

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL**

HELOÍSA HAAS REICHERT

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PRETENDENTES À ADOÇÃO PELA
DEVOLUÇÃO DO ADOTADO DURANTE O PERÍODO DE CONVIVÊNCIA**

**Porto Alegre
2019**

HELOÍSA HAAS REICHERT

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PRETENDENTES À ADOÇÃO PELA
DEVOLUÇÃO DO ADOTADO DURANTE O PERÍODO DE CONVIVÊNCIA**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial
para obtenção do grau de Bacharel
em Direito pela Faculdade de Direito
da Universidade Federal do Rio
Grande do Sul.

Orientadora: Simone Tassinari
Cardoso Fleischmann.

Porto Alegre
2019

HELOÍSA HAAS REICHERT

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PRETENDENTES À ADOÇÃO PELA
DEVOLUÇÃO DO ADOTADO DURANTE O PERÍODO DE CONVIVÊNCIA**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial
para obtenção do grau de Bacharel
em Direito pela Faculdade de Direito
da Universidade Federal do Rio
Grande do Sul.

Orientadora: Simone Tassinari
Cardoso Fleischmann.

Aprovada em ___ de dezembro de 2019.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Simone Tassinari Cardoso Fleischmann
Orientadora

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais por terem sido meus maiores incentivadores durante essa longa jornada. Ao meu pai por ser exemplo de profissional, por acreditar nos meus sonhos e ser meu maior incentivador. À minha mãe por ser, afinal, meu maior exemplo de mulher e profissional e pelo colo e apoio imensurável dado em diversos momentos durante a graduação. Agradeço à minha irmã, Helena, que me ensina tanto e por ser minha fonte de inspiração, e ao meu irmão, Tiago, pelo cuidado e carinho. Para vocês, nenhuma palavra será o bastante, mas deixo aqui minha tentativa de agradecê-los pelo amor sempre incondicional.

Agradeço ao Eduardo, por escutar minhas inseguranças, estar do meu lado, mesmo que a distância, e por acreditar em mim. Tu me ensina muito e, mesmo nas dificuldades que esses últimos anos nos impuseram, tu me ensinou ainda mais sobre *estar ao lado*.

Às amigas, Bruna, Carol, Sami, Duda, Thais e Thays, pela amizade, conselhos e desabafos, e por estarem comigo em todos os momentos.

Também aqui cabe ressaltar e agradecer a ajuda fundamental das colegas de graduação, Mel, Carol, Aline e Thau, agradeço por estarem sempre ao meu lado, dividindo angústias e alegrias desses anos cansativos e estressantes, mas também repletos de conquistas que ficarão para sempre gravados em nossas memórias. Esses 5 anos não seriam os mesmos sem vocês. Vou sentir saudades!

Igualmente, agradeço às pessoas com quem tive oportunidade de trabalhar, em especial ao Eduardo Giovanella, pelas infindáveis discussões e trocas de ideias, e pela confiança depositada no meu trabalho.

Agradeço, carinhosamente, à minha orientadora, Professora Simone, pelos seus ensinamentos, pela sua disponibilidade de me aconselhar e me direcionar no desenvolvimento do presente trabalho.

Por fim, deixo registrada minha gratidão por fazer parte da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, pelo ensino de qualidade e por todo o crescimento que me proporcionou nesses últimos anos.

RESUMO

Com o crescente número de casos de crianças e de adolescentes devolvidos durante o estágio de convivência à instituição de acolhimento, o presente trabalho pretende, através da pesquisa bibliográfica e jurídico-constitucional e análise de julgados de Tribunais de Justiça, verificar a possibilidade de responsabilização civil dos pretendes à adoção em face da devolução imotivada. Tal análise se faz a partir dos princípios do melhor interesse da criança e do adolescente, da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da afetividade. O presente trabalho tem como objetivo demonstrar que a responsabilização civil dos pretendentes à adoção é possível e importante, tendo em vista que essas crianças geralmente já possuem um histórico de rejeição e acabam podendo sofrer um segundo abandono, causando danos emocionais e psicológicos, bem como que o ato de devolução imotivado durante o estágio de convivência se configura como um abuso de direito. Para tanto, aborda-se os pressupostos da responsabilidade civil, a sua possibilidade de aplicação no direito de família e o entendimento dos Tribunais brasileiros. O presente trabalho deixa claro que, por serem as crianças e adolescentes pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, gozam de proteção integral e a lei deve ser interpretada a seu favor.

Palavras-chaves: Adoção; desistência; estágio de convivência; responsabilidade civil dos adotantes.

ABSTRACT

With the growing number of cases of children and adolescents returned during the cohabitation stage, the present work planned, through bibliographic and legal-constitutional research and analysis of courts of justice, to verify a possibility of civil liability of the adults in the face of unmotivated return. This analysis was made based on the principles of the best interests of children and adolescents, the dignity of the human person, solidarity and affection. This study aims to demonstrate that the civil liability of adults who return children during the cohabitation is possible and important, considering that these children usually have a history of rejection and end up suffering a second abandonment, causing emotional and psychological damage, as well as unmotivated return act during the cohabitation stage is configured as abuse of rights. Therefore, it addresses the assumptions of civil liability, its possibility of application in family law and the understanding of the Brazilian courts. The present work makes it clear that, being children and adolescents in a peculiar condition of development, they enjoy full protection and a law must be interpreted in their favor.

Keywords: Adoption; withdrawal; coexistence stage; adopters' liability.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 A RESPONSABILIDADE CIVIL E O DIREITO DE FAMÍLIA	11
1.1 CONCEITO E ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL	11
1.2 RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA	14
1.2.1 Conduta culposa do agente	15
1.2.2 Nexo de causalidade	17
1.2.3 Dano	20
1.3 RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA	23
1.4 A APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA NAS RELAÇÕES FAMILIARES	27
2 A POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DOS PRETENDENTES À ADOÇÃO PELA DESISTÊNCIA DA MEDIDA DURANTE O PERÍODO DE CONVIVÊNCIA	35
2.1 O PERÍODO DO ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA E O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	35
2.2 ANÁLISE DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL	41
CONCLUSÃO	55
REFERÊNCIAS	58

INTRODUÇÃO

O entendimento acerca da possibilidade de responsabilizar civilmente os adotantes em face da devolução imotivada das crianças durante o estágio de convivência ainda não é uniformizado. Isso porque, enquanto alguns Tribunais de Justiça do Brasil entendam que o ato de devolução imotivada, mesmo que durante o estágio de convivência, gera danos para as crianças, estando, dessa forma, presentes os requisitos da responsabilidade civil. Já outros Tribunais compreendem que o objetivo do estágio de convivência é para justamente verificar se há compatibilidade entre a família e o adotado e vice-versa, além de não haver previsão legal que impeça a devolução durante este período, ausente, assim, o ato ilícito, inexistiria o dever de reparar.

Assim, o presente trabalho tem como objetivo realizar uma análise acerca da possibilidade de responsabilização na esfera civil dos pretendentes à adoção que devolvem as crianças e ou adolescentes às instituições de acolhimento, durante o estágio de convivência. Dessa forma, a questão central deste trabalho é reflexão de como este segundo abandono trata-se de um abuso de direito por parte dos adotantes que causa sofrimento psíquico e ofende a dignidade das crianças e adolescentes, visto que essa devolução é sentida como um novo abandono, reeditando os sentimentos já experimentados quando abandonados pela família biológica.

Ressalta-se que não está abrangida pela pretensão desta pesquisa análise de quais os motivos que levam à desistência da adoção, mas sim a análise da possibilidade de aplicação da responsabilidade civil dos adotantes tanto para tentar amenizar o sofrimento experimentado pela criança, como uma forma de prevenção, para que aqueles que não se sintam prontos para adoção enxerguem o processo da adoção com a seriedade que lhe é devida.

A relevância desse estudo está diretamente relacionado ao fato de que nos últimos anos o número de casos dessa natureza têm aumentado significativamente tanto no dia a dia, como nas demandas judiciais, demonstrando o quão necessário é que novas medidas sejam tomadas para que este fato não seja mais algo cotidiano. Ademais, a proteção integral da criança e do adolescente é também de grande relevância, uma vez que elas acabam sendo vítimas dessas pessoas que não estão preparadas para adotar um filho.

A adoção é de extrema importância tanto para as crianças, que enxergam nela uma nova possibilidade de serem amadas e de ter uma família, resultando em seu pleno desenvolvimento, com acesso a tudo que lhe é assegurado por direito, quanto para os pais que vislumbram na adoção a possibilidade de formar uma família, sejam quais forem os seus motivos. Nesse sentido, a proteção da criança e do adolescente, que é o objetivo central da adoção, a preservação da dignidade e o melhor interesse da criança, devem ser respeitados desde o início do processo da adoção, inclusive durante o período da convivência, razão pela qual a aplicação da responsabilidade civil neste estágio se faz necessário.

À vista disso, o presente estudo, utilizando-se de pesquisa bibliográfica e jurídico-constitucional, além da análise dos julgados de alguns Tribunais de Justiça, divide-se em dois capítulos, além da conclusão, sendo eles: 1) Responsabilidade Civil e o Direito de Família e 2) A possibilidade de responsabilização civil dos pretendentes à adoção pela desistência da medida durante o período de convivência.

O primeiro capítulo versa sobre o instituto da responsabilidade civil, discorrendo acerca dos pressupostos exigidos para sua aplicação, tanto no caso da responsabilidade civil subjetiva como na responsabilidade civil objetiva. Quanto ao segundo tipo de responsabilidade, será destaque a figura do abuso de direito. Em continuidade, será abordada a possibilidade de aplicação do instituto da responsabilidade civil no âmbito de Direito de Família.

O segundo capítulo dedica-se a discutir a possibilidade de indenização por danos morais em face da desistência imotivada da adoção durante o estágio de convivência. Inicialmente, dá-se enfoque ao período de convivência, bem como enfatiza-se o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) que configura-se como marco legal em defesa das crianças e adolescentes ao reproduzir princípios da Declaração Universal do Direito da Criança e da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança aprovados pela ONU em 1989, que recomendam que o Estado, a sociedade e a família devem assegurar à criança e ao adolescente os direitos fundamentais previstos no ordenamento jurídico. Ainda, neste capítulo, ao abordar sobre a devolução imotivada dos adotados, discorre-se sobre este procedimento que vem sendo recorrente, destacando os diversos institutos que visam à garantia da proteção integral da criança e do adolescente.

Posteriormente, apresenta-se a visão dos tribunais brasileiros sobre o assunto, analisando decisões favoráveis e desfavoráveis acerca da possibilidade de

responsabilização dos adotantes em face da desistência da medida durante o estágio de convivência.

1 A RESPONSABILIDADE CIVIL E O DIREITO DE FAMÍLIA

Para que se desenvolva acerca da possibilidade de responsabilização civil no caso de desistência da adoção durante o estágio de convivência, faz-se essencial a análise dos institutos da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente quanto aos seus requisitos, assim como a sua ocorrência na esfera do Direito de Família.

1.1 CONCEITO E ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Conforme o artigo 186 do Código Civil, todo aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, viola direito e causa dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Ainda, conforme o artigo 927 do Código Civil, aquele que comete o ato ilícito, que pode ser constituído por apenas um ato ou por uma série de atos, está obrigado a repará-lo.

Outrossim, com base no artigo 187 do Código Civil, 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.

Nesse sentido, o artigo 187, ao se referir ao exercício manifestamente abusivo do direito, revela-se que o direito brasileiro adotou o critério objetivo, segundo o qual a constatação de que o direito foi exercido de modo contrário à sua finalidade econômica ou social é mais importante do que a intenção do sujeito¹.

Assim, no ato abusivo há violação da finalidade do direito e essa violação é aferível objetivamente, independentemente de dolo ou culpa², distinguindo-se, dessa maneira, do ato ilícito definido no artigo 186 do Código Civil, em que há necessidade de que exista culpa para que seja caracterizado.

A partir da violação do direito de outrem, nasce, para o violador, o dever de reparar os danos causados, por meio de uma indenização pecuniária. Nesse sentido, a responsabilidade civil é a reparação de um dano em consequência de um ato ilícito

¹ MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. **Código Civil Comentado**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. Disponível em: https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fcodigos%2F148837240%2Fv2.8&titleStage=F&titleAcct=ia744803d000001527e91d4de2f08a56e#sl=e&eid=ebed894ad398e74641fae2ed55baf980&eat=er_mark_1&pg=&psl=&nvgS=true&tmp=228. Acesso em: 23 setembro 2019.

² Neste sentido, pode-se destacar o Enunciado Jornada I DirCiv STJ 37.

que cause prejuízo a alguém e, além da função reparatória, também há a função punitiva ou pedagógica³.

Para Sílvio de Salvo Venosa⁴ a responsabilidade civil ou dever de indenizar pode ser acarretado por qualquer atividade que gere prejuízo, devendo a pessoa, natural ou jurídica, arcar com as consequências de um ato, fato ou negócio danoso, respeitando, por vezes, as excludentes que impedem a indenização.

Destarte, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de A. Nery pontuam:

A regra é a de que quem estiver obrigado a reparar um dano deve recompor a situação pessoal e patrimonial do lesado ao estado anterior, para torná-la como era se o evento maléfico não tivesse se verificado, evento esse que impõe ao responsável pelo dano⁵.

Portanto, a responsabilidade civil tem como objetivo restabelecer a condição preexistente da vítima, colocando-a na mesma situação em que estava antes de ser lesada. Além do mais, a responsabilidade civil pode se distinguir entre diferentes modalidades de responsabilidade, a depender do elemento subjetivo da conduta danosa (culpa) distinguindo-se a responsabilidade subjetiva da objetiva, e quanto à origem, ou seja, de onde provém o dever jurídico violado, diferenciando-se a responsabilidade contratual da extracontratual.

Quanto à responsabilidade contratual e extracontratual, Fábio Ulhoa Coelho estabelece que “doutrina tradicionalmente divide a responsabilidade civil em contratual e extracontratual. No primeiro caso, há contrato entre o credor e o devedor da obrigação de indenizar; no segundo, não.”⁶

Assim sendo, em ambas as modalidades há a violação de um dever jurídico preexistente, sendo a única diferença entre elas a existência ou não de um contrato. Ademais, conforme mencionado anteriormente, há uma segunda classificação das espécies de responsabilidade civil, a qual está relacionada com elemento subjetivo da

³ Jornada IV DirCiv STJ 379.

⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: obrigações e responsabilidade civil**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 433.

⁵ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2014. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fcodigos%2F100083938%2Fv11.2&titleStage=F&titleAcct=ia744803d000001527e91d4de2f08a56e#sl=e&eid=e2a11c4fcd9584f17f7e8c5667bcc870&eat=a-101358313&pg=1&psl=&nvgS=false>. Acesso em: 23 set. 2019.

⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: obrigações, responsabilidade civil**. v.2. 6 Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 267.

conduta. Dessa forma, a responsabilidade pode dividir-se entre subjetiva e objetiva, residindo a diferença, basicamente, na existência do elemento da culpa.

A responsabilidade civil subjetiva pressupõe que, além do dano e da relação de causalidade entre a conduta culposa e o dano, é necessário que haja o pressuposto subjetivo, que é a conduta humana, que pode ser uma ação (conduta positiva) ou omissão (conduta negativa), podendo ser voluntária, quando há uma intenção do agente causador (dolo), ou por negligência, imprudência e imperícia (culpa simples)⁷. Diversamente, a teoria objetiva traz o entendimento de que a responsabilidade prescinde de culpa, satisfazendo-se apenas com a existência de nexo de causalidade entre a ação do agente e o dano causado à vítima⁸.

Enquanto que na responsabilidade civil subjetiva a razão da responsabilização do sujeito é a prática do ato ilícito, na responsabilidade civil objetiva o agente pratica ato ou atos lícitos, no entanto se verifica em relação a ele o fato jurídico descrito na lei como ensejador da responsabilidade⁹.

Da leitura do Código Civil brasileiro, mais especificamente o artigo 186, perceber-se que a responsabilidade civil subjetiva é utilizada como regra geral, enquanto que a adoção da teoria objetiva somente pode ser aplicada quando existir lei expressa que a autorize ou no julgamento do caso concreto, como no art. 927 deste mesmo Código, que admite a responsabilidade independentemente de culpa quando o dano decorrer de “atividade normalmente desenvolvida” pelo causador do dano¹⁰.

Salienta-se que a diferenciação entre as espécies de responsabilidade civil é de suma importância, uma vez que a partir dela é possível identificar os pressupostos da responsabilidade civil e quais os requisitos cada modalidade exige para que reste configurada, para, ao final, verificar se estão presentes elementos significativos que sejam capazes de ensejar responsabilização para aqueles que devolvem crianças em processo de adoção.

⁷ TARTUCE, Flávio. **Manual de Responsabilidade Civil: volume único**. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018. p. 229 .

⁸ GOLÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 59.

⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: obrigações, responsabilidade civil**. v.2. 6 Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 269.

¹⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: obrigações e responsabilidade civil**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 451.

1.2 RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA

Os três elementos considerados pressupostos da responsabilidade civil subjetiva estão dispostos no artigo 186 do Código Civil, sendo eles, a conduta culposa do agente está explícita na expressão: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência [...]”, o nexa causal está expresso pelo verbo “causar” e, por fim, o dano está na expressão “[...] violar direito e causar dano a outrem”¹¹.

O artigo 927 do Código Civil completa o artigo 186 do mesmo código, uma vez que ele estipula que: “Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a indenizá-lo”, de maneira que da união destes, encontra-se os pressupostos da responsabilidade subjetiva.

A vontade caracteriza-se como um valor fundamental da responsabilidade civil subjetiva. Ao imputar a quem pratica ato ilícito a obrigação de indenizar os prejuízos decorrentes, a lei prestigia a noção de que a vontade é a fonte de todas as obrigações. O agente ao ser responsabilizado é-o porque agiu como não deveria ter agido, uma conduta diversa da praticada era devida do causador dos danos¹². Nas palavras de Fábio Ulhoa Coelho:

A responsabilização por ato ilícito pressupõe a exigibilidade da conduta diversa. Se o sujeito de direito fez o que não deveria, ele é responsável exatamente porque estava ao seu alcance não fazer; ou, por outra: se não fez o que deveria, é responsável porque fazer era-lhe possível. Ao comportar-se de certa maneira, quando poderia comportar-se de outra, o sujeito manifesta, num certo sentido, a sua vontade¹³.

Destarte, necessária a análise dos pressupostos da responsabilidade civil subjetiva de forma isolada, a fim de que se possa aplicar ou não nas hipóteses de devoluções em adoção.

¹¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12 Ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 33.

¹² COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: obrigações, responsabilidade civil**. v.2. 6 Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 271.

¹³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: obrigações, responsabilidade civil**. v.2. 6 Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 272.

1.2.1 Conduta culposa do agente

Na responsabilidade civil subjetiva, o primeiro pressuposto constitutivo do dever de indenizar, ou de reparar um dano, é um ato de ser humano, a conduta culposa do agente, ou simplesmente a sua culpa, abrangendo a culpa propriamente dita e o dolo do agente¹⁴.

A ação é um movimento físico do ser humano que desencadeia eventos que direta ou indiretamente causam danos a outrem. É certo que nem todos os atos humanos são geradores de responsabilidade civil subjetiva. Para que haja a responsabilização, é necessário que os movimentos sejam voluntários, ou seja, que tenham sido movidos pela vontade, consciente ou inconsciente¹⁵.

Conforme Sérgio Cavalieri Filho:

[...] a ação é um movimento corpóreo comissivo, um comportamento positivo, como a destruição de uma coisa alheia, a morte ou lesão corporal causada em alguém, e assim por diante¹⁶.

Por outro lado, a omissão só gera responsabilidade civil subjetiva quando a ação omitida é exigível, ou seja, o sujeito a quem se imputa a responsabilidade tinha o dever de praticar o ato omitido, e eficiente, quando há razoável expectativa de que a prática do ato impediria o dano. No mesmo sentido da ação, as omissões desencadeadoras de responsabilidade civil subjetivas devem ser voluntárias, mas não precisam ser conscientes necessariamente¹⁷.

Entretanto, para que o agente seja responsabilizado pela sua conduta culposa é necessário que, no momento em que agiu, ele tenha capacidade de entender o que está fazendo, bem como que a conduta exigível deve se desviar do comportamento adotado¹⁸. Nessa perspectiva, o primeiro momento se refere à imputabilidade do agente e o segundo faz referência à culpa.

¹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 40.

¹⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: obrigações, responsabilidade civil**. v.2. 6 Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 319.

¹⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12 Ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 39.

¹⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: obrigações, responsabilidade civil**. v.2. 6 Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 320-321.

¹⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12 Ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 43.

Segundo Sérgio Cavalieri Filho, “imputabilidade é, pois, o conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para poder responder pelas consequências de uma conduta contrária ao dever”. Por isso que a imputabilidade é um dos pressupostos da responsabilidade, não há como responsabilizar alguém que não tem capacidade para entender o caráter reprovável de sua conduta¹⁹.

Ainda, há o elemento culpa, pressuposto indispensável da responsabilidade aquiliana. A culpa pode ser compreendida em dois sentidos: em sentido amplo (*lato sensu*) e em sentido estrito (*stricto sensu*). No primeiro sentido, a culpa engloba o dolo, que é um conduta intencional, o agente pratica atos com o objetivo ou o risco de causar prejuízos, ou seja, há uma vontade consciente dirigida de produzir um resultado ilícito, e a culpa estrita, que é o desrespeito a um dever preexistente ou a violação de um direito subjetivo alheio²⁰.

Já a culpa em sentido estrito inclui a negligência, imprudência e imperícia, também denominada de culpa simples²¹. Assim, não existe a intenção de lesar, apesar da conduta ser voluntária, como no dolo, o resultado alcançado não é desejado, mas acaba por ser atingido. “Culpa é a violação de dever objetivo de cuidado, que o agente podia conhecer e observar, ou, como querem outros, a omissão de diligência exigível”²².

Flávio Tartuce refere que a culpa em sentido estrito possui dois elementos, o primeiro é um elemento objetivo, que seria “a violação de um dever e o consequente desrespeito a um direito alheio”, esse dever pode ser retirado da lei, de um contrato ou de um padrão geral de conduta. O segundo é a previsibilidade de impossibilidade de praticar o ato, consciente ou inconsciente, ou seja, a imputabilidade²³.

Levando em consideração que a infração desse dever nem sempre coincide com a violação de uma lei, a conduta deve ser pautada de modo a não causar dano a ninguém e a sua inobservância torna a conduta culposa. “Ao praticar os atos da vida, mesmo que lícitos, deve observar a cautela necessária para que de seu atuar não

¹⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12 Ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 43.

²⁰ TARTUCE, Flávio. **Manual de Responsabilidade Civil: volume único**. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018. p. 238.

²¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: obrigações, responsabilidade civil**. v.2. 6 Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 322.

²² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12 Ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 50.

²³ TARTUCE, Flávio. **Manual de Responsabilidade Civil: volume único**. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018. p. 238.

resulte lesão a bens jurídicos alheios”²⁴. Convém citar as palavras de Sérgio Cavalieri Filho:

O núcleo da conduta culposa, portanto, consiste na divergência entre a ação efetivamente praticada e a que deveria ter sido realizada em virtude da observância do dever de cuidado. Há na culpa, em última instância, um erro de conduta; uma conduta mal dirigida a um fim lícito.

Assim, a culpa analisada na responsabilidade civil corresponde a um ato voluntário que deveria ter sido diferente, exigindo-se uma conduta diversa. Se não há essa exigibilidade, não tem como existir uma ação ou omissão culposa. Também a culpa pode corresponder a um ato intencional, quando há o dolo, que pode ser direto ou indireto, ou não intencional, quando se verifica os casos de negligência, imprudência ou imperícia.

Entretanto, para a constituição da obrigação de indenizar por responsabilidade civil, a distinção entre dolo e culpa *stricto sensu* não possui grande relevância, haja visto que, exceto em casos excepcionais, a indenização é medida pela extensão do dano, e não pelo grau de culpa. Conforme destaca Fábio Ulhoa Coelho²⁵, “responde pela indenização tanto o que incorre na mais levíssima negligência como o movido pela intenção deliberada de prejudicar”.

1.2.2 Nexo de causalidade

O segundo pressuposto aqui analisado é, na solução dos casos concretos que envolvam responsabilidade civil, a primeira questão a ser enfrentada. Isso porque “para que se concretize a responsabilidade é indispensável que se estabeleça uma interligação entre a ofensa à norma e o prejuízo sofrido, de tal modo que se possa afirmar ter havido o dano ‘porque’ o agente procedeu contra o direito”²⁶.

²⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12 Ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 50.

²⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: obrigações, responsabilidade civil**. v.2. 6 Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 323.

²⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 103.

Conforme Maria Helena Diniz, mais especificamente quanto à responsabilidade civil:

“tal nexa representa, portanto, uma relação necessária entre o evento danoso e a ação que o produziu, de tal sorte que esta é considerada como causa. Todavia, não será necessário que o dano resulte apenas imediatamente do fato que o produziu. Bastará que se verifique que o dano não ocorreria se o fato não tivesse acontecido. Este poderá não ser a causa imediata, mas, se for condição para a produção do dano, o agente responderá por consequência”²⁷.

Assim, o nexa causal é “o liame que une a conduta do agente ao dano”²⁸. É preciso saber se o vínculo entre determinado resultado é imputável ao agente, como uma relação de causa e efeito, de modo que não basta que o agente tenha praticado um ato ilícito ou a vítima tenha sofrido um prejuízo²⁹.

O nexa causal é condição da obrigação de indenizar fundamental tanto na hipótese de responsabilidade subjetiva como objetiva, diferentemente da culpa, que é pressuposto apenas da responsabilidade subjetiva. Não obstante, existem situações em que a identificação do nexa causal, a relação de causalidade entre a conduta e o dano, é problemática, principalmente quando o prejuízo decorre de causas múltiplas³⁰, isto é, quando diferentes condutas concorrem para o evento danoso e há dificuldade para precisar qual foi a causa real do resultado³¹.

À vista disso, algumas teorias foram criadas para solucionar o problema, dentre elas duas merecem destaque: teoria da equivalência dos antecedentes e teoria da causalidade adequada. Para a teoria da equivalência dos antecedentes ou das condições (*sine qua non*) todos os fatos relativos ao evento danoso, diretos ou indiretos, geram a responsabilidade civil³². “Se várias condições concorrem para o mesmo resultado, todas têm o mesmo valor, a mesma relevância, todas se equivalem.

²⁷ DINIZ, Maria Helena. **Responsabilidade civil**. 23 Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 129.

²⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: obrigações e responsabilidade civil**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 500.

²⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12 Ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 66.

³⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: obrigações e responsabilidade civil**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 500.

³¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12 Ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 67.

³² TARTUCE, Flávio. **Manual de Responsabilidade Civil: volume único**. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018. p. 298.

Não se indaga se uma delas foi mais ou menos eficaz, mais ou menos adequada.”³³

Já para a teoria da causalidade adequada a causa “dentre os antecedentes do dano, há que se destacar aquele que está em condições de necessariamente tê-lo produzido”³⁴. Ao contrário da teoria anterior, não são todos os antecedentes que são levados em conta.

Conforme Flávio Tartuce, apesar de existir grande controvérsia em todos os Tribunais Estaduais, bem como nas Cortes Regionais Federais e do Trabalho, a teoria da causalidade, especialmente na esfera do Superior Tribunal de Justiça, “é a teoria que vem prevalecendo na interpretação prática que se tem dado ao sistema de responsabilidade civil”³⁵.

É de grande relevância também analisar as causas que rompem o nexo causal e excluem a responsabilidade. A grande maioria da doutrina divide as excludentes do nexo de causalidade em: culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro e o caso fortuito ou de força maior, as quais passa-se à análise.

Em que pese não haja previsão expressa no Código Civil, a culpa exclusiva da vítima exclui o nexo causal, uma vez que o evento danoso foi causado pelo próprio prejudicado, não há qualquer contribuição causal do aparentemente causador do dano pela indenização³⁶. Dessa forma, o fato exclusivo da vítima não exclui a culpa do agente, mas é causa de isenção de responsabilidade³⁷.

Ainda, quando há participação culposa da vítima para ocorrência do evento danoso, ela terá direito à indenização, mas o valor será reduzido proporcionalmente ao grau de sua culpa. A esse respeito, dispõe Fábio Ulhoa Coelho:

Para excluir a responsabilidade civil, a culpa da vítima deve ser exclusiva. Quando há concorrência de culpa, ou seja, quando tanto demandante como demandado agiram culposamente e causaram o dano, verifica-se fato que, no direito brasileiro, repercute unicamente no valor da indenização (CC, art. 945).³⁸

³³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12 Ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 68.

³⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 106.

³⁵ TARTUCE, Flávio. **Manual de Responsabilidade Civil: volume único**. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018. p. 326.

³⁶ TARTUCE, Flávio. **Manual de Responsabilidade Civil: volume único**. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018. p. 345.

³⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12 Ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 96.

³⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: obrigações, responsabilidade civil**. v.2. 6 Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 408.

Outrossim, o liame de causalidade também pode ser elidido com o fato de terceiro, ou seja, quando o evento danoso não é causado pelo agente, mas por culpa de outra pessoa que não tem relação jurídica com o “suposto” causador do dano, assim, a responsabilidade do demandado é excluída³⁹.

Quanto à terceira excludente, há divergência na doutrina quando a definição e compreensão do caso fortuito ou de força maior. No entanto, Sílvio de Salvo Venosa defende que o caso fortuito seria situação normalmente imprevisíveis, decorrentes de forças da natureza ou de fato humano, enquanto que a força maior seria identificada como algo possível de ser previsto, mas também decorrente da natureza ou de fato humano a que não se pode resistir⁴⁰.

Em relação ao caso fortuito ou força maior, apesar de até hoje não existir um entendimento uniforme a respeito da diferença entre ambos, todavia o Código Civil, no parágrafo único do artigo 393, admitiu a equivalência desses fenômenos. Veja-se:

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

De todo modo, independente do critério adotado, a distinção entre ambos não traz consequências práticas, os efeitos são os mesmos, haja visto que tanto um como o outro tratam de circunstâncias externas, fora dos limites da culpa.

1.2.3 Dano

O dano é elemento comum em todas as espécies de responsabilidade civil. Para que se constitua o vínculo obrigacional é necessário que a vítima tenha sofrido dano, caso contrário, a ausência desse pressuposto causa a exclusão da responsabilidade⁴¹. Dessa forma, o dano é o centro da obrigação de indenizar. Para que haja a responsabilização do agente, não basta a conduta ilícita, o risco de dano,

³⁹ TARTUCE, Flávio. **Manual de Responsabilidade Civil: volume único**. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018. p. 349.

⁴⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: obrigações e responsabilidade civil**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2017. p.503.

⁴¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: obrigações, responsabilidade civil**. v.2. 6 Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 300.

deve haver um prejuízo concreto, seja patrimonial ou extrapatrimonial⁴². Nesse sentido, o Código Civil é expresso:

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.

Sérgio Cavalieri Filho define o dano como sendo uma “[...] lesão a um bem ou interesse juridicamente tutelado, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da personalidade da vítima [...]”⁴³. À vista disso, surge a divisão entre dano moral e patrimonial.

O dano patrimonial, também chamado de material, é aquele que constitui em prejuízos ou perdas que atingem o patrimônio do credor da indenização⁴⁴, de forma que é passível de avaliação pecuniária e indenização. Cabe destacar que o dano material pode atingir da mesma forma o patrimônio futuro da vítima, por isso subdivide-se o dano patrimonial em dano emergente, aquilo que efetivamente foi perdido, e lucro cessante, o que razoavelmente deixou de lucrar⁴⁵.

A compensação do dano patrimonial equivale ao prejuízo experimentado. “Nesta hipótese, o cumprimento da obrigação restitui o patrimônio defasado pelo dano à condição anterior ao evento”⁴⁶.

Por sua vez, o dano extrapatrimonial ou moral está associado com a dor experimentada pela vítima. Nas palavras de Sílvio de Salvo Venosa, “dano moral ou extrapatrimonial é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Sua atuação é dentro dos direitos da personalidade”⁴⁷.

⁴² TARTUCE, Flávio. **Manual de Responsabilidade Civil: volume único**. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018. p. 371.

⁴³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12 Ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 103.

⁴⁴ TARTUCE, Flávio. **Manual de Responsabilidade Civil: volume único**. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018. p. 379.

⁴⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12 Ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 104.

⁴⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: obrigações, responsabilidade civil**. v.2. 6 Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 303.

⁴⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: obrigações e responsabilidade civil**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 491.

O dano moral pode, ainda, ser conceituado tendo em vista dois aspectos: em sentido estrito e em sentido amplo. O dano moral em sentido estrito é a violação da dignidade da pessoa humana que engloba os direitos da personalidade, como a honra, vida privada, intimidade e imagem da pessoa, e a integral reparação do dano moral está na Constituição Federal em seu art. 5º, V e X⁴⁸. Por sua vez, a violação de um direito ou atributo da personalidade configura o dano moral em sentido amplo. Dessa forma, o dano moral em sentido amplo abrange diversos graus de violação dos direitos da personalidade, em suas dimensões individual e social, ainda que a dignidade não seja atingida⁴⁹.

Quanto à reparação é certo que o dano moral sofrido é “irreparável, insusceptível de avaliação pecuniária porque incomensurável”⁵⁰, não há como restituir integralmente o dano causado, razão pela qual busca-se um bem que recompense o sofrimento ou a humilhação sofrida. Enquanto no dano material utiliza-se o conceito de equivalência para reparar o prejuízo, no dano moral busca a compensação, “que se obtém atenuando, de maneira indireta, as consequências do sofrimento”⁵¹. Ainda, Sílvio de Salvo Venosa discorre acerca da indenização de modo geral:

A indenização em geral, por danos materiais ou não, possui em si próprio um conteúdo que extrapola, ou mais propriamente, se desloca da simples reparação de um dano. Costumamos afirmar que a indenização, qualquer que seja sua natureza, nunca representará a recomposição efetiva de algo que se perdeu, mas mero lenitivo (substitutivo, diriam os mais tradicionalistas) para a perda, seja esta de cunho material ou não. Desse modo, sob certos primas, a indenização pode representar mais ou menos o que se perdeu, mas nunca exatamente aquilo que se perdeu⁵².

Existe também o cunho punitivo marcante na indenização por danos morais, ainda que não seja o aspecto central da indenização, embora seja relevante⁵³. Nesse sentido, leciona Sergio Cavalieri Filho afirmando que “por outro lado, não se pode

⁴⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12 Ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 117.

⁴⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12 Ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 119.

⁵⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: obrigações e responsabilidade civil**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 494.

⁵¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12 Ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 120.

⁵² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: obrigações e responsabilidade civil**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 494.

⁵³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: obrigações e responsabilidade civil**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 494.

ignorar a necessidade de se impor uma pena ao causador do dano moral, para não passar impune a infração e, assim, estimular novas agressões. A indenização funcionará também como uma espécie de pena privada em benefício da vítima⁵⁴.”

Maria Celina Bodin de Moraes adverte:

No entanto, ao se adotar sem restrições o caráter punitivo, deixando-o ao arbítrio unicamente do juiz, corre-se o risco de violar o multissecular princípio da legalidade, segundo o qual *nullum crimen, nulla poena sine lege*; além disso, em sede civil, não se colocam à disposição do ofensor as garantias substanciais e processuais – como, por exemplo, a maior acuidade quanto ao ônus da prova – tradicionalmente prescritas ao imputado no juízo criminal.⁵⁵

Saber quais são as funções do dano moral ou, mais especificamente, a indenização decorrente dele, é de suma importância para a quantificação da indenização. Além disso, a partir destas funções é possível identificar quais os aspectos relevantes, no caso concreto, para que seja analisado a existência ou não do dano e sua magnitude.

1.3 RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA

Consoante já exposto, a responsabilidade civil se divide em subjetiva e objetiva. A diferença reside no seu fundamento, especialmente na necessidade do pressuposto da “culpa”. Enquanto na responsabilidade subjetiva é fundamental a presença da culpa, na objetiva não é. Assim, verifica-se que os elementos da responsabilidade civil objetiva são os mesmo que os da responsabilidade subjetiva, como o ato ilícito, o dano e o nexo causal, excluindo-se apenas o agir culposo do agente. Nesses termos, dispõe Flávio Tartuce:

Pois bem, pelo que se retira do art. 927, parágrafo único, do atual Código Privado, haverá responsabilidade independentemente de culpa nos casos previstos em lei ou quando a atividade desempenhada criar riscos aos direitos de outrem. Em suma, duas são as hipóteses gerais de responsabilidade objetiva. A primeira delas decorre expressamente da lei; a segunda da tão comentada cláusula geral de responsabilidade objetiva.⁵⁶

⁵⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12 Ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.120.

⁵⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 260.

⁵⁶ TARTUCE, Flávio. **Manual de Responsabilidade Civil: volume único**. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018. p. 543.

Com as diversas modificações e evolução da responsabilidade civil, o Código Civil consagrou a responsabilidade civil objetiva em extensas e profundas cláusulas gerais, sendo elas: o abuso de direito (artigo 187), o exercício de atividade de risco ou perigosa (parágrafo único do art. 927), danos causados por produtos (art. 931), responsabilidade pelo fato de outrem (art. 932, c/c o art. 933), responsabilidade pelo fato da coisa e do animal (arts. 936, 937 e 939), responsabilidade dos incapazes (art. 928).

Tendo em vista que o presente trabalho tem com objeto de estudo a possibilidade de reparação civil pelos pretendentes à adoção quando desistem durante o período de convivência, a discussão terá como foco o abuso de direito. A cláusula geral da responsabilidade civil objetiva está positivada no artigo 927 do Código Civil, associada com o artigo 187 do mesmo código. Este último artigo conceitua o abuso do direito da seguinte maneira:

Art. 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.

Dessa forma, da leitura do artigo se pode inferir que o abuso de direito consiste no uso excessivo de determinado direito, afastando-se da ética e da finalidade social ou econômica do direito, ou seja, a ilicitude se encontra no exercício do direito⁵⁷. Logo, o abuso de direito constitui um ato ilícito e que ao causar dano a alguém, fica o agente obrigado a indenizar, nos termos do artigo 927 do Código Civil.

Há duas teorias que definem o abuso do direito, a subjetiva e a objetiva. A mais tradicional, a subjetiva, entende que o abuso do direito fica caracterizado quando o ato, embora amparado pela lei, for praticado com a intenção de prejudicar outrem. Já para a teoria objetiva, “o abuso do direito estará no uso anormal ou antifuncional do direito”, não havendo necessidade da consciência do agente que, ao exercer seu direito, excede manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social econômico. “Caracteriza-se pela existência de conflito entre a finalidade própria do direito e a sua atuação no caso concreto”⁵⁸.

⁵⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12 Ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 240.

⁵⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12 Ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 241.

Da análise do artigo 187 do Código Civil, depreende-se que o legislador adotou a teoria objetiva, pois os requisitos para a caracterização do abuso de direito são o exercício de um direito e que esse agir exceda os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico do direito, não exigido, para fins de verificação do abuso do direito, a consciência ou intenção do agente de que seu agir excedeu os limites impostos pela lei, de modo que não há aferição a existência de culpa.

Nesse sentido é a orientação do enunciado 37 da Jornada de Direito Civil “A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico. “

Logo, verificado que o exame do elemento subjetivo culpa ou a finalidade de causar prejuízo não é necessário para que se configure o ato abusivo, cabe agora citar quais são os critérios necessários para que ocorra o abuso do direito. Conforme já destacado, o abuso do direito é caracterizado pelo seu anormal exercício, aquele que se afasta da boa-fé, dos bons costumes ou da finalidade social ou econômica do direito. Dessa forma, os requisitos para a configuração do abuso do direito são, em primeiro lugar, o exercício de um direito por seu titular e a ofensa aos limites objetivos, como o fim econômico ou social do próprio direito, a boa-fé ou os bons costumes.

Passa-se agora a análise dos limites estabelecidos no artigo 187 do Código Civil - fim econômico ou social, boa-fé e bons costumes. Por fim econômico entende-se como sendo “[...] o proveito material ou vantagem que o exercício do direito trará para o seu titular, ou a perda que suportará pelo seu não exercício”⁵⁹. Já o fim social, Sergio Cavalieri Filho assim esclarece:

Toda sociedade tem um fim a realizar: a paz, a ordem, a solidariedade e a harmonia da coletividade – enfim, o bem comum. E o Direito é o instrumento de organização social para atingir essa finalidade. Todo direito subjetivo está, pois, condicionado ao fim que a sociedade se propôs.⁶⁰

Tanto o fim social, como econômico são limites que devem ser preenchidos no caso concreto, levando em conta “o resultado da incidência das normas constitutivas

⁵⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 13 Ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 259.

⁶⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12 Ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 250.

do direito sobre a realidade concreta em que ele é exercido”, ou seja, são limites específicos⁶¹.

Já os dois últimos – boa-fé e bons costumes – são limites gerais, que devem ser observados no exercício de todo e qualquer direito subjetivo⁶². Bruno Miragem dispõe acerca da boa-fé:

A boa-fé apresenta, em matéria de limite ao exercício de direitos, papel fundamental, uma vez que, ao ser fonte de deveres anexos como lealdade, colaboração e respeito às expectativas legítimas do outro sujeito da relação jurídica, por evidência lógica limita a liberdade individual do destinatário desses deveres. Este terá, portanto, de exercer os direitos de que é titular, circunscrito aos limites que eles lhe impõem⁶³.

Em suma, a boa-fé objetiva significa um padrão de conduta necessário para que na convivência social se possa acreditar, ter confiança na conduta de outrem. Finalmente, os bons costumes “são costumes qualificados como eticamente dotados de valor em si, segundo uma perspectiva social de sua importância e aprovação”⁶⁴. O abuso ocorre quando o agente titular do direito agir de forma contrária a ética dominante, “atentar contra os hábitos aprovados pela sociedade, aferidos por critérios objetivos e aceitos pelo homem médio”⁶⁵.

À vista disso, feita a análise dos pressupostos fundamentais para caracterização do abuso do direito, exame necessário para averiguar a possibilidade de responsabilização dos pretendentes à adoção, em razão da desistência da adoção durante o período de convivência, passa-se à análise da responsabilidade civil no âmbito do Direito de Família.

⁶¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12 Ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 245.

⁶² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12 Ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 245.

⁶³ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2015. p.137.

⁶⁴ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2015. p.140.

⁶⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12 Ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 253.

1.4 A APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA NAS RELAÇÕES FAMILIARES

O conceito de família vem sofrendo, ao longo dos séculos, consideráveis transformações, influenciado tanto pela religião, como pelo desenvolvimento social e econômico que a sociedade vem sofrendo. E, em decorrência dessa evolução e nova mentalidade sociocultural, os aspectos afetivos da convivência familiar têm recebido maior importância⁶⁶.

A partir dessa nova mentalidade passou-se a valorizar mais o vínculo de afetividade e solidariedade entre as pessoas do núcleo familiar e, nesse mesmo sentido, passou-se a exigir responsabilidade entre esses entes por atos cometidos em detrimento dos outros, em especial por dano moral⁶⁷.

Quanto à possibilidade de aplicação da responsabilidade civil nas relações paterno-filiais, a doutrina não é uniforme. Enquanto alguns juristas sustentam a isenção, imunidade ou privilégio dos pais, outros defendem que os danos ocasionados aos filhos devem ser reparados.

Segundo Leonardo Castro, a indenização não alcança a sua função social, bem como não demonstra qualquer finalidade positiva. Nas palavras do autor, será necessário atentar para o fato de que

“nas relações familiares, cabe ao Judiciário apenas a defesa aos direitos fundamentais do menor. A sua intromissão em questões relacionadas ao sentimento é abusiva, perigosa e põe em risco relações que não são da sua alçada. O amor é resultado de algo alheio ao nosso entendimento, e não da coação”⁶⁸.

Nesta sequência, ao tratar do abandono afetivo, o autor defende que, ainda que a postura omissiva de um pai gere danos ao filho, para os genitores relapsos, a destituição do poder familiar já seria uma punição civil suficientemente grave. Ademais, sustenta que “se a solução para o problema fosse dinheiro, a própria pensão

⁶⁶ CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Dano moral no Direito de Família**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.66

⁶⁷ CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Dano moral no Direito de Família**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 69.

⁶⁸ CASTRO, Leonardo. **O preço do Abandono Afetivo**. Disponível: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1040152/o-preco-do-abandono-afetivo-leonardo-castro>> Acesso: 26 nov. 2019.

alimentícia atenderia ao objeto da reparação, o que não ocorre”⁶⁹. Assim, o afeto deveria surgir de uma forma espontânea e não por meio da intervenção do Judiciário.

Ruy Rosado de Aguiar Júnior entende que o tema da responsabilidade civil no Direito de Família apresenta pontos inversos. Isso porque há valores constitucionais em confronto: o princípio da dignidade da pessoa humana e a necessidade de proteção da entidade familiar. Ou seja, a dignidade da pessoa humana de certo membro da família, como pessoa, pode entrar em conflito com o interesse da entidade familiar⁷⁰.

Há autores que defendem que deve existir uma maior autonomia dos membros familiares, a fim de preservar a individualidade dos indivíduos, intimidade e dignidade. Nestes termos, assevera Maria Celina Bodin de Moraes: “ao direito de família atual não cabe ser intrusivo, cumprindo-lhe respeitar as individualidades, buscando conservar, sempre que possível, a solidariedade familiar”⁷¹.

Também, Sílvio de Salvo Venosa afirma que devido à importância da instituição familiar, é dever do Estado agir para preservá-la, cumprindo sua função social protetora, sem ser invasiva⁷². Não se pode tratar a família como um instituto alheio ao Estado de Direito, deve-se proteger as garantias individuais, razão pela qual alguns autores defendem que é preciso reconhecer a aplicação das normas gerais de responsabilidade civil no âmbito do direito de família⁷³.

Ainda, conforme Sílvio de Salvo Venosa, “o direito de família está centrado nos deveres, enquanto que nos demais campos do direito de índole patrimonial o centro orientador reside nos direitos, ainda que também orientados pelo cunho social [...]”⁷⁴. Ou seja, nestes ramos jurídicos os direitos possuem, na maior parte dos casos, o caráter de deveres nas relações familiares.

Em razão das transformações que ocorreram no direito de família, uma das maiores mudanças foi o fato de que houve uma passagem da concepção da família

⁶⁹ CASTRO, Leonardo. **O preço do Abandono Afetivo**. Disponível: <<https://fg.jusbrasil.com.br/noticias/1040152/o-preco-do-abandono-afetivo-leonardo-castro>> Acesso: 26 nov. 2019.

⁷⁰ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **Responsabilidade civil no direito de família**. Disponível: http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/1335/Responsabilidade_%20Civil_%20no_%20Direito.pdf?sequence=1 . Acesso: 25 nov. 2019.

⁷¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil**. Revista Forense, v. 386, 2006, p.192.

⁷² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Família**. vol. 5. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p 11.

⁷³ CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Dano moral no Direito de Família**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.70

⁷⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Família**. vol. 5. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p 15.

como instituição, para a família como instrumento de realização dos seus membros, calcada na afetividade. Valéria Silva Galdino Cardin ressalta que é por meio do afeto que se promove a formação do indivíduo e, por isso, é tão importante nas relações familiares⁷⁵.

À vista disso, a família, tendo o afeto como base, busca preservar as individualidades de cada integrante, através do respeito, que deve permear essas relações. Ainda, Caio Mário da Silva Pereira observa que o afeto, o diálogo e a solidariedade podem ajudar nos conflitos que se apresentam, em suas diferentes formas, em cada configuração familiar⁷⁶.

Da mesma forma que a relação entre homem-mulher e pai-filho deixou de ser patriarcal, embasada em vínculos de posse e domínio, e passou a ser baseada no respeito recíproco, surgiram novas formas de parentesco, como a parentalidade afetiva, em que os laços não mais derivam de laços sanguíneos, mas de laços de afetos. Ou seja, resta claro que a afetividade passou a ser um dos princípios basilares do Direito de Família⁷⁷.

Em compensação, a valoração do vínculo afetivo passou a exigir a responsabilidade por atos cometidos na esfera familiar. Em razão disso, surge o questionamento: os agravos decorrentes da devolução para adoção durante o estágio de convivência, podem motivar a indenização por danos morais?

Com o desenvolvimento do instituto da responsabilidade civil e a sua crescente preocupação com a reparação de danos injusto, bem como com o fortalecimento da autonomia no âmbito familiar, os fatores que tradicionalmente serviam como inibidores da responsabilidade civil no Direito de família foram reduzidos⁷⁸.

Afirmar que as relações familiares estão imunes da responsabilidade civil não faz sentido, tendo em vista que os membros desse núcleo são seres que têm direitos da personalidade, gozam de proteção, sendo inconcebível que haja certa “imunidade” para aqueles que pratiquem determinada infração, apenas pelo fato de tal violação ocorra em uma relação jurídica de caráter especial. Apesar de não haver em nosso

⁷⁵ CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Dano moral no Direito de Família**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.234.

⁷⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 33.

⁷⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 33.

⁷⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil**. Revista Forense, v. 386, 2006, p. 186.

ordenamento jurídico dispositivo específico acerca da responsabilidade civil no Direito de família, o ressarcimento dos danos morais neste campo vem sendo aplicado através dos arts. 186 e 927 do Código Civil, que tratam da regra geral da responsabilidade civil.

Na visão de Valéria Silva Galdino Cardin, a lesão entre membros da família é mais grave do que aquela provocada por terceiro, devido a situação privilegiada familiar, justificando a responsabilização civil⁷⁹. No mesmo sentido, Fernanda Oltramari e Vitor Hugo Oltramari referem: “[...] mais do que em qualquer outro ambiente, no familiar os direitos da personalidade precisam ser reconhecidos e valorizados. Afinal de contas, se entre as pessoas comuns o respeito e a consideração se impõem, ainda mais, no seio da família”⁸⁰.

Segundo Valéria Silva Galdino Cardin:

“[...] calcada no entendimento de que nada destrói mais uma família do que o dano causado pelos seus próprios membros, a reparabilidade do dano moral funciona como uma forma de fortalecer os valores atinentes à dignidade e ao respeito humano para aquele que jamais recebeu afeto”⁸¹

Portanto, esses juristas defendem que as normas de responsabilidade civil devem ser aplicadas quando um ente da família praticar ato ilícito que atinja a esfera moral do outro. A negativa da reparação dos danos extrapatrimoniais entre membros familiares significaria um estímulo à sua reiteração.

Ainda, Jesualdo Eduardo de Almeida Júnior assevera que “(...) é exatamente nas relações familiares em que se acentua a necessidade de proteção dessa dignidade, já que a família é o centro da preservação da pessoa”. A família é a primeira destinatária dos direitos fundamentais, estando incluída em todo o sistema de direitos e garantias previstos na constituição, inclusive a reparação do dano moral. Para o

⁷⁹ CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Dano moral no Direito de Família**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.69.

⁸⁰ OLTRAMARI, Fernanda; OLTRAMARI, Vitor Hugo. **As tutelas da personalidade e a responsabilidade civil na jurisprudência do direito de família**. Disponível em <https://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Fernanda_Oltramari/Tutelapersonalidade.pdf> Acesso em: 04 de novembro de 2019.

⁸¹ CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Dano moral no Direito de Família**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.71.

autor, não há como falar em direitos de liberdade, de igualdade, de personalidade, à honra se tais não foram protegidos já no âmbito familiar⁸².

Enfim, conforme este pensamento, a dignidade é um princípio a ser protegido em todas as relações jurídicas, especialmente nas relações de família, com intuito de proteger a personalidade dos membros integrantes do núcleo familiar.

Acolhendo a possibilidade de incidência da responsabilidade civil no âmbito familiar e, mais especificamente, nas relações entre adotantes e adotados durante a fase de convivência, é necessário o debate acerca de alguns dos principais princípios presentes no direito de família. O primeiro, o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio dos princípios, experimentado principalmente na esfera dos afetos, tem o Estado, além de o dever de não praticar atos que atentem contra a dignidade, mas agir de forma a promovê-la, “garantindo ao ser humano o mínimo existencial para a efetividade deste princípio, sendo direito constitucional do ser humano ser feliz e dar fim àquilo que lhe aflige”⁸³. Aliás, o princípio da dignidade humana está previsto na Constituição Federal em seu artigo 1º, inciso III:

Art. 1º 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;

O segundo princípio a ser destacado é o da solidariedade que também está previsto na Constituição Federal no artigo 3º, inciso I⁸⁴, e tem como objetivo, no direito de família, reger as relações entre as pessoas da família, através do respeito e consideração mútuos. Nas palavras de Maria Berenice Dias:

Solidariedade é o que cada um deve ao outro. Esse princípio, que tem origem nos vínculos afetivos, dispõe de conteúdo ético, pois contém em suas entranhas o próprio significado da expressão solidariedade, que compreende a fraternidade a reciprocidade. (...) em se tratando de crianças e de adolescentes, é atribuído primeiro à família, depois à sociedade e finalmente

⁸² ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo. **Os danos morais pelo descumprimento dos deveres pessoais no casamento**. Revista IOB de Direito de Família, n. 59, 2010, p. 131 e 132.

⁸³ LOMEU, Leandro Soares. **Afeto, abandono, responsabilidade e limite: diálogos sobre ponderação**. 2009. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/222.pdf>>. Acesso em 01 dez 2019.

⁸⁴ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

ao Estado (CF 227) o dever de garantir com absoluta prioridade os direitos inerentes aos cidadãos em formação.⁸⁵

Quando tratamos acerca da adoção, destaca-se esse princípio tendo em vista que a atitude de adotar carrega consigo um grande caráter humanitário, carregado de sentimentos de generosidade, pelo fato de que a família substituta busca criar vínculos afetivos e dar uma estrutura familiar para as crianças e adolescentes que não tiveram com suas famílias biológicas.

Ainda, com relação direta ao dano moral por devolução imotivada, encontra-se o princípio da afetividade, de suma importância para as relações familiares e princípio norteador das relações familiares. Nas preciosas lições de Maria Berenice Dias:

O afeto não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família. (...). O direito das famílias instalou uma nova ordem jurídica para a família, atribuindo valor jurídico ao afeto. (...) as relações de família, formais ou informais, indígenas ou exóticas, ontem como hoje, por mais complexas que se apresentem, nutrem-se, todas elas, de substâncias triviais e ilimitadamente disponíveis a quem delas queira tomar afeto, perdão, solidariedade, paciência, devotamento, transigência, enfim, tudo aquilo que, de um modo ou de outro, possa ser reconduzido à arte e à virtude do viver em comum. A teoria e a prática das instituições de família dependem, em última análise, de nossa competência de em dar e receber amor.⁸⁶

Por meio do afeto é que as relações familiares se constroem, razão pela qual deve receber maior atenção da área jurídica. Não se trata apenas de um sentimento, mas sim de um valor jurídico valorizado na esfera do direito de família.

Por mais que o princípio da afetividade não esteja positivado na Constituição Federal, ele pode ser encontrado no texto legal de alguns artigos relacionados à adoção, como no artigo 226, §4^{o87}, que define a família como a comunidade formada por qualquer um dos pais e seus dependentes, incluindo os adotivos, o art. 227, §6^{o88}, que trata acerca da igualdade de direito de todos os filhos independentemente da origem. No Código Civil tem-se no artigo 1.593⁸⁹ o princípio da afetividade relacionado

⁸⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 12 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 63.

⁸⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 12 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 68-69.

⁸⁷ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

⁸⁸ § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

⁸⁹ Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem.

à adoção quando admite outra origem à filiação além do parentesco natural e civil e o artigo 1.596⁹⁰ que trata acerca da igualdade na filiação.

Conforme Maria Celina Bodin de Moraes, o interesse da criança, protegida com prioridade pela Constituição Federal, deve ser interpretado como um dos principais aspectos das relações familiares⁹¹.

Ainda, nesse sentido, ao se referir ao Estatuto da Criança e do Adolescente, Maria Helena Diniz salienta que:

O Estatuto rege-se pelos princípios do melhor interesse, paternidade responsável e proteção integral, visando a conduzir o menor à maioridade de forma responsável, constituindo-se como sujeito da própria vida, para que possa gozar de forma plena dos seus direitos fundamentais.⁹²

Existe na Constituição Federal diversos artigos que demonstram a intenção do legislador de amparar e proteger a criança e o adolescente em seu núcleo familiar. O art. 227⁹³, *caput*, da Constituição da República refere que é dever da família assegurar-lhes, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à própria convivência familiar, dentre outros. O art. 229⁹⁴ dispõe acerca do dever dos pais de assistir, criar e educar os filhos menores.

Da mesma forma, tem-se no Código Civil o art. 1.634⁹⁵ que dispõe acerca dos direitos e deveres que incumbem aos pais em relação à prole, e prevê nos arts. 1.637 e 1.638 as hipóteses de suspensão e perda do exercício do poder familiar.

⁹⁰ Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

⁹¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil**. Revista Forense, v. 386, 2006, p. 201.

⁹² DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 65

⁹³ 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.

⁹⁴ Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

⁹⁵ Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: I - dirigir-lhes a criação e a educação; II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do [art. 1.584](#); III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; VII - representá-los judicial

O ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) foi criado justamente para proteger as crianças e os adolescentes, consagrando o seu direito de serem criados e educados no seio de sua família (art. 19), incumbindo deveres aos pais (art. 22) e prevendo sanções pelo descumprimento dos mesmos (art. 249). Há uma maior proteção em relação aos filhos, tendo em vista que são seres em desenvolvimento e necessitam de uma convivência familiar saudável.

Ressalta-se que a função da reparação pelo dano moral, especialmente, no âmbito do direito de família, não visa restituir ou assegurar o afeto, mas tem caráter punitivo e pedagógico, para que sirva de reprimenda àquele que causou o dano e para conscientizar, tanto o causador quanto às demais pessoas⁹⁶. Dessa forma, diante da quantidade de casos em que se observa o desrespeito e a violação dos direitos de personalidade da pessoa dentro do núcleo familiar, é de extrema importância que o instituto da responsabilidade civil atue cada vez mais nas relações familiares, devendo-se atentar para a não banalização do dano moral, tendo em vista que os relacionamentos familiares são permeados por momentos felizes e difíceis.

e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

⁹⁶ AMORIM, Ana Mônica Anselmo de. **Manual de Direito das Famílias**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 70.

2 A POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DOS PRETENDENTES À ADOÇÃO PELA DESISTÊNCIA DA MEDIDA DURANTE O PERÍODO DE CONVIVÊNCIA

Após o estudo dos pressupostos da responsabilidade civil e sua aplicação no âmbito do direito de família, passa-se a análise acerca do estágio de convivência e seu objetivo em prol da criança e do adolescente, bem como a investigação sobre a aplicação da jurisprudência brasileira acerca deste tema, que vem sendo cada vez mais no sentido de responsabilizar os adotantes que devolvem o adotando.

2.1 O PERÍODO DO ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA E O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Faz-se necessária uma avaliação da possibilidade de responsabilização civil dos pretendentes à adoção em caso de desistência da medida, principalmente, pela frequência com que estes casos têm se repetido no judiciário⁹⁷, desrespeitando os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da proteção integral à infância e à juventude. Muitos são os casos de adotantes que iniciam o processo de adoção e não cumprem com o seu dever legal, devolvendo os menores sem justificativa, gerando danos irreversíveis e ferindo os sentimentos dos adotados.

O Estágio de Convivência está previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA no artigo 46 que estabelece que “a adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo que a autoridade judiciária fixar, observadas as peculiaridades do caso” e é de extrema importância

⁹⁷ TJSC, Agravo de Instrumento n. 2014.014000-8, rel. Des. Saul Steil, com votos vencedores deste Relator e do Exmo. Des. Fernando Carioni, Terceira Câmara de Direito Civil, Data do Julgamento: 16-12-2014.

TJMG, Apelação Cível n. 10702140596124001, Relator: Caetabi Levi Lopes, Data do Julgamento: 27-03-2018.

TJSC, Agravo de Instrumento n. 4025528-14.2018.8.24.0900, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, Data do Julgamento: 29-01-2019.

TJMG, Apelação Cível n. 1.0024.11.049157-8/002, Relator(a): Des.(a) Vanessa Verdolim Hudson Andrade, Data do Julgamento: 15/04/2014.

TJRJ, Apelação Cível n. 0001435-17.2013.8.19.0206, Relator Des(a). Cláudio de Mello Tavares, Data do Julgamento: 30/03/2016.

TJRS, Apelação Cível, nº 70080332737, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em: 28-02-2019.

TJRS, Apelação Cível nº 70070484878, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em: 31-08-2016.

TJRS, Apelação Cível nº 70079126850, Relator: Rui Portanova, Julgado em: 04-04-2019.

para o processo de adoção, uma vez que é durante este período que se verifica a adaptação e se há compatibilidade entre o adotado e a família substituta. Conforme Tainara Mendes Cunha, “o estágio de convivência faz-se necessário vez que propicia uma situação de conhecimento recíproco entre adotante e adotado, possibilitando, dessa maneira, o estabelecimento de vínculos entre os mesmos”.⁹⁸

É certo que a própria lei prevê a possibilidade de desistência, no decorrer do processo de adoção, ao criar a figura do estágio de convivência, e não há vedação legal para que os adotantes desistam da adoção quando estiverem apenas com a guarda dos menores. Aliás, importante destacar que o vínculo de adoção somente se constitui através de sentença judicial, conforme previsto no art. 47, do ECA:

Art. 47. O vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão.

Dessa forma, não há óbice à desistência da adoção durante o estágio de convivência e a conseqüente devolução, de forma geral, não configura ato ilícito ensejador de dano moral ou material. Contudo, a grande maioria dos casos a devolução se dá de forma imotivada, ocorrendo, por parte dos adotantes, uma descautela e um descompromisso em relação aos menores, configurando um abuso do direito deles em adotar.

Enquanto que durante essa fase o adotado, em virtude da convivência diária, passa a mostrar a sua individualidade e, em decorrência dela, suas qualidades e fraquezas, a rejeição por parte do adotantes pode ocorrer, o que não acontece quando se trata de filho biológico, quando eventual atitude é enxergada como um traço de personalidade. No filho adotivo, essa atitude é vista como traços psicológicos ou características “ruins” vindas da família biológica⁹⁹. E, muitas vezes, a devolução do adotado durante o estágio de convivência nas primeiras dificuldades apresentadas está relacionada com a visão de que as crianças adotadas são “problemáticas”.

⁹⁸ CUNHA, Tainara Mendes. **O Instituto da Adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente após a Lei 12.010/2009**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 26 nov. 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.34508&seo=1>>. Acesso em: 31 out. 2019.

⁹⁹ ROCHA, Maria Isabel de Matos. **Crianças “desenvolvidas”: Os “filhos de fato” também têm direito? (Reflexões sobre a “adoção à brasileira”, guardas de fato ou de direito mal sucedidas)**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, II, n. 7, nov. 2001. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5541>. Acesso em 06 de nov de 2019.

Com certeza a devolução ocorrida durante o estágio de convivência causa grande abalo emocional para os infantes que criaram uma expectativa de voltar a fazer parte de uma família, bem como que é certo que uma criança não saberá distinguir que aquele período é um tempo para verificar se a adoção é o melhor para ambos, fazendo com que se sintam novamente abandonados, pois já foram desprezados ou retirados do convívio da sua família biológica e são, novamente, rejeitados pelos pais adotivos¹⁰⁰.

Aliás, durante o processo de adoção, na maioria das vezes, o estágio de convivência, para as partes, especialmente para os pais, trata-se apenas de uma parte do processo burocrático da adoção, de modo que o adotante acaba por passar à criança ou ao adolescente a ideia de que irá adotá-las, estando apenas aguardando o deferimento do pedido. Ou seja, uma certa expectativa é criada pelo adotado, que durante não enxerga esse período como uma fase de adaptação e sim como a oportunidade da sua vida de ter uma família e receber o carinho, afeto e amor que não recebeu de sua família biológica.

O objetivo principal da adoção não é buscar filhos para famílias, mas sim uma família para crianças, conforme o art. 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

Ou seja, em eventuais dúvidas acerca da aplicação das normas deve-se sempre beneficiar a criança e o adolescente, com destaque para o princípio do melhor interesse da criança. Dessa forma, conclui-se que o estágio de convivência não é um direito instituído em favor dos adotantes, mas sim dos adotados.

Ademais, possuindo os infantes a condição de pessoas em desenvolvimento, o direito da criança ou do adolescente deve ser priorizado em detrimento do direito da pessoa maior e capaz quando estivermos tratando dos mesmos direitos. À vista disso, privilegiar o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente é fundamental para que se efetive a proteção integral da criança e do adolescente, além de estar

¹⁰⁰ DA SILVA, Maiara Patrícia; DOS SANTOS, Milene Ana. **Responsabilidade Civil pela Devolução de Crianças e Adolescentes em Estágio de Convivência no Processo de Adoção**. Revista Síntese. Direito de Família, v. 15, n. 83, abril/maio de 2014. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDF_83_miolo%5B1%5D.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2019.

diretamente relacionado ao instituto da adoção, tendo em vista que a adoção não se justificaria se não atendesse ao melhor interesse do adotado¹⁰¹.

O Estatuto da Criança e do Adolescente trouxe significativa alteração no tratamento das crianças e adolescentes pela legislação, rompendo com a ideologia do assistencialismo e da institucionalização, que privilegiava o interesse dos adultos, passando a priorizar o infante, bem como a busca pelo melhor interesse da criança e do adolescente. Dessa forma, o ECA sedimenta a proteção integral da criança e do adolescente, garantindo a efetivação de seus interesses¹⁰².

Outrossim, a Declaração dos Direitos da Criança, publicado pela Organização das Nações Unidas, garante em seus dispositivos uma série de direitos e impõe ao Estado o dever de assegurá-los. Em especial, destaca-se o Princípio 6º:

Para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança precisa de amor e compreensão. Criar-se-á, sempre que possível, aos cuidados e sob a responsabilidade dos pais e, em qualquer hipótese, num ambiente de afeto e de segurança moral e material, salvo circunstâncias excepcionais, a criança da tenra idade não será apartada da mãe. À sociedade e às autoridades públicas caberá a obrigação de propiciar cuidados especiais às crianças sem família e aquelas que carecem de meios adequados de subsistência. É desejável a prestação de ajuda oficial e de outra natureza em prol da manutenção dos filhos de famílias numerosas.

Esse princípio eleva a criança à condição de ser humano em desenvolvimento, alcançando-os ao patamar de sujeito de direitos. Ademais, o referido Tratado consagra os princípios basilares da doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, assegurando, dentre outros direitos, o direito ao convívio familiar e eleva a criança ao topo da pirâmide de relevância social¹⁰³.

¹⁰¹ DA SILVA, Maiara Patrícia; DOS SANTOS, Milene Ana. **Responsabilidade Civil pela Devolução de Crianças e Adolescentes em Estágio de Convivência no Processo de Adoção**. Revista Síntese. Direito de Família, v. 15, n. 83, abril/maio de 2014. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDF_83_miolo%5B1%5D.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2019.

¹⁰² SILVA, Nelson Mendes da. **A irrevogabilidade da adoção e o princípio do melhor interesse do adotando**. 2015. 21 f. ARTIGO (Pós-Graduação) - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2015/pdf/NelsonMendesdaSilva.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2019.

¹⁰³ CRUZ, Sabrina D'Avila da. **A frustração do reabandono: uma nova ótica acerca da devolução em processos de adoção**. 2014. 23 p. Artigo Científico (Curso de Pós Graduação) – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2014/trabalhos_12014/SabrinaDAvilaCruz.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2019.

Não se pode deixar de relatar também a Convenção dos Direitos da Criança que consagra em seu art. 3 o Princípio do Melhor Interesse da Criança, *in verbis*:

Artigo 3.1 Todas as decisões relativas a crianças, adaptadas por instituições públicas ou privadas de proteção social, por tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão primordialmente em conta o interesse superior da criança.

3.2 Os Estados Partes comprometem-se a garantir à criança a proteção e os cuidados necessários ao seu bem-estar, tendo em conta os direitos e deveres dos pais, representantes legais ou outras pessoas que a tenham legalmente a seu cargo e, para este efeito, tomam todas as medidas legislativas e administrativas adequadas.

3.3 Os Estados Partes garantem que o funcionamento de instituições, serviços e estabelecimentos que têm crianças a seu cargo e asseguram que a sua proteção seja conforme às normas fixadas pelas autoridades competentes, nomeadamente nos domínios da segurança e saúde, relativamente ao número e qualificação do seu pessoal, bem como quanto à existência de uma adequada fiscalização.

O processo de adoção não é padronizado no Brasil, especialmente dada as peculiaridades de cada região do país e, apesar das legislação buscar atender o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, não está previsto medidas que assegurem a concretização da norma, especialmente quanto ao período previsto para o estágio de convivência¹⁰⁴, visto que ao inserir a criança em família substituta, acaba por gerar uma falsa noção de uma “adoção irregular”, uma vez que se trata de guarda provisória, não só nas adotados, mas especialmente nas famílias¹⁰⁵, podendo acarretar um certo sentimento de que irresponsabilidade dos adotantes perante os tutelados, uma vez que o processo de adoção não está concretizado.

Embora o objetivo do estágio de convivência seja o de avaliar a adaptação de ambas as partes, destaca-se que quem recebe - ou deveria receber - uma preparação para receber a criança ou o adolescente, bem como quem escolheu estar nessa posição é o adotante, o que não ocorre com o menor, que não optou por estar nessa posição. Assim, cada caso possui suas peculiaridades e pode atingir os infantes de maneira diferentes, sendo possível que a devolução feita pelos adotantes, embora não infrinja lei, fuja da sua finalidade social, caracterizando o abuso de direito,

¹⁰⁴ Art. 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. (Redação dada pela Lei nº 13.509, de 2017)

¹⁰⁵ CRUZ, Sabrina D'Avila da. **A frustração do reabandono**: uma nova ótica acerca da devolução em processos de adoção. 2014. 23 p. Artigo Científico (Curso de Pós Graduação) – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <http://www.emerj.tj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusão/1semestre2014/trabalhos_12014/SabrinaDAvilaCruz.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2019.

considerado ilícito pelo artigo 187 do Código Civil, resultando em danos morais em favor do menor¹⁰⁶.

Ademais, ainda que durante o estágio de convivência não haja um vínculo jurídico estabelecido, em alguns casos se constitui um vínculo afetivo, razão pela qual, a partir da perspectiva de uma criança, o abandono durante o período de convivência pode ser visto da mesma forma daquele efetuado após o processo da adoção, caso a criança já se sinta parte da família¹⁰⁷. Ou seja, por mais que seja legalmente possível a desistência da adoção durante o estágio de convivência, sob o ponto de vista do adotado, os danos sofridos são os mesmos, independente se há ou não sentença constitutiva. Inclusive, há autores que defende que o termo correto seria o de “reabandono” e não de devolução, sendo equiparado ao abandono realizado pela família biológica¹⁰⁸.

É claro que a devolução da adoção também é uma experiência negativa para os adotantes, que tem que reconhecer “a sua incapacidade para o exercício de uma paternidade adotiva responsável”, e a devolução é apenas a consequência final de uma série de erros, muitas vezes consequentes da falta de preparo dos adotantes, dos técnicos na orientação dos candidatos e da inexistência ou ineficiência dos meios de apoio às famílias adotivas em crise¹⁰⁹.

Em alguns casos há, também, uma corresponsabilidade dos adotantes e do Estado, pois a ele cabe o dever de zelar pelas crianças¹¹⁰, bem como é de sua

¹⁰⁶ DA SILVA, Maiara Patrícia; DOS SANTOS, Milene Ana. **Responsabilidade Civil pela Devolução de Crianças e Adolescentes em Estágio de Convivência no Processo de Adoção**. Revista Síntese. Direito de Família, v. 15, n. 83, abril/maio de 2014. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDF_83_miolo%5B1%5D.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2019.

¹⁰⁷ IBDFAM. **De devolução para reabandono: a criança como sujeito de direitos**. 2018. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/1292/De+devolu%C3%A7%C3%A3o+para+reabandono%3A+a+crian%C3%A7a+como+sujeito+de+direitos>>. Acesso em: 22 nov. 2019.

¹⁰⁸ CRUZ, Sabrina D’Avila da. **A frustração do reabandono: uma nova ótica acerca da devolução em processos de adoção**. 2014. 23 p. Artigo Científico (Curso de Pós Graduação) – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <http://www.emerj.tjtj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusão/1semestre2014/trabalhos_12014/SabrinaDAvilaCruz.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2019.

IBDFAM. **De devolução para reabandono: a criança como sujeito de direitos**. 2018. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/1292/De+devolu%C3%A7%C3%A3o+para+reabandono%3A+a+crian%C3%A7a+como+sujeito+de+direitos>>. Acesso em: 22 nov. 2019.

¹⁰⁹ FREIRE, Fernando. **As crianças que já não têm família**. 2008. Disponível em: <<http://www.mpms.mp.br/portal/cao/padrao/exdout.php?id=129>>. Acesso em: 26 nov. 2019.

¹¹⁰ IBDFAM. **Casos de devolução de crianças adotadas revelam deficiências no sistema e na lei**. 2015. Disponível em:

responsabilidade a falta de equipes técnicas nas Varas da Infância e Juventude para que seja possível que haja um efetivo suporte e capacitação dos pretendentes à adoção. Ou seja, a delegação da guarda e proteção da criança e ou do adolescente a uma família, sem que haja um preparo, até mesmo do caráter provisório da guarda, vai de encontro a natureza jurídica do instituto, que tem como escopo a proteção dos tutelados¹¹¹.

2.2 ANÁLISE DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

Com o crescente número de casos de devolução de crianças e adolescentes durante o estágio de convivência, também tem aumentado o número de demandas judiciais que visam à responsabilização civil dos adotantes, razão pela qual se faz necessária a análise das decisões dos Tribunais que reconhecem a obrigação de reparar em face dos prejuízos causados às crianças e adolescentes.

Conforme expostos anteriormente, a irrevogabilidade da adoção está prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente no art. 26. Neste caso, o artigo faz referência à adoção cujo processo já foi concluído, estando a guarda da criança transferida definitivamente para os adotantes. Contudo, há uma lacuna na legislação no que se refere a devolução das crianças ainda durante o estágio de convivência. E, justamente nesse período, as chamadas “devoluções” acontecem e são amparadas pelo ordenamento, tendo em vista que este período é para adaptação da criança com a nova família e vice-versa. Nesse sentido:

“Essas devoluções acontecem com requerentes que estão em estágio de convivência com crianças maiores, com idades geralmente a partir dos 04 anos, fase em que a criança já possui uma “história de vida”, como educação, personalidade formada, vontades, gostos etc. As devoluções envolvem diferentes situações, sejam elas de dificuldades de relacionamento, criação, educação, estabelecimento de regras, entre outras. Situações provocadas pela criança, pelo adulto, pelo meio social ou familiar. Estas levam os

<<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5660/Casos+de+devolu%C3%A7%C3%A3o+de+crian%C3%A7as+adotadas+revelam+defici%C3%A7%C3%A3o+no+sistema+e+na+lei>>. Acesso em: 18 nov 2019.

¹¹¹ CRUZ, Sabrina D'Avila da. **A frustração do reabandono: uma nova ótica acerca da devolução em processos de adoção.** 2014. 23 p. Artigo Científico (Curso de Pós Graduação) – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <http://www.emerj.tj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusão/1semestre2014/trabalhos_12014/SabrinaDAvilaCruz.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2019.

requerentes a buscarem ajuda institucional para solucionar os problemas, ou até mesmo desistirem da adoção”¹¹².

Ou seja, a devolução de crianças e adolescentes são mais comuns quando elas atingem uma certa idade, uma vez que elas já possuem um histórico e cuja adaptação se torna mais dificultosa. Essas crianças já possuem um certo grau de desenvolvimento psicológico e social, o que, na visão dos pretendentes à adoção, é um obstáculo ao que pretendiam.

Muitas vezes a devolução durante o estágio de convivência, na verdade, está nas expectativas irreais que os adotantes têm, não estando realmente preparados para receber um novo membro na família. Explica Bruna Carolina Martins:

“A devolução é motivada, em grande parte, pelas expectativas fantasiosas dos pais adotivos que, nem sempre, tem com o filho adotivo a mesma complacência que teriam com um filho natural, não por que não queiram, mas por que estão moldados por uma cultura impregnada de mitos e construções históricas, que os leva a crer que não podem lidar com a situação, já que o filho adotivo carrega consigo uma bagagem da vida anterior a adoção que os leva a pensar que não são capazes de viver e trabalhar os conflitos.”¹¹³

Com o novo abandono que a criança sofre, as consequências são, muitas vezes, irreparáveis. Os transtornos psicológicos e emocionais sofridos - novamente - podem nunca ser corrigidos e a criança acabar por ter de conviver com os traumas pelo resto da vida.

Ainda há divergência nos Tribunais acerca do tema, tendo em vista que alguns Tribunais aplicam o entendimento de que a desistência da adoção durante o estágio de convivência não configura ato ilícito, uma vez que não há vedação legal para tanto. De início, passa-se à análise das decisões pelas Cortes Regionais em que houve a condenação dos adotantes ao pagamento de indenização em razão da devolução imotivada.

¹¹² MARTINS, Bruna Caroline. **A devolução de crianças em estágio de convivência no processo de adoção**. 2008. 49 p. Monografia (Bacharelado em Serviço Social) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008. Disponível em: <<http://tcc.bu.ufsc.br/Ssocial285349.pdf>>. Acesso em 31 out. 2019.

¹¹³ MARTINS, Bruna Caroline. **A devolução de crianças em estágio de convivência no processo de adoção**. 2008. 42 p. Monografia (Bacharelado em Serviço Social) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008. Disponível em: <<http://tcc.bu.ufsc.br/Ssocial285349.pdf>>. Acesso em 31 out. 2019.

Um desses casos fora julgado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, decisão proferida nos autos do Agravo de Instrumento nº 2014.014000-8¹¹⁴. No caso em apreço, o Ministério Público interpôs o recurso em face da decisão de primeiro grau que indeferiu o pedido de antecipação de tutela para condenar os agravados ao pagamento de alimentos ressarcitórios em favor da adolescente, em decorrência da desistência da medida. O Ministério Público destacou, em síntese, que a adolescente foi devolvida à instituição de acolhimento sem qualquer justificativa plausível, e que o pedido de alimentos ressarcitórios justificaria-se tem em vista o sofrimento causado à menina, uma vez que houve alterações na sua rotina, bem como na sua própria identidade com a mudança de seu nome.

No estudo social realizado foi constatado que os agravados não conseguiram lidar com as dificuldades enfrentadas durante o estágio de convivência, tendo em vista que a adolescente apresentava comportamento de desobediência e rebeldia. A respeito do comportamento desta, o qual foi considerado pelos agravados como motivo para devolução, referiu o Desembargador Relator que o fato de a menina ter sido abandonada pela sua família biológica, bem como com posterior encaminhamento à família substituta com novas regras, e alteração de seus nomes, são motivos suficientes para que lhe causasse rebeldia, desobediência e transtornos, exigindo dos agravados maior cautela na aproximação para não causar, justamente, um novo trauma.

Ressalta-se que o comportamento apresentado pela menina não é diferente da grande maioria dos adolescentes, em especial daqueles que foram abandonados, é bastante comum que durante a fase da adolescência toda a família passe por dificuldades na criação de seus filhos, seja a família adotiva ou biológica, mas nem por isso resolvem abandoná-los. Uma criança ou adolescente não é como uma mercadoria, que se pode devolver quando bem entender, é dever dos guardiões criar, educar e assistir seus filhos, biológicos ou não.

Dessa forma, o relator entendeu que, diante dos fatos referidos, ficou comprovado que os adotantes causaram grave dano à saúde psicológica da adolescente, de modo de que deu parcial provimento ao agravo de instrumento para condenar os agravados ao pagamento, provisoriamente, de alimentos ressarcitórios

¹¹⁴ TJSC, Agravo de Instrumento n. 2014.014000-8, rel. Des. Saul Steil, com votos vencedores deste Relator e do Exmo. Des. Fernando Carioni, Data do Julgamento: 16-12-2014.

em favor da adolescente, correspondente a 10% dos rendimentos líquidos de cada um deles.

Nesse mesmo sentido, tem-se a decisão mais recente proferida pelo mesmo Tribunal de Justiça nos autos do Agravo de Instrumento nº 4025528-14-2018-8-24-0900¹¹⁵. Nessa demanda, o menor de 8 anos de idade iniciou o estágio de convivência apenas com o adotante, que era divorciado, e, posteriormente, o pai iniciou novo relacionamento amoroso e, a partir disso, iniciaram as complicações no relacionamento entre pai e filho.

O menor passou a viver com a mãe da companheira do adotante, estando excluído do contexto familiar e não era mais reconhecido pelo agravante como filho. O pai argumentou que foi o próprio infante que “sabotou” o estágio de convivência para retornar à instituição onde estava recolhido. Também ficou constatado que o agravante culpava o menor de todos os seus revezes - seu divórcio, problemas de saúde, crise em seu atual relacionamento e até o fracasso da adoção em si.

Em seu parecer, o Ministério Público asseverou que a criança possuía diversas atividades no seu dia a dia, como escola em período integral, atividades extracurriculares e atendimentos psicológicos, em uma tentativa de acercar, contudo, nas palavras do Promotor de Justiça:

“o adotante não se empenhou para alterar a sua própria rotina a fim de dedicar um pouco mais de tempo ao menino que só desejava sua companhia, atenção e amor. (...) encheu-lhe de esperança quanto à possibilidade de ser inserido em uma família, em um lar, de ser amado e respeitado, mas, em certa altura, abandonou-o aos cuidados de outrem”¹¹⁶.

Dessa forma, o Relator entendeu que a culpa do adotante e os danos sofridos pelas crianças restaram suficientemente demonstrados, concluindo pela fixação de pensão alimentar destinada também a cobrir os custos de tratamento psicológico adequado no valor de 2 (dois) salários mínimos ao mês. Da análise dos julgados do Tribunal de Justiça catarinense, observa-se que a possibilidade de reparação civil nos casos de devolução imotivada vem sendo aplicada, ainda que na forma de pagamento de alimentos ressarcitórios.

¹¹⁵ TJSC, Agravo de Instrumento n. 4025528-14.2018.8.24.0900, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, Data do Julgamento: 29-01-2019.

¹¹⁶ TJSC, Agravo de Instrumento nº 4025528-14.2018.8.24.0900, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, Data do Julgamento: 29-01-2019.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais também tem entendido pela possibilidade de responsabilização dos pretendentes à adoção diante da devolução imotivada, bem como a possibilidade de pagamento de indenização por danos morais. Pode-se citar a decisão proferida na Apelação Cível nº 1.0702.14.059612-4/001¹¹⁷.

Trata-se de recurso de apelação interposto pelos adotantes nos autos da ação civil pública movida pelo Ministério Público de Minas Gerais em desfavor destes, demonstrando inconformismo com a sentença que os condenou a reparar os danos morais causados à criança, no valor de R\$ 10.000,00, em face da desistência da adoção durante o estágio de convivência.

Segundo o apelado, os apelantes se manifestaram diversas vezes perante os profissionais do juízo no sentido de que estavam conscientes de suas responsabilidades e das dificuldades, as quais, segundo eles, seriam facilmente superadas. Contudo, após vários meses de convivência, de maneira abrupta, mudaram de ideia em relação à adoção, o que culminou com um novo acolhimento do substituído. Do conteúdo do pedido formal de desistência da adoção, foi possível inferir o desprezo dos adotantes em relação ao adolescente, que já estava sendo humilhado e hostilizado por eles, tanto que houve a revogação da guarda provisória. Ainda, acrescentou que a mudança de postura dos apelantes coincide com o nascimento do filho biológico do casal.

No julgamento do mérito, o Relator manteve a sentença que julgou parcialmente procedente a ação. Em seus fundamentos, o Desembargador destacou que a nova relação familiar que se estabelece na adoção cria para os pais adotivos os mesmos direitos e obrigações que existem em uma relação biológica, bem como referiu que o princípio do melhor interesse da criança deve ser respeitado nos casos em que há o arrependimento dos adotantes. Com relação ao estágio de convivência, o Relator expôs que esse período não se trata de “um lapso temporal voltado a um teste de viabilidade e conveniência da adoção para os pretensos adotantes¹¹⁸”, de tal modo que a desistência da medida, sem uma justificativa lógica e razoável pode resultar na responsabilização civil dos adotantes.

¹¹⁷ TJMG, Apelação Cível nº 1070214059612400, Relator: Caetano Levi Lopes, Data do Julgamento: 27/03/2018.

¹¹⁸ TJMG, Apelação Cível nº 10702140596124001, Relator: Caetano Levi Lopes, Data do Julgamento: 27/03/2018.

Outro caso julgado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, o recurso de apelação nº1.0024.11.049157-8/002¹¹⁹, interposto pelos réus da ação civil pública promovida pelo Ministério Público, em face da sentença que julgou procedente o pedido, condenando os apelantes ao pagamento de alimentos no importe de 30% dos vencimentos líquidos de ambos os requerido até que a criança completasse a idade de 18 (dezoito) anos ou até os 24 (vinte e quatro), caso estivesse cursando ensino superior, independente dela vir a ser colocada em nova família, e, ainda, condenou-os a indenizar os danos causados a menor, no valor de 100 (cem) salários mínimos.

Como tese recursal, os apelantes alegaram que não estavam se candidatando à adoção, mas sim à guarda provisória da criança e ressaltaram que a criança já tinha o histórico conturbado por agressões sexuais. Ainda, disseram que buscaram minimizar os problemas da criança e que a criaram com carinho e responsabilidade.

Contudo, os argumentos suscitados pelos agravantes não prosperaram, tendo o Relator dado parcial provimento apenas para minorar o *quantum* indenizatório fixado em sentença para o valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais), tendo em vista a realidade financeira dos apelantes. No mérito, o Desembargador destacou que o estágio de convivência, bem como a revogação da guarda a qualquer tempo visam proteger e resguardar os interesses da criança, para protegê-las de eventuais maus tratos ou falta de adaptação com a família, por exemplo, mas não para proteger os maiores e capazes que se propuserem à guarda e depois se arrependem.

Ainda, o Relator destacou que geralmente as crianças que vão para os abrigos a espera de doação já possuem um histórico de muito sofrimento para tão tenra idade, muitas foram abandonadas por sua família de origem ou se quer sabem de onde vem, razão pela qual a desistência dos pretensos pais adotivos pode acabar por revitimizar uma criança, fazendo com que ela passe por novo processo de rejeição. A intenção do Poder Judiciário não é forçar a família que não tem afeto pela criança a permanecer com ela, no entanto, no caso concreto, a forma como se dá a desistência da adoção é que causou espanto. Assim, o Relator deu parcial provimento ao recurso apenas para minorar a verba indenizatória e afastou a condenação dos requeridos ao pagamento de alimentos, tendo em vista que a criança foi abrigada e estava sob o custeio do Estado, havendo possibilidade de ela ser adotada por uma nova família.

¹¹⁹ TJMG, Apelação Cível nº 1.0024.11.049157-8/002, Relator(a): Des.(a) Vanessa Verdolim Hudson Andrade, Data do Julgamento: 15/04/2014.

Dessa forma, observa-se que o Tribunal de Justiça de Minas Gerais possui um entendimento bastante consolidado no sentido de que é possível a responsabilização dos adotantes quando a devolução ocorrer de forma irresponsável, e, como consequência, a adoção passa a ser tratada como mais seriedade, destacando que ela deve ser feita em prol da criança e ou adolescente. Outrossim, frisa-se que a simples desistência da adoção não é o que configura o ato ilícito, mas sim o *modus operandi*, a forma abrupta e irresponsável que os adotantes realizam a devolução.

Seguindo essa mesma linha de pensamento, cita-se a Apelação Cível nº 0001435-17.2013.8.19.0206¹²⁰, julgada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, interposta por um casal contra sentença que os condenou ao pagamento de um salário mínimo, na proporção de $\frac{1}{3}$ (um terço) para cada criança, até que cada uma fosse adotada, além de indenização por dano moral no valor de R\$10.000,00 (dez mil reais) para cada menina, em razão da devolução das mesmas durante o período de convivência.

A razão para a devolução das três meninas à instituição de acolhimento foi de que não teriam se adaptado a elas. Contudo, a 11ª Câmara Cível do TJRJ manteve a condenação de primeiro grau e negou provimento ao recurso por unanimidade fundamentando que a devolução das crianças se deu de forma imotivada, estando os adotantes despreparados, o que acabou por acarretar em mais um abalo para as crianças, que novamente tiveram que voltar ao acolhimento institucional, causando mais prejuízo emocional para elas.

O Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul também decidiu que os adotantes devem pagar tratamento psicológico a criança que estava em processo de adoção e fora devolvida, conforme julgado nº 2011.037794-3¹²¹. Neste caso, os pais pretendentes à adoção interpuseram Agravo de Instrumento da decisão que deferiu a antecipação dos efeitos da tutela para determinar que os requeridos promovessem tratamento psicológico para a criança. Em suas razões, alegaram que, durante o estágio de convivência, resolveram desistir da adoção e que se houve eventual problema psicológico do menor, tal problema deveria ser atribuído aos pais biológicos que o abandonaram.

¹²⁰ TJRJ, Apelação Cível nº 0001435-17.2013.8.19.0206, Relator Des(a). Cláudio de Mello Tavares, Décima Primeira Câmara Cível, Data do Julgamento: 30/03/2016.

¹²¹ TJMS, Agravo de Instrumento nº 37794 MS 2011037794-3, Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Quarta Câmara Cível, Data do Julgamento: 06/03/2012.

Ocorre, contudo, que ficou demonstrado que os agravantes pleitearam a adoção da criança por 3 vezes e desistiram em todas elas, sob alegação de animosidade com a filha maior do casal e, conforme o relatório psicossocial realizado, restou claro que o casal não estava preparado para a adoção, uma vez que continuavam com a mesma vida de antes da adoção, trabalhavam o dia inteiro, deixavam a criança sob a responsabilidade de outros durante o dia, a noite chegavam cansados e não davam atenção para as crianças. A criança, após a terceira devolução pelo mesmo casal, passou a apresentar comportamentos agressivos e de rebeldia, bem como autoestima extremamente baixa com sentimento de culpa como consequência da rejeição.

Assim sendo, o Desembargador Relator negou provimento ao Agravo de Instrumento, fundamentando que “a família buscou a segunda adoção do menor sem considerar que passariam por situações que necessariamente demandariam cautela e maior esforço para evitar que ao infante uma nova expectativa frustrada¹²²”, devendo ser responsabilizados pelos danos causados ao menor, com intuito de minimizar os efeitos sofridos.

Da análise dos julgados se observa que a responsabilidade civil pela devolução imotivada durante o estágio de convivência está sendo aplicada pelos Tribunais pátrios e as crianças e adolescente estão tendo os seus direitos garantidos. Ainda, destaca-se que as justificativas utilizadas pelos adotantes se repetem, limitando-se a meras alegações de falta de adaptação e, muitas vezes, colocando a responsabilidade no menor. Desse modo, resta claro o despreparo dos pretendentes à adoção, os quais acreditam que a adoção tem como objetivo atender aos seus interesses pessoais.

A desistência imotivada da adoção não pode sair impune ou ser vista como algo aceitável. Os pretendentes à adoção, futuros pais, devem ter consciência que a adoção é uma atitude extremamente séria e que envolve diversos obstáculos. A adoção visa a constituição de uma nova família para a criança e poderá ser a possibilidade de uma vida digna e de desenvolvimento saudável e, ao mesmo tempo, de ressignificar o sentimento de abandono. O objetivo da adoção não é de atender os anseios pessoais dos futuros pais, que diante de qualquer dificuldade, devolvem a criança aos abrigos, como se fossem um objeto, culpando-a pelo fracasso da medida.

¹²² TJRJ, Apelação Cível nº 0001435-17.2013.8.19.0206, Relator Des(a). Cláudio de Melo Tavares, Décima Primeira Câmara Cível, Data do Julgamento: 30/03/2016.

Por outro lado, alguns Tribunais ainda não reconhecem os abalos psíquicos sofridos pelos infantes em virtude da devolução imotivada. Por exemplo, pode-se citar as decisões recentes proferidas pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

A Apelação Cível nº 70070484878¹²³, julgada pela 7ª Câmara Cível, foi interposta pelos adotantes em face da sentença proferida nos autos da ação declaratória de paternidade e maternidade socioafetiva, que julgou procedente o pedido, alterando o nome da criança, condenando os demandados ao pagamento de alimentos ao autor, fixados em R\$315,00, bem como ao adimplemento de indenização por danos morais sofridos no valor de R\$7.880,00.

Em suas razões, os apelantes sustentaram que a adoção não teria sido concluída em razão de condutas do menino e “falta de entrosamento” entre eles, que a criança ainda mantinha vínculo com a família biológica e que o prazo de 2 (dois) anos de convivência não se prestava para concretizar o vínculo efetivo capaz de imputar o reconhecimento da paternidade socioafetiva.

A Relatora, em seu voto, destacou que o casal teria se equivocado na adoção, principalmente por se tratar de uma adoção tardia, visto que pretendiam ter um “filho ideal”, que cumprisse as regras e fosse educado e que tal perfil não seria o do adolescente adotado. Contudo, apesar da devolução imotivada, a Desembargadora entendeu que não teria existido efetivo prejuízo à integridade psicológica do menor que ensejasse a indenização por danos morais.

Em continuidade, disse que a devolução não significaria que o menor não teria sofrido um abalo emocional, mas que “esse abalo não teria causado desequilíbrio em seu bem estar ou na sua integridade”, uma vez que ele teria comparecido a juízo e respondido tranquilamente as perguntas, demonstrando estar bem e “chegando a relatar os fatos ocorridos quando da convivência com os demandados¹²⁴”. Por conseguinte, a Desembargadora reconheceu os argumentos apresentados pelos recorrentes e julgou procedente o recurso de apelação afastando a condenação ao pagamento de indenização por danos morais.

Apesar dos argumentos expostos pela Desembargadora, importante tecer algumas considerações. Inicialmente, a partir da leitura do voto, resta claro que os

¹²³ TJRS, Apelação Cível nº 70070484878, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em: 31-08-2016.

¹²⁴ TJRS, Apelação Cível nº 70070484878, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em: 31-08-2016

adotantes idealizaram uma criança a ser adotada e buscavam um “protótipo”, cumpridor de regras, como a própria Relatora referiu. Ainda que se considere as particularidades do caso apresentado, a adoção não ocorreu em razão da ausência de preparo dos adotantes, que diante dos primeiros sinais de conduta inadequada do infante - comportamento usual de uma criança - desistiram da adoção. Ademais, durante o estágio de convivência, houve o nascimento do filho biológico do casal, provável motivo que tenha levado o casal a desistir da adoção.

Embora as alegações do casal de que o período de 2 anos de convivência não seja tempo suficiente para criar vínculo afetivo e que faltava empatia, não é o que se observa na prática, tendo em vista que se trata de uma criança que se viu diante de uma nova situação de abandono e rejeição, situação essa que, sem dúvidas, causa problemas de autoestima e gera ofensa a sua dignidade, ocorrendo sim danos morais indenizáveis ao menor. Novamente, ressalta-se que o processo de adoção é em prol da criança e do adolescente, para que estes possam ter o seu direito à convivência familiar, e não para atender as expectativas de adultos, que idealizam uma família perfeita.

No mesmo sentido foi o julgamento da Apelação Cível nº 70080332737¹²⁵ pela 8ª Câmara Cível do TJRS, no qual fora negado provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público em face da sentença que julgou improcedente o pedido de indenização por danos morais, em ação civil pública ajuizada em face dos adotantes.

Em seu recurso de apelação, o Ministério Público, representando as crianças, alegou que o casal devolveu as crianças, negando o auxílio ofertado pela equipe técnica para que superassem a fase de adaptação, e que os problemas relatados eram decorrentes de comportamento comum de qualquer criança. Explicou que eles desistiram dos infantes, pois queriam crianças perfeitas, causando danos permanentes aos dois, e tratando a adoção como se fosse uma aventura. Asseverou que, mesmo que inevitável o retorno dos infantes ao abrigo, o casal poderia ter tentado minimizar os danos, mas nada fizeram nesse sentido, simplesmente devolvendo-os.

Da prova documental produzida durante a instrução do processo, o relatório produzido pelo Conselho Tutelar relatou que a requerida teria reclamado do comportamento das crianças, que recebia muitos bilhetes da escola, dizendo que elas eram muito debochadas e mal educadas, e que gostaria de devolvê-las para a Casa

¹²⁵ TJRS, Apelação Cível, nº 70080332737, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em: 28-02-2019.

Abrigo. Outrossim, também fora relatado que o requerido se mostrava arrogante, grosseiro e desprezava as crianças. Quando a Conselheira Tutelar entrou em contato com a professora das crianças, esta informou que elas eram muito queridas e educadas, e que a requerida nunca havia comparecido na escola.

A prova testemunhal também corroborou com a prova documental no sentido de que as crianças apenas apresentavam comportamento natural para uma criança e de que, na realidade, quem não estava preparado e colaborando para o estágio de convivência eram os adotantes. Uma das testemunhas do processo, Conselheira Tutelar, informou que quando falou com uma das crianças, ela começou a chorar e dizia que “o tio não tinha paciência, que ele queria voltar para o Lar. [...] Que as crianças estavam abaladas, choravam muito. Que o casal não aceitou ajuda. Que as crianças estavam infelizes, que nem quiseram se despedir do casal.¹²⁶” Comprovando, assim, que a devolução das crianças acarretou sentimentos de profunda tristeza nelas, significando um segundo abandono.

Em que pese todas as provas produzidas no processo, a Relatora votou pelo desprovimento do recurso fundamentando que o estágio de convivência nada mais seria do que um período de adaptação da criança com a nova família e vice-versa. Apesar de amplamente comprovado nos autos de que a devolução ocorreu de forma imotivada e abrupta, a Desembargadora entendeu que, embora esse novo abandono pudesse, de fato, ocasionar danos às crianças, não existindo vedação legal para que os futuros pais desistam da adoção não haveria que se falar em indenização por danos morais.

Outrossim, na mais recente decisão proferida pela 8ª Câmara Cível do TJRS, o dano moral em favor da criança devolvida para adoção durante o estágio de convivência foi reconhecido pelo Relator da Apelação Cível nº 70079126850¹²⁷, contudo, a sentença de improcedência foi mantida pela maioria da Câmara.

A Apelação Cível foi interposta pelo Ministério Público em face da sentença que julgou improcedente o pedido de indenização por dano moral em favor de duas crianças. Em suas razões, o apelante discorreu que o casal adotante devolveu as crianças, negando o auxílio oferecido pela equipe técnica para que superassem a fase

¹²⁶ TJRS, Apelação Cível nº 70080332737, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em: 28-02-2019.

¹²⁷ TJRS, Apelação Cível nº 70079126850, Relator: Rui Portanova, Julgado em: 04-04-2019.

de adaptação e que os problemas relatados eram decorrentes de comportamento usual de qualquer criança.

O juiz *a quo* entendeu que, tendo ocorrido a devolução das crianças durante o estágio de convivência, não configura ato ilícito indenizável, isso porque esse período tem a finalidade, justamente, de verificar se o futuro vínculo de adoção é viável e benéfico ao menor. O Relator concordou com a argumentação do magistrado, contudo, destacou que nessas hipóteses, a frustração legítima do estágio de convivência acontece apesar dos esforços dos adotantes, o que não se configurou no caso concreto.

Ademais, reconheceu que houve, por parte dos adotantes, descautela e um descompromisso, configurando abuso do direito de adotar, e que o período de convivência serve para verificar se adaptação é viável, mas não dá direito aos adotantes de devolver os adotandos de forma injustificada, causando no menor um sentimento de rejeição novamente. Em conclusão, destacou que a decisão de adotar uma criança ou adolescente não é como adotar um animal ou comprar algo, ocasião em que, caso não goste ou sirva, é possível fazer a devolução.

Ao adotar uma criança estamos tratando de “seres humanos, portadores das mesmas necessidades e carências que outro qualquer indivíduo¹²⁸”. Em virtude disso, aquele que pretende adotar, deve ter total consciência antes de tomar essa atitude, visto que mesmo que seja condenado a indenizar o menor pela devolução imotivada, “não será míseros dígitos que irá limpar da mente da criança ou adolescente todo trauma sofrido¹²⁹”.

Dessa forma, o Relator votou no sentido de dar provimento à apelação para condenar os réus a pagar o valor de 10 (dez) salários mínimos em favor de cada um dos menores, para reparação do dano moral que causaram. Contudo, todos os demais desembargadores que compunham a 8ª Câmara Cível acompanharam a divergência, sendo negado provimento ao recurso por maioria.

Observa-se que, no que se refere ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o entendimento majoritário é o de que a função do estágio de convivência é para que seja verificada a adaptação da criança com a família, não havendo qualquer ato ilícito na devolução. Contudo, está havendo uma mudança de entendimento por parte de

¹²⁸ TJRS, Apelação Cível nº 70079126850, Relator: Rui Portanova, Julgado em: 04-04-2019.

¹²⁹ TJRS, Apelação Cível nº 70079126850, Relator: Rui Portanova, Julgado em: 04-04-2019.

alguns Desembargadores, o que poderá, no futuro, acarretar numa alteração de posicionamento referente à possibilidade de indenização por danos morais em face da devolução imotivada de crianças e adolescentes durante o estágio de convivência.

E, de uma análise mais geral, percebe-se que a responsabilização civil dos adotantes está ganhando espaço e sendo aplicada também os casos em que a adoção ainda não foi efetivada, bem como alguns Tribunais têm condenado os adotantes ao pagamento de alimentos ressarcitórios como forma de compensação pelos danos causados pela devolução. No entanto, constata-se que ainda há dificuldade de estabelecer um valor da indenização, cabendo aos Magistrados e Desembargadores a determinação da quantia indenizatória, levando em conta as peculiaridades de cada caso e a extensão do dano sofrido.

Ademais, apreende-se que muitas pessoas que querem adotar buscam nas crianças abrigadas a figura de uma criança ideal, querem substituir o filho biológico que, por diversos motivos, nunca tiveram. O problema está quando essa imagem construída ao longo da vida não é a mesma da criança adotada, que muitas vezes é vista uma um objeto disponível para aquisição e não como ser humano sujeito de direitos, esquecendo, os adotantes, que todas as crianças, sejam filhos biológico ou adotados, possuem a mesma probabilidade de possuírem personalidades fortes, doenças e apresentarem mau comportamento. Contudo, o que ocorre é que, enquanto ao filho biológico tais comportamentos são tolerados, as crianças adotadas, apenas por apresentarem uma atitude normal de uma criança, são devolvidas.

A criança adotada, na grande maioria das vezes, já tem em seu íntimo o estigma do abandono, e os danos derivados do reabandono podem ser ainda mais trágicos do que aqueles oriundos pelo abandono da família biológica, visto que acabam por fortalecer uma imagem de rejeição, infelicidade e inadequação. O preconceito por parte da família adotante e suas expectativas exageradas devem ser substituídas pela compreensão de que os conflitos existem independente se a relação é biológica ou não.

Em síntese, ao elencarmos os elementos da responsabilidade civil e a questão da devolução das crianças, verificando ou não ter possibilidade, tem-se que se utilizada com cautela, a responsabilização civil dos pretendentes à adoção que devolvem as crianças e adolescente de forma imotivada encaminha-se para ser um instrumento para a configuração de um Direito de Família que acompanha as mudanças que vêm ocorrendo nas relações familiares, podendo desempenhar,

además, um papel pedagógico nas relações familiares. Además, além de poder proporcionar às crianças e aos adolescentes melhores condições de vida, também serviria como uma forma de desestimular aqueles adultos que não estão preparados e adotam de forma precipitada.

Ainda, a responsabilização civil por danos extrapatrimoniais não tem o intuito de fazer com que as pessoas lucrem facilmente, mas sim de se alcançar objetivos realmente nobres. Em razão disso, cabe também aos advogados, representantes do Ministério Público e magistrados uma reflexão sobre os seus papéis na sociedade. Aos dois primeiros, é necessário que antes da propositura das ações, realizem uma profunda análise de cada circunstância de cada caso, com o intuito de verificar a efetiva presença de danos causados aos adotados pela devolução imotivada. Aos últimos, que cumpram com sua função de agentes transformadores de valores jurídicos, quando verificarem que é o correto a se fazer no caso concreto.

Da mesma forma, novas ações educativas e preparação psicossocial e jurídica dos adotantes devem ser realizadas, com objetivo de que apenas aqueles que estão realmente preparados e conscientes de seus verdadeiros motivos para adotar deem início ao processo de adoção. Además, deve existir uma presença mais forte da equipe interdisciplinar que acompanha a adoção e mais apoio psicológico ao adotado e adotante durante o estágio de convivência, para que tenham as ferramentas necessárias para enfrentar os conflitos que possam aparecer na fase de adaptação.

CONCLUSÃO

Por si só o dano moral já é um tema bastante complexo, principalmente em relação a sua comprovação pela vítima, bem como se o ato atingiu gravemente o seu íntimo ou se enfrentou mero aborrecimento. E, quando o juiz entende pela procedência do pedido, há outra dificuldade: quantificar o dano moral. São questões de altíssimo grau de complexidade e que até hoje a doutrina e jurisprudência aprimoram caminhos e soluções. Se o dano moral em si já se mostra algo complexo, quando se trata do dano moral no âmbito das relações familiares torna-se mais delicado.

A adoção é uma forma de assegurar o direito da criança e do adolescente à convivência familiar, direito fundamental alicerçado na dignidade da pessoa humana, cabendo ao Estado, sociedade e família efetivar tal direito, uma vez que as crianças e adolescentes são pessoas em desenvolvimento e a ausência de convivência familiar causa danos a sua personalidade. Os tutelados são sujeitos de direito e, por estarem em condição de desenvolvimento, necessitam de proteção integral e especial atenção, de modo que a legislação deve ser sempre interpretada a seu favor.

Dessa forma, visando proteger os direitos assegurados pela Constituição Federal e normas infraconstitucional, o estágio de convivência foi criado em prol dos infantes, sendo seu principal objetivo verificar a adaptação da criança ou adolescente a família adotantes, não podendo servir como um “experimento” para os pais adotantes, que diante das primeiras dificuldades devolvem tutelados de forma injustificada. A devolução das crianças e adolescentes às instituições de acolhimento, independente da fase do processo de adoção que ocorra, gera grandes abalos emocionais e psíquicos, fazendo ressurgir sentimentos de rejeição e abandono já experimentados anteriormente.

É certo que durante o período da adoção diversas situações e obstáculos ocorrem para a adaptação das crianças e do adolescente com a família. Porém, o que se observou dos casos em que houve a devolução imotivada, fora que as famílias possuem concepções internas dentre as mais variadas, como substituição de uma perda de um filho biológico, a infertilidade, expectativas altas que não são correspondidas e que acarretam na devolução da criança ao Estado.

A devolução de crianças e adolescentes à instituição de acolhimento durante o período de estágio de convivência não encontra óbice na previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro, sendo as leis omissas quanto ao insucesso desta medida. Contudo, restou claro que a devolução de forma imotivada contraria os princípios e regras que tutelam os interesses das crianças e adolescentes, que são seres em desenvolvimento e precisam que seus direitos sejam respeitados.

Diante disso, a atitude dos adultos que devolvem as crianças e adolescentes de forma imotivada extrapola os limites da boa-fé objetiva e não cumpre com a finalidade social da lei, acarretando em um ato ilícito, na modalidade de abuso de direito, gerando o consequente dever de indenizar, conforme o artigo 187 do Código Civil. O objetivo não é proibir que esses pais adotem, até porque tal atitude não estaria de acordo com o princípio do melhor interesse da criança, mas de desencorajamento daqueles que não estão preparados para adotar.

Até pouco tempo atrás, o entendimento majoritário da jurisprudência era de que a devolução era autorizada pela lei, sem que fosse preciso justificar a devolução e sem que nada fosse feito com relação à criança ou adolescente que sofreu o reabandono. Contudo, como foi possível observar, muitos Tribunais de Justiça estão levando em conta os danos causados pelo reabandono nas crianças e decidindo de forma adversa, estão aplicando o Princípio do Melhor Interesse da Criança e passando a tratá-las como cerne central da questão, punindo os adotantes que tratam a adoção de forma irresponsável.

Além da divergência acerca da possibilidade de reparação por danos causados em face da devolução imotivada, alguns Tribunais estão punindo os adotantes apenas em danos materiais, sem indenizar os danos morais, nos casos em que não há comprovação do efetivo dano psicológico.

É certo que não se está a defender que toda e qualquer devolução seja passível de responsabilização civil dos adotantes, posto que muitas vezes a devolução é necessária justamente em razão do Princípio do Melhor Interesse da Criança. A reparação pecuniária seria apenas uma forma de compensar os danos causados a essas crianças e adolescentes.

O que se buscou, no presente trabalho, foi uma reflexão acerca dos danos causados pela devolução imotivada durante o estágio de convivência. Deseja-se que, nas próximas decisões os Tribunais de Justiça adotem uma visão mais abrangente, considerando que, em que pese não haja previsão legal acerca da devolução durante

o estágio de convivência, é possível que a devolução cause danos nas crianças e adolescentes, analisando, assim, as particularidades de cada caso, e aplicando o instituto da responsabilidade civil nestes casos.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **Responsabilidade civil no direito de família**. Disponível: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/1335/Responsabilidade_e_%20Civil_%20no_%20Direito.pdf?sequence=1> . Acesso: 25 nov. 2019.

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo. **Os danos morais pelo descumprimento dos deveres pessoais no casamento**. Revista IOB de Direito de Família, n. 59, 2010.

AMORIM, Ana Mônica Anselmo de. **Manual de Direito das Famílias**. Curitiba: Juruá, 2016.

BRASIL. Código Civil, Estatuto da Criança e do Adolescente, Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Dano moral no Direito de Família**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CASTRO, Leonardo. **O preço do Abandono Afetivo**. Disponível: <<https://lfq.jusbrasil.com.br/noticias/1040152/o-preco-do-abandono-afetivo-leonardo-castro>> Acesso: 26 nov. 2019.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12 Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: obrigações, responsabilidade civil**. v.2. 6 Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CRUZ, Sabrina D'Avila da. **A frustração do reabandono: uma nova ótica acerca da devolução em processos de adoção**. 2014. Artigo Científico (Curso de Pós Graduação) – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <http://www.emerj.tjtj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusão/1semestre2014/trabalhos_12014/SabrinaDAviladaCruz.pdf> . Acesso em: 22 nov. 2019.

CUNHA, Tainara Mendes. **O Instituto da Adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente após a Lei 12.010/2009**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 26 nov. 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.34508&seo=1>>. Acesso em: 31 out. 2019.

DA SILVA, Maiara Patrícia; DOS SANTOS, Milene Ana. **Responsabilidade Civil pela Devolução de Crianças e Adolescentes em Estágio de Convivência no Processo de Adoção**. Revista Síntese. Direito de Família, v. 15, n. 83, abril/maio de 2014. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_bibliote>

[ca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDF_83_miolo%5B1%5D.pdf](#)
>. Acesso em: 04 nov. 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Responsabilidade civil**. 23 Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FREIRE, Fernando. **As crianças que já não têm família**. 2008. Disponível em: <<http://www.mpms.mp.br/portal/cao/padrao/exdout.php?id=129>>. Acesso em: 26 nov. 2019.

GOLÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

IBDFAM. **Casos de devolução de crianças adotadas revelam deficiências no sistema e na lei**. 2015. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5660/Casos+de+devolu%C3%A7%C3%A3o+de+crian%C3%A7as+adotadas+revelam+defici%C3%AAs+no+sistema+e+na+lei>>. Acesso em: 18 nov 2019.

IBDFAM. **De devolução para reabandono: a criança como sujeito de direitos**. 2018. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/1292/De+devolu%C3%A7%C3%A3o+para+reabandono%3A+a+crian%C3%A7a+como+sujeito+de+direitos>>. Acesso em: 22 nov. 2019.

LOMEU, Leandro Soares. **Afeto, abandono, responsabilidade e limite: diálogos sobre ponderação**. 2009. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/222.pdf>>. Acesso em 01 dez 2019.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 37794 MS 2011037794-3, da Quarta Câmara Cível. Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Data do Julgamento: 06/03/2012. Disponível em: <<https://esaj.tjms.jus.br/cposg5/open.do>>. Acesso em 02 dez. 2019.

MARTINS, Bruna Caroline. **A devolução de crianças em estágio de convivência no processo de adoção**. 2008. 49 p. Monografia (Bacharelado em Serviço Social) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008. Disponível em: <<http://tcc.bu.ufsc.br/Ssocial285349.pdf>>. Acesso em 31 out. 2019.

MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. **Código Civil Comentado**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fcodigos%2F148837240%2Fv2.8&titleStage=F&titleAcct=ia744803d000001527e91d4de2f08a56e#sl=e&eid=ebed894ad398e74641fae2ed55baf980&eat=er mark 1&pg=&psl=&nvqS=true&tmp=228>. Acesso em: 23 set. 2019.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1070214059612400, da Segunda Câmara de Direito Civil. Relator: Des. Caetano Levi Lopes. Julgado em 27 de março de 2018. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/563950327/apelacao-civel-ac-10702140596124001-mg/inteiro-teor-563950378>>. Acesso em: 28 nov. 2019

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 10024110491578002, da Primeira Câmara de Direito Civil. Relator: Des. Vanessa Verdolim Hudson Andrade. Julgado em 15 de abril de 2014. Disponível em: <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.11.049157-8%2F002&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 28 nov. 2019

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2014. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fcodigos%2F100083938%2Fv11.2&titleStage=F&titleAcct=ia744803d000001527e91d4de2f08a56e#sl=e&eid=e2a11c4fcd9584f17f7e8c5667bcc870&eat=a-101358313&pg=1&psl=&nvqS=false>. Acesso em: 23 set. 2019.

OLTRAMARI, Fernanda; OLTRAMARI, Vitor Hugo. **As tutelas da personalidade e a responsabilidade civil na jurisprudência do direito de família**. Disponível em <https://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Fernanda_Oltramari/Tutelapersonalidade.pdf> Acesso em: 04 de novembro de 2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 000014351720138190206, da Décima Primeira Câmara Cível. Relator: Des. Cláudio de Mello Tavares. Julgado em 30 de março de 2016. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/>>. Acesso em: 28 nov. 2019

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70079126850, da Oitava Câmara Cível. Relator: Des. Rui Portanova. Julgado em 04 de abril de 2019. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/novo>>. Acesso em: 28 nov. 2019

RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível nº 70080332737, da Oitava Câmara Cível. Relator: Des. Liselena Schifino Robles Ribeiro. Julgado em 28 de fevereiro de 2019. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/novo>>. Acesso em: 28 nov. 2019

RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível nº 70070484878, da Sétima Câmara Cível. Relator: Des. Liselena Schifino Robles Ribeiro. Julgado em 31 de agosto de 2016. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/novo>>. Acesso em: 28 nov. 2019

ROCHA, Maria Isabel de Matos. **Crianças “desenvolvidas”: Os “filhos de fato” também têm direito? (Reflexões sobre a “adoção à brasileira”, guardas de fato ou de direito mal sucedidas)**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, II, n. 7, nov. 2001. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5541>. Acesso em 06 de nov de 2019.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 2014.01400-8, da Terceira Câmara de Direito Civil. Relator: Des. Saul Steil. Julgado em 16 de dezembro de 2014. Disponível em: <<https://www.tjsc.jus.br/>>. Acesso em: 28 nov. 2019

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 4025528-14.2018.8.24.0900, da Terceira Câmara de Direito Civil. Relator: Des. Marcus Tulio Sartorato. Julgado em 29 de janeiro de 2019. Disponível em: <<https://www.tjsc.jus.br/>>. Acesso em: 28 nov. 2019

SILVA, Nelson Mendes da. **A irrevogabilidade da adoção e o princípio do melhor interesse do adotando**. 2015. 21 f. ARTIGO (Pós-Graduação) - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2015/pdf/NelsonMendesdaSilva.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2019.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Responsabilidade Civil: volume único**. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Família**. vol. 5. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

VENOSA. **Direito civil: obrigações e responsabilidade civil**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2017.