adotantes, o que ocorrerá sem qualquer menção do ato adoção (BRASIL, 1990). Ou seja, será realizado um novo registro civil para o adotando contendo o nome dos seus novos pais, mas este não deve mencionar a natureza que deu causa ao novo registro, pois entende-se que o filho por adoção é tão filho como o tido de forma natural e não deve ser realizada distinção entre eles, o que inclui a igualdade no registro de nascimento da criança.

Como já citado anteriormente, o processo de adoção é extremamente extenso e demanda, não raramente, mais tempo do que o estipulado em lei, existindo pessoas que passam até mesmo dois anos ou mais somente no processo de habilitação. Dentre os inúmeros fatores que estão por trás desse acontecimento, destaca-se a idealização utópica da adoção.

3 DA “DEVOLUÇÃO”

Apesar do processo de adoção possuir todo um cunho burocrático para sua efetivação, a fim de garantir que os adotantes tenham a consciência da importância de tal ato, bem como instruí-los, até mesmo psicologicamente, a respeito de como procederem nessa nova etapa das suas vidas que é a chegada de um filho, vem se tornado cada vez mais recorrente nas comarcas brasileiras casos de desistência da adoção em todas as fases do processo, em que ocorre uma ruptura abrupta da relação que já vinha sendo construída entre o adotando e adotante. Sendo assim, é desconsiderado completamente que aquele ser que iria ser adotado é um sujeito de direito detentor de afeto e dignidade e que já possui, desde muito novo, uma bagagem de abandono e traumas decorrentes da sua família biológica.

Desse modo, tal capítulo possui o intuito de abarcar algumas nuances que circundam o ato de desistência da adoção, demonstrando quais princípios podem ser violados a depender de como a desistência ocorra. Também visa a abordar uma das principais causas de desistência, que é a idealização do adotado por parte dos adotantes, demonstrando, por fim, quais são os impactos que a ocorrência desse ato pode acarretar na vida da criança ou adolescente.

3.1 PRINCÍPIOS BASILARES DO INSTITUTO ADOÇÃO

Este tópico objetiva demonstrar que, devido a importância que tem o instituto adoção, a sua regulamentação é realizada não só por leis esparsas, mas também por um arcabouço principiológico. Desse modo, busca-se compreender um pouco mais sobre alguns dos princípios que permeiam esse instituto. Ademais, é imprescindível esclarecer que não se tem intuito de esgotar o tema, tendo em vista a sua vasta amplitude. Entretanto, a pretensão é trazer diretrizes básicas para um melhor entendimento acerca dos princípios que devem ser respeitados e levados em consideração ao se realizar a “devolução” do adotando, bem como demonstrar a sua relação com a possibilidade ou não de reparação civil em razão de tal ato.

Antes de adentrar especificamente no tema, faz-se necessário compreender a conceituação de princípios. Nessa perspectiva, Robert Alexy os define como “mandamentos de otimização que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende

somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas” (2015, p. 90).

Assim, entende-se que os princípios são fontes fundamentais do direito e sua efetivação é de extrema importância, pois servem como uma forma de alicerce para o ordenamento brasileiro e são o meio utilizado como direcionamento para interpretação das demais normas jurídicas. Além disso, é a partir dos princípios que é possível compreender a identidade ideológica e ética de uma sociedade. Desse modo, pode-se afirmar que os princípios que permeiam o instituto adoção são uma forma de garantir que os direitos da criança e do adolescente sejam exercidos, visando a assegurar que todas as decisões tomadas sejam para o desenvolvimento saudável do infante.

3.1.1 Da dignidade da pessoa humana

Segundo Luís Roberto Barroso (2014, p. 61), tal princípio possui “suas raízes na ética, na filosofia moral, a dignidade humana é, em primeiro lugar, um valor, um conceito vinculado à moralidade, ao bem, à conduta correta e à vida boa”. Desse modo, não é difícil perceber a existência de uma dupla dimensão na dignidade da pessoa humana, em que a primeira tem caráter interno e diz respeito a um valor que é intrínseco a cada indivíduo e, por esse motivo, é considerada inviolável. Já a segunda é a dimensão externa, formada pelo conjunto de “direitos, aspirações e responsabilidades, assim como os correlatos deveres de terceiros” (BARROSO, 2014, p. 61e, por esse motivo, esta suscetível a sofrer ofensas e violações.

Desse modo, segundo o autor:

A ascensão da dignidade humana como um conceito jurídico, nos dois lados do Atlântico, foi consequência de uma mudança fundamental no pensamento jurídico, que se tornou mais visível e concreta depois da Segunda Guerra. De fato, conforme os dois pilares do pensamento jurídico clássico — a *summa divisio* entre o direito público e privado e a crença no formalismo e no raciocínio puramente dedutivo — começaram a ruir, a interpretação jurídica fez um movimento decisivo na direção da filosofia moral e política. Isso é particularmente verdadeiro nas decisões envolvendo casos difíceis. Em que não há soluções claras e acabadas no direito positivo. Esses casos envolvem lacunas, princípios conflitantes, desacordos morais ou ambiguidades. Nesse novo ambiente pós-positivista,²⁹² no qual a constituição e os princípios constitucionais, expressos ou implícitos, desempenham uma função central, os juízes e as cortes frequentemente necessitam recorrer à moralidade política com a finalidade de aplicar os princípios corretamente. Isso tudo favoreceu a ascensão da dignidade humana. (BARROSO, 2014, p. 63)

Segundo Luís Roberto Barroso (2014, p. 62), o legislador constituinte, ao criar a atual Constituição Federal, foi influenciado por tratados internacionais, originados após a segunda Guerra Mundial, que tinham como premissa movimentos voltados à defesa dos direitos humanos. Desse modo, pode-se afirmar que foi a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988¹⁵ que a dignidade da pessoa humana passou a ser o epicentro axiológico da ordem constitucional (DIAS, 2017, p. 52). Assim, entende-se a dignidade como um macro princípio que atua como base de todo o ordenamento jurídico e que, no Direito de Família, é a gênese da qual se irradiam todos os demais princípios.

Destarte, a Constituição de 1988, em seu artigo primeiro inciso três, trouxe o princípio da Dignidade¹⁶ da Pessoa Humana como o fundamento base do Estado Democrático de Direito (BRASIL, 1988). Por esse motivo, a Constituição Federal elencou em todo corpo do seu texto direitos fundamentais e sociais com o intuito de garantir a efetivação do princípio da dignidade na vida das pessoas e nas suas relações sociais (BRASIL, 1988). Em consequência disso, ocorreu a constitucionalização dos direitos das crianças e adolescentes por meio do ECA como forma de reafirmar a importância de uma vida digna, principalmente daqueles que ainda são infantes (SENA, 2011).

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet (2018, p. 100), “a dignidade da pessoa humana é um princípio que está intrínseco ao ser humano e o distingue das demais criaturas, concluindo-se, nesse sentido, que todos os seres humanos são dotados da mesma dignidade.” Assim, é o direito que todo e qualquer indivíduo, sem distinção, possui de ser protegido frente a atos que sejam considerados degradantes ou desumanos, a fim de terem sua integridade física e psicológica resguardadas. Juntamente com o direito de possuir condições consideradas mínimas para uma vida saudável.

Ademais, preceitua Rizzardo (2010) que, assim que nascemos, a dignidade é formada originalmente pela junção da integridade física e psíquica. Entretanto,

¹⁵ O art. 1º da Constituição Federal de 1988 determina que: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana;” (BRASIL, 1988).

¹⁶ O art. 15 do ECA determina que: “A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis”.

nenhum indivíduo nasce isolado, por isso, depois que se nasce a dignidade é acrescida do direito à liberdade, à imagem, à intimidade, a sua consciência — religiosa, científica, espiritual e entre outros direitos que compõem a dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, segundo Maria Cristina Renon, pode-se afirmar que o princípio da dignidade tem, dentre as suas finalidades, a de “garantir a todos o direito a uma vida digna, o que implica, também, a inclusão da pessoa no ambiente familiar” (RENON, 2009, p. 19). Além do mais, quando se menciona a dignidade da pessoa, a primeira entidade que tem a função de garantir e reconhecer esse direito é a própria família, uma vez que este é o primeiro grupo com que o indivíduo se relaciona ao nascer.

Ainda segundo a autora:

A pessoa tem dignidade exatamente por ser pessoa, de modo que o princípio da dignidade é o primeiro de todos, ou seja, seu valor transcende a qualquer outro direito. O ser humano possui em si mesmo um valor moral intransferível e inalienável, cuja atribuição se deu exatamente pelo fato de ser pessoa humana, independentemente de suas qualidades individuais. (RENON, 2009, p. 37)

Desse modo, é notória a importância da efetivação desse princípio em situações que envolvam crianças e adolescentes, pois esses ainda estão em condição de desenvolvimento, o que faz com que se mostrem em uma situação de maior vulnerabilidade frente aos demais. Assim, entende-se que atitudes que geram o desrespeito ao ato de se viver em família é uma grave violação à dignidade, que diz respeito à integridade em todos os campos do ser humano.

3.1.2 Integral proteção à criança e ao adolescente

Segundo Moacyr Pereira Mendes (2006 p. 23), foi devido à adesão do Brasil a determinadas convenções e tratados voltados aos direitos humanos, bem como a forte influência internacional, que se tornou necessário o estabelecimento de alguns valores no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, passou a ser imprescindível um olhar mais acentuado na proteção das crianças e adolescentes, por isso o legislador passou a abarcar a proteção desses em uma concepção geral, deixando de atender às necessidades dos infantes de uma maneira específica para abarcá-las integralmente.

Dessa forma, a doutrina integral de proteção à criança e adolescente foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro por meio do artigo 227 da Constituição Federal de 1988, que elenca como dever da família, da sociedade e do Estado garantir, prioritariamente, a efetivação dos direitos dos infantes, como por exemplo, o “direito à vida, à saúde, alimentação e convivência familiar, bem como colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência e opressão” (BRASIL, 1988)

Outrossim, segundo Hellen Luana de Souza e Marielle Teixeira da Silva Polli (2019), quando o Código de Menores estava em vigor, existiam as doutrinas Menoristas e da situação Irregular, em que as crianças e adolescentes não eram considerados sujeitos de direitos, mas seres incapazes, vistos como adultos em miniatura. Por esse motivo, as normas eram aplicadas somente quando os infantes estavam em risco social, moral ou familiar, bem como em situações de delinquência. Assim, observa-se que “não havia uma preocupação de prevenção e proteção adequada e abrangente da criança e adolescente” (SOUZA; POLLI, 2019, p. 284).

Desse modo, entende-se que a legislação vigente na época, Código de Menores, não possuía um intuito de proteger aqueles denominados como “menores”. A intenção era apenas garantir a efetivação da ocorrência de uma intervenção jurídica nas hipóteses em que existisse um risco tanto material quanto moral para a sociedade. Além do mais, “tratava o ‘menor infrator’ como um portador de uma patologia social, não se preocupando com sua prevenção ou mesmo trabalhando as necessidades sociais, psicológicas” (SOUZA; POLLI, 2019, p. 285).

Com o passar do tempo, houve uma mudança gradativa de incorporação de direitos fundamentais envolvendo as crianças tanto a nível nacional, quanto internacional. Assim, surgiu a necessidade da criação de uma legislação específica voltada inteiramente à efetivação das necessidades e direitos das crianças e dos adolescentes. Desse modo, ocorreu a revogação do popularmente conhecido como Código de Menores, Lei n.º 6.697, de 10 de outubro de 1979, pela lei denominada Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990, que trouxe uma gama de princípios usados na efetivação dos direitos dos infantes.

Por conseguinte, é importante mencionar que, assim como a Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da dignidade como base para todas as suas disposições, o Estatuto da Criança e do Adolescente incorporou como princípio basilar

a proteção integral da criança e do adolescente, como elencado no próprio artigo primeiro da referida lei¹⁷, “sendo consolidado após a convenção Internacional dos Direitos da Criança e Adolescente (1989), ratificada pelo Brasil por meio do Decreto n.º 99.710/90” (SOUZA; POLLI, 2019, p. 285).

Desse modo, os infantes adquiriram um novo “*status*”, deixaram de ser vistos como objetos detentores de compaixão e se tornaram sujeitos de direitos. A partir de então, tornou-se dever de todos garantir a efetivação dos direitos das crianças e adolescentes, “respeitando a sua condição peculiar como pessoas ainda em desenvolvimento” (DÓI; FERREIRA, p. 02). Assim, é perceptível que o ECA trouxe uma total mudança de filosofia em relação ao infante, tido antes como um ser completamente vulnerável e desprotegido, passando agora a ser um indivíduo que deve ser protegido por todos (MENDES, 2006, p. 29).

Desse modo, a partir do artigo 4º do ECA¹⁸, entende-se que o princípio de proteção à infância e juventude estabelece ser dever dos pais, ou daqueles considerados responsáveis, zelar e cuidar das crianças e adolescentes, uma vez que o infante deve ter seus interesses tratados como prioridade por ser um indivíduo que ainda não possui seu desenvolvimento pleno. Ademais, faz-se importante salientar que o princípio exposto acima permeia todo o processo de adoção, pois atualmente tal instituto é um ato voltado inteiramente ao bem estar daquele que está sendo adotado.

Assim, busca-se, durante todo o processo de adoção, garantir que este ato seja a melhor escolha para o desenvolvimento saudável da criança e adolescente. Entretanto, infelizmente, mesmo após todo o cunho burocrático do processo, existem casos em que os adotantes “devolvem” o infante para a instituição de acolhimento por motivos que visam somente ao seu próprio interesse e não o bem estar do adotando. Isso ocorre mesmo quando já se passou um tempo considerável de convivência da criança com a família substituta, a ponto do infante já se sentir apegado afetivamente ao novo lar. Tal ação fere a expectativa da criança ou adolescente de ter uma família

¹⁷ Artigo 1º da lei n.º 8.069: “Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”.

¹⁸ “Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.” (BRASIL, 1990)

e gera uma disparidade com o preceito defendido pelo princípio de proteção integral à criança e ao adolescente.

3.1.3 A isonomia e igualdade entre os filhos

Anteriormente, o Código Civil de 1916 (BRASIL, 1926) tratava o instituto jurídico da adoção como aquele ato que constituía um parentesco meramente civil entre o adotante e o adotado (BRASIL, 1916). Assim, era estabelecida uma diferenciação de tratamento entre os filhos tidos de forma biológica, considerados legítimos, e aqueles adotivos ou tidos fora do casamento, definidos como ilegítimos. O referido Código determinava ainda “que os filhos adotivos somente teriam direito à metade da herança cabível aos filhos legítimos, havendo flagrante discriminação quanto à origem de filiação” (NASCIMENTO; ROCHA, 2019, p. 57).

Foi, entretanto, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, que ocorreu uma mudança significativa no cenário da adoção. A norma constitucional vigente permitiu um conceito de igualdade aos personagens que compõem a entidade familiar, abarcando, assim, a adoção (BRASIL, 1988). Desse modo, houve a extinção de qualquer distinção jurídica quanto à origem da filiação. Destarte, a Constituição Federal definiu, em seu artigo 227 § 6º¹⁹, que os filhos havidos ou não da relação do casamento, bem como da adoção seriam detentores dos mesmos direitos e deveres, sendo proibida qualquer tipo de ação discriminatória entres eles (NASCIMENTO; ROCHA, 2019).

Ademais, o ideal de igualdade entre os filhos definido pela Constituição passou a ser ratificado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, a partir de seu artigo 41, que definiu, pautado na doutrina de proteção integral²⁰, que o instituto adoção atribui a condição de filho ao adotante, sendo este detentor dos mesmos direitos e deveres legais que qualquer outro filho (BRASIL, 1990). Assim, passou a vigorar o princípio da igualdade entre os filhos como uma forma de eximir eventuais injustiças e discriminação que poderiam vir a surgir decorrentes do tratamento diferenciado dos filhos.

¹⁹ O §6º do artigo 227 dispõe que os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e deveres, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. (BRASIL, 1988)

²⁰ “Artigo 1º: Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente” (BRASIL, 1990).

A partir dos conceitos elucidados acima, entende-se que deve haver isonomia no tratamento entre os filhos. Um filho tido por meio da adoção deve ser tratado da mesma forma que um filho concebido de maneira biológica, sendo dever dos pais dar afeto a ambos, sem distinção. Dessa forma, os indivíduos que optarem por ingressar no processo de adoção devem ter a consciência de que, do mesmo modo que não se pode devolver um filho tido de forma biológica, não se pode devolver um filho adotado.

Assim, pode-se afirmar que a irrevogabilidade da adoção disposta no artigo 39, § 1º do ECA, tem como embasamento o defendido pelo princípio da igualdade entre os filhos, dado que a filiação após o trânsito em julgado é para sempre. Desse modo, independente da origem do filho ser tida por meio da adoção, quando este já se encontra legalmente adotado a devolução do filho se caracteriza como abandono, da mesma forma que ocorreria com o filho tido de forma biológica. Percebe-se, assim, que após a criança ou adolescente ser considerada filho dos adotantes perante a lei, não há que se falar em devolução.

3.2 IDEALIZAÇÃO DO ADOTANDO

Como já dito nos capítulos anteriores, a adoção possui caráter irrevogável. Entretanto, infelizmente, existem casos em que os adotantes decidem por devolver a criança adotada. Como consequência disso, mesmo que a devolução nesses casos seja uma violação à legislação, a justiça acaba por aceitar e abrigar a criança ou adolescente novamente, para que este não cresça em um lar hostil, onde é rejeitado. Afinal, o principal intuito da adoção é justamente oferecer um lar em que o infante tenha as melhores condições para seu desenvolvimento, o que inclui: afeto, saúde, lazer, entre outras coisas (FALCÃO, 2017).

São diversos os motivos que levam uma pessoa a optar pela adoção como forma de constituir família. Dentre eles, se destacam o fato de que algumas pessoas, por infortúnio do destino, não possuem a capacidade de conceber um filho de forma biológica, ou não querem passar pelo processo de gravidez. Há também a justificativa de que a adoção é vista como um ato de bondade, uma forma de ajudar os menos afortunados e marginalizados, concedendo-os um lar e melhores expectativas de vida do que teriam se continuassem em acolhimento institucional (GONDIM et. al., 2018).

Assim, dispõem Moraes e Faleiros que “a moral social comove e impulsiona muitas famílias a buscarem na adoção uma forma de ajudar o próximo principalmente quando se trata de crianças abandonadas pela família e pelo Estado” (2015, p. 53).

Nesse sentido, preconiza Arnaldo Rizzardo que a adoção:

Está ínsita na índole humana, ou nasce com a própria natureza do homem, a tendência de se perpetuar a pessoa através dos filhos, o que representa um modo de afastar aparentemente a ideia da própria finitude no tempo. Nessa ideia, inata em todas as pessoas, a incapacidade ou impossibilidade de gerar é substituída, pelo menos em parte, através da adoção, que reflete uma forma de realização do próprio indivíduo. (RIZZARDO, 2019, p. 807)

Neste caso, pode-se afirmar que o desejo pela adoção nasce impulsionado por uma necessidade de reparar uma falha biológica de não poder gerar herdeiros da forma desejada, de maneira natural. Partindo desse pressuposto, foi realizada uma pesquisa na Vara da Infância e da Juventude do Fórum de Santa Maria/RS, com oito mulheres que aguardavam o processo de adoção (MAHL *et. al.*, 2011).

Na pesquisa realizada ficou evidenciado que as entrevistadas buscavam, na adoção, uma forma de preencher o sentimento de vazio por não possuírem filhos. Importante ressaltar que, nos dias atuais, apesar das inúmeras escolhas que foram consagradas às mulheres pelas lutas aos longos dos anos por sua independência, a maternidade ainda parece continuar como um fator recorrente na sua vida e na vida de casais que buscam a constituição familiar. “De fato, os relatos indicam que existem grandes expectativas em relação à criança. O filho, na representação de algumas entrevistadas, está associado a sensações de preenchimento psíquico” (MAHL *et. al.*, 2011, p. 94-97).

Ademais, ao final da pesquisa, foi possível notar que a maioria das entrevistadas buscava um filho que fosse compatível com suas características físicas e que fosse menor de dois anos de idade. Justificavam este desejo afirmando que, assim, seria mais fácil de “moldar” a criança com os seus ideais (MAHL *et. al.*, 2011). Desse modo, percebe-se que a adoção ainda está vinculada ao estereótipo de filho ideal, deixando de lado o seu principal aspecto, que é o princípio da prioridade absoluta da criança e do adolescente.

Um dos grandes problemas da atualidade consiste justamente nessa idealização em relação a adoção. Cerca de 56% dos adotantes buscam, pela mesma justificativa, crianças de até três anos de idade, porém apenas 3% dos adotandos se encontram

nessa faixa etária. Essa busca constante por crianças neonatais tem origem na falácia de que crianças mais velhas terão problemas de adaptação no novo lar por sua personalidade já estar formada, bem como pelo fato de trazerem consigo bagagens decorrentes do abandono ou falta de cuidados sofridos com a família biológica (SILVA, 2018).

Frente a isso, faz-se necessário compreender que a adoção não é o fator principal na formação da personalidade da criança. Esta será formada por diversos fatores, sendo eles até externos, como: a forma com que os adotantes irão acolher a criança, o meio que esta terá para crescer e se desenvolver, sua futura escola e sua relação com os colegas. Em outras palavras, não é porque uma criança já possui uma certa idade que os problemas vividos por ela antes de se encontrar em acolhimento institucional irão influenciar na sua adaptação com os pais adotantes. Essas crianças só almejam um lar e uma família que as ame e as acolham e farão de tudo para serem aceitas (SILVA, 2018).

Por conseguinte, entende-se que a falta de vontade dos adotantes em realizar uma adoção tardia é uma das consequências da idealização da adoção. Os adotantes possuem erroneamente a ideia de que por meio da adoção será possível encontrar o filho perfeito, aquele que mais lhe agrade em todas as características, desde físicas até psíquicas. E, em muitas vezes, a vontade de adotar não vem puramente da necessidade de se ter um filho para cuidar e amar, pois muitos veem a adoção como uma alternativa para a solução de problemas enfrentados, como se um filho fosse resolver todas as adversidades.

Esse anseio incentiva ainda mais a busca incansável pelo filho ideal. A adoção passou a ser vista por muitos como um meio para conseguir ter o filho perfeito, e o fato de os adotantes poderem escolher as características da criança que desejam adotar deu origem ao mito de que a adoção é a forma de se conseguir ter um filho sem defeitos. Assim, os adotantes possuem cada vez mais exigências em relação ao perfil do adotando, o que vai desde características físicas ao comportamento desejado, criando expectativas na maioria das vezes irreais.

Desse modo, o perfil desejado pelos postulantes torna-se um grande desafio para o sistema de adoção no Brasil. Segundo o Cadastro Nacional de Adoção – CNA, juntamente com o Cadastro Nacional de Crianças e Adolescentes Acolhidos – CNCA, atualmente, existem cerca de 5.500 crianças em condições de serem adotadas. No

entanto, o perfil do infante cadastrado é cada vez mais discrepante com o perfil das crianças pretendidas pelos adotantes. Tal fato abre margem para que futuras desistências sejam cada vez mais recorrentes entre aqueles que adotam (SILVA, 2018).

Lídia Levy, Patrícia Pinho e Marcia Faria (2009) realizaram uma análise quantitativa por meio de uma pesquisa documental sobre os casos de devolução dos adotados na Vara da infância e Juventude e do Idoso da Comarca do Rio de Janeiro durante o período de novembro de 2007 a março 2008. O quadro a seguir representa os resultados da pesquisa realizada:

Figura 1 – Tabela de casos de devolução da Comarca do RJ

TABELA 1
Características dos casos de devolução de crianças

<i>Casos</i>	<i>Requerente</i>	<i>Preparação</i>	<i>Criança</i>	<i>Tempo de Acolhimento</i>	<i>Justificativas da Devolução</i>
1	Casal	Habilitação	Menina, 3 anos	10 dias	Menina “demoníaca”, faz “birras”, não aceita ser contrariada
2	Mulher solteira	Habilitação	Menina, 3 anos	10 dias	Dificuldade de lidar com o comportamento da criança: sexualidade precoce; malcriada com a avó, o que não seria admitido
3	Casal	Habilitação	Menino, 5 anos	16 meses	Problemas de comportamento da criança
4	Casal	Habilitação	Irmãos: Menino, 6 anos Menina, 9 anos	10 meses	Menina “mentirosa e doente” e Menino “hiperativo”
5	Casal	Habilitação	Menina, 8 anos	3 meses	Dificuldades no relacionamento com a criança
6	Casal	Sem habilitação. A requerente era madrinha de batismo da criança	Menino, poucos meses de vida	5 anos	Menino muito levado
7	Casal	Sem habilitação. Eram guardiões da criança	Menino, recém-nascido	6 anos	Menino autista. “Nunca houve desejo de adotá-lo”
8	Casal	Sem habilitação. Eram guardiões da criança	Menino, um ano e dois meses	6 anos	Menino “muito desobediente e hiperativo”
9	Casal	Sem habilitação	Menina, 9 anos	6 meses	Dificuldades no relacionamento com a criança
10	Mulher solteira	Sem habilitação. Era guardiã da criança	Menino, 10 anos	5 anos	Dificuldades no relacionamento com a criança

Fonte: Retirada de Levy, Pinho e Faria (2009).

Conforme a análise de dados realizada pelas autoras, em relação aos fatores que deram ensejo à devolução, destacam-se, independentemente de serem ou não habilitados, dois motivos: o primeiro em relação ao comportamento da criança (60%) e o segundo diz respeito aos problemas no relacionamento com o adotando (40%). Apesar das diversas justificativas alegadas pelos adotantes, todas as situações possuem um fator decisivo em comum, a “coisificação” do infante adotado. Ou seja, a criança perdeu a sua essência como um sujeito de direito passando a se tornar um mero produto, que pode até mesmo ser descartado se não atingir os ideais esperados (LEVY.PINHO,FARIA,2009).

Assim, é possível notar que, em todos os casos mencionados, o fator precursor da devolução está relacionado à frustração das expectativas dos adotantes em

relação a criança adotada, o que faz com que não seja possível criar um laço de filiação. Sabe-se que é normal que os adotantes possuam expectativas, entretanto, essas devem ser racionais, não havendo distinção entre os anseios almejados quando se deseja ter filhos por via da adoção daqueles que se têm por meio biológico. Desse modo, não é devido ao fato de um filho ser adotivo que isso dá o direito dos pais adotivos, após o período de convivência, utilizarem de motivos superficiais para devolverem a criança ou adolescente.

O que ocorre muitas vezes é a banalização ao direito de desistência e a coisificação do adotando. As crianças e adolescentes deixam de ser vistos como sujeitos de direito e passam a ser considerados apenas como um modo de se conseguir o filho perfeito. Assim, quando os pais adotivos se deparam com situações consideradas normais para qualquer pai de uma criança ou adolescente, como, por exemplo, alguma dificuldade de comportamento do infante, resolvem que a criança ou adolescente não atendeu às expectativas desejadas e decidem por devolvê-la ao acolhimento institucional.

Esta situação é uma violação direta ao princípio do melhor interesse da criança ou adolescente e ao próprio instituto da adoção, já que, com a Constituição de 1988 e as demais leis esparsas que regulam o instituto, a adoção deixou de ser um modo de satisfazer os interesses dos adotantes e passou a ser o meio focado inteiramente no infante pelo qual se busca garantir uma família ao infante.

3.3 CONSEQUÊNCIAS DA DEVOLUÇÃO PARA OS ADOTANDOS

Apesar de toda evolução do instituto da adoção para que se tornar o sistema burocrático que é hoje, ainda existem transgressões em seu processo legislativo. Afinal, mesmo que não haja um levantamento de estatísticas de maneira nacional sobre a devolução das crianças “adotadas”, as regionais deixam claro que o ato de devolução após o período de convivência e até mesmo depois do trânsito em julgado vem se tornando cada vez mais corriqueiro (SILVA, 2018, p.01).

Segundo Enid Rocha Andrade da Silva (2004, p. 55), os dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA dispõem que, dentre os inúmeros motivos que levam uma criança ou adolescente a ser institucionalizado, destacam-se:

a carência de recursos materiais da família (24,1%); o abandono pelos pais ou responsáveis (18,8%); a violência doméstica (11,6%); a dependência

química de pais ou responsáveis (11,3%); a vivência de rua (7,0%); a orfandade (5,2%); a prisão dos pais ou responsáveis (3,5%) e o abuso sexual praticado pelos pais ou responsáveis (3,3%). São cerca de 46 mil crianças em acolhimento institucional em todo o país conforme o Cadastro Nacional de Crianças – CNA. (SILVA, 2004, p. 55).

Conclui-se que o Estado, muitas vezes, realiza a destituição do poder familiar com o intuito de proporcionar uma família mais digna ao bem estar da criança e do adolescente, como forma de afastá-la, por um tempo, da situação de violência até que se encontre uma família substituta.

Entretanto, isso nem sempre retrata a realidade. O tempo em acolhimento institucional, que deveria ser mínimo, transforma-se em anos, o que faz com que danos psicológicos na vida do infante aumentem. Afinal, a instituição governamental não é suficiente para que uma criança cresça de forma saudável psicologicamente, uma vez que a criança ou adolescente cresce desprovido de afeto familiar, bem como de uma figura na qual se espelhe. Além do mais, a convivência familiar é um direito fundamental de todos e o tempo que uma criança permanece em acolhimento institucional é uma violação a esse direito (CUNEO, 2012).

Assim, pode-se afirmar que as crianças institucionalizadas são aquelas que conhecem, desde muito novas, o abandono, pois, independente do motivo que as levaram a serem institucionalizadas, o fato é que não possuem mais uma família. A vida do infante passa a girar em torno de ser adotado, ou seja, finalmente possuir uma família para que seja amado, cuidado e protegido por ela. Desse modo, quando a adoção finalmente ocorre, expectativas são criadas em torno da nova família. Entretanto, quando esta decide por devolver a criança, o sentimento de rejeição sofrido anteriormente volta de forma mais acentuada.

A criança devolvida passa a acreditar que existe algo de errado consigo mesma por não ter encontrado ainda um lar. Começam os questionamentos: o que eu fiz de errado? Então, a criança passa a enxergar a devolução como um ato oriundo de uma culpa exclusiva sua por não ser boa o bastante. Tal fato desencadeia diversos problemas psicológicos na criança ou adolescente, como o sentimento constante de impotência, que influencia diretamente na autoestima e na forma como o adolescente ou criança se vê frente ao mundo (BINDA, 2017).

A devolução do adotado pelos adotantes pode ser equiparada a um segundo abandono. Assim, esse ato acarreta na criança ou adolescente, futuramente, uma

dificuldade em controlar suas emoções, na maioria das vezes uma raiva exacerbada usada como mecanismo de defesa para evitar futuras rejeições, bem como dificuldade em estabelecer relações afetivas, juntamente com o sentimento de ser imperfeito socialmente.

Ademais, tais efeitos psicológicos podem, em alguns casos, evoluir para uma reação psicossomática, ou seja, é “quando o sofrimento psicológico, de alguma forma, acaba causando ou agravando uma doença física” (CUNEO, 2012, p. 12).

A respeito do tema, Mônica Rodrigues Cuneo dispõe que:

As crianças abrigadas por mais de um ano costumam apresentar reações psicossomáticas, como reflexo de distúrbios de origem emocional. A manutenção ou repetição de doenças físicas torna-se crônica nessas crianças e os cuidados médicos para saná-las não se mostraram eficazes o bastante. Os sintomas perduram, em geral, até o desabrigamento, com o conseqüente acolhimento familiar. Por não conseguirem suportar, no plano psíquico, situações estressantes, essas crianças acabaram produzindo ou agravando sintomas e doenças que se manifestam no corpo, como distúrbios de sono, diarreias e enurese, todas alterações orgânicas constatadas clinicamente. A percepção de que não possui qualquer referência familiar, somadas à ausência das figuras materna e paterna, provavelmente desencadeia na criança a expressão simbólica de sua dor por meios não discursivos. Seu desconforto, seus desejos e sentimentos parecem se expressar por meio de reações físicas. As doenças físicas vêm à tona como uma resposta a um estresse psicossocial desencadeado ou agravado por fatores particularmente significativos para essas crianças. Tudo leva a crer que quando não conseguem eliminar as tensões de uma forma natural, surgem válvulas artificiais de fundo emocional. (CUNEO, 2012, p. 426)

Desse modo, entende-se que, se uma criança permanece muito tempo em uma instituição governamental, está sujeita a apresentar problemas tanto psicológicos, quanto físicos. Assim, uma criança que sofre uma “devolução” se torna propícia a apresentar problemas psicossomáticos em um grau muito maior.

Nas instituições governamentais, popularmente conhecidas como abrigos, não é raro as necessidades afetivas da criança e adolescente ficarem em segundo plano. Mesmo que seja uma ótima instituição, não supre a necessidade da criança ou adolescente de possuir uma relação familiar, bem como a intimidade e afeto decorrente de pertencer a uma família. O que tais crianças necessitam, assim como todos, é de pessoas que se preocupem com seu bem estar e seus sentimentos acima de tudo (CUNEO, 2012).

Além do mais, “embora as pessoas passem pela mesma sequência geral de desenvolvimento, comumente denominado ciclo vital” (CUNEO, 2012, p. 02), as crianças em faixas etárias distintas apresentam necessidades diferentes. Contudo, no

sistema institucional brasileiro, para que seja possível abrigar tantas crianças ao mesmo tempo, é necessário padronizar a forma de cuidar. Assim, não é possível atender às peculiaridades de cada criança ou adolescente.

Como uma prova de tal argumento, faz-se necessário citar o estudo sobre a importância do apego realizada pelo autor René Spitz, utilizando bebês de um orfanato local. O psicanalista observou que bebês que eram cuidados, mas não recebiam afeto, apresentavam problemas em seu desenvolvimento, desde insônia até problemas de imunidade, chegando muitas vezes à óbito. Essa situação já não ocorria aos bebês que, além de cuidados, recebiam afeto e possuíam uma família. Segundo Spitz, as crianças institucionalizadas apresentavam uma reação orgânica e emocional embalada pelo sentimento de abandono, gerada pela ausência de uma família (SPITZ, 1945 apud CUNEO, 2012).

Desse modo, resta claro a necessidade de a criança possuir uma mãe suficientemente boa para que tenha um desenvolvimento saudável. Assim, desde os primeiros anos de vida da criança é necessária uma figura que ofereça, além dos cuidados básicos, o afeto e apoio psicológico (MAHL *et. al.*, 2011).

Nesse sentido, entende-se que a convivência familiar é fundamental para o desenvolvimento e crescimento da criança e do adolescente, visto que proporciona o apego (CAMPIDELI; BERTONCINE, 2018). O apego, por sua vez, é o sentimento desenvolvido em relação a outra pessoa, na qual se confia e se sente bem em tê-la na sua vida, e pode ser caracterizado como o afeto direcionado a determinado indivíduo de forma que deseja que este esteja sempre presente.

O apego pode ser definido também como um comportamento biologicamente programado em que se tem a consciência de que a outra pessoa está disponível, que vem acompanhada de uma sensação de segurança (BASSO; MARIN, 2010). Portanto, para o melhor desenvolvimento físico e psíquico de qualquer ser humano, é necessária a existência do apego, principalmente na infância e adolescência, fase em que o indivíduo se apresenta mais vulnerável e não possui total conhecimento ou domínio do mundo a sua volta, nem de suas ações.

Destarte, quando o indivíduo cresce sem possuir o afeto na infância ou adolescência, amadurece com várias questões mal resolvidas, como a indiferença em relação ao amor do outro e até mesmo a falta de amor próprio. Isso acaba gerando

uma busca compulsiva de satisfação externa, criando adultos que buscam incansavelmente alguma sensação que faça com que se sintam vivos (BINDA, 2017). Em muitos casos, acabam sendo adultos que não sabem manter relações sociais, inseguros, muito instáveis e volúveis, além da possibilidade de usarem do mundo das drogas para preencherem o vazio existente causado pela falta de uma família.

Em uma das suas mais importantes obras, *O pequeno príncipe*, Antoine de Saint-Exupéry expõe que os indivíduos são eternamente responsáveis pelo que cativam (SAINT-EXUPÉRY, 2015). Dentre as inúmeras interpretações possíveis, ressalta-se a que aponta que uma vez tendo a responsabilidade emocional sido estabelecida, através de um relacionamento, ela vincula os envolvidos pelo resto de sua existência. Dessa forma, tal premissa molda-se perfeitamente ao paradigma aqui estabelecido, em que os pais, ao adotarem uma criança, criam laços afetivos pelos quais serão sempre responsáveis, cabendo a eles a escolha de como lidar com essa situação, para que não gere um novo trauma (SOUZA, 2016).

Acrescenta-se que cativar é criar laços ao ponto do outro necessitar do seu afeto e de sua atenção (SAINT-EXUPÉRY, 2015). Desse modo, aquele que deseja se tornar pai ou mãe de uma criança por meio da adoção deve ter a maturidade de reconhecer que suas ações influenciam diretamente a vida do adotado (SOUZA, 2016).

4 A DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO E A RESPONSABILIDADE CIVIL

4.1 ENTENDENDO A RESPONSABILIDADE CIVIL: SIGNIFICADO, FUNÇÕES, ELEMENTOS, TIPOLOGIAS

Inicialmente, para discorrer acerca da possibilidade de reparação oriunda da desistência da adoção após o estágio de convivência, é imprescindível realizar algumas considerações sobre o instituto da responsabilidade civil e suas características.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2019), a palavra responsabilidade é originada da palavra latina *spondeo*, a qual significa que o devedor, por meio de um contrato verbal, se vinculou frente ao credor. Assim, todo o exercício que acarreta prejuízo a outrem traz consigo a noção de responsabilidade. Dessa forma, entende-se que a responsabilização do agente causador da lesão possui a função de reestabelecer o equilíbrio moral e patrimonial que havia sido rompido pelo dano, fato gerador da responsabilidade civil.

Nesse diapasão, o autor ainda defende a distinção entre obrigação e responsabilidade civil. O primeiro é classificado como um dever originário. Dessa forma, diz respeito ao vínculo jurídico que o devedor possui com o credor de realizar determinada prestação. Já a responsabilidade civil é classificada como um dever sucessivo, pois para a sua ocorrência é necessário que haja previamente uma violação da obrigação citada acima. Ou seja, “é, pois, a consequência jurídica patrimonial do descumprimento da relação obrigacional” (GONÇALVES, 2019, p. 21).

Assim, na concepção de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, “a responsabilidade nada mais é, portanto, que uma obrigação derivada de um dever sucessivo de assumir as consequências jurídicas de um fato, consequências essas que podem variar de acordo com os interesses lesados” (2011, p. 45). O autor ainda define a responsabilidade civil como aquela atividade danosa que, em regra geral, atua no campo da ilicitude, acarretando uma violação a uma norma jurídica preexistente. Dessa forma, deve o causador do dano responder pelas consequências dos seus atos.

Destarte, para se falar em responsabilidade civil é necessária a compreensão do que é o ilícito²¹, uma vez que o legislador constituinte preconizou no artigo 927 do Código Civil de 2002 que aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo (BRASIL, 2002). Desse modo, segundo Sergio Cavalieri Filho (2012, p. 120), entende-se o ilícito como “um comportamento voluntário que infringe um dever jurídico, e não simplesmente prometa ou ameace infringi-lo”. Já de acordo com Carlos Roberto Gonçalves (2019, p. 32), “é um fato humano, considerado um fato jurídico, que é praticado em desacordo com o prescrito no ordenamento jurídico, o qual produz efeitos jurídicos involuntários definido pelo próprio ordenamento”.

Assim, atualmente entende-se que os atos ilícitos são aqueles que, ao invés de criarem direitos, criam deveres para o agente, em função dos efeitos que produzem, fazem parte da categoria dos atos jurídicos. Dessa forma, entende-se que a reparação vem atrelada ao ideal de justiça, uma vez que o cometimento de um ato ilícito possui a capacidade de desestruturar a ordem existente entre o causador do dano e a vítima. Importante salientar, entretanto, que existem situações em que a obrigação de indenizar pode ser oriunda de um ato considerado lícito. Contudo, o dano discutido no corpo desse texto será aquele que tem como fato causador um ato ilícito (GONÇALVES, 2019).

Nesse sentido, pode-se afirmar que a responsabilidade civil que nasce de um ato danoso tem como princípio a *restitutio in integrum*, ou seja, o direito da vítima de ter o prejuízo ressarcido de maneira integral pelo agente causador. Uma vez que, se a restituição ocorresse de forma a abarcar o prejuízo, somente de forma parcial, não se estaria cumprindo a finalidade de justiça defendida pela responsabilidade civil, sendo também uma violação a sua função reparatória, pois a vítima ainda teria que arcar com o valor faltoso para integralizar o quantum do dano causado (CAVALIERI, 2012).

Assim, Farias, Rosenvald e Braga Netto (2015, p.37) dispõem acerca da função da responsabilidade civil:

Creemos que no direito brasileiro do alvorecer do século XXI a conjunção destas orientações permite o estabelecimento de três funções para a responsabilidade civil: (1) função reparatória: a clássica função de transferência dos danos do patrimônio do lesante ao lesado como forma de reequilíbrio patrimonial; (2) função punitiva: sanção consistente na aplicação

²¹ “Aquele que não pode querer e entender não incorre em culpa e, *ipso facto*, não pratica ato ilícito” (GONÇALVES, 2016, p. 35).

de uma pena civil ao ofensor como forma de desestímulo de comportamentos reprováveis; (3) função precaucional: possui o objetivo de inibir atividades potencialmente danosas.

Ademais, a responsabilidade civil possui algumas classificações, dentre elas estão a responsabilidade civil contratual e a extracontratual. A primeira diz respeito à responsabilidade que deriva de um contrato prévio realizado entre as partes, assim o prejuízo causado é o de não cumprir a obrigação contratual, ser inadimplente. Nesse caso, no que diz respeito ao ônus da prova, o credor somente é obrigado a demonstrar que houve uma violação contratual e que o devedor não cumpriu com o avençado. Assim, o devedor fica ao encargo de reparar o dano, salvo se demonstrar que se enquadra nas hipóteses de excludente de ilicitude²² admitidas em lei, sendo elas: força maior ou caso fortuito²³ e culpa exclusiva da vítima, as quais, “por romperem o nexo de causalidade, afastam o próprio dever de reparar os danos” (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2015, p. 380).

Já a segunda, denominada responsabilidade extracontratual ou responsabilidade aquiliana, é aquela que não é derivada de um contrato. Assim, possui sua gênese quando o indivíduo viola um dever legal, sendo essa a hipótese de aplicação do artigo 186 do Código Civil de 2002 que diz: “todo aquele que violar direito e causar dano a outrem comete ato ilícito” (BRASIL, 2002). Nesses casos, fica a encargo do autor da ação o ônus da prova de que o fato se deu por culpa do agente (GONÇALVES, 2019). Então, pode-se afirmar que foi por meio da Lex Aquiliana que a culpa se incorporou definitivamente à responsabilidade civil extracontratual (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017).

Esta culpa, definida pelo artigo 186 do CC de 2002, segundo “a teoria clássica, é o principal pressuposto da responsabilidade subjetiva, onde, nesse caso, a terminologia da palavra diz respeito ao seu sentido *lato sensu*”. Dessa forma, abarca tanto o dolo, quanto a culpa *stricto sensu*. Segundo esta concepção, a vítima só

²² A única possibilidade deferida ao ofensor para se exonerar da obrigação de indenizar será a demonstração de que um fato externo é a causa do evento danoso. Isto é, ele foi um “aparente” agente, pois a real causa do evento deve ser atribuída a uma nova série causal, completamente independente ao seu fato ou atividade, e de caráter inevitável. Um fato que “exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado”, conforme enuncia o § 1º do art. 13 do Código Penal (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2015, p. 380).

²³ A força maior como um evento produzido pelas forças da natureza (v. g. terremoto, raio), enquanto o caso fortuito se prenderia ao fato humano não individualizado (v. g. greve, conflito armado) (*ibid.*, p. 381).

poderá receber a reparação do dano sofrido se conseguir provar a culpa do agente (CAVALIERI FILHO, 2012).

Nesse sentido, preceituam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011, p. 167) que:

Em nosso entendimento, portanto, a culpa (em sentido amplo) deriva da observância de um dever de conduta previamente imposto pela ordem jurídica em atenção à paz social. Se esta violação é proposital, atuou o agente com dolo; se decorreu de negligência, imprudência ou imperícia, a sua atuação foi apenas culposa, em sentido estrito.

Assim, para a ocorrência da culpa em sentido amplo, são necessários três requisitos. O primeiro diz respeito à voluntariedade do comportamento do agente, sendo assim, a ação daquele que deu causa ao dano deve ocorrer de forma voluntária para que se possa incidir a culpa, ou o dolo nas situações em que o agente realizar o ato almejando causar efetivamente o dano. A segunda é a previsibilidade, em que se entende que só é possível se falar em culpa se o prejuízo causado for previsível, ou seja, se aquele dano ocorrido pudesse ter sido anteriormente previsto. E, por fim, a violação a um dever de cuidado, sendo esse uma implicação do próprio conceito de culpa (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011). Este último diz respeito também à culpa em sentido estrito, que possui três formas de manifestação: a negligência²⁴, a imprudência²⁵ e a imperícia²⁶.

Portanto, para a concretização do dever de indenizar para o Código Civil de 1916, pouco importava, a priori, se o dano foi originado tendo como fundamento o dolo ou a culpa leve (BRASIL, 1961). Nesse sentido, para efeitos de indenização, no âmbito civil, não se distinguia a culpa em sentido estrito da culpa em sentido amplo (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011).

Com a promulgação do Código Civil de 2002 se pôde entender que o legislador passou a utilizar, além da extensão do dano como “termômetro de mensuração da reparação civil”, os graus de culpa (levíssima, leve e grave). Visto que preconiza o

²⁴ “Na negligência, alguém deixa de tomar uma atitude ou apresentar conduta que era esperada para a situação. Age com descuido, indiferença ou desatenção, não tomando as devidas precauções. Um pai de família que deixa uma arma carregada em local inseguro ou de fácil acesso a crianças, por exemplo, pode causar a morte de alguém, por uma atitude negligente” (MPPR, 2021)

²⁵ “a imprudência, por sua vez, pressupõe uma ação precipitada e sem cautela. A pessoa não deixa de fazer algo, não é uma conduta omissiva como a negligência. Na imprudência, ela age, mas toma uma atitude diversa da esperada” (MPPR, 2021)

²⁶ “para que seja configurada a imperícia é necessário constatar a inaptidão, ignorância, falta qualificação técnica, teórica ou prática, ou ausência de conhecimentos elementares e básicos da profissão.”. (MPPR, 2021)

parágrafo único do art. 944 do CC de 2002 que o juiz, pautado na equidade, pode reduzir o *quantum* indenizatório do réu se perceber uma desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, nos casos de culpa leve ou levíssima (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011).

Ademais, o ideal de culpa provada (responsabilidade subjetiva), com a implantação do Código de 2002, deixou de ser a regra geral, passando a existir ao lado da responsabilidade objetiva implementada pela teoria do risco. Uma vez que “a concepção restritiva da culpa, dada a sua imprecisão, não poderia resolver os complexos problemas referentes à responsabilidade civil” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 86).

Por conseguinte, de acordo com Carlos Roberto Gonçalves, tem-se buscado até os dias atuais fundamentar a responsabilidade na ideia de culpa, mas, nas hipóteses em que essa for insuficiente, o legislador fixou casos especiais em que a obrigação de reparar deve ocorrer independente de culpa, “não prevendo, porém, a possibilidade de o agente, mediante a inversão do ônus da prova, exonerar-se da responsabilidade se provar que adotou todas as medidas aptas a evitar o dano” (GONÇALVES, 2012, p. 29).

Dessa maneira, surgiu a responsabilidade fundada na teoria do risco, baseada na premissa de que aquele indivíduo que realiza determinada atividade econômica buscando auferir lucro deve responder pelo risco inerente a tal atividade e se responsabilizar por todos os danos decorrentes dela (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2015). Por esse motivo, de acordo com Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 30), “o fundamento da responsabilidade civil deixou de ser buscado somente na culpa, podendo ser encontrado também no próprio fato da coisa e no exercício de atividades perigosas que multiplicam o risco de danos”.

Assim, passou a vigorar a teoria do risco, também denominada de risco criado, introduzida pelo Código Civil italiano de 1942, em que, para incidir a responsabilização civil em face do agente, se deve levar em consideração se a atividade realizada resulta por si só em uma exposição ao perigo, bem como a potencialidade daquela ação ocasionar um dano. Dessa forma, entende-se que nesse tipo de responsabilidade “leva-se em conta o perigo da atividade do causador do dano por sua natureza e pela natureza dos meios adotados” (VENOSA, 2017, p. 395).

Nesse sentido, preconiza o art. 927 do Código Civil de 2002 que:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (BRASIL, 2002)

Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2012), o parágrafo único do dispositivo acima trouxe uma grande inovação, na medida em que não revogou as leis especiais que tratavam sobre responsabilidade civil objetiva e permitiu, ainda, que a jurisprudência tenha a prerrogativa de considerar certas atividades já existentes e aquelas que ainda virão a existir como perigosas ou de risco.

Entretanto, é importante frisar que a responsabilidade sem culpa ou objetiva é aquela que pode ser aplicada somente quando existir lei expressa que autorize a sua incidência, ou nos casos em que o magistrado, ao analisar o caso concreto, reconheça a sua aplicação. Desde que, nesse caso, o causador do dano incorra em uma “atividade normalmente desenvolvida por ele” (VENOSA, 2017, p. 397). Assim, em regra, entende-se que, na falta de lei expressa que a regule, a responsabilidade decorrente de ato ilícito será a subjetiva

Por conseguinte, sabe-se que a responsabilidade sem culpa também tem como fundamento basilar o princípio da equidade, afinal, quem aufere os cômodos de uma situação deve também suportar os incômodos. Por esse motivo, na responsabilidade objetiva a regra geral é sempre levar em consideração o dano sofrido em detrimento do dolo ou da culpa. Assim, para que nasça o dever de indenizar, basta haver os seguintes pressupostos: conduta do agente, dano e nexo de causalidade, não existindo a necessidade da prova da culpa para a incidência da responsabilização do agente frente à vítima (VENOSA, 2017).

Após a breve explanação a respeito dos tipos de responsabilidade, faz-se imperiosa a compreensão dos pressupostos necessários para a sua incidência. Em que entre a responsabilidade civil subjetiva e a objetiva somente haverá a diferenciação da implantação da culpa, visto que, como demonstrado acima, não há de se falar em culpa na responsabilização objetiva.

O primeiro requisito necessário em ambos os tipos de responsabilidade é a ação ou omissão humana, a qual deve ser volitiva, ou seja, decorrente da vontade do

agente, que possui o discernimento necessário para compreender as consequências dos seus atos. Assim, entende-se que a voluntariedade não se traduz na intenção ou não de causar o dano, mas na consciência do ato que se está tendo ou omitindo (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017).

Nesse sentido, Sergio Cavaliere Filho (2012) elucida que a conduta humana é um comportamento que se traduz em uma ação ou omissão decorrente de um ato de vontade que tem com efeito a produção de consequências jurídicas. Entende-se a ação e omissão como o aspecto físico da conduta, enquanto a vontade diz respeito ao caráter psicológico ou subjetivo. Assim, a ação pode ser definida como um comportamento positivo que tem caráter comissivo, podendo ser compreendida como o fazer algo. Já o caráter omissivo pode ser entendido como a falta de um comportamento que deveria ter sido realizado, sendo assim, é caracterizado como a inatividade de uma ação, uma vez que se tem o dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir um resultado.

Outro elemento da responsabilidade civil é o denominado nexos causal, sendo este o instituto que possui como função unir o agente ao dano. Dessa forma, pode-se afirmar que é por meio da análise da relação causal que se conclui quem foi o causador da conduta danosa (VENOSA, 2017). Assim, a palavra nexos faz jus a sua etimologia, derivada do latim *nexus*, a qual possui como significado o conceito de unir, ligar. Já o termo “causal” possui como origem um efeito ou consequência que tem como gênese determinada conduta (PASCINI, 2012).

No âmbito da responsabilidade civil, o nexos causal possui duas funções: a primeira é de ser o meio pelo qual se identifica a quem deve ser atribuído o fato danoso, ou seja, quem será responsabilizado pelo dano. E a segunda é o fato de o nexos de causalidade ser utilizado como fator indispensável para a verificação da extensão do dano causado, servindo, assim, como medida do *quantum* indenizatório (TEPEDINO; TERRA; GUEDES, 2020). Assim, o artigo 944 do código civil objetivamente dispõe que “conforme a sua participação causal para o evento, o agente contribuirá para a reparação integral, considerada como a maior coincidência possível entre a sua situação atual e aquela anterior à geração do dano” (BRAGA NETTO; FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 367).

Desse modo, o nexos de causalidade é aquele que faz a junção entre dois elementos: conduta e dano, determinando a quem deve ser atribuído o resultado

danoso. Nesse sentido, o código civil definiu, em seu art. 403, a chamada teoria da interrupção do nexo de causalidade, ou a chamada teoria da causalidade direta e imediata (BRASIL, 2002). Entretanto, por insuficiência dessa teoria para a explicação do dano considerado remoto, adotou-se a subteoria da causa, a qual defende que deve ser atribuído o dever de reparar quando o evento que deu causa ao dano é imprescindível para que aquele ato danoso tenha ocorrido. “Em síntese, o dever de reparar surge quando o evento é efeito necessário de certa causa” (TEPEDINO; TERRA; GUEDES, 2020, p. 45).

Além da conduta humana e do nexo de causalidade ou nexo causal, existe um terceiro elemento caracterizador da responsabilidade civil. Em outras palavras, esse requisito, assim como os acima já explicitados, é indispensável para que haja a responsabilização de determinado indivíduo. Assim, conforme a pacífica doutrina, o terceiro elemento essencial para caracterização da Responsabilidade Civil (seja contratual ou extracontratual) é o “dano”.

O supracitado elemento nada mais é do que o resultado da conduta humana que, através de uma consecução, um caminho, um nexo de causalidade, produz no mundo dos fatos ou no mundo jurídico uma espécie de resultado – naturalístico ou não – danoso para determinado indivíduo ou conjunto – determinado ou ainda indeterminado – de indivíduos.

Em sua perspectiva conceitual ontológica, a partir de uma análise do artigo 186 do Código Civil, o resultado danoso (igualmente a violação de direito) é a consequência que evidencia o ato ilícito e autoriza a reparação civil constitucionalmente prevista, veja-se:

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 (BRASIL, 2002).

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

X - São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (BRASIL, 1988).

Nesse passo, percebe-se que o resultado danoso, oriundo da conduta humana ligada danosa, autoriza reparação, tanto material, quanto moral.

4.2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS: DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR À ADOÇÃO

Antes que se apresente a discussão principal cujo objetivo é de responder à questão problema motivadora dessa pesquisa, faz-se necessário que haja uma retomada dos principais conceitos e fundamentos aqui expressos anteriormente, a fim de que exista uma maior consistência, coerência e objetividade no que se refere à argumentação e ao posicionamento que aqui será defendido.

Como dito alhures, a família é uma espécie de pilar da sociedade, uma base, um sustentáculo social que garante firmeza para a própria manutenção do Estado e do corpo social.

Tanto é assim que, a título de exemplo, cabe citar o próprio texto constitucional que demonstra o espírito de proteção especial dado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 a esta instituição, inclusive, facilitando a sua criação (a exemplo do instituto da união estável consagrado do texto) e desenvolvimento, bem como garantindo fundamental assistência para a sua manutenção, articulação, progressão e bom funcionamento. Veja-se:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

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

Da análise do texto constitucional, bem como a partir do que já foi expresso no parágrafo anterior, percebe-se que o legislador constituinte originário foi enfático ao eleger a “instituição família” como base da sociedade. Em outras palavras, esta instituição é o “suporte, pedestal, alicerce”, o “apoio firme” e o “principal fundamento” do organismo social (XIMENES, 2000).

É tão explícita a intenção do legislador em favorecer a criação da entidade familiar – a fim de que os indivíduos possam gozar dessa instituição base – que o texto constitucional eleva o instituto da união estável ao nível de arranjo capaz de gozar do *status* de entidade familiar.

Além disso, também resta notório que o legislador constituinte originário elegeu certas categorias de indivíduos como sujeitos de direito que merecem especial assistência da já referida instituição, qual seja, a família.

Estes sujeitos, como é perceptível, são as crianças, os adolescentes e os jovens, os quais podem, inclusive, cobrar do Estado a contrapartida do compromisso constitucionalmente assumido de, não somente assegurar os direitos à vida, saúde, educação, alimentação, profissionalização, cultura, dignidade, respeito, liberdade, lazer e os direitos atinentes a não discriminação, não negligência, não crueldade, não violência, não exploração e não opressão, mas também o cumprimento da garantia de, em absoluta prioridade (ou seja, de forma absoluta), fazer a criança, o adolescente e o jovem gozarem da convivência familiar.

Assim, é notório que a família é uma instituição necessária até mesmo para o bom funcionamento da sociedade e do Estado, e que o próprio Estado garante, em especial, à criança, ao adolescente e ao jovem o direito de ter uma convivência familiar.

Nessa senda, cabe apontar que, como fica subentendido da leitura de toda a argumentação até aqui exposta, o instituto da adoção (em qualquer de suas modalidades possíveis) nada mais é do que uma forma, um mecanismo, um caminho, uma via para tornar o direito constitucionalmente garantido de convivência familiar passível de fruição pelos seus destinatários, em especial as crianças e os adolescentes.

Para além do que foi dito, é também necessário que haja a retomada e sintetizada do que vem a ser a responsabilização civil. Como restou expresso no capítulo 4, a responsabilidade civil nada mais é do que uma forma de se responsabilizar um determinado agente por um dano ilícito causado a outrem, sendo que tal dano pode ser imputado ou ligado àquele agente causador.

Desse modo, tanto a responsabilidade contratual, quanto a extracontratual restam caracterizadas a partir da identificação dos seus três elementos caracterizadores: a conduta humana, o nexo de causalidade e o dano (resultado danoso).

Assim, a responsabilização aquiliana pode ser de natureza material ou moral. A primeira ocorre quando há uma lesão a determinado elemento patrimonial da vida do

indivíduo, que, em regra, gera uma situação de perda emergente ou de lucro cessante. Nesse sentido, preleciona o Código Civil: “Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar” (BRASIL, 2002).

A responsabilidade por dano moral, por sua vez, ocorre quando a conduta do agente gera um resultado danoso não a um bem determinado, patrimonial, mas a algum direito que esteja abrigado pelos “corolários da dignidade humana” (MORAES, 2007).

Maria Celina Bodin de Moraes, defendendo que o dano moral é um dano a um direito personalíssimo, expõe quatro corolários como uma espécie de identificadores do dano moral, quais sejam: igualdade, integridade psicofísica, solidariedade e liberdade (MORAES, 2007).

O corolário da igualdade está atrelado às violações que lesionam formalmente ou substancialmente o dever de paridade das relações humanas. Assim, em sentido formal, por exemplo, todos são iguais perante a lei e, por consequência, qualquer tratamento discriminatório ilegal gera um dano moral. Já no aspecto substancial, o tratamento discriminatório é necessário para que se chegue a uma paridade, por isso, quando não constatado, existe um dano moral. Veja-se:

Adotou-se então, normativamente, uma outra forma de igualdade, a chamada igualdade substancial, cuja medida prevê a necessidade de tratar as pessoas, quando desiguais, em conformidade com a sua desigualdade; essa passou a ser a sua formulação mais avançada da igualdade de direitos. (MORAES, 2007, p. 86)

No que diz respeito ao corolário da integridade psicofísica, entende-se como uma ampla proteção que vai desde o corpo até a própria identidade, perpassando pela proteção de uma espécie de saúde ou integridade psicológica ou da psiquê humana. Anote-se:

Na esfera cível, no entanto, a integridade psicofísica vem servindo a garantir numerosos direitos da personalidade (vida, nome, imagem, honra, privacidade, corpo, identidade pessoal), instituindo, hoje, o que se poderia entender como um amplíssimo “direito a saúde”, compreendida esta como completo bem-estar psicofísico e social. (MORAES, 2007, p. 94)

Ainda, a solidariedade, penúltimo pilar estruturante, atrela-se às lesões que encontram no grupo o seu pressuposto existencial, observe-se:

Assim, ela abrangeria os danos sofridos no âmbito familiar nas mais diversas medidas, desde a lesão à capacidade procriadora ou sexual do cônjuge até

a violência sexual praticada contra filha menor, do descumprimento da pensão alimentícia de filho, do não-reconhecimento voluntário de filho ou criação de dificuldades a esse reconhecimento. (MORAES, 2007, p. 116)

Por fim, o último corolário da dignidade humana é o da liberdade. Este, por sua vez, está imbricado com a ideia de vida privada, principalmente no que diz respeito à possibilidade de fazer escolhas livres, sem nenhuma interferência ou violação, por óbvio, respeitando os limites estabelecidos pelo próprio ordenamento jurídico. Sobre tal postulado:

O princípio da liberdade individual se consubstancia, cada vez mais, numa perspectiva de privacidade, de intimidade, de exercício da vida privada. Liberdade significa, hoje, poder realizar, sem interferência de qualquer gênero, as próprias escolhas individuais, exercendo-as como melhor convier. (MORAES, 2007, p. 107)

No que se refere ao dano moral, é importante que se exponha que qualquer dano causado a um desses corolários se torna passível de reparação. Assim, mesmo que não haja – em decorrência do ato danoso – um elemento externo que sirva como identificador da existência do dano moral (a exemplo da dor, da angústia extrema, da quebra de confiança, do transtorno, da criação de sintomas psicossomáticos etc.), existindo violação a direitos da personalidade, restará caracterizado o dano moral.

Nesse sentido, também parece pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, veja-se decisão modelo:

O dano moral caracteriza-se por uma ofensa a direitos ou interesses juridicamente protegidos (direitos da personalidade). A dor, o vexame, o sofrimento e a humilhação podem ser consequências do dano moral, mas não a sua causa. Dano moral: é a ofensa a determinados direitos ou interesses. Basta isso para caracterizá-lo. Dor, sofrimento, humilhação: são as consequências do dano moral (não precisam necessariamente ocorrer para que haja a reparação). (BRASIL, 2015)

Assim, percebe-se que, diferente do dano material, o dano moral não necessariamente exige um elemento evidenciador externo ao indivíduo para a sua caracterização e posterior reparação, basta que ocorra uma violação aos “corolários da dignidade humana” (MORAES, 2007, p. 86).

4.3 A POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL NO ATO DE DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO: UMA ANÁLISE TÉCNICA, JURÍDICA E SISTEMÁTICA DA QUESTÃO

A partir do que já foi discutido até aqui, percebe-se a grande complexidade da questão central: a possibilidade de responsabilizar civilmente o adotante desistente durante o processo de adoção.

Primeiro, é perceptível que a própria natureza que o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/90) dá ao instituto e ao processo de adoção já demonstra a seriedade e a preocupação com que o legislador tratou tal temática. Não é preciso muito esforço para notar que há um procedimento rigoroso e minucioso para que a adoção seja legitimada e realizada.

Assim, a Lei n.º 8.069/90 começa a expor o espírito do instituto da adoção ao demonstrar a necessidade da presencialidade e pessoalidade na adoção. Em outras palavras, a lei é clara ao apontar que é necessário que haja contato humano, proximidade entre os envolvidos em todo o procedimento da adoção, pois proíbe expressamente a adoção por procuração. Segue a literalidade do ECA: “Art. 39. A adoção de criança e de adolescente reger-se-á segundo o disposto nesta Lei. [...] § 2º. É vedada a adoção por procuração” (BRASIL, 1990).

Confirmando a seriedade do instituto da adoção, como já dissertado aqui neste esforço acadêmico, o ECA aponta para a irrevogabilidade da adoção (BRASIL, 1990), o que demonstra a necessária reflexão do agente que irá ingressar nesse procedimento em busca da paternidade ou maternidade.

O ECA também ratifica a necessidade de presencialidade e pessoalidade no procedimento de adoção quando põe como condicionante para a efetivação da adoção uma etapa predecessora de convivência entre o adotante e o possível adotado.

Essa etapa é denominada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, como já dito em tópico próprio aqui posto, como “estágio de convivência”. Nesse sentido: “Artigo. 46. A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo máximo de 90 (noventa) dias, observadas a idade da criança ou adolescente e as peculiaridades do caso” (BRASIL, 1990).

Assim, tanto é direito do adotado essa etapa de convivência, como também do adotante, sendo que, como exposto, o período geral de convivência é de 90 dias (salvo exceções previstas na própria lei). Ao final do estágio de convivência haverá uma espécie de avaliação de uma equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude. Essa equipe emitirá um laudo a partir do acompanhamento que deve ocorrer durante o processo de convivência, como preleciona o artigo 46 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Como já abordado em tópico próprio nas linhas dessa monografia, desde antes do mero início do processo de adoção é possível que exista na criança uma expectativa no que se refere ao fato de “ser adotado”. Essa expectativa por parte da criança e do adolescente, em regra, aumenta quando um procedimento de adoção começa a ocorrer.

Nessa linha de inteligência, tendo em vista que o Estatuto da Criança e do Adolescente não veda expressamente a desistência da adoção, pode-se inferir que, enquanto não houver o trânsito em julgado da sentença que conceda a adoção (pois, se houver sentença, esta será irrevogável, por regra), constituindo todos os poderes que são devidos ao adotante, existe a possibilidade de desistência no curso do processo de adoção.

Porém, apesar da possibilidade interpretativa citada, não se pode olvidar ou deixar de se perceber que existe toda uma sistemática principiológica envolvendo a proteção dos direitos e interesses da criança e do adolescente no sistema jurídico brasileiro. Desse modo, o adotante não pode abusar do direito que tem de desistir da adoção.

Assim, frente ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e da própria proteção à dignidade da pessoa humana insculpida e salvaguardada pelo artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988), não se pode permitir que o adotante use o direito de desistência a seu critério e no tempo em que achar conveniente sem que nenhuma consequência jurídico punitiva e pedagogia lhe seja aplicada.

O próprio ECA, em seus artigos 3º e 5º, dispõe sobre a proteção da criança e do adolescente, afirmando que estes possuem o direito de gozarem de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. Desse modo, não autoriza, em nenhuma hipótese, que os infantes sejam “alvos de qualquer forma de abandono e negligência, devendo ocorrer a punição de quem assim procede” (MENDES; ROCHA, 2018, p. 07).

Nesse sentido, cabe lembrar o que preleciona o Código Civil brasileiro: “Artigo 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (BRASIL, 2002).

É nítido que o sistema jurídico brasileiro não permite que um indivíduo, mesmo sendo detentor de determinado direito, o exerça de maneira ilimitada e de acordo somente com seu arbítrio. O artigo 187 do Código Civil, como visto, consagra a teoria do abuso de direito, a qual aponta que mesmo o exercício de um determinado direito (seja subjetivo, potestativo etc.) deve respeitar determinados limites, como as limitações impostas pelo fim social e pela boa-fé.

Assim, tendo em mente a melhor proteção da criança e do adolescente, percebe-se que é necessário que exista a imputação de uma consequência jurídico punitiva e pedagógica para o adotante que inicia o processo de adoção sem a necessária convicção do que quer, desprezando as expectativas legítimas criadas na criança e no adolescente antes e durante o processo de adoção.

Parece de acordo com o próprio espírito do ordenamento jurídico brasileiro responsabilizar o adotante que abusa do seu direito de desistência, desprezando todos os fins sociais e a própria boa-fé que envolvem o processo de adoção e não colocando o melhor interesse da criança e do adolescente como guia de suas ações e comportamentos.

4.4 NATUREZA DOS DANOS E DA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO ADOTANTE DESISTENTE

Na concepção de Yussef Said Cahali (2011, p. 20), o dano moral, diferente do patrimonial – que atinge o patrimônio econômico no indivíduo –, é aquele que “molesta gravemente a alma humana, aferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado”.

Assim, a partir da análise do processo de adoção e de toda a presencialidade, pessoalidade e humanidade que o envolve, como já restou demonstrado alhures, é natural afirmar que a maioria dos danos que podem ocorrer a partir de uma desistência de adoção no curso do procedimento adotivo é de natureza extrapatrimonial.

Desse modo, a partir do que aqui já foi exposto, é possível notar que os “corolários da dignidade humana” (MORAES, 2007, p. 86) da criança são atingidos quando existe uma desistência durante o processo de adoção. Diante disso, a responsabilidade civil nos casos de desistência do processo de adoção será de predominante natureza moral pura.

Destarte, é notável que o ressarcimento pelos danos morais causados às crianças e aos adolescentes, após a devolução, não possui o condão de apagar o sentimento de frustração e abandono vivenciado por eles. Na verdade, tem a função de inibir que os adotantes realizem condutas imprudentes, de modo a infringir o princípio da proteção integral por impactarem de forma negativa a vida dos infantes, os quais já se encontram em uma situação de fragilidade decorrente das duras circunstâncias já vivenciadas (SANTOS; VIEGAS, 2019).

Assim, entende-se que o dano moral oriundo da desistência da adoção possui tanto o caráter pedagógico, ou seja, de ensinar a futuros adotantes a terem consciência de que suas decisões implicam diretamente na vida de um ser vulnerável que é o infante, bem como o de compensar a criança ou adolescente vítima da desistência pelo sofrimento. Dessa forma, o valor da indenização deve ser revestido para tratamentos psicológicos ao adotando.

4.5 LIMITES ENTRE O EXERCÍCIO REGULAR DO DIREITO E O ABUSO DE DIREITO

Sabe-se que todas as situações jurídicas decorrentes de um direito subjetivo são reconhecidas e protegidas pelo ordenamento jurídico brasileiro, pois a sua existência e efetivação tem como função uma finalidade econômica e social. Assim, “todas as vezes que o direito é exercido de acordo com essas finalidades, está dentro de seus quadros teleológicos” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 202). Entretanto, existem situações em que o titular de determinado direito deixa de exercê-lo de acordo com tais finalidades, realizando uma ação que se distancia das funções pré-estabelecidas pelo legislador constituinte ao criar determinado direito (CAVALIERI FILHO, 2014).

Surge, então, a caracterização do abuso de direito o qual, é, portanto, o exercício de um direito de modo a afastá-lo da ética e finalidade social pelo qual foi criado. Desse modo, o principal fundamento do abuso de direito é impedir que tal direito possa ser usado como forma de opressão, em que seu exercício abre margem para que o

direito de outrem seja violado. Assim, entende-se que, nessa hipótese, “a conduta está em harmonia com a letra da lei, mas em rota de colisão com os seus valores éticos, sociais e económicos” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 204), ou seja, em confronto com o conteúdo axiológico.

Nesse sentido, o adotante, por não existir vedação expressa que proíba a desistência da adoção no curso do processo de adoção, poderá desistir da adoção. Porém, não é possível afirmar que esse direito de desistência será exercido de acordo com o arbítrio do adotante e no momento que aquele achar devido e oportuno, sem que nenhuma consequência jurídico punitiva e pedagógica seja aplicada em relação a tal comportamento.

É preciso que se identifique o que vem a ser o uso do direito de desistência e o que pode ser caracterizado como abuso do direito de desistência por parte do adotante. Por isso, é necessário que se observem as etapas do processo de adoção e o momento em que o direito de desistência será exercido, a fim de que se identifique ou não um abuso ou um uso regular do direito.

Nessa linha de intelecção, toda vez que o direito de desistência violar os fins sociais do instituto da adoção, a boa-fé, os direitos da personalidade e seus corolários da dignidade humana (MORAES, 2007), o melhor interesse da criança e do adolescente (garantido pelo artigo 227 da Constituição da República Federativa do Brasil), bem como os princípios já anteriormente citados, restará caracterizado o abuso de direito e a prática de ato ilícito, em conformidade com o que preleciona o artigo 187 do Código Civil (BRASIL, 2002).

Assim, a partir da análise do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990) e da Lei n.º 12.010 (BRASIL, 2009), pode-se dividir de forma didática o procedimento da adoção em alguns momentos distintos: I – Momento anterior ao período de convivência; II – Momento em que ocorre o período de estágio de convivência; III – Momento em que ocorre a guarda provisória.

Nos subtópicos seguintes será feita uma análise da relação entre a desistência da adoção e os danos causados à criança e ao adolescente envolvidos no processo de adoção.

4.5.1 Desistência da adoção em momento anterior ao estágio de convivência

Conforme já dito, o artigo 46 do ECA expõe que o estágio de convivência é etapa anterior condicionante da adoção (BRASIL, 1990). É necessário lembrar que o procedimento da adoção não começa, porém, nesse estágio. Assim, como antes do estado de convivência, em regra, não há uma relação pessoal entre o adotante e o adotado, percebe-se que é difícil estabelecer uma responsabilização civil em relação ao adotante desistente.

4.5.2 Desistência da adoção quando já existe o estágio de convivência

Antes de analisar os efeitos da desistência da adoção no período de estágio de convivência, primeiro é preciso que se entenda o que realmente significa esse período. Conforme preleciona Rodrigo Cunha Pereira, o estágio de convivência, insculpido no artigo 46 do Estatuto da Criança e do Adolescente, é uma espécie de período de teste. Assim, na esteira dessa linha de pensamento, haveria a possibilidade de o adotante desistir ainda nessa fase do procedimento sem que isso acarretasse necessariamente uma consequência jurídico punitiva (PEREIRA, 2020)

Ocorre que, apesar de ser possível se pensar que o estágio de convivência é realmente um teste, nem toda desistência ocorrida nesse período pode ser considerada como manifestação do exercício regular de um direito. Sobre isso, cabe apontar que existem tribunais no Brasil que defendem a possibilidade de responsabilização civil durante o processo de adoção na etapa de estágio de convivência. Veja-se:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* OCORRENTE. GUARDA PROVISÓRIA. DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO DURANTE O ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA. NEGLIGÊNCIA E IMPRUDÊNCIA DOS ADOTANTES CARACTERIZADA. DANO MORAL CONFIGURADO. DEVER DE INDENIZAR PRESENTE. VALOR DA INDENIZAÇÃO MANTIDO. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. O art. 201, IX, da Lei n.º 8.069, de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente confere legitimidade ativa extraordinária ao Ministério Público para ingressar em juízo na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis afetos à criança e ao adolescente. 2. Assim, o Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública, cujo objetivo é responsabilizar aqueles que supostamente teriam violado direito indisponível do adolescente. 3. Embora seja possível desistir da adoção durante o estágio de convivência, se ficar evidenciado que o insucesso da adoção está relacionado à negligência e à imprudência dos adotantes e que desta atitude resultou em comprovado dano moral para o adotando, este deve ser indenizado. 4. O arbitramento da indenização pelo dano moral levará em conta as consequências da lesão, a condição socioeconômica do ofendido e

a capacidade do devedor. Observados esses elementos, o arbitramento deve ser mantido. 5. Apelação cível conhecida e não provida, mantida a sentença que acolheu em parte a pretensão inicial, rejeitada uma preliminar. (MINAS GERAIS, 2018)

Da análise da decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no referido processo de relatoria do desembargador Caetano Levi Lopes, é perceptível a posição de proteção do melhor interesse da criança e do adolescente. No caso, nota-se que houve um comportamento negligente e imprudente dos adotantes, que depois desistiram do processo, gerando danos psicológicos ao adotando envolvido da questão. Em outras palavras, estamos diante de uma responsabilização por danos morais com base na responsabilidade subjetiva dos autores, mediante a imputação de conduta ou comportamento eivado de imprudência e imperícia.

Nessa perspectiva, o Ministério Público Estadual ajuizou uma ação na Cidade de Concórdia/SC, tendo como fundamento também a desistência de adoção durante o estágio de convivência em face dos danos psicológicos que tal ocorrido acarretou na vida no infante. Como demonstrado a seguir:

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

Assim, percebe-se que nesse período será possível se falar em responsabilização civil do adotante desistente, em especial quando for evidente algum elemento que denuncie um indício de comportamento eivado de um dos elementos que compõem a responsabilidade subjetiva ao menos culposa (ou seja, a imprudência, a imperícia ou a negligência). Isto ocorre, pois esse lapso de convivência entre o adotando com o adotante “já é suficiente para a formação de vínculos de afeto e afinidade, de tal sorte que a desistência será responsável por uma ideia de abandono, ou no mínimo, uma forma de violência psicológica contra a criança” (REZENDE, 2014, p. 92).

Desse modo, é necessário que haja uma responsabilização do indivíduo que inicia um processo de adoção e não o leva até o fim por conta de seu próprio comportamento, pois deveria entender que o que está em jogo no processo de adoção é o melhor interesse da criança ou do adolescente envolvido. Tanto é assim que o artigo 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente é incisivo ao estabelecer que a adoção só será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos (BRASIL, 1990).

O ECA é preciso: todo o processo de adoção gira em torno da busca pelo maior benefício para a criança e adolescente (BRASIL, 1990), não pelo maior benefício para o “maior adotante”. O adotante que não entende tal sistemática e desiste de um processo de adoção, gerando uma quebra de expectativas na criança e no adolescente por um comportamento, por exemplo, negligente ou imprudente seu, deve responder pela violação ao corolário da integridade psicofísica (MORAES, 2007) do infante ou adolescente.

4.5.3 Desistência da adoção quando já existe a guarda provisória

Sobre a guarda provisória, para melhor entendimento da temática e de sua inserção no processo de adoção, cabe citar lição de Pablo Stolze Gagliano e Fernanda Carvalho Leão Barreto:

A guarda provisória é a etapa que usualmente sucede os estágios de convivência concluídos com êxito, apesar de haver hipóteses de concessão que não passam pela necessidade de prévio estágio. Uma vez sinalizado pela família adotante, ao Juízo da Infância e da Juventude, o seu interesse em concluir a adoção daquela criança ou adolescente, ser-lhe-á atribuída a guarda para fim de adoção. Essa guarda muitas vezes é sucessivamente renovada e já atribui aos adotantes amplos deveres parentais para com os adotandos. Quem milita com o instituto da adoção costuma dizer que a guarda provisória funda a relação paterno ou materno-filial, embora ainda não tenha havido a constituição formal do vínculo, que depende da sentença de adoção. Ademais, durante a guarda provisória, a convivência entre adotantes e adotados não ocorrerá mais no abrigo, e sim no lar dos adotantes. (GAGLIANO; BARRETO, 2020, p. 550)

Percebe-se que a guarda provisória, apesar de não ser exatamente uma etapa obrigatória ou imprescindível no processo de adoção, é etapa que usualmente sucede a conclusão dos estágios de convivência.

Nessa etapa, como se apreende das lições expostas, já existe a formação de uma espécie de vínculo afetivo familiar, sendo assim, caso haja, por exemplo, um rompimento abrupto na relação, a criança ou o adolescente adotando sofrerá

inevitáveis danos em sua integridade psicofísica, o que gera para o adotante o dever de indenizar (MORAES, 2007, p. 94-97). Neste sentido, cabe citar o seguinte entendimento:

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

Como forma de consubstanciar o entendimento acima, faz-se necessário mencionar o caso ocorrido no Mato Grosso do Sul, em que os agravantes realizaram o requerimento de adoção do infante quando este tinha somente 3 anos de idade. E infelizmente, os cinco anos subsequentes de vida do adotando foram marcados por mais de uma devolução ao abrigo realizada pelo mesmo casal.

Esse casal, mesmo após ter devolvido a criança da primeira vez, voltou a solicitar uma nova adoção do mesmo infante, para posteriormente desistir novamente sob a alegação de animosidade da criança com a filha maior do casal. Assim, a decisão foi no sentido de que a devolução acarretou um tremendo dano psicológico ao adotante, o qual deveria ter seu tratamento psicológico custeado pelos causadores do dano.

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - TUTELA ANTECIPADA - DETERMINAÇÃO PARA PROMOÇÃO DE TRATAMENTO PSICOLÓGICO AO MENOR SUBMETIDO A SUCESSIVAS TENTATIVAS DE ADOÇÃO PELO MESMO CASAL, COM POSTERIOR DESISTÊNCIA - PRESENÇA DOS REQUISITOS PARA A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA - RECURSO IMPROVIDO. (MATO GROSSO DO SUL, 2012).

Desse modo, é perceptível, ao se analisar o caso descrito acima, a idealização do filho perfeito por parte dos adotantes, que não aguentam lidar com a frustração de não terem suas expectativas irreais atendidas, o que culminou na devolução da criança para a instituição governamental.

Assim, apesar de também não se poder dizer que não há nenhuma hipótese em que poderá haver um exercício regular de direito de desistência de adoção na etapa aqui referida, percebe-se que neste momento do processo de adoção a formação de vínculo já é de extrema visibilidade e notoriedade.

O fato de o indivíduo manter a guarda provisória do adotando já gera, por si só, mais que uma esperança na criança, mas uma verdadeira certeza da adoção. Por isso, é necessário entender que a quebra dessa confiança, a qual ocorre quando existe a desistência da adoção nessa fase, já representa um abuso de direito consubstanciado na violação da boa-fé.

Nesse sentido também está o Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

EMENTA: DIREITO PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - PEDIDO DE JUSTIÇA GRATUITA REALIZADO NA CONTESTAÇÃO - AUSENTE PROVA DO DEFERIMENTO EM PRIMEIRO GRAU SOMADO À CONDENAÇÃO NA SENTENÇA AOS ENCARGOS DE SUCUMBÊNCIA - APELAÇÃO QUE SE REPORTA AO TEMA - PRELIMINAR REJEITADA - ADOÇÃO - DESISTÊNCIA PELOS PRETENSOS PAIS ADOTIVOS - ABUSO DE DIREITO - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA - DANO MORAL CONFIGURADO - RECURSO NÃO PROVIDO. - Requerido o benefício na contestação e sendo o réu condenado na sentença ao pagamento dos encargos sucumbenciais, sem ressalva, resta claro o indeferimento do pedido - Na hipótese, renovado o pedido de gratuidade judiciária em sede de apelação, deve ser rechaçada a preliminar de deserção - O instituto da guarda é significativo e tem ampla repercussão na vida de crianças e adolescentes, em especial, quando antecede ao processo de adoção - Apesar de não haver vedação para que os futuros pais adotivos desistam da adoção, a interpretação legislativa das normas do Estatuto da Criança e do Adolescente é no sentido de sempre priorizar e resguardar os seus interesses, não podendo se permitir, pois, a revogação da adoção sob qualquer pretexto - Nas relações de família deve-se exigir dos envolvidos um dever jurídico consistente na manutenção de um comportamento ético e coerente, que se traduz na observância ao princípio da boa fé objetiva ou princípio da confiança, sob pena de se configurar o abuso de direito, passível de ser indenizado, com fulcro nos artigos 186 e 187 do Código Civil - Os danos morais devem ser arbitrados à luz do cânone da proporcionalidade, em que há relação de causalidade entre meio e fim, entre a ofensa e os objetivos da exemplaridade, e não, da razoabilidade, aplicável quando há conflito entre a norma geral e a norma individual concreta, entre o critério e a medida. (MINAS GERAIS, 2015)

É perceptível a assertividade do entendimento exposto, pois quando o adotante “rejeita” a criança ou o adolescente com o qual já estava convivendo e exercendo uma espécie de função paternal ou maternal socioafetiva, quebra a confiança e viola a boa-fé, agindo sob a égide do abuso de direito, nos termos do artigo 187 do Código Civil (BRASIL, 2002).

Ademais, faz-se necessário elucidar que o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, adota uma postura de modo a reafirmar a gravidade da desistência da adoção em fase de guarda provisória, uma vez que estabelece sanção aos adotantes a fim de coibirem tal conduta. Como demonstrado no artigo 197-E, § 5, o qual, define que os casos de desistência da guarda para fins de adoção, “importará na exclusão do adotante dos cadastros de adoção e na vedação de renovação da habilitação, salvo decisão judicial fundamentada” (BRASIL, 1990).

4.5.4 Desistência da adoção após o trânsito em julgado da sentença de adoção

De acordo com o preceituado no artigo 39, §1º do ECA, após a decretação da sentença que transita em julgado o processo de adoção, não há mais de se falar em desistência ou devolução, pois tal instituto se torna irrevogável (BRASIL 1990).

Art. 39. A adoção de criança e de adolescente reger-se-á segundo o disposto nesta Lei.

§ 1º A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) (BRASIL,1990).

Tal entendimento possui respaldo no princípio da igualdade entre filhos, o qual, como já explanado nos capítulos anteriores, preceitua não que pode haver tratamento desigual entre o filho tido por meio da adoção, ou aquele nascido de forma biológica. Uma vez que, após a decretação da sentença que concede a guarda definitiva aos adotantes, estes passam por lei a serem os pais daquela criança ou adolescente. Desse modo, assim como não é possível se cogitar devolução de um filho biológico o mesmo deve ser aplicado aos filhos concebidos por meio da adoção.

Ademais, é notório que a filiação adotiva, diferentemente da biológica, é em todos os casos planejada. Dado que, para a sua efetivação é necessário perpassar por um extenso processo burocrático de preparação, que envolve a participação de uma equipe multidisciplinar, “existente para dar suporte aos envolvidos e para que os candidatos a pais tenham ciência das variadas e densas dimensões que o processo de acolher – no coração e na vida – um filho exige” (GAGLIANO; BARRETO, 2020, p. 01). Por esse motivo, é tão difícil conceber que, mesmo após toda essa preparação perpassada pelos adotantes, acrescido ao fato de já ter sido construído um vínculo afetivo entre a criança ou adolescente e os seus “novos” pais, existem ainda aqueles

vão de encontro ao estabelecido em lei e devolvem o adotando quando finalmente adquirem a guarda definitiva do infante.

Assim, em razão do caráter irrevogável da adoção adquirido após a decretação da sentença. Entende-se que, a devolução fática de um filho já adotado caracteriza-se como um ilícito civil, o que culmina em uma responsabilização por parte dos adotantes em face dos danos morais sofridos pelo adotado, bem como o dever de prestação de alimentos ao infante o qual, permanecerá com todos os seus direitos de filho, inclusive os sucessórios. Além de, potencialmente, ser caracterizada como um ilícito penal classificado como abandono de incapaz disposto no artigo 133 do Código Penal²⁷ (GAGLIANO; BARRETO, 2020).

4.6 PROJETO DE LEI N.º 1.048 DE 2020

Atualmente, tramita, no Senado Federal, o projeto lei n.º 1048 de 2020, tendo como autor o falecido Senador Major Olímpio. Tal projeto preceitua uma alteração do §5º, do art. 197-E da Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990, implementando mais três incisos à redação original. Assim, o objetivo desse acréscimo é estabelecer medidas aplicáveis aos adotantes tanto na hipótese em que desistam da adoção no momento da guarda, quanto no caso de devolução do menor já adotado, ou seja, quando a desistência ocorre após a decretação do trânsito em julgado da sentença que concede a adoção.

Dessa forma, a elaboração do projeto teve como justificativa o fato de haver necessidade de se proteger os mais vulneráveis da relação, que no caso do instituto da adoção são as crianças e os adolescentes. Esses são suscetíveis a imensurável sofrimento a sua psique, bem como a danos psicológicos acarretados pela ruptura familiar ocorrida em consequência da devolução do adotando às instituições governamentais (BRASIL, 2020).

Portanto, como formar de cercear tal prática, o projeto elenca sanções aos adotantes que realizam a desistência tanto no período de guarda quanto após a efetiva adoção. Dessa forma, passa a ser responsabilidade do adotante desistente a obrigação de custear o tratamento psicológico do infante para que este possa superar

²⁷ “Art. 133 - Abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono: Pena - detenção, de seis meses a três anos”. (BRASIL, 1940)

os traumas gerados pela devolução, juntamente com o dever de arcar com o valor referente aos danos morais sofridos pela criança ou adolescente. E, por fim, fica a encargo do adotante a obrigação de pagar uma espécie de pensão ao infante até que este atinja a maioridade civil (BRASIL, 2020).

Tais implementações podem ser observadas a seguir:

Art. 197-E [...]

§ 5º A desistência do pretendente em relação à guarda para fins de adoção ou a devolução da criança ou do adolescente depois do trânsito em julgado da sentença de adoção importará na sua exclusão dos cadastros de adoção e na vedação de renovação da habilitação, salvo decisão judicial fundamentada, sem prejuízo das demais sanções previstas na legislação vigente, e em especial:

I – na obrigação de custeio, pelo desistente, do tratamento psicológico e/ou psiquiátrico recomendado para a criança ou o adolescente por equipe interprofissional ou multidisciplinar determinada pela Justiça da Infância e da Juventude;

II – no dever de reparação dos danos morais causados à criança ou ao adolescente, fixado pela Justiça da Infância e da Juventude, que será depositado em favor da criança ou adolescente em uma conta poupança em nome do adotando, que só poderá ser acessada após a criança ou adolescente atingir a maioridade civil;

III – no dever de custear mensalmente à criança ou adolescente até a sua maioridade civil, o valor equivalente a 1/5 (um quinto) do salário mínimo vigente, que deverá ser depositado em uma conta poupança em nome do adotando, que só poderá ser acessada após a criança ou adolescente atingir a maioridade civil. (BRASIL, 2020)

Assim, é notória a necessidade de haver uma regulamentação expressa que abarque quais consequências deverão ser aplicadas ao adotante que desiste do processo de adoção. Tal normatização além de trazer uma segurança jurídica para esses casos, na medida em que permite uma uniformização na forma de responsabilização, também serve como um meio concreto de inibição da prática, tendo em vista que, apesar de haver uma tendência jurisprudencial no sentido da necessidade de responsabilização, a não formalização concreta pode não gerar o impacto necessário para coibir a prática.

Entretanto, deve-se observar que, de acordo com o preceituado no projeto de lei, não há distinção entre a desistência na fase de guarda e a ocorrida após o trânsito em julgado, sendo imputadas as mesmas sanções em qualquer um dos casos. Ocorre que, como demonstrado em tópicos anteriores, apesar de existir sim a possibilidade de responsabilização do adotante no momento da guarda, essa só é configurada quando há uma desistência imotivada ou na hipótese em que os motivos alegados não consubstanciem tal decisão, acarretando a quebra da confiança e boa-fé entre o adotante e adotando. Ou seja, nas situações em que há um abuso do direito de desistir

por parte do adotante. Assim, o mencionado projeto acaba por “presumir” o abuso do direito, alterando a situação atual, na qual é necessária a prova do ilícito.

Dessa forma, nem todos os casos de desistência da adoção no momento da guarda acarretam a responsabilização do adotante, pois deve-se considerar que esta fase ainda se trata de um estágio de convivência, ou seja, é um período de análise para que se possa perceber se de fato houve uma integração do infante com aqueles que desejam dotá-lo.

Por esse motivo, podem existir situações que visando à efetivação do melhor interesse da criança e do adolescente, a desistência se torne a decisão mais viável a ser tomada. Como nos casos em que mesmo após todos os esforços necessários por parte dos adotantes, o adotando não se adaptou à nova família. Assim, entende-se que, nessa hipótese, a desistência seria legítima e válida, pois foi tomada pensando exclusivamente no bem estar do infante.

Destarte, quando o projeto de lei optou por incorporar incisos ao §5 do artigo 197-E do ECA, a interpretação que se tem é que todas as hipóteses de desistência da adoção na etapa da guarda teriam como consequência a implicação das penalidades descritas nos incisos I ao III. Ou seja, para que os adotantes desistentes sejam responsabilizados nesse caso, não seria nem mesmo necessário uma análise prévia do porquê os adotantes desistiram, se de fato o ato acarretou lesões à criança ou adolescente, ou se foi uma atitude pensada em prol do bem estar do infante, pois o ato puro e simples de desistir já acarretaria a aplicação das sanções. Pode-se ousar afirmar, inclusive, tratar-se de uma nova forma de responsabilidade civil objetiva.

Assim, entende-se que a forma como foi estruturado o projeto lei deveria prosperar. Uma vez que, como já demonstrado, é necessário que os adotantes sejam responsabilizados pelas suas ações, principalmente quando essas acarretarem dano ao ser mais vulnerável da relação, que é o infante. Entretanto, apesar de não ser a regra geral, é sabido que nem todos os casos que envolvem a desistência irão possuir os elementos fáticos necessários para a responsabilização do agente.

Por isso, não deveriam ser aplicadas punições aos desistentes analisando apenas o ato de desistir em si, ou seja, sem levar em consideração as motivações que os levaram a tal ato e, principalmente, sem fazer uma distinção entre as fases que

perpassam o processo de adoção, quais sejam, período de convivência em sentido estrito, guarda e, por fim, o trânsito em julgado.

Desse modo, entende-se que o projeto lei trouxe uma boa proposta implementando quais sanções devem ser aplicadas ao adotante desistente. Todavia, a decisão mais acertada seria sugerir a instauração de um novo artigo ao ECA, que dispusesse de modo separado sobre a responsabilização do agente em razão da desistência ao ato de adotar, em cada uma das fases do processo de adoção. Deixando claros quais os pressupostos necessários a serem preenchidos, em cada fase, para que, de fato, o adotante fosse responsabilizado pela desistência, abarcando também quais seriam as exceções aceitas, para, somente no fim, definir quais seriam as punições implementadas em razão de cada desistência.

Por isso, é imprescindível que tal artigo seja minucioso e não simplesmente aborde a desistência de forma geral. Afinal, a intenção é não somente sancionar o agente causador do dano ao infante, mas também uma forma de fazer os adotantes compreenderem em quais hipóteses a desistência seria considerada válida e em quais não seria aceita. Uma vez que, quando são explicitadas em quais situações o adotante possui o direito de desistir e não simplesmente se imputa de forma geral sanções a todos os casos de desistência, evita-se que as pessoas, mesmo nos casos em que a desistência seria a atitude mais benéfica à criança e adolescente, por medo de sofrerem as sanções definidas em lei, deixassem de devolver a criança à instituição governamental, passando a criá-la em um lar hostil e sem o devido amor e afeto merecidos. Ou seja, estar-se-ia indo de encontro ao preceito fundamental do instituto adoção, que é justamente conceder à criança o melhor ambiente possível para um desenvolvimento saudável.

E, por fim, resta mencionar que não se pode imputar as mesmas consequências a desistência que ocorre durante o processo de adoção e aquela após o trânsito em julgado, ou seja, quando de fato já se torna legalmente pai da criança ou do adolescente. Dado que, apesar da desistência durante o processo acarretar, em muitos dos casos, danos imensuráveis ao psicológico do infante, a ocorrência após a sentença que decreta a adoção deve, necessariamente, ser mais gravosa, pois além dos danos à personalidade gerados no adotante, ocorreu também a revogação de um ato tido por lei como irrevogável e potencialmente até mesmo o crime de abandono.

5 CONCLUSÃO

Com base no que foi exposto, percebe-se que a família, apesar de ter sofrido diversas modificações ao longo dos tempos, chegando hoje no multifacetado e amplo conceito atual, o qual não se restringe ao casamento monogâmico – abarcando arranjos como a união estável e família monoparental, como se depreende do artigo 226 da Constituição da República Federativa do Brasil e dos artigos 39 a 52-D do Estatuto da Criança e do Adolescente, mantém-se como instituição base e fundamental para a sociedade. Esse instituto goza não apenas de proteção legal, mas de uma verdadeira sistemática constitucional protetora e facilitadora, como ficou demonstrado neste trabalho.

A adoção, por sua vez, é uma das vias de formação de uma entidade familiar, sendo que, na sistemática jurídica atual, o vínculo adotivo em nada se difere do vínculo de filiação biológica pela própria consagração da isonomia e igualdade entre os filhos presente na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 227, parágrafo 6°. Observou-se, ainda, que qualquer indivíduo, desde que respeitada a regra da maioridade, da diferença mínima de 16 anos entre adotante e adotando, e demonstrado o efetivo benefício ao adotando, conforme o artigo 42, § 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990), poderá ser um adotante. Ademais, foi a partir da implementação do ECA que a adoção passou a ter como objetivo atender ao real interesse do infante, buscando que seus direitos fundamentais e constitucionais sejam garantidos.

Dessa forma, para de fato se tornar um adotante, é necessário inicialmente se perpassar por todas as fases do processo de adoção, a qual tem início na habilitação e se finda após o trânsito em julgado que decreta a sentença. Na adoção, todos esses ditames burocráticos possuem o condão de escolher as pessoas mais indicadas para serem os pais adotivos de uma criança ou adolescente, realizando cursos de instrução para prepará-los para o que seria receber um filho em casa, ajudando-os a compreender os desafios que essa nova fase acarretará e qual a melhor forma de lidar com os eventuais problemas, visando sempre o bem estar do infante.

Infelizmente, apesar de todo o extenso processo para conscientizar os adotantes da importância que as suas ações possuem na vida do infante, a cada dia são

relatados mais casos de desistência ocorridas em fases distintas do processo de adoção.

No mais, apesar de ser um direito do adotante desistir da adoção enquanto não houver sentença transitada em julgado que constitua o vínculo da adoção, como preleciona o artigo 42 do ECA, não se pode permitir que o indivíduo utilize tal direito de modo irrestrito e conforme seu exclusivo arbítrio, pois limites como a boa-fé, o melhor interesse da criança, a dignidade humana e os fins sociais devem ser respeitados no exercício desse direito.

Um dos grandes motivos desencadeadores da desistência está relacionada a idealização do filho adotivo, onde muitos dos adotantes ainda veem a adoção como um meio para se conseguir o filho perfeito, começando no ato de escolha das características físicas do adotado. Assim, ao iniciarem o processo de adoção, os adotantes acreditam que o filho adotivo será a personificação de todos os seus desejos, ou seja, será aquele que possui o melhor comportamento, não acarretando nenhuma dificuldade de criação ou de relacionamento. Ocorre que, quando estas expectativas não são atendidas, gera-se uma frustração nos adotantes, acarretando na devolução da criança à instituição governamental. Percebe-se com isso a objetificação da criança, a qual não é vista como um sujeito de direito, mas como um mero produto.

Nessa senda, ficou comprovado que a desistência da adoção pelo adotante, a depender de quando e como, gerará danos ao adotado que devem ser reparados. Em outras palavras, a depender de como a desistência da adoção ocorra, deve-se impor responsabilização civil ao adotante pelos danos causados à criança ou ao adolescente adotado.

Assim, o ato de devolução para a criança ou adolescente pode ser equiparado a um segundo abandono, como ocorreu primeiramente com a família biológica. Tal ato pode acarretar no infante o agravamento de problemas psicológicos já existente ou o desencadeamento de novos, como dificuldade para controlar suas emoções, problemas de ansiedade, depressão, sentimentos constantes de rejeição e não pertencimento e, no pior dos casos, tais problemas podem evoluir para uma reação psicossomática, ou seja, a gravidade do abalo psicológico foi tão grande que acabou por acarretar doenças físicas.

Desse modo, quando a desistência se manifestar antes do estágio de convivência, em regra, não há que se falar em necessidade de responsabilização civil, pois normalmente não há, nessa etapa, o estabelecimento de uma relação entre adotando e adotante. Já nos casos em que a desistência ocorrer durante o estágio de convivência, poderá haver responsabilidade civil imputada ao adotante quando este agir com imprudência ou negligência, como já demonstrado. Já no que se refere à desistência da adoção na etapa de guarda provisória, a depender dos motivos que levaram à devolução, haverá necessidade de responsabilização civil por rompimento da confiança e da boa-fé, pois já se havia criado na criança a expectativa de finalmente ser aceita e pertencer a uma família.

Pode-se afirmar, ainda, que se deve haver a responsabilização do adotante quando a desistência ocorrer após o trânsito em julgado, pois, após essa fase, o adotante não possui mais o direito que possuía de desistir. Dessa forma, no caso de um responsável, legalmente instituído por lei, não querer mais o adotado, este sofrerá responsabilização por danos morais, proverá a alimentação da criança, além de, a depender do caso, sofrer uma possível ação penal por crime de abandono, instituída no art. 133 do CP.

Por conseguinte, resta claro que a responsabilização dos pais adotivos em razão do ato de devolução do adotante tem o intuito de ressarcir a criança pelos prejuízos sofridos e de ser um meio de desestimular tal prática abusiva, fazendo com que os adotantes repensem na hora de realizarem uma adoção precipitada.

Por esse motivo, pode-se afirmar que é fundamental que as sanções oriundas da desistência da adoção sejam regulamentadas em lei, como uma forma de trazer maior segurança jurídica. Entretanto, diferentemente do que se propõe o projeto lei n.º 1048 de 2020, acredita-se que a melhor forma de se realizar isso não é o acréscimo de incisos ao §5º, do art. 197-E da Lei n.º 8.069, pois a modificação proposta não faz jus em abarcar a desistência da adoção distinguindo os seus efeitos em cada fase do processo adotivo, já que estabelece que, tanto na etapa de convivência quanto após o trânsito em julgado, as implicações da desistência seriam as mesmas.

Dessa forma, o mais coerente é que haja regulamentação sobre as consequências aos adotantes que desistem da adoção, mas estas sanções devem ser aplicadas somente aos casos em que a devolução for realizada visando

exclusivamente a vontade dos adotantes, de modo a ocorrer de fato o abuso ao direito de desistir e quando lesarem a criança ou adolescente. Assim, a lei deve ser clara ao estabelecer quais são as premissas necessárias para que tal ato gere a responsabilização civil em cada uma das fases da adoção, bem como quais seriam as hipóteses de exceção aceitas, de modo a não restringirem o direito dos adotantes de desistirem e sempre buscar, como prioridade, que os direitos das crianças e dos adolescentes sejam garantidos e respeitados.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. [S.l.]: Madalheiros Meditores, 2015.

ARRAES, Natalya Ribeiro Cortez. **O exercício do poder familiar no direito brasileiro e a responsabilização civil dos pais**. 2019. 56 f. Monografia (Graduação em Direito) – Curso de Direito, UniEVANGÉLICA, Anápolis, 2019. Disponível em: <http://45.4.96.19/bitstream/ae/1331/1/Monografia%20-%20Natalya%20Ribeiro%20Cortez%20Arraes.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2021.

BARROS, Sérgio Resende de. A ideologia do afeto. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 4, n. 14, p. 5-10, jul./set. 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico a luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BASSO, Lissia Ana; MARIN, Angela Helena. Comportamento de apego em adultos e a experiência da perda de um ente querido. **Aletheia**, v. 32, p. 92-103, mai./ago. 2010.

BERTONCINI, Carla; CAMPIDELLI, Laís Fernanda. Análise sobre a devolução da criança e do adolescente no processo de adoção: danos psicológicos e a possibilidade de responsabilidade civil. **Revista de Direito de família e Sucessão**, 2018.

BINDA, Fabiana Lopes. A Eterna Criança – Auto-estima e Individuação. **IPAC**, 14 jul. 2017. Disponível em: <https://ipacamp.org.br/2017/07/14/a-eterna-crianca-auto-estima-e-individuacao/>. Acesso em: 21 abr. 2021.

BRASIL. Câmara de Deputados. Projeto lei nº 1048 de 2020. Dispõe sobre Alteração do o § 5º do art. 197-E da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para definir medidas aplicáveis nas hipóteses de desistência do pretendente em relação à guarda para fins de adoção e de devolução da criança ou do adolescente depois do trânsito em julgado da sentença de adoção. Brasília: Câmara de deputados, 2020. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141247>>. Acesso em: 10 jun. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Resolução n.º 289, de 14 de agosto de 2019. Dispõe sobre a implantação e funcionamento do Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento – SNA e dá outras providências. **Diário de Justiça eletrônico**, 15 ago. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Resolução n.º 54, de 29 de abril de 2008. Dispõe sobre a implementação e funcionamento do Cadastro Nacional de Adoção. **Diário de Justiça n. 87**, 2008.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Resolução n.º 93, de 27 de outubro de 2009. Cria e dispõe sobre o Cadastro Nacional de Crianças e Adolescentes Acolhidos. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 01 dez. 2009, seção 1, p. 166.

BRASIL. Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 16 jun. 2021.

BRASIL. Lei n.º 12.010, de 3 de agosto de 2009. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nos 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 4 ago. 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm. Acesso em: 02 jun. 2021.

BRASIL. Lei n.º 13.010, de 26 de junho de 2014. Altera a Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para estabelecer o direito da criança e do adolescente de serem educados e cuidados sem o uso de castigos físicos ou de tratamento cruel ou degradante, e altera a Lei n.º 9.394, de 20 de dezembro de 1996. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 jun. 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13010.htm. Acesso em: 02 jun. 2021.

BRASIL. Lei n.º 13.509, de 22 de novembro de 2017. Dispõe sobre adoção e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 23 nov. 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13509.htm. Acesso em: 02 jun. 2021.

BRASIL. Lei n.º 13.715, de 24 de setembro de 2018. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de (Código Penal), a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), e a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para dispor sobre hipóteses de perda do poder familiar pelo autor de determinados crimes contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar ou contra filho, filha ou outro descendente. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 25 set. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13715.htm. Acesso em: 02 jun. 2021.

BRASIL. Lei n.º 6.697, de 10 de outubro de 1979. Institui o Código de Menores. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 out. 1979. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/l6697.htm. Acesso em: 02 jun. 2021.

BRASIL. Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art266. Acesso em: 16 dez. 2018.

BRASIL. Lei n.º 4.121, de 27 de agosto de 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 3 set. 1962. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm. Acesso em: 02 jun. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 02 jun. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 jun. 2021.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: família e sucessões**. v. 5. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CUNEO, Mônica Rodrigues. **Abrigamento prolongado: os filhos do esquecimento a institucionalização prolongada de crianças e as marcas que ficam**. 2012.

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

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Direito de família**, vol. 5. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FALCÃO, Débora Lima Marinho. **Devolução de Crianças adotadas a reedição do abandono e o sistema legal de proteção da criança, em caso de devolução**. 2017. 53 f. Monografia (Graduação em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Faculdade de direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/21685>. Acesso em: 02 jun. 2021.

FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N.; BRAGA NETTO, F. P. **Curso de direito Civil: Responsabilidade Civil**. vol. 3. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERREIRA, Luiz Antônio Miguel. **Adoção: Guia prático doutrinário e processual com as alterações da Lei n. 12010, de 03/8/2009**. São Paulo: Cortez, 2013.

FERREIRA, Luiz Antonio Miguel; DÓI, Cristina Teranise. A proteção integral das crianças e dos adolescentes vítimas. Disponível em: https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/doutrina/protecao_integral_ferreira.pdf. Acesso em: 02 jun. 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze; BARRETO, Fernanda Carvalho Leão. **Responsabilidade civil desistência da adoção**. Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2020.

GAGLIANO, Stolze; BARRETO, Fernanda Carvalho Leão. Responsabilidade Civil pela Desistência da Adoção, **IBDFAM**, 27 jul. 2020. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1513/Responsabilidade+civil+pela+desist%C3%A2ncia+na+ado%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 21 abr. 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. vol. 6. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Direito de família. vol. 6. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Direito de família. vol. 6. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Responsabilidade Civil. vol. 4. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Direito de Família. vol. 6. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

GONDIM, Ana Karen et al. Motivação dos pais para a prática da adoção. **Bol. psicol**, São Paulo, v. 58, n. 129, p. 161-170, dez. 2008. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0006-59432008000200004&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 01 jun. 2021.

GONDIM, Ana Karen *et al.* Motivação dos pais para a prática da adoção. **Boletim de psicologia**, São Paulo, v. 58, n.129, 2008.

HOLANDA, Sérgio Buarque. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Schwarcz, 1995.

LEVY, L.; PINHO, P. G. R.; e FARIA, M. M. Família é muito sofrimento”: Um estudo de casos de “devolução” de crianças. **Psico**, v. 40. n. 01, jan./mar. 2009.

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

MADELENO, Rolf. **Direito de Família**. 8. ed. São Paulo: Forense, 2018.

MAHL, F. D. *et al.* Expectativas e percepções sobre maternidade e filho ideal em mulheres que esperam pela adoção do primogênito. **Perspectiva**, Erechim, v. 35, n. 132, p. 93-106, dez./2011.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado. **AGV: 37794 MS 2011.037794-3**. Relator: Des. Ruy Celso Barbosa Florence. Data de Julgamento: 06/03/2012, 4ª Câmara Cível, Diário de Justiça eletrônico, 13 mar. 2012.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado. **AGV: 37794 MS 2011.037794-3**, Relator: Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Data de Julgamento: 06/03/2012, 4ª Câmara Cível, Diário de Justiça eletrônico, 13 mar. 2012.

MENDES, Andréa Martins; ROCHA, Kelda Sofia da Costa Santos Caires. Adoção frustrada: a responsabilidade civil em face da devolução da criança ou adolescente. **Revista da ESMAM**, São Luís, v. 12, n. 14, jul./dez. 2018.

MENDES, Moacyr Pereira. **Doutrina da Proteção Integral da Criança e do Adolescente frente a lei 8.069/90**. 2006. 183 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-Graduação em Direito das Relações Sociais, Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em:

<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp009234.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2021.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **AC: 10194120076733001 MG**, Relator: Luís Carlos Gambogi, Data de Julgamento: 10/09/2015. Diário de Justiça eletrônico, 17 set. 2015.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **AC: 10702095678497002 MG**, Relator: Vanessa Verdolim Hudson Andrade, Data de Julgamento: 15/04/2014, Câmaras Cíveis / 1ª CÂMARA CÍVEL. Diário de Justiça eletrônico, 23 abr. 2014.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **AC: 10702140596124001 MG**, Relator: Caetano Levi Lopes, Data de Julgamento: 27/03/2018. Diário de Justiça eletrônico, 06 abr. 2018.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos a pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos Moraes**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MORAES, P. J. F.S e FALEIROS, V. P. **Adoção e Devolução: Resgatando Histórias**. São Paulo: Paco Editorial, 2015.

NASCIMENTO, Letícia Queiroz; ROCHA, Maria Vital da. Igualdade entre filhos adotivos e biológicos: diálogo entre o direito romano e o direito brasileiro. **Revista Duc In Altum Cadernos de Direito**, v. 11, n. 25, set./dez. 2019.

OLIVEIRA, Hélio Ferraz de. **Adoção: Aspectos Jurídicos Práticos e Efetivos**. 3. ed. São Paulo: Mundo Jurídico, 2020.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. vol. 3. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PARANÁ. Ministério Público. Adoção Internacional. Medida excepcional. Preferência da adoção nacional. **MPPR**, [s.d.]. Disponível em: <http://crianca.mppr.mp.br/pagina-108.html>. Acesso em: 16 jun. 2021.

PARANÁ. Ministério Público. **Entenda Direito: Negligência, imprudência e imperícia**. MPPR, 31 mai. 2021 Disponível em: <http://comunicacao.mppr.mp.br/2021/05/21553/Negligencia-Imprudencia-e-Impericia.html>. Acesso em: 16 jun. 2021.

PASCINI, Líliam Regina. **O nexo de causalidade na responsabilidade civil contemporânea**. 2012. 95 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC-SP, São Paulo, 2012. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/5976>. Acesso em: 02 jun. 2021.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. 2 ed. [S.l.]: Forense, 2020.

PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar de. **Metodologia do trabalho científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico**. 2. ed. Nova Hamburgo: Freevale, 2013.

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

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense LTDA, 2019.

ROSA, Cristina. **Adoção**: um passo a passo sobre as etapas e exigências. MP-GO, 30 out. 2019. Disponível em: <http://www.mpggo.mp.br/portal/noticia/adocao-um-passo-a-passo-sobre-as-etapas-e-exigencias#.YMIxvL6SnIU>. Acesso em: 16 jun. 2021.

SAINT-EXUPÉRI, Antonie de. **O pequeno príncipe**. São Paulo: Escala, 2015.

SANTA CATARINA. Ministério Público Estadual. **Agravo de Instrumento n.º 2010.067127-1**, Câmara Especial Regional de Chapecó, Relator: Guilherme Nunes Born. Data de Julgamento: 25.11.2011.

SANTOS, Bárbara Cristina Oliveira; VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. O dever de indenizar decorrente de abuso de direito na desistência voluntária da adoção no estágio de convivência. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1006, p. 61-97, ago. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

SILVA, Enid Rocha Andrade da. **O Direito à Convivência Familiar e Comunitária: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil**. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2004.

SILVA, Thais Christine Oliveira da. Adoção tardia e a escolha de um perfil ideal: Uma afronta ao princípio da prioridade absoluta dos direitos da criança e do adolescente? **Revista eletrônica OAB**, Rio de Janeiro, v. 29, n. 2, jan./jun. 2018.

SOUSA, Walter Gomes de. **Desistência da adoção ou novo abandono?**. Brasília: SEFAM/VIJ-DF.

SOUZA, Hellen Luana de; POLLI, Marielle Teixeira da Silva. O princípio do melhor interesse da criança e adolescente nos casos de adoção tardia: uma análise do aplicativo A.dot. **Revista Dos Estudantes De Direito Da Universidade De Brasília RED|UnB**, Brasília, 16. ed., 2019.

TAPEDINO, Gustavo et al. **Fundamentos do Direito Civil**. vol. 4. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: Direito de Família, vol. 5. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

THOMÉ, Majoí Coquemalla. **De devolução para reabandono**: a criança como sujeito de direitos. Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2018. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1292/De+devolu%C3%A7%C3%A3o+para+reabandono:+a+crian%C3%A7a+como+sujeito+de+direitos>. Acesso em: 02 jun. 2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** obrigações e responsabilidade civil. Edição 17. Volume 2. São Paulo: Atlas Ltda., 2017

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil:** Família. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

XIMENES, Sérgio. **Minidicionário Ediouro da Língua Portuguesa.** 2. ed. São Paulo: Ediouro, 2000.